

no se encuentran nunca en la vida real; y el juez tiene que interpretar cláusulas realmene estipuladas; debe tratar de penetrar en la intención de las partes contratantes, y esta pesquisa se hará mucho más fácilmente si tiene el espíritu libre de toda preocupación teórica.

§ II.—EFECTOS DE LA CLAUSULA.

*Núm. 1. En cuanto á la propiedad del mobiliario realizado.*

208. ¿Queda propio al marido el mobiliario realizado, ó entra en la comunidad á pesar de la realización, de manera que la comunidad se haga propietaria y deudora del valor? Si sólo se consulta el texto del Código y el sentido natural de la cláusula, debe sorprender esta pregunta. El art. 1,500 dice que los esposos pueden *excluir de su comunidad* su mobiliario presente y futuro. Cuando los esposos estipulan la cláusula de realización, *excluyen* de la comunidad el mobiliario que realizan; el mobiliario que no es común es propio, puesto que, bajo el régimen de la comunidad, todos los bienes son propios ó comunes. De esto procede la expresión de *estipulación de propios*, que es sinónimo de *realización*. Decir que unos bienes son propios, es decir que el esposo es propietario de ellos. Tal es, seguramente, la intención de las partes contratantes. Por derecho común el mobiliario entra en la comunidad; los esposos, la mujer cuando menos, dejan de ser propietarios; el marido puede disponer de ellos aun á título gratuito, y la mujer pierde en ellos todo derecho cuando renuncia. Esta es la regla de la comunidad legal que los esposos derogan al estipular la comunidad convencional de realización. La derogación debe tener el efecto contrario de la regla. Si en virtud de la regla el esposo deja de ser propietario de su mobiliario, debe conservar su propiedad al estipular la excepción. Esto nos parece evidente. Luego, según el texto de la cláusula y la intención

de las partes contratantes, debe decidirse que el mobiliario realizado no entra en la comunidad.

Sin embargo, la cuestión está controvertida. Lo que la hace dudosa es que Pothier enseñaba lo contrario, y se pretende que el Código Civil ha consagrado su doctrina. Comprobemos desde luego la opinión de Pothier. Reconoce que el mobiliario realizado se reputa inmueble y forma un propio convencional. Pero establece una diferencia entre los propios *convencionales* que se llaman *ficticios* y los propios *reales*; es decir, el inmueble. El esposo conserva la propiedad de sus inmuebles, la comunidad sólo tiene el goce de ellos, mientras que los propios convencionales ó muebles realizados entran en la comunidad; el esposo que los ha realizado sólo tiene derecho á su valor cuando la disolución del régimen. ¿En qué funda Pothier esta diferencia? Los efectos muebles, dice, se deterioran y destruyen por el uso; si, pues, la comunidad se volviera propietaria de ellos, sólo tendría un goce temporal, y el esposo sólo recogería efectos gastados y sin valor. Para que la comunidad tenga el goce á que tiene derecho, y para que el esposo tenga una devolución útil que ejercer es menester que el mobiliario realizado entre en la comunidad; el marido tendrá el derecho de enajenarlo y gozará del precio, y la esposa tendrá contra la comunidad un crédito por el valor del mobiliario realizado. El motivo tiene poca solidez. En cuanto á la comunidad su interés es ilusorio: que tenga el goce ó la propiedad, siempre saca de la cosa la utilidad á que tiene derecho; es decir, el goce; al contrario, es una desventaja para ella hacerse propietaria, pues esto es sólo con cargo de restituir el valor; mientras que si no se hace propietaria sacará de la cosa toda la utilidad que pueda dar, y no tendrá nada que restituir. El esposo tiene interés en que la comunidad se vuelva propietaria con cargo de restituir el valor, pues recogerá, cuando

la disolución, el valor que había puesto en la comunidad; mientras sólo recogería muebles sin valor si conservara su propiedad. ¿Es necesario para resguardar su interés que de derecho el mobiliario realizado entre en la comunidad? Nó, pues lo que fuera ventajoso para el esposo sería desventajoso para la comunidad. Vale, pues, más dejar este punto á las partes contratantes, puesto que esta es una cuestión de interés.

¿No es esta la teoría del Código? Se pretende que reprodujo la opinión de Pothier. Esto es más que dudoso. Notemos desde luego que el Código ignora la distinción de los propios reales y de los propios convencionales ó ficticios; esto bastaría ya para desecharla, pues las ficciones no pueden ser creadas más que por el legislador. En lugar de crear ficción, la ley se atiene á la realidad; dice que la cláusula de realización consiste en *excluir* de la comunidad el mobiliario realizado, y se le hace decir que el mobiliario, aunque *excluido*, entra en ella: esta es la ficción, es extraña á la ley; los intérpretes son los que quieren introducirla en ella por autoridad de la tradición. No se aperciben de que giran en un círculo vicioso; pretenden que el Código ha reproducido la opinión de Pothier y el texto dice todo lo contrario, y sobre esto se invoca la autoridad de Pothier para hacer decir al art. 1,500 otra cosa de lo que dice. Los autores del Código, lejos de consagrar la opinión tradicional, se han apartado de ella, y tenían para esto excelentes razones. Pothier supone que los muebles se deterioran y destruyen por el uso que se hace de ellos; esto es verdad para los muebles corporales, y sólo para ciertos muebles, los que sirven al uso diario. En el tiempo de Pothier había ya otros efectos muebles, los créditos; desde la Revolución y sobre todo en nuestros días, estos valores han tomado una prodigiosa extensión: ¿acaso se desprecian por el tiempo las acciones de los bancos de Francia ó de Bélgica? Al contrario, suben de va-

lor en el orden regular de las cosas; el interés de los esposos está, pues, en conservar su propiedad cuando los realizan. Para un nuevo estado social es menester leyes nuevas; el art. 1,500 contiene una de esas innovaciones.

La Corte de París opone el art. 1,503, que, según ella, es la reproducción de la opinión de Pothier. (1) Esto es un error, en nuestro concepto. Pothier habla de la cláusula de realización expresa que está formulada por el primer inciso del art. 1500, y esta disposición ha consagrado la realidad de las cosas, sin producir la ficción de los propios convencionales. ¿Establece el art. 1,503 una ficción, como lo supone la Corte de París? Este artículo prevee otra hipótesis, una cláusula diferente, la cláusula de *aporte* definida por el segundo inciso del art. 1,500. Basta, para convencerse de ello, comparar ambas disposiciones. El art. 1,500 define la cláusula de aporte como sigue: «Cuando los esposos estipulan que pondrán muebles en la comunidad hasta concurrencia de una suma determinada, están por esto mismo como si se reservaran el excedente.» Y el art. 1,503 dice: «Cada esposo tiene el derecho de recoger y apartar, cuando la disolución de la comunidad, el valor cuyo mobiliario, que aportó cuando el matrimonio, ó que le ha vencido después, excedía su puesta en la comunidad.» Había, pues, una *puesta en la comunidad*, éstos son los terminos del segundo inciso del artículo 1,500: «Los esposos han declarado poner en la comunidad.» ¿Qué es lo que declaran poner? ¿Todo su mobiliario presente y futuro? Nó, pues la ley supone que su mobiliario *excede* la puesta en la comunidad; luego es una suma ó valor determinado lo que declararon poner, y entendieron reservarse lo demás; es este el excedente que tienen el derecho de tomar por prelación. (2) Esto supone que el mobiliario de

1 París 21 de Enero y 15 de Abril de 1837 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2701, 1.º y 2.º).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 346, núm. 163 bis II-VI, y los autores ci-

los esposos entra en la comunidad y que ésta es deudora hasta concurrencia del excedente del valor. Tal es el efecto de la cláusula de *aporte*, como lo diremos más adelante. El art. 1,503 es, pues, extraño á la cláusula de realización expresa. En esta cláusula no hay *puesta en la comunidad*, de muebles hasta determinada cantidad. El mobiliario está, al contrario, *excluido* de ella. Se concibe que el mobiliario entre en la comunidad cuando los esposos declaran ponerlo en ella hasta concurrencia determinada, pero no se concibe que *entre* en ella cuando los esposos declaren *excluirlo*.

209 La jurisprudencia está vacilante; tiende, sin embargo, á pronunciarse en favor de la opinión que ha prevalecido en la doctrina. Hay sentencias que parecen determinadas por las circunstancias de la causa; como no deciden claramente la cuestión de derecho, no las apreciaremos. (1)

La Corte de París comenzó por sentenciar en derecho que el art. 1503 es aplicable á la realización expresa; de donde resultaría que la comunidad se vuelve propietaria del mobiliario realizado y que es deudora de su valor para con el esposo que estipuló la cláusula. Dos años más tarde sentenció lo contrario; en el recurso intervino una sentencia de denegada que aparta el art. 1,503 por una razón bastante mala; este artículo, dice la Sala de Requisiciones, autorizando la prelación del valor del mobiliario realizado, no entendió referirse al mobiliario que ya no existía cuando la disolución de la comunidad. (2) No hay un solo rastro de ésta disposición en la ley; ésta está redactada en términos absolutos; no es una excepción, es una regla. Es, pues, interpretar mal el art. 1,503 el limitar su sentido á un caso par-

tados por Aubry y Rau, t. V, pág. 455, nota 26, pfo. 522. La opinión contraria está profesada por Merlin, Delvincourt, Battur y Bellot des Minières.

1 Véanse dos decisiones contrarias, de la Corte de París, respecto de un fondo de comercio estipulado propio (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2700).

2 Denegada, 2 de Julio de 1840 (Dalloz, *ibid.*, núm. 2702).

ticular, y las malas razones comprometen la causa en apoyo de las cuales se las invocan.

Hay una sentencia de la Corte de Casación en el mismo sentido; la Corte formula claramente el principio, pero sin motivarlo. No obstante, importa hacer constar la decisión; es general, aunque haya intervenido en un caso en que se trataba de un crédito reservado propio por la mujer, y que el marido había enajenado sin su consentimiento. La Corte decide que la venta es nula. «El marido, dice la sentencia, sólo tiene derecho en el mobiliario aportado por la mujer, como jefe de la comunidad, ó como administrador de los bienes de la mujer. En calidad de señor de la comunidad puede disponer de lo que la compone, y no de los valores que están terminantemente excluidos de ella. Por otro lado, su derecho de administrar los propios de la mujer es exclusivo del derecho de enajenarlos. (1) Esta es la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado para el mobiliario realizado en la comunidad de gananciales (núm. 143); y en el fondo esta cláusula y la realización expresa son idénticas, puesto que una y otra excluyen el mobiliario realizado de la comunidad.

210. Del principio de que el esposo queda propietario del mobiliario que ha declarado excluir de la comunidad, resulta que el marido no puede disponer de él como jefe de la comunidad. Se dice, en verdad, que esto no es una consecuencia necesaria del principio, puesto que hay una doctrina que enseña que el marido tiene el derecho de enajenar en calidad de administrador. (2) En nuestro concepto la Corte de Casación, en la sentencia que acabamos de citar (núm. 209), enuncia una proposición incontestable al decir que el derecho de administrar los bienes ajenos excluye el poder de enajenarlos. Traducimos á lo que fué dicho

1 Denegada, 5 de Noviembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 81).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 455, nota 26, pfo. 522.

acerca de la comunidad de gananciales; siendo el principio el mismo en ambas cláusulas, las consecuencias deben ser idénticas (núms. 143-147). La cuestión interesa sobre todo á la mujer; en cuanto al marido, si ha realizado su mobiliario, se entiende que sólo él puede enajenarlo. No obstante, aun en lo que al marido se refiere importa saber si el mobiliario realizado se hace propiedad de la comunidad; el marido no podría ya disponer de él, en este caso, á título gratuito y reservarse el usufructo, mientras que si conserva la propiedad del mobiliario realizado su derecho de disposición es ilimitado. (1)

Si es el mobiliario de la mujer el que fué realizado, el marido, en nuestra opinión, no puede disponer de él de ninguna manera, mientras que pudiera hacerlo á título gratuito si el mobiliario entrara en la comunidad. No pudiendo el marido disponer del mobiliario realizado por vía de enajenación directa, tampoco lo puede obligándose; en efecto, al obligar su persona obliga sus bienes, y el mobiliario de la mujer no está en el dominio del marido.

211. El mobiliario realizado queda á riesgo del esposo, puesto que es propietario, sin contraer ninguna obligación por este punto. De esto resulta que el mobiliario aumenta de valor en provecho del esposo, así como se deteriora y perece en su perjuicio. (2) Estas eventualidades se realizan en la disolución de la comunidad; el esposo vuelve á tomar su mobiliario en naturaleza por aplicación del principio establecido por el art. 1,470. La mujer no puede estar obligada á recibir otros valores que los que ha realizado; no obra como acreedora sino como propietaria. (3) Por identidad de razones no puede reclamar otros efectos ni valores, debe recoger los que estipuló propios. Tal es la decisión en derecho. De hecho

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 349, núm. 163 bis VIII.

2 Denegada, 9 de Junio de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2794, 1.º)

3 Orléans, 29 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 62).

las partes pueden derogar la realización, pues no están más ligadas por la comunidad convencional que lo están por la comunidad legal. (1)

212. La devolución de un crédito realizado ha dado lugar á una dificultad en la cual la Corte de Casación se ha encontrado en desacuerdo con la Corte de París. En el caso la mujer se había reservado propio un crédito de 100,000 francos formando el resto del precio de un inmueble vendido. La Corte pone en principio, lo que es muy exacto, que la cláusula de realización había asimilado el crédito á un inmueble, en este sentido: que la mujer quedaba propietaria del crédito en naturaleza; de modo que cuando la disolución de la comunidad tenía derecho á la devolución en naturaleza y no á recoger una suma de 100,000 francos. No pudiendo pagar su precio el adquirente, intervino entre la mujer y los terceros tenedores una convención por la cual éstos abandonaron los bienes á la mujer á título de donación en pago del crédito de 100,000 francos. ¿Cuál era el efecto de esta donación en cuanto al derecho de devolución de la mujer? La Corte de París decidió que los muebles estaban substituidos al crédito que los representaba y se habían vuelto, como el mismo crédito, propios de la mujer; habiendo tomado el lugar del mueble realizado por medio de la donación en pago, no habían podido entrar en la comunidad como el mismo crédito realizado. Lo que la Corte llama una substitución era una verdadera subrogación, puesto que el inmueble adquirido durante el matrimonio tomaba el lugar de un crédito por efecto de una convención equivalente á una venta. ¿No resultaba de esto que debían observarse las condiciones prescriptas por los arts. 1,434 y 1,435? No, contesta la Corte; estos artículos suponen que el precio fué entregado á la comunidad y que después el dinero fué empleado en la adquisición de otro inmueble; de aquí la necesidad de declara-

1 Denegada, 25 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 93).

ciones comprobando el origen del dinero y del empleo, mientras que en caso de donación en pago el crédito está reemplazado de derecho pleno por el inmueble dado en pago. (1)

Esta decisión fué casada y debía serlo. La Corte de Casación comienza por recordar que la comunidad convencional queda sometida á las reglas de la comunicad legal; comprende, pues, activamente todos los inmuebles que se adquieren á título oneroso durante la comunidad, ya sea por los esposos juntos ó por uno de ellos separadamente. De aquí la consecuencia de que todo inmueble es reputado ganancial, á no ser que por excepción no sea propio en virtud de una disposición de la ley (art. 1,402). La excepción se aplica particularmente al caso en que, en virtud de la ficción de subrogación, un inmueble está substituido á un propio de comunidad con la misma calidad de propio, ya sea por un cambio ó por vía de reemplazo. Queda por saber si la donación en pago opera subrogación. Lo donación en pago no es un cambio, es una venta; el crédito forma el precio del inmueble recibido en pago; la donación en pago produce, pues, los efectos de una venta. Y la venta hace entrar el inmueble adquirido en la comunidad, á no ser que haya sido hecha en reemplazo de un propio. Por consiguiente, las condiciones del reemplazo hecho en provecho de la mujer hubieran debido ser observadas, y en el caso no lo fueron; luego el inmueble quedaba ganancial; la mujer cuyo crédito había servido á pagar el precio sólo tenía una compensación por los 100,000 francos que habían sido tomados en su patrimonio. Al decidir que la subrogación se había operado de pleno derecho y sin la observancia de las condiciones prescriptas por los arts. 1,434 y 1,435, la Corte de París había violado estos artículos. (2)

1 París, 21 de Febrero de 1868 (Daloz, 1868, 2, 49).

2 Casación, 23 de Agosto de 1869 (Daloz, 1869, 1, 455), y por devolución Rouen, 23 de Febrero de 1870 [Daloz, 1870, 1, 235].

213. Aun había otra dificultad en este negocio. Los artículos 1,434 y 1,435 no admiten la subrogación sino para el reemplazo de un inmueble enajenado. Y en el caso la mujer no había enajenado un propio, sólo era acreedora de un precio de venta; luego su crédito formaba un derecho mueble realizado, es verdad, y asimilado á un inmueble propio, pero conservando siempre su naturaleza de mueble. Se trataba, pues, de saber si un derecho mueble propio de la mujer puede ser reemplazado por un inmueble propio, ya sea en virtud de una venta, ya en virtud de una donación en pago. La cuestión no fué presentada, sin duda porque la jurisprudencia se pronunció en favor de la validez del reemplazo. Nosotros hemos profesado la opinión contraria (número 154). La sentencia de la Corte de Casación que acabamos de relatar nos confirma en nuestra opinión. Dice muy bien que el reemplazo se hace en virtud de una ficción legal de subrogación. Y es de principio que las ficciones legales son de estricta interpretación. ¿Puede extenderse al reemplazo de un crédito propio una ficción establecida para el reemplazo de un propio inmobiliario? En nuestro concepto basta presentar la cuestión para resolverla.

La Corte de Casación de Bélgica se pronunció por la validez del reemplazo; la sentencia no tiene valor, según creemos, porque no encuentra el argumento decisivo, en nuestro concepto, que acabamos de hacer valer. (1) Hay una sentencia de la Corte de Casación de Francia que parece ser favorable á nuestra opinión; pero como fué pronunciada en virtud de una costumbre antigua, no puede uno prevalecerse mucho de ella bajo el imperio de nuestro Código Civil. (2)

*Núm. 2. Efecto de la cláusula en cuanto al pasivo.*

214. ¿Implica la exclusión del mobiliario activo la de las

1 Denegada, 29 de Enero de 1874 [Pasicrisia, 1874, 1, 171].

2 Casación, 21 de Marzo de 1849 [Daloz, 1849, 1, 65].