

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].

deudas? La cuestión está controvertida y hay alguna duda. Creemos que el pasivo siempre sigue al activo. Supongamos primero que la cláusula de realización está formulada en los términos del art. 1,500; los esposos excluyen de su comunidad todo su mobiliario presente y futuro. Esta cláusula es idéntica á la que reduce la comunidad á los gananciales. Y el art. 1,498 dice que bajo este régimen los esposos están como si excluyeran de la comunidad las deudas actuales y futuras de cada uno de ellos y su mobiliario presente y futuro. ¿Por qué la exclusión del mobiliario implica la exclusión de las deudas? La razón es palpable: si los esposos conservan todos sus bienes, esto será con los cargos que tienen, los de pagar sus deudas; la comunidad, no aprovechándose del activo, no debe estar obligado al pasivo. Se objeta que interpretando así la cláusula de realización del mobiliario presente y futuro no hay ninguna diferencia entre esta cláusula de realización y la comunidad de gananciales, y que, no obstante, la ley las distingue, puesto que trata de ellas en dos secciones diferentes; de donde se concluye que ambas cláusulas no pueden ser idénticas; en efecto, el art. 1,498 excluye el mobiliario pasivo, mientras que el art. 1,500 no lo excluye. La objeción no es seria. Recordemos primero que ambas cláusulas no tienen el mismo origen; una procede de los países de derecho de escrito, y la otra de los países de derecho de costumbres; esto explica ya por qué los autores del Código, que en esta materia sólo reproducen la tradición, han formulado en secciones diferentes las reglas de ambas cláusulas. Además, el objeto principal de la sección II es, no la cláusula de realización expresa, sino la cláusula de aporte que difiere de la comunidad de gananciales. En fin, nuestra cuestión no debe decidirse por la clasificación ni por el silencio del art. 1,500 en lo que se refiere á las deudas; la clasificación no es un principio y el silencio del Código nada prueba. No habiendo sido

el objeto del legislador reglamentar las varias cláusulas en todos sus detalles. Los principios generales bastan para completar lo que dice la ley. Y estos principios no dejan ninguna duda; la realización del mobiliario presente y futuro de los esposos implica la separación de bienes, luego también la separación de deudas. (1)

215. Hay otra hipótesis en la cual la solución nos parece igualmente segura. Los esposos estipulan que el mobiliario futuro estará excluido de la comunidad. ¿Qué es el mobiliario futuro? Son las sucesiones que vencen á los esposos en virtud de la ley, de un testamento ó de un contrato. ¿Y cuáles son las obligaciones del heredero, legatario ó donatario universal? Sólo recibe los bienes con cargo de pagar las deudas. Luego el esposo heredero debe soportar las deudas en virtud de los principios que rigen las sucesiones, principios que reciben aplicación en todos los regímenes. Tal es por otra parte el principio que sigue el Código en la comunidad legal. Las sucesiones mobiliarias entran en el activo de la comunidad y las deudas que tienen entran en el pasivo; por contra, estando las sucesiones inmobiliarias excluidas del activo, la ley excluye también del pasivo las deudas con que están gravadas (arts. 1,411 y 1,412). Por identidad de razón los esposos que excluyen su mobiliario futuro, es decir, las sucesiones que les vencerán, deben soportar las deudas de estas sucesiones. (2)

216. La única hipótesis en la cual hay alguna duda, es la en que los esposos han excluido su mobiliario presente, sin decir nada de sus deudas. Se hace en estos casos una objeción muy especiosa. Las reglas de la comunidad legal, se dice, son aplicables á la comunidad convencional, á no ser que el contrato no lo haya derogado implícita ó explícitamente (art. 1,528), y, según el derecho común, el mobiliario

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 351, núm. 163 bis XII y XIII.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 352, núm. 163 bis XIV.

presente entra en la comunidad, así como las deudas presentes. ¿En qué deroga esta regla la cláusula de realización? Excluye el mobiliario activo, no excluye el mobiliario pasivo; luego las deudas presentes quedan bajo el imperio del derecho común; entran, por consiguiente, en el pasivo. Se dirá en vano que hay anomalía en excluir el mobiliario presente de la comunidad y hacer entrar en ella las deudas presentes; la ley consagra esta anomalía en la hipótesis inversa. Cuando los esposos excluyen sus deudas presentes esto no impide que el mobiliario presente entre en la comunidad (artículo 1,510). Luego pueden también excluir el mobiliario y hacer entrar las deudas en la comunidad.

Sin duda que lo pueden, pero la cuestión está en saber si lo quieren y si la ley les supone esta intervención. Y los principios no permiten suponer esta intención en los esposos. ¿Por qué bajo el régimen de la comunidad legal las deudas mobiliarias presentes entran en el pasivo? Pothier contesta, y la respuesta es decisiva: «Si las costumbres cargan la comunidad con las deudas mobiliarias de cada uno de los cónyuges, y anteriores al matrimonio, es porque hacen entrar en ella la universalidad de sus bienes muebles, de los que, según el antiguo derecho francés, las deudas muebles son un cargo.» Luego, agrega Pothier, cuando los esposos han arreglado de otro modo su comunidad convencional se debe también arreglar las deudas de otro modo. (1) ¿Cuál principio deberá seguirse? Aquel que sigue el Código para la comunidad legal. El mobiliario presente de los esposos entra en el activo; por consiguiente, las deudas mobiliarias presentes entran en el pasivo. El Código aplica el mismo principio á la comunidad convencional. Cuando los esposos excluyan su mobiliario presente y futuro, excluyen, por esto mismo, sus deudas presentes y futuras (art. 1,498). Cuando los esposos aportan á la comunidad cierta suma ó cierto

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 352.

cuerpo, conservan por esto mismo la universalidad de su mobiliario; la consecuencia es que quedan también obligados á la universalidad de sus deudas (art. 1,511). Así, aunque los esposos pongan algunos efectos en la comunidad, excluyen sus deudas porque excluyen sus muebles; las excluyen con más razón cuando no ponen nada de su mobiliario presente en la comunidad. En fin, si la mujer estipula que recogerá su mobiliario presente al renunciar á la comunidad, deberá también las deudas presentes (art. 1,514); nueva prueba de que en el sistema del Código el activo sigue al pasivo. Luego cuando los esposos realizan su mobiliario presente las deudas presentes quedan virtualmente excluidas; no es mentir decirlo en el contrato, la derogación del derecho común es implícita; por lo tanto, ya no se puede invocar al derecho común. (1)

217. Hay una última hipótesis en la cual la cuestión no es dudosa. Los esposos no han excluido de la comunidad determinados objetos. ¿Están obligados á las deudas por razón del valor de los objetos que recogen? Nó, pues las deudas no gravan los objetos particulares que pertenecen al deudor; están á cargo de la universalidad de los bienes. Y en el caso la comunidad es quien toma la universalidad del mobiliario; ella es, pues, la que está obligada á las deudas; el esposo, aunque los objetos realizados se queden propios, no contribuye á las deudas por este punto. Pothier lo dice así en caso de devolución de aporte por la mujer renunciante; la razón para decidir es idéntica cuando el esposo realiza determinado objetos. (2)

218. Los esposos pueden también poner en la comunidad una parte de sus muebles reservándose lo demás. En este caso las deudas estarán á cargo de la comunidad y del es-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 351, núm. 163 bis XII y XIII. Compárense las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 453, nota 22, pfo. 522.

2 Pothier, *De la Comunidad*, núm. 411. En este sentido, Lieja, 29 de Marzo de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 118), y Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2692.

poso, en proporción del mobiliario realizado y del mobiliario común. Una vez admitido el principio de que el pasivo sigue al activo, la consecuencia es evidente. Así el esposo que realiza las tres cuartas partes de sus muebles carga con las tres cuartas partes de sus deudas. (1)

Cuando se dice que las deudas están excluidas de la comunidad, esto quiere decir que los acreedores no tienen ninguna acción contra ésta, ni en los bienes que la componen. El principio se aplica sin dificultad cuando los esposos excluyen de la comunidad su mobiliario presente ó futuro, ó presente y futuro, á reserva del derecho de los acreedores del marido para perseguir todos los bienes que les pertenecen y, por consiguiente, los bienes de la comunidad de que es señor y dueño bajo el régimen de la comunidad convencional, tanto como el de la comunidad legal. Pero cuando los esposos sólo han realizado una parte de sus muebles, ¿debe aplicarse el principio de que los acreedores de la mujer no pueden obrar más que en la parte de los muebles que fué realizada por una parte correspondiente de la deuda, y que podrán promover contra los bienes comunes por la parte de la deuda que cae en la comunidad? Es fácil convencerse de que esta división de la acción es impracticable. El mobiliario realizado y el mobiliario común no consisten, en esta hipótesis, en objetos particulares y determinados; el esposo que realizó la mitad de su mobiliario tiene derecho en todo su mobiliario por mitad, y la comunidad tiene igualmente un derecho indiviso en la otra mitad. El acreedor no puede embargar ni expropiar una parte indivisa; debería, ante todo, pedir la partición (art. 2,205); y la comunidad sólo se divide después de su disolución. Se sigue de esto que á menos de neutralizar el derecho del acreedor se le debe permitir perseguir todos los bienes de la comunidad, á reserva de que los esposos arreglen con ellos la contribución. Se puede invocar por analo-

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 242, núm. 325.

gía lo que decide la ley cuando el mobiliario de una sucesión, parte mueble y parte inmueble, vencido á la mujer y aceptado por ella con autorización de justicia, ha sido confundido sin inventario con el mobiliario de la comunidad; por razón de la imposibilidad de distinguir el mobiliario propio y el mobiliario común, la ley permite á los acreedores promover contra la comunidad (art. 1,416). Y la confusión es mayor cuando el mobiliario común consiste en partes indivisas; desde luego los acreedores deben tener el derecho de obrar contra el mobiliario de la comunidad, porque es imposible distinguirlo del mobiliario propio. (1)

### Núm. 3. De las devoluciones.

219. Los esposos toman el mobiliario que han excluido, por prelación. Esto es de derecho común para los bienes que quedan propios á los esposos (art. 1,470, 2.º) Para ejercer esta devolución los esposos tienen que justificar sus aportes. El art. 1,498 lo dice de la devolución de lo aportado en la comunidad de gananciales, y lo mismo sucede con la cláusula de realización. Este es el derecho común. ¿Cómo se hace esta justificación? Hay que distinguir entre el mobiliario presente y el mobiliario futuro. En cuanto al mobiliario que vence á los esposos durante el matrimonio se aplica la disposición del art. 1,504. Esto no es dudoso; el art. 1,504, colocado en el final de la sección II, es aplicable por la generalidad de sus términos á todas las cláusulas de realización. Ya hemos explicado el art. 1,504 al tratar de la comunidad de gananciales á lo que en opinión general se aplica esta disposición (núms. 183-186).

220. En cuanto al mobiliario presente no hay texto. Se ha pretendido que se debe aplicar el art. 1,502 que dice: "Lo aportado queda suficientemente justificado, en cuanto al ma-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 464 y nota 8, pfo. 523, y las autoridades que citan.

rído, por la declaración hecha en el contrato de matrimonio de que su mobiliario es de tal valor. Está suficientemente justificado, en cuanto á la mujer, por el recibo que el marido le da, ó á los que la han dotado." Ya hemos dicho (número 179) que el art. 1,502 tiene un objeto enteramente especial y se aplica á una cláusula particular, la cláusula de aporte; en nuestra opinión no es de aplicarse á la comunidad de gananciales, y por identidad de razones debe decidirse que no es aplicable á la cláusula de realización.

Hay autores que aplican, por analogía, á la cláusula de realización la disposición del art. 1,499, según el cual el mobiliario existente cuando el matrimonio se reputa ganancial si no consta en inventario ó estado en buena forma. (1)

La analogía es segura; hay aun identidad cuando la realización versa en el mobiliario presente y futuro. Sin embargo, queda una duda: el art. 1,499 no es una regla de derecho común, es una disposición rigurosa que excluye las pruebas generales. ¿Puede extenderse, aun por vía de analogía, cuando la ley considera ambas cláusulas como diferentes? Esto nos parece difícil de admitir. Nuestra conclusión es que se deben aplicar los principios generales que rigen las pruebas, puesto que la ley no las deroga.

#### ARTICULO II — De la realización tácita.

##### § I.—CLAUSULA DE EMPLEO.

221. La cláusula de empleo es aquella por la que se estipula que una suma de dinero será empleada en la compra de un inmueble. Pothier dice que esta suma es equivalente á aquella en que se estipula que cierta suma se quedará propia. Es una realización tácita de la suma que debe ser empleada en adquisición de inmuebles. En el derecho antiguo la validez de la cláusula no era dudosa; la costumbre de Pa-

1 Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. IV, pág. 185, nota.

ris tenía de ella una disposición expresa (art. 93); se refería especialmente al dinero dado por los ascendientes para ser empleado en la compra de una heredad; pero en la práctica sólo se consideraba este caso como un ejemplo, y se aplicaba el principio á todas las cláusulas de empleo, ya sea que fuesen agregadas á una donación, ya que fuesen estipuladas por los esposos. Bajo el imperio del Código Civil se ha pretendido que la cláusula de empleo no implica realización, cuando menos en el caso en que el empleo no está hecho. La Corte de Nimes ha rechazado esta mala interpretación de la ley; (1) el art. 1,387 basta para condenarla. Los esposos pueden hacer las convenciones que juzguen convenientes; ¿qué importa que no las prevea el Código? A los tribunales tocará interpretarlas según la voluntad de las partes contratantes; y la costumbre de París había muy bien interpretado la intención de los esposos que estipulan el empleo de cierta suma en inmuebles; los inmuebles poseídos por los esposos cuando su matrimonio, les quedan propios, y el derecho al inmueble adquirido como empleo retrotrae al contrato de matrimonio; la intención de las partes debió ser el de que fuera propio. El Código consagra implícitamente esta opinión, que es la tradicional, diciendo que los esposos pueden excluir de la comunidad su mobiliario en todo ó en parte, sin sujetar la realización á términos sacramentales; y la cláusula de empleo, tal como se introdujo en el uso, realiza una parte del mobiliario, la que está destinada á ser empleada en la adquisición de inmuebles. Poco importa que el empleo no esté hecho, no por esto deja de existir la intención de realizar, y la voluntad de las partes es su ley; en este caso la suma es la que estará realizada. La costumbre de París lo decidía así, y en esto sólo confirmaba la volun-

1 Nimes, 19 de Diciembre de 1830 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2711).