

rimonio que es propio á los esposos. La comunidad, teniendo un activo y un pasivo, se pudiera creer que forma una persona diferente de los esposos. Pero esta ficción es incompatible con el poder que la ley reconoce al marido. El es propietario de la comunidad, propietario de sus bienes propios: ¿es que estos dos patrimonios son distintos en cuanto al marido, de manera que las deudas de uno no reportan en el otro? Nó, ambos patrimonios solo hacen uno. De ahí las reglas fundamentales del régimen comunal: cualquiera deuda del marido es una deuda de la comunidad, y toda deuda de la comunidad es una deuda del marido. Estas reglas son la negación de la personificación de la comunidad. Si ésta se formase una persona civil, debiera decirse que las deudas de esta persona son extrañas al marido y que las deudas del marido son extrañas á la comunidad. En el sistema del Código, la personificación de la comunidad no se concibe, implica un absurdo. Los bienes del marido y los bienes comunes hacen un solo y mismo patrimonio que el marido gira como señor y dueño. ¿Que se haría este poder del marido en la suposición de que la comunidad fuera una persona civil? No solo el marido no sería ya señor y dueño de los bienes comunes, pero ni siquiera lo sería de sus bienes propios; estos bienes confundiéndose con los de la comunidad, resultaría esta extraña consecuencia, que el marido estaría despojado de sus propios y que solo los giraría como agente de una persona moral que absolvería los derechos del marido como jefe y sus derechos como propietario.

Para admitir tan monstruosa ficción, se necesitarían textos muy terminantes. En primer lugar, sería una derogación grave al derecho antiguo y no pudiera admitirse que el legislador la consagrara expresamente. Y ni los trabajos preparatorios ni el texto señalan la intención de innovar; los autores del Código se han limitado, en esta materia, á consagrar la tradición. Esto es decisivo. Hay otra considera-

ción igualmente decisiva. Es de principio que solo la ley puede crear las personas civiles. Esto no quiere decir que las personas civiles solo existen cuando la ley las admite con este título. La palabra *persona civil* pertenece á la doctrina, la ley la ignora, aunque admite la existencia de estas personas ficticias (t. I, núm. 291). Pero se necesita cuando menos que la ley reconozca á un sér moral una existencia jurídica dándole derechos que impliquen la personificación. La cuestión es, pues, esta: ¿Las disposiciones del Código concernientes á la comunidad, implican necesariamente la idea de una persona civil? Decimos *necesariamente*, pues la ley no crea seres ficticios sino cuando está obligada por la necesidad. Basta, pues, que se puedan explicar las disposiciones del Código acerca de la comunidad, para que se deba desechar esta hipótesis. En este sentido se puede decir: No hay persona civil sin texto.

Los autores antiguos nunca pensaron en la idea de una personificación para explicar los principios que rigen á la comunidad. Y lo mismo pasa con la mayor parte de los autores modernos. Esto es decisivo. Hay que decir que la ley ignora esta pretendida persona civil; luego no existe. El Código habla de un activo y de un pasivo de la comunidad, y de un patrimonio activo y pasivo propio á cada uno de los esposos. ¿Querrá esto decir que los esposos formen dos personas, poseyendo, adquiriendo, estipulando y prometiendo, la comunidad debe también ser una persona, puesto que la ley le atribuye ciertos bienes y que habla de las ganancias de la comunidad, de sus deudas y créditos? Hay otra explicación que hace inútil la ficción. Cualquiera sociedad tiene un activo y un pasivo; sin embargo, todas las sociedades no son personas civiles; los socios son los que poseen y contratan. Tal es también la posición de los esposos; ponen en común sus muebles, los frutos de sus propios, sus economías y las adquisiciones que hacen con sus ahorros; ellos

son los que adquieren y poseen. Y en la teoría tradicional, debe agregarse que, durante la comunidad, solo el marido está considerado como propietario de lo que forma el activo social; solo él es acreedor, y solo él es deudor. ¿A qué, pues, la ficción de una persona moral para explicar una situación que se explica sin ficción alguna? (1)

La cuestión muy discutida por los autores, presenta muy poco interés práctico. Aun aquellos que sostienen que la comunidad es una persona civil, están obligados á confesar que la persona civil se manifiesta más raramente en la comunidad que en las demás sociedades. (2)

Esto equivale á decir que lo más de las veces la cuestión de saber si la comunidad es una persona civil es indiferente. ¿En dónde está, pues, la necesidad de crear una persona ficticia? Volveremos á esta cuestión al examinar las pocas dificultades que presenta. La jurisprudencia, que gusta poco de teorías, se ha atendido á la realidad de las cosas. Troplong pretende que la idea de un cuerpo moral se encuentra en muchas sentencias. El lenguaje se presta para esta confusión, puesto que nuestras leyes y, por consiguiente, las sentencias, citan siempre á la comunidad y no á los esposos comunes en bienes. Pero cuando la dificultad se ha presentado ante la Corte de Casación, ésta no titubeó en decidir como lo hemos hecho. El recurso pretendía que la comunidad constituía una persona civil, distinta de ambos esposos, poseyendo un activo afecto á las deudas adquiridas durante el matrimonio; de esto concluía que el activo social no se hacía la prenda de los demás acreedores, sino después del entero pago de las deudas comunes. La Corte contestó que la ley no reconoce en la comunidad á una persona civil que esté separada de los cónyuges entre los que está formada. En efecto, dice la sentencia, el marido constituido sobera-

1 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Véanse los fuentes en Aubry y Rau t. V. pág. 277, nota 2, pfo. 505.

2 Troplong, t. I, pág. 150 núm. 310.

no, administrador y dueño, absorbe á la comunidad mientras dura en su persona; todos aquellos con quienes obra, litiga, sea demandando, sea defendiendo, y contrae en virtud del pleno derecho y libre disposición que le pertenecen, solo á él conocen. ¿Quién pensó nunca en intentar una acción en nombre de la comunidad, ó en hacerla figurar como tal en un contrato? La personalidad del marido es la única que aparece, lo que excluye la idea de una persona ficticia; ¿pudiera haber lugar para la ficción cuando todo está llenado con la realidad? (1)

### § III.—COMUNIDAD LEGAL Y CONVENCIONAL.

198. La comunidad es legal ó convencional. Según los términos del art. 1,400, la comunidad que se establece por simple declaración de casarse bajo el régimen dotal, á falta de contrato, está sometida á las reglas explicadas en las seis secciones que siguen. Así, la comunidad legal existe en dos casos: primero á falta de contrato, y luego cuando los esposos hacen un contrato de matrimonio en el que estipulan sencillamente que se casan bajo el régimen de la comunidad. Hay, pues, comunidad legal aunque los esposos hagan un contrato. La ley pone en la misma línea á la comunidad estipulada por contrato y á la comunidad que existe á falta de contrato. Esto implica que la comunidad legal es en realidad una con unidad convencional, en el sentido de que resulta de un contrato expreso ó tácito. Volveremos á ocuparnos de este punto.

¿Qué es, pues, la comunidad convencional en el lenguaje del Código? Es la comunidad legal modificada por las convenciones de las partes contratantes. El art. 1,497 dice que «los esposos pueden modificar la comunidad legal, me-

1 Denegado, Sala Civil, 18 de Abril de 1860 (Daloz, 1860, 1, 185).

dante toda clase de convenciones, no contrarias á los artículos 1,387, 1,388, 1,389 y 1,390. La ley prevee las más usadas de estas modificaciones, y agrega en el final del artículo 1,528, que la comunidad convencional queda sometida á las reglas de la comunidad legal para todos los casos en que no se ha derogado en el contrato. La comunidad solo es, pues, convencional cuando deroga á la comunidad legal.

199. Decimos que la comunidad legal es una comunidad convencional, en el sentido de que está fundada en una convención. Esto es evidente cuando los esposos hacen un contrato por el que estipulan el régimen de la comunidad; el artículo 1,400 califica esta convención de comunidad legal, porque los esposos adoptan este régimen sin modificación. El art. 1,400 pone en una misma línea la comunidad que existe cuando los esposos no hacen contrato; esta es, pues, igualmente una comunidad convencional, puesto que resulta de la convención tácita de los esposos. Esto se funda también en la razón. El régimen de la comunidad, como todo régimen, es un contrato, es lo que la ley llama convenciones matrimoniales (arts. 1,387, 1,393 y 1,394), y no se conciben convenciones sin concurso de consentimiento.

La comunidad legal no es, pues, una comunidad que la ley imponga á las partes; esto no tendría sentido, pues la ley comienza por decir que los esposos pueden hacer las convenciones que gusten; el art. 1,387 agrega que la ley no rige á la asociación conyugal en cuanto á los bienes, sino á falta de convenciones especiales. La ley rige, no como regla impuesta, sino como regla consentida tácitamente; establece la regla para dispensar á los que quieren someterse al régimen de la comunidad, el tener que hacer un contrato notariado; al no hacer acta ante notario, las partes adoptan implícitamente el régimen de derecho común; es por voluntad propia como se han sometido á él, pues de ellas depende hacer lo contrario. Insistimos en este principio elemen-

tal porque nos va á servir para decidir cuestiones controvertidas.

Se ha contestado el principio. Otier dice que la comunidad legal no resulta de una convención presumida de las partes, que está establecida solo por la fuerza de la ley; declara que coloca á la ley, expresión de la voluntad general, muy por encima de la presunta expresión de la voluntad de dos particulares. (1) Hay inexactitud y confusión en estas palabras. Desde luego, no puede tratarse de una convención *presumida*; la ley no presume nunca, y no puede presumir una convención, puesto que es de la esencia de las convenciones el descargar en el consentimiento, y solo pueden consentir las partes. Otra cosa es la convención tácita, puesto que se puede consentir tácitamente. Que la ley, como voluntad general, esté por encima de las leyes particulares que se llaman contrato, esto es de evidencia; pero la cuestión está en saber si la ley puede intervenir para imponer una convención á los esposos. El art. 1,387 dice lo contrario; pone la libertad de las partes por encima de la ley: lo que es la regla en materia de contratos; la ley prevee solo que las partes quieren, pero les permite querer otra cosa, y basta que manifiesten su voluntad para que deje la ley de tener efecto.

Dumoulin, y después de él Pothier, han establecido estos principios con tanta evidencia que es extraño que aun se pongan en duda. Aunque la comunidad esté denominada *legal*, dice Dumoulin, no es, sin embargo, la ley la que está en causa inmediata; no está formada, dice, *vi ipsius consuetudinis immediate et in se*. La causa inmediata que produce y establece esta comunidad es una convención que no es, en verdad, expresa y terminante, pero que es virtual é implícita; las partes al casarse, cuando no se han explicado acerca de sus convenciones matrimoniales, están como ha-

1 Otier, t. I, pág. 48, núm. 37.

biendo *tácitamente* convenido en una comunidad tal cual se acostumbra en el lugar de su domicilio. Esta comunidad solo se llama *legal* porque las partes, mediante esta convención *tácita*, se atienen enteramente á la ley. Las costumbres parecían ordenar al decir: *Hombre y mujer son uno y comunes en todos bienes muebles*, etc. En realidad, la costumbre no ordenaba al hombre y á la mujer que se casan el ser *uno y comunes*, puesto que les permitía consentir lo contrario; solo declaraba que el uso era, que á falta de contrato y voluntad contraria, los futuros esposos se consideraban como habiendo convenido el ser uno y comunes en bienes. (1)

200. Si Dumoulin puso tanto cuidado para establecer un principio elemental, es que en el derecho antiguo importaba mucho saber si la comunidad estaba establecida en virtud de la costumbre ó de la convención. Las costumbres variaban de una á otra provincia, y algunas veces hasta de ciudad á ciudad, ó de pueblo á pueblo: ¿cómo saber cuál era la ley de las partes en cuanto á sus convenciones matrimoniales? Se seguía como principio que los esposos estaban regidos por la ley del domicilio que tenían cuando su matrimonio; no en virtud de la ley, sino en virtud de una convención *tácita*. Los efectos de la comunidad dependían, pues, no de la ley, sino de la convención. De ahí, entre otras, esta consecuencia que si unos esposos se casaban bajo el imperio de una costumbre que establecía la comunidad, eran comunes en bienes, y esta comunidad se extendía á los bienes que los esposos adquirirían en provincias en las que la comunidad no era admitida. En vano, d'Argentré objetaba que la costumbre solo era una ley local, y no podía extender su imperio fuera de su territorio. Dumoulin contesta que los esposos eran comunes, no en virtud de la costumbre, sino en virtud de sus convenciones; y el efecto de las

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 10. Troplong, t. I, pág. 62, núm. 21 y 22, pág. 147, núm. 301 y todos los autores.

convenciones no se limita á un lugar determinado; se extiende á todos los bienes, cualquiera que sea el lugar de su situación.

La cuestión no se presenta hoy de costumbre á costumbre en el interior del país, puesto que éstas están abolidas. Pero tiene todavía interés de un país al otro. Un francés se casa en el extranjero, ó un extranjero se casa en Francia: ¿bajo qué régimen estarán casados? Los autores no están de acuerdo y la jurisprudencia no tiene el rigor que tanto se necesita en nuestra ciencia. La doctrina y las sentencias han quedado ligadas á la tradición; no se ha reflexionado que en muchos puntos la tradición había sobrepasado el principio que le sirve de punto de partida. Dumoulin y Pothier dicen que la comunidad resulta de la voluntad de los esposos. De esto se concluía que las disposiciones de las costumbres que establecían una comunidad entre los esposos formaba un *estatuto personal*; Pothier dice que es personal, porque tiene por objeto arreglar las convenciones que las personas sometidas á la costumbre por razón de su domicilio, han hecho *tácitamente*. (1) Este principio no es ya el del derecho moderno. En primer lugar, Pothier no tiene razón en calificar de estatuto personal la ley que establece el régimen comunal entre esposos casados sin contrato. El estatuto personal es aquel que reglamenta el estado y la capacidad de las partes contratantes; y en la comunidad legal ó *tácita*, no se trata del estado y capacidad de los esposos, todo depende de su voluntad. Hay que hacer una segunda observación acerca del principio formulado por Pothier. Los esposos, dice, están sometidos á la costumbre por su domicilio, y, por consiguiente, adoptan *tácitamente* la comunidad que establece esta costumbre. Hoy no puede decirse que los hombres estén sometidos á la costumbre por su domicilio; es la nacionalidad la que determina la ley que los rige.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 12.

Ya lo hemos hecho notar al tratar de los estatutos. Debe, pues, hacerse á un lado la consecuencia que Pothier deduce del principio de Dumoulin, y atenerse á este principio.

201. Unos franceses se casan en el extranjero sin hacer contrato, ¿cuál será su régimen? ¿La comunidad legal establecida por el Código ó el régimen establecido por la ley del país en que celebraron su unión? Contestamos con Dumoulin que la adopción de un régimen depende de la voluntad de las partes contratantes; debe, pues, verse cuál ha sido su intención: pueden, según su voluntad, someterse al régimen del Código Civil, ó al régimen de la ley extranjera. ¿Pero cómo puede conocerse esta voluntad, á falta de contrato? Contestaremos que esto es una cuestión de hecho, como todo consentimiento tácito; los jueces lo decidirán según las circunstancias de la causa. ¿Habrá hechos que determinen esta intención? En el derecho antiguo se contestaba que esto era una cuestión de domicilio: si los futuros esposos tenían intención de establecer su domicilio en el lugar en que contraían matrimonio, se sometían, por este solo hecho, á la ley del lugar; si tenían la intención de fijarse en otra parte, la ley del lugar en el que pensaban establecerse era la que los regía. (1) ¿Sucederá lo mismo bajo el imperio del Código? En nuestro concepto, esto es una cuestión de circunstancias. Supongamos que los franceses que celebran su unión en el extranjero vivan en él desde tiempo; tienen allí el sitio de sus negocios, gozan abí de los derechos civiles: estos hechos podrán ser invocados para inducir la voluntad de las partes en adoptar una ley que conocen, mientras que quizá ignoran la ley francesa. Pero si los futuros esposos acaban solo de establecer su residencia en país extranjero, en donde solo son pasajeros, sin domicilio fijo, no puede ya decirse que se someten á una ley que no conocen; mientras que se les presume conocer la ley francesa que los rige para su

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 15 y 16.

capacidad y para los bienes que en Francia poseen. Por la misma razón debe admitirse que aunque los esposos se propusieran, casándose en el extranjero, establecer allí su domicilio, este hecho no bastaría para probar que su intención fuera seguir la ley extranjera, pues no conocen dicha ley; y, ¿cómo admitir que quieran someterse á una ley que ignoran? En el derecho antiguo, la misma dificultad se presentaba, los intérpretes salían de apuro mediante una presunción; se presumía que los esposos conocían la ley del lugar en que se proponían establecer su domicilio. ¿Pero cómo presumir que unos franceses conozcan las leyes extranjeras? Esto es ya una ficción en Francia: la ficción no tendría ninguna base para las leyes de otro país. Volveremos á ocuparnos de esta pretendida presunción.

La doctrina es muy poco satisfactoria acerca de nuestra cuestión. Hay autores que ponen como principio que los franceses que se casan en el extranjero son *como* sometidos al régimen de la comunidad legal establecido por el Código Civil; y luego agregan como excepción que se puede admitir según las circunstancias, que los esposos han entendido seguir la ley del país en que se proponen fijar su domicilio matrimonial. (1) En nuestro concepto, la excepción forma la regla; es decir, que el régimen depende siempre de la intención de las partes, y esta intención se prueba por los hechos y circunstancias de la causa. ¿Será una circunstancia el lugar en que los esposos se proponen fijar su domicilio matrimonial? Debe verse primero lo que se entiende por domicilio matrimonial. Nuestras leyes no conocen esta expresión, lo que ya hace la cosa bastante arbitraria. Merlin dice que es el domicilio en que los esposos se proponen, al casarse, fijar su residencia. (2) Sería, pues, el domicilio ordinario excepto que para el régimen de los esposos

1 Duranton, t. XIV, pág. 96, núm. 88. Aubry y Rau, t. V, págs. 274 y siguientes, notas 1 y 2, pfo. 504 bis.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, pfo. VI (t. XVIII, pág. 431).

se considera el domicilio futuro, aquel que los esposos se proponen tomar. ¿Cómo podrá un domicilio que aun no existe producir un efecto tan considerable determinando el régimen bajo el cual los esposos se han casado? ¿Los franceses que se proponen establecerse en Inglaterra conocen acaso el derecho inglés? Y si lo ignoran ¿puede suponerseles la intención de seguirlo? El domicilio matrimonial es una pura ficción, ó si se quiere una presunción á la que se ocurría en el antiguo derecho por necesidad con el fin de tener una regla fija en medio de la infinita diversidad de costumbres. Los autores modernos que han tomado este principio en el antiguo derecho ni siquiera permanecen fieles á la tradición; no dicen, como se hacía antaño, que el domicilio por sí determina la ley del matrimonio. Se *podiera*, dicen, admitirle; esto depende, pues, de la apreciación del juez. Se agrega, *según las circunstancias*; esto es, en definitiva, el elemento decisivo, ¿por qué no atenerse á este principio á reserva de atenerse á la resolución del juez? El juez tiene necesariamente un poder discrecional desde que se trata de escudriñar la intención de las partes contratantes. (1)

La jurisprudencia se inclina hácia este principio. Un francés se había casado en Bruselas con una mujer belga. La intención de los futuros esposos era establecerse en Francia. Fué sentenciado que el domicilio matrimonial debía considerarse como fijado en Bruselas. En el recurso intervino una sentencia de denegada; la cuestión, dice la Corte de Casación, era de naturaleza á ser recibida según las actas, los hechos y demás circunstancias. (2) Luego el domicilio matrimonial no es ya decisivo, puesto que este domicilio puede variar según las circunstancias de la causa. Merlin había sostenido que la ley francesa era la ley del matrimonio. Esto es lo que dijo la Corte de Casación en otra sentencia. El

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 26, núms. 35 y 36.

2 Denegada, sección civil, 12 germinal, año XIII (Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Convenciones matrimoniales*, pfo. II, t. VI, pág. 435).

marido residía en España antes de su casamiento; se casó allí con una francesa; fué sentenciado que había tenido la voluntad de establecer su domicilio conyugal en España y casarse bajo el imperio de la ley española; la Corte de Casación pronunció una sentencia de denegada, porque la sentencia atacada se había fundado, para decirlo así, en hechos numerosos y en circunstancias en las que el juez tenía derecho de apreciación. (1) Se ve que la palabra domicilio conyugal solo es una palabra tradicional y que el verdadero motivo de decidir está tomado en los hechos y circunstancias de la causa. Mejor fuera abandonar el lenguaje tradicional que solo sirve para extraviar al intérprete.

Decimos que la jurisprudencia no tiene principio seguro. Dos franceses se casan en Irlanda, explotaban allí un establecimiento de comercio. Después de la muerte del marido, la viuda volvió á Francia donde murió. Se inició un proceso acerca del régimen de los esposos. La corte de Metz decidió que la solución dependía del punto de saber si los esposos habían conservado el espíritu de regreso; es decir, si habían permanecido franceses. Nó, no es esto el principio, esto es una cuestión de intención, y la intención de los esposos podía haber sido el seguir la ley inglesa.

202. La dificultad aumenta cuando un francés se casa en el extranjero con una extranjera. ¿Debe admitirse, con el derecho antiguo, que el domicilio matrimonial determina el régimen? Esto es una cuestión de intención, pero, en el caso, puede haber dos intenciones contrarias. La mujer que solo conoce la ley de su país, quiere seguirla, mientras el marido prefiere la ley francesa. La dificultad es grande. Solo puede haber un régimen único; hay, pues, que pronunciarse ya por la ley del marido, ya por la de la mujer. En

1 Denegada, 29 de Diciembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Domicilio*, número 20).