

no hay acta notariada, tanto como si hubiera una acta hecha ante notario. Todo se explica cuando se relaciona la disposición del art. 1,404 á la del art. 1,396.

266. El art. 1,404, agrega: "A no ser que la adquisición haya sido hecha en ejecución de alguna cláusula del contrato de matrimonio, en cuyo caso estaría arreglada á las convenciones matrimoniales." En la interpretación generalmente seguida, se dice que el esposo no hace fraude al contrato ejecutándolo. Nosotros decimos que las cláusulas de un contrato no pueden ser una contraletra. Se llama á esta convención cláusula de empleo; la dote está prometida en dinero, pero con estipulación de que la dote mueble será convertida en inmuebles. Esto es ventajoso para la mujer, pues los inmuebles así adquiridos en virtud del contrato le quedarán propios, mientras que el dinero dotal hubiera caído en la comunidad; á la verdad, los propios de la mujer pueden ser enajenados é hipotecados bajo el régimen de la comunidad, pero no lo pueden ser sin su consentimiento. Se entiende que también se puede estipular que los inmuebles comprados en virtud de la cláusula de empleo entrarán en la comunidad, por esto es que la ley nada decide en cuanto á la naturaleza de estos inmuebles: son propios ó gananciales, como lo quieran los esposos. (1)

267. Pothier prevee el caso en que un inmueble fuera dado á uno de los esposos después del contrato de matrimonio y antes de la celebración de la unión: decide que esta herencia no entra en la comunidad, porque la adquisición no causa ningún fraude al cónyuge que no debía contar con esta herencia. Los autores modernos admiten esta decisión que no puede ser dudosa cualquiera que sea la interpretación que se dé al art. 1,404. (2) En nuestra opinión, se dice que las donaciones no son una contraletra, y que, por consiguien-

1 Troplong, t. I, pág. 206, núm. 575.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 281. Rodière y Pont, t. I, pág. 419, número 504.

te, no ha lugar á aplicar el art. 1,404 que solo es una consecuencia de la disposición que se refiere á las convenciones.

268. Queda una cuestión última muy controvertida. El contrato contiene estipulación de comunidad; después del contrato y antes de la celebración del matrimonio, uno de los cónyuges vende inmuebles que le son propios: ¿el dinero de la venta ó el derecho al precio entrará en la comunidad? Si se admite la interpretación que hemos dado al artículo 1,404, la solución no es dudosa. Los inmuebles vendidos debían quedar en propio al esposo en virtud del contrato de matrimonio; habría cambio á las convenciones matrimoniales si los valores que debían ser propios entrasen en la comunidad; por lo tanto, hay lugar á aplicar el art. 1,396 del que el art. 1,404 solo es la consecuencia: esto es decir que el art. 1,404 puede y debe ser aplicado por analogía. Se hacen varias objeciones. Apartaremos la que se funda en el carácter excepcional del art. 1404; (1) en nuestra opinión, el art. 1,404 solo aplica el derecho común. Por esto mismo, cae otra objeción, esta es que la venta de un propio no hace fraude al otro esposo ni á la comunidad, puesto que en lugar de perder, el cónyuge gana con ello en el sentido de que la comunidad se enriquece con el precio. (2) Si es verdad, como nosotros lo decimos, que el art. 1,404 solo aplica el art. 1,596, el punto de saber si hay fraude ó no se hace indiferente; todo cambio hecho á las convenciones matrimoniales es nulo, aunque hubiera concurso de consentimiento de ambos esposos; luego el art. 1,404 es aplicable por el solo hecho de que las convenciones matrimoniales han cambiado. Aquí está el verdadero nudo de la dificultad: ¿Hay cambio cuando valores inmuebles perteneciendo al esposo cuando el contrato, se convierten en valores muebles antes de la celebración del matrimonio? Esto se discute; el contrato queda

1 Marcadé, t. V, pág. 462, núm. 1 del art. 1,404.

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 179, núm. 171.

igual, se dice; no estipula que tales valores serán propios de los esposos ó entran en la comunidad, dice que los inmuebles serán propios y que los muebles serán comunes; no hay, pues, nada cambiado cuando entran más ó menos muebles en la sociedad de bienes formada por los esposos. (1) Hemos de antemano contestado á la objeción (núm. 262); cuando los valores muebles se convierten en inmuebles, esto equivale á una cláusula de realización, lo que es seguramente un cambio; por la misma razón hay cambio cuando valores inmuebles se convierten en muebles; si el esposo quiere hacer este cambio, debe observar las formas prescriptas para las contraletas. (2) En apoyo de nuestra interpretación invocaremos la opinión de Pothier; éste dice que la conversión de los inmuebles en dinero sería un medio de aventajar al cónyuge, y es para impedir estas ventajas indirectas como las costumbres declaraban nulas todas las contraletas al contrato de matrimonio. (3) Nuestra conclusión es que el precio del inmueble quedará en propio al esposo que lo vende en el intervalo del contrato á la celebración del matrimonio.

Núm. 3. De los inmuebles adquiridos á título gratuito.

269. La adquisición á título gratuito hecha durante el matrimonio ¿es en principio un propio ó una ganancial? En el derecho antiguo se la consideraba como una ganancial; no hay tan buena ganancia como la dada, decía el proverbio. Se hacía á esta regla una excepción para los inmuebles dados por un ascendiente á uno de los cónyuges; esto era un anticipo de herencia, una sucesión anticipada; por lo tanto, los bienes debían permanecer propios al donatario que recogía la herencia. (4)

1 Mourlon desarrolla esta objeción (*Repeticiones*, t. III, pág. 14, nota 2).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 68, núm. 32 bis IV.

3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 281. Compárese Troplong, t. I, pág. 162, núm. 364, y pág. 266, núm. 572.

4 Troplong, t. I, pág. 212, núm. 605 y 606.

¿Será también este el principio moderno? Es seguro que el art. 1,405 deroga al antiguo derecho disponiendo que las donaciones de inmuebles que no se hacen durante el matrimonio sino á uno de los esposos, no caen en la comunidad, mientras que en el derecho antiguo, estas donaciones entraban en la comunidad, á no ser que fuesen hechas por un ascendiente. ¿Però cuál es el sentido de esta derogación? ¿es acaso un nuevo principio? ¿la donación formará, en general, un propio en la teoría del Código; ó es la regla que las donaciones formen gananciales, salvo la excepción prevista por el art. 1,405? La cuestión está controvertida y es dudosa.

Creemos que la donación forma, en principio, una ganancial. El art. 1,401 lo decide así disponiendo que los inmuebles *adquiridos durante el matrimonio*, entran en la comunidad; la ley no distingue á qué título los bienes se adquieren; luego debe decirse que se aplica á la adquisición á título gratuito tanto como á la adquisición á título oneroso. (1) El art. 1,401 sería decisivo si no fuera por el art. 1,402 concebido así: "Todo inmueble es reputado ganancial de la comunidad si no está probado que uno de los esposos tuviera su propiedad ó posesión legal anteriormente al matrimonio, ó que lo adquirió desde entonces á título de *sucesión ó donación*." Se dice que la ley pone en la misma línea la *donación* y la *sucesión*; y los inmuebles adquiridos por herencia son siempre propios; luego debe suceder lo mismo con los inmuebles dados. Creemos que esta interpretación hace decir á la ley lo que ésta no dice ni pretendió decir. ¿Cuál es el objeto del art. 1,402? Es decidir una cuestión de prueba: ¿se deberá en la duda reputar el inmueble como ganancial ó como propio? Tal es la única cuestión que quiso el legislador decidir en el art. 1,402; y jamás debe buscarse en la ley la

1 Lieja, 11 de Marzo de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 304). Toullier, t. VI, 2, pág. 144, núm. 135.

decisión de dificultades que el legislador no tuvo en vista, si no se llega á hacerle decir lo que no pretendió decir. Se trata de saber si la donación forma un propio ó una ganancial. ¿Cuál es el artículo que contesta á la pregunta? Es el artículo 1,401, núm. 3; no es el art. 1,402. Este último artículo supone únicamente que hay inmuebles dados que quedan propios; en efecto, según el art. 1,405, son propios los inmuebles dados á uno de los esposos; es á esta disposición á la que se refiere el art. 1,402, y solo podía referirse á esta. ¿Cuál es la hipótesis prevista por el art. 1,402? Uno de los esposos pretende, cuando la liquidación de la comunidad, que tal inmueble le pertenece como habiéndolo sido dado durante el matrimonio; y se le admite aportarlo en virtud de los arts. 1,402 y 1,404. Lo que la ley decide en el artículo 1,405 es, pues, un caso particular, y al cual se refiere en el art. 1,402. Esto es decisivo. El espíritu de la ley está en armonía con esta interpretación. Los autores del Código han seguido á la tradición en la materia de las convenciones matrimoniales; es, pues, la doctrina tradicional la que es la regla; las disposiciones que derogan á ello son unas excepciones y deben ser interpretadas como tales. (1)

270. La donación de un inmueble hecha á uno de los esposos durante el matrimonio, es un propio. Tal es la excepción que el art. 1,405 hace al derecho antiguo. ¿Cuál es el motivo de esta derogación? Las razones que se dan están lejos de ser determinantes: «una donación de inmueble hecha á uno de los esposos encierra en ella el pensamiento de que el otro cónyuge no la aprovechará.» Esto es una afirmación, pero afirmar no es probar. Las costumbres decían lo contrario y creemos que estaban mas cerca de la verdad. No debe olvidarse que el esposo donatario es común en bienes; dar á este esposo, ¿no es darle á título de esposo; es decir, de socio en la comunidad? Se agrega que los inmuebles

1 Odier, t. I, pág. 128, núm. 125.

no se comunican fácilmente. (1) En el derecho antiguo, esto era más verdad que en nuestro derecho moderno, y sin embargo, los inmuebles dados á uno de los esposos entraban en la comunidad. ¿Por qué? Porque esto era una adquisición y no una herencia procedente de la familia, á no ser que el donante fuese un ascendiente, en cuyo caso, el inmueble dado era un propio de sucesión y, por consiguiente, un propio de comunidad. El sistema de las costumbres era más lógico que el del Código Civil.

El art. 1,405 dice que los inmuebles dados á uno de los esposos pertenecen únicamente al donatario, á no ser que la donación estipule expresamente que la cosa dada pertenecerá á la comunidad. Se necesita una declaración expresa, porque es por excepción como el inmueble dado á uno de los esposos entra en la comunidad, y que toda excepción debe ser formulada en términos expesos. ¿Qué se entiende por la palabra *expresamente*? Hemos encontrado á menudo este término; en nuestro concepto, significa una declaración hecha por palabras; luego no basta una voluntad tácita.

271. ¿Qué debe decidirse si el inmueble está dado á ambos esposos juntamente y sin indicación de partes? ¿Será propio ó ganancial? Nuestra solución se prejuzga por lo que acabamos de decir (núm. 268). Si es verdad que la donación forma generalmente una ganancial, hay que decir que el art. 1,405 deroga á la regla y que, por consiguiente, es de estricta interpretación. Desde que no se está en la excepción de un inmueble dado á uno de los esposos, se entra en la regla; luego el inmueble dado á ambos esposos es una ganancial. El texto y los principios confirman esta interpretación. El art. 1,405 está redactado en términos muy restrictivos: «Las donaciones de inmuebles que *no se hacen* durante el matrimonio *sino á uno de los esposos*, no entran

1 Troplong, t. I, pág. 213, núm. 610.

en la comunidad." ¿No es natural concluir de esto que la donación solo forma propio en el caso previsto por el artículo 1,405? Esto supone una regla general á la que el artículo 1,405 deroga; la regla, en nuestro concepto, está escrita en el art. 1,401, núm. 3. La relación que existe entre el Código Civil y el derecho antiguo, confirma esta interpretación. En las costumbres toda donación formaba ganancial, excepto la que el ascendiente hacía á su descendiente. El Código deroga al derecho antiguo, pero los términos restrictivos del art. 1,405 implican que esta derogación se refiere únicamente á la donación hecha á uno de los esposos. Creemos que los principios conducen á la misma conclusión. Cuando el inmueble es dado á uno de los esposos, puede verse un título personal en la donación y, por lo tanto, un propio; pero cuando la donación es hecha á ambos esposos juntamente, la intención del donante no es gratificar á dos donatarios cada uno por mitad, su intención es gratificarlos como comunes en bienes. Y gratificar á ambos esposos es gratificar á la comunidad. En efecto, la comunidad no es sino los esposos asociados. Aun hay más. El donante que quiere gratificar á la comunidad, solo puede hacerlo dando á ambos esposos, y no puede dar á la comunidad, puesto que ésta no es una persona civil capaz para recibir; el único medio legal para dar á la comunidad es, pues, dar á ambos esposos; luego dándoles, la intención probable del donante es dar á la comunidad.

¿Qué se dice en la opinión contraria? Hacemos á un lado el argumento sacado del art. 1,402; ya lo hemos contestado al discutir la cuestión de principio (núm. 268). Se dice que, según el derecho común, una donación hecha á dos personas se divide entre ellas por mitad, y se concluye de esto que debe suceder lo mismo con la donación hecha á dos esposos. El principio es incontestable, pero se le aplica falsamente. Si un inmueble dado á dos donatarios pertenece

á cada uno por mitad, la razón es que no hay ninguna liga entre los donatarios, ningún interés común; cada uno estipula, pues, por su parte. ¿Sucede lo mismo con los esposos? No, seguramente, y aquí podemos invocar la tradición. En el derecho antiguo, la donación hecha á uno de los esposos formaba ganancial: ¿por qué? Porque el donatario es el representante de la comunidad; esposo común en bienes, se supone que obra por común interés. Con más razón debe decirse que ambos cónyuges representan á la comunidad y que la donación que se les hace se dirige en realidad á la comunidad. Pothier decía que la regla consagrada por las costumbres estaba tomada en los principios generales de la comunidad entres esposos. (1) Sus intereses son los mismos, y deben tener siempre á la vista el común interés; se supone naturalmente que aquel que les ha dado tiene el mismo pensamiento; luego el inmueble debe ser común á ambos esposos. (2)

La jurisprudencia está dividida como la doctrina. Ya hemos citado la sentencia de la Corte de Lieja, que está conforme con nuestra opinión; pero la decisión pierde su autoridad por razón de los hechos de la causa: la sentencia dice que las cláusulas de la donación probaban que la donación formaba una ganancial, lo que decidía la cuestión. (3) Hay una sentencia de la Corte de Tolosa en sentido contrario, pero tiene también poca autoridad por la misma razón. En el caso, dice la Corte, el acta de donación y las circunstancias particulares de la causa, probaban que el donante había querido dar los bienes por mitad á cada uno de los esposos para que les fuesen propios; (4) lo que era decisivo.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 168.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 293 y nota 38, pfo. 507.

3 Lieja, 11 de Marzo de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 304).

4 Tolosa, 23 de Agosto de 1827 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 781). En el mismo sentido, Bruselas, 12 de Agosto de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 7). La Corte considera á la comunidad como un sér moral, lo que no admitimos.

272. La cuestión que discutimos es ante todo una cuestión de intención: el donante puede dar á quien quiera. Si ha manifestado la intención de que el inmueble dado á ambos esposos les quede propio, debe uno atenerse á la expresión de su voluntad. ¿Es menester que la voluntad esté expresada en términos formales, ó los donatarios pueden prevalecerse de una voluntad tácita? Creemos que es necesario una voluntad expresa. El art. 1,405 lo dice para la derogación á la regla que en él se establece; y, en nuestra opinión, es por aplicación de esta regla como hemos decidido que el inmueble dado á ambos esposos entra en la comunidad; es, pues, por derogación á una regla general como el inmueble dado á ambos esposos les queda propio. Puesto que esto es una excepción, solo puede resultar de una declaración formal de la voluntad.

Habría declaración terminante si se dijera en el acta que el inmueble está dado á cada uno de los esposos por mitad; el acta contendría entonces dos donaciones distintas, una en provecho del marido, y la otra en provecho de la mujer. (1) No se puede objetar que la donación por mitad equivale á una donación hecha á la comunidad, cada uno de los esposos teniendo en ella la mitad. La diferencia es grande; si la mujer es donataria por la mitad, ésta le queda en propio, la vuelve á tomar á la disolución del matrimonio, aunque renuncie á la comunidad; mientras que si el inmueble es dado á la comunidad, la mujer solo tiene derecho á ella si acepta. Por otra parte, el marido puede disponer del inmueble si es una ganancial; si al contrario, es propio á los donatarios, el marido no podía disponer de la parte de la mujer.

Se admite también que el inmueble dado es propio á ambos esposos cuando es dado por el ascendiente á su descendiente y al cónyuge de éste. Se decide así, por un argumento *á fortiori* del art. 1,406, según los términos del cual el

1 Colmet de Santerre t. V, pág. 71, núm. 33 bis VI.

inmueble cedido por un ascendiente á uno de los dos esposos para cumplir con lo que debe, ó á cargo de pagar las deudas del donante á extraños, no entra en la comunidad: Si un anticipo de sucesión hecho á título oneroso es un propio, con más razón debe presumirse que el ascendiente quiso que el inmueble por él dado sea un propio del esposo donatario. Esto nos parece dudoso. Así sucedía en el derecho antiguo, pero el Código no reproduce la presunción de las costumbres, y no puede haber una presunción sin ley. Sin duda el legislador hubiera debido decidirlo así, pero no lo hizo, y nos parece muy difícil argüir *á fortiori* en materia de excepción.

En fin, se enseña que la intención del donante de dar á título de propio, pudiera inducirse de los términos del acta y del conjunto de los hechos. Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. (1) Desde que puede uno apoyarse en los términos del acta, hay excepción expresa, como lo exigen los principios. Pero no nos gusta el conjunto de los hechos, porque esto conduce á admitir la intención tácita del donante y no entendemos que haya excepciones tácitas.

Núm. 4. De la prueba.

273. El art. 1,402 dice: "Todo inmueble está reputado de comunidad si no está probado que uno de los esposos tenga propiedad ó posesión legal anterior al matrimonio, ó le haya venido después á título de sucesión ó donación." Esta disposición establece una presunción en provecho de la comunidad. Pone la prueba de que un inmueble sea propio á cargo del esposo que lo reclama como tal cuando la liquidación de la comunidad; y si no llega á administrar dicha prueba, el inmueble quedará por esto mismo en la masa de los bienes comunes; es decir, que será comprendido entre los ga-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 294 y nota 41, pfo. 507 (4.ª edición).

nanciales. ¿Por qué pone la ley la prueba á cargo del esposo? Es porque es demandante, en el sentido de que reclama un inmueble como siéndole propio, y al demandante toca probar el fundamento de su demanda. El esposo que pretende que el inmueble es una ganancial, nada tiene, pues, que probar; tiene á su favor la presunción legal que le sirve de prueba. La presunción es natural, se funda en la posesión y en el interés común de los esposos; resulta de ello una probabilidad, que el inmueble poseído por los esposos es más bien común que propio. La probabilidad se funda en lo que sucede ordinariamente; y los inmuebles que los esposos poseen en propio son de ordinario adquiridos durante la comunidad. (1) Si es á título de propio, es muy fácil que el esposo lo pruebe, puesto que solo es propio un inmueble cuando fué adquirido á título de sucesión ó de donación. Que si el esposo pretende que el inmueble era propio antes del matrimonio, la prueba será también fácil, puesto que la ley se conforma con la prueba que tenía la posesión legal. Volveremos á este punto al tratar de los propios. Notemos únicamente que Pothier dice en términos demasiado absolutos que el esposo que reclama un inmueble como propio, puede justificarlo, á falta de título, por la prueba testimonial; esto es verdad para con los inmuebles que pertenecen al esposo antes de casarse, puesto que la posesión legal basta, y la posesión se prueba por testigos. Pero la sucesión y la donación no se prueban por testigos, se necesitan títulos.

La jurisprudencia se demuestra complaciente en lo que se refiere á pruebas. Ha sido sentenciado que basta con las indicaciones contenidas en un antiguo título apoyadas de otras circunstancias tendiendo á establecer la calidad de propio. (2) En otro caso, se han considerado las confesiones del marido, después de la muerte de la mujer, como constituyendo una

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 203. Troplong, t. I. pág. 191, núm. 489.

2 Rennes, 27 de Enero de 1813 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 724).

prueba suficiente en provecho de los herederos de que tal bien era un propio de la difunta. (1) Es, sin embargo, necesario que la jurisprudencia se mantenga en los límites de las pruebas legales: hay dos derechos en conflicto, el del esposo que reclama el inmueble como propio, y el del esposo que sostiene que es una ganancial; desde que la prueba del demandante no está completa, hay duda, y en caso de duda, el inmueble es reputado ganancial.

274. La presunción del art. 1,402 supone que la comunidad estaba en posesión del inmueble en el momento en que se disolvió, y se funda en esta posesión. Si hubiese duda en el punto de saber cuándo comenzó la posesión, si era anterior á la disolución de la comunidad ó posterior, ya no se estaría en los términos de la ley, y, por consiguiente, el esposo no podría invocar la presunción que el art. 1,402 establece: antes de invocar una presunción, hay que probar que existe, y no existe en el caso, sino cuando consta la posesión por la comunidad; si esta prueba no se da, el inmueble no puede ser una ganancial. (2)

ARTICULO II.—*De los bienes que no entran en la comunidad.*

275. Hay bienes que no entran en la comunidad; constituyen el patrimonio propio de cada uno de los esposos. En el derecho antiguo se les llamaba *proprios de comunidad*, para distinguirlos de los *proprios de sucesión*. Hemos dicho en otro lugar que los bienes paternos pertenecían á título de propios á los herederos paternos, y que los bienes maternos formaban propios en provecho de los herederos maternos (tomo VIII, núms. 489, 505, 508). Había, pues, dos clases de

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

2 Denegada, 14 de Febrero de 1816 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 729).