

Varias costumbres tenían de esto una disposición expresa; el Código sigue el mismo principio aplicándolo al único punto que pudiera ser dudoso: el luto de la mujer, aun cuando renuncia, se hace á costas de los herederos del marido difunto; volveremos á ocuparnos del art. 1,481. (1)

§ VII.—DE LOS GASTOS DE CEDULAS DE INVENTARIO  
Y DE PARTICION.

480. Después de haber dicho que las deudas de la comunidad están por mitad á cargo de cada esposo, el art. 1,482 agrega: "Los gastos de cédula, inventario, venta de muebles, liquidación, licitación y partición, hacen parte de estas deudas." Es verdad que éstos gastos se hacen después de la disolución de la comunidad, pero como interesan á título igual á ambos esposos, deben estar á cargo de la masa. Esto no es dudoso cuando la masa se reparte como lo supone el art. 1,482; es un principio general que los gastos necesarios para la liquidación de una masa dividible son á cargo de la masa. Si la mujer renuncia ya no hay gastos de partición, pero hay todavía gastos de cédulas y de inventarios, gastos para la liquidación de las recompensas de la mujer contra la comunidad, y de ésta contra la mujer. ¿Estarán estos gastos á cargo de la comunidad; es decir, del marido, que guarda todos los bienes en caso de renuncia? La ley no lo dice, el art. 1,482 no es aplicable á la renuncia. Sin embargo, no es dudoso que estos gastos deban ser soportados por la comunidad. La mujer tiene derecho de hacer inventario, tiene derecho de ejercer sus recompensas; aun esto es una obligación para la viuda, el hacer un inventario sin distinguir si acepta ó renuncia; puesto que es como mujer común como hace estos gastos, resulta que deben ser soportados por la comunidad. La doctrina y la jurisprudencia es—

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 275.

tán en este sentido. (1) La Corte de Bruselas invoca el art. 1,494 que decide implícitamente la cuestión: (2) descarga á la mujer renunciante de toda contribución á las deudas de la comunidad; por consiguiente, de los gastos de cédulas, inventario y liquidación, puesto que estos gastos están reputados deudas de la comunidad, en virtud del artículo 1,482.

ARTICULO 2.—*De las deudas que no entran en el pasivo de la comunidad.*

§ 1.º.—DE LAS DEUDAS PROPIAS DE LOS ESPOSOS.

481. Entendemos por deudas propias de los esposos las que no entran en la comunidad ni siquiera para con los acreedores; de manera que éstos no tienen acción sino en los bienes personales de los esposos. Hemos enumerado estos bienes más atrás (núm. 470). Aquí sólo trataremos de aquellas deudas que dan lugar á dificultad, y de las que se habla en el capítulo de la *Administración de la Comunidad*.

*Núm. 1. Deudas inmuebles anteriores al matrimonio.*

482. El Código no habla de las deudas inmobiliarias, pero las excluye implícitamente de la comunidad, diciendo que se compone pasivamente de las deudas *mobiliarias* de que eran deudores los esposos antes de la celebración del matrimonio. Este argumento sacado del silencio de la ley no puede tener otro sentido cuando se le confronta con la tradición. En el derecho antiguo las deudas inmobiliarias quedaban propias de los esposos, como su activo inmobiliario les quedaba propio. Pothier dice que los cónyuges quedan únicamente obligados á ellas. (3) Y el Código ha seguido en es—

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 324, y nota 43, pfo. 508.

2 Bruselas, 21 de Marzo de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 441).

3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 243.

ta materia á la tradición, demasiado servilmente quizá: excluye también de la comunidad á los inmuebles; debía, pues, en el sistema tradicional, haber excluido á las deudas inmobiliarias. Hemos dicho en otro lugar la anomalía que resulta. En el derecho moderno ya no hay casi nada de deudas inmobiliarias; la noción misma de las deudas está controvertida, de manera que no se sabe cuáles deudas están excluidas de la comunidad. Pero estas cuestiones sólo se tratan en la escuela, la práctica las ignora; prueba que las deudas inmobiliarias sólo existen en teoría.

*I. Cuáles deudas son inmobiliarias.*

483. El Código no define las deudas inmuebles. De esto, una gran incertidumbre en la doctrina; los autores no están acordados en la definición, es imposible que puedan entenderse en deudas que están excluidas de la comunidad á título de deudas inmobiliarias. Hemos dicho en otro lugar que las acciones inmobiliarias, en nuestro concepto, son las que tienen á adquirir la propiedad de un inmueble (t. V, número 490). Se debe aplicar la misma definición á las deudas: son inmobiliarias cuando tienen por objeto la transmisión de la propiedad de un inmueble. Hay correlación entre el crédito y la deuda: cuando el crédito es inmueble, la deuda debe tener la misma naturaleza; no se podría concebir que el acreedor tuviera un derecho inmobiliario y que el deudor tuviera una obligación mueble. Queda por ver si tal teoría es la del Código. No diciendo nada el texto, tenemos que remontarnos á la tradición. En esta materia, el derecho antiguo es decisivo, salvo á tener en cuenta la innovación que se ha hecho en lo que se refiere á la translación de la propiedad.

484. Pothier no define las deudas inmobiliarias y se limita á dar ejemplos que no dejan ninguna duda acerca de su pensamiento. Antes de mi casamiento vendo un inmueble

sin poner al comprador en posesión; permanezco sólo obligado á la deuda de esta heredad hacia el comprador; no es una deuda de la comunidad en la que la heredad no ha entrado. (1) La deuda del vendedor es inmobiliar, porque es la deuda de un inmueble, deuda que la comunidad no puede pagar porque no es propietaria. Es, pues, preciso ser propietario para pagar la deuda de un inmueble, porque la deuda consiste en transmitir la propiedad de un inmueble. ¿Por qué supone Pothier que el comprador no ha sido puesto en posesión? Porque en el derecho antiguo la propiedad se transmitía por tradición. Luego cuando la propiedad se transfiere, la deuda del vendedor deja de ser inmobiliar. En derecho moderno, la propiedad se transfiere por efecto del contrato; desde luego la deuda está pagada. ¿A qué más está obligado el vendedor? Debe hacer la entrega del inmueble. ¿Es esta una deuda inmobiliar? Lo era en el antiguo derecho, porque la translación de la propiedad sólo se hacía por la tradición; no lo es ya hoy día, porque en entrega no es translativo de propiedad. Este argumento que nos ministra el derecho antiguo, está también en armonía con los principios. La obligación es correlativa al derecho. ¿En qué consiste el derecho del comprador contra el vendedor? ¿Tiene á obtener la propiedad de un inmueble? No, pues es propietario. Luego la obligación de entregar no es una obligación de dar, es una obligación de hacer, y la obligación de hacer es mueble (número 405). Nuestra conclusión es que toda obligación de *dar* un inmueble es inmobiliar, porque tiene por objeto la translación de la propiedad del inmueble y que la obligación de entregar un inmueble es mueble, porque tiene por objeto un hecho. (2)

La opinión contraria está generalmente enseñada. Se sienta en principio que la obligación de entregar un inmueble

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 243.

2 Mourlón, t. III, pág. 31, núm. 77. Colmet de Santarre, t. VI, pág. 101, núm. 41 bis III.

ble que se posee es una deuda inmobiliar. (1) Esto supone que la translación de la posesión de un inmueble constituye una deuda inmobiliar. Puede sostenerse así, porque el Código no define la deuda inmobiliar; pero es seguro que esta opinión no era la de Pothier, y nos parece también seguro que está en oposición con los principios. Debe oírse lo que dicen, acerca de este punto, los partidarios de la opinión contraria. Rodière y Pont reproducen el pasaje de Pothier que acabamos de citar, y sacan de él una conclusión enteramente contraria. Pothier dice que la obligación del vendedor de poner al comprador en posesión del inmueble, es una deuda inmobiliar. Esto es incontestable, se dice, hoy sobre todo que la venta es translativa por sí. Puede haber sido consentida por uno de los esposos antes del matrimonio con obligación de entregar el inmueble más tarde; obligación no cumplida en el momento que se contrae matrimonio. En este caso, es á la solución de Pothier á la que debe uno apegarse; siendo inmobiliar en sí la obligación, la comunidad no puede estar obligada por ella; y aunque el esposo vendedor viniera á ser condenado á daños y perjuicios por mora en la entrega, la comunidad no estaría más obligada por ellos que para la obligación principal de la que serían el accesorio. (2) Contestaremos primero que se aplica la solución de Pothier á un caso muy diferente; la obligación de que habla Pothier consiste en transferir la propiedad de un inmueble; la obligación en derecho moderno tiene por objeto hacer su entrega. Después, diciendo que la comunidad no está obligada á los daños y perjuicios por la mora en la entrega, porque esta es una obligación accesoria de una obligación principal que es inmobiliar, se olvida que la obligación de entregar es una deuda que sólo consiste en hacer y

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 318, nota 1, pfo. 508 (4.ª edición).

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 21, núm. 722. En el mismo sentido, Troplong, t. I, pág. 243, núm. 715.

que, por consiguiente, es mueble. ¿Qué es lo que el comprador reclama contra el vendedor? ¿El inmueble? Nó; es propietario de él, y con esta calidad puede embargarlo en mano de cualquiera detentador. ¿De qué se trata, pues? De daños y perjuicios por la mora que el vendedor apresta para entregar la cosa, lo que es una deuda mueble.

Odier da otra definición de la deuda inmobiliar y, por lo tanto, llega á una consecuencia enteramente diferente. Confiesa que la obligación de entregar es una obligación de hacer; pero, dice, el hecho que es objeto de la obligación se resuelve directa y principalmente en una cosa inmobiliar y, por consiguiente, la obligación de prestar es inmobiliar. (1) ¿Es verdad que la obligación del vendedor, cuando la propiedad es transferida, consiste esencialmente en una cosa inmobiliar? Odier confunde la acción en reivindicación y la acción de entrega. Hay que dejar á un lado la reivindicación; promover en reivindicación no es promover en virtud de un contrato, es promover en virtud de un derecho real. Se trata de la naturaleza de una deuda contraída por el vendedor, deuda nacida de un contrato; la acción de entrega nada tiene de común con la de reivindicación. Cuando el comprador promueve por entrega, pide que el vendedor esté sentenciado á daños y perjuicios por no haber entregado el inmueble; su acción tiene, pues, directamente por objeto una suma de dinero.

485. Lo que decimos de la obligación del vendedor de un inmueble se aplica, á la letra, á la obligación de constituir una servidumbre ó una hipoteca en un fundo del que el constituyente es propietario. Los autores deciden que esto es una deuda inmobiliar. (2) En nuestra opinión la deuda cesa de ser inmobiliar desde el momento en que el derecho

1 Odier, t. I, pág. 151, núm. 152.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 21, pfo. 721. Aubry y Rau, t. V, pág. 318, párrafo 508.

real es transferido, y lo está en virtud del contrato; no se trata, pues, de una obligación teniendo por objeto el establecimiento de un derecho inmobiliario; la servidumbre, la hipoteca existen; por consiguiente, no hay ya obligación, está cumplida cuanto al deudor que constituye una hipoteca; esto es seguro. La hipoteca existe en virtud del contrato; no hay tradición que hacer, puesto que el acreedor no ejerce ningún derecho en el inmueble; el deudor sólo tiene un desmembramiento de su propiedad, es decir, que nada puede hacer que altere ó debilite el derecho de su acreedor hipotecario; no es esta una deuda inmobiliar. Si se trata del establecimiento de una servidumbre, la servidumbre existe por el solo efecto del contrato, el propietario del fundo sirviente sólo está obligado á sufrir ó á no hacer; semejante obligación no es seguramente inmobiliar. En materia de servidumbres, puede decirse que el constituyente está obligado á hacer una cuasitradición. Se debe aplicar á esta cuasitradición lo que acabamos de decir de la entrega á la que el vendedor está obligado (núm. 484).

486. ¿Cuándo, pues, habrá deuda inmobiliar, por razón de la obligación de transferir la propiedad de un inmueble ó de un derecho real inmobiliario? Contestamos á la cuestión presentándola. En el derecho moderno, la propiedad está transferida por el solo efecto del contrato, pero con una condición, es que se trata de una cosa determinada. Si la cosa es indeterminada ó si hay algo de indeterminado en la constitución del derecho real, la transmisión no se opera por el solo efecto del contrato; por consiguiente, el deudor está obligado á transferir la propiedad de un inmueble ó á constituir un derecho real inmobiliario; su deuda es, pues, inmobiliar. En este punto el derecho moderno no difiere del antiguo. Pothier da el ejemplo siguiente: Mi padre, que no tenía viñedo, legó á Pedro un acre de viñedo en los buenos terrenos de la provincia. Este legado, del que soy deudor,

como heredero de mi padre, es la deuda de un inmueble indeterminado. Si durante el matrimonio compro un acre de viñedo para entregarlo á Pedro, esta deuda no estará á cargo de la comunidad. (1) La deuda no es inmobiliar porque tiene por objeto la transmisión de la propiedad de un inmueble. El acreedor no se ha hecho propietario de la cosa en virtud de su crédito, porque el objeto debido no es un cuerpo seguro; luego el deudor queda obligado á *dar* un inmueble en el sentido legal de la palabra; por tanto, su deuda es inmobiliar.

Colmet de Santerre hace notar que este ejemplo que era de pura teoría, puede volverse una realidad en las ciudades en las que el derecho de abrir una nueva calle está concedida á una compañía; lo que arrastra la expropiación por zonas y, por consiguiente, la facultad de disponer de los terrenos colindantes. Puedo comprar á la compañía un corto número de metros cuadrados de terreno lindando en una calle que debe ser trazada. Esto es una promesa ó la deuda de un inmueble indeterminado. (2) En este punto los autores modernos están acordes, excepto el disentiendo de Durantón. (3) Como hay á la vez obligación de transferir la propiedad de un inmueble y la obligación de entregarlo, no puede haber mucha duda. Sin embargo, bueno es oír las objeciones de Durantón para ver cuánta incertidumbre hay en una cuestión que parece ser enteramente elemental.

Durantón pone en principio que cuando la comunidad goza del precio de un inmueble vendido ó de la sucesión de que proviene la deuda, debe también soportar la deuda que consiste en entregar la cosa indeterminada. El principio es muy discutible. Hay que hacer á un lado la hipótesis de una sucesión mobiliar que estuviera gravada con una deuda inmobiliar; pues en la teoría del Código, la comunidad está

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 243.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 102, núm. 41 bis III.

3 Aubry y Rau, t. VI, pág. 318, nota 12, pfo. 508.

obligada por todas las deudas aun inmobiliarias con que estén gravadas las sucesiones. Quanto á las circunstancias que la comunidad goza del precio del inmueble indeterminado vendido por uno de los esposos, es indiferente cuando se trata de determinar la naturaleza de la obligación del vendedor: la comunidad goza siempre del precio, lo que no impide que la acción del vendedor sea inmobiliar cuando consiste en la transmisión de un derecho inmobiliario. Es, pues, únicamente la naturaleza de la obligación la que debe considerarse. Esta se resuelve en daños y perjuicios, dice Durantón. Sin duda; si el deudor no quiere entregar el inmueble estará obligado á daños y perjuicios; pero esta obligación no es la principal: el deudor se obliga á *dar* un inmueble; su deuda es, pues, inmobiliar. Durantón objeta el caso siguiente, en el que la deuda, aunque inmobiliar, entra en la comunidad. Vendo sucesivamente un inmueble á Pedro y á Pablo: mi obligación hacia el segundo comprador es inmueble, se dice, y sin embargo la deuda entra en la comunidad. Durantón confunde dos hipótesis muy diferentes. Cuando una compañía cede un terreno indeterminado, su obligación es inmobiliar porque consiste en dar un inmueble y nada le impide llenar esta obligación; mientras que si yo vendo un inmueble que me pertenece, primero á Pedro, y luego á Pablo, vendo al segundo comprador un inmueble que pertenece al primero; esto es la venta de cosa ajena; y según el art. 1,599, esta venta es nula, da sólo lugar á daños y perjuicios en favor del comprador; luego la obligación del vendedor consiste desde el principio en una suma de dinero: es mobiliar y entra naturalmente en la comunidad. Lo mismo sucede en las demás hipótesis que Durantón cita. Uno de los esposos vende una casa perteneciente á Pablo, haciendo veces del propietario; esta deuda es inmobiliar, se dice, y, sin embargo, entra en la comunidad. Nó, es mobiliar, pues el esposo no contrae la obligación de transferir la propiedad

de la casa, se obliga á pagar daños y perjuicios á este acreedor si el tercero propietario rehusa vender; luego su deuda consiste en una suma de dinero; por tanto, es mobiliar. Creemos inútil insistir, la confusión nos parece segura. (1)

487. ¿Cuándo es inmobiliar la obligación de construir un derecho real? Se aplica el principio que acabamos de establecer. Desde que hay alguna cosa indeterminada en la promesa, el derecho real no está transferido; por lo tanto, la obligación es inmobiliar. Me obligo á construir una servidumbre de paso en un fundo A ó en un fundo B, á elección del acreedor. Mi deuda es inmobiliar, pues consiste en transferir un derecho real inmobiliario. En este punto no pudiera haber duda; en la opinión general, se trata de una obligación de entrega relativa á un inmueble; y, en nuestra opinión, la cuestión es idéntica á la de la transmisión de la propiedad de un inmueble indeterminado.

## II. Derecho del acreedor de una deuda inmobiliar.

488. Las deudas inmobiliarias anteriores al matrimonio están excluidas de la comunidad; luego, en principio, el acreedor no tiene acción más que contra el esposo deudor. Esto no es dudoso, pues tal es precisamente la diferencia que existe entre las deudas inmobiliarias. Se debe siempre, en esta materia, ocurrir al derecho antiguo, puesto que el Código no habla de las deudas inmobiliarias. Renusón dice que estas deudas no entran en la comunidad, estando cada uno de los esposos obligado en sus propios. Sólo que si una de estas deudas fuere pagada por la comunidad, ésta deberá tener compensación. (2)

489. ¿Recibe este principio una excepción para las deudas inmobiliarias del marido? Se invoca para la afirmativa otro

1 Durantón, t. XIV, pág. 295, núm. 225.

2 Renusón, *De la comunidad*, I, 10, 16, pág. 188.

principio del régimen de la comunidad. Toda deuda del marido es deuda de la comunidad, luego también las deudas inmobiliarias que contrajo antes de su matrimonio. (1) La razón nos parece mala. El principio que toda deuda del marido es deuda de la comunidad, significa que el marido, al obligarse, obliga á la comunidad; esto supongo deudas contraídas durante al matrimonio, pues no se concibe que el marido, como jefe de la comunidad, obligue á ésta antes que exista. Para las deudas contraídas antes del matrimonio, el marido está en la misma línea que la mujer. Las deudas propias de los esposos no pueden ser perseguidas sino en los bienes que les son propios. Este es el principio de Renussón.

Sin embargo creemos que las deudas inmobiliarias del marido pueden ser perseguidas contra la comunidad, según el art. 2,092 (ley hipotecaria, art. 7), el que está obligado personalmente, está obligado á cumplir sus compromisos en *todos sus bienes muebles ó inmuebles, presentes y futuros*. Luego el marido, al contraer una deuda antes de su matrimonio, obliga sus bienes futuros tanto como sus bienes presentes, todo su patrimonio queda obligado. Y los bienes de la comunidad hacen parte de su patrimonio; el marido no posee dos patrimonios, sólo posee uno, en el que se hallan comprendidos los bienes de la comunidad; luego los acreedores anteriores al matrimonio deben tener acción en los bienes de la comunidad por esto sólo, que tienen acción en todos los bienes del marido: estos son bienes futuros, en el sentido del art. 2,092. El texto es terminante y el espíritu de la ley está en armonía con el texto. ¿Cuándo nace el derecho del acreedor personal en los bienes del deudor? ¿Es en el momento en que contrae? Nó, es en el momento en que promueve contra él, luego debe tener acción en todos los bienes que el deudor posee en este momento; y, cuando

1 Mourlón, t. III, pág. 34, núm. 86.

el acreedor demanda al marido, este posee á la vez sus bienes personales y los bienes de la comunidad; ambos patrimonios se confunden en sus manos. Esto es verdad de un modo absoluto en lo que se refiere á las actas á título oneroso que hace el marido; y de estos actos es de lo que se trata. Hé aquí por qué toda deuda del marido es deuda de la comunidad, lo mismo que toda deuda de la comunidad es deuda del marido. Donde no hay más que un solo patrimonio, no se concibe que el acreedor no tenga acción sino en una fracción de este patrimonio.

§ II.—DE LAS DEUDAS QUE ENTRAN EN LA COMUNIDAD  
Á RESERVA DE COMPENSACIÓN.

490. ¿Cuáles son las deudas que entran en la comunidad á reserva de compensación? Son las deudas mobiliarias que, según la regla general, entran en comunidad en este sentido: que ésta debe pagarlas por promoción del acreedor; pero cuando las ha pagado, tiene derecho á una recompensa. ¿Cuándo debe compensación el esposo? Cuando la deuda ha sido contraída en su exclusivo interés. Hemos citado el caso previsto por el Código al tratar del pasivo de la comunidad; completaremos esta mención exponiendo los principios de la comunidad, y volveremos todavía á tratar acerca de la materia de las compensaciones, en el capítulo de la *Partición*.

491. Las deudas que la comunidad debe pagar á reserva de compensación, hacen parte del pasivo de la comunidad; el art. 1,409 lo dice. Resulta que los acreedores de la mujer, tanto como los del marido, pueden perseguir los bienes comunes además de la acción que tienen contra su deudor personal. Esto es una diferencia entre estas deudas y las que la ley excluye del pasivo. Los acreedores de la mujer nunca tienen acción más que en los bienes que le son personales, cuando la deuda no entra en el pasivo. Hay también

una diferencia entre las deudas propias y las deudas que entran en la comunidad á reserva de compensación. Las primeras no están comprendidas en el reparto de la comunidad; después de la disolución de la comunidad, el acreedor no tiene ya acción contra el esposo deudor. Las otras están comprendidas en el reparto; de esto se sigue que el esposo que no las ha contraído, sólo está obligado por la mitad, aunque él es quien deba soportarlas por entero, habiendo sido la deuda contraída en interés de sus propios. Volveremos á tratar este punto que está muy controvertido.



FIN DEL TOMO VIGÉSIMO PRIMERO.

## INDICE DE LAS MATERIAS

CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

### TITULO IV.

(TITULO V DEL CODIGO CIVIL).

### Del Contrato de Matrimonio.

#### CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

#### SECCION I.—Definición y objeto del contrato de matrimonio.

- |   |   |    |
|---|---|----|
| 1 | Qué se entiende por contrato de matrimonio? Cuáles relaciones hay entre el contrato de matrimonio y el matrimonio? Puede el contrato arreglar ó modificar las relaciones de estado personal entre los esposos?..... | 3  |
| 2 | Debe haber en todo matrimonio un contrato sea expreso, sea tácito. Por qué?.....  | 5  |
| 3 | Qué es un régimen? Cuál es el sentido del art. 1,391 que parece admitir dos regímenes?.....   | 7  |
| 4 | Del régimen de la comunidad y de los regímenes exclusivos de la comunidad.....  | 8  |
| 5 | Los esposos pueden combinar los diversos regímenes.....   | 9  |
| 6 | La ley favorece el contrato de matrimonio; permite hacer por contrato de matrimonio, disposiciones que prohíbe fuera de este contrato. Estas disposiciones excepcionales son de rigurosa interpretación.....        | 12 |

#### SECCION II.—Condiciones requeridas para la validez del contrato de matrimonio.

##### Artículo I. Capacidad.

##### § I. Capacidad para casarse.

- |   |   |    |
|---|---|----|
| 7 | El contrato de matrimonio se hace bajo la condición que lo seguirá el matrimonio..... | 13 |
|---|---|----|

P. de D. TOMO XXI—77.