

bastante radical. Permite al marido dar efectos muebles, lo que comprende al dinero; (1) le prohíbe dar un inmueble; puede dar 100,000 francos y no puede dar una casucha de 100 francos. ¿Es esto racional? Al apartarse de la tradición los autores del Código han quedado bajo el influjo de las ideas tradicionales. No puede explicarse de otro modo la diferencia que hacen entre los inmuebles y los muebles. Seguramente que nadie dirá hoy, con d'Argentrè, que un valor mueble de 100,000 francos sea una cosa vil, y que la posesión de un inmueble, por módico que sea, es cosa más preciosa.

El art. 1,422 prohíbe al marido dar la universalidad ó cuotidad de los muebles, y habla de las disposiciones entre vivos. Esto es desde luego contradictorio. No se puede dar entre vivos la universalidad del mobiliario; aunque el donante diera todos los muebles que posee, esto sería sólo una donación de bienes particulares que el marido está libre de hacer, según el art. 1,422. (2) Para que haya donación universal ó á título universal, es necesario suponer que el marido ha hecho una institución contractual, es decir, una donación de bienes futuros. (3) Esta interpretación, única admisible, conduce á una nueva anomalía. El marido que da todo ó parte del mobiliario que dejará á su muerte no se despoja actualmente, la comunidad queda propietaria; sin embargo, es nula la disposición. Mientras que la donación entre vivos despoja al donante actual é irrevocablemente. Así el marido puede dar valores en dinero ó en obligaciones y acciones por 100,000 francos; puede debilitar á la comunidad con donativos particulares, y no se le permite dar una débil parte del mobiliario por una institución contractual; le

1 Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Gand, 24 de Marzo de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 73). La Corte ha sentenciado mal. Véase la requisitoria del Procurador General De Bavay (*ibid.*, pág. 74).

2 París, 23 de Noviembre de 1861 (*Dalloz*, 1862, 2, 206).

3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 143, núm. 66 bis II.

es permitido despojarse y á la comunidad de paso, y no se le permite hacer una liberalidad que no despoja á la comunidad. Puede contestarse que el marido estaría mejor dispuesto á hacer una liberalidad que no le quita ni el goce de la cosa ni el derecho de enajenarla, que una liberalidad por lo que se priva actualmente de la cosa que da. Esto es verdad, pero dudamos que los autores del Código lo hayan así entendido; han hablado sólo de las donaciones entre vivos y entienden por esto una donación actual de bienes presentes. Si hubieran pensado en la institución contractual, hubieran tomado del art. 1,083 una disposición más racional que la del art. 1,422, permitiendo sólo al marido disponer á título gratuito, "para las sumas módicas á título de recompensa ó de otra manera." (1)

12. El art. 1,422, permitiendo al marido disponer á título gratuito de los efectos mobiliarios, agrega una restricción: "Siempre que no se reserve el usufructo." A primera vista, parece singular permitir al marido dar efectos muebles en toda propiedad, y prohibirle dar la nuda propiedad; esto prueba que no siempre puede decirse: quien puede lo más puede lo menos. La anomalía, por lo demás, sólo es aparente; dar es despojarse á sí mismo; en este sentido, los juriconsultos romanos decían: *dar es perder*. Si, pues, el marido quiere dar efectos de la comunidad, es necesario que lo haga de manera que se despoje; es decir, que haga una donación de toda la propiedad. Si daba reservándose el usufructo no se quitaría nada y despojaría á su mujer; la ley no lo pudo autorizar para semejante liberalidad, cuando es un socio el que la hace á expensas de su consocio.

13. El art. 1,422 hace una excepción á la regla que prohíbe al marido disponer á título gratuito de los inmuebles y de la universalidad del mobiliario; puede dar los bienes de la

1 Compárese Moulón, t. III, pág. 51, núms. 126-128. Toullier, t. VI, 2, pág. 275, núm. 311.

comunidad á los hijos comunes para su *establecimiento*; ¿qué se entiende por *establecimiento*? Esta palabra tiene un sentido técnico en derecho; se entiende no sólo de un establecimiento por matrimonio, sino también de un establecimiento industrial ó mercantil. Es en este sentido como el art. 204 dice que el hijo no tiene acción contra sus padres para un *establecimiento por casamiento ú otro*. Pero si los padres no están civilmente obligados en establecer á sus hijos, están obligados á ello en virtud de un deber natural (t. XVII, número 18). El padre, al establecer á un hijo nacido del matrimonio, paga, pues, una deuda que le es común con la mujer; y es justo que una deuda común á ambos esposos esté soportada por la comunidad, puesto que la sociedad de bienes que forman los esposos tiene por objeto subvenir á los gastos comunes. Es en el mismo sentido como la ley se sirve de la palabra *establecimiento* en el art. 1,427, y es por un motivo idéntico por lo que permite á la mujer obligar á la comunidad en caso de ausencia del marido cuando se trata de establecer á un hijo común. (1)

14. La excepción ha dado lugar á dificultades. Se pregunta primero si el marido pudiera disponer de todos los bienes de la comunidad para el establecimiento de un hijo común. La Corte de Casación ha decidido la cuestión afirmativamente. Creemos que sentenció bien. En nuestro concepto, el texto no deja ninguna duda, lo que es decisivo. El art. 1,422 comienza por decir que el marido no puede disponer á título gratuito de los *inmuebles de la comunidad* ni de la *universalidad de los muebles*. Tal es la regla: ¿cuál es su alcance? No hay duda en cuanto al mobiliario; en lo que concierne á los inmuebles, la prohibición es absoluta, alcanza no sólo á la universalidad de los inmuebles, sino también á los muebles particulares; por esto es que la ley dice en términos generales que el marido no puede disponer de los in-

1 Troplong, t. I, pág. 280, núms. 896 y 897, y todos los autores.

*muebles de la comunidad*. A esta prohibición la ley hace una excepción: siendo absoluta la prohibición, la excepción también lo es; es decir, que el marido puede dar á los hijos comunes todo cuanto le está prohibido dar en general; por consiguiente, puede dar toda la comunidad. La Corte de Casación invoca también el art. 1,423, según el cual la donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder de *su parte* en la comunidad; de donde se deduce que las donaciones entre vivos pueden comprender toda la comunidad en provecho de los hijos comunes, se entiende. Esto, en verdad, es un argumento sacado del silencio de la ley, pero está en armonía con la disposición del art. 1,422; ambos artículos, que se siguen, sólo forman una misma disposición que tiene por objeto determinar lo que el marido puede dar á título gratuito. La ley distingue: por testamento el marido sólo puede dar lo que le pertenece después de su muerte; es decir, la mitad de la comunidad; entre vivos, puede dar á los hijos comunes los inmuebles y la universalidad de los muebles, luego toda la comunidad. (1)

15. Los autores aprueban, en general, la decisión que acabamos de analizar, pero le agregan restricciones que dan lugar á nuevas dificultades. Troplong dice que está enteramente de acuerdo con la opinión de la Corte de Casación: el marido puede dar toda la comunidad á un hijo á título de dote. Pero si la mujer no tiene patrimonio personal, y si el marido la deja injustamente sin recursos y la coloca en una dependencia degradante para con sus hijos, entonces es *equitativo* venirle en auxilio y *reducir* una donación que tiene los caracteres de mala voluntad y de *fraude*. Troplong concluye que la mujer tendrá derecho á una *compensación* y podrá exigir una *partición*. Transcribimos esta extraña opinión para dar una idea del modo de ver de un autor

1 Denegada, 2 de Enero de 1844 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,174). En sentido contrario, Durantón, t. XI, núm. 281 de la edición de 1844.

que no tiene ningún principio seguro y que en una misma cuestión dice las cosas mas contradictorias. Apartamos desde luego la *equidad* que Troplong invoca; él mismo se funda en un principio jurídico, aquel que prohíbe al marido hacer fraude á los derechos de la mujer. Volveremos á ocuparnos de esta restricción que recibe el poder del marido. Hay que escoger entre el derecho y la equidad. La equidad no da ninguna acción; debe, pues, verse si el derecho permite que la mujer promueva. ¿A qué tiende su acción? No se sabe. Troplong dice que la mujer puede pedir la *reducción* de la liberalidad excesiva hecha por el marido: ¿cuál es el texto, cuál es el principio que autoriza al juez á reducir una donación hecha por el marido en los límites de su poder? Troplong dice después que la mujer puede pedir un reparto: ¿que quiere decir? ¿Pedirá la mujer la partición de toda la comunidad? No hay otra partición; tomará, pues, la mitad de los bienes. ¿Y que sucedería con la donación hecha al hijo? ¿Por qué sólo se le dará la mitad cuando es donatario de todo? Pudiéramos multiplicar estas preguntas y la contestación sería siempre la misma: el derecho de Troplong es un derecho imaginario. ¿Se quiere la prueba? Troplong dice también que la mujer puede pedir una *compensación* y que puede promover por causa de *fraude*. La *compensación* no es una *reducción*, y la acción por fraude tiende á la nulificación del acto fraudolento. Hé aquí, pues, tres principios diferentes que Troplong invoca: ¿á cuál debe atenerse? No puede tratarse de *recompensa* debida por el marido; basta leer el art. 1,437 para convencerse de ello: ¿en dónde está el provecho personal que saca el marido de los bienes de la comunidad dando todos sus bienes á un hijo común? La cuestión no tiene sentido. Queda el fraude. Si el marido hizo la donación en fraude de su mujer, éste puede pedir la anulación; puede, pues, haber lugar á nulidad, pero no puede tratarse de compensación ni de reducción.

16. La Corte de Casación, en una sentencia que dió lugar á estos debates, decide que el marido puede dar toda la comunidad por institución contractual. Este es el punto que ataca Marcadé. Según él, el marido sólo puede disponer de la comunidad por donación entre vivos; en cuanto á los bienes futuros, se debe asimilar la donación á un legado, sólo tiene efecto á la muerte del disponente. Zachariæ enseña igualmente que debe aplicarse á la institución contractual no el art. 1,422 relativo á las donaciones, sino el art. 1,423 relativo á los legados. (1) Creemos que el texto de la ley resiste á esta interpretación. ¿Puede el marido disponer á título gratuito de los bienes de la comunidad? Tal es la cuestión á la que el Código contesta en los arts. 1,422 y 1,423. Distingue las donaciones entre vivos y las donaciones testamentarias. ¿En qué categoría debe colocarse la institución contractual? No es un legado, luego el art. 1,423 no es aplicable. Es una donación entre vivos, en el sentido que la donación inviste actual é irrevocablemente al donatario con la calidad de heredero. Esto decide ya la cuestión. Aun hay más: el art. 1,422 comprende implícitamente la donación de bienes futuros. Lo hemos ya hecho notar (núm. 11). La ley prohíbe al marido disponer de la universalidad del mobiliario; y es imposible hacer semejante disposición si no es por una institución contractual; no se puede dar á título universal por una donación ordinaria. Esto es lo que hemos demostrado en el título *De las Donaciones* (t. XII, núm. 399). El texto de la ley decide, pues, la cuestión. Se pretende que la donación de la comunidad hecha por institución contractual es inejecutable. Supongamos que la comunidad se disuelve y que el marido sobrevive; ¿á quién pasarán los bienes? El donatario no los puede recoger, puesto que sólo los toma á la muerte del donante. En cuanto al marido sólo puede recoger

1 Marcadé, t. V, pág. 530, núm. 3 del art. 1,423. Zachariæ, edición de Mas-sé y Vergé, t. IV, pág. 90, nota 9, y pág. 92, nota 12.

la mitad de los bienes, y la mujer nada puede reclamar, puesto que toda la comunidad fué dada al hijo. La objeción no nos parece seria. La institución contractual no está abierta, luego los bienes dados se dividirán según el derecho común. Si el marido puede tomar la mitad como donante, la mujer también puede tomar la mitad con igual título, pues aceptando ésta como si hubiese concurrido á todos los actos del marido está, pues, como si hubiese dado con él.

17. En nuestra opinión, el marido goza de una libertad absoluta para disponer de los bienes de la comunidad para el establecimiento de los hijos comunes. ¿Debe concluirse que el marido puede dispensar al hijo donatario del reporte eventual de los bienes dados á la sucesión de la madre? Hemos dicho más atrás que los bienes dados por el marido, como jefe de la comunidad, deben ser reportados á la sucesión de la madre por una mitad, cuando la madre acepta. En efecto, aceptando se hace donante; hay, pues, lugar á aplicar el principio en virtud del que el reporte se hace á la sucesión del donante. ¿Se dirá que la mujer, al aceptar, se apropia la donación tal como fué hecha, es decir, con dispensa de reporte? Esto es un motivo de duda. En principio, la mujer que acepta está como si hubiese contraído con el marido y, por consiguiente, como si hubiese consentido todas las cláusulas del contrato. ¿Se aplica este principio al reporte? La Corte de Douai sentenció la cuestión negativamente, y creemos que sentenció bien. (1) Dispensar del reporte es dar de lo disponible; es, pues, privarse de la facultad de hacer liberaciones hasta concurrencia de los bienes dados; se necesita para esto la voluntad del donante; el marido puede dispensar del reporte en lo que le concierne, pero no puede renunciar á un derecho que pertenece á la mujer. En cuanto á la aceptación de ésta, sólo versa en la donación que se apropia

1 Douai, 26 de Enero de 1861 (Daloz, 1861, 2, 235).

por mitad, no se apropia una dispensa de reporte que es enteramente personal al marido. El marido ha dispensado del reporte como donante, y por efecto de la aceptación de la mujer sólo es donante por la mitad; la dispensa de reporte sólo, pues, debe valer por la mitad.

18. Hemos expuesto la teoría del Código según el texto y el espíritu de la ley. Pero si la ley es mala, no pertenece al intérprete el corregirla. La jurisprudencia ha, sin embargo, entrado en esta vía. El marido da efectos muebles de la comunidad á título gratuito: fué sentenciado que la donación es nula si comprende á la mujer parte de la comunidad; en el caso el donativo manual llegaba á la nueve dieciseisava parte del activo mueble de la comunidad. La Corte de Rouen la anuló. Se funda en el espíritu de la ley. ¿Por qué no permite el Código que disponga el marido á título universal? ¿Por qué cuando dispone á título particular se le prohíbe que reserve el usufructo? La ley quiere limitar y poner trabas á la facultad de disponer por interés de la mujer. Luego no puede permitirse al marido disponer de una masa de efectos muebles bajo la apariencia de una disposición particular. La ley prohíbe al marido disponer de una décima parte de los muebles á título universal; y se le permitirá disponer de las nueve décimas á título particular. ¿Esto es absurdo! La Corte concluye que el marido no puede dar más de la mitad de los bienes. (1) Preguntaremos á la Corte en virtud de qué ley ó de qué principio limita el derecho de disponer á título particular, á la mitad más bien que á la tercera ó cuarta parte? ¿Pertenece al juez fijar un límite arbitrario fuera del que la donación es nula? El reproche de absurdo se dirige al legislador, no nos toca á nosotros. ¿Cómo no vió la Corte que su resolución se presta á igual reproche? ¿El marido no puede dar una décima parte

1 Rouen, 25 de Enero de 1860 (Daloz, 1861, 5, 86). En el mismo sentido, Tolosa, 22 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 2, 162).



á título universal y puede dar una mitad á título particular! Sólo hay una vía legal para atacar las donaciones excesivas, es probar que las hizo el marido en fraude de los derechos de la mujer. Hé aquí un principio, pero este principio nada tiene de común con el valor de los bienes dados; volveremos á este punto.

*Núm. 2. De las donaciones que pasan del límite legal.*

19. El art. 1,422 prohíbe al marido dar inmuebles de la comunidad, ó una universalidad de muebles; le prohíbe disponer de los efectos muebles á título particular reservándose el usufructo. La ley no pronuncia la nulidad de las donaciones que pasan estos límites. Sin embargo la jurisprudencia y la doctrina admiten que hay nulidad. La suposición está concebida en términos prohibitivos, y tiene por objeto resguardar los intereses de la mujer contra el abuso del poder del marido. Este es el caso de aplicar el principio de que la prohibición implica nulidad y que hay nulidad virtual cuando una disposición esencial de la ley ha sido violada (t. I, núms. 67 y 68).

20. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? Acerca de este punto no puede haber duda. La disposición que limita el derecho del marido para disponer á título gratuito, no está fundada en una incapacidad del marido, ni en la indisponibilidad de bienes; el único objeto de la ley es resguardar los derechos de la mujer; luego la nulidad sólo se establece por interés suyo, es relativa á su naturaleza. Así sucedía en el derecho antiguo; abundan los testimonios, nos limitaremos á citar el de Renusón: «La donación no podrá valer en perjuicio de la mujer; pero, fuera de su interés, la donación no dejará de valer y tener efecto.» (1) Pero la donación es nula de derecho, en este sentido, que el juez debe pro-

1 Renusón, *De la comunidad*, I, 6, 8, pág. 87.

nunciar su nulidad diz que que la pide la mujer, por el solo hecho de que el marido ha traspasado los límites de la ley, pues la donación es nula por violación de la ley. (1)

21. Hasta aquí todos están de acuerdo. ¿Debe concluirse de los principios que acabamos de formular que la mujer puede renunciar al derecho que la ley sólo establece en su favor, concurriendo con el marido en el acta de donación? Esta cuestión está muy controvertida y hay motivos serios para dudar. La mayor parte de los autores se han pronunciado por la validez de la donación hecha con el concurso de la mujer, y la jurisprudencia ha consagrado esta opinión. Nosotros preferimos la opinión contraria, sin aceptar, sin embargo, todos los motivos que se hacen valer para sostener la nulidad de la donación.

Concurrir á la donación, es dar; poco importa que la mujer se limite á consentir la donación renunciando de antemano el derecho que tuviere en pedir la nulidad, ó que figure en el acta como donante. La cuestión está, pues, en saber si la mujer puede disponer de un bien de la comunidad á título gratuito con el concurso de su marido. Creemos que la cuestión, presentada así, debe decidirse negativamente. Recordemos la palabra célebre de Dumoulin: «La mujer no es asociado, sólo espera llegar á serlo,» y sólo lo llega á ser definitivamente cuando acepta la comunidad. Es asociada en teoría, pero durante la comunidad no tiene ningún derecho de socio. Especialmente no es copropietaria; no puede disponer á título oneroso de los bienes comunes; ni siquiera puede intervenir en la administración; la ley dice que sólo el marido administra, que sólo él vende, enajena é hipoteca. Con más razón no puede disponer á título gratuito. La mujer no puede oponerse á lo que el marido hace, aunque éste diera todos los inmuebles de la comunidad y todos sus muebles. Su derecho comienza sólo á la di-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, pág. 52, núm. 129.

solución de la comunidad. ¿Se concibe que la mujer, que durante el matrimonio es extraña á la comunidad, excluida de la administración, pueda aprobar lo que el marido hace concurriendo á una donación de los bienes comunes? Si tuviera el derecho de aprobar, debiera tener, por consiguiente, el derecho de oposición á lo que hace su marido; lo que arruina el régimen de la comunidad en su esencia. Concluimos que el consentimiento de la mujer es inoperante.

A primera vista parece muy natural que la mujer y el marido, copropietarios, tengan el derecho de disponer de los bienes que les pertenecen en común. Es, sin embargo, fácil convencerse que esto es legalmente imposible. Durante la comunidad, la mujer no es copropietaria, sólo lo es en teoría, no puede hacer ningún acto de propiedad. Y dar es hacer un acto de propiedad; ¿la mujer puede dar lo que es del marido? Dar es transmitir la propiedad actual é irrevocablemente; ¿puede la mujer transmitir la propiedad actualmente, cuando sólo será propietaria si acepta la comunidad? No puede aceptar mientras dura la comunidad; no es, pues, propietaria, y, por lo tanto, no puede dar. ¿Qué se dirá de la irrevocabilidad de la donación que hiciera la mujer de su parte en la comunidad? La mujer concurre hoy á la donación, mañana la comunidad se disuelve y la mujer renuncia; al renunciar pierde todo derecho á la comunidad, está como si nunca hubiera sido asociada y copropietaria. ¿Qué es entonces su concurso á la donación? Un acto inoperante, pues no se sabe si la mujer tiene derecho para concurrir. ¿Se dirá que el concurso es condicional? Esto sería una condición potestativa; y no se puede dar bajo condición potestativa. ¿No tiene la mujer el poder absoluto de renunciar? Un derecho que depende de su aceptación ó de su renuncia, depende de su voluntad, lo que es contrario á la esencia de la donación. (1)

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 166, núm. 879. Odier, t. I, pág. 216, núme-

22. No faltan las objeciones y son graves. Pothier está de acuerdo con Lebrún para decir que la donación de los bienes comunes es válida cuando la mujer concurre. La donación es nula por interés de la mujer; la ley no quiere que el marido, por su liberalidad, quite á la mujer el derecho que tiene en la comunidad, si acepta; y no se puede decir que la mujer esté despojada cuando consiente á la liberalidad, y sobre todo cuando da juntamente con su marido: *Nemo volens fraudatur*. (1) Hay muchas respuestas que hacer á esta argumentación. Se supone que la mujer puede renunciar al derecho que la ley establece en su favor. Creemos que esta renuncia estaría viciada en su esencia. En efecto, las trabas y los límites que la ley pone al derecho de disponer á título gratuito, son una protección que concede á la mujer contra los abusos de poder del marido; es una garantía dada á un incapaz. ¿Pueden acaso los incapaces renunciar garantías que la ley establece en su favor por razón de su incapacidad? Nó, seguramente. La mujer no puede renunciar á su hipoteca legal, la ley sólo le permite renunciar al beneficio de su inscripción en provecho de un tercero; y aun para esto ha sido precisa una disposición expresa de la ley para que la mujer tuviera este derecho. La ley no da á la mujer el derecho de renunciar á la garantía del art. 1,422, luego su renuncia es inoperante. Es nula por esto sólo: que tiende á quitar á la mujer el derecho eventual que tiene en todos los bienes dados, cuando el objeto de la ley fué precisamente asegurar este derecho. En vano dice Pothier: *volens non fraudatur*. Esto es muy verdadero cuando el que consiente es capaz para consentir, pero ya no lo es cuando un incapaz es el que renuncia un derecho que la ley le concede pa-

ro 225. Marcadé, t. V, pág. 528, núm. 2 del art. 1,423. Massé y Vergé sobre Zachariae, t. IV, pág. 90, nota 11.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 494. Lebrún, *De la comunidad*, págs. 182 y 183.