

de intentar? Es en realidad una acción de nulidad; la Corte de Casación la califica de acción revocatoria. (1) No nos gusta el término, porque sirve para designar la acción pauliana, y esta última acción difiere grandemente de la acción que pertenece á la mujer. La primera está fundada en el fraude, el demandante debe probar que el acta ha sido hecha en fraude de su derecho; mientras que la mujer que pide la nulidad de una donación hecha por el marido, nada tiene que probar sino que su marido ha dado lo que no tenía derecho para dar.

El objeto de la acción es que se devuelvan á la masa los bienes que habían salido de ella; en este sentido se dice que la acción de la mujer es una acción de reporte. ¿Cómo se hace el reporte? En naturaleza esto se entiende, puesto que el reporte es la continuación de la anulación de la donación; el bien dado está considerado en cuanto á la mujer como no habiendo salido nunca de la comunidad. Si la donación no estuviera aún ejecutada cuando la disolución de la comunidad, se comprende en la masa repartible; es inútil, en este caso, promover por vía de acción de nulidad. Si el donatario reclamara la cosa, la mujer le opondría la acción por excepción de nulidad. Si la donación hubiese sido ejecutada, lo que sería el caso más ordinario, la mujer deberá pedir la nulidad del acta; la liberalidad será anulada en interés de la mujer, y la cosa volverá á la masa repartible.

Que la cosa dada se encuentre aún en la masa, ó que vuelva á ella, el resultado es el mismo; la cosa está comprendida en la partición, y naturalmente por entero. Para justificar esta decisión se ha invocado el interés de la mujer; esto no basta para promover, se necesita ante todo tener derecho para ello. Y el derecho de la mujer es incontestable, puesto que se funda en la violación de la ley; el reporte es una consecuencia de la nulidad y el acta está nula por el todo, pues-

1 Casación, 14 de Abril de 1855 (Daloz, 1855, 1, 373).

to que el marido hizo lo que no tenía derecho de hacer; no puede dar la mitad, así como no puede dar el todo. (1) Queda por saber lo que sucede con la donación.

29 Si la cosa dada está puesta en el lote del marido, la donación es válida y naturalmente por entero. En efecto, el marido ha dado todo y en ese caso tenía el derecho de darlo, puesto que por efecto retroactivo de la partición, está como si hubiese sido siempre propietario de la cosa; luego la donación es válida.

Si la cosa está puesta en el lote de la mujer, la donación cae, puesto que la mujer está como si siempre hubiese sido propietaria, y el marido está como si nunca tuviese la propiedad. Luego la donación es nula, aun para con el marido. Este punto está, no obstante, controvertido. Hay autores que aplican por analogía el art. 1,423; cuando el marido lega una cosa que cae en el lote de la mujer, el legatario tiene compensación por el valor total del efecto dado, en la parte de los herederos del marido, en la comunidad y en los bienes personales de este último. Que la cosa sea dada ó legada poco importa, se dice, el motivo para decidir es el mismo; el marido en una y otra hipótesis ha dispuesto de lo que no le pertenecía; si la ley mantiene la liberalidad, debe también mantenerla en caso de donación. (2) En teoría esto es verdad, no hay ninguna razón para distinguir entre la donación y el legado, pero bajo el punto de vista de los textos y de los principios, queda una duda. La donación de cosa ajena es nula, lo mismo que el legado ó la venta de cosa ajena (artículo 1,599); es por excepción al derecho común como la ley da efecto al legado que el marido hace de una cosa de la que está como si nunca hubiese sido propietario. ¿Puede extenderse una excepción por vía de analogía? Esto equi-

1 Mourlón, t. III, pág. 52, núm. 130. Rodière y Pont, t. II, pág. 177, número 889. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 146, núms. 66 bis VII y VIII.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 330 y nota 16, pfo. 509, y los autores que citan.

valdría á crear una excepción, y el legislador sólo tiene este derecho, puesto que crear una excepción es hacer la ley. También se ha presentado otra objeción á la opinión general. La donación es anulada, ó no puede recibir ya su ejecución. Si el donatario no tiene acción en virtud del artículo 1,423 ¿en virtud de qué derecho promoverá contra los herederos del donante? Esto sería una acción de garantía, y el donante no está obligado á garantizar al donatario contra la evicción. Si el donatario no puede promover en virtud del art. 1,423, ni en virtud de la garantía, no tiene ninguna acción y, por consiguiente, la donación cae. (1)

Se dice, en favor del donatario, que la nulidad de la donación es relativa; la mujer sola puede prevaleerse de ella, el marido no tiene este derecho. Siendo válida la donación para con el marido, debe ejecutarla, si fuere preciso, en sus bienes propios. (2) Creemos que esto es hacer una falsa aplicación del principio que se invoca. No es el marido el que ha pedido la nulidad, es la mujer; á consecuencia de la anulación, la cosa ha vuelto á la masa repartible, y habiendo caído en el lote de la mujer resulta que el marido ha dado la cosa ajena; es, pues, á consecuencia de la retroacción de la partición como cae la donación. Sólo habría un modo de mantenerla, sería diciendo que el principio de la partición declarativa no recibe aplicación al caso. El artículo 883 consagra, en efecto, una ficción; esta ficción es extraña al caso; no está establecida por interés del donante, lo está en favor de los terceros, á los que, durante la indivisión, uno de los propietarios por indiviso ha concedido derechos reales en la cosa. Nos parece que formulando la objeción la hemos contestado. Ambos esposos son copropietarios, puesto que suponemos que la mujer ha aceptado. Durante la indivisión, uno de los copropietarios, el marido,

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 148, núm. 66 bis IX.

2 Marcadé, t. V, pág. 532, núm. 5 del art. 1,423.

da un bien común, una ganancial; luego por efecto de la partición, el inmueble cae en el lote de la mujer. ¿No es éste precisamente el caso del art. 883? ¿Qué importa que uno de los copropietarios dé, venda ó hipoteque? El principio es idéntico y se aplica á todas las concesiones de derechos reales, por consiguiente, á la enajenación á título gratuito, siendo también la propiedad un derecho real, el más considerable, aquel que los comprende á todos. En definitiva, la donación cae y el donatario no tiene ninguna acción contra el donante ó sus herederos, á no ser que pueda prevaleerse del art. 1,423, lo que es muy dudoso. (1)

30. ¿Podría el marido pedir la nulidad de la donación ilegal que ha hecho? No hay que decir que no puede promover en calidad de marido, pues la nulidad no es absoluta, es relativa, y sólo la mujer puede prevaleerse de ella. Pero se pretende que puede promover como jefe de la comunidad. Se le compara á un tutor que podría, en nombre de su pupilo, atacar los actos hechos por él irregularmente. (2) Esto nos parece inadmisibile. El marido no es el tutor de la mujer, no la representa en todos los actos civiles; administra sus bienes durante la comunidad, y acabamos de decir que la mujer no puede promover durante el matrimonio, sólo tiene derecho de promover cuando acepta. En este momento el marido ya no tiene ningún derecho; en cuanto á la comunidad, en nombre de la que se quiere dar acción al marido, está fuera de causa; en efecto, la comunidad no es otra cosa que el marido y la mujer asociados; y sólo la mujer puede promover la nulidad; el marido, como tal, no tiene derecho de promover. Esto es decisivo.

31. La donación es nula cuando comprende un inmueble

1 Hay, además, otra opinión acerca de esta difícil cuestión, la de Troplong, t. I, pág. 279, núm. 89; ha sido refutada por Rodière y Pont, t. II, pág. 178, núm. 889, y por Aubry y Rau, t. V, pág. 330, nota 16, pfo. 509.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 148, núm. 66 bis

de la comunidad; es nula cuando el marido ha dado la universalidad ó una cuota de los muebles; en fin, es nula cuando el marido ha dispuesto de efectos muebles á título particular, reservándose el usufructo. Bien que haya nulidad en todos estos casos, los efectos difieren según que la donación es inmueble ó mobiliario. Cuando la donación tiene por objeto una ganancial, la acción de la mujer es inmobiliar y puede ejercerla contra terceros, no por causa del principio del art. 2,279—la máxima que *para los muebles la posesión vale título*, está fuera de causa—sino porque los objetos muebles no se encuentran en manos del donatario, ni de un tercero. Si se trata de una universalidad de mobiliario, la donación versa en los bienes futuros; por consiguiente, no produce efecto más que á la muerte del donante, es decir, en el momento en el que la mujer puede oponer la nulidad al donatario que pidiera la ejecución de la institución contractual; y si la donación de efectos muebles fué hecha con reserva de usufructo, el donante se encontrará igualmente en posesión de la cosa dada. (1) Esto es una garantía para la mujer, pues si debiera promover su reivindicación contra tercero, se le podría oponer la máxima del art. 2,279.

El principio de que la acción de la mujer es inmobiliar cuando la donación tiene por objeto una ganancial, tiene una consecuencia importante en el caso en que hay un legatario del mobiliario. No hay que decir que este legatario no tiene la acción inmobiliar que pertenece á la mujer. La Corte de Casación sentenció que tampoco tenía derecho á los valores muebles que hubiesen sido entregados á la mujer en pago del inmueble dado; en efecto, el pago no cambia la naturaleza del derecho: siendo éste inmobiliario, el legatario del mobiliario no puede ya aprovecharlo. (2)

32. ¿Es nula la donación cuando el marido da un mue-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 148, núm. 66 bis IX.

2 Denegada, 16 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 294).

ble á un hijo de primer matrimonio? Según el art. 1,422, la nulidad no es dudosa; la ley dice terminantemente que el marido no puede disponer de los inmuebles de la comunidad si no es para el establecimiento de hijos comunes. Pero el art. 1,469 parece decir lo contrario. Según los términos de esta disposición, el esposo reporta las sumas que han sido sacadas de la comunidad, ó el valor de los *bienes* que el esposo ha tomado para dotar á un hijo de primer matrimonio. Si el esposo reporta los *bienes*, resulta que la donación es válida, y la ley no distingue entre los bienes inmuebles y los bienes muebles. La Corte de Amiéns concluyó de esto que el art. 1,469 derogaba al art. 1,422. La sentencia fué casada. Es difícil admitir que en un sólo y mismo Código, un artículo derogue á otro; cuando menos debe tratarse de conciliarlos antes de admitir que hay derogación. Y la conciliación es posible en el caso. Es el art. 1,422 el que determina lo que el marido puede y no puede dar; el artículo 1,469 tiene únicamente por objeto reglamentar el reporte de lo que ha sido legalmente dado; luego debe decidirse la cuestión por el art. 1,422 y, por consiguiente, admitir con la Corte de Casación que la palabra *bienes* en el art. 1,469 designa no á los inmuebles que no está permitido dar al marido, sino los bienes muebles, otros que las sumas de que la ley acaba de hablar, tales como valores mobiliarios, tan numerosas y tan importantes en nuestro estado social. (1)

II. De los legados.

33. El art. 1,423 dice que “la donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder su parte en la comunidad.” Esto es la aplicación de la máxima de costumbres que el marido vive como dueño y muere como socio. El le-

1 Casación, 14 de Agosto de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 372).

gado sólo tiene efecto á la muerte del testador; en este momento el marido no es ya sino un socio, sólo puede disponer de su parte en los fondos sociales. La mayor parte de las costumbres lo explicaban así en términos formales. (1) Si el marido dispusiera de más que su parte, de toda la comunidad, ó de una cantidad mayor que la mitad, la disposición sería nula; sería válida si la mujer renunciare y reducible si la mujer aceptaba. (2)

La ley no habla de la mujer; durante la comunidad, la mujer no tiene ningún derecho, pero á la disolución de la comunidad se vuelve socio; puede, por consiguiente, disponer de su parte. A diferencia del marido, nunca puede disponer de más; pues el marido, no pudiendo renunciar, es necesariamente aceptante y toma siempre la mitad, y toda la comunidad en el caso de renuncia de la mujer.

34. ¿Puede el marido disponer por testamento de un objeto particular de la comunidad? Según el art. 1,423 el legado es válido, pues produce siempre su efecto. Si la cosa legada cae en el lote de los herederos del marido por motivo de la partición, el legatario puede reclamarlo en naturaleza. Esto es una consecuencia de los principios que rigen la indivisión y la partición: el marido es copropietario por indiviso de los bienes de la comunidad, puede disponer con este título de un bien común, pero la validez de la disposición depende del resultado de la partición. Si la cosa legada cae en el lote de los herederos, el legado es perfectamente válido, puesto que el marido está como si siempre hubiera sido propietario. Por contra, si el efecto cae en el lote de la mujer, ella es quien estará como si siempre hubiera sido propietaria: ¿qué sucede entonces con el legado? El artículo 1,423 dice: "El legatario tiene compensación por el valor total del efecto dado, en la parte de los herederos del mari-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 475.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 180, núm. 891.

do en la comunidad y en los bienes personales de este último." Esta disposición es muy difícil de aplicar. Una cosa es segura, es que deroga al art. 1,021, según el cual el legado de la cosa ajena es nulo, sea que el testador haya conocido ó no que no le pertenecía. Y el marido lega la cosa ajena cuando el efecto cae en el lote de la mujer; nunca fué propietario, mientras la mujer siempre lo fué; lega, pues, una cosa que pertenecía á la mujer. Este legado debiera ser nulo, según el art. 1,021. ¿Por qué la ley le da efecto? Los autores del Código no nos han dado la razón: de esto, incertidumbre y controversias. Unos dicen que el art. 1,423 reproduce el derecho antiguo que validaba el legado de la cosa ajena cuando el testador sabía que no era propietario; y el marido sabe que lega un bien de la comunidad, sabe que la cosa legada puede caer en el lote de la mujer y que, en este caso, dispone de una cosa que no le pertenece; si á pesar de esto da, ¿cuál puede ser su intención? Es que el legatario tenga derecho al valor del legado. (1)

Esta explicación supone que el legislador, al escribir el artículo 1,423, había olvidado el art. 1,021, lo que no puede admitirse mucho; debe, pues, decirse que el art. 1,423 contiene una excepción al principio del art. 1,021; en cuanto al motivo de esta excepción, puede adivinarse. El marido es señor y dueño de la comunidad, parece que dispone de la cosa, se le debe suponer la intención de haber hecho una liberalidad que produzca su efecto, cualquiera que sea el resultado de la partición. Y seguramente que pudiera decir, que en el caso que cayera la cosa en el lote de la mujer, entiende que el legatario tenga derecho al valor de la cosa legada; el art. 1,424 interpreta la voluntad del marido en este sentido. Siempre es una derogación al art. 1,021, pero se funda en la probable intención del disponente, y es

1 allos, *Repertorio periódico*, 1862, 2, 161, nota.

esta intención, después de todo, la que es decisiva en materia de leg. do. (1)

Decimos que puede adivinarse el motivo del art. 1,423, pero no debe irse demasiado lejos en esta vía. Alguien se prevaleció del art. 1,423 para indicar que el legado de la cosa ajena es siempre válido cuando el testador debió necesariamente saber que la cosa era ajena. (2) Esta doctrina nos parece contraria al texto y al espíritu del art. 1,021; el texto rechaza la distinción que se quiere introducir en él, y el espíritu de la ley se opone á que se rescucite una inquisición de intención que el legislador quiso prescribir. Hay un motivo terminante para desechar esta interpretación; es que hace descansar en una base de lo mas frágil, el sentido del art. 1,423 que se fija por vía de adivinación. Bien se puede decir que el sentido de una ley parece ser el que se supone haber sido la intención del legislador, pero esto sería siempre una interpretación incierta; hay, pues, que cuidarse de sacar de ella unas consecuencias.

35. La discusión á la que nos acabamos de entregar es ociosa. Si es verdad que el art. 1,423 es una derogación al principio del art. 1,021, debe concluirse que esta es una disposición excepcional y, por tanto, de rigurosa interpretación. De esto resulta que no se debe extenderla a la mujer; la ley nada dice de esto; queda, pues, bajo el imperio del derecho común. Cuando lega un efecto de la comunidad, el legado será válido si la cosa legada cae en el lote de sus herederos, y será nulo si la cosa está puesta en el lote del marido. (3)

36. No debe confundirse esta cuestión con la de saber si el legado de un efecto de la comunidad hecho por el mari-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 153, núm. 67 bis IV.

2 Mourlón, t. III, pág. 56, nota. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 152, núm. 67 bis IV.

3 Aubry y Rau t. V, pág. 330, nota 17, pfo. 509. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 153, núm. 67 bis V. En sentido contrario, Durantón, t. IX, número 250.

do á la mujer se rige por el art. 1,423. La afirmativa fué sentenciada y es segura. No se trata, en este caso, del derecho de la mujer, se trata del derecho del marido, y la ley da á este último el poder de disponer de los efectos de la comunidad, sin distinguir en provecho de quién dispone; puede, pues, hacerlo en provecho de su mujer. En un caso juzgado por la Corte de Bastia, la mujer era legataria del usufructo de una ganancial; este inmueble, en su lote, tenía derecho á una compensación por el valor del usufructo hasta concurrencia de la porción perteneciente al testador. [1]

Sin embargo, el marido al testar ya en provecho de su mujer, ya en provecho de un tercero, puede declarar que su voluntad es disponer sólo de su parte en los objetos legados. ¿Cuál será en este caso el derecho de la mujer? Fué sentenciado que la mujer debía tomar el legado antes de toda partición; de esta manera toma en los objetos legados la parte que el marido tenía en ella. Mientras que si el marido le legara la totalidad del efecto, como el art. 1,423 lo supone, la mujer legataria podría primero pedir la partición, y después reclamar contra los herederos del marido, ya sea los objetos legados si han caído en ella en naturaleza, ya sea su valor total si fueren puestos en su lote. [2]

37. El art. 1,423 supone que el marido lega un efecto de la comunidad durante la sociedad conyugal. Una vez disuelta la comunidad se está bajo el imperio del derecho común. Ya no puede el marido disponer sino á título de copropietario por indiviso de los bienes comprendidos en la masa; queda, pues, sometido á la regla de la partición declarativa: la disposición será válida ó nula, según que la cosa caiga en el lote de sus herederos ó en el de la mujer. Esta es la aplicación literal del art. 1,021 combinado con el ar-

1 Bastia, 26 de Febrero de 1840 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,189).

2 Denegada, 18 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 1, 285). Rodière y Pont t. II, pág. 181, núm. 893.

título 1,423. (1) Aquí vuelve el debate acerca del espíritu de la ley. Si el art 1,423 fuera una disposición de principio, como se pretende, se debiera aplicarlo por vía de interpretación extensiva, mientras que semejante interpretación es imposible cuando se considera el art. 1,423 como una excepción; acabamos de decir (núm 34) que, en nuestro concepto, el carácter excepcional de esta disposición no es dudoso.

Núm. 3. Restricciones que recibe el poder del marido.

38. El poder del marido era más extenso bajo el derecho antiguo que bajo el imperio del Código Civil: era á la letra el señor y dueño. Sin embargo, las costumbres ponían una restricción á esta autoridad absoluta. Después de haber dicho que el marido es señor y dueño, la costumbre de París agrega (art. 225): «De tal manera que puede vender los bienes de la comunidad, enajenarlos ó hipotecarlos y disponer, por donación ú otra disposición entre vivos, á su gusto y voluntad, sin el consentimiento de su mujer, á persona capaz y *sin fraude*.» *¡Sin fraude!* Estas palabras no quedan reproducidas en el art. 1,421 ni en el art. 1,422. ¿Quiere esto decir que el poder del marido llegue hasta disponer de los bienes comunes en fraude de los derechos de la mujer? El derecho y la moral protestan contra semejante interpretación. Es verdad que el marido es *señor*, pero lo era mucho más en el derecho antiguo que en el derecho moderno; sin embargo, se hacía excepción para el fraude. Es porque es imposible admitir que el marido pueda comprometer ó destruir los derechos de la mujer por actos fraudulentos. La comunidad es una sociedad; cualquiera que sea la autoridad del marido, la mujer siempre tiene un derecho de copropiedad, que se realizará con su aceptación. Y no se concibe

1 París, 6 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 161).

que el marido tenga el derecho de despojar á su mujer de este derecho por actos fraudulentos. No es para arruinar á la mujer por lo que las costumbres lo declaraban señor y dueño, es para hacer prosperar la sociedad de bienes de que es el jefe. Por otra parte, el fraude hace excepción á todas las reglas: los acreedores pueden atacar los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos; con más razón debe esta facultad pertenecer á la mujer que es más que acreedora, que es copropietaria.

39. El principio no es dudoso. Queda por saber el sentido de estas palabras de la costumbre: *sin fraude*. Pothier las explica como sigue: «El marido, señor de los bienes de la comunidad, puede disponer de ellos á su gusto sin el consentimiento de su mujer. Sin embargo, estas disposiciones sólo son válidas cuando no parecen ser hechas en fraude de la parte que la mujer tiene en los bienes cuando la disolución de la sociedad. Así, hay *fraude* cuando el marido, disponiendo, quiere despojar á la mujer de la parte que tiene en el bien de que dispone el marido. Hay fraude, sobre todo, cuando el marido, despojando á su mujer, tiene por objeto enriquecerse él mismo. Lo principal del fraude, continúa Pothier, está cuando la disposición de los bienes de la comunidad tiende á mejorar al marido en perjuicio de su mujer privándola de la parte que debe tener un día en los bienes de su comunidad.» Esta era la interpretación de Dumoulin: «Sin fraude, es decir, sin enriquecerse él ó sus herederos en disminución de la comunidad.» (1)

Hay, pues, dos casos de fraude: primero cuando el marido disminuye la comunidad para enriquecerse; éste es el fraude ordinario. No debe confundirse este caso con el de la compensación prevista por el art. 1,437. Ambos esposos deben compensación cuando sacan un provecho personal de

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 467 y 481.