

precio de los propios enajenados, caso previsto por el número 2 del art. 1,470. El doble empleo es evidente.

500. Esto sólo es una negligencia de redacción que no trae ninguna consecuencia práctica. Hay otra que induce al error. El núm. 1 del art. 1,470 dice que el esposo *toma* sus bienes personales *que no han entrado en comunidad* y que los *toma* en la *masa*. Esto es contradictorio é imposible. Si los bienes personales no entran en la comunidad no hacen parte de la *masa*; desde luego, es imposible *tomarlos* de la *masa*; no hay, pues, lugar á *prelación*, ni siquiera puede decirse que los bienes personales de los esposos sean objeto de una *devolución*. *Se vuelve á tomar* lo que ha estado en la comunidad; y si los propios nunca estuvieron en ella es, pues, imposible *volverlos á tomar*. Los propios en la disolución de la comunidad quedan lo que siempre fueron; están en el dominio del esposo; nada tiene que volver á tomar, puesto que no cesó de ser propietario. Sólo que, mientras duró la comunidad, tenía ésta el goce de los propios; este goce cesa de pleno derecho cuando la comunidad se disuelve sin que el esposo tenga que hacer acto de devolución. Esto es evidente para el marido, y lo que es verdad para el marido lo es también para la mujer; ésta vuelve á tomar la administración y goce de sus propios, pero esto se hace sin que sea necesaria ninguna liquidación. Todo cuanto puede decirse para aplicar el art. 1,470, es que, durante la comunidad, los bienes personales de los esposos y los bienes comunes estaban confundidos de hecho, y que esta confusión cesa por una devolución de hecho. Bajo el punto de vista jurídico, nunca hubo confusión y no se efectúa devolución alguna.

Decimos que acerca de este punto la mala redacción de la ley pudiera inducir á error poniendo en la misma línea las devoluciones de los propios y las devoluciones de las indemnizaciones. La mujer ejerce la devolución de las indemnizaciones á título de acreedora; no tiene por este punto

ninguna preferencia sobre los demás acreedores, salvo su hipoteca legal; si los bienes no bastan para pagar á todos los acreedores, la mujer se paga al tanto por ciento como los demás acreedores quirografarios. ¿Se aplica este principio á la devolución de los bienes personales de la mujer? Según el texto del art. 1,470, habría que responder afirmativamente, puesto que la ley asimila la prelación de los propios á la prelación de las indemnizaciones. Esto sería un grave error: Cuando la mujer toma sus propios, obra como propietaria, pues nunca dejó de serlo; y el propietario no está en conflicto con los acreedores; nada reclama, conserva lo que siempre tuvo; no puede, pues, tratarse de una contribución entre él y los demás acreedores. (1)

Troplong dejóse engañar por la redacción del art. 1,470; quizá fuera más exacto decir que aprovechó la mala redacción de la ley, para prevalerse de ella, en la cuestión por tanto tiempo controvertida de saber si el esposo ejerce sus devoluciones á título de propietario ó á título de acreedor. El esposo vuelve seguramente á tomar sus propios á título de propietario, pero se necesita para esto, dice el art. 1,470 que los propios existan en naturaleza: tales son los inmuebles propios de los esposos. Lo mismo pasa, dice Troplong, con el dinero propio; y es dinero propio las sumas que constituyen el precio de un inmueble; el esposo vendedor lo vuelve á tomar á título de propietario, lo que le da una preferencia sobre los demás acreedores. Troplong dice que esto es evidente, y, sin embargo, tiene en contra suya el texto y los principios. El art. 1,470 sólo habla de la prelación de los bienes que existen en naturaleza; y los bienes enajenados ya no existen en naturaleza; en cuanto al dinero procedente de la venta se ha vuelto propiedad de la comunidad á título de casi usufructo; si, pues, el esposo los vuelve á tomar, esto es como acreedor. Sin embargo, Troplong lleva el

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 287, núms. 128 bis II y III.

error hasta decir que el dinero propio sólo entró en la comunidad á título de *depósito*. ¿Acaso un depositario se vuelve propietario? ¿Acaso un depositario tiene derecho para gastar la cosa?

501. El Código trata de las prelaciones en la sección titulada: *De la partición de la comunidad después de aceptación*: esto es una operación preliminar de la partición. Síguese de esto que las recompensas debidas á los esposos sólo pueden ejercerse después de la disolución de la comunidad; la devolución es imposible mientras dura la comunidad. En cuanto á los propios el esposo sólo vuelve á tomar su goce; y el goce pertenece á la comunidad. En cuanto á las indemnizaciones comprenden el dinero propio que la comunidad ha percibido y que debe restituir; y se ha hecho propietaria de él como casi usufructuaria, y sólo debe restituirlo cuando cesa su goce.

¿Puede la mujer, durante la comunidad, tomar medidas conservatorias para garantizar el pago de las indemnizaciones que le debe la comunidad? Cuando las devoluciones de la mujer están en peligro puede pedir la separación de bienes, y en el curso de la instancia la ley le permite tomar medidas conservatorias. Transladamos á lo que fué dicho acerca de la separación de bienes. La ley autoriza también á la mujer para tomar medidas conservatorias cuando pide el divorcio ó la separación de cuerpos (art. 270). En todos estos casos la disolución de la comunidad es probable é inminente; los derechos de la mujer van á abrirse; es justo que se ponga al abrigo de las empresas del marido, contra las que litiga. Pero en el curso ordinario de las cosas ¿puede la mujer tomar medidas conservatorias mientras dura la comunidad? La cuestión se presenta en materia de hipotecas; la aplazaremos.

502. El esposo que reclama una devolución debe probar que se la deben. Esto es de derecho común, que se aplica

aun á la devolución de los propios; esto resulta del artículo 1,404 que establece una presunción de propiedad en provecho de la comunidad en este sentido: que todo inmueble se reputa ganancial si no se *prueba* que uno de los esposos era propietario de él ó lo poseía legalmente antes del matrimonio, ó que le tocó después á título de sucesión ó donación. Hemos explicado esta disposición al tratar del activo de la comunidad. En cuanto á las indemnizaciones que reclama el esposo debe probar que el dinero le es propio y que fué entregado á la comunidad: estos son los términos del artículo 1,433; trasladamos á lo que fué dicho más atrás, particularmente acerca de la cuestión de saber si hay una diferencia, en lo que se refiere á la prueba, entre marido y mujer (núm. 457).

503. Las recompensas debidas por la comunidad á los esposos implican los intereses de pleno derecho desde el día de la disolución de la comunidad. Mientras dura la comunidad, el esposo no puede reclamar los intereses de lo que se le debe (art. 1,473). No todos los autores están acordes acerca de los motivos por los cuales los intereses no se deben durante la comunidad, y acerca de los motivos por los cuales comienzan á correr de derecho pleno después de la disolución. Hay que aplicar por analogía á las compensaciones que la comunidad debe á los esposos, lo que hemos dicho de las recompensas que los esposos deben á la comunidad. Durante el matrimonio, la comunidad no es dudosa, es propietaria en virtud de su cuasiusufructo y obligada sólo á restituir á partir de la disolución; no puede estar obligada á pagar los intereses de una deuda que no existe. ¿Por qué los debe desde el momento que la deuda existe? Es porque las indemnizaciones hacen parte del patrimonio de los esposos, son bienes propios consistentes en dinero propio entregado á la comunidad; y los intereses, así como los frutos, pertenecen al propietario; deben, pues, aprovechar al espo-

so por la misma razón por la cual la comunidad tiene derecho á los intereses y á los frutos de las indemnizaciones que que le deben los esposos: son bienes tomados en la masa común por una parte, ó en el patrimonio propio de los esposos por la otra; y los intereses y frutos aumentan la masa á la que pertenecen estos bienes. (1)

*Núm. 2. Cómo se ejercen las prelación.*

504. Supondremos que la mujer acepta; en este caso, las prelación son una apelación preliminar de la partición. Esto equivale á decir que las devoluciones se hacen por vía de prelación en la masa. El art. 1,471 marca el modo de hacer las prelación. Debe distinguirse. Los bienes que existen en naturaleza se vuelven á tomar en naturaleza. Esto era claro, y en realidad no se trata de una verdadera devolución: el esposo era propietario durante la comunidad, continúa siéndolo después de disuelta ésta; no puede tratarse de ejercer estas devoluciones en el dinero, en los muebles y en las adquisiciones. Esto no tendría sentido. La distinción que hace el art. 1,471 es una consecuencia de la redacción incorrecta del art. 1,470; puesto que el Código considera la devolución de los propios como una prelación, debía decir también que esta devolución no se hace como la devolución de las indemnizaciones. En definitiva, no hay que hacer distinciones; hay que dejar á un lado los propios que no se vuelven á tomar, y decir que las prelación se hacen primero en el dinero en caja, después en los muebles y subsidiariamente en los inmuebles de la comunidad.

¿Cuál es la razón del orden sucesivo que establece la ley? ¿Por qué si hay dinero no puede el esposo tomar muebles, y por qué sólo puede tomar inmuebles subsidiariamente? El esposo que tiene derecho á una compensación es acreedor:

1 Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 298, núm. 133 bis.

toma el precio, dice el art. 1,433; y todo acreedor no tiene derecho sino á una cantidad de dinero; es, pues, natural que el esposo tome del dinero existente lo que se le debe. Pero el numerario que se halla en la comunidad puede ser insuficiente para satisfacer las devoluciones de los esposos. La ley les permite, en este caso, el pagarse de los bienes muebles é inmuebles que componen la masa. En esto se aparta la ley del derecho común; el esposo es acreedor de una suma de dinero, y la ley dice que se le pague en efectos muebles ó inmuebles. Esto se explica por la calidad de copropietario que tiene el esposo además de ser acreedor. Argüimos colocándonos bajo el punto de vista de la opinión común que pone á ambos esposos en una misma línea y aplica el artículo 1,471 al marido tanto como á la mujer; más adelante haremos nuestras observaciones. El esposo se paga, pues, con muebles ó con inmuebles. ¿Por qué sólo con inmuebles cuando no hay muebles? Es porque la ley tuvo que conciliar su derecho con el de su cónyuge. Los inmuebles se consideran como los más valiosos bienes; si los hay en la comunidad es justo que cada esposo tenga su parte; este es su derecho de copropietario, y bajo este punto de vista el derecho del esposo copropietario es mayor que el derecho del esposo acreedor. Sin embargo, el derecho del esposo acreedor vuelve á tomar su preferencia cuando los muebles son insuficientes; se paga entonces con inmuebles, aunque su deuda absorba todos los de la comunidad. Esto se funda en la equidad; ¿cuál es la causa habitual de las compensaciones reclamadas por los esposos y particularmente por la mujer? El artículo 1,433 lo dice: es la venta de sus propios; y si consiente en vender los inmuebles que le vienen de su familia es para auxiliar á la comunidad en la persona de su jefe. Al despojarse de sus inmuebles en interés de la comunidad es justo que su indemnización consista también en inmuebles.

505. Cuando la mujer ejerce sus devoluciones en los inmuebles de la comunidad, la ley le permite escoger los inmuebles así como á sus herederos (art. 1,471). ¿Cuál es la razón de esta disposición? Los autores no están acordes, y el disenso acerca de los motivos conduce á controversias en la aplicación de la ley. Importa, pues, precisarlas. En la opinión generalmente seguida se dice que la elección conferida á la mujer es una consecuencia de las dos cualidades que reúne en su persona, las de acreedora y copropietaria de bienes comunes. A título de acreedora puede embargar los bienes; á título de copropietaria puede escoger aquellos que le convienen. (1) La explicación nos parece insuficiente y aun inexacta. Es verdad que la mujer acreedora á una recompensa es también copropietaria de los bienes comprendidos en la masa; pero estos son dos derechos muy distintos y que hay que cuidarse de confundir. ¿Cuál es el derecho de un copropietario de bienes por indiviso? Puede pedir la partición. Si además es acreedor de la masa divisible ¿puede escoger entre los inmuebles aquellos que más le agraden para cubrirse de lo que se le debe? Nó, seguramente; como acreedor no tiene otro derecho más de obtener el pago de lo que se le debe en dinero contante. La elección que el art. 1,471 confiere á la mujer es, pues, un derecho excepcional; (2) puede explicarse como excepción, pero hay que cuidarse de hacer de ella una regla. La mujer que tiene una devolución tiene derecho á ella ordinariamente á título de indemnización por un propio que enajenó y cuyo precio entregó á la comunidad: la equidad quiere que á falta de reemplazo pueda volver á tomar un inmueble en pago de aquel que se le debe. Y desde que se le da este derecho se le debe también dar la elección, porque todas las gananciales pueden no convenirle; ella no es quien las compró, es su mari-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 362, pfo. 511 (4.ª edición).  
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 289, núm. 131 bis I.

do; es, pues, equitativo conferirle elección. Este es el motivo que da Bourjón: «Para su devolución, dice, la mujer y sus herederos tienen desde luego elección en todos los efectos de la comunidad, porque todo cuanto la compone es hecho del marido, y sólo fué espectadora, y espectadora muda, por su estado, de la administración total de su marido.» (1)

506. El art. 1,471 no dice que la mujer tenga elección en los muebles. Sin embargo, todos los autores se la conceden. (2) En estricto derecho habría que negársela. Si es verdad que el derecho de escoger los efectos para pagarse de lo que se le debe, es una excepción, la disposición del art. 1,471 es por esto mismo de rigurosa interpretación. Se dirá en vano que hay analogía, y aun más, argumento á *fortiori*; aunque así fuera no se podría extender una disposición que consagra una verdadera anomalía, dando al acreedor el derecho de pagarse con tal efecto que le gusta escoger. Ni siquiera existe la analogía. Hay una razón de equidad para dar á la mujer la elección de los inmuebles. En cuanto á los muebles ¿qué importa? Si no gustan á la mujer los venderá; los efectos muebles tienen un precio corriente por el que siempre se encuentran compradores. No sucede así con los inmuebles. Se invoca la tradición. El argumento sería decisivo si fuera seguro que la ley ha seguido la tradición en esta materia. Pero aun esto está controvertido y dudoso, como lo vamos á decir. Cuando hay tantas razones para dudar ¿no es lo más seguro atenerse al texto?

507. El texto del art. 1,471 presenta otra dificultad; comienza por decir que las prelaciones de la mujer se ejercen antes que las del marido; después agrega: «Se ejercen *para los bienes que ya no existen en naturaleza*, primero en dinero contante, etc.» ¿Debe concluirse de esto que el art. 1,471 sólo se aplica en el caso en el que la mujer tiene devoluciones

1 Bourjón, *Derecho común de Francia*, t. I, pág. 530, núms. VI y VII.  
2 Toullier, t. VII, 1, pág. 161, núms. 185. Rodière y Pont, t. II, pág. 346, núm. 1078.

que ejercer por sus propios enajenados sin reemplazos? La Corte de Lyon interpretó la ley en este sentido: Se atuvo al texto que, dice ella, es de tal modo restrictivo que es imposible extender la ley á otras indemnizaciones. (1) Esta opinión no encontró eco; todos los autores la condenan y con razón. Creemos también que la ley es restrictiva, pero si no se pueden extender las leyes restrictivas, y sobre todo las leyes excepcionales, se tiene el derecho y el deber de interpretarlas. ¿Qué quieren decir estas palabras del art. 1,471: *para los bienes que ya no existen en naturaleza?* Ya hemos contestado que están por demás tanto como el núm. 1 del art. 1,470 al que se refieren: Suponen que hay lugar á prelaciones para los propios que existen en naturaleza, lo que es inexacto. Si estas palabras están por demás es interpretar mal la ley al ver en ellas una condición. Aun hay más; aunque se apegue uno á la letra de la ley debe apartarse la interpretación de la Corte de Lyon. ¿Cuáles son *los bienes que no existen en naturaleza*, como dice el art. 1,471? Son los propios que fueron directa ó indirectamente entregados á la comunidad, pues no puede haber devolución sino por los propios que fueron empleados en provecho de la comunidad. Se puede, pues, decir en todos los casos en que hay lugar á compensación, que los bienes no existen en naturaleza. Esto equivale á decir que el art. 1,471 es general por el texto como lo es por los principios. No invocaremos la tradición, puesto que en esta materia no se puede afirmar que los autores del Código hayan pretendido seguirla. (2)

Hay una sentencia de la Corte de Orleans en este sentido. Una mujer común se había obligado solidariamente con su marido; pidió la separación de bienes y cuando la liquidación de la comunidad reclamó compensación por la obli-

1 Lyon, 3 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2378).

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 343, núm. 1075. Marcadé, t. V, pág. 624, número II del art. 1472. Colmat de Santerre, t. VI, pág. 289, núm. 131 bis II.

gación que había contraído en interés de la comunidad. El art. 1,431 le aseguraba una indemnización en el caso. Pero el marido sostenía que era un simple crédito que no le daba derecho á prelación. Las recompensas son, en efecto, créditos de particular naturaleza y regidos por principios especiales; para que haya lugar á recompensa en provecho de un esposo es necesario que el dinero á él propio haya sido entregado á la comunidad (art. 1,433), y en el caso sólo había un compromiso consentido por la mujer. Esto era argüir mal; aquel que obliga su persona obliga sus bienes; los bienes de la mujer estaban, pues, comprometidos en interés de la comunidad; por lo tanto, se podía invocar el principio que consagra la aplicación el art. 1,433: la comunidad debía compensación á la mujer porque había sacado un provecho de los bienes de ésta (núm. 449). Quedaba por saber si el art. 1,471 era aplicable á la indemnización que concede el art. 1,431 á la mujer. El espíritu de la ley, dice la Corte de Orleans, no deja ninguna duda. No se concibe que la ley establezca distinciones entre las indemnizaciones á las que tiene derecho la mujer: ¿por qué había de tratar al crédito naciendo de la venta de un propio con más favor que la obligación que la mujer contrae y que compromete sus bienes presentes y futuros? (1)

508. Cuando las prelaciones se ejercen en los efectos muebles ó inmuebles de la comunidad, se presenta una dificultad de hecho: ¿á qué precio se estimarán los objetos que toma el esposo en pago de lo que se le debe? Las prelaciones son una operación preliminar de la partición; se hacen, pues, contradictoriamente con el cónyuge ó sus herederos. Si las partes interesadas no están acordes en el valor de los efectos tomados por el esposo acreedor de la recompensa, se ocurrirá á una expertisa. (2)

1 Orleans, 3 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 165).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 361, pfo. 511 (4.ª edición).

509. El orden establecido por el art. 1,471 para el ejercicio de las prelación es recibe excepciones? No hay excepción en la ley; no se puede, pues, admitirlas sino cuando los principios generales de derecho autorizan al intérprete para ello. Es de doctrina y de jurisprudencia que no hay lugar á la prelación en naturaleza de los inmuebles cuando no pueden dividirse. En efecto, los inmuebles que no pueden dividirse cómodamente y sin pérdida son licitados; por consiguiente, es imposible que el esposo acreedor los tome cuando su crédito no le da derecho más que á una parte del inmueble; en vano se le atribuiría una parte indivisa, puesto que la licitación es necesaria, lo que conduce á un derecho sobre el precio. La excepción está, pues, fundada en un texto de la ley (art. 1,686) y sobre este principio: que el orden establecido por la ley para las prelación no puede ser seguido cuando es imposible la aplicación de la ley. (1) Esto supone que hay partes interesadas que se oponen á la prelación de una parte indivisa en un inmueble; (2) el art. 1,471 no es una disposición de orden público; desde luego las partes quedan libres para arreglar sus intereses como les convenga. (3)

La Corte de Casación parece admitir otros casos en los que las prelación no se pueden ejercer en naturaleza en inmuebles de la comunidad. Primero, cuando el precio no ha sido pagado; teniendo el vendedor acción resolutoria, los inmuebles están expuestos á ser embargados á consecuencia del privilegio que pertenece al vendedor, lo que destruye el derecho del esposo y lo obliga á conformarse con una parte del precio; tanto más vale no ejercer las prelación en naturaleza, á reserva de provocar la venta de objetos muebles

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 344, núm. 1077. Denegada, 7 de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 410).

2 Orléans, 3 de Diciembre de 1857 (Daloz, 1858, 2, 165).

3 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 6 de Febrero de 1863 (Pascrisia, 1863, 1, 424).

ó inmuebles pertenecientes á la comunidad. Esto es menos una cuestión de derecho que un arreglo de intereses; si conviene al esposo tomar un inmueble sujeto á la acción resolutoria, ningún principio se opone á ello, pues la venta, aunque sujeta á resolución, es translativa de propiedad; el inmueble pertenece, pues, á la comunidad y, por consiguiente, la mujer que tiene elección en los inmuebles puede tomarlos en pago de su indemnización. Por esto la Corte de Casación no considera el caso como una verdadera excepción; este es un motivo que alega en apoyo de la decisión que pronunció en un caso en el cual el inmueble era indivisible. Es inútil insistir en otro considerando de la misma sentencia; este es también un motivo en apoyo de la resolución dada por la Corte á la cuestión de saber si la sentencia atacada había violado la ley rehusando admitir la prelación en naturaleza en el caso en que el inmueble se reconocía como indivisible. (1) La única consecuencia jurídica que pueda sacarse de la sentencia es que no hay lugar á la prelación en naturaleza cuando la licitación es necesaria; lo que equivale al principio tal como lo hemos formulado: el art. 1,471 recibe excepción cuando la prelación en naturaleza es imposible.

510. Otra dificultad fué sometida á la Corte de Casación. Los herederos de la mujer pedían tomar un inmueble de la comunidad en pago de una compensación que se les debía por el precio de un propio; el marido les objetaba que, según el art. 1,471, no podían tomar los inmuebles sino subsidiariamente; que debían, ante todo, ejercer su devolución en los muebles. Esto es imposible, replicaban los herederos; veintidós años han pasado desde la disolución de la comunidad; no habiendo hecho el marido supérstite ningún inventario, ¿cómo podremos saber si existían efectos muebles y si estos efectos existen aún? Entonces el marido pi-

1 Denegada, 7 de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 410).