

masa no puede concluirse que el esposo sea propietario de los objetos que toma por efecto de una subrogación ó de un reemplazo igualmente imaginario.

533. Ante las salas reunidas de la Corte de Casación no se insistió mucho en el pretendido derecho de propiedad del esposo que ejerce una devolución; el argumento había sido derrumbado por los ataques de la doctrina. El recurso hablaba de un derecho de *exclusión* para con los acreedores en provecho de la mujer, para sus prelación en los bienes de la comunidad. Esta es una nueva prueba de que toda esta teoría de las devoluciones de la mujer era extralegal; á cada paso sus defensores se veían obligados á imaginar preferencias que la ley ignora, ya á título de *privilegio*, ya á título de *propiedad*, ya por derecho de *exclusión*; ¿qué importa la palabra? El resultado es siempre el mismo y la ley rechaza el fondo de las ideas tanto como las formas diversas que se les da. ¿Con qué derecho se *excluiría* á los acreedores de la comunidad en los bienes que pertenecen á ésta? ¿Tiene la mujer que tomarlos primero? La sentencia de 1858 contesta, como ya lo hemos hecho, que los arts. 1,470 y 1,471 sólo se ocupan de la partición del activo entre los esposos, y reglamentan únicamente los derechos respectivos de estos últimos. ¿Deroga en alguna parte los derechos de los acreedores? Nó, pues no se trata de ellos, y no es necesario decir que los acreedores conservan su prenda en los bienes de su deudor.

El recurso invocaba también el art. 1,483 para inducir un derecho de *exclusión* ó de *preferencia*. Este artículo da á la mujer el beneficio de emolumento, especie de beneficio de inventario que puede oponer á su marido para todas las deudas, y á los acreedores para aquellas de las que no está obligada como deudora personal. Las devoluciones no hacen parte del emolumento hasta concurrencia de lo que está obligada la mujer. Y, se dijo, si se permite á los acree-

dores concurrir con la mujer en los bienes de la comunidad cuando la mujer ejerce sus devoluciones, ésta se verá obligada á venir á contribución con ellos; no se le pagará íntegramente y, por consiguiente, soportará las deudas más allá de su emolumento, puesto que las soportará en sus devoluciones. La Corte de Casación contesta que el ejercicio de las devoluciones es un crédito; por consiguiente, un derecho de la mujer en el activo de la comunidad, mientras que el art. 1,483 reglamentó únicamente las obligaciones de la mujer en cuanto al pasivo, concediéndole, cuando acepta, una especie de beneficio de inventario. No hay, pues, nada común entre las devoluciones y el beneficio de emolumento; de manera que la primera jurisprudencia de la Corte de Casación, al prevalecerse del art. 1,483, hacía otra vez decidir al legislador una cuestión que no tenía por objeto decidir. Esta es la más viciosa de las argumentaciones, aunque sea la más usada, cuando se quiere introducir opiniones nuevas en el Código colocándolas bajo la autoridad del legislador.

534. Creemos inútil continuar este debate demasiado largo ya. (1) Sólo agregamos una palabra acerca del papel de legislador que la Corte de Casación había asumido en sus primeras sentencias. Es seguro que si la sentencia de 1858 está fundada en los textos, en los principios y en la tradición, la primera jurisprudencia es una violación de la ley y un abuso de poder. La Corte hizo, pues, la ley dando á la mujer un derecho de preferencia contra los acreedores de la comunidad. ¿Valía más este nuevo Código que el antiguo Código Civil? Se puede atrevidamente asegurar que nó. Fué, al contrario, bajo la presión de la opinión pública y para sosegar los intereses alarmados, por lo que la Corte se dió á sí misma un solemne mentís negando á la mujer el derecho de preferencia que le había reconocido la jurisprudencia casi

1 Véase la excelente refutación que Colmet de Santerre hizo de la antigua jurisprudencia (t. VI, pág. 292, núm. 132 bis III y siguientes).

unánimemente. Sin duda los derechos de la mujer son dignos del favor del legislador y los tuvo en cuenta dándole una hipoteca legal. Pero los intereses de los acreedores son aun más favorables, pues el interés de los terceros es el interés general. Hay acreedores que tratan con el marido contando con su riqueza mobiliar, y la mujer aumenta el crédito de su marido consintiendo en la enajenación de sus propios y entregando el precio en la comunidad; induce con esto á los terceros á tratar con su marido; ¿vendrá después á oponer á estos mismos acreedores su derecho de devoluciones? Es decir, ¿volverá á tomar los bienes que contribuyeron á tranquilizar á los acreedores con sus prelación? Dupín dijo que el derecho de devoluciones así entendido sería un derecho de sorpresa. Esto es un retruécano, (1) pero la palabra es justa. (2)

Núm. 6. Naturaleza del derecho de devolución.

I. ¿Es un derecho mueble?

535. ¿Cuál es la naturaleza del derecho de devolución? ¿Es un derecho mueble ó es un derecho inmueble cuando la prelación se ejerce en inmuebles? Nos parece que en la opinión consagrada por la última jurisprudencia de la Corte de Casación la respuesta no pudiera ser dudosa. Se funda en el principio de que la mujer sólo tiene un derecho de crédito y todos los derechos de crédito son mobiliarios porque tienden á poner en manos del acreedor una suma de dinero; es decir, una cosa mueble; se puede, pues, aplicar á las devoluciones esta antigua definición: *Jus est mobile quod tendit ad mobile*. Sin embargo, la cuestión está controvertida. Comprobemos primero cuál es el interés práctico del de-

1 En francés las palabras *reprise et surprise* dan lugar á un juego de palabras sutil. — N. del T.

2 Requisitoria de Dupín (Dalloz, 1858, 1, 17). Colmet de Santerre, t. VI, pág. 297, núm. 132 bis XIII.

bate si se aplican á las devoluciones los principios que rigen los derechos muebles. La viuda que tiene un derecho de devolución en una primera comunidad vuelve á casarse bajo el régimen de la comunidad legal; ¿entrará su derecho de devolución en el activo de la nueva comunidad? Sí, puesto que es un derecho mueble; si, pues, se liquida la primera comunidad y la mujer toma sus devoluciones en inmuebles, éstos entrarán en la nueva comunidad porque la mujer los recibe á título de devoluciones; es decir, de derecho mueble. Asimismo si la mujer ó el marido hacen un legado universal de sus muebles, el legatario tendrá derecho á las devoluciones aunque cuando la liquidación de la comunidad las devoluciones se ejerciesen por una prelación de inmuebles. Sólo hay una restricción que hacer á esta decisión: la voluntad de las partes contratantes es su ley, y la intención del testador hace también ley para la interpretación de sus disposiciones; es, pues, necesario ante todo ver lo que el disponente quiere y lo que quieren las partes. (1) Esto es el derecho común.

536. En la opinión que reinó durante cinco años en la jurisprudencia, acerca de las devoluciones de la mujer, la naturaleza de las devoluciones dependía de la prelación. La mujer se consideraba como ejerciéndolas á título de propietaria; su derecho se consideraba como mueble cuando tomaba mueble, y como inmobiliario cuando tomaba inmuebles. Una sentencia pronunciada por la Cámara de Requisiciones, bajo el imperio de la nueva jurisprudencia, refuta en muy vivos términos esta doctrina, que es en efecto extraña; es contraria á todos los principios del derecho, dice la Corte, y descansa en una confusión que no resiste al menor examen. Hay en la mujer casada dos personas distintas que tienen derecho de naturaleza enteramente diferente. En su calidad de mujer común tiene en la comunidad un derecho de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 358, pfo. 511 y las sentencias citadas ya.

copropiedad que conduce á una acción de partición cuando acepta la comunidad. En calidad de acreedora de la comunidad tiene contra ella una acción para hacerse pagar el monto de sus devoluciones de que es deudora la comunidad; ¿y de qué es deudora la comunidad? De los valores que le fueron entregados por la enajenación de los propios de la mujer; recibe valores, debe restituirlos; su deuda es, pues, mobiliario y, por tanto, el derecho del esposo es mueble. Se objeta que la mujer ejerce sus devoluciones por vía de prelación en los bienes de la comunidad. ¿Esta prelación cambia la naturaleza del derecho de devolución? La devolución no consiste en la prelación; ésta no es más que un modo de ejercer aquélla; es decir, un modo de pago. ¿El modo de pago determina la naturaleza del crédito? No, seguramente. Luego la naturaleza de la devolución queda lo mismo si el esposo toma inmuebles como cuando toma muebles; mobiliario en su principio, permanece mobiliario de cualquiera manera que se ejerza. (1)

537. Sorprende ver á la doctrina antigua sobrevivir á la nueva jurisprudencia inaugurada en 1858 por las cámaras reunidas. Los Sres. Rodière y Pont califican de evidente equívoco la decisión de la Cámara de las Requisiciones que acabamos de analizar. (2) ¿En qué consistiría este pretendido error? Se invoca el principio de la retroacción de la partición y se aplica á la prelación. Nos parece que si hay error es por parte de los que hablan de retroacción de la partición, cuando todavía no hay reparto. En efecto, las prelações son una operación preliminar á la partición; esto es lo que dice el art. 1,474: "Después que las prelações de ambos esposos han sido hechas en la masa, lo excedente se

1 Denegada, 2 de Junio de 1862, sobre informe de Renault d'Ubexi (Dalloz 1862, 1, 420).

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 348, núm. 1082, y t. I, pág. 302, núms. 383 y siguientes. Compárese Mourlón, t. III, pág. 100, nota. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 357 y nota 13, pfo. 511

divide por mitad entre ellos y los que los representan." Si la partición sólo se hace después de las prelações no puede decirse que éstas sean una partición. Lo que prueba todavía que las devoluciones de los esposos nada tienen de común con el reparto del activo, es que la mujer tiene derecho á sus devoluciones aun cuando renuncie (art. 1,493), y el art. 1,495 dice que la mujer renunciante puede ejercer sus devoluciones tanto en los bienes de la comunidad como en los bienes personales del marido. Es verdad que la cuestión de saber si la mujer que renuncia tiene los mismos privilegios que la mujer que acepta la comunidad, está controvertida. Pero poco importa; lo que no puede ser contestado, porque lo dice la ley, es que la mujer renunciante tiene las mismas devoluciones que la que acepta; el derecho de devoluciones es idéntico en ambas hipótesis; si es mueble cuando la mujer renuncia ¿por qué había de ser inmueble cuando acepta? En cuanto á la retroacción de la partición hay que apartarlo. Lo apartamos porque no pudiera ser cuestión de hacer retrotraer una partición que no existe. Y no se puede extender á las operaciones preliminares de la partición un principio que la ley establece sólo para el reparto. Hay para esto una razón decisiva: es que la retroacción del reparto es una ficción, y las ficciones no se extienden. Pues bien, la doctrina que combatimos establece una nueva ficción: la retroacción de los preliminares de la partición; los intérpretes no tienen este derecho, aunque tuvieran las mejores razones para hacer retrotraer las prelações. Creemos inútil insistir teniendo los principios una seguridad absoluta. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica están en este sentido. (1) Las cortes de Francia están divididas.

1 Casación, 18 de Junio de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 319). Lieja, 19 de Enero de 1850 (*ibid.*, 1850, 2, 140). Bruselas, 7 de Marzo de 1857; 12 de Enero de 1859; 16 de Noviembre de 1865; 18 de Julio de 1866 (*ibid.*, 1857, 2, 14; 1864, 2, 34; 1866, 2, 174; 1867, 2, 259).

538. No es menester decir que estos principios reciben su aplicación al caso en que la mujer renunciante ejerce sus devoluciones. Poco importa que se conceda ó se niegue á la mujer renunciante los privilegios de la mujer que acepta, esto corresponde al ejercicio del derecho, el modo de pago; y la naturaleza del derecho depende de su objeto y no del modo como se ejerce.

Por la misma razón, el principio se aplica á toda clase de devoluciones debidas por la comunidad por las indemnizaciones del núm. 3 del art. 1,271, tanto como por el precio de los inmuebles, caso previsto por el núm. 2. El principio es siempre el mismo; sólo que colocándose bajo el punto de vista de las objeciones que se hacen á nuestra opinión, puede decirse que hay un argumento *á fortiori* en el caso previsto por el núm. 3. Así cuando la mujer se obliga solidariamente con su marido en interés de la comunidad, tiene derecho á una indemnización. ¿Cómo sostener, en este caso, que el crédito de la mujer es inmobiliario? Pide que se la indemnice por una obligación; debe una suma de dinero; á título de indemnización tiene derecho á una suma de dinero. Todo es mueble en este hecho jurídico. ¿Qué importa después de esto cómo se hará el pago?

II. ¿Son las prelación y una donación en pago?

539. Se ha comparado á menudo la prelación á una donación en pago. Hay, en efecto, una aparente analogía. El esposo acreedor á la compensación tiene derecho á una suma de dinero; esto es lo que acabamos de establecer para probar que su derecho es mobiliario; en pago de esta suma de dinero toma muebles ó inmuebles; hé aquí, en apariencia, una donación en pago. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia están acordes en decir que no hay verdadera donación en pago. Según el art. 1,243 el acreedor no puede estar obligado á recibir otra cosa que la que se le debe, y

se entiende que sólo puede pedir aquello que se le debe. Si, pues, el acreedor de una suma de dinero recibe en pago una cosa mueble ó inmueble, esto se hace mediante concurso de consentimientos; es decir, por una convención nueva que equivale á una venta en el sentido, cuando menos, de ser translativa de propiedad. ¿Pasan así las cosas en caso de prelación? Nó, es una masa la que es deudora; esta masa no es una persona civil, ni siquiera la representa el marido, puesto que la comunidad está disuelta; ambos esposos ó sus herederos liquidan; aquel que es deudor devuelve á la masa lo que debe; aquel que es acreedor toma lo que se le debe y hace esta prelación en efectos de la comunidad; esto es para él un derecho, lo ejerce sin concurso de consentimiento de su cónyuge ó de sus herederos; la ley es quien arregla así el modo de pago de las compensaciones. Hay otra diferencia más importante entre la donación en pago y la prelación. El deudor que, con consentimiento del acreedor, le da en pago un mueble ó un inmueble, da una cosa que le pertenece con objeto de transferir la propiedad; así la donación en pago es esencialmente translativa de propiedad. No sucede lo mismo cuando el esposo, acreedor á una indemnización, toma lo que se le debe en efectos de la comunidad; toma en pago de lo que se debe una cosa de que es propietario por indiviso. No puede tratarse de transferir la propiedad á aquel que es propietario ya. La prelación no opera, pues, una transacción de propiedad, es una liquidación de crédito y de deudas que se hace según reglas particulares, lo que evita las dilaciones y los gastos de una venta á la que, á falta de prelación en naturaleza, las partes interesadas hubieran debido proceder. (1)

540. Del principio de que la prelación no es un acto translativo de propiedad se siguen consecuencias muy importan-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 365, nota 31, pfo. 511 y las autoridades que citan. Compárense las sentencias citadas más adelante [núms. 540 y 541].

tes. Cuando el deudor da un inmueble en pago de lo que debe, se opera una translación de propiedad inmobiliar; por lo tanto, el acta en que consta la donación en pago debe ser registrada según las leyes que en Bélgica y en Francia exigen la transcripción de las actas translativas de derechos reales inmobiliarios. (1) ¿Sucede lo mismo con la prelación que se hace en inmuebles? La cuestión está controvertida; volveremos á ella en el título de las *Hipotecas*. Si se admiten los principios que acabamos de exponer hay que decidir que no hay lugar á registrar. Es seguro que la prelación no debe hacerse pública como operando translación de propiedad, puesto que no es translativa de propiedad. La Corte de Casación de Francia lo resolvió así; decidió que la prelación no constituye ni una partición propiamente dicha, ni una donación en pago. Sin embargo, la Corte agrega que es una operación declarativa de propiedad; aquí nace una duda, pues según nuestra Ley Hipotecaria las actas declarativas de propiedad están sometidas á la transcripción; esta es una cuestión cuyo examen aplazaremos.

La Corte de Casación saca del principio que consagra una consecuencia muy lógica. Se supone que el inmueble tomado por el esposo está gravado con un privilegio ó una hipoteca no registrada; ¿puede el acreedor registrarla después de la prelación? Si se admite que la prelación no necesita registro, la inscripción puede siempre hacerse útilmente, puesto que no hay ningún cambio en la situación de las partes interesadas; el acreedor privilegiado ó hipotecario conserva el derecho de registrar mientras no hay acto translativo de propiedad que haya sido registrado. (2)

541. Ha sido sentenciado que las prelaciones ejercidas por la mujer aceptante no están sometidas al derecho de

1 Ley Hipotecaria belga, art. 1.º Ley francesa de 23 de Marzo de 1855, art. 1.º, pfo. 1.º

2 Denegada, Sala Civil, 20 de Julio de 1869 (Daloz, 1869, 1, 497). Aubry y Rau, t. V, nota 49, pfo. 209.

mutación; diremos más adelante que no sucede lo mismo con las devoluciones de la mujer renunciante. La sentencia de la Corte de Casación establece claramente el carácter de la prelación. La mujer, dice la Corte, que ejerce sus devoluciones en los bienes de la comunidad obra con la doble calidad de acreedora y de común; se paga con bienes en los que no puede, sin duda, reclamar un derecho de preferencia para con los demás acreedores de la comunidad, pero de los que no deja por esto de ser copropietaria por indiviso con su marido ó sus herederos; la prelación que ejerce es, bajo el punto de vista de los derechos de registro, una de las operaciones de la partición, con la que se confunde. (1) Así sucedería aunque la mujer, cuyas devoluciones exceden del valor de los efectos de la masa, hiciera abandono de la comunidad al marido ó á sus herederos, á reserva de que éstos paguen sus devoluciones. Poco importa, dice la Corte, cómo se hacen las prelaciones, es decir, cómo se ejercen las devoluciones; el crédito de la devolución permanece siempre igual; que se haga la prelación tomando ciertos valores de la masa ó que se efectúe pagando cierta suma de dinero, en una y otra hipótesis siempre es un arreglo entre esposos y una operación de liquidación destinada á la consistencia de la comunidad y no implicando ninguna translación de dominio, puesto que la mujer abandona á los herederos del marido sus derechos en la comunidad. En el caso había, en apariencia, transmisión de propiedad, puesto que la mujer abandonaba á los herederos del marido sus derechos en la comunidad. La Corte de Casación contesta que la mujer no puede transmitir una propiedad que no tiene; la masa divisible pertenece, es verdad, á ambos esposos, pero no la pueden dividir sino después de hechas las prelaciones; luego son los bienes, hecha la deducción de prelaciones, los que constituyen la masa divisible y los que forman la propiedad

1 Casación, 3 de Agosto de 1858 (Daloz, 1858, 1, 310).