

446. Siguese de esto que la comunidad no acaba por la muerte ni por la interdicción ni la quiebra de uno de los comuneros. La diferencia es notable y confirma el principio de que procede. En la sociedad el elemento personal domina; de aquí la consecuencia de que todo cambio de personas y toda modificación en el estado de la persona deben arrastrar la disolución de la sociedad. En la comunidad es el elemento real del copropietario el que domina, y la propiedad es independiente de la vida como de la capacidad del propietario; perpetual, se transmite de un heredero á otro y no queda afectada por el cambio de estado que sufre el propietario; todo cuanto resulta es que el ejercicio del derecho está subordinado á ciertas condiciones que dejan el mismo derecho intacto. Las consideraciones personales nada importan en la comunidad, mientras que la sociedad civil se contrata por la confianza y se disuelve cuando esta confianza no existe ya.

447. Cuando la comunidad se disuelve se procede á la partición del fundo común, á no ser que acabe por la extinción de la cosa misma. Pero en este caso, dice Pothier, las obligaciones que la comunidad hubiera contraído entre los comuneros no dejarán de subsistir hasta que las partes las hayan liquidado.

Pothier agrega que las acciones que los comuneros tienen contra sus copropietarios para la partición son entre los herederos la acción *familiae eriscunda*, y en todos los demás casos de comunidad la acción *comuni dividundo*. Estas dos acciones, dice Pothier, no difieren en nuestros usos en nada una de la otra, pero son distintas de la acción *pro socio*. Esta es una acción personal, puesto que nace de las obligaciones del contrato de sociedad; las otras son mixtas, participan de la acción real en que tienden á reclamar, á reivindicar en alguna manera (esta es la expresión de Pothier) y á determinar la parte que piden en las cosas comunes; son

personales en que tienen también por objeto las obligaciones que la comunidad forma entre los comuneros. En nuestro concepto es el elemento real el que domina, y ya que es una especie de reivindicación no puede tratarse de derechos personales. (1)

#### Aplicaciones.

448. Hay actos en los que es dudoso saber si un hecho jurídico constituye una comunidad ó una sociedad. De esto decisiones judiciales que parecen contradictorias porque parecen calificar á la vez un solo y mismo hecho, ya de sociedad, ya de comunidad. El principio que las distingue es, sin embargo, muy sencillo, está escrito en el art. 1832. Dos personas ponen alguna cosa en común; debe suponerse que hay una convención entre ellas, si no ninguna relación habría entre la comunidad y la sociedad. La sola convención en virtud de la que una cosa es común entre varias personas ; forma una sociedad? Nó, pues en la sociedad hay dos elementos: primero, una cosa puesta en común; después el objeto que los contratantes tienen: el de partirse la utilidad que resulte. Cuando este segundo elemento falta no hay sociedad, pero como una cosa es común de varias personas hay comunidad. Es, pues, la intención de las partes lo que decide si hay comunidad ó sociedad; y la intención de las partes puede ser diferente aunque el hecho jurídico parezca ser el mismo; de esto las decisiones de apariencia contradictorias. En derecho no hay contradicción, puesto que los jueces no deciden en derecho sino de hecho.

449. Dos personas compran en común un inmueble. Fué sentenciado que había simple comunidad, y hemos relatado una sentencia que decide que hay sociedad (núm. 245, nota) La compra constituye una simple comunidad cuando consta

1 Pothier, *De la sociedad*, núms. 193 y 194. Pont, p. 56, núm. 80.

de hecho que los adquirentes no han comprado la cosa en vista de operar la reventa y partirse la utilidad que resultare, aunque los comuneros la hayan revendido con utilidad. La Corte de Casación lo sentenció así y la decisión es irreprochable, puesto que se funda en la intención de las partes tal como resultaba de los hechos comprobados por el primer juez, y esta intención es el elemento decisivo del debate. (1)

En contra la Corte de Casación ha sentenciado que había sociedad en el hecho siguiente. Dos comerciantes se juntan y convienen hacerse en común adjudicatarios de varios lotes vendidos en subasta por la Administración de la Marina. Las partes mismas calificaban la operación como siendo resultado de una asociación en participación. Es verdad, dice la Corte, que la calificación dada por las partes á sus convenciones no basta para determinar su carácter y no arrastra á los tribunales á la apreciación que están llamados á hacer. Pero dejando á un lado los términos del contrato es seguro que la convención de comprar en común ha sido suficiente, según el art. 48 del Código de Comercio, para constituir una sociedad en participación, ya sea porque los participantes hubieran debido volver á vender también en común los objetos comprados, ya sea porque hubiesen debido partirse entre ellos las cosas después de compradas. (2) Debe subentenderse que los compradores, después de haberse repartido la cosa, tenían intención de volver á vender, pues es la compra para volver á vender lo que constituye un acto de comercio (art. 632), y, según el art. 48, la asociación en participación supone una operación de comercio.

450. Las uniones ilegítimas, tan numerosas en las grandes ciudades, dan lugar á una dificultad. Cuando la unión es legítima la asociación de personas produce una sociedad de

1 Casación, 22 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1872, 1, 325. Compárese Aix, 30 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1855, 2, 117).

2 Casación, 4 de Diciembre de 1839 (Daloz, en la palabra *Sociedad*, número 122, 2.º)

bienes llamada comunidad; y está por dicho que el concubinato no tiene el efecto que la ley y la voluntad de los futuros cónyuges atribuyen al matrimonio. Pero de hecho los que viven en concubinato pueden unir sus intereses del mismo modo que cuando quedan muy amenudo unidos personalmente por toda la vida. ¿Es esto una sociedad? ¿Es una comunidad? Puede ser una sociedad de bienes si las condiciones que la ley exige están llenadas; es necesaria una puesta, es preciso que los amancebados tengan intención de partirse el beneficio que pudiera resultar (art. 1832); en fin, es preciso probar la existencia de estas condiciones. La pretensión de aquellos que han vivido en concubinato, de haber formado una sociedad de bienes, siempre ha decaído ante la dificultad de prueba; el art. 1834 exige un escrito cuando el objeto es de un valor de más de ciento cincuenta francos y esta prueba jamás ha sido rendida. ¿Si no hay sociedad hay al menos comunidad de hecho? Es cierto que los amancebados afectan las apariencias del matrimonio y que de ordinario viven juntos como si fueran casados; ponen intereses en común, la mujer posee un menaje y concurre al establecimiento de un comercio ó de una industria, con el pretendido marido, para explotarlo; esto es de hecho lo que la comunidad legal es de derecho. ¿No se debe deducir que á la disolución de esta comunidad de hecho por la muerte de uno de los comuneros há lugar para liquidar los intereses comunes no conforme á las reglas de la comunidad legal sino conforme á los principios que rigen la comunidad de hecho? No se puede negar que hay una comunidad de hecho, luego intereses comunes y derechos; hay aun más que comunidad, un elemento social; hay colaboración de dos personas, una ganancia hecha en común; ¿por qué negar á los interesados una acción para liquidar sus intereses comunes? Hay una sentencia en este sentido; (1) pero la juris-

1 Rennes, 19 de Diciembre de 1833 (Daloz, *Sociedad*, núm. 307).

prudencia se pronuncia en general en sentido contrario

Una mujer casada abandonada por su marido se juntó con un obrero armero, se establecieron en una ciudad pequeña y compraron allí con dinero prestado una fábrica de limonadas que explotaron en común viviendo como marido y mujer y haciéndose pasar por tales. El establecimiento prosperó. Después de la muerte de la mujer la hija que había tenido ella en su matrimonio reclamó por la parte de la madre la mitad del establecimiento y la mitad de las ganancias que eran el resultado de la gestión común. El Tribunal de Primera Instancia acogió la demanda, pero la sentencia fué desechada en apelación; la Corte de París dice que no había sociedad faltando la prueba. Querer, dice, reconocer el principio y la prueba de una sociedad en las relaciones que han existido entre los amancebados sería atribuirles efectos que pertenecen únicamente al matrimonio. (1)

Igual decisión de la Corte de Burdeos en un caso análogo. No había en la especie industria común; la mujer era modista, el hombre dorador. La mujer pretendía haber invertido en la caja común los productos de su industria; reclamaba su parte en las ganancias. La Corte comenzó por establecer, lo que es natural, que los que viven en concubinato no pueden invocar las relaciones ilegales en que han vivido para deducir un derecho cualquiera. Después comprueba que la sociedad no está probada. Desecha igualmente por falta de prueba la reclamación fundada en que la mujer había invertido en el fondo común los frutos de su industria. (2)

Esta segunda sentencia se coloca exclusivamente en el terreno de la prueba; se trata de saber si la comunidad está sometida á las reglas generales que rigen la prueba. La afir-

1 París, 19 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1854, 2, 84).

2 Burdeos, 19 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 222).

mativa nos parece cierta. La comunidad entre amancebados resulta de un concurso de consentimientos, luego de una convención tácita; esta convención debe ser probada por escrito en el sentido de que la prueba testimonial no se admite, las partes interesadas han debido y podido procurarse una prueba literal. Queda otra dificultad. La jurisprudencia invoca el interés de la moral y ciertamente que tiene razón en repudiar el concubinato y negar á las relaciones ilegítimas un efecto que la ley otorga al matrimonio. Sin embargo, no hay que exagerar las cosas.

Cuando un hombre casado contrae antes de la disolución de su matrimonio una segunda unión con una mujer que conoce la existencia del primer matrimonio hay también relaciones adulterinas; para la moralidad también son culpables de concubinato; para la ley hay una falta más: es que las partes contrayentes han violado una ley de orden público al querer dar un efecto legal á una unión adúltera. Sin embargo, si este matrimonio es anulado las partes interesadas tienen una acción para liquidar la comunidad de hecho que ha existido entre ellas, y la liquidación tiene lugar conforme á los principios de la comunidad de hecho. Es esta acción la que pedimos para los amancebados, y en principio no se les puede negar. La única dificultad es, pues, la de la prueba. Esta dificultad no existe en el caso de un enlace manchado con el adulterio ó de cualquiera otra nulidad de orden público, porque el acta de celebración del matrimonio puede ser invocada como prueba literal de la vida común y, por consiguiente, de la comunidad de hecho. Una sentencia reciente de la Corte de París admite también, y con razón, que puede existir una verdadera sociedad entre amancebados. En derecho esto es de evidencia, pues que no hay ley que declare á los amancebados incapaces de contratar ó de formar una sociedad. La dificultad es siempre la

prueba. En la especie un quebrado casado abandonó á su mujer y vivió durante treinta años en concubinato con una muchacha con el nombre de la cual reapareció su comercio, el que acabó por prosperar. La Corte comprueba que existía entre los amancebados una sociedad universal de ganancias. Invo- ca las confesiones que hizo la concubina en una absolución de posiciones. La Corte toma en estas confesiones un prin- cipio de prueba por escrito que fortifica con presunciones. Es inútil entrar en detalles de hecho; en cuanto á los prin- cipios de derecho en que la ley funda su decisión son in- testables. (1)

1 París, 13 de Junio de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 169).

## TITULO XI.

(TITULO X DEL CODIGO CIVIL).

### DEL PRESTAMO. (1)

#### CAPITULO I.

##### NOCIONES GENERALES.

451. El art. 1874 dice: "Hay dos especies de préstamos: el de las cosas que se pueden usar sin destruirse y el de las cosas que se gastan por el uso que se hace de ellas. La primera especie se llama *préstamo para uso ó comodato*; la segunda, *préstamo para consumo* ó simplemente *préstamo*." Boutteville, en su informe al Tribunado, formula en estos térmi- nos el principio consagrado por el art. 1874. "Se deduce de la naturaleza de las cosas que las que se pueden usar sin gastarlas ni destruirlas son las únicas que pueden ser ob- jeto del préstamo para uso ó comodato; que las que, al con- trario, no se las puede usar sin gastarlas no pueden ser ob- jeto más que del préstamo. (2)

Los autores del Código han tomado este principio de Po- thier. "Todas las cosas, dice, que no se gastan por el uso

1 Fuentes: Pothier, *Tratados del Préstamo para uso y para consumo*. Duver- gier, *Tratado del préstamo*, 1 vol. en 8.º (París, 1843). Troplong, *Tratado de préstamo*, 1 vol. en 8.º (París, 1845). Pont *De los contratos en pequeño*, t. I.

2 Boutteville, Informe núm. 2 (Loché, t. VII, p. 279).