

ser atribuidas á los hijos por nacer. (1) Preferimos la opinión contraria, muy bien defendida por Odier, y que la Corte de Burdeos ha consagrado por dos sentencias. La cláusula litigiosa no es una convención de matrimonio, es una donación y, como tal, es nula. Acerca de este último punto no puede haber contestación. Atribuir las gananciales á hijos por nacer, es darles bienes por venir, lo que sólo puede hacerse por institución contractual. La ley permite á los esposos hacerse recíprocamente ó el uno para el otro, por contrato de matrimonio, tal donación que gusten; pero no les permite hacer donaciones de bienes por venir en favor de hijos por nacer; luego esta donación es nula, como institución contractual, y no se puede hacer con otro título (2) Queda por saber si la cláusula litigiosa es válida como convención de matrimonio. Se ha sostenido así invocando el artículo 1,387, según el cual los esposos pueden arreglar su asociación como mejor les convenga. (3) Nos parece que el texto y el espíritu de la ley se resisten á la interpretación que se da al art. 1,387. El contrato de matrimonio se refiere á la *asociación conyugal*; determina los derechos de los futuros esposos *en cuanto á sus bienes*. ¿La cláusula que atribuye las gananciales á los hijos por nacer es relativa á los derechos de los socios en sus bienes? No les da ningún derecho, puesto que la comunidad está atribuida á los hijos que no son socios. Los esposos disponen, pues, de los bienes comunes en provecho de terceros que no están asociados, y disponen de ellos á título gratuito; esta es una liberalidad y no una convención matrimonial. El espíritu de la ley conduce á la misma conclusión. Las convenciones matrimoniales están consideradas como actos á título oneroso (artículo

1 Véanse las autoridades citadas por Rodière y Pont, t. II, pág. 494, nota 1.

2 Odier, t. II, pág. 123, núms. 716-723. Tessier, *Sociedad de gananciales*, número 417. Labbé, *Diario del Palacio*, 1866, pág. 435, nota. Burdeos, 18 de Agosto de 1864 y 23 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 217).

3 Rodière y Pont, t. II, pág. 491, núm. 1226.

los 1,496, 1,527, 1,516, 1,525). Entre esposos puede sostenerse así, pero esta teoría no tiene ya ningún fundamento cuando la convención se refiere exclusivamente á los hijos que no están asociados; la ventaja que sacan de la convención es puramente gratuita; es, pues, una liberalidad que reciben y, con este título, la cláusula es nula. (1)

#### SECCION II.—De las cláusulas de realización.

202. El art. 1,500 dice que los esposos pueden excluir de su comunidad todo el mobiliario presente y futuro; pueden también excluir sólo una parte de sus muebles. El título de la sección II lo dice: *De la cláusula que excluye el mobiliario en todo ó en parte*. Pothier da el nombre de cláusula de *realización* á la cláusula que excluye de la comunidad el mobiliario de los esposos. Los autores antiguos empleaban la palabra *real* como sinónimo de inmueble; *realizar* el mobiliario quería decir *inmovilizarlo* en este sentido: que el mobiliario *realizado* se asimilaba á los inmuebles que de derecho común están excluidos de la comunidad. Es en este sentido como se denomina "*ameublisement*" (*mobilización*) la cláusula que hace entrar un inmueble en la comunidad asimilándolo á los muebles que entran en el régimen de la comunidad legal. (2)

La cláusula ha conservado el nombre que Pothier le dió. Se la llama también estipulación de *propios* porque tiene por efecto hacer *propio* de los esposos el mobiliario que excluyen de la comunidad. Como de derecho común no hay muebles propios, los autores califican los propios mobiliarios de *ficticios ó convencionales*. Estas son malas expresiones porque se prestan al error. No hay más ficción en la realización del

1 Acerca de los efectos de la cláusula, trasladamos á Rodière y Pont, t. II, pág. 494, núm. 1227.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 345, núm. 163 bis I



mobiliario que la hay en la exclusión de los inmuebles; una y otra se hacen por convención, puesto que la comunidad llamada *legal* descansa en una convención, tanto como la comunidad llamada *convencional*.

203. La sección II trata de dos cláusulas de realización, una expresa y la otra tácita. Es expresa cuando los esposos declaran excluir de la comunidad todo su mobiliario, ó el mobiliario presente ó el mobiliario futuro. Es tácita cuando estipulan que pondrán muebles recíprocamente en la comunidad hasta concurrencia de una suma determinada; en este caso están *como si se reservasen el excedente*. Se llama esta última cláusula: cláusula de *aporte*; (1) no trae expresamente exclusión del mobiliario de los esposos, pero éste queda excluido tácitamente; limitando á cierta suma lo que aportan á la comunidad que, de derecho común, comprende todo el mobiliario, los esposos manifiestan la intención de excluir el excedente. Esto es lo que dice el segundo inciso del artículo 1,500. Los artículos siguientes determinan los efectos de la cláusula de *aporte*. El legislador hizo mal en tratar á la vez de la realización expresa y de la realización tácita; parece confundirlas y atribuirles efectos idénticos, mientras que ambas cláusulas son diversas y producen efectos diferentes. (2)

Hay, además, otra cláusula de realización tácita; se la llama cláusula de *empleo*, porque cierta suma se toma del mobiliario del esposo para ser empleada en provecho suyo en adquirir inmuebles. Tiene por efecto realizar tácitamente la suma cuyo empleo está estipulado, puesto que los inmuebles que sirven de empleo están de derecho común excluidos de la comunidad. (3)

1 Nos vemos obligados á emplear este neologismo porque nos falta en español la palabra equivalente á la francesa "*apport*." [N. del T.]

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 547, núm. 1288.

3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 354, núm. XVI. Rodière y Pont, t. II, pág. 548, núm. 1289.

204. Las cláusulas de realización son de origen de costumbres; se han conservado en la tradición. En París, dicen los autores franceses, no hay contrato de matrimonio que no tenga una cláusula de realización. La razón está en que las cláusulas de realización tienen una gran analogía con la comunidad reducida á los gananciales, y esta cláusula es, de hecho, el derecho común de todos aquellos que hacen un contrato de matrimonio. El objeto de estas diversas cláusulas es el mismo; esto es, establecer la igualdad entre lo aportado por ambos esposos; lo que resguarda el interés de ambas familias que se ligan, pero que gustan de que los bienes permanezcan en la familia de que proceden. Uno de los esposos sólo posee inmuebles, el otro tiene una fortuna mobiliario; realizará su mobiliario, lo que reduce la comunidad á los gananciales. Se ve que la cláusula de realización no debe ser recíproca; lo puede ser, como lo supone el artículo 1,500, definiendo la cláusula de *aporte*; es la consistencia y valor de los bienes que aportan los esposos lo que determinará la extensión de la realización y este interés difiere de un caso á otro. De esto resulta la gran variedad de cláusulas. Así, uno de los esposos puede poner sus muebles en la comunidad, mientras que el otro los excluye, poniendo éste su industria en la asociación. (1)

205. ¿En qué términos debe estipularse la cláusula? Debe decirse de las cláusulas de realización lo que hemos dicho de la comunidad de gananciales (núm. 125); no hay términos técnicos sacramentales. El Código no emplea las expresiones usadas en la práctica (núm. 203); poco importan las palabras de que se valen las partes, siempre que expresen claramente su intención. Los contratos de matrimonio, así como los testamentos, están amenudo mal redactados. A los tribunales toca interpretarlos. La Corte de Casación decidió que esta interpretación era de la atribución de los jueces.

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 226, núm. 298.



del hecho y, por consiguiente, soberana. (1) Hizo la aplicación de este principio en un caso notable. El contrato de matrimonio comenzaba por decir que los futuros esposos se sometían al régimen de la comunidad tal cual lo establece el Código Civil, el que reglamentaría sus efectos. Esto era en apariencia la comunidad legal. Pero esta cláusula no excluye la comunidad de gananciales, pues en toda comunidad convencional la comunidad legal es la regla; debe verse si los esposos han derogado á la regla y en qué consisten las derogaciones. El contrato litigioso estipulaba después la separación de deudas, no sólo las anteriores al matrimonio sino también las que tuvieran las sucesiones ó donaciones que se hicieran á los esposos. Este es uno de los caracteres de la comunidad de gananciales, exclusión de las deudas presentes y futuras (art. 1,498). Quedaba por saber lo que sucedía con el activo mobiliario. El futuro esposo se constituía en dote la suma de 170,000 francos, tanto en valores al portador como en cuentas corrientes reconocidas y comprobadas por la futura y sus padres. ¿Qué significaba esta constitución? Bajo el régimen de la comunidad legal no tenía ningún sentido, puesto que todo el mobiliario presente y futuro entra en ella de derecho. Constituirse una suma en dote y hacer comprobar por el cónyuge y sus padres la exactitud del aporte, manifiesta la intención de recoger esta suma; es decir, excluirla de la comunidad. Esta interpretación estaba confirmada por las otras cláusulas del contrato. Los padres de la futura esposa le hacían donación de una finca de 24,000 francos de valor y de unas donas de 2,000 francos. Había, pues, una gran desigualdad de fortuna; esto explicaba la realización mobiliaria del marido, quedando excluida la fortuna de la mujer á título de inmueble, salvo unas donas insignificantes. El futuro esposo hacía donación

1 Denegada, 6 de Diciembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 272).

á la futura de una suma de 20,000 francos. ¿Le hubiera hecho esta donación si su fortuna hubiera entrado en la comunidad? La mujer hubiera tenido la mitad de ella, luego 85, francos; en este supuesto el donativo de 20,000 francos no se hubiera extendido; implicaba, pues, la exclusión de los 170,000 francos. En fin, la cláusula final del contrato decía: "Lo que no está expresado en las presentes será regido según el régimen de la comunidad." Había, pues, una comunidad convencional. ¿Cuál era su objeto? La Corte de Apelación decidió que la fortuna mueble del marido estaba excluida de la comunidad, y esta decisión fué confirmada por una sentencia de Denegada. (1)

#### ARTICULO I.—De la realización expresa.

##### § I.—NOCIONES GENERALES.

206. Los esposos pueden excluir de su comunidad todo el mobiliario presente y futuro (art. 1,500) y pueden realizar sólo el mobiliario presente ó el futuro, ó una parte de su fortuna mueble, presente ó futura; pueden también realizar sólo determinados muebles, corporales ó incorporales.

En esta última cláusula no hay ninguna duda acerca de la extensión de la realización, se limita á los objetos especificados en el contrato; lo restante del mobiliario presente y futuro entra en la comunidad.

Cuando los esposos excluyen su mobiliario presente y futuro, no hay tampoco duda acerca de su intención; realizan toda su fortuna mobiliaria, y como su fortuna inmueble está excluida de derecho, resulta que todos los bienes de los esposos les quedan propios. Esto es, en otros términos, una comunidad de gananciales. En la opinión que hemos enseñado acerca de la prueba de los *aportes*, hay una diferencia entre ambas cláusulas: es que la prueba de los *aportes* ac-

1 Denegada, 9 de Diciembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 117).