

veche de los inmuebles señalados; y no pudiendo el marido enajenarlos, el único provecho que puede sacar de ellos consiste en el crédito que podrá lograr hipotecándolos. La explicación no es una justificación; bajo el punto de vista de los principios la disposición es una anomalía. Esto equivale á decir que la disposición es de la más estricta interpretación. Nuestra conclusión es la siguiente: La comunidad no es propietaria de los inmuebles señalados por amueblamientos indeterminados; el marido no tiene en ellos ningún derecho durante la comunidad, excepto el derecho de hipotecarlos hasta concurrencia del amueblamiento; sólo en la disolución de la comunidad es cuando el esposo debe poner en la masa repartible inmuebles hasta concurrencia del amueblamiento.

279. ¿Los inmuebles de la mujer se hacen prenda de los acreedores de la comunidad bajo la cláusula del amueblamiento indeterminado? En nuestro concepto nó. Según el art. 2,093 *los bienes del deudor* son la prenda de sus acreedores; y los inmuebles señalados por el amueblamiento indeterminado no son los bienes de la comunidad, ni, por consiguiente, del marido; permanecen en el dominio de la mujer; lo que decide la cuestión. Resulta, es verdad, una extraña anomalía. El marido puede hipotecar los inmuebles de la mujer, lo que los somete á ser prenda especial del acreedor hipotecario; no puede someterlos á prenda general del art. 2,093. La anomalía no es de contestarse y no puede explicarse bajo el punto de vista de los principios, es la consecuencia de una disposición exorbitante; hay que aceptarla como la disposición de que procede, sin pretender justificarla. Hé aquí una diferencia entre el amueblamiento determinado hasta concurrencia de cierta suma y el amueblamiento indeterminado. En la primera cláusula los bienes hechos muebles entran en la comunidad y se hacen, por consiguiente, prenda de los acreedores (núm. 269); en la

segunda los acreedores de la comunidad no tienen ningún derecho en los bienes que están excluidos de la comunidad.

280. ¿Quién soporta los riesgos? En principio el esposo que es propietario. Esto es seguro en lo que concierne á la obligación del esposo de comprender en la partición uno ó varios inmuebles suyos hasta concurrencia del amueblamiento. Si, como la ley supone, el esposo tiene varios inmuebles, no por esto deja de estar obligado, aunque los inmuebles hayan perecido, á comprender en la masa los que le quedan hasta concurrencia de la suma por la cual hizo mueble su heredad. Lo mismo sucede con la pérdida parcial. La comunidad no soporta siquiera la pérdida en lo que se refiere al derecho de hipotecar, pues el marido conserva el derecho de hipotecar los inmuebles que quedan hasta concurrencia del amueblamiento. Hay, sin embargo, hipótesis en las cuales la comunidad soporta el riesgo. Si todos los inmuebles de la mujer perecieran, ésta no estaría obligada, puesto que sólo lo está á comprender en la masa uno ó varios de sus inmuebles; y, por otra parte, el marido no podría ya hipotecarlos. En ningún caso la mujer estaría personalmente obligada á indemnizar á la comunidad, pues no es deudora personal, en la cláusula de amueblamiento indeterminado, como no lo es en la de amueblamiento determinado. Volveremos á este último punto.

Hé aquí una nueva diferencia entre el amueblamiento indeterminado y el amueblamiento determinado hasta concurrencia de cierta suma. En esta última cláusula la pérdida parcial y la pérdida total tienen otros efectos, como lo lo hemos dicho más atrás (núm. 270).

281. ¿Es deudor el esposo por la suma hasta concurrencia de la cual hizo muebles sus inmuebles? Nó, pues no ofreció poner una suma en la comunidad. El efecto del amueblamiento *se reduce*, dice el art. 1,508, á obligar al esposo que lo consintió, á comprender en la masa, cuando la diso-

lución de la comunidad, algunos de sus inmuebles hasta concurrencia de la suma ofrecida. Luego durante la comunidad el esposo no tiene ninguna obligación; su aporte sólo se realiza en la disolución, en el sentido de que la masa inmobiliar está aumentada. Esto es bien decir que el esposo no es deudor personal. Pothier se expresa en este sentido: dice que en la disolución de la comunidad el cónyuge no puede exigir una suma de dinero al esposo que ha consentido el amueblamiento indeterminado; tiene derecho á pedir que su cónyuge ponga un inmueble en la masa; su derecho es, pues, inmobiliario y la deuda del cónyuge es inmobiliario. (1)

Esta es una diferencia entre el amueblamiento indeterminado y el amueblamiento determinado hasta concurrencia de cierta suma. En esta última cláusula el esposo no es deudor de un inmueble, la comunidad se hace propietaria de los inmuebles determinados que el esposo ha hecho muebles; éste no tiene ya ninguna obligación á este respecto; mientras que en la cláusula de amueblamiento indeterminado el esposo contrae una obligación que Pothier califica de inmobiliario para indicar que el esposo no está personalmente obligado.

282. ¿Es garante el esposo por la evicción? Se está acordado en decir que si el esposo que hace muebles todos sus inmuebles hasta concurrencia de cierta suma no es garante de la evicción de uno ó varios de estos inmuebles, porque el amueblamiento versa, en este caso, en la universalidad; mientras que, en la opinión general, se admite que el esposo es garante de la evicción cuando el amueblamiento señala inmuebles determinados. (2) Nos parece que la cuestión está mal presentada. Durante la comunidad no puede tratarse de una evicción sufrida por la comunidad, puesto que

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 314.

2 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 481, notas 27 y 28, pfo. 524.

los inmuebles permanecen propiedad del esposo; él es, pues, quien la sufre, y no puede ser garante para con la comunidad, puesto que no contrae ninguna obligación para con ella mientras dura. El marido sólo tiene el derecho de hipotecar los inmuebles, pero sólo puede ejercer este derecho en los bienes que pertenecen á la mujer que los hizo muebles, y la evicción prueba que el inmueble que se la quita no le pertenecía. Desde luego el marido queda sin derecho y la mujer que consintió el amueblamiento no está obligada á nada.

La cuestión, tiene, además otra faz. Cuando la disolución de la comunidad el esposo comprende en la masa un inmueble hasta concurrencia de la suma que ofreció. Pierde después este inmueble en juicio. ¿Estará, en este caso, el esposo obligado á la evicción? En nuestro concepto no, pues el esposo que consiente un amueblamiento indeterminado no puede estar ligado más estrechamente que si consintiera un amueblamiento determinado, ya por el todo ó hasta cierta suma. Pone el inmueble en comunidad con los derechos que tiene en él. Luego la evicción sólo dará lugar á la garantía ordinaria entre copartícipes.

283. ¿Ejerce el amueblamiento indeterminado una influencia en el pasivo? Nó, nada está cambiado en la composición activa de la comunidad legal en este sentido: que el mobiliario presente y futuro entra en ella; luego también las deudas presentes y futuras. En cuanto á los inmuebles quedan excluidos apesar de la cláusula de amueblamiento, puesto que el único derecho que da á la comunidad es un crédito inmobiliario y este crédito sólo se ejerce en la devolución de la comunidad, sólo la masa repartible es la que aprovecha, y el pasivo que grava la masa se fija el día de la disolución.

Si la mujer ha hecho muebles sus inmuebles hasta concurrencia de cierta suma, ¿tendrán los herederos del marido el derecho de perseguir su pago en estos inmuebles? Nó (núm. 279). No pueden invocar el amueblamiento, puesto

que el amueblamiento indeterminado no hace á la comunidad propietaria de los inmuebles que fueron señalados. No obstante el marido puede hipotecar estos inmuebles; si usó de este derecho los acreedores hipotecarios podrán ejercer su acción en los inmuebles movilizados que les fueron hipotecados hasta concurrencia de la suma por la cual se hizo el amueblamiento.

284. El art. 1,508 dice que el amueblamiento indeterminado no tiene más efecto que el de obligar al esposo que lo consintió á comprender en la masa, cuando la disolución de la comunidad, algunos de sus inmuebles hasta concurrencia de la suma ofrecida. Esto es lo que Pothier llama un crédito inmobiliario. Se concluye de esto que la comunidad tiene un derecho real en los inmuebles, un derecho menor que la propiedad, pero de igual naturaleza; lo que significa un desmembramiento de la propiedad. De esto se deduce la consecuencia de que la comunidad prima todo derecho concedido posteriormente por el esposo que hizo el amueblamiento. Otra consecuencia de esta doctrina sería que la cláusula de amueblamiento indeterminado, transfiriendo un derecho real inmobiliario, debe ser transcripta (Ley Hipotecaria, artículo 1.º) (1).

Esta doctrina es contraria á la tradición y al texto de la ley. Pothier dice que la comunidad sólo tiene un *simple derecho de crédito* y una *simple acción* contra el esposo que hizo el amueblamiento para obligarlo cuando la disolución, á comprender en la masa de los bienes que tienen que repartirse, algunos de sus inmuebles hasta concurrencia de la suma ofrecida. Esto está muy claro; decir que la comunidad sólo tiene un *simple crédito* de donde nace una *simple acción*, esto es negar que tenga un derecho real. (2) Y el Código ha reproducido servilmente las palabras de Pothier; el artículo

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 379, núms. 171 bis XXVI-XXVIII.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 313.

lo 1,508 dice que el efecto del amueblamiento indeterminado *se reduce á obligar* al esposo á comprender en la masa algunos de sus inmuebles. La palabra *obligar* implica un crédito y una acción, como lo dice Pothier; lo que excluye la idea de un derecho real. ¿Cuándo puede ejercerse la acción que nace de esta obligación? El art. 1,508 contesta como Pothier: en la disolución de la comunidad. Luego mientras dura, el esposo no está obligado á nada; la cláusula no produce ningún efecto sino que el marido puede hipotecar los bienes de la mujer: si no los hipoteca la cláusula *se reduce á comprender* en la masa repartible algunos de los inmuebles de la mujer.

285. Pothier explica en lo que consiste la obligación del esposo que ha consentido el amueblamiento indeterminado. El esposo debe comprender en la masa algunos de sus inmuebles. El esposo tiene la elección; y á falta de hacerla en el tiempo fijado por el juez, la elección se hace por el otro cónyuge. Lo que decimos de los esposos se aplica á sus herederos.

La aplicación del principio levanta una dificultad. ¿Cómo conciliar la obligación que el art. 1,508 impone al esposo con el derecho que le da el art. 1,509? Según esta última disposición, «el esposo que ha movilizado una heredad tiene, cuando la partición, la facultad de retenerlo, descontando de su parte el precio que entonces vale.» Este derecho de *retención* parece ser incompatible con la obligación que la ley impone al esposo de comprender en la masa el inmueble que el esposo quisiera retener. Se pudiera concluir de esto que el esposo no tiene el derecho de *retención* bajo el imperio de nuestra cláusula. Pero esta interpretación es difícil de conciliar con el texto y el espíritu de la ley. El texto del art. 1,509 no distingue entre las varias cláusulas de amueblamiento: colocado al final de la sección se aplica naturalmente á todas las cláusulas que se mencionan en ella.

Aun hay una expresión que conviene especialmente á la cláusula de amueblamiento indeterminado: es la de *retener*; puede decirse del esposo, en esta cláusula, que retenía los inmuebles, puesto que éstos no entran en la comunidad; mientras que la expresión es impropia en las otras cláusulas que hacen entrar los bienes movilizados en la comunidad. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. Si el esposo tiene el derecho de *retener* ó de recoger los inmuebles que puso en la comunidad, con más razón debe tener este derecho para los inmuebles de que conservó la propiedad. El interés de la comunidad es que la masa esté aumentada con el valor del inmueble ó con la suma por la que fué hecho el amueblamiento. (1)

Queda por conciliar el art. 1,509 con el art. 1,508. Las dos disposiciones no son incompatibles. En virtud del artículo 1,508, el esposo que consintió el amueblamiento debe poner en la masa uno ó varios de sus inmuebles. Después de formada la masa de los bienes se procede á las prelaciones; en esta segunda operación el esposo podrá tomar el inmueble que puso en la masa. (2)

286. El esposo que consintió el amueblamiento indeterminado conserva la propiedad de sus inmuebles; puede, pues, enajenarlos, y aunque los enajenase todos, la venta sería válida; la comunidad no tiene acción contra los terceros adquirentes, puesto que, en nuestra opinión, no tiene derechos reales. ¿Pero no tiene una acción por indemnización contra el esposo? Regularmente el precio se entregará á la comunidad y, por consiguiente, comprendido en la masa; en este caso el esposo tendrá una devolución si el precio pasa de la suma hasta concurrencia de la que hizo mueble su heredad. Si el precio no fué entregado á la comunidad

1 Esta es la opinión de todos los autores (Aubry y Rau, t. V, pág. 481 y nota 6, pfo. 524.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 377, núm. 171 bis XXIII.

el esposo deberá una indemnización de la suma por la que consintió el amueblamiento. Era deudor de un inmueble; no puede, por su hecho, libertarse de esta obligación; si se pone en la imposibilidad de cumplirla debe daños y perjuicios, como todo deudor que no cumple con su compromiso. (1)

§ IV.—DEL DERECHO DE DEVOLUCION.

287. El art. 1509 da el derecho de devolución al esposo que consintió un amueblamiento determinado ó indeterminado, descontando el valor de los inmuebles *de su parte*. Esto supone que el esposo tiene una parte; es decir, que hay partición. Si la mujer que consintió el amueblamiento renuncia, pierde todo derecho en los bienes que han entrado por su parte (art. 1,492); por consiguiente, en los inmuebles movilizados. Su renuncia no la liberta de sus obligaciones para con la comunidad; si hizo un amueblamiento indeterminado siempre deberá poner en la masa uno ó varios inmuebles hasta concurrencia de la suma ofrecida por ella. Pero como no toma participio alguno en los bienes de la comunidad, no puede tratarse de *retener* los inmuebles descontándolos de su parte. Se ha pretendido que, según el espíritu de la ley, la mujer renunciante debiera tener el derecho de recoger sus inmuebles, pagando á la comunidad el valor que éstos tienen cuando la devolución. (2) Es inútil discutir esta singular opinión. Cuando la mujer renuncia no hay ya comunidad, todos los bienes pertenecen al marido; la mujer que recogiera sus inmuebles obligaría, pues, al marido á cederlos; esto sería una expropiación por causa de conveniencias!

1 Odier, t. II, pág. 241, núm. 281, y todos los autores.

2 Durantón, t. XV, pág. 121, núm. 78. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. III, pag. 51, núms. 1432 y 1433.

288. Según el art. 1,509, el esposo que recoge su heredad debe descontarlo de su parte por el precio que esta *vale* cuando la partición. ¿Cuál es este precio? En nuestras Flandes, se llama *valor en pie* al que tiene el inmueble cuando la partición, y se califica de *valor yacente* el valor intrínseco del inmueble. Esta disposición ha dado lugar á una leve dificultad. ¿Es el *valor en pie* ó el *valor yacente* el que debe tomarse en consideración? La Corte de Bruselas tiene razón en decir que estas palabras del artículo, *lo que vale entonces*, combinadas con las palabras *cuando la partición*, demuestran con evidencia que el avalúo del inmueble debe ser hecho cuando la partición, en el estado en que se encuentra en aquella época. (1) Esta es una consecuencia del principio de que la heredad movilizada está á riesgos de la comunidad.

289. ¿Cuál es el efecto de la devolución? Es una prelación y no una translación de dominio. El texto del artículo 1,509 dice que el esposo *retiene* el inmueble; éste es copropietario en el caso de amueblamiento determinado y propietario exclusivo en el caso de amueblamiento indeterminado. Esto prueba que no se hace una translación de propiedad. El marido tuvo el derecho de enajenar la heredad movilizada en su totalidad; si usó de este derecho la mujer no puede ya ejercer su derecho de devolución; no tiene, pues, derecho de promover. En todas las cláusulas el marido puede hipotecar los inmuebles hechos muebles; si la mujer recoge una heredad que el marido ha hipotecado, debe respetar la hipoteca: la prelación no perjudica las actas válidamente hechas durante la comunidad por el marido. (2)

290. El esposo que consiente un amueblamiento puede renunciar por su contrato de matrimonio á los derechos que le da el art. 1,509. Esto no es dudoso, puesto que este derecho no se liga al orden público ni á las buenas costumbres,

1 Bruselas, 17 de Julio de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 261).

2 Durantón, t. XV, pág. 120, núm. 76, y todos los autores.

es una facultad que no tiene otro fundamento más que las conveniencias de los esposos; puede, pues, renunciarlo. Troplong dice que estas renunciaciones son frecuentes. (1)

SECCION IV.—De la cláusula de separación de las deudas.

Artículo 1.º —De la separación expresa.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

291. La cláusula de separación de las deudas es la en que los esposos estipulan que pagarán separadamente sus deudas personales anteriores al matrimonio (arts. 1,510 y 1,511). Esta cláusula es una de las que se han introducido por el uso, como derogación al régimen de la comunidad legal; pero también se encuentra en otras cláusulas de comunidad convencional, sin estar estipulada como convención principal. Así, la comunidad reducida á los gananciales implica la exclusión de las deudas de cada esposo actuales y futuras (art. 1,498), luego más que la separación de las deudas anteriores al matrimonio. Asimismo, la realización del mobiliario presente ó del mobiliario presente y futuro implica exclusión de las deudas presentes. Lo mismo pasa con la cláusula de aporte. Transladamos á lo que fué dicho de esas diversas cláusulas. Por ahora examinaremos la cláusula de separación de deudas, considerada como cláusula principal, estipulada por los esposos con objeto de derogar la comunidad legal en lo que se refiere á las deudas anteriores al matrimonio. Según el derecho común, las deudas muebles que tenían los esposos el día de la celebración de su matrimonio caen en la comunidad; á esta regla del art. 1,409 deroga la cláusula de separación de deudas; excluye de la co-

1 Troplong, t. II, pág. 140, núm. 2020. Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2792, cita una sentencia de casación, de 26 de Diciembre de 1831.