

un país de costumbres no se presentaría la cuestión; se diría que esto es una cláusula de empleo obligatoria para los terceros, y lejos de que esta cláusula arrastre inenajenabilidad, implica que los bienes son enajenables. En un país de dotalidad, la Corte de Caen juzgó que esta cláusula tenía por efecto hacer dotal a los inmuebles y, por consiguiente, inenajenables é inembargables. Se ve el peligro de esta interpretación; los acreedores que habían tratado con los esposos sobre la garantía de los inmuebles de la mujer se veían frustrados en sus créditos en virtud de una cláusula que no era seguramente expresa. En el recurso, la sentencia fué casada. La Corte de Casación dice muy bien: «Si se permite á la mujer común someter todos ó parte de sus bienes bajo el régimen dotal, y si esta convención no está sometida á una fórmula sacramental, es preciso cuando menos que exista de parte de la mujer una declaración expresa de tal manera clara, que los terceros no puedan nunca ser inducidos á error.» Era fácil, después de esto, que la Corte demostrase que la cláusula litigiosa no llenaba esta condición. (1) El negocio fué devuelto ante la Corte de Rennes. Esta admitió la interpretación de la Corte de Caen. Parte del principio incontestado que está permitido á los esposos al casarse bajo el régimen de la comunidad, tomar del régimen dotal la protección que la inenajenabilidad asegura á la mujer; la Corte reconoce que la cláusula debe ser clara y precisa, y después analiza la cláusula que dividía á la Corte de Caen y á la de Casación y que dividió á los magistrados de la Corte de Rennes, y la encontró clara y precisa en favor de la inenajenabilidad. ¿Cómo no vió la Corte que una cláusula acerca de cuyo sentido los magistrados diferían de parecer no podía ser clara y precisa, y que siendo dudosa no era expresa como lo exige el art. 1,392? En el nuevo recurso, las salas reunidas mantuvieron la jurisprudencia de la Sala Civil. «La

1 Casación, 6 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 439).

cláusula litigiosa, dice la sentencia, no presenta ni una declaración expresa de dotalidad como lo quiere la ley, ni una estipulación que pueda reemplazarla, solo asegura cierta garantía á la mujer para el caso de una venta voluntaria; pero no se deduce necesariamente de ella que de un modo absoluto, y para las obligaciones que pudiera contraer personalmente, sus bienes estén marcados de inenajenabilidad dotal.» (1) Los términos de esta sentencia son de una gran importancia; fijan el sentido del art. 1,392 y de la declaración que éste exige para que los bienes de la mujer estén inenajenables.

#### § IV.—DE LOS PACTOS SUCESORIOS.

129. El art. 1,389, dice: «Los esposos no pueden hacer ninguna convención ó renuncia cuyo objeto sea cambiar el orden legal de la sucesión..... sin perjuicio de las donaciones entre vivos ó testamentarias que pudieren tener lugar según las formas y en los casos determinados por el presente Código.» Esta disposición tiene por objeto mantener uno de los principios fundamentales de nuestro derecho, la prohibición de los pactos sucesorios. La ley lo establece en el art. 1,130; prohíbe especialmente la renuncia á una sucesión futura en el art. 791; el art. 1,600 reproduce la prohibición extendiéndola aún al caso en que se vendiera la sucesión de una persona viva, con su consentimiento. Hemos expuesto los motivos de estas prohibiciones repetidas en el título *De las Obligaciones*. ¿Por qué la ley vuelve á citarlas en el título *Del Contrato de Matrimonio*? Es porque en el derecho antiguo era de uso cambiar el orden legal de las sucesiones en las convenciones matrimoniales para asegurar la sucesión al mayor de los hijos, ó para excluir de ella á las mujeres, ó para conservar los bienes á la familia. La revo-

1 Casación, 8 de Junio de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 233).

lución de 1789 abolió estos privilegios odiosos, la aristocracia abrió el campo á la democracia; proclamada en el orden político, la igualdad debía también penetrar en el orden civil, porque la desigualdad en las sucesiones era la base más sólida del régimen aristocrático. Hoy ya no existe la aristocracia, la nobleza solo es una palabra vana; los abusos que quiso impedir el legislador prohibiendo toda convención acerca de las sucesiones futuras, con objeto de cambiar su orden legal, no existen ya en nuestras costumbres, esto es historia ya; historia que hemos relatado en el título *De las Sucesiones*. La única cosa que tenga un interés práctico, es la prohibición de los pactos sucesorios. Esta prohibición no es absoluta; el art. 1,389 hace una reserva para las donaciones por contrato de matrimonio, que lo más á menudo versan acerca de bienes que el donante dejara á su muerte: verdaderos pactos acerca de la sucesión futura que el legislador autoriza para favorecer el matrimonio; hé aquí por qué la institución contractual debe hacerse por contrato de matrimonio. Esto es una excepción á la regla, y las excepciones no pueden extenderse; el art. 1,389 está redactado en este sentido; principia por prohibir á los esposos hacer ninguna convención que tuviera por objeto cambiar el orden legal de las sucesiones, y después recuerda la excepción que el Código autoriza, permitiendo instituir á un heredero por contrato de matrimonio. Debe completarse el art. 1,389 por los arts. 1,130 y 1,600; aunque el pacto sucesorio no tuviera por objeto cambiar el orden legal de las sucesiones, está, sin embargo, prohibido por contrato de matrimonio tanto como por toda clase de contratos; solo hay una excepción para la institución contractual.

130. El art. 1,389 habla de las convenciones y renunciaciones. Es, sobre todo, bajo la forma de renunciaciones como se hacían los pactos que en el derecho antiguo derogaban al orden legal de las sucesiones. Se imponían á las mujeres, á los se-

gundos en favor del mayor, con el fin de asegurar, como se decía, el esplendor de la familia; lo que no impidió que la Francia aristocrática se abismara en la revolución de 1789. Tan verdad es así que estas renunciaciones se arrancaban á los hijos segundones que ciertas costumbres las presumían; bastaba para excluir de la sucesión á las hijas, que se les diera algo al casarlas, lo que se llamaba *capelo de flores*. (1)

Las convenciones que el art. 1,389 prohíbe, no siempre tenían por objeto un interés aristocrático; había otra tendencia en el antiguo derecho más legítima, la de conservar los bienes en las familias. Hemos dicho en otro lugar que los autores del Código habían desechado la regla que aseguraba los bienes paternos á los padres paternos y los bienes maternos á los padres maternos. Las convenciones matrimoniales se hacían en el mismo espíritu; se inmovilizaba la fortuna mueble estipulando que el dinero sería propio de comunidad, y para impedir los inmuebles ficticios de pasar á otra familia, se estipulaba que serían propios á los futuros cónyuges en sus respectivos descendientes, tanto directos como colaterales, sin que el otro cónyuge pudiera tomar nada de ello de cualquiera manera que fuera. Ya no se conocen estas convenciones, pues tendían á derrumbar el orden regular de las sucesiones, como puede verse en Toullier. (2)

131. El art. 1,383 prohíbe las convenciones derogatorias al orden legal de las sucesiones, ya con relación á los esposos en la sucesión de sus hijos ó descendientes, ya con relación á los hijos entre sí. Así, los esposos no podrían convenir que uno de ellos no sucedería á un hijo; no podrían estipular que los hijos del primer matrimonio serían asimilados á los del segundo en cuanto al derecho recíproco de la sucesión de hermanos entre sí. La ley no habla expresamente del derecho legal que tienen los hijos para suceder á sus pa-

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 22, núm. 19. Troplong, t. I, pág. 93, núm. 126.

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 23, núm. 20. Troplong, t. I, pág. 94, núm. 128.

dres; lo comprende en la expresión general *con relación á sus hijos entre sí*. De esto se sigue que la cláusula de *affrèrissement* está prohibida: se entendía por esta expresión la convención que asimilaba los hijos del primer matrimonio á los que pudieran nacer del segundo; esto era también derogar al orden legal de las sucesiones, lo que prohíbe el Código. (1)

132. Las aplicaciones que ha hecho la jurisprudencia del art. 1,389 son poco numerosas; se relacionan con antiguas costumbres que se desvanecen poco á poco. Por contrato de matrimonio, el futuro esposo hace donación á la futura de todos sus bienes que abandonará excepto aquellos que procedan de su madre, los que, dice el acta, pasarán á sus padres paternos después de la muerte de su mujer, á quien da el usufructo de los mismos bienes durante su vida. Después de la muerte del marido, los herederos paternos pidieron el reparto de la sucesión contra los herederos maternos. Estos opusieron el contrato de matrimonio que les aseguraba los bienes del difunto. La Corte de Bruselas sentenció que el Código Civil no permitía ya hacer arreglo de sucesión, como se podía hacer en el antiguo derecho. La convención litigiosa era un pacto sucesorio; luego prohibido por la ley, pues ésta no autoriza sino la institución contractual en provecho de los esposos y de los hijos por nacer de su matrimonio. (2)

Un contrato de matrimonio dice que si el supérstite de los esposos sin hijos no se vuelve á casar, lo que dejará en muebles y efectos re repartirá por mitad entre los herederos de los futuros cónyuges. Esta cláusula contiene una institución de herederos por contrato; luego una partición prohibida por la ley en sus arts. 1,130 y 1,389. El Código no permite la institución contractual sino en provecho de los es-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Affrèrissement*.

2 Bruselas, 16 de Marzo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 68; Dalloz, número 137).

posos y de sus hijos por nacer; cualquiera otra institución cae bajo la prohibición de los pactos sucesorios y es, por consiguiente, nula. (1)

Un contrato de matrimonio contiene la cláusula siguiente: «Los esposos declaran hacerse mútua donación á favor del supérstite, de todos sus bienes, para que éste disponga del ellos como suyos, á partir del día de la muerte del primer difunto, pero bajo la condición de que todo lo que dejará el supérstite será á su muerte dividido entre los herederos del primer difunto y los del segundo.» Esta es la misma cláusula que la Corte de Bruselas anuló. La Corte de Rennes la anuló igualmente, primero porque contiene disposiciones acerca de la sucesión futura, y además porque contiene disposiciones de parte de la sucesión dejada por otro de los cónyuges; en fin, porque la cláusula implica una abdicación por parte de cada esposo del derecho de testar, cuando menos por la mitad de todos los bienes que componen la sucesión. La Sala de las requisiciones admitió el recurso de casación dirigido contra la sentencia; pero la Sala Civil pronunció una sentencia de denegada. Nos parece que la cuestión se decide por el texto del Código; basta leer los artículos 1,130 y 1,389 para convencerse de ello. El recurso tenía además otro objeto del que hemos de decir algunas palabras. La Corte de Rennes había aplicado á la donación hecha bajo una condición ilícita, el principio del art. 900, según los términos del cual la condición está reputada no escrita y la donación válida; mientras que el recurso pretendía que se trataba de una convención á la que se debía aplicar el artículo 1,172, lo que arrastraba la nulidad de la donación. Fué sentenciado con razón que el art. 900 concebido en términos generales, debe ser aplicado á todas las donaciones, aun á las hechas por contrato de matrimonio. Se dirá en vano que estas donaciones, hechas á título recíproco y como

1 Bruselas, 28 de Mayo de 1849 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 131).

condición del matrimonio, se vuelven convenciones matrimoniales: esto es jugar con las palabras. Sin duda son convenciones matrimoniales, pero cuando estas convenciones encierran una donación, quedan sometidas á los principios generales que rigen á las donaciones. (1)

133. Las palabras *convenciones matrimoniales*, y el favor de que gozan, ilusionan algunas veces á los intérpretes: se inclinan á validar con este título todas las convenciones que se encuentran en los contratos de matrimonio. En un contrato que estipula la comunidad de gananciales, se dice que éstas pertenecerán en propiedad á los hijos por nacer, con reserva del usufructo en provecho del esposo supérstite. Esta cláusula usada antaño en el resorte del Parlamento de Burdeos, ¿será aún permitida por el Código Civil? La Corte de Burdeos la declaró ilícita por dos sentencias, mientras que la mayor parte de los autores la consideran válida. (2) La cuestión se reduce á simples términos: la atribución de gananciales que hace el contrato á los hijos por nacer, es una liberalidad; luego una institución de herederos para ciertos bienes en provecho de los hijos por nacer; y la institución contractual no puede hacerse directamente en provecho de los hijos, debe dirigirse, ante todo, á los esposos (t. XV, núm. 201); y desde que la institución está hecha fuera de las condiciones legales, es nula como pacto sucesorio. Troplong objeta que deben apartarse los artículos sacados del título *De las Donaciones*, para atenerse al art. 1,389 que da al contrato de matrimonio la mayor latitud siempre que no perturbe el orden de las sucesiones. (3) Esto es olvidar que el art. 1,389 mantiene y consagra la prohibición de los pactos sucesorios, y que solo permite las donaciones hechas

1 Denegada, Sala Civil, 10 de Marzo de 1849, (Dalloz 1869, 1, 336).

2 Burdeos, 18 de Agosto de 1864 y 23 de Agosto de 1865 (Dalloz 1866, 2, 217). En el mismo sentido, Aubry y Rau y los autores que citan, t. V, 271, nota 16, pfo. 504.

3 Troplong, t. II, pág. 97, núms. 1,858-1,860. En el mismo sentido, Rodière y Pont, t. II, núms. 1,226 y 1,227.

por contrato de matrimonio conforme á la ley; es decir, conforme á las reglas del título *De las Donaciones*. Así, los principios generales establecidos por este título que se quiere apartar en virtud del art. 1,389, están terminantemente mantenidos por este título. No entraremos en los pormenores de la controversia porque solo tienen un interés local para una provincia de la Francia antigua.

#### § V.—DE LAS CLAUSULAS PROHIBIDAS.

##### Núm. 1. Cuáles son estas cláusulas.

134. El art. 1,388 dice en su terminación: “Los esposos no pueden derogar á las disposiciones prohibitivas del presente Código.” Esta redacción es muy vaga, se ha criticado en el consejo de Estado. “Mejor sería, dijo Berenger, enunciar con todos sus pormenores las cláusulas relativas á los bienes que está prohibido estipular; se señalaría así mucho mejor cada una de estas prohibiciones según conviniera hacerlo. Si nó, sucederá que se podrá prevalecerse de algunas expresiones que parecen ser prohibitivas, para inducir la nulidad de la cláusula, aunque el legislador no haya querido establecer su prohibición.” Bigot de Préameneu apoyó estas observaciones diciendo que expresiones negativas no constituyen por sí solas una prohibición. Razón más para citar los artículos prohibitivos. Pero la enunciación que Berenger demandaba, presentaba otro inconveniente, es que se podían omitir disposiciones realmente prohibitivas que hubieran quedado sin sanción. Esta observación de Tronchet motivó la admisión de la disposición. (1)

La discusión nos ministra un principio de interpretación, es que no debe apegarse á los términos de la ley; la disposición aunque no esté concebida en la forma prohibitiva, pue-

1 Sesión del consejo de Estado del 6 vendimiario, año XII, núm. 8 (Loché, t. VI, págs. 344 y siguientes).

de contener una prohibición; la naturaleza y el objeto de la disposición, es lo que debe considerarse. Así, el art. 1,483 dice que la mujer no está obligada por las deudas de la comunidad sino hasta el monto de su emolumento: ¿podrán los esposos estipular que quedará la mujer obligada *ultravires*? El art. 1,483 no está concebido en términos prohibitivos, no obstante, debe decirse que la disposición contraria sería nula. En efecto, el beneficio de emolumento es de la esencia de la comunidad, está concedido á la mujer por razón de su subordinación en este régimen; luego como consecuencia del poder marital; es decir, que procede indirectamente del orden público si el orden público quiere que la mujer tenga las garantías contra la exclusión de que sufre, es porque este mismo orden público prescribe que la mujer esté excluida de la administración de la comunidad; deben, pues, considerarse estas garantías como participantes del orden público. El Código lo dice terminantemente del derecho de renuncia á la comunidad: Toda convención por la que la mujer esté privada de la facultad de aceptar ó repudiar es nula (art. 1,453). Debe suceder lo mismo y por idéntica razón, con las demás garantías que pertenecen á la mujer contra los abusos de la administración exclusiva que la ley da á su marido. Si, pues, la mujer renunciaba á la facultad de pedir la separación de bienes, esta renuncia sería nula. La mujer tampoco podría renunciar los privilegios que la ley le concede para el ejercicio de sus devoluciones (artículos 1,471 y 1,472).

135. El art. 1,096 dice que todas las donaciones hechas entre los esposos durante el matrimonio, son siempre revocables. Esta disposición no es prohibitiva en los términos, pero lo es por razón de los motivos que han hecho establecer la revocabilidad de las donaciones entre esposos. La ley temió que el donante no fuese libre, y esta falta de libertad se liga á las relaciones de derecho y de hecho que el ma-

trimonio establece entre los cónyuges; de ahí una influencia inevitable que mengua la libertad cuando no la destruye. Hay, pues, una consideración de orden público en la disposición del art. 1,096; lo que es decisivo.

El art. 1,096 ha dado lugar á otra dificultad. Se pregunta si los esposos pueden renunciar al derecho de hacerse liberalidades durante el matrimonio. En el antiguo derecho, la cuestión era controvertida: es inútil entrar en estos debates, habiendo cambiado los principios. Salvo algunas excepciones, está prohibido á los esposos el aventajarse; la cláusula por la que renuncian al derecho de hacerse liberalidades era, pues, un retorno al derecho común. El Código, al contrario, autoriza las donaciones durante el matrimonio declarándolas revocables. Desde luego, no hay ya razón para validar renunciadas, y hay razones decisivas para nulificarlas. El esposo que renuncia al derecho de dar á su cónyuge y de recibir de él, hace indirectamente una liberalidad á los que recogieran los bienes que hubiese podido dar ó recibir; esto es, pues, una institución contractual en provecho de los herederos de las partes contratantes; y la ley autoriza, es verdad, las instituciones que los terceros hicieran á los cónyuges, ó que un cónyuge hace al otro, pero no autoriza á los esposos para hacer instituciones en provecho de sus herederos. Esto es decisivo. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1) Un solo autor, Taulier, ha ensayado reproducir la doctrina que estaba admitida en el antiguo derecho, pero su opinión ha quedado aislada. (2)

136. El Código contiene terminantes disposiciones prohibitivas. Según los términos del art. 1,399, la comunidad

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 19, núm. 18. Denegada, 31 de Julio de 1809 y 15 de Julio de 1812. Casación, 22 de Diciembre de 1818 (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 2,380. 1.º, 4.º y 2.º)

2 Taulier, t. V, pág. 20, combatido por Marcadé, t. V, pág. 416, núm. 9 del artículo 1,388.

comienza el día del matrimonio; no se puede estipular que comenzará en otra época.

En caso de separación de bienes, los esposos pueden volver á establecer su primitiva comunidad; toda convención que la restableciera bajo condiciones diferentes, sería nula (art. 1,451).

Es inútil continuar esta enumeración. Explicaríamos las diversas disposiciones á medida que se presenten. Solo hay una que, siendo general, debe encontrar su lugar en las disposiciones generales, es el art. 1,390.

§ VI.—DE LA PROHIBICION ESTABLECIDA  
POR EL ARTICULO 1,390.

137. El art. 1,390, dice así: «Los esposos no pueden ya estipular de un modo general que su asociación será regida por una de las costumbres, leyes ó estatutos locales que regían anteriormente á las varias partes del territorio francés y que han sido abrogadas por el presente Código.» Berlier explica la razón de esta disposición en la Exposición de los motivos: «La estipulación que el art. 1,390 prohíbe parece, á primera vista, no encerrar nada contrario al orden social; tenía, sin embargo, el inconveniente mayor de perpetuar como ley del Estado este enjambre de usos varios que se extendían por el territorio francés. El objeto del Código Civil no estaría alcanzado si pudiera suceder así.» (1) En efecto, el objeto de la codificación ha sido precisamente poner término á la infinita variedad de derecho que hacía de la antigua jurisprudencia una fuente inagotable de controversias y de procesos. Si hubiera sido permitido á las partes referirse á una de las costumbres que gobernaban á la Francia, así como á Bélgica, el imperio de la costumbre hubiera inclinado á los esposos, y más aún, á los notarios á referirse regular-

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 5 (Loché, t. VI, pág. 389).

mente á los usos añejos, los que se hubieran perpetuado bajo el imperio del Código que se hizo para abolirlos.

138. El art. 1,390 dice que no se puede estipular de un modo *general* que la asociación conyugal será regida por una antigua costumbre. Se concluye de esto que se podrá referirse á un artículo de una costumbre acerca de un punto particular. La Exposición de los motivos parece favorecer esta interpretación. (1) «Nuestro proyecto, dice Berlier, prohíbe semejantes referencias sin, no obstante, atacar la facultad que pertenece á los esposos de estipular *especialmente*, y en los límites arriba indicados, todo lo que les conviniere.» Sin embargo, debe decidirse, y sin ninguna duda, que los esposos no pueden referirse á un artículo de una costumbre, más que á la costumbre entera. ¿Cuál es el objeto de la prohibición? El de impedir que los usos antiguos se perpetúen. ¿Puede pensarse que el legislador prohíba mantener un título ó un capítulo de una costumbre, y que permita mantener los artículos de la sección que trata de las convenciones matrimoniales? Pues si puedo referirme á un artículo acerca de tal punto, podré también referirme á otros artículos acerca de tales otros puntos; lo que conduciría al absurdo. Y aunque solo citase un artículo, el legislador no quiere que se perpetúe un artículo solo más que toda una sección. En cuanto á las palabras *generalmente* y *especialmente* que se hallan en el texto y en la Exposición de los motivos, no significan lo que se les hace decir: la ley entiende por ellas que no se puede hacer un contrato de matrimonio bajo forma de referencia, ya sea á una costumbre, ya á uno de sus artículos. Pero nada impide á los esposos tomar convenciones de una costumbre antigua, transcribiéndolas en el acta de modo que no sean ya artículos de una ley, sino cláusulas de un contrato. (2) La Corte

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 8 núm. 7, nota.

2 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Véanse las citaciones

de Poitiers lo decidió así en un caso en el que había una leve duda; el contrato estipulaba en provecho de la mujer un tanto en los bienes del marido, conforme á la antigua costumbre de Poitou. Se decía que esta cláusula no violaba el art. 1,390, puesto que el Código Civil no contiene ninguna disposición acerca del tanto. Esto era raciocinar muy mal. El Código abrogó las antiguas costumbres en todas las materias que en ellas se tratan. Y se trata de las ventajas que los esposos pueden hacerse durante el matrimonio; luego las costumbres concernientes al tanto están abrogadas, y el artículo 1,390 prohíbe resucitarlas bajo la forma de referencias. (1)

139. La jurisprudencia demuestra una gran severidad en la aplicación del art 1,390. Se dice en un contrato de matrimonio que el futuro esposo promete á su futura un *aumento* de 8,500 libras, en caso de supervivencia, así como los *anillos y joyas*, sobre el monto de las constituciones que se le hacen. Los términos de *aumentos* y de *anillos y joyas* recuerdan instituciones del antiguo derecho; ¿debe concluirse de esto que la cláusula es nula? La Corte de Grenoble la anuló por el motivo de que para dar ejecución á la voluntad de las partes, había que ocurrir á leyes abolidas. Esto no es exacto. Las partes habían declarado sus voluntades en términos antaño usados; se trataba, pues, únicamente de interpretar términos técnicos; el Diccionario de Ferrière ó el Repertorio de Merlin, bastaban para esto, sin que se necesitase ocurrir á leyes abolidas. Los esposos no habían citado los timbres ni artículos de costumbre, habían tomado de la tradición una ganancial de supervivencia y la habían escrito en su convenio; era, pues, el contrato el que debía interpretarse y no la costumbre. En el recurso, intervino una

en Aubry y Rau, pág. 273 y nota 20. Hay que agregar Colmet de Santerre, t. VI, pág. 6, núm. 7 bis I y Marcadé, t. V, pág. 418, núm. 1 del art. 1,390.

1 Poitiers, 16 de Marzo de 1826 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 154).

sentencia de denegada de la Sala Civil después de deliberación en la Sala del Consejo. (1) La Corte de Casación se atuvo á la interpretación que la sentencia atacada daba á la cláusula litigiosa. Nos vemos en la necesidad de agregar que la Suprema Corte, en la redacción de la sentencia, fué aun más inexacta que la Corte de Apelación; se habla de una cláusula permitida por el derecho antiguo y prohibida por el art 1,390, mientras que este artículo no prohíbe ninguna cláusula, prohíbe únicamente referirse al derecho antiguo. (2)

140. No solo pueden los esposos tomar de una costumbre tales disposiciones que quieran adoptar, pueden, además, transcribirlas textualmente en sus actas. Esto fué dicho en el consejo de Estado. Cambacérès atacaba la disposición del art. 1,390 como contraria á la libertad de las partes contratantes; Berlier contestó que no se atacaba la libertad de los esposos en cuanto á la *materia*, que solo se restringía en cuanto á la *forma*. Los esposos quedaban libres para estipular pormenorizadamente todas las condiciones de su unión. Treilhard agregó que los esposos podían poner en su contrato de matrimonio las disposiciones de la costumbre que querían tomar como regla, siempre que no las citasen. (3) Se dirá que así interpretado el art. 1,390, se hace decisivo y casi pueril; las partes no citarán la costumbre, pero la transcribirán; ¿no será siempre la costumbre la que seguirán los esposos y la que los jueces aplicarán? Nó, y la diferencia es capital. Si fuera permitido á las partes atenerse á una costumbre, ésta se haría ley del contrato, y el juez se vería obligado á consultar el derecho antiguo para interpretar las convenciones matrimoniales; por consiguiente, el más importante de los contratos sería regido por la antigua juris-

1 Denegada, 28 de Agosto de 1833 (Daloz, *ibid.*, núm. 156).

2 Odier, t. II, pág. 43, núm. 640. Troplong, t. I, pág. 98, núm. 140.

3 Sesión del consejo de Estado del 6 vendimiario, año XII, núm. 7 (Loc. t. VI, págs. 342 y siguientes).

prudencia que el Código quiso abolir. Contrariamente, si los esposos están obligados á transcribir la disposición del derecho antiguo, se lo apropian, ya no es un artículo de la ley, es una cláusula del contrato; el juez no ocurrirá ya á una legislación abrogada, interpretará el contrato, como lo hace para todas las convenciones matrimoniales; las costumbres están y permanecen abolidas. (1)

141. Se pregunta si los esposos pueden estipular que su asociación será regida por una ley extranjera. Sí, y sin duda alguna. El texto no prevee esta hipótesis; luego la cláusula no está prohibida, y todo lo que no está prohibido permanece en el dominio de la libertad; además, el motivo que ha hecho establecer la prohibición del art. 1,390 nada tiene de común con las legislaciones extranjeras. (2)

*ARTICULO 4.—De la nulidad de las convenciones matrimoniales.*

142. Aplicamos al contrato de matrimonio la distinción de las actas inexistentes y de las actas nulas ó nulificables. Las formalidades son de la substancia del acta, puesto que las convenciones matrimoniales son un contrato solemne. Luego el contrato de matrimonio nulo en la forma, es inexistente; se aplican, por consiguiente, los principios que rigen á las actas inexistentes. Algunas dificultades se presentan acerca del punto de saber cuáles disposiciones se ligan á la solemnidad del acta y deben ser observadas para que el acta tenga una existencia legal. Las hemos examinado (números 44 y siguientes).

143. Cuando el contrato de matrimonio está consentido por un incapaz, es nulo. Transladamos á lo que fué dicho más atrás (núms. 30 y siguientes). Cuando el contrato

1 Troplong, t. I, pág. 97, núm. 137. Duranton, t. XIV, pág. 26, núm. 31. Aubry y Rau, t. V, pág. 273, nota 22, pfo. 504.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 273 y nota 23. Colmet de Santerre, t. VI, página 7, núm. 7 bis II.

contiene una cláusula prohibida, la cláusula es nula con todas las disposiciones, si de ella dependen; pero las disposiciones independientes de esta cláusula quedan válidas. Puede suceder que la violación de una disposición prohibitiva nulifique todo el contrato. Si las partes se hubiesen referido á una costumbre antigua para el régimen bajo el cual pretenden casarse, todo el contrato será nulo. Pero si solo se hubiesen referido á una costumbre acerca de un punto particular, tal como el tanto de la mujer, esta disposición sola sería nula y no arrastraría la nulidad del contrato. (1) Debe, sin embargo, hacerse una excepción para el caso en que la disposición prohibitiva debiera ser considerada como la condición sin la que los esposos no hubieran contraído.

144. Cuando el contrato de matrimonio es nulo ó inexistente, los esposos están casados sin contrato y, por consiguiente, están como habiendo optado por el régimen de la comunidad legal (núm. 36). No hay diferencia á este respecto, entre el contrato nulo y el contrato inexistente, pues el contrato anulado está considerado como no habiendo existido nunca, solo que la nulidad puede cubrirse con una confirmación, mientras que el contrato inexistente nunca puede ser confirmado. La confirmación da lugar á numerosas dificultades; las hemos examinado en los diversos casos en que se presentan.

¿Cuál será el efecto de las liberalidades que contiene el contrato de matrimonio cuando es nulo ó inexistente? Transladamos á lo que hemos dicho más atrás (núms. 55 y 56). No hay para qué distinguir entre el contrato nulo y el que no tiene existencia legal; bajo este concepto, los principios que los rigen son idénticos.

145. Por otros conceptos, la diferencia es grande entre el contrato de matrimonio nulo y aquel que no tiene existen-

1 Duranton, t. XIV, pág. 26, núm. 33. Aubry y Rau, t. V, pág. 274 y nota 24, pfo. 504.