

no tiene efecto para con los terceros, es necesario, al contrario, inducir que puede serles opuesta, puesto que debe ser la intención de las partes interesadas; y esta voluntad es la decisiva, puesto que se trata de convenciones que el legislador se limita á formular y á interpretar. Los autores del Código han declarado suficientemente que tal es el natural efecto de la separación tácita, al tratar de la cláusula de aporte en la sección consagrada á la separación de deudas. (1)

Hay una objeción más seria. La cláusula de *franquicia* prevista por el art. 1,513 implica también separación de las deudas, pero sólo entre los esposos; no tiene ningún efecto para con los terceros. ¿No debe concluirse de esto que lo mismo debe pasar con la cláusula de separación tácita del art. 1,511? La respuesta se encuentra en el texto del artículo 1,513; dice terminantemente que los acreedores tienen acción contra la comunidad, mientras que el art. 1,511 no lo dice, guarda silencio; y no se puede prevalecerse del silencio de la ley para hacerle decir otra cosa de lo que dice.

ARTICULO 3.—De la cláusula de franquicias.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

313. La cláusula de franquicias es aquella por la cual uno de los esposos está declarado, por el contrato de matrimonio, franco de toda deuda anterior al matrimonio; el que hace esta declaración se hace garante de ella y se obliga á indemnizar al cónyuge del esposo declarado franco por el perjuicio que recibe á consecuencia de las deudas de que pudiera estar gravado el esposo que fué falsamente declarado no tenerlas (art. 1,513).

¿Cuál es la utilidad de esta cláusula? En apariencia ella es inútil; la cláusula de separación de deudas parece produ-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 466, nota 11, pfo. 523. Colmet de Santerre, i. VI, pág. 391, núm. 177 bis II.

cir el mismo efecto, y aun un efecto más considerable, puesto que puede ser opuesta á los terceros, mientras que la cláusula de franquicias sólo se refiere á las relaciones de los esposos. En realidad, la cláusula de separación de deudas no siempre alcanza su objeto; la comunidad tiene, en verdad, un recurso contra el esposo por quien ha pagado las deudas; tiene un deudor, pero éste puede resultar insolvente; ¿de qué servirá la compensación á la comunidad? Y es precisamente contra aquellos que están insolventes ó que amenazan llegar á serlo, por lo que la separación de deudas se estipula. Para que la garantía sea eficaz es menester que un tercero intervenga y ofrezca indemnizar al esposo que sufre un perjuicio por razón de las deudas de su cónyuge; esto es una especie de caución que ministra el caucionante y que asegura el pago de la indemnización á que tiene derecho el esposo perjudicado por las deudas de su cónyuge. (1)

314. Son ordinariamente, dice Pothier, los parientes del futuro esposo los que sirven de fiadores de ser éste franco de deudas. El Código supone también que uno de los esposos está declarado franco por sus padres, su ascendiente ó su tutor. Esta es la suposición de lo que se hace ordinariamente, no es una disposición restrictiva. Todos admiten que un tercero no pariente puede hacer la declaración de franquicia; la ley misma nombra al tutor; si éste puede declarar que su pupilo está franco de deudas ¿por qué no había de poder tener este derecho otro tercero? Es inútil insistir, puesto que no hay disentiendo. El mismo esposo puede declararse franco; esta es una cláusula menos útil para su cónyuge, pues la garantía del esposo puede ser ineficaz para con aquel que tiene deudas secretas y que ordinariamente está insolvente; pero aunque la garantía sea menor ó nula la estipulación no por esto deja de ser lícita, puesto que no está prohibida.

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 83, núm. 1474.

## § II.—EFECTOS DE LA CLAUSULA.

## Núm. 1. Separación de deudas.

315. ¿La cláusula de franquicia es una cláusula de separación de deudas? Pothier dice que las dos cláusulas son enteramente diferentes; ni siquiera considera la cláusula de franquicia como una convención matrimonial; no interviene entre ambos esposos, sólo se hace entre la mujer y los padres del marido, quienes lo declaran franco de deudas; el marido á nada se obliga, está como si no fuera parte en la convención. Esta doctrina estaba fundada en la sutileza del derecho. Las convenciones no tienen efecto más que entre las partes contratantes: ¿y quiénes son partes en la cláusula de franquicia? El garante ó fiador del esposo garantizado contra las deudas de su cónyuge; en cuanto á éste queda fuera de la cláusula, luego no tiene efecto para con él. (1)

El Código no ha consagrado esta teoría. Según el artículo 1,513, la indemnización á la cual tiene derecho el cónyuge del esposo declarado franco de deudas se toma en la parte de la comunidad que le toca al esposo deudor y en sus bienes personales; sólo es en caso de insuficiencia cuando puede demandarse á su fiador. Luego la cláusula, lejos de ser extraña al esposo declarado franco, se ejecuta ante todo contra él; él es el deudor principal de la indemnización, los fiadores sólo están obligados accesoriamente. La doctrina del Código es más moral que la del derecho antiguo y se concilia muy bien con los principios. ¿Se concibe que un hombre del que se sospecha la solvencia y que se hace declarar franco de deudas permanezca extraño á una declaración que es la condición de su matrimonio? Aunque guarde silencio es parte en la causa; el silencio no impide su con-

1 Pothier, *Del contrato de matrimonio*, núm. 370.

sentimiento, pues se puede consentir tácitamente. Después de todo el esposo declarado franco es quien es deudor; se deja declarar sin deudas cuando sabe que las tiene; engaña, pues, á su cónyuge; este es un cuasidelito del cual debe ser responsable. Así, bajo cualquier aspecto que se considere su silencio éste implica una obligación. El es deudor; los que lo declararon franco sólo son sus caucionantes.

316. Hay, sin embargo, diferencias entre la cláusula de separación de deudas y la cláusula de franquicia. (1) Esta arrastra separación de deudas para con el esposo declarado franco; es con este título como el Código trata de ella en la sección titulada *De la cláusula de separación de deudas*. El art. 1,513 explica en qué sentido hay separación de deudas. Si realmente el esposo declarado franco no tiene deudas, entonces la cláusula no tiene ningún efecto; cuando no hay deudas no puede tratarse de excluirlas de la comunidad. Si el esposo declarado franco de deudas anteriores al matrimonio las tiene y se demanda por ellas á la comunidad, el cónyuge tiene derecho á una indemnización que se toma en la parte de comunidad del esposo declarado franco y en sus bienes personales. A consecuencia de este recurso de indemnización es el esposo declarado franco quien soporta sus deudas anteriores al matrimonio; luego, á este respecto, está separado de deudas.

Pero esta separación de las deudas no tiene ningún efecto para con los acreedores; el art. 1,513 les reconoce implícitamente el derecho de demandar á la comunidad, y supone que es por tal demanda como paga la comunidad; luego, á este respecto, las deudas caen en la comunidad. (2) Esta es una consecuencia del principio establecido por el art. 1,528.

1 Durantón, t. XV, pág. 159, núm. 118 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 394, núm. 179 bis II.

2 Esta es la opinión de todos los autores, excepto el dissentimiento de Bellot des Minières, cuya opinión quedó aislada (Aubry y Rau, t. V, pág. 491, nota 4, pfo. 527).

Aquellos que estipulan la cláusula de franquicia no entienden derogar las reglas de la comunidad, acerca de los derechos de los acreedores; suponiendo que el esposo declarado franco tenga deudas anteriores al matrimonio, está obligado á una indemnización. Esta es la cláusula en su esencia; queda extraña á los derechos de los acreedores; luego no los deroga, y, por lo tanto, los acreedores permanecen bajo el imperio del derecho común; tienen derecho para promover contra la comunidad, á reserva de que las partes arreglen la indemnización que debe pagar el esposo franco, lo que á falta de pago puede ser promovida contra sus fiadores. ¿Se dirá que la cláusula implica separación de deudas entre esposos y que esta separación, para ser eficaz, debe tener efecto para con los acreedores? Contestaremos que la cláusula por sí no implica exclusión de las deudas, como la cláusula de aporte: las partes contratantes no dicen que las deudas estén excluidas, sólo dicen que si hay deudas el esposo perjudicado tendrá acción á indemnización y las convenciones no pueden tener un efecto que las partes no entendieron darles.

317. La cláusula de separación de deudas, dice el artículo 1,512, no impide que la comunidad esté encargada de los intereses y rentas que han caído durante el matrimonio. ¿Pasa lo mismo con la cláusula de franquicia? No, pues declarar que el esposo no tiene deudas es declarar que no debe intereses; si, pues, tiene deudas y la comunidad paga los réditos, resultará un perjuicio para el otro cónyuge, perjuicio idéntico al que sufre por la existencia de la deuda capital; tiene, pues, derecho á una indemnización por razón de los intereses que la comunidad ha pagado. (1)

318. El art. 1,510 supone que la cláusula de separación de deudas está estipulada para con los esposos, mientras que el art. 1,513 supone que uno de los esposos está decla-

1 Durantón, t. XV pág. 175, núm. 136, y todos los autores.

rado franco de deudas. Estas son las cláusulas usuales; ordinariamente una es bilateral y la otra unilateral. Pero las partes están libres para estipular lo contrario; pueden convenir en que la cláusula de separación de deudas sólo existirá para uno de los esposos, y ambos pueden ser declarados francos de deudas. Esta diferencia entre ambas cláusulas, señalada por Durantón, sólo es, pues, accidental. (1)

*Núm. 2. De la indemnización.*

319. ¿Cuál es el efecto de la cláusula entre esposos? Pothier formula el principio en estos términos: «Los padres que declaran franco á su hijo se obligan para con la mujer *in id quanti ejus interest*, que su marido es tal cual se declaró ser. (2) Debe agregarse, bajo el imperio del Código, que esta obligación incumbe, ante todo, al esposo declarado franco; los que lo declararon tal sólo están obligados como fiadores. La acción del cónyuge es, pues, una acción por daños y perjuicios: tiene derecho á una indemnización en todos los casos en que se perjudica por las deudas del esposo que, según declaración, no las tenía.

320. En el derecho antiguo el objeto principal de la declaración era garantizar á la mujer las devoluciones que tiene que ejercer en la comunidad y para las que tiene un recurso subsidiario en los bienes personales del marido. En caso de insolvencia de éste, la mujer sufre un perjuicio, puesto que se encuentra colocada por una suma tan fuerte como lo hubiera sido sin dichas deudas. El perjuicio es evidente, según la última jurisprudencia de la Corte de Casación. En efecto, la mujer no tiene preferencia para con los acreedores, se le paga por contribución (art. 2,093); y su parte con-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 375. Durantón, t. XV, pág. 153, núm. 113.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 369.

tributoria será menor si hay deudas anteriores. Hay perjuicio, luego hay acción por indemnización. (1)

Puesto que el derecho del cónyuge á una indemnización es una acción por daños y perjuicios, hay que concluir que el monto de la indemnización depende del perjuicio que las deudas han causado al esposo perjudicado. Hé aquí un ejemplo que tomamos de la excelente obra del Sr. Colmet de Santerre. Se supone que la mujer está en conflicto con acreedores quirografarios y que sólo tiene su acción personal, no poseyendo inmuebles su marido. Sus derechos llegan á 40,000 francos; el marido deja un activo mobiliario de 10,000 francos y un pasivo de 100,000; la mujer tiene el 10 por ciento como los demás acreedores, ó sean 4,000 francos. ¿Cuál es el perjuicio que le causan las deudas de su marido? Si no hubiese deudas anteriores al matrimonio el activo de 10,000 francos hubiera sido dividido entre la mujer y los acreedores posteriores; es decir, por mitad. La mujer tuviera 5,000 francos en lugar de 4,000; el perjuicio que sufre es, pues, de 1,000 francos; este es el monto de la indemnización que podrá reclamar contra su marido y, si hay lugar, contra su fiador. Es verdad que pierde 35,000 francos; pero esta pérdida no resulta de las deudas anteriores del marido, resulta de la insuficiencia de su patrimonio y del concurso de acreedores posteriores; y la causa de franquicia es extraña á estas dos causas de pérdida. (2)

321. La futura puede haber sido declarada franca de deudas aunque esto suceda raramente, dice Pothier. Si la futura tiene deudas el marido tendrá derecho á una indemnización. ¿Pero por qué punto? El marido no tiene acción en los bienes de la mujer para sus devoluciones. Debe, pues, suponerse que la mujer le ha hecho una donación. Según el

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 366. Durantón, t. XV, pág. 164, números 124 127.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 400, núm. 179 bis XII.

art. 1.480, las donaciones se ejecutan en los bienes personales del donante. Si los bienes de la mujer donante están agotados ó menguados por sus deudas anteriores al matrimonio, el marido tendrá una indemnización por causa del perjuicio que estas deudas le causan y en los límites de dicho perjuicio. (1)

322 Hay una segunda causa de perjuicio que sufre el cónyuge cuando el esposo declarado franco tiene deudas anteriores al matrimonio: su parte en la comunidad hubiera sido mejor si no fuese menguada por dichas deudas. En el derecho antiguo la cuestión de saber si se debe una indemnización por este punto estaba controvertida. La práctica no concedía indemnización al esposo. Si los autores del Código hubieran entendido consagrar aquel uso, no hubieran debido distinguir entre ambas causas de perjuicio concediendo una indemnización para una y negándola para la otra. Y el art. 1.513 no establece distinción alguna. Esto es decisivo. El espíritu de la ley está conforme con el texto. En el derecho antiguo no se consideraba la cláusula de franquicia como una cláusula de comunidad (núm. 315); era, pues, muy lógico no darle ningún efecto para con los esposos considerados como comunes en bienes. El Código ha abandonado esta teoría; al cambiar de principio debió repudiar la consecuencia que de él se deducía. Puesto que la cláusula de franquicia es una cláusula de separación de bienes, su objeto es general; se estipula para garantizar al cónyuge del esposo declarado franco contra todo perjuicio que pueda sufrir por la existencia de deudas anteriores al matrimonio á cargo del otro esposo. (2)

323. En la aplicación del principio á esta segunda causa de indemnización debe distinguirse entre el marido y la mujer. Es ordinariamente el marido quien es declarado fran-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 373.

2 Esta es la opinión unánime de los autores, salvo el disenso de Batur (Aubry y Rau, t. V, pág. 491, nota 6, pfo. 527).

co de deudas. Si las tiene ¿tendrá la mujer derecho á indemnización en todas las hipótesis? La comunidad puede estar tan mala que la mujer la renuncie. Deja entonces de ser mujer común; no teniendo ninguna parte en la comunidad no puede reclamar una indemnización fundada en el mal estado de esta. Si quiere ejercer un derecho que la ley concede á la mujer común debe aceptar. Esta es una diferencia entre la segunda causa de indemnización con la primera. Aunque renunciante, la mujer tiene derecho de ejercer sus devoluciones en los bienes del marido (art. 1,495); por tanto, puede, por este punto, reclamar una indemnización por causa del perjuicio que le hacen sufrir las deudas del marido.

¿La mujer que acepta tiene siempre derecho á una indemnización? Como las deudas hacen menos buena la comunidad se pudiera creer que siempre hay un perjuicio para la mujer y, por consiguiente, que ésta tiene siempre derecho á una indemnización. Pero hay que recordar que la mujer aceptante goza del beneficio de emolumento cuando ha hecho un inventario. Respecto de las deudas que debe pagar, no pierde, puesto que no está obligada á pagar más allá de lo que toma. Sin embargo, perdería si la comunidad hubiera presentido alguna ventaja sin las deudas que tuvo que pagar; la mujer tendrá entonces derecho á una indemnización en la medida de la utilidad que debería haber recogido, utilidad que le quitan las deudas de su marido.

Si la mujer es quien fué declarada franca de deudas no se hacen estas distinciones. El marido no puede renunciar, y no goza del beneficio de emolumento. Obligado á las deudas *ultra vires* cuando la comunidad es mala, sufre necesariamente un perjuicio por causa de las deudas de la mujer que tiene que pagar; luego tiene derecho á una indemnización en los límites de esta pérdida. (1)

1 Durantón, t. XV, pág. 162, núm. 123.

*Núm. 3. De la acción contra el deudor de la indemnización.*

324. ¿Quién es deudor de la indemnización? En el sistema del Código hay dos deudores. Primero, el esposo declarado franco; luego, el tercero que hizo la declaración. En cuanto al esposo, el art. 1,513 dice que la indemnización se toma en la parte de comunidad que toca al esposo deudor y en sus bienes personales. El esposo debe la indemnización y, por consiguiente, queda obligado en todos sus bienes. ¿Puede perseguirse esta indemnización contra él durante la comunidad? Nó; si la mujer es á quien se debe no hay ninguna duda en lo que se refiere al perjuicio que sufre en que la comunidad sea mala, pues sólo tiene acción como mujer común y sólo lo es cuando acepta, lo que supone la disolución de la comunidad. En cuanto á la indemnización que tiene por el punto de sus devoluciones puede, en verdad, ejercerlas en caso de renuncia; pero ésta, así como la aceptación, suponen la disolución de la comunidad; luego la mujer no puede, en ningún caso, promover durante la comunidad. Esta razón no se aplica al marido; sin embargo, el texto y el espíritu de la ley se oponen á que promueva contra la mujer antes de la disolución de la comunidad. El 2.º inciso confirma esta interpretación. La ley permite al marido promover contra los fiadores aun durante la comunidad, pero sólo concede la acción á los fiadores contra la mujer después de la disolución de la comunidad, lo que supone que no puede haber promociones contra la mujer durante la comunidad. El marido no tiene ningún interes en promover contra la mujer, ésta no tiene otros bienes más que la nuda propiedad de sus inmuebles propios; si el marido la expropia se perdería el elemento de crédito que encuentra en la enajenación de los propios de la mujer y tendría un derecho de goce en bienes pertenecientes á un tercero; doble pérdida; por esta razón la ley no le da acción contra la mujer durante la co-

munidad; sólo le permite promover contra los fiadores. (1)

325. El esposo que tiene derecho á una garantía puede también promover contra los fiadores. Según el primer inciso del art. 1,513 esta acción sólo es subsidiaria. «En caso de insuficiencia la indemnización puede promoverse por vía de garantía contra los padres, el ascendiente ó el tutor que declararon al esposo franco de deudas.» Puesto que el recurso sólo es subsidiario y la acción principal no puede ser ejercida más que después de la disolución de la comunidad, la consecuencia es que los fiadores no pueden ser perseguidos mientras dura la comunidad.

Sin embargo, esto sólo es verdad para la mujer; por las razones que acabamos de dar (núm. 324) ésta nunca puede reclamar una indemnización durante la comunidad; sólo puede promover después de la disolución y debe, en este caso, perseguir el pago de su indemnización contra el marido ó sus herederos; y en caso de insuficiencia de los bienes de éstos, contra los fiadores. En cuanto al marido el art. 1,513 dice: «Esta garantía puede ser ejercida por el marido, aun durante la comunidad, si la deuda procede de la mujer.» ¿Por qué permite la ley que el marido promueva antes de que se disuelva la comunidad? Sufre una pérdida por el pago de la deuda de la mujer declarada franca, puesto que dicho pago se efectúa con dinero de la comunidad; los fiadores deben indemnizarlo de esta pérdida, son deudores de la indemnización, deudores subsidiarios, es verdad; pero no pudiendo ejercerse inmediatamente la acción principal contra la mujer, no debió dar la ley una acción al marido contra los garantes á reserva de que estos ejerzan su recurso contra la mujer. El art. 1,513 agrega que los fiadores no pueden reclamar su reembolso contra la mujer sino después de la disolución de la comunidad. Si pudieran promover durante la comunidad tendrían el derecho de expropiar la nu-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 396, núm. 179 bis IV.

da propiedad de los inmuebles propios de la mujer; y es para impedir esta expropiación por lo que la ley prohíbe toda acción contra la mujer durante la comunidad; por identidad de razones tenía que prohibir á los fiadores ejercer su acción recursoria contra la mujer antes de la disolución de la comunidad.

*SECCION V.—De la facultad concedida á la mujer para recoger sus aportes francos de deudas.*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

326. Según el derecho común, la mujer que renuncia pierde toda clase de derecho en los bienes de la comunidad, y aun en el mobiliario que entró en ella por su parte. Esta disposición, se dice, es rigurosamente justa, puesto que la suerte de perder queda compensada por la suerte de ganar que tiene la mujer si la comunidad prospera. (1) Se olvida que si la mujer se halla en la necesidad de renunciar, perdiendo toda su fortuna mobiliario, lo que puede constituir todo su haber, es á consecuencia de una mala gestión en la que, en derecho, ha quedado completamente extraña. Y está en el espíritu del régimen de la comunidad que la mujer no sufra ningún perjuicio de una sociedad de la que queda excluida, mientras dura, aunque socio de ella. Es esta consideración de equidad la que introdujo la cláusula de devolución de aporte. Según el art. 1,514, «la mujer puede estipular que, en caso de renuncia á la comunidad, recogerá todo ó parte de lo que ha aportado, ya sea cuando el matrimonio ó después.»

Se introdujo esta cláusula durante el tiempo de las Cruzadas, así como el derecho de renunciación, con el que se liga (t. XXII, núm. 362); es una renuncia privilegiada. La renuncia ordinaria dejaba á la viuda sin recursos; no se le

1 Demante, t. V, pág. 402, núm. 180.