

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 superviviente. 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 atenderse 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, (Daloz, 1869, 1, 336).

2 Burdeos, 18 de Agosto de 1864 y 23 de Agosto de 1865 (Daloz, 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. Explicarémos 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 (Loer é, 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. cit. 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.