

esta última opinión la que generalmente se enseña. (1) Se distingue, por consiguiente, entre el mobiliario presente y el mobiliario futuro. En cuanto al mobiliario existente cuando el matrimonio debe constar por inventario ó por un estado en buena forma (art. 1,499); el mobiliario que vence á la mujer durante la comunidad debe también constar regularmente por un inventario. Pero si el marido descuidó de redactarlo, la mujer queda admitida á probar el valor del mobiliario, tanto por títulos como por testigos, y aun por la fama pública (art. 1,504). Admitimos esta doctrina en lo que se refiere á las pruebas de derecho común, pero nos queda alguna duda acerca de la fama pública; prueba enteramente excepcional que nos parece difícil extender aun por vía de analogía.

344. Hay una sentencia acerca de esta cuestión. La Corte de Angérs distingue en lo que se refiere á la devolución del mobiliario que vence á la mujer durante el matrimonio; si la mujer recoge el mobiliario en naturaleza no puede probar la identidad contra los terceros más que por un inventario ó un estado auténtico, porque, en este caso, la mujer ejerce un privilegio para con los demás acreedores; mientras que si el debate existe entre esposos la mujer puede prevalecerse del art. 1,504. (2) Esta distinción es extralegal; prueba cuánta incertidumbre existe en materia de pruebas. Es necesario atenderse á los arts. 1,499 y 1,504, sin distinguir contra quién se hace la prueba, ó aplicar las reglas establecidas en el título *De las Obligaciones*; pero no se pueden cortar las disposiciones del Código é introducir en él distinciones: esto sería hacer una nueva ley. Tenemos otra reserva que hacer contra la decisión de la Corte de Angérs. Esta admite que la mujer puede recoger sus aportes en naturaleza por privilegio para con los demás acreedores; esto es también hacer la

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 496, nota 6, pfo. 528. Rodière y Pont, t. III, página 122, núm. 1523.

2 Angérs, 26 de Mayo de 1869 (Daloz, 1869, 2, 238).

ley. ¿Dónde se dice que la mujer tiene derecho de recoger sus aportes en naturaleza? La tradición dice lo contrario. ¿Dónde se dice que la mujer tiene un privilegio? ¿Y puede haberlo sin ley?

SECCION VI.—*Del preciput convencional.*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

345. La palabra *preciput* viene de *precipere*, tomar antes. Supone una masa común que se divide y de esta masa uno de los coparticipes toma cierta suma ó cierto bien. En materia de comunidad se da el nombre de preciput al derecho que se estipula por contrato de matrimonio en provecho de uno de los esposos, de tomar de la masa cierto objeto antes de la partición; se da también este nombre á las mismas cosas que los esposos toman. (1) El preciput *convencional* es aquel que se estipula por convención. En el derecho antiguo había también un preciput *legal*. Pothier habla de él; varias costumbres concedían al supérstite de los cónyuges nobles, viviendo noblemente, el derecho de tomar, cuando la partición de la comunidad, los bienes muebles dependientes de la comunidad con ciertos cargos. (2) Por oposición al preciput *legal* ó de costumbre, se llamaba preciput *convencional* á aquel que establece el contrato de matrimonio. Ya no existe el preciput *legal*, de modo que la palabra *convencional* es ya inútil; el preciput no es más convencional que las demás cláusulas por las cuales los futuros esposos derogan la comunidad legal.

346. El art. 1,515 define el preciput en estos términos: «La cláusula por la cual el *esposo supérstite* queda autorizado á tomar, antes de todo reparto, una *cierta suma* ó *cierta cantidad de efectos mobiliarios* en naturaleza.» Casi es inútil

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 440.

2 Pothier, *De la comunidad*, núms. 414 y siguientes.

decir que la ley no está concebida en sentido restrictivo; da como ejemplo el preciput tal cual está ordinariamente estipulado, pero dejando á las partes el derecho de modificar la cláusula como lo juzguen á propósito. Así pueden convenir que el marido supérstite tomará su biblioteca; que la mujer supérstite tomará sus joyas. El contrato podrá también conceder un preciput á los herederos del esposo que muera primero.

Asimismo, las cosas estipuladas á título de preciput pueden variar según las conveniencias y los gastos de las partes contratantes; el Código prevee sólo la cláusula usual; en lugar de estipular una suma ó cierta cantidad de cosas, los esposos pueden convenir que uno de ellos ó el supérstite tomará muebles ó inmuebles especialmente designados.

En fin, la condición de supervivencia, aunque sea ordinariamente estipulada, no es tampoco de rigor. Los esposos pueden convenir que cada uno de ellos podrá tomar tales objetos, cualquiera sea la causa que determine la disolución de la comunidad. (1)

347. El preciput deroga la igualdad de la partición, una de las reglas fundamentales de toda sociedad. Es, pues, de estricta interpretación; la ley no lo dice como para la cláusula de devolución de aporte (art. 1,514) porque esto resulta de la misma naturaleza de la cláusula. Cuando dice que la mujer supérstite tendrá el derecho de tomar sus joyas, se entiende que, en caso de muerte de la mujer, sus herederos aunque fuesen hijos no tendrían ningún derecho al preciput, éste caduca en este caso porque la condición bajo la cual era convenido falta.

Siendo determinados los objetos comprendidos en el preciput por la convención, no se pueden tomar otras cosas que no estén comprendidas en él. Pothier da ejemplos de esto; si se dice que la mujer recogerá sus vestidos no podrá tomar

1 Duranón, t. XV, pág. 211, núms. 179-181.

sus anillos y joyas; si estipuló el preciput de las joyas no podrá tomar sus vestidos. (1)

348. Pothier dice que cuando el preciput consiste en una cierta cantidad de cosas, tales como joyas, los herederos del primer difunto pueden pedir su reducción si no está proporcionado al estado y á las facultades de los esposos; agrega que se debe también quitar del preciput las cosas que durante la última enfermedad del primer difunto hubiesen sido adquiridas en fraude de los herederos, con el fin de aumentar el preciput en perjuicio de éstos. (2) La mayor parte de los autores desechan la doctrina de Pothier. Nos parece que debe distinguirse. Si hay fraude la acción de los herederos debe acogerse: el fraude siempre hace excepción. Pero si el preciput se encuentra en desproporción con la fortuna de los esposos no se debè admitir su reducción. Pothier enseña y se admite generalmente que el preciput no es una liberalidad sujeta á reducción, es una convención matrimonial (art. 1,516), y las convenciones forman la ley de las partes, el juez no tiene el derecho de reducirlas por consideraciones de equidad á no ser que la ley le conceda tal derecho. Se objeta que no se trata de modificar el contrato sino de restringirlo á los límites que las partes tienen en vista al contrtar. Esta distinción es contraria á la naturaleza del preciput: cuando el marido estipula el preciput de su biblioteca no entiende limitar su derecho á los libros que poseía al casarse, ni siquiera los que fuera racional comprar según su estado de fortuna; el preciput se arregla en la muerte ó en la disolución de la comunidad; va, pues, en aumento necesariamente. Si el aumento es excesivo sin ser fraudulento, la equidad pediría que se redujese el preciput, pero el intérprete no puede decidir por vía de equidad. Pothier lo hace amenudo; lo hemos dicho muchas veces: los

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 136, núm. 1543 y pág. 135, núm. 1541. Duranón, t. XV, pág. 213, núm. 182.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 441.

intérpretes no tienen ya este derecho que tenían bajo el imperio de las costumbres. (1)

349. ¿Es el preciput una liberalidad? Según el art. 1,516 «el preciput no está considerado como una ventaja sujeta á las formalidades de las donaciones, sino como una convención de matrimonio.» ¿En qué sentido el preciput no está sometido á las formalidades de las donaciones? Esto supone que hay formalidades prescriptas para las donaciones que no deben ser observadas para el preciput, aunque se considerase al preciput como una liberalidad en cuanto al fondo, pues si el preciput no es una donación se entiende que las formalidades de las donaciones no le son aplicables. ¿Cuáles son las formalidades de las donaciones que no deben ser observadas para el preciput?

La donación exige una acta auténtica recibida en minuta; lo mismo pasa con el preciput, puesto que es una convención matrimonial, y el contrato de matrimonio no puede hacerse más que por acta auténtica.

La donación debe ser aceptada de una manera expresa por el donatario; el preciput, aun suponiendo que sea una liberalidad, no está sometido á esta formalidad, pues debe ser hecho por contrato de matrimonio; y las donaciones no están sometidas á la condición de la aceptación expresa (artículo 1,687).

Las donaciones de efectos muebles no son válidas más que si un estado estimativo de los objetos dados ha sido anexado á la minuta de la donación. ¿Es necesario un estado estimativo para el preciput, suponiendo que sea liberalidad? Nó, pues no sería una donación de bienes presentes, puesto que el preciput sólo se abre á la muerte ó á la disolución de la comunidad; y el art. 948 sólo se aplica á la donación de

1 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Véanse, en diversos sentidos, los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 499 y nota 8, pfo. 529.

bienes presentes, siendo su objeto garantizar la irrevocabilidad de dicha donación.

La donación de bienes inmuebles debe ser registrada en virtud del art. 939; si el preciput comprendiera efectos inmuebles ¿estaría sometido al registro, ya por el Código Civil, ya por la ley hipotecaria? Nó, pues el art. 939 no se aplica más que á la donación de bienes presentes, y la ley hipotecaria no prescribe la transcripción sino para las actas translativas de derechos reales inmuebles; y el preciput, considerándolo como liberalidad, no versa más que en bienes futuros y no transmite la propiedad al esposo «preciputario.» (1)

En definitiva, no encontramos ninguna formalidad prescripta para la donación de que fuera libertado el preciput suponiéndolo una liberalidad. ¿Qué quiere, pues, decir el artículo 1,515? Ha sido tomado de Pothier, quien dice que el preciput está considerado más bien como una convención de matrimonio que como una liberalidad; en consecuencia, agrega, no está sujeto á la formalidad de la insinuación, la que era prescripta para las donaciones en el derecho antiguo. Para reproducir la idea de Pothier, debió decirse que el preciput no es una liberalidad. La mala redacción de la ley ha dado lugar á dudas y controversias.

350. Se trata de saber si el preciput es una liberalidad en el fondo; es decir, si está sujeto á reportarse ó á reducción. El preciput es seguramente una ventaja para el esposo «preciputario,» puesto que éste toma parte antes de los efectos de los que sólo hubiera tenido la mitad sin la cláusula de preciput; luego recibe una ventaja por la mitad de estos efectos que toma por prelación en la masa. Pero en la teoría del Código la ventajas que las convenciones matrimoniales procuran á uno de los esposos no están consideradas co-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 417, núm. 183 bis II.

mo liberalidades (arts. 1,496 y 1,527). Volveremos á este principio. ¿Lo deroga la ley en lo que se refiere al preciput? Resulta lo contrario, en nuestro concepto, del texto y del espíritu del art. 1,516 que dice así: «El preciput no está considerado como una ventaja sujeta á las formalidades de las donaciones sino como una *convención de matrimonio*.» Al decir que el preciput está considerado como una convención de matrimonio, el art. 1,516 aplica á esta cláusula la regla de los arts. 1,496 y 1,527 que rige todas las convenciones matrimoniales; ya sea esto con razón ó no, poco importa; el texto es terminante y esto basta para decidir la cuestión. En efecto, las *convenciones matrimoniales* no son convenciones onerosas en la teoría del Código, excepto cuando hay hijos de primer matrimonio; éstos no pueden pedir la reducción de las ventajas que el contrato de matrimonio procura al cónyuge de su padre ó madre. Esto prueba que en realidad hay una ventaja á título gratuito, luego una liberalidad. Si la ley no considera esta ventaja como una liberalidad para con herederos en general, esto es para favorecer el matrimonio y las convenciones matrimoniales. Esto es una especie de ficción; la ley considera el beneficio resultante del régimen que adoptaron los esposos como un beneficio hecho á título oneroso, mientras que, en realidad, es una mejora gratuita. Luego importa poco que sea una ventaja, la ley dice que no la hay porque resulta del contrato de matrimonio. Esto contesta la objeción que se toma del texto. El art. 1,516 dice que el preciput no está considerado como una ventaja *sujeta á las formalidades de las donaciones*; luego, se dice, es una ventaja en el fondo y, por lo tanto, una liberalidad. Mal argumento que se prevalece del silencio de la ley para hacerle decir lo contrario de lo que dice; en efecto, el art. 1,516 agrega que el preciput es una *convención de matrimonio*, lo cual en la teoría del Código quiere decir una convención á título oneroso; luego el

texto excluye la idea de liberalidad, excepto cuando se trata de hijos de primer matrimonio.

La interpretación que damos al art. 1,516 está confirmada por la tradición. Todos convienen, y esto es evidente, en que esta disposición está tomada casi literalmente de un pasage de Pothier que vamos á transcribir con el fin de que se pueda ver su verdadero sentido, pues también se ha malinterpretado con el objeto de hacer decir al art. 1,516 lo que se quería que dijese: «Aunque la convención de preciput encierra una *ventaja* que aquel de los cónyuges que debe morir primero hace al supérstite y que se le considera como tal con relación al edicto de las segundas nupcias (artículos 1,496 y 1,527), *no obstante* debe ser considerada *más bien como una convención de matrimonio que como una donación, y, por consiguiente, no está sujeta á la formalidad de la insinuación.*» (1) Así, Pothier confiesa que el preciput contiene una *ventaja* que el primero que muere hace al supérstite; esta es la realidad de las cosas. Pero se considera el preciput más bien como una convención de matrimonio que como una donación; esta es la ficción legal. Esto es decir que por la ley el preciput no está considerado como una liberalidad. Pothier aplica esta ficción á la formalidad de la insinuación que la ordenanza de 1731 prescribía para que tuviesen efecto las donaciones para con los terceros. Debe suceder lo mismo con los demás efectos de las donaciones. Pothier sólo hace una excepción para el caso de segundas nupcias; el Código admite también esta excepción para la comunidad legal y para la comunidad convencional. (2)

351. Queda una dificultad y es muy seria. El art. 1,518 supone que el preciput está estipulado para el caso de supervivencia; ¿qué sucederá si la comunidad está disuelta por el

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 442.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 494, nota 4, pfo. 529, y los autores, en diversos sentidos, que citan. La opinión contraria está muy bien defendida por Colmet de Santerre, t. VI, pág. 415, núm. 183 bis I.

divorcio ó la separación de cuerpos? Una primera cuestión se presenta, la única que nos interesa por ahora. Según el art. 1,518, "el esposo que obtuvo el divorcio ó la separación de cuerpos conserva sus derechos al preciput en caso de supervivencia." Se concluye de esto que el esposo contra el cual se pronuncia el divorcio ó la separación de cuerpos pierde su derecho al preciput. Aunque esta interpretación esté fundada en un argumento *a contrario*, es difícil no admitirla: la disposición que acabamos de transcribir no tendría sentido si el esposo culpable conservase también su derecho al preciput. Queda por saber por qué el esposo inocente conserva su derecho al preciput, mientras lo pierde el esposo culpable. La pregunta implica la respuesta: es una pena que la ley inflige al esposo, quien por sus excesos ó sus crímenes ha dado lugar al divorcio ó á la separación de cuerpos. ¿Es esta una aplicación del art. 299? Este artículo dice que el esposo contra quien se pronuncia el divorcio por causa determinada pierde todas las ventajas que el otro esposo le había hecho por contrato de matrimonio. ¿Sucede lo mismo en caso de separación de cuerpos? Esta es una de las cuestiones más controvertidas del Código Civil. Hemos enseñado la negativa: la opinión contraria se apoya principalmente en el art. 1,518; esta disposición pronuncia también la pérdida de una ventaja, y pone la separación de cuerpos en la misma línea que el divorcio; lo que parece ser decisivo. La consecuencia que se deduce es que el preciput es una liberalidad en el fondo.

No admitimos el principio ni la consecuencia que resulta de él. Todo cuanto prueba el art. 1,518 es que hay una ventaja, la de que la ley pronuncia la pérdida contra el esposo culpable, sin distinguir entre el divorcio y la separación de cuerpos. La razón es muy sencilla. En realidad el preciput es una ventaja; Pothier lo dice y el buen sentido también. Pero la ley no lo considera como tal, así como cualquiera

otra convención matrimonial. Es una ficción, pero toda ficción tiene sus límites. Y la de los arts. 1,496 y 1,527 sólo fué establecida para con los herederos. Entre esposos y cuando uno se hace culpable de exceso ó de crímenes, hubiera sido absurdo mantener la ficción; por esto es que el artículo 1,518 abandona la ficción para volver á la realidad. Pero de que la ley no aplica la ficción á un caso para el que no fué hecha no se puede seguramente concluir que no existe la ficción, el texto del art. 1,516 la reconoce terminantemente, sólo que la limita á los herederos; el preciput no está sujeto á reportarse ni á reducción. La ficción no recibe aplicación á los hijos de primer matrimonio y no es aplicable entre esposos. Tal es la interpretación natural y, puede decirse, la traducción de los arts. 1,516 y 1,518.

§ II.—EN QUE BIENES SE EJERCE EL PRECIPUT.

352. El art. 1,515 dice que el preciput se *toma por prelación* antes de toda partición y que se ejerce sólo en la *masa-repartible* y no en los bienes personales del esposo difunto. Hay, pues, una gran diferencia entre la *prelación* del preciput y la *prelación* de las *devoluciones* de la mujer cuando es acreedora de la comunidad; según el art. 1,472, la mujer, en caso de insuficiencia de la comunidad, ejerce sus devoluciones en los bienes personales del marido. No sucede lo mismo con el preciput: es una sencilla prelación en la masa repartible. Debe comenzarse por formar la masa de los bienes que deben dividirse entre los esposos ó sus herederos. Se procede según el derecho común. Los esposos devuelven lo que deben á título de recompensa, toman lo que se les debe con igual título; si hay otros acreedores, estas devoluciones se hacen por contribución. Es sólo después de pagadas las deudas como se reparten los bienes sobrantes, pues sólo son bienes lo excedente hecha deducción de las deudas. Antes de proceder á la partición, el esposo toma el