

preciput. Si nada queda de la masa, es decir, si el pasivo es mayor que el activo, el preciput caduca, puesto que no hay bienes en que pueda ejercerse.

Resulta de esto que el preciput no tiene ninguna influencia en el pasivo; los esposos contribuyen entre sí á las deudas como si no hubiera preciput; y en cuanto á los acreedores ejercen igualmente sus derechos como si no lo hubiera. La razón es que el preciput sólo comprende cierta suma ó cierta cantidad de efectos muebles; y las deudas no están á cargo de muebles particulares, gravan la universalidad del mobiliario; es esta universalidad del mobiliario la que constituye la masa repartible después que las deudas han sido deducidas de ella. (1)

353. Siendo el preciput una prelación en la masa repartible, resulta que la mujer sólo puede ejercerlo cuando acepta la comunidad; si renuncia pierde todos sus derechos en la masa y, por consiguiente, en el preciput que entra en ella. Esta es una notable diferencia entre el preciput y las devoluciones que la mujer ejerce á título de recompensa. Conserva sus créditos contra la comunidad aunque renuncie; estas devoluciones no son otra cosa más que sus propios ó indemnizaciones que se le deben, porque sus propios han entrado en la comunidad; y la renuncia no quita á la mujer su calidad de acreedora, mientras que la mujer renunciante deja de ser mujer común; no puede, pues, tener ya derechos con este título en los bienes comunes, y el preciput es una prelación en estos bienes.

Sin embargo, la ley permite á la mujer estipular que tendrá derecho al preciput aun renunciando. Esta cláusula cambia enteramente la naturaleza del preciput; ya no es una prelación en la masa repartible, puesto que ya no hay masa que repartir; los bienes que componen la comunidad

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 155, núm. 1565. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 413, núm. 182 bis IV.

quedan confundidos con los bienes del marido; es, pues, en estos bienes como la mujer renunciante ejercerá su preciput; es decir, que se vuelve acreedora del marido. De esto resulta una consecuencia muy importante: Pothier dice que la mujer tendrá acción contra su marido en caso de insuficiencia de la comunidad, aunque haya aceptado. (1) Esto es muy lógico. Puesto que es acreedora por su preciput, debe tener los derechos que le pertenecen con este título; y la mujer que tiene una devolución contra la comunidad tiene acción contra el marido cuando la comunidad es insuficiente; este derecho pertenece á la mujer que estipuló el preciput en caso de renuncia, puesto que el efecto de esta cláusula es el de hacerla acreedora por el preciput. El artículo 1,515 consagra implícitamente la doctrina de Pothier; el segundo inciso dice: «Fuera del caso de esta reserva, el preciput sólo se ejerce en la masa repartible y no en los bienes personales del esposo difunto.» En caso de reserva, pues, el preciput puede ejercerse por la mujer en la masa repartible y en los bienes personales del marido. Esta es una argumentación *a contrario*, pero en el caso se apoya en la tradición y en los principios. (2)

354. Según el art. 1,515, la prelación del preciput se hace en *naturaleza*. ¿Quiere esto decir que los objetos que comprende no entren en la comunidad? Nó, seguramente; hacen parte de la masa repartible; es decir, de los bienes comunes; sólo que el esposo «preciputario» los toma en *naturaleza* si existen aún cuando la partición. El marido tiene el derecho de enajenarlos; puede aún disponer de ellos á título gratuito, como de todos los efectos muebles de la comunidad. Pero la mujer podrá, en este caso, reclamar el valor de su preciput en los bienes de la comunidad ó en los

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 448.

2 Colmet de Santerre, t. VI, págs. 413 y siguientes, núms. 182 bis IV y V, y todos los autores.

bienes del marido si lo estipuló en caso de renuncia. (1) El preciput es una estipulación convencional; el marido no puede quitar á la mujer un derecho que ésta tiene por las convenciones matrimoniales, en las cuales el marido es parte contratante. Debe, pues, conciliarse el derecho del marido como señor y dueño con el derecho que el contrato da á la mujer.

355. El art. 1,519 contiene una aplicación de estos principios. Dice así: «Los acreedores de la comunidad tienen siempre el derecho de hacer vender los efectos comprendidos en el preciput, á reserva del recurso del esposo conforme al art. 1,515.» Puesto que los efectos comprendidos en el preciput entran en la comunidad, se entiende que son la prenda de los acreedores; el marido puede enajenarlos indirectamente, como lo puede directamente. La ley dice que los acreedores pueden *siempre* hacer vender los objetos comprendidos en el preciput, sin duda para indicar que tienen este derecho aunque la mujer hubiese estipulado el preciput en caso de renuncia; esta reserva no impide que el preciput entre en la comunidad y se vuelva prenda de los acreedores.

¿Cuál será el efecto del embargo y de la venta de objetos comprendidos en el preciput? El esposo «preciputario» conserva su derecho, pero no pudiendo ejercerlo en naturaleza tomará su valor. La mujer aun tendrá un recurso contra los bienes personales del marido si ha estipulado el preciput en caso de renuncia; esto es lo que quiere decir la ley con estas palabras: «á reserva del recurso del esposo conforme al art. 1,515.» (2) El art. 1,515 no abre un recurso al esposo; sólo da á la mujer una acción en los bienes personales del marido cuando ésta estipuló el preciput en caso de renun-

1 Marcadé, t. V, pág. 717, núm. 1 del art. 1519.

2 Rodière y Pont, t. III, pág. 158, núm. 1570. Las palabras *conforme al artículo 1515* han sido agregadas por proposición del Tribunado, para reservar el derecho de la mujer renunciante (Loché, t. VI, pág. 381, núm. 12 del art. 129).

cia; aun cuando acepte tendrá una acción en los bienes personales del marido si la comunidad se encuentra insuficiente. Fuera del caso de esta reserva, ni la mujer ni el marido tienen *recursos* si por razón de las promociones de los acreedores la comunidad se encuentra insuficiente para pagar el valor del preciput; esta es una consecuencia del principio de que el preciput no se ejerce más que en la masa repartible. Los acreedores son, en principio, preferidos al esposo «preciputario» porque el preciput sólo se ejerce en la masa repartible; es decir, en los bienes hecha deducción de las deudas; el preciput no es un crédito, se vuelve crédito sólo cuando la mujer lo estipuló en caso de renuncia; en este caso el derecho no se ejerce en la masa repartible sino en los bienes del marido; la mujer es una acreedora que concurre, si hay lugar, con los demás acreedores del marido. (1)

§ III.—CUANDO SE ABRE EL PRECIPUT.

356. El preciput está en general estipulado en provecho del esposo supérstite (art. 1,515). De aquí la consecuencia formulada por el art. 1,517: «La muerte natural ó civil da apertura al preciput.» Quedando la muerte civil abolida en Bélgica y en Francia, resulta que regularmente el preciput se abre por la muerte natural. Se entiende que los esposos pueden estipular que el preciput se abrirá cuando la disolución de la comunidad, cualquiera sea la causa de la disolución, siendo libres los esposos para hacer las convenciones que gusten (art. 1,387). La Corte de Casación lo sentenció así y esto es de completa evidencia. (2)

357. Cuando el preciput fué estipulado para el caso de supervivencia, esta es una condición de la existencia del de-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 422, núms. 186 bis I-III.

2 Rodière y Pont, t. III, pág. 137, núm. 1545. Denegada, 16 de Enero de 1808 (Daloz, t. VIII, 1, 105).

recho; cuando, pues, la comunidad llega á disolverse por el divorcio, la separación de cuerpos ó de bienes, el derecho al preciput no se abre; esto es lo que dice el art. 1,518 para el divorcio y la separación de cuerpos: «Cuando la disolución de la comunidad se opera por el divorcio ó la separación de cuerpos, no hay lugar á entrega actual del preciput; pero el esposo que obtuvo el divorcio ó la separación de cuerpos conserva sus derechos al preciput en caso de supervivencia.» Hemos dicho ya que resulta de esto que el esposo contra quien se pronuncia el divorcio ó la separación de cuerpos pierde su derecho al preciput (núm. 351). En cuanto á la separación de bienes el art. 1,452 dice que no da apertura á los derechos de supervivencia de la mujer, pero que ésta conserva la facultad de ejercerlos á la muerte de su marido. Lo mismo pasa si el preciput pertenece al marido supérstite, siendo idéntica la razón para decidirlo. La separación de bienes deja subsistir los derechos de los esposos, pero cuando estos derechos son condicionales no pueden ser ejercidos, sólo cuando la condición de supervivencia se realiza.

358. Queda por saber lo que sucede con el preciput cuando la comunidad se disuelve por otra causa que la muerte. El art. 1,518 contesta la cuestión, pero de un modo incompleto y en términos que han dado lugar á interpretaciones diversas.

El art. 1,518 sólo prevee un caso, aquel en que la mujer obtuvo el divorcio ó la separación de cuerpos; conserva su derecho al preciput, pero no hay lugar á que se haga su entrega actual; la ley decide que el preciput queda provisionalmente en poder del marido, con cargo de caucionarlo. Se supone que la masa repartible es de 40,000 francos y que el preciput es de 10,000. ¿Es esta suma de 10,000 francos la que conservará el marido dando caución? Nó, pues si así se procediera se estaría en oposición con el art. 1,474, según el cual el activo se divide por mitad entre los esposos; sien-

do la masa de 40,000 francos la mujer toma 20,000 y el marido 20,000, suponiendo que no haya preciput; cuando lo hay, la mujer tiene el derecho de tomarlo antes de la partición; tomará, pues, 10,000 francos y luego se dividirán los 30,000 restantes, lo que da á la mujer 25,000 francos y al marido 15,000. Así es como se hace la partición cuando la comunidad se disuelve por la muerte. Se disolvió por el divorcio: se divide como si no hubiese preciput, puesto que no hay lugar á entregarlo actualmente; luego en virtud del artículo 1,474 la mujer tiene el derecho de tomar 20,000 francos. Si el marido retuviera los 10,000 francos que constituyen el preciput, ésta sólo tendría 15,000 francos en la partición provisional que se hace después del divorcio; no tendría, pues, más que la mitad de los bienes á la que tiene siempre derecho en virtud del art. 1,474; de manera que el preciput, que es una mejora de la mujer, se volvería en su contra. Esta interpretación del art. 1,518 sería contraria á la vez á la ley de la partición igual y á la convención del preciput.

En realidad no es esto lo que quiere decir la ley. Cuando la comunidad se disuelve por el divorcio, no hay lugar á la entrega actual del *preciput*. ¿Cuál es este preciput cuya entrega está aplazada hasta que se realice la condición de supervivencia? Es la ventaja estipulada en provecho de la mujer; ventaja á la que tiene derecho si sobrevive, pero que no puede reclamar en caso de divorcio, puesto que está inseguro que sobrevivirá. Y la mejora no consiste en la suma entera de 10,000 francos estipulada en la cláusula del preciput; en efecto, tomándose esta suma de la masa repartible, cuya mitad pertenece á la mujer como socio, sólo hay ventaja para la otra mitad; en el caso se reduce, por consiguiente, á 5,000 francos; son estos 5,000 francos los que quedan en poder del marido cuando la partición, en la que toma 20,000 francos; toma, pues, en virtud de la partición 5,000 francos

que constituyen el preciput de la mujer y que deberá entregarle si ésta sobrevive. Para que la mujer tenga garantía de esta restitución la ley obliga al marido á dar caución.

Hay un caso en el cual el marido retiene la totalidad de la suma comprendida en el preciput, esto es cuando la mujer estipuló el preciput en caso de renuncia; ésta pierde entonces todos sus derechos en los bienes de la comunidad, sólo le queda un crédito condicional de 10,000 francos contra su marido. Mientras se realice la condición el marido toma ó, mejor, conserva toda la comunidad, comprendiendo la suma que constituye el preciput. ¿Deberá dar caución? Sí, puesto que los términos del art. 1,518 son generales, y cuando la ley no distingue no está permitido al intérprete el hacerlo. El marido deberá dar caución por la suma entera comprendida en el preciput; en efecto, en caso de renuncia la mejora que la mujer saca del preciput es de toda la suma, puesto que la mujer renunciante no tiene ningún derecho á la mitad del preciput, mitad que le pertenece sólo cuando acepta. Teniendo la mujer un crédito por el todo contra el marido, es justo que ésta le dé garantía por la totalidad. (1)

359. Hasta aquí la interpretación literal de la ley no presenta ninguna dificultad, se concilia con los principios y está fundada en equidad. Pero existe una hipótesis que la ley no ha previsto, es el caso en que el marido «preciputario» obtiene el divorcio. La comunidad se dividirá siempre por mitad entre los esposos, si la mujer acepta; y si renuncia, ya no hay cuestión: el marido queda propietario de todos los bienes de la comunidad, y su derecho al preciput se confunde con el derecho que tiene en los bienes comunes. Supongamos que la mujer acepte: hay 40,000 francos que dividir; ésta toma 20,000 francos; en esta suma está comprendida la mejora de 5,000 francos que resulta para el ma-

1 Colmet de Sancerre, t. VI, pág. 419, núms. 195 bis II-IV.

rido de un preciput de 10,000 francos. Acerca de este punto no hay ninguna duda, esta es la ley de la partición igual consagrada por el art. 1,474; la cláusula de preciput que lo deroga no puede modificar la partición, puesto que no tiene efecto más que si el marido sobrevive; mientras la condición está en suspenso, el marido no tiene ningún derecho, y, por lo tanto, la comunidad se divide como si no hubiese cláusula de preciput.

Tomando la mujer provisionalmente los 5,000 francos que constituyen la mejora preciputaria del marido, se pregunta si deberá dar caución. Debe contestarse negativamente, puesto que la ley no la obliga á ello, y según el derecho común el deudor no está obligado á ministrar una garantía al acreedor. De esto resulta una anomalía que es muy difícil explicar. Siendo idéntica la situación del marido que obtuvo el divorcio á la situación de la mujer que lo obtuvo ¿por qué la ley no da al marido una garantía que concede á la mujer? No conocemos razones buenas para explicar esta diferencia. Todo lo que se puede decir es que la ley está más favorable para la mujer que para el marido en todas las situaciones en que sus derechos son iguales. El legislador, acostumbrado á concederle privilegios, le ha dado uno en esta materia de preciput, aunque el tal privilegio no tenga razón de ser.

Hay otra interpretación que trata de conciliar el artículo 1,518 con los principios. Se supone que la ley prevee la hipótesis en que la mujer estipuló el preciput en caso de renuncia; esta es, entonces, acreedora por el todo, y el marido debe caución por el todo. En esta opinión no hay lugar á ministrar caución para el preciput ordinario, ni en provecho de la mujer ni en provecho del marido. (1) No nos es posible admitir esta interpretación porque el texto del Código

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 501, notas 14-16, pfo. 529, y, en diversos sentidos, los autores que citan.

se resiste á ello. El art. 1,518 no menciona la cláusula que permite á la mujer ejercer su preciput contra el marido y para todo el monto de la suma por la cual se vuelve acreedora; no es este un verdadero preciput, es un crédito que se ejerce fuera de la partición; mientras que el art. 1,518 prevee el caso de la partición de la comunidad después del divorcio y la separación de cuerpos. Agregaremos que la opinión que combatimos no satisface tampoco á la equidad. Obliga al marido á dar caución cuando la mujer renuncia á la comunidad y se vuelve acreedora. ¿Por qué no habrá de dar garantía á los dos esposos preciputarios para el preciput ordinario? Las circunstancias en las cuales se disuelve la comunidad, el divorcio y la separación de cuerpos, son de tal naturaleza que el esposo acreedor tiene derecho á una garantía contra el esposo deudor. Sólo que esta garantía hubiera debido serle concedida tanto al marido como á la mujer. En definitiva, la ley está incoherente; de ahí la diversidad de opiniones que reinan en la doctrina; el legislador sólo puede ponerle fin llenando el vacío que se encuentra en el art. 1,518.

360. El art. 1,518 no prevee el caso en que la comunidad se disuelve por la separación de bienes. Debe, pues, aplicarse el derecho común. Ambos esposos conservan su derecho al preciput si, como el art. 1,515 lo supone, fué estipulado en provecho del supérstite. Pero ninguno de ellos puede pedir caución no dándoles la ley este derecho; y, según los principios generales, el deudor no puede estar obligado á ministrar garantía alguna al acreedor. (1)

SECCION VII.—De las cláusulas por las cuales se asignan á cada esposo partes desiguales en la comunidad.

361. El art. 1,520 dice que los esposos pueden derogar la partición igual establecida por la ley. Prevee después

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 421, núm. 185 bis V.

tres cláusulas que hacen excepción á la igualdad de la partición. Son las cláusulas usuales que introdujo el uso; puede haber otras, puesto que los esposos están libres para arreglar sus intereses como gusten; creemos inútil detenernos en estas particulares derogaciones, dependiendo todo de la voluntad de las partes contratantes. (1)

Demante dice que la derogación á la ley de la partición igual puede amenudo ser un medio para establecer una garantía más perfecta: cuando uno de los esposos tiene un talento ó una industria que contribuirá principalmente á la prosperidad de la comunidad, es justo que tenga una parte más grande que la de su cónyuge en las utilidades. (2) Hay razones especiales que justifican ciertas cláusulas de partición desigual; volveremos á ellas.

§ I.—CLAUSULA DE PARTES DESIGUALES.

362. Los esposos pueden derogar la partición igual "dando al esposo supérstite ó á sus herederos en la comunidad una parte menor de la mitad." Hay un vicio de redacción en esta disposición del art. 1,520. El esposo *supérstite* no puede tener herederos, la ley quiso decir *á los herederos del primer difunto*. (3)

Las partes desiguales no suponen puestas desiguales en la misma proporción. Aquel que puso menos en la comunidad puede recibir la parte mayor en virtud del contrato de matrimonio. Poco importa cuál sea el motivo que haya determinado á los esposos; puede ser, como lo hemos supuesto (núm. 361), porque su talento ó su industria forme, en realidad, la puesta mayor, pero puede también haber otra ra-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 504, nota 1, pfo. 530. Debe agregarse, Denegada, Sala Civil, 20 de Enero de 1875 (Dalloz, 1875, 1, 52).

2 Demante, t. VI, pág. 424, núm. 187, y Colmet de Santerre, t. VI, página 425, núm. 189 bis I.

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 504, nota 2, pfo. 530.