

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 *præcipere*, tomar antes. Supone una masa común que se divide y de esta masa uno de los copartícipes 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.

Asímismo, 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 debe 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 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. Du-
ranton, 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 inmobiliarios ¿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 inmobiliarios; 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 pasaje de Pothier que vamos á transcribir con el fin de que se pueda ver su verdadero sentido, pues también se ha mal interpretado 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 muera 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

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 a cierta cantidad de efectos muebles; y las deudas no están a cargo de muebles particulares, gravan la universalidad del mobiliar; es esta universalidad del mobiliar 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 aun 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 Tribunalado, 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 (Dalloz, t. VIII, 1, 106).

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 provisoriamente 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 Colinet de Santorra, t. VI, pág. 419, núms. 195 bis II-IV.

DEL PRECIPUT

389

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.