

LECCIÓN DÉCIMA.

DEL CONTRATO DE MATRIMONIO
CON RELACION A LOS BIENES DE LOS CONSORTES.

I

PRELIMINARES.—PRINCIPIOS GENERALES.

Después de fijar el Código Civil los principios generales que rigen á todos los contratos, y las reglas que deben servir de norma para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, y por tanto, de la fianza, de la prenda, la anticrisis y la hipoteca, se ocupa de todos y cada uno de los contratos en particular, que son la causa más frecuente de las obligaciones, y establece las reglas especiales que los rigen, comenzando por el contrato de matrimonio, uno de los más importantes, por el objeto á que se refiere; los intereses pecuniarios de los esposos, que van á formar una nueva familia; los derechos y obligaciones que con relación á terceros contraen.

Siguiendo estrictamente el orden establecido por el Código, vamos á hacer el estudio de las reglas especiales que rigen á cada uno de los contratos, comenzando por el de matrimonio.

Este contrato es el convenio celebrado entre dos personas que van á contraer matrimonio, por el cual arreglan sus

respectivos intereses pecuniarios; ó como lo definen Laurent y otros autores, es el convenio que arregla la asociación conyugal relativamente á los bienes.¹

El matrimonio es considerado por el Código Civil bajo dos puntos de vista diversos, con relación á las personas de los cónyuges, y respecto de sus bienes.

Considerado bajo el primer aspecto, el matrimonio es, como lo definimos en la Lección VI, tomo I de esta obra, la sociedad legítima de un hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse á llevar el peso de la vida (art. 159, Cód. Civ.).²

Las reglas que la ley establece respecto del matrimonio, considerado bajo este aspecto, son de orden público, y por lo mismo, no pueden quedar al arbitrio de los contrayentes, y son de observancia inexcusable.

Considerado bajo el segundo aspecto, no tiene otro objeto que arreglar los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí, y por consiguiente, queda al arbitrio de éstos determinar las condiciones que los deben regir, y la ley nada más establece algunos preceptos restrictivos de observancia inexcusable, y otros que sólo rigen para suplir las faltas y omisiones en que incurrieren los contrayentes.

La ley misma hace una conveniente distinción, designando la unión de las personas con el nombre de *matrimonio*, y las relaciones pecuniarias de ellas, con el de *contrato de matrimonio*.

De lo expuesto se infiere, que este contrato es accesorio del matrimonio, que sólo subsiste y produce efectos jurídicos, si éste llega á celebrarse. Por consiguiente, es nulo y de ningún valor, si llega á declararse judicialmente la nulidad del matrimonio, excepto en los casos previstos por los

¹ Tomo XXI, nº 1; Colmet de Santerre, tomo VI, nº 1; etc., etc.

² Pág. 15; artículo 155, Cód. Civ. de 1884.

artículos 302 y 303 del Código Civil; esto es, cuando el matrimonio nulo se ha contraído de buena fe por parte de uno ó de ambos cónyuges, pues entonces produce todos los efectos civiles respecto de aquellos que obraron de buena fe.¹

Por el contrario: la nulidad del contrato de matrimonio no produce la del matrimonio mismo; porque la existencia de lo principal no puede estar subordinada á la de lo accesorio. En consecuencia, si se declara la nulidad del contrato, quedarán los cónyuges en la misma situación en que quedarían si se hubieran casado sin la celebración previa del contrato, bajo el régimen de la sociedad legal, como veremos en su oportunidad.

Resulta, pues, que el contrato de matrimonio, cuyo estudio vamos á hacer, depende del arbitrio de los contrayentes, que pueden imponerse las condiciones que creyeren convenientes dentro del límite permitido por las leyes, y por tanto, que puede celebrarse bajo el régimen de la sociedad conyugal, ó bajo el de separación de bienes, únicos que reconoce el Código Civil (art. 2,099, Cód. Civ.).²

Se llama régimen, según lo definen los jurisconsultos, el conjunto de reglas que se aplican á cada una de las formas del contrato de matrimonio.

A diferencia del Código Francés y de otras legislaciones europeas, el nuestro no reconoce más que el régimen de la sociedad conyugal y el de la separación de bienes, pues la constitución de la dote no forma uno especial, sino un complemento susceptible de adaptarse á uno ó otro régimen, porque no cabe un medio entre los dos extremos, sociedad conyugal y separación de bienes; y este es el motivo por el cual declara el artículo 2,100 del Código Civil, que en los casos indicados, puede tener lugar la constitución de la do-

¹ Artículos 278 y 279, Cód. Civ. de 1884.

² Artículo 1,965, Cód. Civ. de 1884.

te, y que en ambos se rige por los preceptos que el mismo Código establece respecto de ella.¹

El régimen de la sociedad conyugal es aquel en cuya virtud los bienes adquiridos por uno ó por ambos cónyuges durante el matrimonio, por el ejercicio de una profesión, arte ó industria, por legado ó herencia dejado á los dos sin designación de partes, por frutos, rentas, accesiones y utilidades producidos por los bienes propios de cada uno, forma un fondo común, que lleva el nombre de gananciales, que se divide entre los cónyuges ó sus herederos después de la disolución del matrimonio.

La sociedad conyugal puede ser voluntaria ó legal (art. 2,101, Cód. Civ.).²

Es voluntaria aquella que debe su origen al convenio expreso de los cónyuges, y por lo mismo, se rige estrictamente por las capitulaciones matrimoniales que la constituyen; y según el artículo 2,102 del Código Civil, en todo lo que no estuviere expresado en ellas, por los preceptos contenidos en los capítulos 4º, 5º y 6º, título X, libro 3º del mismo Código, que se refieren á la sociedad legal, su administración y liquidación; pues supone el legislador que en tal caso, ha sido la voluntad de los contrayentes someterse á los principios del derecho común, que lo constituye el régimen de esta última especie de sociedad.³

Es legal la sociedad, cuando los cónyuges contraen matrimonio, sin celebrar contrato alguno que arregle sus intereses pecuniarios, pues entonces supone la ley que ha sido su voluntad sujetarse á las reglas que ella establece sobre materia tan importante.

Tal es el motivo por el cual declara, que á falta de capi-

¹ Artículo 1,966, Cód. Civ. de 1884.

² Artículo 1,967, Cód. Civ. de 1884.

³ Artículo 1,968, Cód. Civ. de 1884.

tulaciones expresas, se entiende celebrado el matrimonio bajo la condición de sociedad legal (art. 2, 130 Cód. Civ.).¹

Laurent dice, que en el sentido propio de la palabra, toda sociedad conyugal es voluntaria ó convencional, porque resulta siempre de las voluntades, ya expresa, ya tácita; que la sociedad legal no se impone por la ley á los cónyuges, porque si así fuera, carecería de sentido ésta, supuesto que la ley les deja en plena libertad para celebrar los convenios que creyeren más convenientes á sus intereses, y que es legal la sociedad en el sentido de que los cónyuges no tienen necesidad de celebrar ningún contrato, sino que la ley la arregla según la tradición, y ésta reposa sobre las costumbres, es decir, sobre la voluntad de las partes interesadas, sin perjuicio de que ellas manifiesten su voluntad en sentido contrario.²

Entre nosotros se remonta el origen de la sociedad legal á los tiempos más remotos, y la encontramos sancionada en los preceptos del Fuero Juzgo, del Fuero Real y de la Novísima Recopilación, que no hicieron más que dar el prestigio y la autoridad á la institución creada ya por la costumbre, que, á su vez, tuvo por origen la consideración de que si el hombre por su aptitud y su trabajo adquiere un patrimonio, la mujer le ayuda por su economía y por su celo á formarlo y conservarlo.³

Así, pues, entre nosotros la sociedad legal ha formado siempre el derecho común, y el Código Civil no ha hecho más que sancionar su existencia, estableciendo reformas que tienen por objeto perfeccionar el régimen y evitar las cuestiones á que daba lugar la deficiencia ó oscuridad de la antigua legislación. Según la opinión común de los autores, la sociedad legal existe en los cuatro casos siguientes:

¹ Artículo 1,996, Cód. Civ. de 1884.

² Tomo XXI, nº 199.

³ Leyes 17, tít. 2, lib. 26, F. J.; 1, tít. 3, lib. 3, F. R.; tít. 4, lib. 10, N. R.

1º Cuando se celebra el matrimonio sin que los cónyuges hayan hecho contrato alguno, pues entonces presume la ley que se han sometido á los preceptos del derecho común, que, como hemos dicho, es la sociedad legal:

2º Cuando expresamente convienen los contrayentes en las capitulaciones matrimoniales en sujetarse al régimen de la sociedad legal:

3º Cuando los contrayentes celebran un contrato nulo; por ejemplo, si no lo reducen á escritura pública;

4º Cuando las capitulaciones matrimoniales son de tal manera oscuras é ininteligibles, que no puede conocerse cuál ha sido la voluntad de los contrayentes.

En este caso, como en el anterior, se presume también que, en la imposibilidad de cumplirse la voluntad de los interesados, consienten en someterse al régimen del derecho común.

Esta razón nos parece violenta y creemos que es más jurídico aceptar, que la existencia de la sociedad de hecho de los contrayentes, hace nacer entre ellos relaciones enteramente semejantes á las que existen entre el marido y la mujer, y es justo liquidar sus respectivos intereses según las reglas que rigen las relaciones de éstos, ya que no pueden definirse ni por su voluntad ni por ninguna otra ley que les pueda ser aplicable.

La sociedad conyugal, ya sea voluntaria, ya sea legal, nace desde el momento en que se celebra el matrimonio, porque siendo una consecuencia de él, no puede existir sino desde el instante en que el matrimonio mismo tiene existencia (art. 2, 104, Cód. Civ.).¹

Del mismo precepto que sanciona este principio se deduce, que tampoco puede nacer la sociedad conyugal, ó mejor dicho, no puede comenzar algún tiempo después de la cele-

¹ Artículo 1,970, Cód. Civ. de 1884.

bración del matrimonio, á no ser que los cónyuges lo hubieren estipulado así en las capitulaciones matrimoniales, con expresa declaración de que entretanto se sujetarán al régimen de la separación de bienes.

Mucho se ha discutido por los autores, acerca de si los cónyuges pueden aceptar el régimen de la sociedad conyugal bajo condición casual ó mixta, de manera que empiece á regir si se llega á verificar un acontecimiento incierto; pues unos sostienen la afirmativa y los otros la opinión contraria. Aunque creemos inútil entrar en esa controversia, por ser ajena al carácter de estas lecciones, nos atrevemos á sostener que el contrato de matrimonio en que se adoptara el régimen de la sociedad conyugal bajo condición, sería válido, porque no lo prohíbe la ley, pero siempre que se conviniera por los contrayentes que entretanto se verifica aquella, quedaran sujetos al régimen de la separación de bienes, á fin de que no permanecieran en una posición indeterminada, respecto de éstos, y de preaver las graves dificultades que le serían consiguientes.

La sociedad voluntaria y la legal se rigen también por las disposiciones relativas á la sociedad común, en todo lo que no está previsto por los preceptos que establece el Código Civil respecto de ellas; pues como dice García Goyena, en la especie se observan por punto general las reglas del género de que se derivan en cuanto no se rozan con las que constituyen la diferencia específica (art. 2, 103, Cód. Civ.).¹

Además, la ley ha querido suplir las omisiones, no sólo de los contrayentes, sino las imprevistas en que ella misma haya incurrido, á fin de que siempre exista una regla autorizada que rija y gobierne los intereses pecuniarios de aquellos y se eviten perjuicios y contiendas trascendentales.

Pero no por esto se debe entender que la sociedad con-

¹ Tomo III, pág. 323; artículo 1,969, Cód. Civ. de 1884.

yugal se ha instituído á semejanza de la común, pues existen entre ambas las siguientes y notables diferencias, que señala Febrero:¹

1^a La sociedad convencional se forma con el objeto de especular, y procura sólo su beneficio ó por lo menos disminuir sus pérdidas, mientras que la conyugal une á los cónyuges para cumplir mejor con los deberes que les impone el matrimonio:

2^a En la sociedad común se prorratean las utilidades: en la conyugal se dividen por mitad entre los cónyuges:

3^a En la sociedad conyugal la comunidad de las utilidades no produce la de los bienes, de manera que permanecen propios de cada uno de los cónyuges, á diferencia de la sociedad común:

4^a Los bienes adquiridos á título lucrativo durante el matrimonio no forman parte de la sociedad legal; pero sí los adquiridos á título oneroso.

La sociedad legal, se termina, se suspende ó modifica en los casos que señala el Código Civil, por las sentencias que declaran el divorcio necesario ó la ausencia, y el mismo efecto pueden producir el divorcio voluntario y la separación de bienes, si así lo convienen los interesados (arts. 2,107 y 2,108, Cód. Civ.).²

1 Tomo I, pág. 105, n^o 25.

2 Artículos 1,973 y 1,974, Cód. Civ. de 1884.

El segundo de estos preceptos fué reformado en los términos siguientes:

“El divorcio voluntario y la separación de bienes hecha durante el matrimonio, pueden terminar, suspender ó modificar la sociedad conyugal, según convengan los consortes.”

“El abandono injustificado del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad legal en cuanto le favorezcan; éstos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso.”

Esta reforma tuvo por objeto llenar un vacío de la ley, pues no previendo el caso á que ella se resiere, parecía que aun cuando los cónyuges no hicieran vida común por causas injustificadas, sin embargo, subsistía la sociedad legal, siendo así que faltaba una de las principales consideraciones que le sirven de fundamento, la vida de consumo, como dice la ley 1^o, tít. 4, lib. X de la N. R.

Ciertamente: uno de los efectos legales del divorcio es, según dijimos en el artículo 4º, lección 9º, tomo I de esta obra, que ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, se disuelva la sociedad legal, vuelvan á cada consorte sus bienes propios, y la mujer quede habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, siempre que ella no hubiere dado causa al divorcio.¹

La razón es perfectamente perceptible, porque rompiéndose la armonía entre los consortes, terminando entre ellos la comunidad de la vida y de trabajos, deja de existir una de las principales consideraciones en que se fundó la ley para establecer la sociedad conyugal.

Este efecto es perfectamente comprensible, pero no se entiende con la misma facilidad á primera vista cómo puede ser que la sentencia que decreta el divorcio necesario, pue-
de suspender la sociedad conyugal; pero una ligera atención basta para comprender ese efecto.

El divorcio puede promoverse por cualquiera de los cónyuges; pero produce efectos distintos en cuanto á los bienes, según que el marido sea el que diere causa á él ó no. En el primer caso, se termina de una manera absoluta la sociedad conyugal, y cada consorte recobra los bienes que aportó al matrimonio, más los gananciales que le corresponden; pero en el segundo, esto es, cuando la mujer da causa para el divorcio, se termina la sociedad conyugal, pero el marido conserva la administración de los bienes comunes con obligación de darle á aquella alimentos, si la causa no fuere adulterio cometido por ella (art. 276, Cód. Civ.).²

Es decir, que en tal caso, la mujer no tiene derecho á las ganancias que el marido pueda obtener, y que éste conserva la administración de los gananciales adquiridos du-

¹ Pág. 132.

² Artículo 253, Cód. Civ. de 1884.

rante el matrimonio y hace suyos los productos que alcanzare de ellos.

La sentencia que decreta el divorcio suspende la sociedad conyugal cuando es seguida de la reconciliación de los cónyuges, pues entonces queda sin ningún efecto ulterior, y vuelven las cosas al mismo estado que tenían antes de que se intentara el juicio, según lo declara expresamente el artículo 263 del Código Civil.¹

En otros términos: la sentencia que decreta el divorcio termina la sociedad conyugal; pero como la reconciliación anula los efectos jurídicos de ella y se restituyen las cosas al estado que tenían antes de que se intentara el juicio, como si éste no hubiera existido, resulta que la sentencia no ha producido en realidad otro efecto que suspender la sociedad conyugal durante el tiempo que ha transcurrido hasta la reconciliación.

Fuera de este caso no encontramos ninguno otro expresamente designado por los preceptos del Código ó comprendido en su espíritu, en el cual produzca el efecto indicado la sentencia que decreta el divorcio.

La sentencia que declara la ausencia de uno de los cónyuges termina la sociedad conyugal, pero sólo cuando es declaratoria de la presunción de muerte de éste; pues si solamente contiene la declaración de ausencia, la interrumpe ó suspende, menos en el caso de que el cónyuge presente no sea heredero, ni tenga bienes propios ni gananciales, pues entonces continúa la sociedad si se hubiere estipulado en las capitulaciones matrimoniales (arts. 747 y 751, Cód. Civ.).²

En ningún precepto del Código se encuentra previsto el caso en que la sentencia que declare el divorcio necesario ó la ausencia modifique la sociedad conyugal, ni tampoco

¹ Artículo 241, Cód. Civ. de 1884.

² Artículos 649 y 653, Cód. Civ. de 1884.

alcanzamos á comprender cuál pueda ser; por cuyo motivo creemos que estableció ese ordenamiento un principio falso al declarar que esa sentencia produce tal efecto.

El divorcio voluntario y la separación de bienes pueden producir los tres efectos indicados, porque la ley autoriza á los consortes en tales casos para celebrar los convenios que creyeren más oportunos para sus intereses, siempre que no sean ofensivos á la moral y al orden público; y en esa virtud, pueden convenir en disolver, interrumpir por determinado tiempo, ó modificar la sociedad conyugal.

La sociedad voluntaria puede terminar antes que se disuelva el matrimonio, si así está convenido en las capitulaciones matrimoniales, ó lo que es lo mismo, por el vencimiento del término que para su duración convinieron los cónyuges (art. 2, 105, Cód. Civ.).¹

La sociedad legal termina:

1º Por la disolución del matrimonio:

2º Por la sentencia que declara la presunción de muerte del cónyuge ausente (arts. 2, 106 y 765, Cód. Civ.).²

Se presume tal efecto en el primer caso, porque dejan de existir los motivos que sirven de fundamento á la sociedad conyugal, el matrimonio, la vida y los trabajos comunes de los cónyuges; y en el segundo, porque la ausencia prolongada de uno de ellos por más de treinta años sin que se tengan noticias suyas, hace presumir fundadamente que ha muerto; y esa presunción que se tiene como una verdad, mientras no se pruebe lo contrario, rompe los vínculos pecuniarios que unen á los consortes, pues no sería justo que el ausente, que abandona á su cónyuge y deja de cumplir todos los deberes conyugales, se aprovechara de los trabajos de éste para aumentar sus bienes.

¹ Artículo 1,971, Cód. Civ. de 1884.

² Artículos 1,972 y 667, Cód. Civ. de 1884.

Reasumiendo lo expuesto, resulta que la sociedad conyugal se interrumpe ó suspende:

- I. Por la sentencia que declara el divorcio necesario:
- II. Por la sentencia que declara la ausencia de uno de los cónyuges:
- III. Por el divorcio voluntario:
- IV. Por la separación de bienes hecha durante el matrimonio.

Se modifica la sociedad conyugal:

- I. Por el divorcio voluntario:
- II. Por las capitulaciones hechas durante el matrimonio.
- Se termina:
- I. Por la disolución del matrimonio:
- II. Por la sentencia que declara la presunción de muerte del cónyuge ausente:
- III. Por la sentencia que declara el divorcio necesario:
- IV. Por el divorcio voluntario:
- V. Por la separación de bienes hecha durante el matrimonio.

En el régimen de la sociedad conyugal, el marido es legítimo administrador de ella, siempre que no haya convenio ó sentencia que establezca lo contrario; pues en esa sociedad, lo mismo que en cualquiera otra, es preciso que haya un jefe, y es natural que el marido lo sea, toda vez que lo es de la familia (art. 2, 109, Cód. Civ.).¹

Pero las facultades del marido no son las de un simple

¹ Artículo 1,975, Cód. Civ. de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

“El marido es el legítimo administrador de la sociedad conyugal. La mujer sólo administrará cuando haya convenio ó sentencia que así lo establezca, en caso de ausencia ó impedimento del marido, ó cuando éste haya abandonado injustificadamente el domicilio conyugal.”

La reforma consiste en la refundición en un solo precepto de los contenidos en los artículos 2,109 y 2,164 del Código de 1870, y en la del último período, consecuencia necesaria de la reforma contenida en el artículo 1,974 del Código de 1884, á que se refiere la nota 2^a, pág. 182.

administrador, pues, como después veremos, las tiene mucho más extensas, aunque sujetas á restricciones cuyo objeto es la conservación de los gananciales de la mujer.

En el régimen de la separación de bienes, cada consorte conserva separados los que le pertenecen, y la mujer administra personalmente los suyos, pero con la obligación de contribuir con el marido para los alimentos, la educación de los hijos y demás cargas del matrimonio, según el convenio que ambos hubieren celebrado; y á falta de éste, en proporción á sus rentas; y cuando éstas no alcanzan, los gastos se imputan á los capitales en la misma proporción (arts. 2,208 y 2,209, Cód. Civ.)¹

La separación de los bienes puede ser absoluta ó parcial; pero en este último caso los puntos que no están comprendidos en las capitulaciones matrimoniales, se rigen por los preceptos que arreglan la sociedad legal, á no ser que los esposos constituyan acerca de ellos sociedad voluntaria (art. 2,111, Cód. Civ.).²

La ley ha querido en este caso, prevenir todo género de cuestiones y dificultades, sujetando la parte de los bienes no comprendida en las capitulaciones, al régimen de la sociedad legal, que, como hemos dicho, es el derecho común, fundándose en el consentimiento presunto de los cónyuges, deducido de su silencio respecto de esa parte, que hace suponer que es su voluntad que se rija por las reglas de la sociedad legal.

La separación de bienes se rige por las capitulaciones matrimoniales, esto es, por las reglas que expresamente establecen los cónyuges y por los preceptos contenidos en los artículos 2,206 á 2,217 del Código Civil (art. 2,110).³

El régimen de la separación de bienes ha sido criticado

¹ Artículos 2,075 y 2,076, Cód. Civ. de 1884.

² Artículo 1,977, Cód. Civ. de 1884.

³ Artículo 1,976, Cód. Civ. de 1884.

por varios autores, como contrario á la naturaleza del matrimonio, que exige que el marido y la mujer estén estrechamente unidos por los vínculos del corazón, y por lo mismo, que haya entre ellos comunidad de intereses.

Entre otros, dice Laurent: "La separación de bienes está en oposición con la naturaleza del matrimonio. Cuando los esposos están divididos en intereses es de temer que se resienta el vínculo de las almas. Ha sido necesario todo el favor debido al matrimonio para que el legislador permita á los esposos estipular un régimen que parece repugnar á las relaciones que la unión conyugal crea entre ellos. Además, este régimen deroga un principio de orden público libertando á la mujer de la potestad marital respecto de la administración y goce de sus bienes."¹

II

DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Se llaman capitulaciones matrimoniales los pactos que los esposos celebran para constituir ya sociedad voluntaria, ya separación de bienes, y para administrar éstos en uno y en otro caso (art. 2,112, Cód. Civ.).²

A diferencia de la mayor parte de las legislaciones modernas, nuestro Código declara, siguiendo el principio del derecho Romano, que dice: *pacisci post nuptias, etiamsi nihil ante convenerit, licet*, que las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio, ó durante él; y pueden comprender, no sólo los

¹ Tomo XXIII, nº 442.

² Artículo 1.078, Cód. Civ. de 1884.

bienes de que sean dueños los esposos ó consortes al tiempo de celebrarlas, sino también los que adquieran después (art. 2, 113.).¹

Las capitulaciones pueden comprender los bienes futuros; porque siendo tan íntima la unión de los consortes, y tan probable su larga duración, se crearian incessantes dificultades si fuera necesario nuevo convenio para cada adquisición de bienes, ó se complicaría la sociedad voluntaria con la legal, si los bienes nuevamente adquiridos se regían por los principios que arreglan á ésta. (Exposición de motivos.)

Este sistema, adoptado por nuestro Código, ha sido combatido por las siguientes consideraciones, que creemos perfectamente justas.

Antes del matrimonio, gozan los esposos de una completa independencia, que deja de existir después de su celebración, porque casi siempre uno de ellos domina al otro, y es ordinariamente el marido. La facultad de otorgar ó modificar las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio, presta un medio de opresión al más fuerte contra el más débil, y aun bajo el supuesto de que los dos sean de igual energía, esa facultad es perjudicial á la armonía que debe reinar entre ellos, porque la resistencia del uno para consentir en las modificaciones propuestas por el otro, deben excitar su enojo y originar reproches. Por último, tal facultad se presta á defraudar los intereses de terceros, y facilita los medios de violar los preceptos que prohíben las donaciones entre el marido y la mujer que exceden de determinada cantidad.²

La experiencia nos ha demostrado la justicia de la crítica á la teoría adoptada por el Código Civil, la cual sólo puede tener en su apoyo la consideración de que facilita á los ma-

¹ Artículo 1,979, Cód. Civ. de 1884.

² Bandry Lacantinerie, tomo III, nº 21.

rimonios, en los cuales no reina la armonía, los medios de asegurar sin la publicidad de las causas que la motivan, la separación del patrimonio de la mujer y su conservación.

Como consecuencia del sistema á que aludimos, establece el Código Civil el principio de que las capitulaciones matrimoniales no pueden alterarse ni revocarse después de la celebración del matrimonio, sino por convenio expreso ó por sentencia judicial: es decir, por el mutuo consentimiento de los consortes ó cuando por divorcio ó por otra causa obtiene uno de ellos sentencia judicial á su favor que las modifique (art. 2,114, Cód. Civ.).¹

El contrato de matrimonio es solemne, y por lo mismo, las capitulaciones, así como las modificaciones que les hagan los contrayentes antes y después de la celebración del matrimonio, deben otorgarse en escritura pública y con la intervención de todas las personas que fueren interesadas en ellas (arts. 2,115 y 2,116, Cód. Civ.).²

El requisito de la escritura pública es esencial, de manera que los pactos que los esposos ó los consortes celebren en otra forma, carecen de eficacia y no producen ningunos efectos jurídicos: ó lo que es lo mismo, son nulos y de ningún valor (art. 2,119, Cód. Civ.).³

La ley no ha querido establecer con ese requisito una vana formalidad, sino dar la mayor suma de garantías á los consortes, á los terceros que con ellos contratan, y asegurar la conservación de las capitulaciones, preservándolas de los casos fortuitos y de los atentados que pudieran cometerse para destruirlas.

Iguales razones exponen los redactores del Código en las siguientes palabras: "Con el objeto de dar á ese acto (el contrato de matrimonio), no sólo la solemnidad sino la

¹ Artículo 1,980, Cód. Civ. de 1884.

² Artículos 1,981 y 1,982, Cód. Civ. de 1884.

³ Artículo 1,985, Cód. Civ. de 1884.

seguridad posibles, se previene que las capitulaciones y las reformas que á ellas se hagan, consten por escritura pública; pues de este modo habrá más garantía, tanto de acierto en la constitución, como de exactitud en el cumplimiento."

Dos son las condiciones que exige el Código para que las capitulaciones matrimoniales puedan ser válidamente modificadas:

1^a Que la alteración ó las modificaciones se otorguen en escritura pública:

2^a Que se hagan con intervención de las personas que en ellas fueren interesadas.

El primer requisito es indispensable, no sólo por las razones que antes expusimos, sino también porque las modificaciones tienen que incorporarse al contrato de matrimonio del cual forman parte, y por lo mismo, deben afectar la misma forma y solemnidad.

De otra manera sería enteramente inútil que la ley exigiera con sanción penal la solemnidad de la escritura pública para la validez y eficacia del contrato de matrimonio, si fuera lícito modificarlo y destruirlo en cualquier tiempo por el simple otorgamiento de un documento privado.

El segundo requisito exigido por la ley tiene por fundamento consideraciones igualmente poderosas. La intervención de los padres en el contrato de matrimonio es una garantía contra los actos imprudentes é impremeditados, hijos de la pasión y de la inexperiencia de los contrayentes; y si se celebró con su concurso, es natural que no se pueda modificar sin su intervención.

Pero la necesidad de ésta se hace más perceptible cuando uno ó los dos contrayentes son menores de edad, ó cuando alguna de las personas que concurrieron á la celebración del matrimonio han hecho á uno ú otro de ellos alguna donación; porque es de suponer qué si consintieron el contrato, si hicieron la donación, fué teniendo en cuenta el régimen

adoptado, las condiciones en él impuestas y las ventajas que le resultaban á uno de los cónyuges, y por lo mismo, no se puede modificar sin su consentimiento.¹

Pero ¿quiénes son las personas cuya intervención es precisa para la validez de las modificaciones hechas á las capitulaciones matrimoniales?

Muy fácil es la contestación, designando esas personas, que debemos distinguir en las tres categorías siguientes:

I. Los consortes:

II. Las personas cuyo consentimiento es necesario para completar la capacidad jurídica de los contrayentes menores de edad, como los padres; y en su defecto, los abuelos y los tutores:

III. Las personas, parientes ó extraños, que intervinieron en las capitulaciones matrimoniales para hacer donaciones á uno de los consortes ó á los dos, ó para garantizar el pago de la dote, obligándose como fiadores ó constituyendo hipoteca.

De lo expuesto se infiere, que no es necesaria la concurrencia de las demás personas que asistieron al matrimonio, parientes ó extrañas, como testigos de él, pero sin tomar ninguna parte en el contrato, de quienes dice con razón García Goyena, que no tienen ningún interés, porque ninguno adquirieron, ni contrajeron ninguna obligación.²

Pero las modificaciones hechas al contrato de matrimonio interesan no sólo á los contrayentes y á las personas que en él intervinieron, sino también á los terceros que contratan con ellos, los cuales podrían ser fácilmente engañados y defraudados en sus intereses dándoles conocimiento del contrato primitivo y ocultándoles las modificaciones que se le hicieron después. Por este motivo, y á fin de evitar los frau-

¹ Laurent, tomo XXIII, n° 93; Guilleuard, *Contrat de Mariage*, tomo I, n° 260.

² Concordancias, tomo III, pág. 261.

des y garantizar los intereses de tercero, exige el Código otro requisito que impida la presentación del contrato primitivo sin la de las modificaciones que lo alteraron.

Ese requisito consiste, en la anotación en el protocolo en que se extendieron las capitulaciones matrimoniales, haciendo constar la alteración que se haga de ellas, y en los testimonios que se hubieren expedido del contrato (art. 2,117, Cód. Civ.).¹

Así, pues, dos son las condiciones que exige el cumplimiento del requisito indicado:

1.^a Que se haga constar en el protocolo en el cual se otorgaron las capitulaciones matrimoniales, las modificaciones que se les hicieren; cuya condición se llena mediante una anotación hecha al margen del contrato:

2.^a Que se haga igual anotación al calce del testimonio que se hubiere expedido de las capitulaciones.

Como el cumplimiento de este requisito es de orden público, supuesto que tiene por objeto la publicidad del contrato de matrimonio y de las alteraciones que sufre, para evitar que terceros de buena fe sean víctimas de especulaciones fraudulentas, es consiguiente que tenga la debida sanción penal, á fin de que siempre se cumpla, y no se eludan sus miras altamente morales. Tal es el motivo por el cual declara el artículo 2,118 del Código, que la alteración de las capitulaciones, respecto de la cual no se haya llenado dicho requisito, no produce efecto contra tercero.²

Bajo esta denominación se entienden todas aquellas personas que contratan con uno ó con ambos cónyuges, y cuyos derechos, sobre los bienes de ellos, quedarían ineficaces ó restringidos, con perjuicio de sus intereses, por la alteración de las capitulaciones matrimoniales.³

¹ Artículo 1,983, Cód. Civ. de 1884.

² Artículo 1,984, Cód. Civ. de 1884.

³ Aubry y Rau, tº V, pág. 261; Laurent, tº XXI, nº 104; Guillouard, tº I, nº 271.

III

DE LA SOCIEDAD VOLUNTARIA.

El contrato de matrimonio exige para su validez, lo mismo que los demás contratos, la capacidad de los contrayentes; pero á diferencia de ellos y por el favor que la ley le ha otorgado para facilitar los matrimonios, establece un principio, según el cual, toda persona capaz de casarse tiene aptitud para celebrar el contrato de matrimonio.

Este principio se halla sancionado por el artículo 2,127 del Código Civil, que declara, que el menor que con arreglo á la ley pueda casarse, puede también otorgar capitulaciones matrimoniales; que serán válidas, si á su otorgamiento concurren las mismas personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio.¹

Como hemos indicado, el favor de los matrimonios, que serían muy difíciles de celebrar á los menores, si se les prohibiera la facultad de hacer las liberalidades que son tan frecuentes en las personas que poseen bienes de fortuna, justifica la capacidad excepcional que la ley les otorga para el contrato de matrimonio.

En efecto: si debieran observarse respecto de éste las reglas severas que, acerca de la capacidad jurídica de los menores, de la administración y enajenación de sus bienes, han establecido las leyes, serían absolutamente imposibles las donaciones antenupciales, porque ni aun los tribunales pueden, según aquéllas, autorizar ó permitir la enajenación de los bienes de los menores á título gratuito.

¹ Artículo 1,993, Cod. Civ. de 1884.

Así, pues, el precepto del Código á que aludimos, ha derogado las reglas sobre la capacidad de los menores en dos puntos importantes; en cuya virtud resultan las siguientes diferencias respecto de los demás contratos:

1.^a En el contrato de matrimonio, los menores obran personalmente, autorizados por la presencia de las personas cuyo consentimiento es necesario para que puedan casarse; pero no son representados como en los demás contratos por esas personas, esto es, los ascendientes que ejercen la patria potestad y los tutores:

2.^a Los menores pueden celebrar el contrato de matrimonio, con la asistencia de las personas indicadas, y hacer donaciones antenupciales y otras á sus consortes, con la misma amplitud de facultades que un mayor de edad; mientras que, ni aun con el consentimiento de esas personas, pueden disponer de sus bienes á título gratuito.

En efecto: los ascendientes y los tutores tienen la administración de los bienes de los menores, y los primeros no pueden gravar ni enajenar los inmuebles de ellos sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad, y previa licencia judicial; y los segundos no pueden hacer donaciones en nombre de sus pupilos (arts. 409 y 626 del Cód. Civ.).¹

En consecuencia: el principio sancionado por el Código, que motiva las anteriores observaciones, otorga á los menores de edad, emancipados ó no, la misma capacidad jurídica que á los mayores para la celebración de las capitulaciones matrimoniales, y sin otro requisito que la concurrencia de las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio.

Ese mismo principio, sancionado por los códigos europeos, ha sido el objeto de la censura de algunos juriscon-

¹ Artículos 382 y 530, Cód. Civ. de 1884.

sultos; pero se le ha justificado por otros, diciendo que es perfectamente lógico y justo; porque las capitulaciones matrimoniales, la determinación del régimen que los contrayentes van á adoptar, se ligan íntimamente al matrimonio, y si se le diera á una persona la facultad de casarse, negándole la de arreglar sus intereses pecuniarios por medio de las capitulaciones, se crearía un grave obstáculo á la libertad del matrimonio.

Se ha dicho también que para el matrimonio no hay menor edad, y por lo mismo, no debe haberla para las capitulaciones matrimoniales que son accesorias de él; pues sería extraño que pudiera disponer el menor de su persona, y que, sin embargo, no pudiera disponer de sus bienes, cuando el que puede lo más, puede lo menos.¹

Refiriéndose Colmet de Santerre al mismo principio, dice: "Como el matrimonio, contrato principal, supone necesariamente la intervención personal del menor, ha parecido lógico que fuese lo mismo respecto del contrato de matrimonio, contrato accesorio, lo que podía admitirse sin peligro, supuesto que no confería al menor el derecho de obrar sin asistencia ni autorización."²

La concurrencia al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales de las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio, no es una vana formalidad que pueda quedar satisfecha con la simple presencia de esas personas como testigos, sino que constituye, según la mente de la ley, un requisito esencial para la validez del contrato y una garantía para el menor contratante.

En consecuencia, tales personas deben concurrir para tomar parte en las deliberaciones y para prestar su consenti-

¹ García Goyena, Concordancias, tomo III, pág. 260.

² Tomo VI, 15 bis I.

miento á los arreglos definitivos que resultaren de ellas, á fin de evitar que la inexperiencia y la pasión, que domina y preocupa al menor, le induzcan á consentir en un contrato ruinoso para sus intereses.

Laurent, cuya autoridad es para nosotros indiscutible, dice, con relación al principio cuyo estudio hemos venido haciendo, que la ley permite al menor que se casa hacer donaciones á su cónyuge, pero con la asistencia, con el consentimiento de las personas cuyo permiso necesita para contraer matrimonio; y explicando el motivo por el cual se exige este requisito, agrega: "El consentimiento debe ser serio, y no lo es sino cuando aquél que lo da está instruído sobre el contrato en el cual consiente; y como el contrato de matrimonio es el más importante y difícil, conviene que aquellos que deben consentir asistan á las deliberaciones y á las discusiones que tienen lugar ante el notario."¹

La escritura de capitulaciones que constituyen la sociedad voluntaria, debe contener, según el artículo 2,120 del Código Civil:²

1º El inventario de los bienes que cada esposo aportare á la sociedad, con expresión de su valor y gravámenes:

2º La declaración de si la sociedad es universal ó sólo de alguno de los bienes ó valores, expresándose cuáles sean aquellos ó la parte de su valor que deba entrar al fondo social:

3º El carácter que hayan de tener los bienes que en común ó en particular adquieran los consortes durante la sociedad, así como la manera de probar su adquisición:

Todos estos requisitos tienen por objeto hacer constar lo que cada uno de los cónyuges lleva al matrimonio, lo cual es tanto más necesario cuanto que, en la sociedad legal, que

¹ Tomo XXI, nº 24.

² Artículo 1,986, Cód. Civ. de 1884.

constituye, como hemos dicho antes, nuestro derecho común, rara vez derogado por las capitulaciones, todos los bienes que existen en poder de cualquiera de los cónyuges al hacerse la separación de ellos, se presumen gananciales mientras no se pruebe lo contrario (art. 2, 152, Cód. Civ.).¹

Así, pues, tales requisitos son tan útiles como necesarios para evitar los fraudes, las contiendas judiciales y los perjuicios, que sin ellos pudiera reportar uno de los cónyuges en sus intereses, por la falta de pruebas que acreditaran su propiedad sobre determinados bienes.

4º La declaración de si la sociedad es sólo de ganancias; expresándose por menor cuáles deben ser las comunes y la parte que á cada consorte haya de corresponder.

Es también esencial y necesario este requisito, pues, como dicen los redactores del Código, previene las cuestiones que pueden resultar de la comunicación de las ganancias; porque casi siempre que en una negociación hay utilidades, brotan diferencias enojosas.²

5º Nota especificada de las deudas de cada contrayente; con expresión de si el fondo social ha de responder de ellas ó sólo de las que se contraigan durante la sociedad, sea por ambos consortes ó por cualquiera de ellos.

Este requisito es indispensable, porque las deudas disminuyen necesariamente el haber que aporta el consorte deudor, y porque evita de una manera eficaz las dificultades que trae consigo el pago de ellas; pues constando de un modo expreso cuáles deben ser cargas de la sociedad, no se corre el peligro de que uno de los cónyuges tenga que responder de los abusos y mal cálculo del otro.³

6º La declaración terminante de las facultades que á cada consorte corresponden en la administración de los bienes y

1 Artículo 2,019, Cód. Civ. de 1884.

2 Exposición de motivos.

3 Exposición de motivos.

en la percepción de los frutos, con expresión de los que de éstos y aquéllos pueda cada uno vender, hipotecar, arrendar, etc.; y de las condiciones que para esos actos hayan de exigirse.

El más ligero examen de este último requisito hace conocer su importancia y su justicia, pues tiene por objeto determinar de una manera clara y precisa los derechos de cada uno de los cónyuges en la administración de la sociedad, y evitar las disputas de ellos sobre tan importante materia. Detallada la suma de facultades y derechos de los consortes, de la manera indicada, quedan asegurados su armonía y sus intereses, sin que por ello sufra perjuicio alguno la sociedad que constituyen.

Como dijimos al principio de esta lección, los contrayentes tienen la facultad más amplia para estipular las condiciones que creyeren más oportunas. En efecto: la ley declara de la manera más solemne, que los esposos pueden establecer todas las reglas que crean convenientes para la administración de la sociedad, siempre que no sean contrarias á las leyes (art. 2,121, Cód. Civ.).¹

Pero como esta facultad deja á los contrayentes en aptitud de separarse de las reglas que éstas señalan, pues no nos cansaremos de repetirlo, esas reglas se han dictado para suplir los defectos en que aquellos hubieren incurrido por impremeditación, ha sido preciso exigirles que hagan constar en las capitulaciones, de una manera expresa y determinada, las disposiciones legales que por ellas se modifican, é imponen al Notario, bajo la pena de veinticinco á cien pesos de multa, la obligación de hacer constar en la escritura, que advirtió á las partes dicha obligación, y que la sociedad voluntaria, en todo lo que no estuviere arreglado por

¹ Artículo 1,897, Cód. Civ. de 1884.

las capitulaciones, se gobernará por los preceptos que rigen á la sociedad legal (art. 2, 128, Cód. Civ.).¹

Sin embargo, existen preceptos sobre los cuales no tienen los consortes la facultad de modificarlos, porque, como dicen los redactores del Código, la justicia, el interés ajeno y el propio de los consortes, exigen el cumplimiento de los principios que en ellos se establecen.²

No pueden modificarse por las capitulaciones matrimoniales los siguientes preceptos:

I. El artículo 2, 102 del Código, que declara, que la sociedad voluntaria se rige, en defecto de las capitulaciones matrimoniales, esto es, en los casos no previstos por ellas, por los preceptos que rigen á la sociedad legal:³

II. El artículo 2, 151, que prohíbe la renuncia de los gananciales durante el matrimonio; pero la permite si se hace por escritura pública disuelto aquél ó decretada la separación de bienes:⁴

III. El artículo 2, 153, que niega á la afirmación de uno de los cónyuges y á la confesión del otro todo valor probatorio para acreditar que esa cosa le pertenece á aquél:⁵

IV. El artículo 2, 154, que declara que la confesión en el caso del artículo precedente, se debe considerar como donación, la cual no queda confirmada sino por la muerte del donante, y subsiste sólo en cuanto no fuere inoficiosa:⁶

1 Artículo 1,994, Cód. Civ. de 1884.

2 Exposición de motivos.

3 Artículo 1,968, Cód. Civ. de 1884.

4 Artículo 2,018, Cód. Civ. de 1884.

5 Artículo 2,020, Cód. Civ. de 1884.

6 Artículo 2,021, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la supresión de las siguientes palabras: "y que subsistirá en cuanto no fuere inoficiosa."

La reforma se hizo por estimarse innecesaria la parte suprimida, porque si se estima la confesión como una donación, es claro que debe quedar sujeta á todas las reglas establecidas para las donaciones, entre las cuales se encuentra. (Notas comparativas del Lic. Macedo.)

V. El artículo 2,155, que manda que se forme un inventario en las capitulaciones matrimoniales, ó en instrumento público separado, de los bienes que cada uno de los cónyuges aportare al matrimonio, y que á falta del inventario admita en todo tiempo prueba de la propiedad, reputando entretanto los bienes comunes:¹

VI. El artículo 2,163, que declara que ninguna enajenación que haga el marido en contravención de la ley ó en fraude de la mujer, perjudica á ésta ó á sus herederos:²

VII. El artículo 2,167, que declara que la mujer casada que legalmente fuere fiadora, en los casos de separación de bienes, responde con los que tiene propios, y en los de sociedad conyugal, sólo con los gananciales y con la parte que le corresponde en el fondo social:³

VIII. La fracción 1^a del artículo 2,169, que declará que no son cargas de la sociedad legal, las deudas que provengan del delito de uno de los cónyuges, ó de algún hecho moralmente reprobado, aunque no sea punible por la ley:⁴

IX. El artículo 2,173, que concede á los acreedores del cónyuge deudor la facultad de pedir la separación de los bienes de éste, y formar concurso especial con exclusión de los demás acreedores de la sociedad, menos cuando la separación de los bienes no fuere pedida dentro de tres meses contados desde la formación de la sociedad, y cuando hubieren hecho novación de la deuda, ó de cualquier otro modo hubieren aceptado la responsabilidad de aquélla:⁵

X. El artículo 2,174, que declara que son carga de la sociedad los atrasos de las pensiones ó réditos devengados durante el matrimonio, de las obligaciones á que estuvieren

¹ Artículo 2,022, Cód. Civ. de 1884.

² Artículo 2,030, Cód. Civ. de 1884.

³ Artículo 2,034, Cód. Civ. de 1884.

⁴ Artículo 2,036, Cód. Civ. de 1884.

⁵ Artículo 2,040, Cód. Civ. de 1884.

afectos, así los bienes propios de los cónyuges, como los que forman el fondo social.¹

XI. Los artículos 2,181 á 2,186, que declaran:²

1º Que en los casos de nulidad, la sociedad se debe considerar subsistente hasta que se pronuncie sentencia que cause ejecutoria, si los dos cónyuges procedieron de buena fe:

2º Que cuando uno solo de los cónyuges tuvo buena fe, la sociedad subsiste también hasta que cause ejecutoria la sentencia, si la continuación es favorable al cónyuge inocente; y que en caso contrario, se considera nula desde el principio:

3º Que si los dos cónyuges proceden de mala fe, la sociedad se considera nula desde la celebración del matrimonio; quedando en todo caso á salvo los derechos que un tercero tuviere contra el fondo social:

4º Que en los casos de divorcio necesario deben volver á cada consorte sus bienes propios, y la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, y tiene derecho á alimentos, si no ha dado lugar al divorcio; y que en caso contrario, aquél conserva la administración de los bienes comunes, con obligación de darle á ésta alimentos, si la causa no fuere el adulterio de ella:

5º Que en los casos de divorcio voluntario ó de simple separación de bienes, se observen para la liquidación los convenios que hayan celebrado los consortes y fueren aprobados por el juez, salvo lo convenido en las capitulaciones matrimoniales y lo que determina la ley:

6º Que la disolución y la suspensión no producen efecto respecto de los acreedores sino desde la fecha en que se les notifique el fallo judicial.

XII. Los artículos 2,189 y 2,190, que ordenan que se forme un inventario luego que se disuelva ó se suspenda la sociedad, y que se incluyan en él, específicamente, no sólo

¹ Artículo 2,041, Cód. Civ. de 1884.

² Artículos 2,048 á 2,053, Cód. Civ. de 1884.

todos los bienes que formaron la sociedad legal, sino los que deben traer á colación:¹

XIII. El artículo 2,191, que declara qué bienes deben traerse á colación:²

XIV. El artículo 2,192, que manda excluir del inventario el lecho y los vestidos ordinarios de los consortes:³

XV. El artículo 2,193, que manda que terminado el inventario se paguen los créditos contra el fondo social, y que se devuelva á cada cónyuge lo que llevó al matrimonio:⁴

XVI. Los artículos 2,195 y 2,196, que declaran, que en los casos de disolución de la sociedad por nulidad del matrimonio, no tiene el consorte que obró de mala fe parte en los gananciales, los que deben aplicarse á sus hijos, y á falta de ellos al cónyuge inocente:⁵

XVII. El artículo 2,197, que ordena que cuando los dos cónyuges obraron de mala fe, se apliquen á los hijos, y si no los hubiere, que se repartan entre ellos proporcionalmente al haber que cada uno llevó al matrimonio:⁶

XVIII. El artículo 2,200, que manda sacar del haber del marido el luto de la viuda:⁷

XIX. Los artículos 2,202 y 2,203, que mandan que, cuando hayan de ejecutarse simultáneamente la liquidación de dos ó más matrimonios contraídos por una misma persona, se admitan, á falta de inventarios, las pruebas ordinarias para fijar el fondo de cada sociedad; y que en caso de duda, se dividan los gananciales entre las diferentes sociedades, en proporción al tiempo que hubieren durado y al valor de los bienes propios de cada socio.⁸

1 Artículos 2,056 y 2,057, Cód. Civ. de 1884.

2 Artículo 2,058, Cód. Civ. de 1884.

3 Artículo 2,059, Cód. Civ. de 1884.

4 Artículo 2,060, Cód. Civ. de 1884.

5 Artículos 2,062 y 2,063, Cód. Civ. de 1884.

6 Artículo 2,064, Cód. Civ. de 1884.

7 Artículo 2,067, Cód. Civ. de 1884.

8 Artículos 2,069 y 2,070, Cód. Civ. de 1884.

Pero no son estas las únicas limitaciones impuestas á la facultad de que gozan los contrayentes, para estipular las reglas que estimen convenientes para la administración de la sociedad, porque no les es permitido derogar por ellas las leyes que se refieren á la patria potestad, la marital, el divorcio, la sucesión hereditaria, la tutela, etc., ó celebrar pactos contrarios á las leyes prohibitivas ó á las buenas costumbres, porque todas ellas son de orden público y no pueden estar al arbitrio de los particulares.

Tal es el motivo por el cual declara el artículo 2, 126 del Código Civil, que son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes ó las buenas costumbres; los deprivativos de la autoridad que respectivamente les pertenece en la familia y los contrarios á las disposiciones prohibitivas del mismo Código y á las reglas legales sobre el divorcio, sea voluntario, sea necesario, emancipación, tutela, privilegios de la dote y sucesión hereditaria, ya de ellos mismos, ya de sus herederos forzosos.¹

Resulta, pues, que los contrayentes no pueden celebrar los siguientes pactos, por estar prohibidos por la ley, bajo la pena de nulidad:

I. Los pactos contrarios á las leyes.

Se entiende que la prohibición se refiere no á todas las leyes en general, porque aquellas que importan la concesión de un permiso ó de un derecho, son, por regla general, renunciables, sino á aquellas que prohíben ó mandan hacer alguna cosa, que interesan al orden público y no están al arbitrio de los particulares, según la regla general contenida en el artículo 16 del Código Civil.

II. Los pactos contrarios á las buenas costumbres, porque estando proscritos de todos los contratos, por ser contrarios á la moral y al orden público, no pueden admitirse

¹ Artículo 1,992, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la sustitución de la palabra *legítimos* en lugar de *forzosos*.

en el contrato que tiene tanta trascendencia en la familia, que es la base de la sociedad:

III. Los pactos depresivos de la autoridad que respectivamente les pertenece en la familia, porque son contrarios al orden público.

Por lo mismo son nulos los pactos que tengan por objeto:

1º Privar al marido del derecho de patria potestad sobre sus hijos:

2º Privar al marido de los demás derechos que le otorga la ley como jefe de la familia:

3º Privar á la mujer del derecho de patria potestad sobre los hijos, que le corresponde á la muerte del marido:

4º Privarla de los demás derechos que sobre sus hijos le otorga la ley.

IV. Los pactos que tengan por objeto contrariar ó modificar las reglas que la ley establece:

1º Sobre el divorcio, voluntario ó necesario:

2º Sobre emancipación y tutela:

3º Sobre privilegios de la dote:

4º Sobre sucesión hereditaria de los mismos contrayentes ó de sus herederos forzosos.

La comunidad de intereses que supone necesariamente la sociedad conyugal, como la común, obliga á cada uno de los cónyuges á soportar una parte de las pérdidas, así como tienen derecho á percibir las utilidades. El objeto mismo de todas las sociedades nos demuestra la justicia y la legitimidad, que es, por otra parte, imprescindible, pues si fuera permitido cambiar esos principios, se desnaturalizaría la sociedad, cuyo objeto es dividir las ganancias y pérdidas entre los socios.

Tal es el motivo por el cual prohíbe el artículo 2, 122 del Código los pactos que tengan por objeto destruir esos principios fundamentales de toda sociedad, declarando que es nula toda capitulación en cuya virtud uno de los consortes haya de

percibir todas las utilidades, así como la que establezca que alguno de ellos sea responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda á la que proporcionalmente corresponda á su capital ó á las utilidades que deba percibir.¹

La ley supone, con razón, que los consortes no sólo están unidos por el interés, sino principalmente por el afecto; y como éste se manifiesta, por lo común, por medio de dádivas, ha querido impedir el abuso de ellas, para que no cedan en perjuicio de los herederos ni de los mismos cónyuges; y, por lo mismo, dispone que todo pacto que importe cesión de una parte de los bienes propios de cada contrayente, se considera como donación, y por consiguiente, sujeto á las reglas de las donaciones antenupciales y entre consortes (art. 2,125, Cód. Civ.).²

Sin embargo, pueden pactar los consortes que uno de ellos sólo deba tener una cantidad fija, en cuyo caso el otro ó sus herederos deben pagar la suma convenida, haya ó no utilidades (art. 2,123, Cód. Civ.).³

Finalmente: para garantizar á los acreedores contra el abuso que pudieran cometer los cónyuges ocultando las cláusulas de la sociedad y evitar los fraudes que pudieran cometer, declara el artículo 2,124 del Código Civil, que los acreedores que no hubieren tenido conocimiento de los términos en que estuviere constituida la sociedad voluntaria, pueden ejercitar sus acciones conforme á las reglas de la legal; pero que el consorte que en virtud de las capitulaciones no debe responder de la deuda, conserva salvos sus derechos para cobrar la parte, de los gananciales del otro consorte, y si éstos no alcanzan, de los bienes propios de éste.⁴

¹ Artículo 1,988, Cód. Civ. de 1884.

² Artículo 1,991, Cód. Civ. de 1884.

³ Artículo 1,989, Cód. Civ. de 1884.

⁴ Artículo 1,990, Cód. Civ. de 1884.