

sucedirá si la comunidad llega á disolverse por el divorcio, la separación de cuerpos ó de bienes? La comunidad se dividirá por mitad, esto no es dudoso, puesto que la condición de la partición desigual no se ha cumplido. Pero el esposo ó los herederos que debían aprovechar de la partición desigual ¿podrán reclamarla si la condición llega á cumplirse en su favor? Es una ganancia de supervivencia que la disolución de la comunidad no hace caducar. El esposo está, pues, con derecho á reclamarla así como los herederos del difunto. Se aplica, por analogía, á la cláusula de partes desiguales, la disposición del art. 1,518 que se refiere al preciput. Sólo que el esposo que tiene un derecho eventual á una parte mayor que la mitad no puede pedir caución á la otra; es por excepción al derecho común como el art. 1,518 concede este derecho á la mujer que obtuvo el divorcio ó la separación de cuerpos; y las disposiciones excepcionales no se extienden á casos no previstos aun por vía de analogía (1)

§ II.—DE LA COMUNIDAD CON PRECIO FIJADO.

367. La segunda cláusula de partición desigual prevista por el art. 1,520 es la que sólo da al esposo supérstite ó á los herederos del difunto una suma fija por todo derecho de comunidad; el art. 1,522 dice que esta cláusula es un *prefijo* que obliga al otro esposo ó á sus herederos á pagar la suma convenida, que la comunidad sea buena ó mala, suficiente ó no para pagar la suma. De aquí el nombre de *comunidad prefijada* bajo el cual esta cláusula está conocida. La palabra *prefijo* indica una convención aleatoria; una de las partes que tiene suerte de ganancia ó de pérdida renuncia á la

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 506 y nota 7, pfo. 530, y, en diversos sentidos, los autores que citan. Es por error como Odier está citado como enseñando la opinión contraria; declara adoptar la opinión de los editores de Zachariae (t. II, pág. 308, núm. 895).

buena suerte y se subtrae á las malas, aceptando una suma fija menor que los beneficios que pudiera realizar, y se pone al abrigo, en cambio, de las pérdidas que pudiera sufrir (art. 1,793). El prefijo de la comunidad no siempre es una convención hecha con este objeto; tiene también la mira de evitar la partición y el conflicto de intereses al que da lugar entre las familias ligadas cuando no hubo hijos racionales del matrimonio.

368. El prefijo puede ser estipulado, así como la cláusula de partes desiguales, ya sea en provecho del esposo supérstite, ya en provecho de los herederos del primer difunto. Si la cláusula sólo establece el prefijo para los herederos de uno de los esposos, caduca cuando el esposo sobrevive; por consiguiente, habrá lugar á partición igual por mitad. El artículo 1,523 lo decide así, conforme á la opinión de Pothier, y la solución no es dudosa; asimismo, cuando la cláusula dice que los herederos de la mujer tendrán por todo derecho á la comunidad, cierta suma, y si la comunidad se disuelve en vida de la mujer por el divorcio, la separación de cuerpos ó de bienes, la mujer tendrá derecho á la mitad de la comunidad; la cláusula caduca; tenía por objeto evitar la partición con los herederos de la mujer; no hay lugar á impedir la partición cuando no están llamados á la partición, pero no siendo estipulado el prefijo contra la mujer, ésta permanece bajo el imperio del derecho común. Esto no quiere decir que el prefijo no pueda ser estipulado contra la mujer tanto como contra sus herederos. Si se hubiera dicho que la *mujer ó sus herederos* sólo podrán pretender tal suma, la mujer no tendría derecho á la partición por mitad, cualquiera que fuera la causa de la disolución de la comunidad. (1)

369. El prefijo deja para uno de los esposos toda la co-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 453. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 429, núm. 191 bis.

munidad con el cargo de pagar la suma convenida á su cónyuge ó á sus herederos; esto será una ventaja si la comunidad es buena, y será una pérdida si es mala. Según el artículo 1,522, el esposo deudor del prefijo debe cumplirlo, aunque la comunidad fuese insuficiente para pagarlo. Esta es una de las suertes del contrato aleatorio; el esposo hubiera podido tener la suerte contraria. Pothier tiene el cuidado de explicar por qué el esposo debe cumplir el prefijo y no puede substraerse á su cumplimiento pretendiendo que la cláusula, siendo estipulada en su favor, puede renunciarla; Hay que darle una contestación perentoria, dice Pothier; es que está ligado por la convención; sufre las malas suertes como hubiera aprovechado de las buenas. (1)

370. El prefijo es obligatorio para el esposo que lo debe, sin distinguir si es el marido ó la mujer. Sin embargo, en la aplicación del principio hay que distinguir.

Si el marido es quien conserva la comunidad con cargo de pagar el prefijo á la mujer ó á sus herederos debe soportar todas las deudas; el que recibe el prefijo por todo derecho á la comunidad no está obligado á las deudas, porque sólo toma una suma fija en los bienes comunes; y las deudas están á cargo de la universalidad de los bienes y no gravan los particulares. Esto es verdad de un modo absoluto para lo que se refiere á la contribución á las deudas. En cuanto á las relaciones de los esposos para con los acreedores hay que distinguir. La convención de prefijo, así como ninguna otra, no deroga los derechos de los acreedores; éstos podrán, pues, perseguir por el todo al cónyuge que es su deudor personal; si es la mujer, tendrá un recurso por el todo contra su marido, porque para con él está libertada de toda contribución en las deudas. Si se trata de una deuda que la mujer no contrajo personalmente, el acreedor no podrá perseguirla, porque no está obligada como mujer común.

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 450.

Es en este sentido como debe entenderse el art. 1,524, según el cual el marido que retiene la totalidad de la comunidad está obligado á pagar las deudas de ésta, y en este caso los acreedores no tienen ninguna acción contra la mujer. El marido sólo debe pagar las deudas que proceden de él; en cuanto á las contraídas por la mujer, los acreedores tienen acción contra ella por el todo, á reserva del recurso que ésta tiene contra su marido. ¿Tienen también acción por el todo contra el marido en su calidad de socio? Sí, puesto que las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros en este sentido: que determinan la situación de los esposos asociados para con ellos; y el contrato dice que el marido debe soportar las deudas todas, luego los acreedores pueden promover contra él por el todo.

371. En principio el prefijo es también obligatorio para la mujer cuando ella es quien retiene la comunidad. Pero la mujer tiene un derecho que le permite librarse de las consecuencias de la obligación que ha contraído; tiene derecho de renunciar, y ninguna convención puede quitarle este derecho (art. 1,453). La mujer no lo puede ni por una convención aleatoria que le dé una suerte de utilidad que fuera considerada como una compensación á la facultad de renunciar. Pero como pudiera haber una duda, la ley se explicó terminantemente á este respecto: «Si es la mujer supérstite la que, mediante convenida suma, tiene el derecho de quedarse con la comunidad contra los herederos del marido, tiene la elección de pagar esta suma, quedando obligada á las deudas ó á renunciar á la comunidad y abandonar los bienes y sus cargos á los herederos (art. 1,524). Si renuncia se le aplica el derecho común de la comunidad legal. Si opta por el prefijo debe soportar las deudas de la comunidad; su situación es entonces como la del marido (núm. 370). (1)

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 460. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 431, núm. 192 bis V.

372. ¿Queda la mujer obligada á las deudas *ultra vires*, ó goza del beneficio de emolumento para con los acreedores para todas las deudas de la comunidad y para con su marido para toda clase de deudas? Creemos, con la mayor parte de los autores, (1) que la mujer no goza del beneficio de emolumento bajo el imperio de la cláusula de prefijo. El texto está concebido en este sentido. El art. 1,522 pone en principio que el prefijo es obligatorio para todas las partes; después viene el art. 1,524 que aplica este principio al marido sin ninguna modificación. En cuanto á la mujer, la ley admite una excepción á la regla del art. 1,522; permite que ésta se liberte del contrato de prefijo renunciando á la comunidad. Esta es una grave derogación de un principio fundamental: que las convenciones son la ley de quienes las hicieron (art. 1,134); por esto mismo esta disposición excepcional no puede ser extendida. Fuera del caso de renuncia, la mujer queda, pues, en la regla del art. 1,522; debe ejecutar el prefijo. Si se la permitiera oponer á su marido el beneficio de emolumento, el prefijo dejaría de ser una convención; ligaría al marido y no ligaría á la mujer, puesto que ésta no soportaría todas las deudas como lo prescribe el artículo 1,522; el marido, aunque sólo tome cierta suma por todo derecho de la comunidad, estará obligado á una parte de las deudas, lo que es contrario á otro principio igualmente fundamental; á saber: que aquel que sólo toma una suma no está obligado á las deudas. (2)

Se objeta, y esto es muy serio, que el beneficio de emolumento es tan esencial á la mujer como la facultad de renunciar á la comunidad, y que no puede abdicar más uno de estos derechos que el otro. Es verdad que hemos enseñado que la mujer no puede renunciar su beneficio de emolumen-

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 181, núm. 1598, y los autores que citan. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 430, núm. 192 bis III.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 507, nota 9, pfo. 530 y Bellot des Minières.

(núm. 64). Sin embargo, la ley parece hacer una diferencia entre ambos beneficios: el art. 1,453 prohíbe terminantemente, bajo pena de nulidad, toda convención por la que la mujer renunciara á su derecho de opción, mientras que no contiene la ley ninguna prohibición semejante para el beneficio de emolumento. Por esto mismo fuera difícil anular de un modo absoluto toda clase de convención que derogase el beneficio de emolumento. La cláusula de prefijo no es una sencilla renuncia al beneficio de emolumento; semejante renuncia no impediría á la mujer usar de tal beneficio; la mujer hace una convención aleatoria; si la suerte la favorece, recogerá una utilidad más ó menos grande que no hubiera tenido permaneciendo bajo el imperio del derecho común; este beneficio es la compensación de la suerte de pérdida que arriesga contratando el prefijo. Y eso que tiene un medio de ponerse al abrigo de toda pérdida, renunciando. Este derecho responde á la objeción que se toma en el favor que la ley concede á la mujer común; el art. 1,524 le conserva su privilegio esencial: la facultad de renunciar; si la comunidad es mala, la mujer renuncia; si es buena, nada tiene que arriesgar. Puede suceder, es verdad, que haya duda por razón de las deudas escondidas que el inventario no dé á conocer. A la mujer toca elegir; siempre tiene dos probabilidades: la de una ganancia si la comunidad es buena, y la de perder si la comunidad resulta mala. ¿Es equitativo que pueda ponerse al abrigo de la mala suerte por su beneficio de emolumento, y á la vez aproveche de las buenas suertes? Esto ya no sería un prefijo; no habría ya probabilidad de pérdida para la mujer, todas las probabilidades de pérdidas serían para el marido ó sus herederos, mientras que éstos, reducidos á una suma fija, nunca tendrían esperanzas de utilidad. ¿Es esto lo que quiso la ley dando á la mujer el beneficio de emolumento?

§ III.—DE LA CLAUSULA QUE ATRIBUYE TODA LA COMUNIDAD
A UNO DE LOS ESPOSOS.

373. Los esposos pueden también estipular que la *comunidad entera* pertenecerá al esposo supérstite ó á uno de ellos solamente. El art. 1,520 agrega: *en ciertos casos*. Esto quiere decir que la cláusula no puede ser estipulada sino bajo la condición determinada por el art. 1,525: «á reserva de que los herederos del otro esposo hagan la devolución de los aportes y capitales caídos en la comunidad por parte de su autor.» (1) No es, pues, la comunidad entera la que está atribuida á uno de los socios; la cláusula equivale á decir que cada esposo recoge sus aportes y que las gananciales quedan al supérstite, ó á uno de los esposos en caso de supervivencia. Esta cláusula modifica profundamente la comunidad legal; una de las partes tiene todas las utilidades, mientras que la otra no tiene ninguna parte. Una cláusula semejante no sería válida en las sociedades ordinarias; según el art. 1,855, la convención que diera á uno de los socios la totalidad de las utilidades es nula. El art. 1,525 hace, pues, mal en decir que la cláusula que da toda la comunidad á uno de los esposos es una convención entre socios. Si la ley la admite entre esposos, esto es al contrario, por derogación al derecho común y por favor al matrimonio. Es en este sentido como el art. 1,525 dice que la cláusula es una simple convención de matrimonio y no una donación; volveremos á este punto.

374. El cónyuge del esposo que toma toda la comunidad

1 La Corte de Bruselas ha sentenciado (19 de Mayo de 1841, *Pasicrisia*, 1841, 2, 307) que el art. 1520 y el art. 1525 prueban dos cláusulas diferentes. Basta leer los arts. 1520-1525 para convencerse de que el art. 1520 enumera las tres cláusulas de la partición desigual que están desarrolladas después en los artículos 1521 y 1525. La sentencia confunde además las liberalidades que los esposos pueden hacerse con las convenciones matrimoniales que la ley autoriza. Una sentencia de Bruselas de 14 de Febrero de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 117) refuta la sentencia de 1841, pero contiene otro error. Véase más adelante (número 385).

recoge sus aportes y los capitales caídos por su parte en la comunidad. ¿Para que tenga este derecho es necesario que lo estipule en el contrato de matrimonio? El art. 1,525 no lo dice: dice en substancia: los esposos pueden convenir que el supérstite tomará toda la comunidad; en este caso los herederos del primer difunto recogerán sus aportes. La devolución de los aportes está, pues, considerada por la ley como una consecuencia de la cláusula que *permite*, ó si se quiere, es la condición bajo la cual la ley permite estipular esta cláusula. De esto se sigue que la devolución de los aportes es un derecho; no necesita estar estipulada en el contrato de matrimonio. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1)

Pero sólo es en esta tercera cláusula del reparto desigual cuando la devolución de aportes es de derecho. En las otras cláusulas previstas por la sección VIII la ley no dice nada de la devolución de aportes; debiera, pues, ser estipulada por el esposo que toma en la comunidad una parte menor de la mitad, así como todas las demás cláusulas que derogasen el reparto igual. (2) Los esposos gozan de la más amplia libertad para sus convenciones matrimoniales; pero cuando derogan á la comunidad legal, es necesario naturalmente que lo digan. ¿Por qué, pues, la devolución de los aportes queda entendida en la cláusula del art. 1,525? Es porque la ley no permite la cláusula sino bajo tal condición. Esto no quiere decir que la convención que concediera la comunidad al esposo supérstite, sin que sus herederos tuviesen el derecho de recoger su aporte, fuera nula; sería válida, pero no produciría más efecto que la cláusula legal: ya no podría decirse que es una convención matrimonial. Sería un derecho de supervivencia; es decir, una liberalidad sujeta á re-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 508 y nota 12, pfo. 530. Rodière y Pont, t. III, pág. 191, núm. 1610. Douai, 9 de Mayo de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 214). Bruselas, 18 de Abril de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 268).

2 Douai, 7 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 147).

ducción; mientras que la cláusula del art. 1,525 es una convención de matrimonio que no está sujeta á reducción más que en favor de los hijos de primer matrimonio. (1)

375. ¿La devolución de aportes se hace bajo reducción de las deudas que la gravan? El art. 1,525 no se explica acerca de este punto, pero siendo el principio general que el pasivo sigue al activo, hay que decidir que el esposo, representando la universalidad de sus aportes, debe también soportar las deudas entradas en la comunidad por estos mismos aportes. Esto no es dudoso en lo que toca á la contribución entre los cónyuges ó sus herederos. En cuanto á los acreedores tienen acción contra el esposo en virtud del derecho común, pues las deudas que gravan sus aportes son las que había contraído antes de su casamiento y las que dependen de las sucesiones ó donaciones que tuvo durante la comunidad; es deudor personal de estas deudas y, como tal, obligado *ultra vires*. Si paga una de estas deudas tendrá siempre un recurso contra el otro esposo que guarda la comunidad, pues éste es quien debe soportarlas por razón del mobiliario que recoge. Si la comunidad pagó las deudas, le debe cuenta de ellas en el sentido de que sólo recoge su mobiliario deducción hecha de las deudas; lo que es muy justo, pues sólo puede recoger lo que aportó; y sólo hay aporte por lo que queda una vez deducidas las deudas.

El esposo ó sus herederos que recogen sus aportes no están obligados á las deudas de la comunidad, aunque las hubiesen contraído personalmente. Es verdad que no renuncian, pero la cláusula tiene un efecto análogo á la renuncia es que toda la comunidad queda á uno de los esposos; éste, tomando el activo, debe, en principio, soportar el pasivo. Sólo hay excepción para las deudas que gravan los aportes recogidos por el otro cónyuge ó sus herederos; como ésta es

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 190, núm. 1609, y, en diversos sentidos, los autores que citan.

la devolución de una universalidad, (1) sólo puede hacerse con el cargo de soportar las deudas presentes y futuras que dependen del mobiliario presente y futuro.

La cláusula tiene efecto para con los acreedores como todas las cláusulas de partición desigual. Así los acreedores tendrán acción por el todo contra el esposo que toma la comunidad y que, con este título, debe soportar las deudas, con excepción de las presentes y futuras que hayan caído en el pasivo por parte del otro esposo. Si éste se hubiese obligado á una deuda de la comunidad, quedaría sujeto á la acción de los acreedores, á reserva de su recurso contra el esposo que, tomando todos los bienes, debe soportar todas las deudas.

375 bis. Si fué estipulado que la comunidad pertenecía á la mujer superviviente, ¿ésta gozará de los beneficios de la mujer común? No hay ninguna duda en cuanto á la facultad de renunciar, puesto que la mujer no puede nunca abdicarla (art. 1,453). ¿Si acepta tendrá el beneficio de emolumento? La cuestión está controvertida y la solución es muy dudosa. Hemos admitido la negativa cuando los esposos han estipulado la cláusula de prefiijo, porque el texto la decide implícitamente contra la mujer. Este argumento falta en la tercera cláusula. Sin embargo, creemos que debe admitirse la misma decisión, porque los principios son los mismos. Los herederos del marido no toman nada de la comunidad, luego es imposible que estén obligados á las deudas, y, sin embargo, lo estarían si la mujer pudiera oponerles su beneficio de emolumento. Esta, al estipular que tendría toda la comunidad en caso de supervivencia, renunció tácitamente á dicho beneficio; en la hipótesis en la cual toma realmente todos los bienes, aquel que toma todos los bienes debe también soportar todas las deudas. No es esto quitar á

1 Colmet de Santerre se expresa mal diciendo que la devolución de los aportes se hace á título particular (t. VI, pág. 434, núm. 193 bis IV).

la mujer la protección de que goza como mujer común, puesto que conserva la facultad de renunciar á la comunidad si ésta es mala. (1)

376. El arr. 1,525 dice que el heredero del esposo difunto recoge los aportes y los capitales caídos en la comunidad por parte de su autor. ¿Cómo se hace esta devolución? ¿Es en naturaleza ó en valores? Ha sido sentenciado que la viuda era deudora en virtud del contrato de matrimonio, y, por consiguiente, los herederos del marido son acreedores; de esto la Corte de Casación ha concluido que no debía considerarse la devolución de los aportes como una partición, y que, por consiguiente, no había lugar á pagar un derecho de mutación ó de saldo. (2) La decisión nos parece muy jurídica. Debe aplicarse por analogía á la cláusula del artículo 1,525, lo que hemos dicho de la devolución de aportes (núm. 340). La cláusula no deroga las reglas de la comunidad legal en lo que toca á la composición activa de la comunidad y los derechos del marido. El mobiliario presente y futuro de los esposos entra en la comunidad; el marido es señor y dueño de ella; los acreedores del marido y de la comunidad pueden embargarlo; está á riesgo de la comunidad; los herederos del marido sólo tienen derecho al valor de los aportes.

377. Los herederos que recogen los aportes de su autor deben probar la consistencia y el valor del mobiliario presente y futuro que entró, por parte de su autor, en la comunidad. ¿Cómo se hace esta prueba? En este punto también hay que aplicar, por analogía, lo que hemos dicho de la cláusula de devolución de aportes (núms. 343 y 344).

378. ¿Cuándo se abre el derecho que la cláusula del artículo 1,525 atribuye al supérstite de tomar la totalidad de

1 Odier, t. II, pág. 321, núm. 913. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 509, nota 15, pfo. 530.

2 Denegada, 7 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 329). Compárese Rodière y Pont, t. III, pág. 192, núm. 1611.

la comunidad? Este es un derecho que pertenece al supérstite de los esposos ó á uno de ellos en caso de supervivencia. El derecho se abre, pues, á la muerte de uno de los esposos. A este respecto hay analogía entre la cláusula del art. 1,525 y el preciput. Debe, pues, aplicarse lo que hemos dicho de la apertura del preciput á la cláusula que da toda la comunidad al esposo supérstite. Si la comunidad se disuelve por el divorcio, la separación de cuerpos ó de bienes, se divide provisionalmente entre ambos esposos por mitad, á reserva de arreglar sus derechos después, según la cláusula, si la condición de supervivencia se realiza. (1) No hay lugar á caución porque la ley no da este derecho á los esposos. Sin embargo, hay una notable diferencia entre ambas cláusulas. El esposo contra el cual se pronuncia el divorcio ó la separación de cuerpos pierde su derecho al preciput, mientras que no pierde su derecho en la comunidad; el art. 1,525 dice terminantemente que este derecho no es una ventaja sujeta á las reglas de las donaciones, y la analogía no basta para extender los decaimientos

§ IV.—¿LAS CLAUSULAS DE PARTICION DESIGUAL SON LIBERALIDADES?

379. ¿Las cláusulas de partición desigual previstas por el art. 1,520 constituyen donación? El art. 1,525 dice que la tercera cláusula, la que atribuye toda la comunidad al esposo supérstite, "no está reputada como una mejora sujeta á las reglas relativas á las donaciones, ya sea en cuanto al fondo, ya en cuanto á la forma, sino sencillamente una convención de matrimonio entre socios." Lo mismo sucede con mayor razón con las otras dos cláusulas. (2) Lo que da á los esposos ó á sus herederos partes desiguales en el activo no

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 509, notas 13 y 14, pfo. 530, y los autores que citan. Denegada, l.º de Mayo de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 242).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 509 y nota 16, pfo. 530. Durantón, t. XV, página 236, núm. 202.