

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

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

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

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

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

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

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

§ I.—CLAUSULA DE PARTES DESIGUALES.

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

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

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

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

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



zón; los esposos están libres para arreglar la partición como quierán. (1)

363. El art. 1,521 agrega: "Cuando fué estipulado que el esposo ó sus herederos sólo tendrán cierta parte en la comunidad, como la tercera ó cuarta parte, el esposo reducido así ó sus herederos no soportan las deudas de la comunidad sino proporcionalmente á la parte que tienen en el activo." Así el esposo que toma una tercera parte del activo soporta las deudas por una tercera parte, mientras que el esposo que tomara las dos terceras partes de la comunidad soportaría las dos terceras partes de las deudas. ¿Qué debe entenderse por la palabra *soportar*? La expresión es general y comprende no sólo la contribución sino también la obligación; es decir, los aportes de los esposos entre sí y sus relaciones con los terceros.

Los esposos contribuyen entre sí á las deudas por la parte que toman en el activo. Esto no tiene dificultad, puesto que es el objeto de la cláusula. Si, pues, uno de los esposos perseguido como deudor personal por el acreedor paga toda la deuda tendrá un recurso contra su cónyuge en la proporción de la parte que éste toma en el activo. La mujer al casarse era deudora de una suma de 12,000 francos; después de la disolución de la comunidad debe pagar esta deuda por entero; si toma una tercera parte del activo sólo debe contribuir en las deudas por una tercera parte; luego tendrá un recurso contra su marido por las dos terceras partes de la deuda; en el caso, por 8,000 francos.

En cuanto á las relaciones de los esposos para con los acreedores la cláusula recibe también su aplicación; pero hay que distinguir, como bajo el régimen dotal, las deudas á que están obligados los esposos como deudores personales y las deudas que deben como socios. Las convenciones matrimoniales no perjudican los derechos de los acreedores

1 Durantón, t. XV, pag. 235, núm. 201.

contra el de los esposos que es su deudor; éste está obligado en virtud de una liga personal y queda obligada como tal; es decir, por el todo, cualquiera que sean las convenciones de las partes en cuanto á las deudas. ¿Cuáles son las deudas á que están obligados los esposos como deudores personales? Acerca de este punto trasladamos á lo que fué dicho en el capítulo *De la Comunidad Legal*. El esposo que haya pagado toda la deuda por promoción del acreedor tendrá, como acabamos de decirlo, un recurso contra su cónyuge ó sus herederos.

La cláusula de partes desiguales sólo tiene efecto para los acreedores para las deudas á que están obligados los esposos como socios; esta es la aplicación del derecho común. Las convenciones matrimoniales pueden ser opuestas á los terceros en tanto que no perjudiquen sus derechos. Es en virtud de este principio como los acreedores tienen acción por la mitad contra aquel de los esposos que no es su deudor personal, cuando los cónyuges están casados bajo el régimen de la comunidad legal. Si el contrato de matrimonio establece otra proporción para la partición de los bienes y de las deudas, los acreedores tendrán acción en dicha proporción contra el esposo á quien demandan como socio. En el ejemplo que hemos dado podrán demandar á la mujer asociada por sólo una tercera parte y tendrán acción contra el marido por las dos tercés partes.

La mujer goza de beneficios que el derecho común le concede. Puede renunciar á la comunidad, esta es una facultad de que no se la puede despojar; la ley anula toda convención contraria (art. 1,453). La mujer gozará también de su beneficio de emolumento en los casos y bajo las condiciones determinadas por la ley (art. 1,483); aun suponiendo que el contrato de matrimonio pueda derogar este beneficio, en el caso no lo derogó, puesto que la cláusula de partes des-



iguales nada tiene de común con el beneficio de emolumento. (1)

364. ¿Pueden los esposos establecer para el pasivo una proporción diferente de la que rige al activo? El art. 1,521 contesta que «la convención es nula si obliga al esposo así reducido ó á sus herederos á soportar una parte más fuerte ó si dispensa á los herederos de soportar una parte en las deudas igual á la que toman en el activo.» Esta disposición está tomada de Pothier; éste nos dirá por qué semejante convención es nula y cuáles son las consecuencias de la nulidad.

Se dice en el contrato de matrimonio que la mujer sólo tendrá una tercera parte en el activo de la comunidad y que soportará no obstante la mitad de las deudas. Esta convención está prohibida porque daría al marido el medio de mejorarse á expensas de la mujer haciendo adquisiciones sin pagarlas, pues tomaría las dos terceras partes de las ganancias, mientras sólo soportaría la mitad del precio.

El contrato de matrimonio dice que la mujer tendrá una tercera parte en la comunidad y que soportará una sexta parte de las deudas. Esta convención es nula porque permite al marido mejorar á la mujer á expensas suyas haciendo adquisiciones sin pagarlas, pues la mujer tomaría la tercera parte de las ganancias y el marido pagaría las cinco sextas partes del precio.

365. ¿Cuál será la consecuencia de la nulidad? Pothier decide que las convenciones son nulas por el todo, en el sentido de que serán consideradas como no existentes; y, por consiguiente, la comunidad se dividirá activa y pasivamente según el derecho común. Se hace una objeción. ¿Por qué es nula la convención? No es porque establece partes desiguales en el activo, la ley lo permite; es únicamente porque

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 505 y siguientes, nota 6, pfo. 530, y los autores que citan. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 425, núm. 189 bis II.

las partes en el pasivo no son proporcionales á las convenidas para el activo. La igualdad proporcional está rota, hay que establecerla manteniendo la partición desigual, pero en la misma proporción para las deudas y para los bienes. Pothier contesta á la objeción. No se pueden partir las dos partes de una sola y misma convención, esto sería hacer una nueva convención que las partes no entendieron contratar; si la mujer ha consentido en sólo tomar una tercera parte del activo, es porque sólo se ponía á su cargo la sexta parte de las deudas; no consintió en tomar sólo una tercera parte del activo, quedando cargada con la tercera parte de las deudas; la ley no puede imponerle una condición que no ha consentido. Este es el caso de aplicar el principio establecido por el art. 1,172: la condición prohibida por la ley es nula y hace nula la convención que depende de ella; y, en el caso, una de las cláusulas es la condición de la otra; la que reglamenta el pasivo depende de la que rige al activo y reciprocamente; la nulidad de una debe, pues, arrastrar la nulidad de la otra. (1)

Tal es el comentario auténtico del art. 1,521, puesto que los autores del Código sólo formularon en él la doctrina de Pothier. Hay que atenerse á ella; esto es lo que han hecho todos los autores, excepto Durantón; es inútil detenerse en su disenso, porque las razones que da han sido reputadas de antemano por Pothier. (2)

366. El art. 1,520 supone que la convención de las partes desiguales fué estipulada para el caso de supervivencia, ya sea que asigne al supérstite otra parte que la mitad, ya sea que asigne á uno de los esposos, en caso de supervivencia, una parte mayor que la mitad. En este caso la supervivencia es la condición de la partición desigual. ¿Qué

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 449.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 505 y nota 5, pfo. 530. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 426, núms. 189 bis III y IV. En sentido contrario, Durantón, t. XV, página 245, núm. 206.



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 nacidos 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 impedirlo 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.

to (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?