

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 asigna 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.

DE LA PARTICION DESIGUAL

391

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 quieran. (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 terceras 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 contra-
tar; 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 recíprocamente; 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, núm. 189 bis III y IV. En sentido contrario, Durantón, t. XV, página 245, núm. 206.

sucedará 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 Zachariæ (t. II, pág. 308, núm. 895).

DE LA PARTICION DESIGUAL

397

buena suerte y se substraen 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 impedirla 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. Dese 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?

§ 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 ganancias 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 prevén 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 derogan 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 (Daloz, 1852, 2, 214). Bruselas, 18 de Abril de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 268).

2 Douai, 7 de Febrero de 1850 (Daloz, 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 mobiliar que recoge. Si la comunidad pagó las deudas, le debe cuenta de ellas en el sentido de que sólo recoge su mobiliar 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 en

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

DE LA PARTICION DESIGUAL

405

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

La cláusula tiene efecto para con los acreedoras 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 supérstite, ¿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 prefijo, 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 Santérre 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 mobiliar 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 mobiliar 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 (Dallos, 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, 1.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.

es una mejora para el esposo que toma una parte mayor que la mitad, porque esta ventaja está compensada por la parte proporcional que toma en el pasivo. Si no hay deudas ó si el activo excede al pasivo resultará seguramente una mejora para el cónyuge que toma las dos terceras partes de la comunidad, aunque soporte las dos terceras partes de las deudas. Pero cuando la partición se hace por mitad, la comunidad legal puede también procurar una mejora para aquel de los esposos cuya fortuna es inmobiliar mientras que la fortuna de su cónyuge es mobiliar. Sin embargo, la ley no considera esta ventaja como una liberalidad sujeta á reducción, excepto cuando hay hijos de primer matrimonio (art. 1,496). Volveremos más adelante á este principio que se aplica á todas las cláusulas de comunidad convencional (art. 1,527). En cuanto al prefijo es un contrato aleatorio, lo que excluye la idea de liberalidad. La única cláusula que pudiera ser considerada como una donación es la del artículo 1,525 que da todas las utilidades á uno de los esposos, permitiendo sólo á los herederos del otro recoger los aportes de su autor. Cuando se estipula en provecho del supérstite tiene un carácter aleatorio en este sentido: que cada esposo tiene la misma probabilidad de tomar toda la comunidad, lo que excluye la idea de donación. Si duda los futuros esposos no especulan, cuando se casan, acerca de las probabilidades de vida ó de muerte que pueden tener; pero de hecho los derechos de cada uno son iguales y esta igualdad de probabilidades debe ser considerada en derecho como exclusiva de una liberalidad: no doy cuando tengo probabilidad de ganar. No sucede lo mismo cuando la cláusula está estipulada en provecho de uno de los esposos solamente; éste sólo en este caso tiene la suerte de ganar, el otro no tiene ninguna. Sin embargo, la ley no considera esta ventaja como una donación, sólo ve en ella una convención de matrimonio; desde luego para favorecer el matrimonio, y

DE LA PARTICION DESIGUAL

409

luego porque durante la comunidad la inseguridad de la muerte permite siempre á aquel que no está llamado á la comunidad entera esperar un reparto igual en el caso en que su cónyuge llegara á morir. (1)

380. El art. 1,525 dice en términos absolutos que la cláusula de partición desigual de que habla no está reputada como ventaja sujeta á las reglas de las donaciones. Esto es verdad del aporte y de la reducción que pueden pedir los herederos reservados, hijos y descendientes, pero no lo es para con los hijos de primer matrimonio. Estos pueden promover en virtud del art. 1,527, el cual establece una regla general aplicable á todas las convenciones de matrimonio; luego también á las cláusulas de partición desigual. El art. 1,525 lo dice también implícitamente; en efecto, agrega que las estipulaciones de partición desigual son convenciones de matrimonio, lo que quiere decir que están regidas por los principios que rigen las convenciones matrimoniales; luego el art. 1,527 es aplicable. Todo cuanto quiere decir el art. 1,525 es que la mejora resultante de las cláusulas de partición desigual no está sujeta á las reglas ordinarias de las donaciones referentes á la reducción. No habrá por lo demás ninguna razón para substraerlo á la acción de reducción que la ley da á los hijos de primer matrimonio; esta acción les debe pertenecer contra toda clase de convención matrimonial, si no el objeto de la ley no se alcanzaría y se abriría la puerta al fraude, que siempre sería fácil practicar en perjuicio de los hijos de primer matrimonio estipulando una cláusula de partición desigual. Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido y la solución no nos parece dudosa. (2)

1 Compárese Durantón, t. XV, pág. 253, núm. 214. Rodière y Pont, t. III, pag. 136, núm. 1603.

2 Casación, 3 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 43).

381. Cuando la ley dice que las cláusulas de partición desigual no están reputadas como mejoras sujetas á las reglas de las donaciones, esto significa que no se las considera de pleno derecho como liberalidades. Pero la ley no entiende decir que estas cláusulas no sean nunca donaciones. Cualquiera contrato, aun puramente oneroso, puede contener liberalidad disfrazada; lo mismo sucede con más razón con las convenciones matrimoniales que casi siempre son ventajosas para un esposo ó el otro. Y desde que hay liberalidad disfrazada la cláusula no es ya una convención matrimonial, hay que aplicarle los principios que rigen todas las liberalidades disfrazadas. ¿Cuándo hay liberalidad disfrazada? Esta es una cuestión de hecho que los jueces deciden según las cláusulas del acta y la situación de las partes.

El prefijo de comunidad parece, por su naturaleza, excluir toda idea de liberalidad. Esto es verdad si la convención es realmente aleatoria. (1) Pero los contratos aleatorios en apariencia esconden amenudo donaciones cuando no hay suerte igual de ganancia y de pérdida para ambas partes contratantes. Supongamos que el esposo que debe recibir un prefijo de 10,000 francos haya hecho un aporte de 20,000; la cláusula nada tendrá ya de aleatoria en su favor, puesto que tiene necesariamente una pérdida. La convención será válida, es verdad, pero la mejora que aquel esposo procura á su cónyuge poniendo en la comunidad 20,000 francos y tomando sólo 10,000, sin ninguna parte en las utilidades, será una donación de 10,000 francos, reductible, por consiguiente, en provecho de los herederos reservados. (2)

382. La cláusula del art. 1,525 es, de todas las cláusulas de comunidad convencional, la que se asemeja más á una liberalidad; es también la única acerca de la cual la ley ha creído explicarse; dice que la tal cláusula no está reputada

1 Bruselas, 26 de Junio de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 160).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 428, núm. 190 bis IV.

como una mejora sujeta á las reglas de las donaciones; pero agrega: á reserva de que los herederos del esposo que no toman nada en la comunidad ejerzan la devolución de los aportes y capitales caídos en la comunidad por parte de su autor. Esta devolución es una condición requerida por el art. 1,525 para que la cláusula esté considerada como una convención de matrimonio. Si el contrato atribuye la totalidad de la comunidad á uno de los esposos sin que los herederos del otro tuviesen el derecho de recoger los aportes de su autor, la cláusula contendría en realidad una donación de estos aportes en provecho del supérstite. Esto resulta del texto, pues el 2.º inciso del art. 1,525 no reputa convención de matrimonio sino á *la estipulación* tal cual está formulada en el primer inciso; es decir, la atribución de la comunidad al esposo supérstite y la devolución de los aportes del otro á sus herederos. Luego si los herederos del esposo difunto no recogen los aportes de su autor, la cláusula deja de ser una convención de matrimonio, es una liberalidad en cuanto á sus aportes. Se diría en vano que queda algo aleatorio en la convención, cada esposo podrá tomar la comunidad entera si tiene la suerte de sobrevivir. Contestaremos que no por esto deja de ser verdad que la cláusula contiene una liberalidad condicional en provecho del supérstite, y, aunque hecha bajo condición, la liberalidades una donación. Por esto la ley pone en una misma línea la estipulación hecha en provecho de uno de los esposos solamente y la estipulación hecha en provecho del supérstite de los esposos; una y otra cláusula sólo están *permitidas* á título de convención de matrimonio bajo la condición de que el esposo excluido de todo derecho en la comunidad recoja sus aportes. Esto prueba que la ley no considera en nada lo que puede haber de aleatorio en estas convenciones: hechas con la cláusula de devolución de aportes, son válidas á título de convenciones matrimoniales; hechas sin esta cláusula, ya no son conven-

ciones de matrimonio; no son nulas, pero sólo pueden valer como donaciones.

383. El principio nos parece ser incontestable, pero la aplicación da lugar á numerosas contiendas. Comenzaremos por hacer constar la jurisprudencia; ésta consagró el principio tal como acabamos de formularlo.

El contrato de matrimonio dice que el supérstite de los esposos gozará de todos los bienes de la comunidad; para dicho efecto, dice el acta, los futuros esposos se hacen recíprocamente donación irrevocable para y en provecho de cada uno. ¿Es esta una donación ó una convención de matrimonio? La dificultad se presentaba bajo el punto de vista de los derechos de mutación. El tribunal decidió que había donación, fundándose en los términos del acta y en la intención de las partes contratantes. En el recurso intervino una sentencia de denegada. Pero la Corte de Casación no motivó su decisión acerca de la intención de los esposos. Pone en principio que la estipulación calificada de convención matrimonial por el art. 1,525, y entre socios, sólo existe cuando los herederos del esposo difunto pueden ejercer sus devoluciones de aporte y de capitales caídos en la comunidad por parte de su autor. Y, en el caso, la convención que concedía al supérstite el usufructo de los bienes de la comunidad, no reservaba ningún derecho á los herederos del esposo difunto; lo que, dice la sentencia, establece claramente que la cláusula litigiosa constituye una verdadera donación y no la convención prevista por el art. 1,525. (1) La Corte no dice palabra de la intención de las partes; aunque hubiesen declarado terminantemente que entendían hacer una convención de matrimonio, la estipulación no hubiera valido como tal, puesto que no reservaba á los herederos del difunto la devolución de los aportes, sin lo cual no hay, en el caso, convención de matrimonio.

1 Denegada, 24 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1854, 5, 129).

En un negocio análogo, la Corte de Casación se prevaleció á la vez de la intención de las partes contratantes y del art. 1,525. Sin duda debe considerarse lo que quisieron hacer los esposos, puesto que la voluntad de las partes es la ley. Pero debe verse también si las partes tienen el derecho de hacer lo que pretenden. En el caso, la intención de los esposos concurría con la naturaleza de la convención para probar que habían hecho una liberalidad y no una simple convención matrimonial. Decían en el contrato que, queriendo darse pruebas recíprocas de su simpatía, hacían donación del usufructo de los bienes muebles é inmuebles que dependían de su comunidad al supérstite; lo que estaba aceptado por cada uno. La voluntad de hacer una donación era, pues, evidente. Por otro lado, resultaba de la cláusula que los herederos del primer difunto no tenían el derecho de recoger los aportes de su autor; el acta no reproducía, pues, la convención que el art. 1,525 *permite*; por tanto, no había convención de matrimonio. El Tribunal de Primera Instancia no había desconocido el principio, pero había dividido la convención considerándola sólo como liberalidad hasta concurrencia de aportes poco considerables, llegaban á 2,000 francos; de manera que el acta era, en parte, una donación, y en parte una convención matrimonial. Esto era partir un contrato que, según la intención de las partes y según la ley, era una donación por el todo. La decisión fué casada. (1)

El contrato de matrimonio dice que los futuros esposos, por ternura recíproca, se hacen respectivamente donación mutua, en la mejor forma que pueda valer una donación de todos los bienes que compondrían la comunidad á la muerte de uno de ellos; además, el supérstite gozará de los bienes propios del difunto. Fundándose en la intención de las partes contratantes, tal como resulta del conjunto de la cláusula, el tribunal decidió que la pretendida donación era una

1 Casación, 21 de Marzo de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 111).

convención de matrimonio. Sin duda la calificación que las partes dan á sus convenciones no es decisiva; citaremos más adelante sentencias de la Corte de Casación que no las tomaron en cuenta; pero cuando los términos del acta están en armonía con la naturaleza legal de la estipulación, fortifican la prueba que resulta de la ley; y según el art. 1,525, la cláusula deja de ser convención de matrimonio cuando tiene por objeto los aportes de los esposos; al estipular que dichos aportes pertenecerán al supérstite, los esposos hacen una enajenación á título gratuito, pues transmiten del disponente al gratificado todo ó parte de los derechos del primero en la comunidad, no pudiendo los aportes ser comprendidos en la convención de matrimonio que atribuye la comunidad al supérstite. (1)

384. Hemos citado las más recientes sentencias de la Corte de Casación; hay decisiones más antiguas que parecen contrarias á la última jurisprudencia. La dificultad está en saber cómo se pueden distinguir las donaciones hechas por contrato de matrimonio, de las convenciones matrimoniales autorizadas por el art. 1,525. Se dice que se debía consultar la intención de las partes. (2) Este no es el principio tal cual lo formula la Corte de Casación en sus últimas sentencias. Considera la intención, pero también el carácter legal de la estipulación, y por esto entiende la condición bajo la cual el art. 1,525 permite á los esposos atribuir toda la comunidad al supérstite. Como lo dice muy bien la Suprema Corte, la ley restringe esta cláusula á las gananciales, los propios de los esposos que entran en la comunidad no pueden ser atribuidos al supérstite á título de convención de matrimonio, sólo pueden serle dados á título de liberalidad. Aunque los esposos dijese que quieren hacer no una

1 Casación, 29 de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 198) y 15 de Enero de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 102),

2 Rodière y Pont, t. III, pág. 188, núm. 1607.

donación sino una convención de matrimonio, su voluntad es impotente, pues no pueden transformar en convención matrimonial una estipulación que contiene una donación. Y, por contra, si califican de donación la convención tal como la permite el art. 1,525, esta falsa calificación no impedirá que la disposición sea una cláusula de matrimonio. Tal es el principio consagrado por la jurisprudencia de la Corte de Casación, y creemos que es el verdadero: la voluntad de las partes tiene límites, no puede alterar la subsistencia de las disposiciones.

Hay una sentencia de la Corte de Casación que nos parece contraria al principio claramente precisado por su última jurisprudencia. El contrato de matrimonio estipulaba que para el caso (que se realizó) en que hubiera hijos nacidos del matrimonio, el supérstite tomaría la mitad de la comunidad, lo que es de derecho, y que en la otra mitad tendría una cuarta parte en propiedad y una cuarta en usufructo. ¿Era esto una donación ó una convención de matrimonio? La Corte decidió que era una convención de matrimonio, porque estaba estipulada en los términos de una convención que rige á la comunidad; y concluye que debía aplicarse el art. 1,525. No es exacto decir que la cláusula fué concebida en los términos del art. 1,521, pues resultaba de ella que el difunto no podía ejercer la devolución de sus aportes; luego esto no era la devolución permitida por el art. 1,525, era la donación del disponible entre esposos, y tal parecía haber sido la intención de la mente de los contratantes, puesto que limitaban la disposición á la cuarta parte en propiedad y la otra cuarta en usufructo; se ve por esto que querían dar todo cuanto la ley les permite darse; luego entendían hacer una liberalidad. Bajo todo concepto la estipulación no era la del art. 1,525. (1)

1 Denegada, Sala Civil, 1. ° de Agosto de 1855 (Dallos, 1855, 1, 355).

385. Insistimos en la cláusula del art. 1,525 porque es muy usada en Bélgica, y nuestras cortes la han interpretado algunas veces mal, en nuestro concepto. La Corte de Bruselas ha sentenciado primero que la cláusula del art. 1,520 difería de la cláusula del art. 1,525; después sentenció lo contrario. Bastará leer el art. 1,520 y los artículos que siguen, para convencerse de que estas disposiciones sólo explican las tres cláusulas previstas en el art. 1,520.

La Corte de Bruselas también ha sentenciado que cuando la comunidad entera está atribuida al supérstite, los herederos del difunto pueden recoger los aportes de su autor aunque el contrato de matrimonio no les reserve este derecho (núm. 374). Acerca de este punto está de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia francesa. Hemos expuesto más atrás la opinión general; nos parece dudosa. La devolución es una condición rigurosa para la validez de la cláusula, y es necesario que la cláusula esté estipulada tal cual la *permite* la ley. Este es el término del art. 1,525. Cuando menos, es necesario que la cláusula esté concebida de modo que no excluya la devolución que los herederos del esposo difunto pueden ejercer. Este es un punto esencial, como acabamos de decirlo al exponer la jurisprudencia.

Una cosa nos parece ser segura. Es raro que el contrato de matrimonio reproduzca la cláusula tal cual está formulada por el art. 1,525. Algunas veces las convenciones matrimoniales agregan una liberalidad tomada de los bienes propios del primero que muera y sin reservar la devolución de aportes á los herederos de éste; en este caso la cláusula contiene una liberalidad, y, por lo tanto, el art 1,525 es inaplicable. Ordinariamente la cláusula dice que el mobiliar de la comunidad pertenecerá al supérstite, lo cual excluye las gananciales inmobiliarias. Si las partes pueden excluir todas las gananciales al supérstite, les está permitido atribuirle una parte de las gananciales; pero para que esta sea una

convención matrimonial es menester que hayan excluido sólo las gananciales muebles: desde que las partes disponen de de sus aportes ya no es una convención de matrimonio, es una liberalidad. Es, pues, necesario que los esposos cuiden de precisar bien su intención, y el mejor modo es reproducir en el acta la disposición del art. 1,525, que reserva á los herederos del difunto la facultad de recoger los aportes de su autor. Si esta devolución queda entendida cuando los esposos estipulan la cláusula prevista por el art. 1,525, no lo está ya cuando hacen una estipulación diferente; es, pues, necesario que, en este caso, expresen claramente su pensamiento; la cláusula no es válida sino cuando versa en las gananciales, sea por el todo ó por una parte de ellas; es nula cuando comprende el mobiliar aportado por los esposos; nula en este sentido: que no puede valer sino como donación y no como convención de matrimonio.

La Corte de Bruselas no admite estos principios. Se dice en un contrato de matrimonio que el supérstite tendrá la propiedad plena y entera de *todos los muebles* de la comunidad, con cargo de pagar las deudas de ésta, y que tendrá además el usufructo *de todos los inmuebles* que deje el primero que muera. La Corte ha sentenciado que esta cláusula es válida como convención de matrimonio conforme al artículo 1,525. No da otro motivo más de que el que puede lo más puede lo menos; que si la cláusula puede atribuir toda la comunidad al supérstite, puede, con más razón, atribuirle parte de la misma, la comunidad mobiliar. Sin duda; pero es necesario que la convención sólo verse en las *gananciales*, no puede comprender los *aportes*; y la cláusula litigiosa abarcaba la propiedad plena y entera de todos los muebles de la comunidad, lo que, en la intención de los contratantes, comprendía el mobiliar aportado por el difunto; en efecto, daban al supérstite el usufructo de los propios inmo-

biliaries del difunto; su pensamiento era, pues, éste: el supérstite tendrá todo el mobiliar común y el usufructo de los inmuebles del primero que muera. Esta no es la cláusula del art. 1,525, es una liberalidad. El mismo contrato lo prueba, pues atribuía al esposo supérstite *todo* el mobiliar común, sin reservar nada á los herederos del difunto. ¿Qué hace la Corte? Nada dice de la devolución de aportes, que es la condición de validez de la cláusula, mientras que insiste en el modo de pago de las deudas, de las cuales el artículo 1,525 no se ocupa. (1)

Igual decisión en el caso siguiente. El contrato dice que, por causa del cariño singular que se profesan los esposos recíprocamente, fué convenido que el supérstite tendría el usufructo de todos los inmuebles dejados por el primero que muera; que, además, será *heredero* y propietario absoluto de todos los muebles que dejará el difunto, con cargo de pagar todas las deudas de la comunidad, y como á causa del advenimiento de hijos las *donaciones* pueden ser restringidas, los futuros esposos estipulan que sus convenios serán mantenidos en la mayor extensión que la ley pueda permitir. Fué sentenciado que esta cláusula es una convención de matrimonio, en virtud del art. 1,525. La Corte considera dicho artículo como una extensión del art. 1,094; esto es confundir todas las ideas; el art. 1,904 fija la cuotidad de lo disponible entre esposos, lo que supone una donación; mientras que el art. 1,525 dice terminantemente que la atribución de las gananciales no es una donación. Pero para que esto sea una simple convención de matrimonio es necesaria una condición esencial: es que los herederos del esposo difunto tengan el derecho de recoger los aportes de su autor. Y el contrato nada decía de esta devolución. La Corte de Bruselas pretende que esta reserva era inútil, puesto que es de derecho. Supongamos que no sea necesario estipularla; es

1 Bruselas, 24 de Julio de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 268).

menester, cuando menos, que el contrato no contenga una estipulación contraria. Y la cláusula litigiosa, lejos de limitar la atribución á *las gananciales mobiliarias*, atribuyó al supérstite *todos los bienes muebles del difunto*; lo que excluía terminantemente la devolución á los herederos. A decir verdad, los contratantes no pensaron aprovechar el art. 1,525; todas las cláusulas, todas las expresiones del contrato, probaban que pretendían hacerse liberalidades; por esto es que en lugar de atribuir las gananciales mobiliarias al supérstite los futuros se hacían donación del mobiliario del primer difunto en toda propiedad y de sus inmuebles en usufructo; y para que no hubiera ninguna duda acerca de su intención, agregan que, en caso de advenimiento de hijos, la liberalidad sería mantenida hasta concurrencia de lo más disponible. Es verdad que, para corregir la convención y hacerla entrar en los términos del art. 1,525, el supérstite ofreció hacer el abandono de los aportes á los herederos del difunto. La Corte hace constar este hecho; en derecho es inoperante; el ofrecimiento del supérstite era una nueva donación, y esta liberalidad no podía seguramente corregir la convención transformándola. (1) En el recurso de casación intervino una sentencia de denegada, y la Sala de Casación no examina la verdadera dificultad; trata en vano de mantener como convención de matrimonio una estipulación que, en el fondo y en la forma, era una liberalidad. (2)

Una sentencia más reciente, de la Corte de Bruselas, ha sentenciado lo mismo en un caso idéntico en el fondo; lo que prueba que es usada esta cláusula en nuestras provincias, á pesar de la diferencia de forma que sólo es de redacción. El contrato de matrimonio comienza por decir que el esposo supérstite será *heredero* mobiliario del primero que muera, tenga ó no hijos, con cargo de pagar las deudas de los espo-

1 Bruselas, 18 de Abril de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 134.

2 Denegada, 11 de Julio de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 232).

sos, y que, además, tendrá el usufructo de los propios inmuebles del cónyuge que llegue á morir primero. Tal es la cláusula que la Corte declaró ser una convención de matrimonio en virtud del art. 1,525; los términos del acta y el fondo de la disposición prueban, por el contrario, que esto era una liberalidad. En cuanto á los términos esto no es dudoso; la Corte lo confiesa, pero trata de demostrar que la estipulación, que era una donación en la forma, era en realidad la cláusula del art. 1,525. Esto es hacer decir á la cláusula todo lo contrario de lo que dice. El art. 1,525 *permite* atribuir al supérstite todo ó parte de las *gananciales*; desde que la cláusula contiene una disposición de los *aportes* es una donación. ¿Y qué decía el art. 1.º del contrato? Que el supérstite sería *heredero mobiliario* del primero que muriera, lo que excluía á sus herederos en lo que se refiere á los aportes; luego la estipulación que la Corte declara conforme al art. 1,525 era justamente su contrapeso. La Corte contesta á la objeción, que el art. 1,525 no exige que la devolución de aportes esté estipulada expresa ni tácitamente. Repetimos que esto es dudoso; pero lo que no lo es, es que la cláusula no debe excluir esta devolución; y decir que el esposo supérstite será heredero del mobiliario aportado por el difunto, es seguramente excluir á los herederos de éste. En definitiva, la disposición litigiosa era una liberalidad, tanto en el fondo como en la forma. (1)

386. La Corte de Casación de Bélgica ha pronunciado, acerca de la cláusula del art. 1,525, una sentencia que se aproxima á nuestra opinión. En el caso el contrato de matrimonio estipulaba una comunidad universal de los bienes muebles é inmuebles presentes y futuros. Después los esposos se hacían donación aceptada, y en la mejor forma que pudiera valer, de los bienes muebles y gananciales inmuebles, y sólo en usufructo los propios inmuebles del primero

1 Bruselas, 9 de Julio de 1860 (*Pasicrisia*, 1860, pág. 293).

que muriera. ¿Es esta la convención permitida por el artículo 1,525? La Corte lo sentenció así. En nuestro concepto, la cláusula litigiosa es una donación; las partes lo dicen y el fondo de la cláusula no permite confundirla con la que el art. 1,525 califica de convención de matrimonio. El contrato dice que los futuros esposos se hacen donación uno al otro y para el supérstite, de todos sus bienes muebles é inmuebles, luego de todos sus aportes y de las gananciales inmuebles; después explican que el supérstite tendrá la plena propiedad de los muebles y gananciales inmuebles, y sólo el usufructo de los propios inmuebles del primero que muera; no se hace ninguna reserva en provecho de los herederos de éste; el supérstite es, pues, donatario de los aportes muebles así como de las gananciales mobiliarias, lo que excluye á los herederos del difunto, á los que el contrato sólo reservaba la nuda propiedad de los propios de su autor. No siendo esta cláusula la que el art. 1,525 autoriza á título de convención de matrimonio, debía concluirse que era una liberalidad. ¿Qué contesta la Corte de Casación? No dice, como la Corte de Bruselas, que la reserva de la devolución de aportes está subentendida, y que la devolución es de derecho; admite que para los aportes del primero que muere, la cláusula es una liberalidad, pero mantuvo la cláusula á título de convención en cuanto al mobiliar ganancial. Hemos dicho más atrás (núm 384) que la convención no puede ser partida; que es una donación por el solo hecho de no estar redactada en los términos del art. 1,525. El principio nos parece ser incontestable en lo que se refiere á la reducción.

En el negocio sometido ante la Corte de Casación se trataba de la percepción del derecho de sucesión: no entraremos en este debate; importa sólo hacer constar que la Corte no validó la cláusula como convención de matrimonio, en lo que se refiere á los aportes porque el contrato

atribuía implícitamente estos aportes al supérstite sin reservar los derechos de los herederos del difunto. (1)

387. Tenemos aún una reserva que hacer contra la jurisprudencia de la Corte de Bruselas. El art. 1,525 no permite atribuir la comunidad entera al supérstite sino con esta restricción: que los herederos del difunto ejercerán la devolución de *los aportes y capitales caídos en la comunidad por parte de su autor*.. ¿Cuáles son estos aportes y capitales? El texto y el espíritu de la ley no dejan ninguna duda en este punto. Se trata del mobiliar que los futuros esposos aportan al casarse y el que les vence durante el matrimonio á título de sucesión. Esta es, bien, la significación de la palabra *aportes* y de la expresión *capitales caídos en la comunidad*; el texto es general, comprende la fortuna mobiliar de los esposos que entra en la comunidad en virtud del art. 1,401 y que los herederos del primero que muere tienen derecho de recoger cuando el contrato de matrimonio atribuye toda la comunidad al supérstite. El espíritu de la ley está igualmente en este sentido. ¿Por qué la ley no permite atribuir al supérstite los aportes del primero que muere? Porque ya no habría comunidad si uno de los esposos ó sus herederos no tuvieran derecho á nada y si el otro tomaba todos los bienes comunes. Además, hay donación cuando en virtud del contrato de matrimonio los bienes aportados por uno de los esposos se vuelven propiedad del otro, sin que éste ó sus herederos tengan alguna compensación.

La Corte de Bruselas no admite esta interpretación. Dice que los aportes y capitales que los herederos del primero que muere recogen son los que sólo entran en la comunidad á reserva de devolución. Tal es el precio de un propio inmobiliario entregado á la comunidad y del cual el esposo propietario ejerce la devolución (art. 1,433); la Corte cita también

1 Denegada, 11 de Diciembre de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 1, 375). Compárese Casación, 6 de Junio de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 1, 364).

las devoluciones que se hacen en virtud de las cláusulas de comunidad convencional, en los casos previstos por los artículos 1,453, 1,503, 1,514 y otros. (1) Esta es una extraña interpretación. Primero restringe la disposición del artículo 1,525 concebida en los más generales términos; viola el espíritu de la ley tanto como el texto, permitiendo lo que no permite la ley: atribuir al esposo supérstite el mobiliar que el primero que muera ha puesto en la comunidad; de manera que transforma una donación en convención de matrimonio. En fin, la Corte hace decir al legislador una cosa inútil; mejor dicho, una cosa que no tiene sentido. ¿Se concibe que diga la ley: no permite estipular que el esposo supérstite tendrá toda la comunidad sino á condición de que los herederos del primer difunto tengan el derecho de recoger lo que tienen el derecho de recoger?

388. Nos falta hacer observar que el art. 1,525 no es ya aplicable cuando la disposición comprende otros bienes que las gananciales; entonces es una donación que los esposos pueden hacer por contrato de matrimonio. ¿Pero cómo saber si la disposición traspasa límites del art. 1,525? En nuestra opinión la contestación es muy sencilla; la convención que la ley *permite* sólo puede comprender las gananciales, mobiliarias ó inmobiliarias, en todo ó en parte. Luego desde que comprende el mobiliar que los esposos aportan ó que les vence, se encuentra uno fuera de la cláusula permitida, y, por consiguiente, la estipulación es una liberalidad. La Corte de Bruselas parte de otro principio; para decir mejor, no lo tiene; una sola y misma cláusula está calificada por ella, alguna vez de donación y otra vez de contrato de matrimonio. Se dice en un contrato de matrimonio que los esposos se hacen mutuamente donación, para el supérstite, de la plena propiedad de los bienes muebles y

1 Bruselas, 14 de Febrero de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 117) y 10 de Julio de 1858 (*ibid.*, 1859, 2, 13).

del usufructo de los inmuebles que poseía á su muerte el que primero muera. Hemos relatado sentencias que deciden que esta cláusula es una convención de matrimonio (número 386). En otra sentencia la Corte resolvió que esto es una donación porque da al supérstite, no la totalidad de la comunidad sino, además de la plena propiedad de los muebles, el usufructo de los inmuebles que el primero que muera poseyera á su muerte. (1) No nos encargamos de conciliar decisiones contradictorias. En nuestra opinión la cuestión no es dudosa; hay voluntad de hacer una liberalidad y hay donación, puesto que los esposos disponen de sus aportes; mientras que el art. 1,525 sólo les permite atribuir las ganancias al supérstite.

El art. 1,525 supone que los esposos han atribuido al supérstite todas las ganancias. Fué sentenciado que esta disposición no es ya aplicable cuando la cláusula atribuye al supérstite determinados objetos de la comunidad. En el caso se decía que el supérstite tendría la propiedad de todos los muebles, comprendiendo los objetos de plata, ropa y provisiones, el usufructo de todos los capitales, rentas é inmuebles dependientes de la comunidad, y el usufructo de la mitad de los inmuebles, rentas y capitales propios del primero que muriera. Basta comparar esta cláusula con el texto del art. 1,525, para convencerse de que esto no es una convención que autorice el Código; queda, pues, en el derecho común; y la forma y el fondo probaban que los esposos habían entendido hacer una donación. (2)

SECCION VIII.—De la comunidad á título universal.

§ 1.—NOCIONES GENERALES.

389. Según el art. 1,526 “los esposos pueden establecer por el contrato de matrimonio una comunidad universal de

1 Bruselas, 2 de Agosto de 1839 [*Pasicrisia*, 1839, 2, 164].

2 Lieja, 5 de Agosto de 1843 [*Pasicrisia*, 1844, 2, 260].