

do en interés de la mujer, no es un derecho que establece la ley en favor del marido. Si éste descuida promover la mujer debe tener derecho de cuidar por sí misma de sus intereses. Esta es la opinión general. (1) Y lo que es verdad para las acciones lo es para cualquier acto de administración.

*SECCION V.—De la disolución de la comunidad.*

*Artículo 1.º De las causas de la disolución.*

§ 1.º —LA MUERTE.

176. El art. 1,441 dice: "La comunidad se disuelve: 1.º por la muerte natural." La muerte disuelve el matrimonio, luego debe disolverse la comunidad que es una consecuencia del matrimonio. Es verdad que las convenciones persisten en general después de la muerte de los contratantes; pero este principio recibe excepción para los contratos que sólo se forman por consideraciones personales. Tal es la sociedad (art. 1,865, 3.º) Tal debé también ser la comunidad, la sociedad de bienes confundándose con la sociedad de personas.

Según el art. 1,441, la comunidad se disuelve también por la muerte civil. Se sabe que la muerte civil está abolida en Bélgica por nuestra constitución, y en Francia por la ley de 31 de Mayo de 1854.

Hay un hecho que se asimila algunas veces á la muerte, es la ausencia. La ausencia no disuelve la comunidad, puesto que no disuelve el matrimonio; sin embargo, las medidas que la ley prescribe en interés de los herederos presuntos del ausente, traen un grave ataque á las convenciones matrimoniales. Después de la declaración de ausencia, el espo-

1 Durantón, t. XIV, pág. 433, núm. 317. Rodière y Pont, t. II, pág. 197, núm. 906.

so está llamado á pronunciarse, ya sea para la continuación provisional de la comunidad, ya para la disolución provisional. La comunidad está mantenida provisionalmente si el esposo presente opta por la continuación, pero este estado de cosas cesa cuando los herederos piden el envío definitivo. En este caso se reparten los bienes del ausente como se haría si hubiese muerto. La comunidad se liquida y divide. Sin embargo, cesa de hecho más bien que de derecho: si el ausente volviera la comunidad continuaría como si nunca se hubiese repartido. Traducimos por estos puntos al título de la *Ausencia*.

*Núm. 1. De la obligación impuesta al esposo supérstite de hacer inventario.*

177. El art. 1,442 dice que la falta de inventario después de la muerte de uno de los esposos no da lugar á la continuación de la comunidad. Esta disposición se relaciona al derecho antiguo que tiene por objeto abrogar. Según la mayor parte de las costumbres, la comunidad continuaba entre el esposo supérstite y los hijos menores del esposo difunto cuando el supérstite no había hecho inventario. No que esta continuación fuese de derecho plena, era una facultad para los hijos; la comunidad, en realidad, estaba disuelta por la muerte del padre ó de la madre, pero los hijos, á falta de inventario, tenían el derecho de mantenerla contra el esposo supérstite. (1) Decimos contra él, pues era á título de pena como continuaba la comunidad, y por una singular excepción. ¿Puede concebirse que haya comunidad, es decir, sociedad entre esposos á consecuencia del matrimonio cuando no hay ya matrimonio y que ha muerto uno de los socios? ¿Por qué permitían las costumbres que los hijos continuaran la comunidad? Esto era á título de pena, se de-

1 Tal era también el derecho antiguo en Bélgica. Gante, 11 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 341).

cía; una pena en el sentido del derecho civil; es decir, unos daños y perjuicios resultantes de la falta del esposo superviviente; no habiendo éste hecho inventario era muy difícil que los hijos menores estableciesen la consistencia de la comunidad, y, por consiguiente, sus derechos en ella quedaban comprometidos y podían ser lesionados. (1) De ahí una acción por daños y perjuicios.

Los autores del Código Civil que siguen generalmente la tradición en la materia de la comunidad, se apartaron de ella en este punto. ¿Por qué razón? La continuación de la comunidad daba lugar á dificultades y á contestaciones entre los hijos y el superviviente de los padres, en el frecuente caso en que éste contraía segundas nupcias; se formaba entonces una nueva comunidad á consecuencia del segundo matrimonio y, sin embargo, la comunidad con los hijos del primero seguía aún. Ambas comunidades se confundían en una sola que se llamaba *tripartita*, porque se dividía en tres personas: el esposo superviviente, los hijos del primer matrimonio y el segundo cónyuge. Este enlazamiento de ambas comunidades, teniendo cada una su pasivo y su activo, sus compensaciones, sus reportes y sus devoluciones, era una mina de pleito. Esto era resguardar bastante mal los intereses de los hijos, el tenerlos en una sociedad tan complicada y en procesos casi inevitables con su padre ó madre. (2) Además, y esto es un punto decisivo, la continuación de la comunidad chocaba con todos los principios de derecho y de justicia. Esto es lo que el orador del Gobierno expuso muy bien. Se quería castigar al esposo superviviente por haber descuidado de hacer inventario. Toda pena supone una falta. ¿Había necesariamente falta por el solo hecho de no firmar inventario? Si el superviviente no lo hacía, era muy frecuentemente por ignorancia ó para evitar gastos

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 771.

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 273, núm. 992.

cuando el activo de la comunidad era módico; y como las pequeñas sucesiones forman la mayor parte de éstas, la pena caía ordinariamente en padres que no eran culpables. La continuación de la comunidad hería los principios de derecho tanto como la equidad; era una injustificable anomalía: una sociedad que se disuelve y que se continúa, una sociedad que el superviviente contraía sin querer y muchas veces sin saberlo. (1)

178. Había un medio más sencillo de garantizar los intereses de los hijos y de todos aquellos que están interesados en que la consistencia de la comunidad fuera exactamente comprobada: esto es permitirles establecer la consistencia del mobiliario no inventariado por todas las vías de derecho, aun la fama pública. Tal es el sistema del Código: agrega á esto una doble pena cuando hay hijos menores. Primero, el superviviente está decaído del usufructo legal; esto es á la vez una ventaja pecuniaria para los hijos. Después, si éstos sufren un perjuicio por la falta de inventario, pueden reclamar daños y perjuicios, no sólo contra su padre ó su madre sino también contra el subrogado tutor.

179. ¿En qué plazo debe hacer el inventario el esposo superviviente para no incurrir en las penas que la ley señala á la falta de inventario? El art. 1,442 no prescribe plazo. De ahí una grave dificultad. De que la ley no dice que el inventario debe hacerse desde luego ¿debe concluirse que siempre se podrá hacer? Esto es absurdo, se dice, y en oposición con el espíritu de la ley. ¿Por qué quiere la ley que haya un inventario? Porque es el único medio de impedir que el mobiliario de la comunidad se disipe ó dilapide en perjuicio de los herederos del esposo difunto y en detrimento de los acreedores. Se necesita, pues, un inventario; pero para que éste sea una garantía, es preciso que se haga inmediatamente. Si se le puede hacer pasado años será imposible comprobar de una manera segura la consistencia del mo-

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 15. (Loché, t. VI, pág. 392).

biliar de la comunidad, aunque se supiera que no hay ningún descuido, ningún dolo, las más veces será muy difícil y quizá imposible distinguir el mobiliario de la comunidad del mobiliario propio del esposo superviviente. Un inventario tardío no ofrece ninguna garantía. En derecho nada hay más seguro. Se concluye de esto que el inventario debe hacerse en el plazo ordinario que la ley prescribe, el de tres meses; en este plazo que los sucesibles deben hacer el inventario, es también en el mismo plazo que la viuda debe hacer inventario si quiere conservar la facultad de renunciar la comunidad (art. 1,456). En el derecho antiguo las costumbres habían descuidado prescribir el plazo en el que el superviviente puede hacer inventario para impedir la continuación de la comunidad. El uso, dice Pothier, lo fijó en tres meses: ¿no es natural pensar que los autores del Código se han atendido á este uso? (1)

Tal es la opinión que se sigue generalmente. (2) No obstante, quedan muchas inseguridades en la doctrina, y la jurisprudencia está dividida. Hay autores que aplican el artículo 451, según el cual el tutor debe proceder á hacer inventario en los diez días. (3) Esta opinión es inadmisibles, nada hay de común entre el inventario del tutor y el inventario del art. 1,442. Proudhon tiene otro sistema que está aislado; es inútil exponerlo y combatirlo, puesto que nadie le hace caso. Creemos que no pertenece al intérprete establecer un plazo fatal en el que una formalidad debe ser cumplida bajo pena de decaimiento, pues se trata de un decaimiento y de disposiciones penales; esto es lo que parecen haber olvidado los partidarios de la opinión general; (4) la prueba

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 795.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 383, nota 2, pfo. 515. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 228, núm. 89 bis III.

3 Toullier, t. VII, 1, pág. 20, núm. 16. En sentido contrario, Odier, t. I, pág. 341, núm. 364.

4 Troplong discute largamente la cuestión (núms. 1,290-1,295) y no dice una palabra del motivo que hace la cuestión dudosa.

por fama pública está admitida á título de pena; la pérdida del usufructo es una pena, y también es una pena la responsabilidad solidaria del subrogado tutor. ¿Y puede haber una pena sin que esté pronunciada por la ley? El art. 1,442 establece, es verdad, las penas que acabamos de relatar; las liga á la falta de inventario, pero no dice que se incurren por el solo hecho de no haber hecho el inventario en los tres meses. Esto es agregar á la ley y agravar la pena, el fijar un plazo en el que se incurrirá. En todo caso, esto es una disposición puramente arbitraria que el legislador sólo puede prescribir. ¿Por qué tres meses más bien que diez días? Ambos plazos se encuentran en el Código: ¿por qué la doctrina y la jurisprudencia adoptan el plazo de tres meses? Puede haber buenas razones en teoría, pero estas razones se dirigen al legislador.

Se dice que esta opinión conduce al absurdo. ¿Evitará el esposo superviviente las penas del art. 1,442 haciendo un inventario pasado seis años, es decir, un inventario derisorio? Hay acerca de esta cuestión una excelente sentencia de la Corte de Bourges que contesta la objeción tanto como es posible contestarla. En el caso se trataba del decaimiento del usufructo legal que se reclamaba contra el padre por no haber procedido á hacer inventario en el plazo de tres meses. El usufructo legal, dice la Corte, es uno de los atributos del poder paterno y es de gran interés social conservar este poder intacto. Es seguro que la privación del usufructo tiene por resultado apocar, en cierta medida, la autoridad paterna: se castiga al padre en provecho del hijo. Bajo el punto de vista moral, la pena es muy grave; no se debe, pues, pronunciarla sino con la mayor circunspección. Y toda pena supone una falta; ¿la había cometido el padre por el solo hecho de no haber hecho inventario en un plazo que la ley no prescribe? La justicia criminal no titubeaba en res-

ponder negativamente. Y los principios son idénticos: el juez civil no puede, así como el juez criminal, establecer penas que la ley no pronuncia. ¿Qué debe decirse, en el silencio del Código, acerca del plazo en el que debe hacerse el inventario? El juez debe comprobar que la falta de inventario ha causado un perjuicio á los menores ó demás partes interesadas; si hubo perjuicio, hay culpa y, por lo tanto, la pena debe ser pronunciada. Si no hay perjuicio no hay culpa, y sin ésta no puede haber pena. ¿Se dirá que esto conduce á un círculo vicioso? ¿Cómo comprobar que hay perjuicio? Habría que comprobar la consistencia del mobiliar; y el único medio para esto es el inventario. La Corte de Bourges contesta que el juez decidirá según las circunstancias de la causa. No bastará que el supérstite haga un inventario en una época cualquiera para substraerse á las penas del artículo 1,442; si por el largo tiempo que pasó entre la defunción y el inventario se operó la confusión de bienes que quiso evitar el legislador, el tribunal podrá no tener en cuenta el inventario, puesto que este inventario no responde á la intención de la ley y, por consiguiente, declarará al padre decaído del usufructo legal. En el caso, el padre había hecho un inventario á los cuatro meses de la defunción; la sinceridad y exactitud del inventario no eran discutidas; no había, pues, falta de hecho, y de derecho no había violación de la ley, puesto que ésta no prescribe un plazo fatal. (1) Se ve que hay casos en los que se sentiría que hubiese un plazo fatal; sin embargo, preferiríamos que el Código hubiera fijado un plazo, hubiera evitado lo arbitrario del juez; y las buenas leyes, dice Bacón, son las que dejan menos al arbitrio de aquel que las aplica.

180. Se supone que no se hizo inventario en los tres meses, las penalidades del art. 1,442 están incurridas: ¿Puede

1 Bourges, 14 de Febrero de 1859 (Daloz, 1860, 2, 52). En el mismo sentido, Mourlón, t. III, pág. 80, núm. 185).

el juez relevar de dichas penas al esposo supérstite? En teoría, es seguro que el juez no tiene este derecho cuando un plazo es fatal; y si se admite que el inventario debe hacerse en los tres meses, es difícil no admitir que este plazo no sea fatal. (1) Pero la cuestión de legalidad es otra. Si un tribunal decidiera, como lo hizo la Corte de Bourges, que el padre no incurrió en las penas porque no tenía culpa ¿habría lugar á casación? No vemos cómo pudiera casarse una decisión por violación de la ley cuando no hay ley. Esto es también un argumento contra la opinión que acabamos de combatir, y nos parece decisivo. Se pretende que hay un plazo legal en el que el inventario debe hacerse, y la Corte de Casación no podría casar una sentencia que decidiera que las penas no han sido incurridas aunque el inventario no haya sido hecho en el pretendido plazo legal. (2) La jurisprudencia de las cortes de Apelación se pronuncia contra el decaimiento absoluto. Fué sentenciado que el decaimiento no debe ser pronunciado cuando no hay culpa que reprochar al padre supérstite; en el caso, el inventario no había sido hecho en el plazo de tres meses, pero este retardo de algunos días era debido á un impedimento del notario; además, la sentencia comprobaba que todo se había hecho con gran fidelidad. (3) Las mismas cortes que deciden en principio que el inventario debe ser hecho en los tres meses, admiten una reserva: El juez, dice la Corte de Orleáns, podría no pronunciar el decaimiento del usufructo si el retardo en la confección del inventario pudiera atribuirse á circunstancias de fuerza mayor. (4) De esto, á admitir que el esposo supérstite no está decaído cuando no tiene culpa, no hay mucha distancia.

1 Bourges, 14 de Febrero de 1859 (Daloz, 1860, 2, 52). En el mismo sentido, Mourlón, t. III, pág. 80, núm. 185).

2 Rodière y Pont, t. II, pág. 292, núm. 1,006.

3 Caen, 18 de Agosto de 1842 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,609).

4 Orleáns, 7 de Marzo de 1863 (Daloz, 1,863, 2, 100).

181. El art. 1,442 pronuncia penas para la falta de inventario; la ley no dice que el inventario debe ser regular y fiel, pero no necesita decirlo porque esto es de la esencia del inventario. De ordinario, el Código lo dice así: el artículo 1,456 prescribe á la viuda que quiere conservar la facultad de renunciar á la comunidad el hacer inventario *fiel y exacto*, y quiere además que dicho inventario se afirme por ella ser sincero y verdadero. Un inventario inexacto, infiel, sólo es pedazo de papel hecho para engañar á las partes interesadas, mientras que el objeto de la ley es garantizar sus intereses. La tradición está en este sentido. Las costumbres exigían un inventario para impedir la continuación de la comunidad. Este inventario, dice Pothier, debe ser fiel y contener todos los efectos de la comunidad que son del conocimiento del supérstite. El fin que la costumbre se propone al exigir un inventario, siendo el de comprobar la parte que tienen los hijos en los bienes comunes, es evidente que el supérstite no llena este propósito con un inventario infiel. Pothier extrañó con justicia que lo contrario haya podido decirse; sin embargo, con el espíritu de equidad que lo distingue agrega una reserva. Si las omisiones del inventario no son maliciosas, los efectos omitidos habiendo podido escapar á la memoria del supérstite, el inventario no dejará de ser valido á reserva de hacer un suplemento de inventario. Las leyes, dice Pothier, no obligan á lo imposible. (1) Al juez toca apreciar si la omisión es fraudulenta ó si es excusable. (2)

*Núm. 2. De la prueba del mobiliario no inventariado.*

182. Según el art. 1,442, la falta de inventario autoriza á las partes interesadas para dar la prueba de la consisten-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 793.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 385, notas 11 y 12. Rodière y Pont, t. II, página 291, núm. 1,004.

cia de los bienes de la comunidad, tanto por títulos como por la fama pública. Es inútil decir que la prueba puede hacerse por títulos, puesto que tal es el derecho común. Cuando la ley admite la fama pública, agrega ordinariamente que la prueba puede hacerse por testigos (art. 1,415). El art. 1,442 no habla de la prueba testimonial; de ahí un ligero motivo de duda. Se pudiera decir que aquellos que tienen derecho de requerir el inventario, habiendo podido procurar una prueba por título, no deben admitirse á la prueba testimonial (art. 1,348). Sin embargo, debe seguirse la opinión contraria. Admitir la fama pública es admitir implícitamente la prueba por testigos, puesto que la fama pública es una información; sólo que en lugar de declaración por aquellos que lo saben por haberlo visto, los testigos vienen á relatar lo que han oído decir; si el juez puede decidir por dices, con más razón debe creer en los testimonios de aquellos que dicen haber visto, (1)

183. ¿Quién es admitido á probar por testigos ó por la fama pública? El art. 1,442 responde que las partes interesadas. La expresión es general; comprende á los herederos del esposo difunto, á los terceros acreedores de la comunidad y á todos aquellos que tienen interés en conocer la consistencia y el valor mueble de la comunidad. Tal es también el espíritu de la ley; quiere dar una garantía á todos los que tienen un derecho en los bienes comunes; el esposo supérstite que no hace inventario está en falta para con todos ellos, luego todos los interesados pueden invocar la prueba por testigos ó por fama pública. Es en este sentido en el que Duveyrier, el relator del Tribunado, dijo: las partes interesadas *sin distinción*. (2)

Sin embargo, hay una sentencia que decide que los hijos menores pueden solos prevalerse del beneficio del artículo

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 7, núm. 4.

2 Duveyrier, *Informe* núm. 34 (Loché, t. VI, pág. 423.)