

educación que la ley pone á su cargo (art. 203). ¿Puede imputar estos gastos en las rentas de los hijos? La negativa nos parece segura; los gastos de manutención y de educación de los hijos deben ser soportados por los padres con esta calidad, aunque los hijos no tengan bienes; lo que es la regla general. Es verdad que si el hijo tiene bienes propios debe proveer á estos gastos, pero el art. 1,442 hace una excepción á la regla en el sentido de que el padre nunca puede aprovechar de las rentas de los hijos cuando la ley se las ha quitado, y las aprovecharía indirectamente si pudiera imputar en las rentas los gastos que la ley pone á su cargo. (1)

*Núm. 4. Responsabilidad del subrogado tutor.*

189. El art. 1,442 contiene, además, una tercera sanción de la obligación que impone al esposo supérstite de hacer inventario: dispone que el subrogado tutor que no le obligó á que lo hiciera está solidariamente obligado con él por todas las condenaciones que puedan ser pronunciadas en provecho de los menores. Esta es una disposición enteramente especial. En general, el subrogado tutor se limita á cuidar la gestión del tutor; sólo interviene activamente cuando los intereses del tutor se encuentran en conflicto con los de su pupilo (art. 420.) En el caso no hay conflicto; si la ley hace un deber al subrogado tutor de intervenir, obligando al tutor á hacer inventario, es para dar á los menores una garantía más contra el descuido ó el dolo del padre supérstite. Para no incurrir en la responsabilidad que la ley le impone, cuidará de que el esposo supérstite haga inventario. Si no lo hace quedará responsable. La falta de inventario puede causar un perjuicio á los hijos menores; si su padre ó madre no presentan los bienes de la comunidad tal como su consistencia está establecida por la fama común, queda-

1 Compárese Poitiers, 8 de Junio de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 215).

rá condenado á los daños y perjuicios, y el subrogado tutor quedará condenado solidariamente á pagarlos

Este es un caso en el que la solidaridad existe para la deuda de un tercero. El padre es deudor: el subrogado tutor es, pues, responsable por el padre. Se ha pretendido que la responsabilidad solidaria no estaba sometida á los principios que rigen la solidaridad; trasladamos á lo que se dijo acerca de esta cuestión en el título de las *Obligaciones*. En nuestro concepto los principios generales son aplicables. Se aplica también el art. 1,214, según el cual el codeudor solidario está obligado por toda la deuda para con los demás deudores cuando ésta fué contraída en su interés ó, como dice la ley, cuando el negocio sólo á él se refiere; los demás deudores solidarios no son, en este caso, considerados sino como caucionantes. Y tal es el caso previsto por el artículo 1,442: el negocio sólo concierne al supérstite, sólo él es deudor; el subrogado tutor, deudor solidario para con los hijos menores, es caucionante para con el esposo; si tuvo que pagar la deuda tendrá un recurso por el todo contra el esposo, del que pagó la deuda. (1)

190. La Corte de Metz ha aplicado la responsabilidad solidaria al subrogado tutor que había sido nombrado antes de la entrada en función de tutor. En el recurso intervino una sentencia de denegada. Se decía en apoyo del recurso que el subrogado tutor no podía ser declarado responsable de un perjuicio que le había sido imposible evitar. Había, pues, que distinguir, se decía, entre el perjuicio ya ocasionado cuando el nombramiento del subrogado tutor por la falta de inventario, y el perjuicio que es causado después. Esta distinción, muy hábilmente presentada por el abogado Fabre, no fué admitida. La Corte se funda en el texto que es terminante y absoluto: *todas las condenaciones*, dice el art. 1,442.

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 294, núm. 1,009. Metz, 24 de Enero de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,619).

Se dice en vano que el subrogado tutor no tiene la culpa del perjuicio anterior á su nombramiento; la ley sólo considera una falta, la de no haber hecho proceder al inventario: nada impide al subrogado tutor el obrar desde que está nombrado, para apremiar al esposo supérstite á que haga inventario; si no obra, es responsable, y lo es por *todas las condenaciones*. (1) Se entiende por las condenaciones que tienen su causa en la falta de inventario; si el esposo sufre condenas extrañas al inventario, no puede tratarse de declarar al subrogado tutor responsable por este punto; esto sería extender una responsabilidad enteramente excepcional; y las excepciones no se extienden. (2)

*Núm. 5. Aplicación analógica del art. 1,442.*

191. Las disposiciones del art. 1,442 ¿reciben aplicación á la comunidad convencional? Se enseña la afirmativa y la jurisprudencia está en el mismo sentido. (3) La decisión no es de contestar, pero no así los motivos que de ella se dan. Hay razón para decidir, dice Troplong, pues la comunidad convencional, tanto como la comunidad legal, dejan efectos comunes y una masa social de la que es muy importante constante la fuerza. Sin duda. ¿Pero á quién pertenece imponer obligaciones y sancionarlas con penas? ¿Al intérprete? Nó, seguramente. Sólo el legislador tiene este derecho y también sólo él puede extender penas por motivos de analogía; el juez no lo puede hacer. Dejemos las malas razones, puesto que hay una decisiva y que está escrita en la ley. El artículo 1,528 dice que «la comunidad convencional queda sometida á las reglas de la comunidad legal para todos los casos en los que no se deroga implícitamente en el contrato.» Sigue de ahí que ambos regímenes sólo hacen uno realmente;

1 Denegada, 12 de Abril de 1848 (Daloz, 1848, 1, 208).

2 Metz, 24 de Enero de 1843 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,619).

3 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. V, pág. 385, nota 14, pfo. 595.

luego el art. 1,442 es aplicable á la comunidad convencional. Por la misma razón debe aplicarse á la sociedad de gananciales que los esposos estipulan al casarse bajo el régimen dotal, pues la sociedad de gananciales es una cláusula de comunidad convencional y no pierde este carácter por la circunstancia de estar agregada al régimen dotal. (1)

192. En los demás regímenes exclusivos de la comunidad el art. 1,442 no puede recibir su aplicación. Esto está generalmente admitido en lo que se refiere á la privación del usufructo legal. La tradición, el texto y los principios concurren á probar que el art. 1,442 es extraño al régimen dotal de la separación de bienes y al régimen exclusivo de la comunidad. Son nuestras antiguas costumbres las que han impuesto al esposo común en bienes la obligación de hacer inventario bajo ciertas penas. Estas penas han sido modificadas por el Código Civil, pero sólo las ha aplicado, como se hacía en el derecho antiguo, al régimen de la comunidad. El art. 1,442 está colocado bajo el rubro de la disolución de la comunidad; sólo se refiere, pues, al esposo común en bienes. Aunque hubiera motivos de analogía para extenderlo á otros regímenes, el intérprete no podría tomarlos en cuenta, puesto que no le está permitido extender disposiciones penales, lo que sería hacer la ley. Aun puede contestarse que hay analogía. (2) No entremos en este debate, pues no tenemos que hacer la ley; nuestra misión se limita á interpretarla.

La opinión contraria encuentra, sin embargo, algunos partidarios, y les debemos una palabra de contestación acerca de la cuestión de principios. Rodière y Pont dicen que formando la comunidad el derecho común, toda disposición co-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 385 y nota 15, pfo. 515 y las autoridades que citan.

2 Véanse dos sentencias bien motivadas de Tolosa, 19 de Diciembre de 1839 y L.º de Abril de 1843 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 1,621). Esta es la opinión de la mayor parte de los autores (Aubry y Rau, t. V, pág. 385, nota 16).

locada en el capítulo de la *Comunidad* y susceptible de combinarse con los demás regímenes puede aplicársele. (1) Nosotros contestamos el principio. Los diversos regímenes tienen diferente origen y diferente carácter; no se dirá seguramente que la comunidad es la regla en lo relativo al régimen dotal y que los principios de la comunidad reciben su aplicación á este régimen en tanto que no se les deroga. Los dos regímenes nada tienen de común y cada cual debe ser interpretado por las reglas que le son propias y por la tradición á que se relaciona. Lo mismo sucede con los demás regímenes exclusivos de la comunidad. La liga que se pretende establecer entre la comunidad y los regímenes que la excluyen, sólo existe para con la comunidad convencional; el art. 1,528 que acabamos de transcribir lo dice; pero por esto mismo que la ley sólo lo dice de ambos regímenes exclusivos de la comunidad, no debe extenderse; esto liga á regímenes que excluyen toda sociedad de bienes.

193. El art. 1,442 contiene otra sanción igualmente penal, permitiendo á las partes interesadas probar la consistencia de la comunidad por la prueba de la fama pública. ¿Puede extenderse esta disposición á todos los casos en los que hay obligación por parte del esposo supérstite de hacer un inventario de la sucesión del cónyuge difunto? Creemos que la cuestión debe ser decidida negativamente por los motivos que acabamos de dar. Se trata de una prueba enteramente excepcional que la ley establece sólo en los casos en los que quiere castigar al cónyuge por no haber hecho el inventario que le ordena hacer. Sólo al legislador toca ver cuándo conviene pronunciar dicha pena. A riesgo de caer en lo arbitrario del antiguo derecho, hay que mantener estrictamente el principio: no hay penas sin ley penal, no hay excepción sin texto que la establezca.

1 Rodière y Pont, t. II, pág. 235, núm. 999. Toullier, t. VII, 1, pág. 11, núm. 10.

La Corte de Caen lo resolvió así: decidió que no había lugar á información por fama pública sino en los tres casos previstos por los arts. 1,415, 1,442 y 1,504, fundándose en que este género de prueba es exorbitante del derecho común. La prueba testimonial misma no puede ser admitida sino en los casos y bajo las condiciones determinadas por la ley; y se quiere que una prueba mucho más peligrosa se haga de derecho común, pues á esto se llega cuando se admite la aplicación analógica de la ley. En el recurso de casación intervino una sentencia de denegada; pero la Corte de Casación no admite la interpretación restrictiva consagrada por la Corte de Caen; el consejero relator la desecha terminantemente. La Suprema Corte se ha pronunciado en otra sentencia en favor de la interpretación analógica. (1) Los autores están igualmente divididos. (2)

#### § II.—EL DIVORCIO Y LA SEPARACION DE CUERPOS.

194. La comunidad se disuelve por el divorcio (artículo 1,441), porque el divorcio disuelve el matrimonio (art. 227); y no puede ya haber asociación entre esposos cuando no hay esposos ya. Según el art. 227, el matrimonio se disuelve por el divorcio legalmente pronunciado. Es el oficial del estado civil quien lo pronuncia en virtud de la sentencia que lo autoriza cuando tiene lugar por una causa determinada (art. 264) ó por la sentencia que lo admite por mutuo consentimiento (art. 294). La comunidad está disuelta desde el momento en que el oficial público ha pronunciado el divorcio. No se necesita otra formalidad. Cuando la co-

1 Caen, 23 de Junio de 1841, y denegada, 19 de Diciembre de 1842 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 941). Casación, 17 de Enero de 1838 (Daloz, en la palabra *Información*, núm. 107). Hay una sentencia de la Corte de Lieja, 12 de Enero de 1844, en el sentido de nuestra opinión (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,598; *Pasicrisia*, 1844, 2, 115).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 386, pfo. 515. Troplong, t. I, pág. 263, núm. 821. En sentido contrario, Marcadé, t. V, pág. 580, núm. III del art. 1,442 y los autores que cita.