

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? No, 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 (Dalloz, 1848, 1, 208).

2 Metz, 24 de Enero de 1843 (Dalloz, 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 1.º de Abril de 1843 (Dalloz, 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, p. g. 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.

munidad se disuelve por la separación de bienes, la ley multiplica las formas con el fin de dar publicidad á la sentencia que pronuncia la separación. El legislador ha creído, sin duda, que estas formalidades eran inútiles cuando se trata del divorcio. El procedimiento del divorcio tiene, es verdad, una gran publicidad, y el divorcio se pronuncia públicamente por el oficial del estado civil. Sin embargo, por interés de los terceros que contratan con los esposos, hubiera sido útil el hacer pública la disolución del matrimonio. Ha sucedido que un marido divorciado haya enajenado las ganancias de la comunidad; la venta fué declarada nula á pesar de las reclamaciones del comprador que alegaba la ignorancia del divorcio y su buena fe. La Corte de París dijo muy bien, que toca á los terceros que tratan con una persona, el asegurarse de su estado y calidad, y que la buena fe del adquirente no puede dar á quien vende el derecho de transmitir la propiedad de una cosa que no le pertenece. (1)

195. No debe confundirse el divorcio con la anulación del matrimonio. Pothier dice que la sentencia que declara nulo el matrimonio no es tanto una disolución de la comunidad conyugal como una declaración de que nunca hubo verdadera comunidad. Esta es la consecuencia de los principios que rigen la nulidad de las actas. Cuando una acta es nula está como si nunca hubiera existido. No hubo, pues, matrimonio cuando éste fué anulado, y sin matrimonio no hay comunidad entre esposos. Sin embargo, Pothier dice que, en este caso, hay entre las partes una sociedad de hecho; por consiguiente, cada una retira lo que ha puesto y se reparten las utilidades. (2) Se sabe que estos principios reciben excepción cuando el matrimonio es putativo. Traducimos á lo que fué dicho en el título del *Matrimonio*.

1 París, 22 de Marzo de 1810 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,562).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 508.

196. «La separación de cuerpos implicará siempre la separación de bienes» (art. 311). Hemos expuesto los principios en el título del *Divorcio* (t. III, núm. 351). En cuanto á las dificultades que presenta la aplicación del principio, las encontraremos al tratar de la separación de bienes. Esta puede ser pedida directamente y disuelve la comunidad tanto como cuando los esposos se separan de cuerpos (artículo 1,441). Pero hay esta diferencia: que la separación de cuerpos y, por consiguiente, la de bienes que resulta, puede ser pedida por cada esposo, mientras que sólo la mujer puede pedir directamente la separación de bienes. Vamos á dar las razones al tratar de la separación de bienes.

§ III.—DE LA SEPARACION DE BIENES.

197. La separación de bienes sólo puede resultar de una sentencia. Toda separación voluntaria es nula (art. 1,443). Este principio se aplica á la separación de cuerpos. Los esposos convienen algunas veces en vivir separados sin sentencia judicial que los separe de cuerpos ni de bienes. Estas convenciones son nulas. No depende de la voluntad de los esposos el substraerse á las obligaciones que han contraído al casarse; y la vida común es la primera de estas obligaciones. La mujer está obligada á vivir con el marido y éste está obligado á recibir á su mujer (art. 214). Este deber no cesa sino por la sentencia que declara á los esposos separados de cuerpos. La convención de separación de cuerpos voluntaria, es, pues, radicalmente nula como contraria al orden público; es una de esas convenciones que la doctrina considera como inexistentes, porque no tiene objeto legal ni causa lícita (arts. 1,131 y 1,133). Por consiguiente, no puede producir ningún efecto. En vano estipulan los esposos una pena para asegurar su ejecución; la nulidad de la

obligación principal arrastra la de la cláusula penal (artículo 1,227).

La jurisprudencia está en este sentido. Ha sido sentenciado que la convención hecha por los esposos de vivir separadamente no es obligatoria. Por consiguiente, el esposo que en virtud de esta convención renunció á perseguir una demanda en separación de cuerpos, no está ligado por su renuncia aunque hubiese ejecutado el tratado. (1) Toda convención ó renuncia semejante es nula, dice la Corte de Burdeos, y no puede producir ningún efecto. (2) Las separaciones voluntarias están ordinariamente acompañadas de convenciones pecuniarias: uno de los esposos se obliga á pagar una pensión al otro; se entiende que la convención principal, siendo nula, las convenciones accesorias no pueden tener efecto. (3) En el caso juzgado por la Corte de Grenoble, la mujer se había obligado á pagar al marido una pensión de 4,000 francos. Que la obligación esté contraída por la mujer ó por el marido poco importa, siempre está marcada de nulidad. Ambos esposos se deben, sin duda, socorro y asistencia: el marido debe ministrar á su mujer todo lo necesario para la vida, y la mujer está obligada á contribuir á los cargos de la casa, según las convenciones matrimoniales. Pero estas obligaciones recíprocas suponen una vida común; fuera de ésta todo es ilegal y marcado de absoluta nulidad.

198. Estas convenciones son nulas aunque sólo se refieran á los intereses pecuniarios de los esposos y que subsista la vida común; el art. 1,443 declara nula cualquiera separación voluntaria de bienes. La razón está en que las convenciones matrimoniales son irrevocables y no pueden sufrir ningún cambio después de la celebración del matrimo-

1 Caen, 11 de Abril de 1818 (Daloz, en la palabra *Separación de cuerpos*, núm. 14).

2 Burdeos, 3 de Febrero de 1853 (Daloz, 1854, 2, 9).

3 Grenoble, 11 de Marzo de 1851 (Daloz, 1853, 2, 63).

nio (arts. 1,394 y 1,395). Y la separación voluntaria sería un nuevo régimen que reemplazaría á la comunidad legal. Esta disolución de la comunidad, seguida de un nuevo régimen, sólo puede hacerse por sentencia; daremos las razones más adelante. Consentida por los esposos, es radicalmente nula. Poco importa, dice Pothier, que la mujer tenga justos motivos para pedir la separación de bienes, es necesario que la promueva en justicia. Pothier dice que la separación voluntaria pudiera tener por objeto ventajas directas entre esposos, y en el antiguo derecho estas liberalidades estaban prohibidas. (1) Hay otras razones que se oponen á toda modificación á las convenciones matrimoniales y, ante todo, al interés de los terceros. Se dirá que el interés de los terceros no impide que la mujer obtenga la separación de bienes en justicia. Nó, pero los acreedores podrán intervenir en la instancia con objeto de cuidar que la separación de bienes no se haga en fraude de sus derechos, y la ley prescribe formas y condiciones que tienden al mismo objeto; los terceros no tendrían estas garantías en una separación voluntaria; esto era un motivo determinante para prohibirla.

Los esposos han tratado de substraerse á la prohibición del art. 1,442 calificando sus convenciones de transacciones. En el curso de un proceso en separación de bienes, las partes transan; el marido da á la mujer una autorización general para administrar y enajenar no sólo sus propios sino también las gananciales, y estipula en compensación una renta vitalicia. Era preciso una singular ignorancia para consentir convenciones radicalmente nulas en virtud de las terminantes disposiciones del Código. (2) Las cláusulas penales agregadas á una convención nula son igualmente nulas por el texto de la ley (art. 1,227); y, en el caso, la convención

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 514.

2 Riom, 9 de Junio de 1817 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,698).

era más que nula, era inexistente. (1) Ha sucedido, sin embargo, que las partes han ejecutado las convenciones procediendo á una liquidación y á una partición de la comunidad; el marido entregó sus propios á la mujer. De ahí dificultades cuando una de las partes interesadas pide la nulidad de las convenciones y de todos los actos de ejecución. ¿Deberá la mujer restituir lo que recibió? Se enseña que el marido no está liberado por los pagos que hizo; que á pesar de dichos pagos la mujer tiene derecho de ejercer sus devoluciones á reserva sólo de tener en cuenta los valores que existían en sus manos ó que han servido á su provecho. (2) Este último punto nos parece más que dudoso. Que la mujer pueda ejercer todos sus derechos, como si no hubiese convención, esto es seguro, puesto que la convención no tiene existencia legal y no puede producir ningún efecto; pero, por su lado, la mujer debe restituir lo que recibió, porque lo recibió sin causa y que lo detendría sin causa. Declarándola obligada sólo hasta concurrencia de lo que aprovechó se la pone en la misma línea que el menor y se supone que había deuda; el art. 1,241 dice que el pago hecho al acreedor es nulo si era incapaz para recibir, á no ser que el deudor pruebe que la cosa pagada salió en provecho del acreedor. Esta disposición es inaplicable al caso, pues no hay acreedor ni deudor. Hay una convención ilícita; el art. 1,131 dice que esta convención no puede producir ningún efecto; luego las partes deben colocarse en la situación que tenían antes de haber contratado. Esto decide la cuestión. Se objeta que siendo el pago indebido debe aplicarse á la mujer el principio que aquel que recibe de buena fe lo que no se le debe no está obligado á restituir sino en cuanto le aprovechó el pago. Contestaremos que la mujer no puede invocar este

1 Caen, 14 de Noviembre de 1825 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,713).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 386 y nota 18, pfo. 515 y las autoridades que citan.

principio; es parte en una convención ilícita, luego tiene tanta culpa como el marido; este es el caso de los arts. 1,131 y 1,133, y no el caso del cuasicontrato del pago indebido previsto por el art. 1,376. (1)

ARTICULO 2.—De la separación judicial. (2)

§ 1.º —¿QUIÉN PUEDE PEDIR LA SEPARACIÓN?

Núm. 1. De la mujer.

199. La mujer puede pedir la separación de bienes; el marido no lo puede hacer (art. 1,443). Pothier dice que la razón es que el marido tiene solo á su libre disposición todos los bienes de la comunidad. (3) Es, en efecto, el poder del marido el que justifica el derecho ó privilegio que la ley concede á la mujer. Está excluida de la administración; aunque el marido disipase la comunidad en gastos locos ó en especulaciones desgraciadas, no tiene derecho de oponerse á ello. Sin embargo, es asociada; aporta su dote, su trabajo, su economía en la gestión de los intereses comunes, toda su fortuna quizá estará comprometida en la sociedad conyugal: si el marido disipa los bienes la mujer perderá todo cuanto por su parte entró en la comunidad, en bienes, en cuidados, en economías, y se verá reducida á la miseria con sus hijos. La ley debía á la mujer una compensación. Cuando está probado que la comunidad organizada en interés de ambos esposos amenaza un desastre para la mujer, debe tener el derecho de pedir su disolución.

El motivo que justifica el derecho de la mujer prueba á la vez que el marido no lo puede tener. Es una garantía

1 Esta es, poco más ó menos, la opinión de Troplong, salvo que ahoga su pensamiento en un diluvio de palabras (t. I, pág. 393, núm. 1,349).

2 Dutruc, *Tratado de la separación de bienes judiciales*. París, 1853, 1 volumen en 8.º

3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 513.