

nulidad por la no observancia de esta formalidad, no pudiendo extenderse la pena de nulidad por analogía. (1)

247. El art. 1,445 pronuncia la nulidad de la ejecución por falta de publicidad de la sentencia. ¿Debe extenderse esta sanción á la inobservancia de las formalidades prescriptas por el art. 872 del Código de Procedimientos? Hay un motivo de duda, es que no se extiende la nulidad. En materia de procedimiento es de principio que ninguna acta puede ser declarada nula si la nulidad no está terminantemente pronunciada por la ley (art. 1,030). Sin embargo, no han prevalecido estas dudas, y con razón. Debe, desde luego, apartarse el art. 1,030 que sólo concierne á las *actas de procedimientos*; no puede calificarse así el anuncio en un tribunal y la inserción en los periódicos. Además, el art. 872 del Código de Procedimientos y el art. 1,445 del Código Civil sólo forman en realidad una sola disposición, teniendo un solo y mismo objeto, la publicidad. No se concibe que uno de los elementos de la publicidad fuera sancionado por la pena de nulidad, mientras que el otro quedaría sin sanción. Quizá estas razones no sean suficientes, pero hay otras que son decisivas. El art. 872 agrega en el final: "todo esto sin perjuicio de las disposiciones citadas por el art. 1,445 del Código Civil." Y el art. 1,445 ordena la publicidad de la sentencia bajo pena de nulidad de la ejecución; esta nulidad alcanza, pues, cualquiera inobservancia de las formas prescriptas por la publicidad, las del art. 1,445 completadas por las del art. 872 que están concebidas en forma irritante y, por consiguiente, implican nulidad. Tal es la jurisprudencia (2) así como la doctrina. (3)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 241, núm. 93 bis I y II.

2 Véanse, entre otras sentencias, Caen, 15 de Julio de 1828 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1779) y Amiéns, 25 de Diciembre de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1777). Compárese *Pasicrisia*, 1861, 2, 301, en nota acerca de la requisitoria del Procurador General Donny.

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 396 y nota 26. Rodière y Pont, t. III, pág. 625, núm. 2143.

248. La separación de bienes resultante de la separación de cuerpos ¿debe hacerse publicar? Según el Código de Procedimientos, art. 880, un extracto de la sentencia que pronuncia la separación debe ser publicada, *como se dice en el art. 872*. ¿Es esto bajo pena de nulidad? La Corte de Casación pone la separación de bienes resultante de la separación de cuerpos en la misma línea que la separación de bienes promovida por la mujer; y en teoría esta asimilación es perfectamente exacta, cuando menos en lo que toca á la publicidad de la sentencia; hay identidad de razones si se admite que la sentencia retrotrae en ambos casos. Aun sin tener en cuenta la retroacción, el interés de los terceros exige la publicidad (t. III, núm. 339). Pero la cuestión de nulidad presenta una dificultad especial. El art. 880 sólo translada al art. 872, y el art. 872 translada al art. 1,445 del Código Civil. ¿Puede concluirse de esto, como lo hace la Suprema Corte, que el art. 1,445 es aplicable á la separación de cuerpos? (1) Esto nos parece dudoso; sin embargo, admitimos la nulidad porque el art. 872 la establece implícitamente, como acabamos de decirlo (núm. 247).

### Núm. 3. Ejecución de la sentencia.

249. La sentencia que pronuncia la separación de bienes debe ser ejecutada, bajo pena de nulidad, en el plazo y en las formas prescriptas por el art. 1,444. Esto es también una regla especial á nuestra materia. Según el derecho común, aquel que obtuvo una sentencia está libre para ejecutarla cuando quiere, puede conceder un plazo al demandado; la ley se atiende, á este respecto, al interés de las partes. ¿Por qué sucede de otro modo para la sentencia de separación? Debe ejecutarse en los quince días y de la manera que

1 Denegada, 14 de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1792).



la ley determina, si no es nula. Esto es porque el legislador teme las separaciones simuladas y fraudulentas. Si realmente hay peligro de la dote ó de las devoluciones, la mujer se apresurará á ejecutar la sentencia con el fin de evitar la pérdida completa de la comunidad y de los bienes del marido. Pero si en lugar de activar la ejecución la mujer no obra ¿qué debe concluirse de su inacción? Es que la dote y las devoluciones no están en peligro; la separación no es, pues, seria, esconde un fraude; la mujer pudiera concertarse con su marido para engañar á los terceros por la apariencia de una comunidad realmente disuelta, á reserva de oponerles después la disolución cuando quieran obrar contra la comunidad. La ley evita estos fraudes exigiendo la ejecución inmediata y seria de las sentencias. (1).

250. La disposición del art. 1,444 es absoluta, debe recibir su ejecución en todos los casos en que hay separación de bienes, aunque hubiese declaración de quiebra. La Corte de Bruselas así lo sentenció. (2) Sin embargo, no se aplica el art. 1,444 á la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos. Desde luego no hay ningún artículo de nuestros códigos del que pueda inducirse que el artículo 1,444 es aplicable á la separación de cuerpos. Tampoco hay igual motivo para decidir. No es por peligro de la dote y de sus devoluciones por lo que el esposo pide la separación de cuerpos; ¿y cómo pudiera sospecharse una colusión entre los cónyuges cuando los divide el odio y que su desavenencia acaba de señalarse por un proceso escandaloso? Las razones especiales que motivan el art. 1,444 son, pues, extrañas á la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos por vía de consecuencia. (3)

251. Se ha creído que el art. 872 derogaba el Código Ci-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 236, núm. 92 bis I.

2 Bruselas, 14 de Marzo de 1855 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 38).

3 Burdeos, 4 de Febrero de 1811 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1802). Lieja, 11 de Mayo de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 353).

vil. El Código de Procedimientos quiere que un extracto de la sentencia se exponga á la vista por un año en el auditorio de los tribunales de primera instancia y de comercio, así como en la sala de abogados y de notarios. Después de haber prescripto estas formalidades, el art. 872 agrega: «La mujer no podrá comenzar la ejecución de la sentencia sino desde el día en que estas formalidades hayan sido aceptadas, *sin que, sin embargo, sea necesario esperar la expiración del plazo de un año.*» Si la ejecución debe hacerse en la quincena, bajo pena de nulidad, era inútil decir que la mujer al puede hacer sin esperar un año de plazo. Esta es la objeción; no ha influido en la doctrina ni en la jurisprudencia. Se admite difícilmente que el Código de Procedimientos derogue el Código Civil, formando ambos códigos sólo uno bajo el punto de vista de los principios. No hay derogación terminante; no se pudiera, pues, admitirla sino cuando hubiera incompatibilidad entre los arts. 872 y 1,444, y estas disposiciones se concilian muy bien. La ejecución debe hacerse en la quincena: esto es lo que manda el Código Civil. Un extracto de la sentencia debe quedar expuesto durante un año á la vista del público: esto es lo que ordena el Código de Procedimientos. La mujer expondrá el extracto y ejecutará en la quincena. Se dirá: ¿de qué sirve entonces el final del art. 872? Es una explicación. Se hubiera podido creer que la sentencia no podía ejecutarse sino después del plazo de un año; la ley dice que puede ejecutarse antes. ¿Cuándo debe ejecutarse? En este punto nada dice el art. 872; no deroga, pues, el art. 1,444, puesto que ni siquiera se ocupa de la cuestión decidida por este artículo. (1)

252. El art. 1,444 quiere que la sentencia se ejecute, ó

1 Durantón, t. XIV, pág. 545, núm. 411 y todos los autores. Aubry y Rau, t. V, pág. 397, nota 29. pfo. 516. Debe agregarse, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 239, núm. 92 bis VI. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1798.



cuando menos que haya principios de ejecución, en la quincena. No debe inducirse de esto que debe forzosamente haber ejecución de la sentencia de separación. La ley no lo exige. Comienza por decir que la separación debe ser ejecutada por el pago de los derechos de la mujer efectuado por acta auténtica, lo que supone una ejecución voluntaria. Sólo cuando el marido se niega á ejecutar es cuando la mujer deberá promover la ejecución comenzando en la quincena. Tal es el derecho común; nunca ordena la ley dirigirse á la justicia cuando las partes están acordes en hacer lo que ordena. No hay ninguna razón para apartarse, en este punto, del derecho común. La doctrina y la jurisprudencia estarán acordes. (1)

253. El art. 1,444 deroga el derecho común en lo que toca á las formas. Quiere primero que la ejecución sea sincera: es por temor á una separación fraudulenta por lo que la ley ha dictado todas estas disposiciones. El pago de los derechos y devoluciones de la mujer debe ser *real*, es decir, no simulado. Cuando el legislador quiere impedir la simulación ó hacerla, cuando menos, más difícil, prescribe la intervención de un oficial público y exige una acta auténtica. La autenticidad es, pues, una condición de la validez de la ejecución. Una acta privada, teniendo fecha cierta, no bastaría. Troplong cita una sentencia de la Corte de Casación que parece admitir una interpretación más suave; (2) confiesa que esto es hacer alguna violencia á la letra de la ley. Esta confesión condena al intérprete, pues no le está permitido apartarse de la ley, sobre todo cuando tiene por objeto evitar el fraude. Si se cree demasiado rigurosa, que se cambie, pero que no se autorice á los jueces el colocarse más

1 Troplong, t. I, pág. 396, núm. 1360 y todos los autores. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 1816.

2 Casación, 23 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 430). Troplong, t. I, pág. 396, núm. 1360. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. III, pág. 631, nota 2.

alto que ella cuando la encuentran demasiado severa, á su parecer.

No se debe tampoco sobrepasar el rigor de la ley; todo cuanto quiere es que el pago sea auténticamente comprobado; basta, pues, que lo sea por un oficial público teniendo calidad para recibir el pago, no es necesario que intervenga un notario. Ha sido sentenciado que el pago de los derechos de la mujer está válidamente comprobado cuando un escribano de diligencias ha sido encargado de notificar la sentencia con mandato de ejecutarla y recibe lo que el marido paga y lo hace constar. En efecto, los mandamientos son actos jurídicos procedentes de un oficial ministerial obrando en el ejercicio de sus funciones; hacen prueba de su fecha y de su contenido; corresponden al objeto del artículo 1,144. (1)

Nos vemos obligados á entrar en estos pormenores porque todas las prescripciones de la ley están sancionadas por la nulidad. Una mujer obtiene la separación de bienes; notifica la sentencia á su marido, quien le devuelve sus donas. Diez años pasan sin otro acto de ejecución. La separación fué declarada nula porque no había sido seguida del pago real de los derechos de la mujer. (2)

254. Puede suceder que el marido se niegue á ejecutar la sentencia. En este caso debe haber promociones. La ley quiere que éstas comiencen en la quincena. Este plazo da lugar á una dificultad. El Código de Procedimientos (artículo 174) concede á la mujer separada de bienes un plazo de tres meses, y cuarenta días para hacer los inventarios y deliberar. Puede aceptar ó repudiar, pero no debe ejercer su derecho de opción sino al cumplir el plazo legal. Si la mujer tiene tres meses para hacer inventario, más cuarenta días para deliberar ¿cómo puede estar obligada á ejecutar la sen-

1 Denegada, 12 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 322).

2 Denegada, 28 de Diciembre de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 108).



tencia en la quincena? Esta ejecución sólo puede hacerse cuando la mujer ha optado, puesto que los derechos de la mujer difieren según acepta ó renuncia. A primera vista parece que hay antinomia radical entre el Código Civil y el de Procedimientos. Una distinción concilia á ambos códigos, cuando menos en parte. Hay derechos que la mujer ejerce independientemente de su opción: son sus devoluciones; que renuncie ó acepte, siempre vuelve á tomar sus propios ó el precio si fueron vendidos, así como las recompensas que le debe la comunidad; aquí el Código de Procedimientos está fuera de causa; el art. 1,444 queda aplicable: la mujer debe obrar en la quincena. No pasa así con los derechos que pertenecen á la mujer sólo cuando acepta, es decir, su parte en la comunidad; no puede estar obligada á pedir la partición en la quincena, puesto que tiene tres meses para hacer inventario y cuarenta días para deliberar su aceptación ó repudio. En este punto el Código de Procedimientos deroga el Código Civil. (1)

255. Según el art. 1,444 basta que las promociones estén *comenzadas* en la quincena; la ley no exige que la ejecución sea completa, esto es imposible; desde que hay ejecución forzada se necesita una sentencia que liquide los derechos de la mujer, y las sentencias no se obtienen en veinticuatro horas. Sin embargo, la ley, siempre desconfiada, quiere que las promociones comenzadas en la quincena continúen sin interrupción. Un principio de promoción pudiera ser un acto simulado. Si la mujer tiene interés serio en la separación, se cuidará mucho de no interrumpir las promociones, puesto que las moras é interrupciones pudieran serle fatales. Cuando hay interrupción, la ley presume la simulación y anula. ¿Pero cuándo puede decirse que las promociones están interrumpidas? Acerca de este punto nada dice la ley; esto equivale á decir que se atiene al juez. En efecto, la cuestión

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 237, núm. 92 bis IV.

es de hecho más que de derecho. Las promociones pueden ser interrumpidas por motivos legítimos; en este caso, la separación es mantenida; si, al contrario, la interrupción no está justificada resulta que no es seria la separación; la ley la declara nula. Los motivos de excusa se dejan necesariamente á la apreciación del juez. (1) Citaremos algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia.

La mujer cesa de promover contra el marido para litigar contra un tercero que había embargado los inmuebles del marido; este proceso incidental debía estar resuelto antes que la mujer pudiera ejercer sus derechos en los inmuebles; era, pues, menos una interrupción de las promociones que una continuación de la ejecución, siendo la distracción de los inmuebles embargados un preliminar indispensable sin el cual las promociones no podían continuarse. (2) Pero si la mujer se conforma con embargar los muebles y levantar acta de carencia cuando su marido posee inmuebles; si la mujer no se presenta al mandamiento de venta de los inmuebles, debe concluirse que la separación no es seria: fué declarada nula y la decisión fué confirmada por una sentencia de denegada. En el caso no había ninguna duda: la mujer permaneció más de veinte años sin hacer ningún acto de ejecución. (3)

Resulta de lo que acabamos de decir que no hay ningún tiempo prescripto en el que deba durar la interrupción para que haya nulidad de la separación. Marcadé pretende que la Corte de Casación ha fijado el plazo de un año; luego él hace una gran crítica de dicha decisión. Antes de censurar una sentencia se debe cuando menos estar seguro de lo que decidió la Corte; y en el caso, es muy seguro que la

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 398, nota 36, pfo. 516 (4.ª edición).

2 Denegada, 23 de Marzo de 1818 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1838).

3 Denegada, 28 de Febrero de 1833 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1845). Compárense las sentencias citadas por Daloz, (*ibid.*, números 1836 y 1847).



Corte de Casación no dijo lo que se le hace decir: sentenció de hecho que, en las circunstancias de la causa, la interrupción de menos de un año no anulaba la separación de bienes. (1)

256. La ejecución debe comenzar en la quincena y debe ser continuada hasta que se complete, pues el art. 1,444 quiere que el pago sea real *hasta concurrencia de los bienes del marido*. El marido cede á la mujer todo su mobiliario, su pago de sus derechos y devoluciones: ¿es esto una ejecución en el sentido del art. 1,444? Si cuando el marido sólo posee muebles, nó cuando tiene inmuebles; si la mujer no traba ejecución en los inmuebles, la separación será nula; la ley supone que es simulada y hecha en fraude de los terceros. (2)

257. Queda por saber lo que se entiende por ejecución. La cuestión es muy importante, puesto que sin ejecución la sentencia de separación cae; pero como se relaciona con el procedimiento, nos limitaremos á hacer constar la doctrina y la jurisprudencia. Los autores y las sentencias no están muy acordes. ¿No será por haberse apegado demasiado á los principios generales de los procedimientos? El Código Civil quiere que la separación sea sincera, y para asegurarse que lo es, exige que la mujer ejecute la sentencia. ¿No pasa lo mismo con la ejecución como con la interrupción de las promociones? Esto es, ante todo, una cuestión de hecho, pues se trata de saber en definitiva si la separación es seria ó simulada. Y estas cuestiones son esencialmente de hecho. De cualquiera manera, hé aquí en qué términos uno de nuestros más exactos autores formula el principio fundándose en la doctrina y en la jurisprudencia. Hay ejecución

1 Denegada, 2 de Mayo de 1831 (Daloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 1843).

2 Colmar, 30 de Noviembre de 1838 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1811). París, 27 de Diciembre de 1871 (Daloz, 1873, 5, 414, núm. 1).

cuando la mujer hace notificar la sentencia á su marido, con mandamiento de satisfacerla, ó citación para presentarse ante un notario para proceder con ella á la liquidación de sus derechos. La simple notificación de la sentencia no constituye un principio de ejecución. Sin embargo, se agrega una restricción: así sucede *generalmente*. Esto supone excepciones. (1) ¿Cuándo hay excepción? No se dice, luego el juez es quien decidirá de hecho. Dejarle la apreciación de la excepción, es hacerlo dueño de la regla, de manera que en definitiva todo depende de él. ¿No será esta la razón de la diversidad de jurisprudencia en esta materia?

*Núm. 4. De la nulidad por falta de ejecución.*

*I. Carácter de la nulidad.*

258. El art. 1,444 dice: «La *separación de bienes es nula* si no ha sido ejecutada.» Se han promovido numerosas discusiones acerca de esta nulidad. Ante todo, debe determinarse su carácter. La ley no dice que el procedimiento es nulo, ni que la sentencia es nula; anula la separación. Esta es la misma expresión de que se sirve hablando de la separación voluntaria: la declara nula. Síguese de esto que la nulidad no es una nulidad de procedimientos, la que debe ser propuesta antes de cualquiera defensa del fondo; es una excepción perentoria que las partes interesadas pueden presentar en cualquier estado en que se encuentre la causa. (2) Esto está también fundado en la razón. En el espíritu de la ley, la separación no ejecutada no es seria; equivale, pues, á una ejecución que no tiene otra causa que la voluntad de las partes. Es decir, que es radicalmente nula; todo es nulo.

Hay, acerca de este punto, una excelente sentencia de la

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 398, notas 34 y 35, pfo. 516 (4.ª edición).

2 Burdeos, 22 de Enero de 1834 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1862). Aubry y Rau, t. V, pág. 400 y nota 40, pfo. 516.