

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 mobiliar, 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.

Corte de Casación. La nulidad, dice la Corte, no se aplica limitativamente á la sentencia de separación de bienes, la ley dice que la *separación es nula*; esta expresión marca que el legislador no sólo tuvo en vista la sentencia sino también los procedimientos hechos para obtenerla; es decir, la instancia introducida por las partes; es, pues, dicha instancia la que queda anulada como si nunca hubiese sido introducida. Se objetaba el art. 156 del Código de Procedimientos, según el cual las sentencias por falta de presencia deben ser ejecutadas en los seis meses de su obtención, si no serán reputadas como no existentes. La Corte contesta que el artículo 156 lejos de contrariar la interpretación que ella da al art. 1,444, la justifica. En efecto, el Código de Procedimientos considera sólo las *sentencias* y se limita á decir que se reputan no existentes, mientras que el art. 1,444 se expresa de manera muy distinta, y decide en términos generales y absolutos que la *separación es nula*. La Corte de Casación agrega consideraciones que tocan al principio fundamental en esta materia; por esto las reproducimos. Deben dejarse á un lado las reglas de derecho común establecidas por los arts. 156 y 397 del Código de Procedimientos, porque la demanda de separación de bienes está regida por disposiciones especiales que derogan el derecho común. Tales son las formalidades prescriptas para la publicidad y para la ejecución de la sentencia. El legislador las estableció principalmente en favor de los acreedores del marido para que puedan evitar los fraudes que los esposos pudieran cometer en su perjuicio. Es en tal espíritu como debe interpretarse la nulidad de la separación pronunciada por el artículo 1,444. La ley entiende volver á colocar á las partes en el estado en que se encontraban antes de la demanda; por consiguiente, anula esta demanda y todos los procedimientos de que fué objeto. Si, como lo pretende el recurso, la ley no anulase más que la sentencia dejando subsistir los

procedimientos anteriores, sucedería que la mujer podría, cuando ejecutara, volver á sus errores. Así cuando la sentencia hubiera caducado por falta de ejecución en la quinceña, la mujer podrá presentar de nuevo su demanda después de una simple citación, y hacer pronunciar la separación en el plazo de algunos días sin nueva publicidad, luego sin que la supieran los acreedores que deben creer que la separación quedó abandonada. Por esto se harían ilusorias todas las garantías que la ley introdujo en favor de los terceros, y la ley daría ella misma un medio legal de eludir sus disposiciones. El espíritu de la ley y el texto protestan contra semejante interpretación. (1)

259. Se ha sostenido ante la Corte de Gante que la nulidad es de orden público. Berlier dijo, en efecto, en la exposición de los motivos, que las formas prescriptas para llegar á la separación de bienes están requeridas por el orden público. Esto es verdad en el sentido de que están establecidas en el interés de los terceros, lo que es un interés general y, por lo tanto, de orden público si se toma esta expresión en su sentido más lato. Pero de que los motivos que han hecho establecer las formas interesen á los terceros, no resulta que la nulidad sea de orden público. Se entiende por esto una nulidad absoluta que reclama el interés de la sociedad, y en la cual, por consiguiente, las partes interesadas no pueden renunciar. Tal no es el carácter de la nulidad pronunciada por el art. 1,444. Es verdad que los terceros, en general, están interesados en la observancia de las formalidades legales; pero cuando las formas no han sido observadas, ya no son todos los terceros quienes tienen interés en la nulidad, son sólo los que han tratado con los esposos.

1 Casación, 11 de Junio de 1823 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1862) y 3 de Abril de 1848 (Daloz, 1848, 1, 89).

Por consiguiente, la nulidad está pedida en interés particular y no en interés social. (1)

De esto resulta una consecuencia muy importante. La nulidad, siendo de interés privado, puede cubrirse, mientras que si fuese de orden público no podría cubrirse. Se cubre por la renuncia, pudiendo cualquiera renunciar á lo que está establecido en su interés propio. Después del plazo de quince días la sentencia caduca, como dice la Corte de Casación, si no ha sido ejecutada. El marido, en lugar de prevalerse de la nulidad, deja ejecutar la sentencia en su contra, ó reconoce á su mujer la calidad de mujer separada, dejándole la administración y el goce de sus bienes personales. Esto es renunciar tácitamente al derecho que tiene de oponer la nulidad de la separación. La mujer también puede renunciar al derecho de oponer la nulidad de la separación, como puede renunciar á la separación no ejecutándola: su interés está sólo en causa en esta renuncia. Si ejecuta la sentencia después del plazo de quince días; si vuelve á tomar la administración y goce de sus propios, ya no puede decir que la sentencia ha caducado. Podrá haber considerado la sentencia como no existente; la considera, al contrario, como válida; luego renuncia á la nulidad como tenía el derecho de hacerlo. Los acreedores están muy interesados en que la separación se anule; pero este interés sólo es un interés privado al que pueden renunciar; y lo renuncian si, después de la quincena, concurren á la ejecución de la sentencia; no se ejecuta un acto del que se tiene intención pedir la nulidad. Tales son la doctrina y la jurisprudencia. (2)

II. *Quién puede oponer la nulidad.*

260. La nulidad puede ser opuesta por todo tercero interesado. Esto resulta del carácter de la nulidad establecida

1 Gante, 27 de Abril de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 301).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 400, notas 42-44 y las sentencias que citan.

para resguardar los intereses de los terceros, es natural que cualquiera de ellos pueda hacerla valer. Tales son, ante todo, los acreedores del marido. La ley tiende, sobre todo, á protegerlos cuando prescribe formas que tienden á impedir las separaciones fraudulentas y simuladas; luego cuando estas formas no han sido cumplidas los acreedores del marido deben tener el derecho de oponer la nulidad.

La aplicación del principio levanta una cuestión que está controvertida. ¿Debe distinguirse entre los acreedores anteriores á la ejecución tardía y los acreedores posteriores á dicha ejecución? La Corte de Casación se ha pronunciado en favor de la distinción. Parte del principio que la nulidad de la separación está fundada en una presunción de colusión fraudulenta entre los esposos, en perjuicio de los acreedores del marido; y ¿puede decirse que los esposos han querido perjudicar á los acreedores que aun no existen? (1) Esto nos parece decisivo, en el sentido de que los acreedores no pueden formar en su nombre la acción de nulidad. Otra es la cuestión de saber si los acreedores del marido, cualquiera que sea la fecha de sus créditos, pueden oponer la nulidad en nombre del marido, su deudor. Si el marido tiene este derecho, hay que admitir que sus acreedores también lo ejercen; esto es el derecho común; y el derecho común es también que los acreedores pueden ejercer los derechos de su deudor, aunque su crédito fuese posterior. Traducimos á lo que fué dicho acerca del artículo 1,166 (t. XVI, núm. 396).

Se nos pudiera objetar que no permitiendo á los acreedores posteriores promover la nulidad en su nombre, les aplicamos los principios que rigen la acción pauliana (t. XVI, núm. 460); y la acción de nulidad del art. 1,444 no es una acción pauliana, los acreedores deben probar que la sepa-

1 Denegada, 1.º de Julio de 1863 (*Dalloz*, 1864, 1, 66). Troplong, t. I, página 397, núm. 1368. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. III, pág. 634, núm. 2159.

ración es fraudulenta, sólo tienen que dar una prueba, es que las formalidades legales no se han cumplido. Esto es verdad, por esto no hemos invocado las reglas de la acción pauliana; pero siempre es verdad decir que la acción de los acreedores está fundada en un perjuicio; si la fecha de sus créditos prueba que no pueden estar perjudicados por la ejecución tardía, no tienen el derecho de promover.

261. ¿Tiene el marido el derecho de oponer la nulidad de la separación de bienes resultante de la falta de ejecución ó de la ejecución tardía? Deben distinguirse las relaciones entre los esposos; sus relaciones con los terceros. Se admite bastante generalmente que el marido puede oponer á su mujer la nulidad de la separación. El art. 869 le da terminantemente este derecho cuando la nulidad está fundada en la inobservancia de las formas prescriptas para la publicidad de la demanda y de la sentencia; el Código de Procedimientos pone al marido en la misma línea que los acreedores. ¿Puede esta asimilación ser extendida á la nulidad del art. 1,444? El Código Civil no dice que pueda promover la nulidad. Deben, pues, aplicarse los principios generales de derecho. ¿El art. 1,444 entiende resguardar sólo á los intereses de los acreedores del marido? Todos los que están interesados en combatir la separación tienen el derecho de promover la nulidad, luego tanto el marido como los acreedores. Se dice en vano que el marido no se puede prevalecer de la presunción de colusión fraudulenta para atacar la separación; contestamos que la acción de nulidad del art. 1,444 no es la acción pauliana, se funda únicamente en la inobservancia de las formas. El marido interesado en mantener la comunidad puede, pues, oponer á la mujer que la comunidad subsiste, puesto que no ha sido legalmente disuelta. (1)

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 399 y nota 37 y los autores que citan. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 240, núm. 92 bis VIII. En sentido con-

262. La cuestión es más dudosa en lo que concierne á la mujer. Lo que lo prueba es que buenos autores han cambiado de opinión: Aubry y Rau, después de haber enseñado que la mujer no puede prevalecerse de la nulidad para con su marido, se han adherido á la opinión contraria en la última edición de su excelente obra. Preferimos su opinión primera. La resolución de la cuestión depende del carácter de la nulidad. Cuando una nulidad es de orden público, todos los que tienen interés en promover lo pueden hacer; la ley provoca, por decirlo así, á todas las personas interesadas á atacar el acta, porque el interés de la sociedad exige que el acta se anule; no se distingue, en este caso, entre las partes y los terceros; no se distingue entre el que tiene la culpa y el que no la tiene. No sucede así cuando la nulidad no es de orden público: siendo privado el interés, debe verse en favor de quién fué introducida; sólo éstos pueden promover. (1) Y ¿cuál es el carácter de la nulidad del art. 1,444? Hemos contestado á la cuestión enseñando, con la doctrina y la jurisprudencia, que no es de orden público (núm. 259); desde luego debe decidirse que la mujer no tiene calidad para prevalecerse de la nulidad, pues no es seguramente por interés suyo por lo que ha sido introducida. Lo que ha comprometido esta opinión son las malas razones que se han dado para justificarla. La mujer no puede oponer la nulidad, se dice, porque proviene de su hecho, y la mujer no puede apoyarse en su negligencia. (2) Estos no son motivos para decidir. Si la nulidad fuera de orden público se debiera permitir á la mujer oponerla aunque estuviera en falta.

Las razones que alegan en apoyo de la opinión contraria

trario, Dutruc, *De la separación de bienes*, pág. 173, núm. 227. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 1851 y 1852.

1 Véase el tomo I de estos *Principios*, pág. 107, núm. 72.

2 Odier, t. I, pág. 387, núm. 362. Toullier, t. V, pág. 132.

nos parecen igualmente de extrema debilidad. Se dice que debe haber igualdad entre los esposos; que pudiendo el marido prevalecerse de la nulidad para con la mujer, la mujer debe tener el mismo derecho para con su marido. ¿Por qué esta igualdad cuando la situación no es la misma? Se olvida que la mujer pide la separación contra el marido; es, pues, natural que el marido tenga el derecho de mantener la comunidad, mientras que no se comprende que la mujer venga á oponer la nulidad de una separación por ella promovida. Se objeta también que el mantenimiento ó la disolución de la comunidad dependerán del capricho del marido, cuando importa que se fije y que se sepa si hay comunidad ó separación de bienes. Contestamos que esta incertidumbre reina siempre cuando un acto está sujeto á la nulidad, por todo el tiempo en que ésta no está pronunciada. Aquellos que tienen derecho para promover, pueden hacerlo durante todo el tiempo que la ley les concede; no se dirá por esto que la anulación depende de su capricho, pues el ejercicio de un derecho no es un capricho. (1) Agregaremos que, en el caso, no reinará la incertidumbre mucho tiempo de hecho, pues ésta puede ser cubierta. Lo será por el concurso del marido á los actos de ejecución de la sentencia ó á los actos que la mujer hace en calidad de mujer separada (núm. 259).

263. ¿Pueden los esposos oponer la nulidad á los terceros? En nuestra opinión la mujer no puede prevalecerse de la nulidad para con los terceros como no lo puede para con su marido; hay una razón más para rechazar á la mujer, es que las formas cuya inobservancia trae la nulidad, han sido introducidas en interés de los terceros; sólo ellos pueden, pues, en principio, prevalecerse de la nulidad. En cuanto al marido, si se le reconoce el derecho de oponer la nulidad,

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 299, nota 38, pfo. 516. Troplong, t. I, pág. 398, núm. 1373. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 291, núm. 92 bis IX.

hay que concedérsela para con todos; la ley y los principios no permiten hacer distinciones.

La cuestión está muy controvertida. Cada autor tiene su sistema. Unos niegan en todos los casos á ambos esposos el derecho de oponer la nulidad á los terceros. Invocan el principio de que nadie puede hacerse un título con su fraude; y, se dice, cuando la sentencia de separación no ha sido ejecutada, hay necesariamente fraude por parte de los esposos. (1) Esto es demasiado absoluto; la nulidad no está fundada en el fraude, está fundada únicamente en la inobservancia de las formalidades prescriptas por la ley. Otros autores distinguen. Los editores de Zachariæ permiten al marido invocar la nulidad contra los terceros que hubiesen tratado con la mujer como separada de bienes; niegan este derecho á la mujer, aunque le reconocen el derecho de oponer la nulidad al marido. Troplong hace otra distinción. (2) Creemos inútil entrar en la discusión de todas estas opiniones; el principio que hemos sentado, si se le admite, basta para refutarlas.

De hecho, la nulidad será cubierta las más veces. Tomaremos algunos ejemplos en la jurisprudencia. Una sentencia de la Corte de Grenoble niega á la mujer el derecho de oponer la nulidad del art. 1,444, puesto que ella es quien debe ejecutar la sentencia y que no puede prevalecerse de su negligencia. Después la Corte agrega que la mujer, en el caso, había siempre tomado la calidad de mujer libre en sus bienes desde la sentencia que había pronunciado la separación; estos actos habían sucedido en presencia y con consentimiento de su marido; esto era una ejecución de la sentencia y, por consiguiente, ambos esposos habían renunciado, ejecutando la separación al derecho que pudieran tener en atacarla. (3)

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 635, núm. 2159.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 399 y nota 39, pfo. 516. Troplong, t. I, núm. 1375.

3 Grenoble, 8 de Abril de 1835 (Dalloz en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1856).

Hay una sentencia en el mismo sentido de la Corte de Colmar. Los esposos invocaban la nulidad de la separación contra un tercero á quien la mujer había cedido el mobiliario recogido por ella en una sucesión de su hermana. Esta venta era válida suponiendo que la mujer fuese realmente separada de bienes; ésta pretendía, de concierto con su marido, que la separación era nula como no habiendo sido ejecutada conforme al art. 1,444. La Corte contesta que la nulidad no es de orden público, que sólo está introducida en favor de los acreedores que no concurren á la liquidación; la Corte parece, pues, rehusar al marido tanto como á la mujer el derecho de prevalerse de la nulidad contra los terceros. Pero dice la sentencia que en todos los casos la nulidad puede ser cubierta, sea por los acreedores, sea por los esposos; y los esposos habían procedido á la liquidación de la comunidad después de la expiración del plazo legal; habían por esto renunciado al derecho de oponer la nulidad de la separación, pues no se ejecuta un acto que se quiere atacar. (1)

§ IV.—DE LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES DEL MARIDO.

264. «Los acreedores del marido pueden intervenir en la instancia de la demanda de separación para contestarla» (artículo 1,447). ¿Por qué da la ley á los acreedores el derecho de intervenir? Se contesta que el art. 1,447 es la aplicación del art. 1,166: los acreedores ejercen los derechos del marido interviniendo en la instancia para completar la defensa que opone á la demanda de la mujer. (2) Esto no es enteramente exacto. Cuando los acreedores ejercen los derechos de su deudor, se supone que el mismo deudor no los ejerce. Y cuando la mujer pide la separación contra el ma-

1 Colmar, 8 de Agosto de 1820 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1988).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 250, núm. 96 bis.

rido, éste se encuentra necesariamente en causa, y tiene el mayor interés en defenderse; desde luego, la presencia de los acreedores sería inútil si se supone que el marido se defiende de buena fe. Pero el marido puede estar de acuerdo con su mujer para hacer una separación simulada y fraudulenta; es para vigilar que la separación no se haga en fraude de sus derechos por lo que intervienen los acreedores. El mismo texto del Código indica que tal es la suerte del legislador; el art. 1,447 comienza por dar á los acreedores del marido el derecho de atacar la separación de bienes pronunciada en fraude de sus derechos; después agrega que los acreedores aun pueden intervenir en la instancia; su intervención tiene, pues, por objeto impedir una separación fraudulenta; mejor es evitar el fraude que tener que atacarlo cuando está consumado. Es por motivos análogos por lo que la ley da á los acreedores el derecho de intervenir en la partición (art. 882).

265. Cuando los acreedores intervienen, son partes en la causa y con este título pueden interponer apelación. Ha sido sentenciado que tienen este derecho aunque no hayan intervenido. (1) En este caso obran en virtud del art. 1,166, ejerciendo el derecho de su deudor. Esta disposición es general, sólo tiene excepción para los derechos exclusivamente ligados á la persona del deudor; y la facultad de interponer apelación no es uno de esos derechos morales que sólo el deudor puede ejercer; es un derecho esencialmente pecuniario y en el caso es una garantía que deben tener los acreedores para que puedan defender sus intereses en justicia, con el fin de evitar una separación fraudulenta; es mejor evitar el fraude por la apelación, que tener que combatirlo por una nueva acción.

1 Poitiers, 6 de Julio de 1824 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1903).