

dado por la Corte. Es claro que estas decisiones no son resoluciones de derecho, son sentencias por favor, en este sentido: que los jueces de hecho están inclinados por el favor de la causa, á sentenciar contra el rigor de los principios. La ciencia no debe tener en cuenta una jurisprudencia semejante.

319. Ha sido resuelto que la mujer separada de bienes puede contraer una sociedad en comandita. (1) Los compromisos que contrae un asociado sobrepasan con mucho del límite estrecho de la administración por la que se permite á la mujer á que se obligue.

La Corte de París ha sentenciado que toda sociedad de bienes contratada entre marido y mujer era radicalmente nula. (2) ¿No es esto demasiado absoluto? Cuando la mujer contrata con su marido éste la autoriza necesariamente. No se está, pues, en el caso del art. 1,449 que supone actos hechos por la mujer sin autorización marital. La cuestión está, pues, en saber si la mujer puede contraer una sociedad con autorización. La afirmativa no es dudosa cuando la mujer se asocia con un tercero; ¿por qué, pues, no había de poder hacerlo con su marido? Ninguna ley prohíbe á los esposos contratar juntos. La Corte de París dice que los esposos no pueden asociarse sino por la vía de la comunidad legal ó convencional. Esto es confundir la comunidad con la sociedad ordinaria, y la diferencia es grande: la primera es una consecuencia del matrimonio y es irrevocable como todas las convenciones matrimoniales; la otra sólo tiene un objeto particular y una duración pasajera. La sociedad entre esposos nada tiene de común con el orden público; los esposos tienen en ella derechos iguales, mientras que la desigualdad reina en la sociedad conyugal. Se teme que bajo el nombre de sociedad ordinaria los esposos separados restablezcan la

1 París, 19 de Enero de 1838 (Daloz, *ibid.*, núm. 1989).

2 París, 24 de Marzo de 1870 (Daloz, 1872, 2, 43).

comunidad, sin observar las formas y condiciones prescritas por la ley. Contestaremos que en derecho la comunidad subsistirá, y si los esposos hacen fraude á sus acreedores, se entiende que éstos tendrán derecho de promover en nulidad.

320. Se ha presentado una cuestión más extraña y que demuestra uno de los desórdenes de nuestro estado social. Una mujer separada de bienes jugaba en la Bolsa; comprometió toda su fortuna, cerca de 300,000 francos, y se arruinó. ¿Fueron válidos sus compromisos? Se dijo que sí, pues jugar en la Bolsa es vender, no es obligarse, puesto que la mujer tenía el dinero necesario para pagar los valores que compraba. Esto es muy precioso, y si se atenía uno á la letra de la ley, que permite á la mujer disponer de sus muebles y enajenarlos, habría que decir que la mujer puede también vender sus acciones en la Bolsa. ¿Pero será esto lo que la ley entendió autorizar? La mujer que juega en la Bolsa especula, se entrega á la más peligrosa de las especulaciones. No es esto lo que le permite la ley: puede enajenar, no puede jugar. La Corte de Casación se pronunció en este sentido. (1)

V. De la incapacidad de la mujer separada de bienes.

1. Cuáles actos no puede hacer la mujer.

321. La separación de bienes deja subsistir el matrimonio y todas las obligaciones que de él nacen. Luego la mujer permanece bajo el poder marital; por consiguiente, no puede, en principio, hacer ningún acto jurídico sin autorización. Este principio es de orden público y es de la esencia del matrimonio; la ley lo consagra como una regla general en el art. 217. Por esto es que este artículo dice: «La mujer, aun no común ó separada de bienes, no puede dar, enajenar, etc.» Sin embargo, la separación de bienes deroga

1 Denagada, 30 de Diciembre de 1862 (Daloz, 1863, 1, 40).

en cierto sentido el poder marital permitiendo á la mujer separada el hacer sin autorización los actos de administración y enajenar sus muebles. Esto es una excepción que confirma la regla y que, por su naturaleza, es de la más estricta interpretación, puesto que se trata de la derogación de una regla de orden público. Luego, fuera de los actos de administración y de las enajenaciones, la mujer queda incapaz.

322. «La mujer no puede litigar en juicio sin autorización de su marido, aunque fuese no común ó separada de bienes» (art. 215). Ninguna disposición del Código deroga esta incapacidad absoluta para litigar, ya sea demandando, ya defendiéndose. Hemos dado las razones de esto en otro lugar. La mujer puede administrar libremente; pero si se presenta un proceso á propósito de un acto de administración debe estar autorizada para sostenerlo. Se ha pretendido que la mujer separada de cuerpos no tiene ya necesidad de esta autorización, porque de hecho la intervención del marido sólo sería una cuestión de forma. Puede ser, pero en derecho no hay ninguna diferencia entre la mujer separada de cuerpos y la mujer separada de bienes: una y otra están bajo potestad marital, una y otra tienen, pues, necesidad de estar autorizadas para litigar. (1)

La falta de autorización arrastra una incapacidad radical; la mujer puede oponer esta excepción en cualquier estado de la causa, aun ante la Corte de Casación; esto está fundado en razón como en derecho; la mujer no está capaz para litigar en casación como no lo está para litigar en apelación ó en primera instancia. (2)

323. ¿Puede la mujer separada comprometer? Según el Código de Procedimientos, «cualquiera persona puede comprometer en los derechos de que tiene libre disposición.» ¿Debe concluirse de esto que la mujer separada de bienes

1 Casación, 6 de Marzo de 1827 (Daloz, en la palabra *Apelación Civil*, número 1094).

2 Casación, 13 de Noviembre de 1844 (Daloz, 1845, 1, 33).

puede comprometer en sus derechos muebles y no lo puede en sus derechos inmuebles? Nó, pues el art. 1,004 agrega que «no puede comprometerse en ninguna contestación que fuese sujeta á comunicación al Ministerio Público;» y el artículo 83 declara comunicables las causas de las mujeres no autorizadas por sus maridos. Luego la mujer no puede comprometer en sus derechos muebles, pues es precisamente en estos derechos en los que puede tratar sin autorización. Hemos dicho, en el título de la *Tutela*, por qué la ley no autoriza el compromiso en los procesos que deben ser comunicados al Ministerio Público.

324. Según el art. 1,449, «la mujer no puede enajenar sus inmuebles sin el consentimiento de su marido ó sin estar autorizada por la justicia cuando éste se niega.» ¿Por qué mantiene la ley la incapacidad de la mujer para la enajenación de sus inmuebles mientras que le permite disponer de sus muebles sin autorización? No hay razón jurídica para esta diferencia; en derecho, la disposición del mobiliario y la disposición de los inmuebles son actos idénticos; habría, pues, lugar á distinguirlos bajo el punto de vista de la capacidad de la mujer, sólo por el valor que tienen los muebles y los inmuebles. Antaño, la diferencia entre la riqueza mobiliario y la riqueza inmobiliario era enorme; se conoce aquel viejo adagio: *Vilis mobilium possessio*. Las cosas mucho han cambiado. Acabamos de citar un caso en el que la fortuna de la mujer por 300,000 francos era enteramente mobiliario; hubiera podido disponer de todos sus derechos por enajenación, mientras que no hubiera podido enajenar sin autorización el menor pedazo de terreno. Falta armonía entre la legislación y nuestro estado social. Lo señalamos al legislador.

El art. 1,449 dice que la mujer no puede enajenar sus inmuebles sin estar autorizada para ello. Este principio recibe su aplicación no sólo á la total enajenación sino también á

la enajenación parcial; es decir, á la constitución de derechos reales; la mujer no puede, pues, hipotecar ni gravar sus bienes con servidumbres ó con un derecho de enfiteusis ó de superficie. El Código lo dice para las hipotecas (art. 2,124, y Ley Hipotecaria, art. 73): "Las hipotecas sólo pueden ser consentidas por aquellos que tienen capacidad para enajenar los inmuebles que gravan." Lo mismo sucede con todo desmembramiento de la propiedad. Síguese también del principio establecido por el art. 1,449, que la mujer no puede transar en derechos inmobiliarios: esto es la aplicación del art. 2,045

2. Responsabilidad del marido.

325. La mujer enajena un inmueble con autorización de su marido ó de la justicia. Se pregunta si el marido será responsable por la falta de empleo ó de reemplazo. El empleo consiste en colocar el dinero procedente de la venta; el reemplazo se hace comprando otro inmueble. En principio, debe decidirse que el marido no es garante de la falta de empleo ó de reemplazo. La razón es sencilla y decisiva. Hacer un empleo de sus rentas ó de un capital, es administrar; y es igualmente administrar el comprar un inmueble con el dinero procedente de la venta de otro inmueble. Y, según la separación de bienes, la mujer es la que administra su patrimonio; á ella, pues, toca colocar sus capitales; el marido ni siquiera tiene el derecho de intervenir, puesto que la mujer administra libremente; es decir, que está libertada de la potestad marital para los actos de administración que puede hacer. Sería absurdo hacer al marido responsable de una gestión á la que es extraño.

Sin embargo, hay casos en los que el marido es responsable por la falta de empleo ó de reemplazo. El art. 1,450 los enumera, pero hay grandes controversias acerca de la interpretación de esta disposición. Según el texto, debe distin-

guirse si la mujer fué autorizada por el marido ó por la justicia.

326. "El marido no es garante por la falta de empleo ó reemplazo del precio de un inmueble que la mujer separada ha enajenado bajo autorización judicial" (art. 1,450). Esta es la aplicación de nuestro principio. El marido que niega su autorización declara por esto mismo que quiere permanecer extraño á lo que ésta hace. De derecho no interviene en la venta, ni siquiera para cubrir la incapacidad de la mujer; ésta es la que vende sola; ella es quien debe hacer el empleo del precio. Si la mujer está libre esto es á sus riesgos: la libertad tiene como consecuencia necesaria la responsabilidad.

Después de haber sentado la regla, el art. 1,450 agrega tres excepciones. El marido es responsable por la falta de empleo ó reemplazo, primero cuando *concurrió al contrato*. Concurrir al contrato es ser parte en el acta. Es en este sentido como el art. 217 dice que el marido autoriza tácitamente á la mujer para que haga el acta en la que *concorre él*. En el caso previsto por el art. 1,450, el marido no concurre al acto para autorizar á su mujer, pues la ley supone que la mujer está autorizada por la justicia; si concurre es porque pretende inmiscuirse en la gestión. La mujer tendría derecho para desechar su concurso, pues ella es libre y el marido no tiene que meterse en su administración. Pero se comprende que la mujer, siempre bajo potestad marital, no ponga oposición y deje obrar á su marido. ¿Cuál será la consecuencia de esta inmisión del marido? Interviene en la administración de la mujer, luego debe ser responsable. ¿Se deberá agregar que la ley presume que el marido concurre á la venta para recibir el precio y emplearlo en su provecho? Puede que así sea, pero la ley no lo dice, no establece ninguna presunción inútil; basta que el marido intervenga en la administración para que esté

obligado á cuidar de los intereses de la mujer; si no lo hace tiene que ser responsable.

Según el art. 1,450, el marido también es garante de la falta de empleo ó reemplazo del precio del inmueble «cuando queda probado que él recibió el dinero del precio.» El marido separado no tiene derecho de recibir el precio; la mujer es la que recibe lo que se le debe, pues esto es un acto de administración, y la mujer administra libremente. Al recibir el precio el marido usurpa el derecho de la mujer, administra ilegalmente; desde luego debe responder por su inmisión. Cuando administra legalmente es responsable; con mayor razón debe serlo cuando lo hace ilegalmente. Poco importa cuáles sean sus intenciones; la ley nada presume. Puede ser que el marido intervenga por interés propio; razón más para declararlo responsable; puede ser también que intervenga por interés de la mujer; debe también responder por su intervención si no ésta pudiera ser nociva á la mujer.

En fin, el marido es garante de la falta de empleo ó de reemplazo cuando consta que el dinero procedente de la venta fué aprovechado por él. La ley supone que el marido no ha concurrido á la venta y que no recibió el precio; lo declara, no obstante, responsable si consta que el dinero fué empleado en provecho suyo. Bajo el régimen de la separación de bienes, el marido no tiene ningún derecho al precio, ni siquiera el de gozar de él; la mujer es quien dispone del precio y tiene el libre goce de él. Si, pues, el precio está empleado en provecho del marido éste quita á su mujer el provecho que debiera sacar del empleo de su dinero; es justo que responda de las consecuencias de su hecho.

327. Cuando el marido no concurre al acto y es responsable por haber recibido el precio, ó porque éste fué aprovechado por él, la ley dice que el hecho de donde procede la responsabilidad debe probarse. Esto es porque de dere-

cho común el marido no es responsable, sólo lo es por haberse inmiscuido en la gestión; este hecho es ilegal en el sentido de que el marido hace lo que sólo la mujer tiene derecho de hacer. Aquel que pretenda que el marido recibió el precio ó que lo aprovechó, debe probar lo que adelanta; esto es el fundamento de la demanda de responsabilidad, y el demandante debe, siempre, probar el hecho en el cual funda su demanda. ¿Cómo hará esta prueba el demandante? Según el derecho común, puesto que la ley no lo deroga. Queda por saber cuál es este derecho común. ¿La prueba testimonial y las presunciones son de admitirse? La afirmativa no es dudosa cuando son terceros acreedores los que promueven, pues han estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del hecho que alegan. ¿Pero qué debe decidirse si la mujer ejerce la acción de garantía? Creemos que la solución debe ser la misma: si el marido, quien comienza con negar su autorización y se abstiene de concurrir al acto, recibe, no obstante, el precio, ó si el precio se emplea en provecho suyo, comete una usurpación de los derechos de la mujer; esto es un hecho ilegal, un hecho perjudicial, luego un cuasidelito, y éstos se prueban por testigos y presunciones. En vano se diría que la mujer puede pedir un recibo á su marido, éste cuidará de no hacer constar el cuasidelito que da apertura en su contra á una acción de responsabilidad. (1)

328. El segundo inciso del art. 1,450 prevee el caso en el cual la venta se hace sin autorización del marido; dice: «El marido es garante de la falta de empleo ó de reemplazo si la venta ha sido hecha en su presencia y con su consentimiento.» El *consentimiento* es la autorización que da el marido á su mujer para enajenar; la *presencia* es el concurso, la intervención del marido en el acto de la venta. Como la ley exige la presencia y el consentimiento, debe de-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 407 y nota 74, pfo. 516 (4.ª edición).

cirse que la autorización sola no basta para que sea responsable. El texto del art. 1,450 está en armonía con el espíritu de la ley. ¿Por qué debe el marido autorizar la venta? Para hacer constar que la enajenación del inmueble es necesaria ó útil para la mujer. La autorización cubre la incapacidad de la mujer: ésta, ya autorizada, es enteramente capaz; puede vender. Después de haber vendido, recibe el precio; recibir el precio no es ya un acto de disposición, es un acto de administración que la mujer tiene calidad de hacer sin autorización de su marido. Después hay que hacer el empleo ó el reemplazo del precio; la colocación de los capitales de la mujer es también un acto de administración, lo hace libremente; es decir, sin la intervención del marido. Por lo tanto, el marido no pudiera ser responsable por la falta de empleo ó de reemplazo, así como por ningún acto de administración, cuando se limita á autorizar á la mujer para que venda. En efecto, esta autorización sólo se da para la venta, es extraña á lo que sigue; la mujer recibe el precio y lo coloca en virtud de su poder de administración; y cuando ella es quien administra, se comprende que el marido no puede ser responsable si ella administra mal. En definitiva, el marido que autoriza, no administrando no puede ser responsable, como no lo es el tribunal que autoriza á la mujer para que venda, pues la autorización es un solo y mismo hecho jurídico, ya sea que proceda del marido ó de la justicia. Por esto es que la ley exige la *presencia* del marido en la venta para que sea garante por la falta de reemplazo ó de empleo. Concurrir á la venta no es ya autorizarla, puesto que el marido consintió ya en que enajene la mujer; é intervenir en la venta es administrar, y el marido que administra de hecho es responsable, como lo acabamos de decir en la hipótesis en la cual la mujer vende con autorización de la justicia (núm. 326).

329. La mayor parte de los autores declaran al marido

responsable por el solo hecho de autorizar la venta, aunque no haya estado presente en el acto. Que esta interpretación es contraria al texto del art. 1,450, eso es de evidencia, pues ella quita de la ley las palabras *en su presencia*. ¿Tienen los intérpretes el derecho de mutilar ó de corregir la ley? Se concibiría que no tuviesen en cuenta una palabra cuando esta no tiene ningún sentido ó cuando implica algún error que no puede suponerse en los autores del Código. En el caso, los intérpretes, colocándose más allá de la ley, se ponen igualmente en oposición con su espíritu; es decir, con los principios generales del derecho. Se trata de saber si el marido es responsable de la falta de empleo ó de reemplazo por el solo hecho de autorizar á la mujer para que venda. Y es de principio que aquel que autoriza no se obliga. Nada hay más racional que este antiguo adagio. Aquel que autoriza interviene para habilitar á un incapaz, y la autorización cubre la incapacidad haciendo al incapaz hábil para hacer el acto para el cual obtuvo la autorización; de parte de quien autorice no hay ninguna intención de obligarse: ¿y puede uno obligarse sin querer? La justicia no se obliga seguramente al autorizar á la mujer para enajenar; ¿por qué había el marido de ser responsable cuando él da dicha autorización?

Se objeta la tradición y se cita á Pothier como autoridad en apoyo de la opinión que declara al marido responsable por el solo hecho de haber autorizado. (1) En verdad Pothier y la tradición atestiguan contra aquellos que los invocan. El marido autorizó á su mujer para que vendiera un inmueble; ningún empleo se hizo con el precio: ¿estará obligado el marido hacia su mujer y sus herederos? Esta es una disputa entre los autores, contesta Pothier; después expone los motivos de ambas opiniones. La jurisprudencia estaba dividida como la doctrina; se citaban dos sentencias que hacían

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 406 y 407, notas 72 y 73, pfo. 516.

al marido responsable, mientras otra sentencia había resuelto que no lo era. ¿Qué decide Pothier? Trata de conciliar ambas opiniones y hé aquí cómo. Cuando la mujer ha vendido su herencia, el marido que la autorizó está obligado por la falta de empleo ó de reemplazo *si se sospecha que haya aprovechado*; y en el caso de las dos sentencias que habían declarado al marido responsable, se sospechaba que hubiese aprovechado el precio; el autor de las *Compilaciones*, quien fué uno de los jueces, lo hace constar así. Por el contrario, cuando el marido *no es sospechoso de haber aprovechado el precio*, no es responsable: tal era el caso de la sentencia en que fué resuelto que el marido no era garante; el autor de las *Compilaciones* hace constar que habiendo los esposos vivido en mala inteligencia desde la separación de bienes, el marido no podía ser sospechoso de haber aprovechado el precio; la mujer confesaba por otra parte que ella había comprado acciones que se habían vuelto nada: esta es la expresión de Pothier. (1)

Tal es la doctrina de Pothier; resulta bien claramente de ella que el solo hecho de autorizar la venta no hacía responsable al marido; lo que es decisivo. Pothier exigía además que el marido fuese *sospechoso de haber aprovechado del precio*. Esto era una condición de hecho que decidía el juez. La responsabilidad del marido dependía, pues, de las circunstancias de la causa y de la apreciación del juez. Este era el espíritu del derecho antiguo, el dejar gran latitud á los tribunales; el espíritu de nuestra nueva legislación es enteramente diferente. Los autores del Código Civil no han reproducido esta condición de *presunción*, sin duda por ser demasiado vaga y porque se presta demasiado á la arbitrariedad del magistrado: la han reemplazado por la condición de *presencia* en contrato de venta, hecho material que es fácil comprobar. ¿Es esto una presunción de que el marido ha apro-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 605.

vechado el precio? La ley no dice esto y nadie nos autoriza á interpretarla así. Desde que el marido está presente es responsable. Si recibió el precio y si lo aprovechó es justo que responda de él. Si no aprovechó del precio, será garante, no obstante, pues intervino en la administración, y desde que administra es responsable.

330. Cada autor tiene su explicación. Los editores de Zachariæ dicen que la causa principal de la responsabilidad del marido procede de los deberes ligados á la autoridad marital. Olvidan que dicha potestad no está ya completa después de la separación de bienes; la mujer está libre de ella en lo que se refiere á la administración de sus bienes: los administra libremente, el marido no tiene derecho de intervenir en su gestión; y colocar el precio es un acto de administración; ¿quién debe responder de él? La mujer que tiene el derecho de hacerlo y no el marido que no lo tiene y que se limitó á dar á su mujer la autorización para vender. Aubry y Rau están en oposición con la tradición. Pothier no declara al marido responsable por el solo hecho de que autorizaba á su mujer para enajenar; exigía que el marido fuese sospechoso de haber aprovechado el precio. Los autores del Código Civil han reemplazado esta condición por la de la presencia del marido en el acta; que se explique esta condición como se quiera, lo seguro es que la potestad marital sola no justifica la responsabilidad del marido, pues éste hace acto de autoridad al autorizar la venta, pero no lo hace concurriendo á la enajenación; se entromete, al contrario, en los asuntos de la mujer, y es por esto por lo que la ley lo declara responsable (1)

Troplong dice que «los espíritus formalistas hacen notar que la ley parece exigir la doble condición de presencia del

1 Compárese Colmet de Santerre (t. VI, pág. 262, núms. 102 bis II y III) quien hace una serie de suposiciones y después arguye en ellas como si fueran textos de la ley.

marido en el acta y su consentimiento." *¡La ley parece exigir! N6, no parece exigir; ella es tan clara como es posible, ella exige; si, pues, alguien es culpable de formalismo es el legislador; y el deber del intérprete, sobre todo cuando este intérprete es Primer Presidente de la Corte de Casación, ¿no es el de hacer que se respete la ley? Troplong agrega que mucho se cuida de tener estos escrúpulos. Decide, como si fuera legislador, que el consentimiento del marido basta para hacerlo responsable. ¿Y qué hace con el texto? ¡Escrúpulo vano! De un texto positivo hace una semejanza de texto. Después lo interpreta á su antojo: "El marido sólo presta su autorización en esperanza de aprovechar del precio." ¿Quién dice esto? ¿La ley? N6, sólo habla de la presencia del marido. Es, pues, el intérprete quien, después de haber mutilado la ley, la explica por presunciones que sólo él imaginó. ¿No se llama esto hacer la ley? (1)*

¿Se quiere la prueba? Una sentencia de la Corte de Casación consagra la opinión que acabamos de combatir; se lee en ella: "Según el art. 1,450, el marido es garante por la falta de empleo del bien dotal enajenado con su concurso, y la autorización dada por él para esta enajenación supone su concurso, ya porque haya asistido al acto, ya sea que no haya asistido." (2) Los términos del art. 1,450 no dicen seguramente esto, dicen todo lo contrario: "El marido es garante de la falta de empleo ó de reemplazo si la venta ha sido hecha en su presencia y con su consentimiento." Nosotros preferimos el Código Napoleón al Código que hacen los intérpretes.

331. Después de haber combatido á nuestros adversarios es menester combatir también á los autores cuya opinión seguimos, Marcadé cuando menos; nosotros no podemos admitir los motivos que da este autor en apoyo de nuestra

1 Troplong, t. I, pág. 419, núm. 1447.

2 Denegada, 1.º de Mayo de 1848 (Dallcz, 1848, 1, 220).

doctrina; son presunciones arbitrarias que se prestan á la crítica y que debilitan lo que creemos ser la verdadera interpretación de la ley, en lugar de fortificarla. La responsabilidad del marido está fundada, según Marcadé, en la presunción de haber recibido el precio. Habría, pues, presunción legal cuando el marido que autoriza á su mujer para enajenar y está presente á la venta recibe el precio. Hemos dicho muchas veces que los autores abusan de las presunciones y que las crean para las necesidades de su causa. Esto es un ejemplo más. ¿En el 2.º inciso del art. 1,450 se trata de recepción del precio y establece la ley una presunción que substituya la prueba de que el marido haya recibido dicho precio? Ni una palabra hay en el texto que deje sospechar una presunción. ¿Y cuáles son los caracteres que debe tener una presunción legal? El art. 1,350 dice: "La presunción legal es la que está ligada por una ley especial á ciertos actos ó á ciertos hechos." ¿Cuáles son los actos ó los hechos á los que el art. 1,450 liga una presunción? Bien vemos un acto y un hecho: el consentimiento del marido y su presencia en el acta; pero ¿dónde está la consecuencia que saca la ley de estos hechos para inducir que el marido recibió el precio? La ley queda muda respecto de esta pretendida consecuencia; ¡habría, pues, presunciones fundadas en el silencio de la ley, cuando ésta exige una ley especial para que haya presunción legal! Pero ni siquiera son necesarias estas presunciones para explicar la ley. El legislador es muy parco de presunciones, y con razón, pues esto es substituir el razonamiento á una prueba. ¿Era necesario, en el caso, recurrir á presunciones? Los principios son de extrémada sencillez: el marido es responsable cuando administra ó cuando interviene en la administración; é interviene en ella cuando concurre á la venta por su presencia en el acta. Su presencia basta, pues, para que sea garante por la falta de empleo ó de reemplazo.

332. Si se admite nuestra explicación no hay ya ninguna dificultad en la aplicación de la ley. ¿Se pregunta si el marido puede libertarse de la responsabilidad probando que la mujer recibió el precio? En nuestra opinión ni siquiera puede presentarse la cuestión. Si el marido es responsable no es porque él recibió el precio, es porque intervino en la administración de los bienes de la mujer, asistiendo á una venta en la que su presencia como marido no está requerida. ¡Poco importa, pues, que la mujer haya recibido el precio! No por eso deja de haber inmisión del marido y, por lo tanto, responsabilidad. Si Marcadé dice lo contrario esta es una consecuencia de la presunción que él ha imaginado para explicar la ley. Hé aquí á lo que conducen los errores, siempre preñados de consecuencias erróneas. (1)

333. El art. 1,450 dice que el marido no es garante de la utilidad del empleo ó del reemplazo. La razón está en que quien hace la colocación es la mujer, puesto que el empleo ó el reemplazo es un acto de administración; y la mujer administra libremente, debe aceptar la libertad con su consecuencia: la responsabilidad. (2) Sin embargo, esta resolución de ley no está al abrigo de toda crítica. Cuando la mujer, usando de su poder, administra libremente es justo que ella sea responsable. Pero si el marido interviene en la administración ya no es la mujer quien gestiona, es el marido; luego el marido debería ser responsable de todas las consecuencias del acto en el que se ha inmiscuido. Nada le importa á la mujer que haya empleo si el empleo que de hecho fué aconsejado por el marido le salió desventajoso. Si la ley obliga al marido á que vigile el empleo debería también obligarlo á cuidar de que el empleo sea útil.

Diciendo que el marido no es responsable de la utilidad del empleo, la ley supone que es la mujer quien hizo dicho

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 406 y siguientes, pfo. 516 (4ª edición).
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 264, núm. 102 bis IV.

empleo; aunque lo hubiese hecho por consejo de su marido éste no sería responsable, puesto que, siendo libre, no está obligada á seguir los consejos que le da su marido. Pero si el marido hiciese el empleo sin el concurso de la mujer y sin mandato suyo, sería responsable. Esta es la aplicación del principio que domina esta materia: desde que el marido administra es responsable. (1)

334. ¿A quién debe pagar el adquirente? En principio sólo la mujer tiene calidad para percibir el pago del precio, puesto que esto es un acto de administración y que la mujer administra libremente. Se admite, sin embargo, que el marido, para cubrir su responsabilidad, puede oponerse á que el adquirente pague fuera de su presencia. Se concibe esto en la opinión que hace responsable al marido por el solo hecho de autorizar á su mujer para enajenar; al autorizarla, él ejerce un derecho y cumple con un deber; debe, también, tener el derecho de poner su responsabilidad á cubierto cuando ésta resulta del ejercicio de un derecho legal. En nuestra opinión el marido no es responsable por causa de la autorización que le da á su mujer para que ésta enajene, lo es sólo cuando de hecho interviene en la administración de los bienes; y no tiene derecho de intervenir en ella; su intervención es un hecho, una usurpación del derecho de la mujer, y una usurpación no puede autorizar á otra. Es seguro que, apesar de la oposición del marido, la mujer podía obligar al deudor á que le pagase y, por consiguiente, el comprador también podría pagar el precio á la mujer. El marido se colocó en una posesión ilegal: ¡que sufra sus consecuencias!

335. Se enseña también que el marido ó la justicia, al autorizar á la mujer para enajenar, pueden agregar la condición que la mujer hará un empleo determinado del precio,

1 Duranton, t. XIV, pág. 564, núm. 429. Aubry y Rau, t. V, pág. 407, párrafo 516.

y se concluye de esto que esta condición es obligatoria para el adquirente. Esto nos parece dudoso: hacer un empleo ó reemplazo del precio es un acto de administración, y la mujer tiene derecho para administrar libremente; este derecho se liga á su estado y á su capacidad; es, pues, de orden público. ¿Puede acaso el marido limitar la capacidad que la ley da á la mujer separada de bienes? Los tribunales, guardianes de los derechos de que goza la mujer, ¿pueden estorbar el ejercicio de sus derechos? Las leyes de orden público no pueden ser modificadas por los particulares ni por los tribunales. Se puede criticar el Código porque concedió á la mujer una libertad demasiado grande, pero no pertenece al marido ni al juez el limitarla. (1)

Núm. 4. Retroacción de la separación.

I. El principio.

336. Según el art. 1,445, «la sentencia que pronuncia la separación de bienes retrotrae, en cuanto á sus efectos, al día de la demanda.» La separación existe, pues, con todos sus efectos desde el día en el cual la mujer introdujo su demanda ante la justicia; desde aquel día la comunidad está disuelta; lo está no sólo entre los esposos sino también para con los terceros. Este último punto ha sido contestado, pero malamente. Las relaciones entre el marido y la mujer interesan á los terceros tanto como á los mismos esposos; por esto es que las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros. Y la separación de bienes establece un nuevo régimen entre los esposos: ¿puede concebirse que haya nuevo régimen entre los esposos desde la demanda, y que haya comunidad para con los terceros? Esto es una imposibilidad lógica y jurídica; la mujer cambia de estado, se hace capaz para los actos de administración, está libertada

1 En sentido contrario, en todos estos puntos, Aubry y Rau, t. V, págs. 407 y siguientes, pfo. 516.

de la potestad marital á este respecto: ¿puede concebirse que sea capaz para con su marido é incapaz para con los terceros? El marido deja de ser señor y dueño de la comunidad, deja de ser administrador de los bienes de la mujer. ¿Se concibe que aun haya comunidad para con los terceros cuando ya no existe para con los esposos? El mismo texto del Código se resiste á esta extraña opinión; prescribe la publicidad de la demanda de separación: ¿es esto por interés de los esposos? No, seguramente. Es por interés de los terceros; esto implica que la separación, á consecuencia de su retroacción de la sentencia, existe para con los terceros desde el momento de la demanda. (1)

Se tiene dificultad en entender que una opinión que tiene contra sí el texto y el espíritu de la ley haya encontrado eco ante las cortes. (2) Creemos inútil discutir decisiones que son tan evidentemente erróneas. Aquí está permitido hablar de error y de evidencia, pues el art. 1,445 no deja ninguna duda; el texto está concebido en los términos más generales, y el espíritu de la ley está igualmente incontestable, puesto que no hay ningún motivo para distinguir entre esposos y terceros; para decir mejor, la distinción es impracticable, como acabamos de decirlo.

337. ¿Cuál es el motivo de la retroacción establecida por el art. 1,445? Importa establecerla con certeza, porque la Corte de Casación se equivocó en ella y llegó á consecuencias tan erróneas como el principio que les sirve de fundamento. Regla general: toda sentencia retrotrae. La razón es que, desde luego, la demanda debe obtener desde el día del pedimento cuanto hubiese obtenido si las delaciones necesarias al procedimiento no retardasen necesariamente la

1 Toullier, t. VII, 1, pág. 97, núms. 100-102. Marcadé, t. V, pág. 592, número I del art. 1449. Aubry y Rau, t. V, pág. 400, nota 45.

2 Riom, 31 de Enero de 1826, y Rouen, 9 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 1941 y 1942). En sentido contrario, Burdeos, 11 de Mayo de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1940).