

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).

sentencia del juicio; de manera que es imposible que la sentencia se pronuncie inmediatamente después de la demanda. El demandado no puede quejarse de esta retroacción, puesto que hubiera debido reconocer el fundamento de la demanda, dando razón el tribunal al demandante. En fin, la retroacción no choca con los derechos adquiridos en materia de sentencia; las leyes no pueden retrotraer porque crean una nueva disposición que no pudiera, sin iniquidad, quitar derechos adquiridos antes que la nueva ley fuese obligatoria y conocida. No sucede así con las sentencias; no crean los derechos, sólo los declaran dándoles el apoyo de la autoridad pública; es justo que los efectos de este reconocimiento existan desde el mismo día en que la demanda está formulada.

¿Es esto el derecho común que consagra el art. 1,445 disponiendo que la sentencia que pronuncia la separación de bien retrotrae al día de la demanda? Nó, pues los motivos que justifican la retroacción de las sentencias en general exigirían, al contrario, que la sentencia de separación no tuviera efecto retroactivo. Desde luego esta sentencia, lejos de declarar y reconocer los derechos de las partes, crea una nueva situación: una convención irrevocable está reducida á la nada y reemplazada por un nuevo régimen que es la contra parte de las primitivas convenciones; luego el nuevo régimen no debiera tener efecto sino para lo venidero. Luego la mujer que pide la separación no tiene ningún derecho en el momento en que promueve en justicia; está ligada por sus convenciones matrimoniales; no puede cambiarlas; no puede, pues, pedir que su marido reconozca sus derechos; ni siquiera está permitido al marido consentir en la demanda, pues la separación voluntaria es nula. Se sigue de esto que la separación no debiera existir sino desde la sentencia que la pronuncia; tiene ahí su causa y su principio; y los efectos no pueden preceder á las causas.

Es, pues, por derogación á los principios, como la sentencia que pronuncia una separación retrotrae. ¿Cuál es la razón de esta excepción? Es el interés de la mujer. La separación de bienes es una garantía que la ley le concede para resguardar su dote y sus devoluciones. Sólo puede pedirle cuando su dote ó sus derechos están en peligro; el peligro va creciendo cada día: si la comunidad no se disuelve sino después de procedimientos que la mala fe del marido pueden prolongar, el remedio llegará demasiado tarde; el marido habrá tenido tiempo para dilapidar la comunidad y hacerse insolvente. Para que la separación sea un remedio eficaz, es menester que exista desde el instante en que se la solicita; este es el único medio de detener el peligro que amenaza á la mujer. (1)

338. ¿La sentencia que pronuncia la separación de cuerpos retrotrae también en lo que se refiere á la separación de bienes, que es su consecuencia? Esta cuestión está muy controvertida; en nuestro concepto, la negativa es segura. Acabamos de probar que, según los principios generales del derecho, la separación de bienes no debiera existir sino desde el día de la sentencia. El art. 1,445 es, pues, una disposición excepcional. Esto decide la cuestión. ¿Se aplica la excepción á la separación de cuerpos? Nó, ni según el texto ni según el espíritu de la ley. El art. 1,445 dice: «La sentencia que pronuncia la separación de bienes remonta al día de la demanda.» ¿Hay acaso en materia de separación de cuerpos una sentencia que pronuncie la separación de bienes? Nó, tal no es el objeto de la demanda y tal no es la sentencia del juez. El esposo demanda que se le separe de cuerpos de su cónyuge, y el juez pronuncia esta separación. ¿En qué se fundan la demanda y la sentencia en las causas

<sup>1</sup> Colmet de Santerre, t. VI, pág. 243, núm. 94 bis I. Mourlón, t. III, página 36, núm. 200.

determinadas que autorizan el divorcio? ¿Es que el peligro en que está la dote ó las devoluciones de la mujer figura entre los motivos que conducen á la mujer á promover la separación de cuerpos? Nó, los negocios del marido pueden estar en estado próspero, la dote y las devoluciones de la mujer pueden estar al abrigo de todo peligro y, sin embargo, el juez pronunciará la separación de cuerpos si una de las causas determinadas para el divorcio existe. ¿Por qué, pues, hay separación de bienes cuando el juez separa de cuerpos á los esposos? La ley es la que lo decide así porque la comunidad de bienes supone la vida común; cuando ésta cesa la comunidad debe también cesar. No sucede así con la separación de bienes del art. 1,445; tiene únicamente por objeto resguardar los intereses pecuniarios de la mujer, sólo se pronuncia cuando su dote ó sus devoluciones están en peligro; la vida común continúa, por lo demás, entre los esposos. Así la separación de cuerpos, aunque seguida por la separación de bienes, nada tiene de común con la separación de bienes del art. 1,445. Luego este artículo no es aplicable á la separación de cuerpos.

El espíritu de la ley es tan claro como el texto. ¿Por qué la sentencia que pronuncia la separación de bienes retrotrae? Para garantizar la dote y las devoluciones de la mujer. Y la separación de cuerpos no se pronuncia por razón de los intereses pecuniarios de la mujer; luego no hay ninguna razón para hacer retrotraer la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos por vía de consecuencia. ¿Se dirá que cuando la separación de cuerpos se pronuncia puede suceder que el desorden de las costumbres haya arrastrado el desorden de los negocios del marido y que en este caso los motivos que hacían retrotraer la separación de bienes pronunciada por razón del peligro de la dote existen también para hacer retrotraer la separación de cuerpos? Contestaremos, y la respuesta es perentoria, que

si hay juntamente una causa determinada para el divorcio y una causa para la separación de bienes, la mujer puede y debe formular simultáneamente ambas demandas, una para la separación de cuerpos por violación de los deberes que nacen del matrimonio, y otra para la separación de bienes para la garantía de sus intereses pecuniarios. Habrá dos sentencias: la una pronunciará la separación de cuerpos y no retrotraerá, porque no se concibe que la vida común cese retroactivamente; la otra, que pronunciará la separación de bienes, retrotraerá porque el interés de la mujer lo exige así.

Puesto que la sentencia que pronuncia la separación de cuerpos nada tiene de común con la separación de bienes que se pronuncia en juicio, hay que hacer á un lado el artículo 1,445, completamente extraño á la separación de cuerpos. Queda por saber si la separación de bienes que resulta de la separación de cuerpos puede retrotraer independientemente del art. 1,445. La ley es la que decide que la separación de cuerpos arrastrará siempre á la separación de bienes. Así, la separación de bienes es un efecto de la sentencia que separa de cuerpos á los esposos; ¿puede el efecto retrotraer cuando la causa que lo produce no retrotrae? Hay una imposibilidad lógica que conduce á un verdadero absurdo, en la opinión que admite la retroacción de la separación de bienes aunque la separación de cuerpos no retrotraiga. Hasta el momento en que el juez pronuncia la separación de cuerpos el matrimonio subsiste con las consecuencias legales de la vida común y de los intereses comunes; la comunidad subsiste, pues, también. ¿Puede ser disuelta retroactivamente sin que la separación de cuerpos retrotraiga? Esto sería admitir un efecto sin causa; la única causa por la que hay separación de bienes cuando los esposos se separan de cuerpos, es la cesación legal de la vida común, el relajamiento del lazo del matrimonio; y esta causa sólo existe en

virtud de la sentencia, luego el efecto sólo puede partir de esta sentencia. Si se admite que la separación de bienes retrotrae al día de la demanda, mientras que la separación de cuerpos sólo existe desde la sentencia, se llega á esta consecuencia absurda: que la separación de bienes, consecuencia de la de cuerpos, existe en un momento en que no hay aún separación de cuerpos. Para admitir semejante anomalía se necesitaría un texto, y no se tiene otro texto que el artículo 311, puesto que el art. 1,445 debe apartarse, y el art. 311 condena precisamente la opinión de la retroacción, puesto que establece la separación de bienes como un efecto de la separación de cuerpos, luego como dependiendo de esta separación y siguiéndola, como el efecto sigue á la causa.

Decimos que no hay texto fuera del art. 311. El Código es muy lacónico en lo que se refiere á la separación de cuerpos; de ahí numerosas dificultades. Se ha llamado á la separación de cuerpos el divorcio de los católicos, y se ha concluido de esto que se podía aplicar por analogía á la separación de cuerpos lo que el Código dice del divorcio. Hemos rechazado este principio. Sin embargo, hay un efecto que produce la separación de cuerpos tanto como el divorcio: es la disolución de la comunidad; el art. 1,441 pone, á este respecto, la separación de cuerpos y el divorcio en una misma línea. Hay, pues, más que analogía, hay identidad. Y el divorcio no disuelve la comunidad retroactivamente; los arts. 270 y 271 lo prueban, y esto no está contestado. Luego debe suceder lo mismo con la separación de cuerpos. Que el lazo del matrimonio esté roto ó sólo relajado, poco importa, la consecuencia es la misma, la comunidad está disuelta; si no lo fuere sino desde la pronunciaci3n del divorcio, también sólo debe estar disuelta á partir de la separaci3n de cuerpos; una causa idéntica no podría producir efectos diferentes. (1)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 244, núm. 94 bis III. Los antiguos auto-

339. La retroacci3n de la separaci3n de bienes fué establecida en interés de la mujer; para garantizar sus derechos con eficacia, la sentencia debe tener efecto para con los terceros, como entre los esposos, á partir del día de la demanda. Si, pues, se admite que la separaci3n de cuerpos retrotrae, hay que admitir también que retrotrae para con los terceros. Pero aquí nos detiene el mismo texto del art. 1,445, único apoyo de la opini3n que combatimos. En efecto, la disposici3n que establece la retroacci3n de la separaci3n de bienes forma el segundo inciso del artículo que ordena la publicidad de la separaci3n, y esta publicidad se completa con el Código de Procedimientos: la publicidad y la retroacci3n están íntimamente ligadas. La ley no pudo admitir la retroacci3n para con los terceros sino á condici3n de hacer públicas la demanda y la separaci3n. Y el Código Civil no prescribe la publicidad de la separaci3n de cuerpos, ni de la demanda, ni de la sentencia; hubiera, pues, dado efecto contra los terceros y á su perjuicio, á una sentencia que los terceros pueden no conocer, y desde la demanda que seguramente no conocen. Para substraerse á esta nueva imposibilidad, se distingue, en la opini3n contraria; se enseña que la separaci3n de bienes resultante de la separaci3n de cuerpos remonta al día de la demanda en lo que se refiere á las relaciones de los esposos entre sí, pero que no puede ser opuesta á los terceros sino desde la publicaci3n de la sentencia que pronunció la separaci3n de cuerpos. (1) Si mediante esta distinción se evita la contradicci3n lógica que acabamos de señalar, se tropieza con una nueva imposibilidad. Para sostener que la separaci3n de cuerpos retrotrae en cuanto á los bienes, se invoca el art. 1445; y este artículo establece el principio de la retroacci3n en términos absolu-

tes son citados por Rodière y Pont, t. III, pag. 649, nota 2, y por Aubry y Rau, t. V, pág. 203, notas 18 y 19, pfo. 494. Compárese una sentencia muy bien motivada de la Corte de Limoges, 21 de Diciembre de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 83).

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 202, notas 18 y 19, pfo. 494, y los autores que citan.

tos sin distinguir entre esposos y terceros. ¿Con qué derecho se introduce en la ley una distinción que rechazan sus términos? Si la separación de cuerpos, en tanto que arrastra la separación de bienes, está reglamentada por el artículo 1,445, es preciso admitir que la sentencia retrotrae para con los terceros tanto como entre los esposos: distinguir donde la ley no distingue y en una materia excepcional, es hacer la ley. Esta es la mayor de las imposibilidades. Si el art. 1,445 es aplicable á la separación de cuerpos, hay que aplicarlo por entero para con los terceros como para con los esposos, y entonces se llega á una consecuencia tan inicua como contraria á la ley; á saber: que la separación de bienes tiene efecto para con los terceros desde el momento de la demanda. Si no se aplica el art. 1,445 para con los terceros, no se le puede aplicar para con los esposos, y si se le aplica se cae en las más extrañas contradicciones. Las instancias de separación de cuerpos son largas, pueden durar dos años; si la separación es pronunciada, la comunidad habrá sido disuelta desde la demanda; desde este momento los esposos están separados de bienes y, no obstante, la comunidad subsistirá para con los terceros. ¡Así habrá á la vez comunidad y separación, los esposos serán comunes en bienes y estarán separados de bienes! El legislador nunca habrá consagrado semejante anomalía. Si hubiese querido hacer retrotraer la separación de cuerpos en cuanto á los bienes, hubiera prescripto la publicidad de la demanda y hubiera admitido la retroacción para con los terceros como para con los esposos. Cuando los intérpretes hacen la ley siempre la hacen mal, porque no tienen la libertad de acción que pertenece al legislador: que se conformen con su misión más modesta y que empiecen por respetar la ley que tienen en cargo de interpretar.

Se ha señalado una última anomalía en la opinión que admite la retroacción limitándola á los esposos. El marido

puede pedir la separación de cuerpos contra su mujer; si esta separación es pronunciada dejará de ser señor y dueño de la comunidad desde la demanda; la separación podrá serle opuesta por la mujer en su provecho y en perjuicio del marido. ¿Puede concebirse una demanda acogida por la justicia y volviéndose en contra de aquel que obtiene en la causa? Troplong contesta haciendo un llamamiento al honor y delicadeza del marido; olvida que se trata de derechos pecuniarios, y olvida que el juez es quien está llamado á arreglarlos. Se comprende en rigor que la ley subordine el interés á un sentimiento de moral, pero ante el juez sólo los intereses están en causa, hay que dejar ahí cualquiera otra consideración. (1)

La jurisprudencia está dividida como la doctrina. (2) Hay tres sentencias recientes de la Corte de Casación en favor de la opinión que hemos combatido. Las recusamos. La primera no da ningún motivo, (3) y no damos ninguna autoridad á una sentencia no motivada. La segunda sentencia intervino en un caso en el que la mujer había pedido la separación de bienes; (4) no es nuestra hipótesis. La última sentencia da un motivo, y sucede que el motivo es enteramente erróneo. Las sentencias, dice la resolución, son declarativas y no atributivas de los derechos que consagran; el art. 1,445 sólo aplica este principio general á la sentencia que pronuncia la separación de bienes; contiene, pues, una disposición de derecho común que se puede y debe aplicar á la separación de cuerpos. (5) ¿Cómo puede la Corte de Casación repetir en todas sus sentencias un motivo que ha sido mil veces refutado?

La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está igual-

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 202 y siguientes, nota 18, pfo. 494.

2 Véase la antigua jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 1945.

3 Denegada, Sala Civil, 5 de Agosto de 1868 [Dalloz, 1868, 1, 407].

4 Casación, 12 de Mayo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 270).

5 Denegada, Sala Civil, 18 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 49).

mente dividida: ningún elemento nuevo trae en el debate. (1)

## II. Consecuencias.

### 1. En cuanto á los bienes.

340. La consecuencia de la retroacción, en cuanto á los bienes que forman la comunidad y en cuanto al patrimonio propio de los esposos, no tiene ninguna dificultad. Puesto que la sentencia retrotrae al día de la demanda, la separación de bienes existe desde aquel momento; luego la comunidad está disuelta y, por lo tanto, estará liquidada en el estado en que se encuentre el día de la demanda. Si vencen sucesiones á la mujer desde aquel día y durante la instancia de separación, los bienes le quedarán propios; es algunas veces en vista de una herencia que le va á tocar por lo que la mujer pide la separación; salvará así los valores mobiliarios que la componen. Se entiende que lo mismo sucederá con los bienes que tocarán al marido. (3)

341. Estando disuelta la comunidad desde la demanda el marido deja de gozar de las rentas de la mujer; pero como de hecho continuará percibiendo los frutos y los intereses, deberá restituirlos, como estaría obligado á ello si, en caso de disolución de la comunidad por cualquiera otra causa, percibiera las rentas de la mujer cuando no hay ya comunidad. Se aplica el principio general que rige á los frutos; éstos pertenecen al propietario y deben serle restituidos por aquel que los percibió sin tener derecho para ello. Lo mismo sucede con los intereses de los créditos que quedasen propios de la mujer. Si la mujer tiene recompensas que ejercer, relativas á sus propios, tiene derecho á los réditos desde la disolución de la comunidad; luego, en el caso, des-

1 Bruselas, 8 de Agosto de 1856, en pró de la retroacción (*Pasicrisia*, 1856, 2, 346). Lieja, 10 de Agosto de 1854, en contra (*ibid.*, 1855, 2, 171).  
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 243, núm. 94 bis II, y todos los autores.

de la demanda. En efecto, según el art. 1,473, las recompensas debidas á los esposos por la comunidad implican los réditos de pleno derecho desde el día de la disolución de la comunidad, y en caso de separación de bienes la comunidad está disuelta desde la demanda. Sin embargo, en la opinión común el art. 1,473 sólo se aplica al caso en el que la mujer acepta la comunidad; si, pues, la renuncia no podría reclamar los intereses de las recompensas sino según el derecho común, es decir, demándolos ante la justicia (artículo 1,153). Esto es una diferencia entre las compensaciones y los propios de la mujer; que ésta acepte ó renuncie siempre tiene derecho á la restitución y, por consiguiente, á la restitución de los frutos y de los réditos.

¿Tiene también la mujer derecho á los réditos de la dote mobiliario que entró en el activo de la comunidad legal? Si renuncia pierde todo derecho al mobiliario que entró por su parte en la comunidad. La cuestión sólo puede presentarse, pues, en el caso en que la mujer acepta. Sólo tiene los derechos de un copropietario; es decir, que toma la mitad de la masa divisible, pero en esta masa están comprendidos los intereses que el marido percibió desde la disolución de la comunidad; en caso de separación, el marido debe dar cuenta de estos réditos desde la demanda. Si la mujer se hubiese reservado la devolución de su dote mueble en caso de renuncia ¿tendría derecho á los réditos? Debe contestarse afirmativamente en virtud del principio de que el marido debe restituir los intereses á los que no tienen ya ningún derecho desde la demanda de separación.

Los derechos de la mujer á los intereses y á los frutos reciben una restricción. Esta ejercita sus derechos desde la demanda de separación como si la comunidad estuviera disuelta; por contra debe también soportar los cargos que le incumben después de la separación; y la mujer separada de-