

pués de la disolución; y la mujer no administra durante la instancia, luego es inútil que tenga derecho para obligarse; ni siquiera se concibe que se obligue, puesto que sólo se obliga administrando, y no administra.

3. Efecto de la retroacción en cuanto á los actos de disposición ó de administración hechos por el marido.

347. Durante la comunidad el marido es señor y dueño de los bienes comunes; los administra solo y dispone de ellos sin el concurso de la mujer. El marido tiene también la administración de los bienes personales de la mujer y hace solo todos los actos reputados de administración. Cuando la comunidad está disuelta por la sentencia que pronuncia la separación de bienes, el marido ya no es más que un socio relativamente á los bienes comunes; no tiene ya el derecho de administrar, mucho menos de disponer de ellos; deja también de ser administrador de los bienes de su mujer. ¿Retrotraen al día de la demanda los efectos que produce la sentencia de separación? Se debe responder afirmativamente, según el texto y el espíritu de la ley. El art. 1,445 dice que los efectos de la sentencia remontan al día de la demanda; y el primer efecto de la sentencia es disolver la comunidad y poner fin á la potestad del marido, sea como jefe de la sociedad de bienes, sea como administrador de los bienes de la mujer. Tal es también el objeto de la demanda de separación; es porque la administración de la comunidad y de los bienes de la mujer es ruinoso, por lo que la mujer pide que los poderes del marido cesen. ¿Y por qué retrotraen la separación al día de la demanda? Con el fin de hacer cesar una gestión que acabaría de arruinar á la mujer. Luego es necesario que, á partir de la demanda, el marido cese de ser señor y dueño de los bienes comunes y de administrar los bienes de la mujer.

348. Otra es la cuestión de saber cuál es la suerte de los actos que el marido hace durante la instancia, ya como jefe de la comunidad, ya como administrador de los bienes de la mujer. La ley no se explica en este punto. Debe, pues, decidirse la cuestión según los principios generales. No siendo ya de derecho el marido señor y dueño de los bienes comunes, ni administrador de los bienes de la mujer, resulta que no puede ya obrar con tal calidad y que los actos que hace son nulos. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? ¿quién puede preverse de ella? Es únicamente por interés de la mujer por lo que la ley hace retrotraer la sentencia; si, pues, la separación remonta al día de la demanda, y si á partir de aquel momento el marido deja de ser jefe de la comunidad y administrador de los bienes de la mujer, esto es también en el exclusivo interés de la mujer. Luego si los actos que el marido hace sin calidad, á partir de la demanda, son nulos, esta es una nulidad esencialmente relativa, la mujer sola puede preverse de ella.

Esto no es dudoso. Pero ahí no está la dificultad. Se pregunta si la nulidad que invoca la mujer es de derecho; es decir, si el tribunal debe pronunciarla por el solo hecho de estar probado que el acto hecho por el marido es posterior á la demanda de separación ¿ó debe la mujer probar que estos actos le son perjudiciales? La ley no dice que los actos del marido son nulos, muchos menos aún que sean nulos de derecho. No se podría, pues, admitir esta nulidad sino resultando de los principios. Y todo cuanto quiere la ley al hacer remontar los efectos de la separación al día de la demanda, es impedir al marido acabar la ruina de la mujer. Esto supone actos perjudiciales, actos que ponen en peligro la dote y las devoluciones de la mujer ó que aumentan este peligro. Si el acto hecho por el marido no causa ningún perjuicio á la mujer ¿con qué derecho lo atacaría ésta? ¿Di-

rá que el marido no tenía calidad para obrar y que, por lo tanto, lo que hizo es radicalmente nulo? Esto sería sobrepasar la ley y, por consiguiente, aplicarla á una hipótesis para la que seguramente no fué hecha. El legislador quiere sólo que la mujer no esté perjudicada por los actos de su marido; luego, en el espíritu de la ley, el marido no tiene calidad para obrar en este sentido: que no puede perjudicar los derechos de la mujer. Si no los perjudica al obrar no hay ya motivo para rehusarle calidad para esto. Al contrario, el interés de los esposos y el interés general piden que el marido pueda hacer cualquier acto que no perjudique á la mujer.

Notemos desde luego que, esperando que el juez decida acerca de la demanda de la mujer, el marido continúa de hecho y de derecho administrando los bienes comunes y los de la mujer: no se le puede oponer que sus poderes cesan por una ficción de la ley, pues esta ficción supone que hay una sentencia que pronuncia la separación; mientras no la hay es imposible que haya retroacción en virtud de ella. El marido queda, pues, jefe y administrador, sólo él tiene calidad para obrar; si hay lugar á hacer un acto referente á la comunidad ó á los propios de la mujer, sólo el marido tiene derecho de hacerlo; declararlo nulo si la separación es pronunciada, es ponerlo en la absoluta imposibilidad de obrar aun para hacer actos que serían ventajosos á la mujer. ¿Quién sufriría de dicha imposibilidad? La mujer desde luego. La sociedad también sufriría, puesto que los bienes comunes y los de la mujer estarían fuera del comercio; puesto que nadie había de tratar con el marido aun en condiciones ventajosas para la mujer; puesto que ésta tendría el derecho de atacar estos actos. Si la ley permite á la mujer pedir su nulidad esto es para resguardar los intereses de la mujer; es, pues, necesario que la mujer pruebe que está interesada en obtener su anulación. Llegamos á la consecuencia de que no

hay nulidad de derecho: los actos del marido sólo son nulos para con la mujer cuando perjudican á ésta.

Queda una dificultad y es ésta, en la que hay particularmente controversia. ¿Basta el perjuicio para que la mujer pueda atacar los actos ó es menester que haya fraude? ¿Y los terceros deben ser cómplices en este fraude? Creemos que basta el perjuicio; en nuestro concepto, la mujer puede atacar el acto del marido por esto sólo: que le es perjudicial, aunque el mismo marido hubiese obrado sin intención de fraude y que los terceros fuesen de buena fe. Esto resulta de la esencia misma de la separación de bienes. ¿Por qué permite la ley que la mujer la pida? ¿Es porque el marido defraude sus derechos? De ninguna manera; la ley ni siquiera exige que la mujer pruebe la mala gestión del marido (números 220-225). Puede suceder que no haya mala gestión, mucho menos fraude. La mujer tiene derecho de promover la separación de bienes desde que el estado de los negocios del marido compromete la dote ó las devoluciones de la mujer. Para que ésta esté al abrigo de este peligro la ley quiere que la separación retrotraiga al día de la demanda. Luego basta que haya peligro para que la mujer goce del beneficio de la retroacción. Esto no implica ningún fraude. Desde que los actos del marido le son perjudiciales, la mujer puede obrar; lo puede, pues, hacer aunque los terceros que trataron con el marido fueran de buena fe. Se invoca en vano el interés de los terceros; la ley proveyó á ello prescribiendo la publicidad de la demanda; los terceros están sobre aviso de que se pidió la separación y que retrotraerá si se la pronuncia; á ellos toca ver si pueden tratar con seguridad con el marido. En nuestra opinión, los terceros pueden contratar con toda seguridad desde que el acto no perjudica á la mujer.

349. La doctrina que acabamos de exponer no es la de los autores ni la de la jurisprudencia. Los autores no, es-

tán acordes. Los hay que parecen admitir una retroacción absoluta; Battur y Toullier enseñan que la sentencia retrotrae contra los terceros como para los esposos. (1) Sin embargo, sería sobrepasar su modo de pensar el admitir que, en su opinión, los actos del marido son nulos de derecho; no discuten la cuestión, y es muy peligroso, en derecho, proceder por vía de inducción y concluir de lo que dice un autor, si acepta todas las consecuencias que resultan de sus palabras.

La mayor parte de los autores distinguen entre los actos de disposición y los de administración. Admiten que los actos de administración son válidos, á no ser que el marido los haya hecho en fraude de los derechos de la mujer; mientras que los actos de disposición son nulos por el solo hecho de no tener el marido derecho de hacerlos. (2) ¿En qué descansa esta distinción? No es en el texto de la ley, pues ésta no dice que la separación retrotrae en cuanto á los actos de disposición y que no retrotrae en cuanto á los actos de administración. ¿Es el espíritu de la ley el que ordena dicha distinción? Tampoco. La ley sólo quiere impedir una cosa, que los actos del marido perjudiquen á la mujer; luego sin perjuicio está la mujer sin derecho. Si los actos de disposición le son perjudiciales promoverá y obtendrá la anulación probando el perjuicio. Pero si la enajenación no le perjudica ¿por qué había de tener el derecho de atacarla? Se dirá que el marido no tenía ya el derecho de disponer, puesto que la comunidad está disuelta en el momento en que él dispone. Contestaremos que no es exacto decir que el marido está sin derecho alguno; todos admiten que tiene un derecho, sólo se trata de precisar sus límites. Esto nos

1 Battur, t. II, pág. 335, núm. 650. Toullier, t. VII, 1, pág. 98, núms. 101 y 102.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 402, notas 49-52, pfo. 516. Rodière y Pont, tomo III, pág. 646, núms. 2177 y 2178. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 243, núm. 94 bis II.

parece tan evidente que suponemos que los autores han subentendido la condición del perjuicio. Pero en una ciencia exacta como la nuestra vale más decir las cosas que subentenderlas.

En cuanto á los actos de administración se dice que es necesario validarlos, porque hay necesidad para el marido de administrar durante la instancia, y sólo él tiene este derecho. Si este motivo justificara la distinción sería preciso restringirla á los actos necesarios y anular los que no lo son. Y los autores que combatimos validan todos los actos de administración, siempre que no sean fraudulentos. Esto es introducir en la ley una distinción que no está en ella. Es, además, hacer poco menos que ilusoria la garantía del artículo 1,445. Nótese desde luego que era inútil decir que la mujer puede atacar los actos que el marido hace en fraude de sus derechos durante la instancia de separación, pues, to que lo puede hacer en virtud del derecho común. (1) Si pues, la ley le permite atacar los actos de administración debió concederle un derecho especial; ya hemos dicho cuál es; consiste en impedir que el marido, desde el día de la demanda, pueda perjudicar á su mujer; por consiguiente, la mujer debe tener el derecho de promover desde que haya perjuicio para ella. Se invoca la buena fe de los terceros. Hemos dicho muchas veces que se abusa singularmente de la buena fe de los terceros, como si la buena fe legitimase todo, aun los actos de aquellos que no tienen ningún derecho de hacer lo que han hecho: el marido no tiene calidad para obrar, á contar desde la demanda de separación, en este sentido: que no puede ya hacer ningún acto que perjudique á la mujer. ¿Puede la buena fe de los terceros tener por efecto validar lo que el marido hace en perjuicio de su mujer? La cuestión no tiene sentido.

1 Denegada, Sala Civil, 30 de Junio de 1807 [Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1932].

350. La jurisprudencia está dividida y, hay que decirlo, sin ningún principio. Ha sido sentenciado que la venta de un fondo de comercio, hecha por el marido durante la instancia de separación, es nula. La Corte de Rennes establece en principio que durante la litispendencia los derechos del marido, como jefe y administrador, están suspensos. (1) El art. 1,445 no dice esto; sería hacer imposible todo acto de administración, aun el más necesario, el más ventajoso para la mujer. La Corte no titubea ante esta consecuencia: los tribunales, dice, no pueden autorizar sino los actos conservatorios. Es verdad que la mujer había requerido la puesta de cédulas, ¿pero puede la mujer hacer imposible la administración del marido bajo pretexto de una medida de conservación? Hay una decisión, en sentido contrario, de la Corte del Sena, la que sentenció que el marido puede vender un fondo de comercio durante la instancia, siempre que no lo haga en fraude. (2) La Corte de Bruselas se pronunció también en favor de la validez de la venta de una casa. Se funda en el motivo que, en nuestro concepto, es verdadero: es que la venta no era perjudicial á la mujer. (3)

350 bis. Existe la misma divergencia en cuanto á los actos de administración. Fué sentenciado que el arrendamiento de un molino era nulo, aunque hecho sin fraude; la Corte dice que, según las circunstancias de la causa, era un acto de mala gestión; luego agrega que el arrendamiento era sospechoso por haber sido consentido después de la publicación de la demanda de separación. (4) No se sabe, en definitiva, si el arrendamiento era hecho en fraude de la mujer ó no; ni siquiera si era perjudicial á la mujer.

1 Rennes, 3 de Julio de 1841 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1933).

2 Sentencia del Tribunal del Sena, 22 de Julio de 1836 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1934).

3 Bruselas, 6 de Enero de 1820 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1935, y *Pasicrisia*, 1820, pág. 9).

4 Riom, 20 de Febrero de 1826 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1929).

La Corte de Rennes ha decidido, al contrario, en términos absolutos, que el arrendamiento es válido á no ser que sea fraudulento. (1) Esto es igualmente sobrepasar la ley, puesto que un arrendamiento, aunque hecho sin fraude, puede perjudicar á la mujer, y el perjuicio es lo que quiso evitar el art. 1,445; en cuanto al fraude, los principios generales de derecho y el art. 1,167 habían proveído á ello suficientemente.

Otra corte ha sentado en principio que el marido conserva la administración, puesto que la mujer sólo vuelve á tomarla á partir de la sentencia; no pudiendo la mujer administrar sus bienes, es preciso que el marido lo haga, puesto que no pueden quedar en suspenso. Esto es muy exacto, pero es necesario conciliar este estado de cosas con la retroacción de la sentencia que pronuncia la separación. La corte llega á una conclusión inadmisibile: es que la retroacción sólo se refiere á los frutos de los bienes y á los bienes que pudiesen vencer á la mujer durante la instancia, que es extraña á los actos de administración que hace el marido después de la demanda de separación. Esto es limitar y restringir un texto concebido en los términos más generales, y es dejar á la mujer sin garantía contra los actos de mala gestión, cuando el objeto es garantizar dichos intereses. La corte no necesitaba de esta falsa teoría para mantener el acto litigioso, pues comprueba de hecho que el arrendamiento atacado por la mujer le era ventajoso; esto bastaba para desechar la acción de nulidad. (2)

La Corte de Angérs ha sentenciado que el marido no podía hacer más que los actos de administración estrictamente necesarios. Esto es también restringir una ley general y darle una limitación sin ningún provecho para la mujer.

1 Rennes, 2 de Enero de 1808 (Daloz, *ibid.*, núm. 1381).

2 Poitiers, 21 de Mayo de 1823 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1928).

¿Por qué no mantener los actos que le son ventajosos aunque no precisamente necesarios? En el caso se trataba de un arrendamiento, y la Corte declara que es perjudicial y fraudulento; (1) esto era un motivo perentorio para anularlo, sin que fuese necesario ocurrir á la teoría de los actos necesarios.

351. El Código de Procedimientos autoriza á la mujer para provocar medidas conservatorias de sus derechos (artículo 869). ¿Es esto un derecho análogo al que concede el art. 270 á la mujer demandante ó demandada en divorcio? Puede, según este artículo, requerir para la conservación de sus derechos la puesta de cédulas en los efectos de la comunidad; las cédulas sólo pueden ser levantadas haciendo un inventario y á condición de que el marido presente las cosas inventariadas ó responda de su valor como depositario judicial. (2) Es dudoso que esta disposición sea aplicable á la demanda de separación de bienes. Cuando hay acción de divorcio ó de separación de cuerpos, el odio que divide á los esposos hace temerle todo y justifica todas las precauciones. No pasa lo mismo en el caso de separación de bienes. Las medidas conservatorias que el Código de Procedimientos autoriza, son las que se concilian con el poder de administración del marido. Tal fuera una oposición en manos de los deudores de la mujer. (3) El marido puede, en rigor, administrar los bienes de la mujer sin que paguen los deudores; ¿pero cómo había de administrar la comunidad si todos los efectos muebles que la componen fuésen puestos bajo cédulas? No definiendo la ley los actos conservatorios que la mujer está autorizada á hacer, pertenece á los tribunales conciliar los intereses de la mujer con las necesidades de la administración que queda confiada al marido.

1 Angers, 16 de Agosto de 1820 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1930).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 402, nota 52, pfo. 516 (4.ª edición).

3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 244, núm. 94 bis III.

4. De la aceptación y de la repudiación de la comunidad.

352. La mujer, después de la disolución de la comunidad, tiene la facultad de aceptarla ó renunciarla (art. 1,453). ¿Puede ejercer este derecho durante la instancia de separación? Se admite así generalmente. En el derecho antiguo era de uso que la mujer hiciera su declaración de renuncia el mismo día de la demanda de separación. (1) La jurisprudencia ha consagrado esta tradición. (2) Pero como la mujer tiene también el derecho de aceptar, hay que reconocerle este derecho durante la instancia; tal es, en efecto, la doctrina y la jurisprudencia. (3) La cuestión nos deja alguna duda. La ley no da el derecho de opción á la mujer sino después de la disolución de la comunidad; es de principio, por otra parte, que no se puede ejercer un derecho sino cuando éste está abierto. Se dice que, á consecuencia de la retroacción, la comunidad está como disuelta desde el día de la demanda. Pero esta disolución sólo es ficticia; en realidad, la comunidad subsiste. Debe, pues, verse cuál es el objeto de la ficción y cuáles son sus límites. La ley quiere garantizar los derechos de la mujer; le permite, en consecuencia, atacar los actos que el marido hiciese en su perjuicio durante la instancia de separación: esto basta para resguardar sus intereses. ¿Le da la renuncia una garantía más? ¿Y por qué había de aceptar la mujer cuando la aceptación no le daría ningún derecho? No podría seguramente pedir la partición, lo que prueba que la retroacción tiene límites. Desde que la mujer no tiene interés en considerar la comunidad como disuelta, la ficción no tiene ya razón de ser; se entra, en con-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 521.

2 Orleáns, 14 de Noviembre de 1817 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1943. Troplong, t. II, pág. 5, núm. 1507).

3 Rodière y Pont, t. II, pág. 314, núm. 1041. Lyon, 24 de Diciembre de 1829, y Denegada, 21 de Junio de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1123).

secuencia, en la realidad de las cosas. Si, pues, la mujer, después de haber aceptado ó renunciado durante la instancia, tuviese interés en retroceder sobre lo hecho, creemos que podría hacerlo.

§ VI.—DEL RESTABLECIMIENTO DE LA COMUNIDAD.

Núm. 1. Condiciones.

353. «La comunidad disuelta por la separación de cuerpos ó de bienes solamente puede ser restablecida por el consentimiento de las partes» (art. 1,451). ¿Por qué permite la ley restablecer la comunidad cuando una sentencia pronunció su disolución? Pothier contesta que la vuelta á la ley del contrato de matrimonio, es favorable. El deseo de la ley es que las convenciones matrimoniales no reciban ningún cambio. Si la ley da á la mujer el derecho de pedir la separación de bienes, es porque los hechos prueban que la sociedad formada por los esposos no alcanza el objeto que los cónyuges se habían propuesto, haciendo temer el desorden en los negocios del marido que la dote y las devoluciones de la mujer estén comprometidas. Importa, entonces, poner fin á un régimen que sumiría á toda la familia en la miseria. Pero esta situación puede cambiar; el marido puede volver á hacer fortuna, puede corregirse de sus costumbres de disipación. Importa, entonces, á los esposos y á sus hijos que la comunidad se restablezca, puesto que la asociación está más favorable para la prosperidad común que el estado de separación. (1)

354. La ley exige el consentimiento de ambas partes. Como la mujer es quien pide la separación, se pudiera creer que debe bastar su consentimiento para hacerla cesar. En el

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 523. Duveyrier reproduce las palabras de Pothier (*Informe*, núm. 35, en Loaré, t. VI, pág. 424). Troplong, t. I, página 424, núm. 1463.

derecho antiguo esta pretensión se admitía; fué sentenciado que la comunidad no podía ser restablecida por sólo la voluntad de la mujer que se desistía de la demanda de separación. En efecto, la comunidad es una convención, y no hay convención sin concurso de consentimiento; estando disuelta la convención que había formado la comunidad, se necesita un nuevo concurso de consentimiento para restablecerla. Esto está también fundado en razón. La sentencia que pronunció la separación da derechos á los esposos; no se les puede quitar sin su voluntad: el marido puede preferir la separación á la comunidad, y no sería justo restablecerla á pesar suyo. Con mayor razón el marido no puede obligar á su mujer á restablecer la sociedad de bienes, aunque probase que el desorden de sus negocios ha dejado de existir y que ya no hay nada que temer para la dote y las devoluciones de la mujer. (1)

355. La ley exige que el consentimiento de los esposos conste en acta notariada y con minuta (art. 1,451). Esta formalidad está requerida aun en el caso en que la separación de bienes es una consecuencia de la separación de cuerpos. Los esposos pueden siempre restablecer la vida común; basta que consientan en ello, ninguna formalidad está requerida. Se pudiera creer que estando establecida la vida común, la separación de bienes no tiene ya razón de ser, puesto que sólo es una consecuencia de la separación de cuerpos; cesando la causa ¿por qué había de continuar el efecto hasta que los esposos hayan consentido por acta auténtica el restablecimiento de la comunidad? Hay para esto un motivo de derecho y una razón moral. Las convenciones matrimoniales son unos actos solemnes, y el restablecimiento de la comunidad es un nuevo contrato de matrimonio: un régimen sucede al otro; se necesita, pues, una convención au-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 526. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 265 .núm 103 bis III.]