

## DISPOSICIONES GENERALES.

13

Debe aplicarse á estas disposiciones especiales el principio que rige á toda excepción: son de rigurosa interpretación. Así, la ley autoriza al menor hábil para contraer matrimonio á consentir todas las convenciones de que es susceptible este contrato. ¿Es esto decir que el menor pueda hacer por su contrato de matrimonio convenciones que la ley no le permite consentir sino observando las formas prescriptas para garantizar sus intereses, una partición por ejemplo, ó una venta? No seguramente; éstas no son convenciones matrimoniales; luego el texto del art. 1,398 es inaplicable. Y el espíritu de la ley es igualmente extraño á los contratos ordinarios; no puede tratarse de favorecer el matrimonio favoreciendo convenciones que nada tienen de común con el matrimonio. (1) Por identidad de razones, debe decirse que el menor no puede confirmar por contrato de matrimonio una venta ó una partición irregulares; la confirmación es extraña al matrimonio; luego queda bajo el imperio del derecho común. (2)

### *SECCION II.—Condiciones requeridas para la validez del contrato de matrimonio.*

#### *ARTICULO 1.º —Capacidad.*

##### § 1.—CAPACIDAD PARA CASARSE.

7. El contrato de matrimonio es el accesorio del matrimonio, no se conciben convenciones matrimoniales cuando no hay matrimonio. Si, pues, un contrato de matrimonio había sido redactado y que el matrimonio no fuese celebrado, el contrato conteniendo las convenciones matrimoniales caería. De esto resulta que el contrato de matrimonio encierra la

1 Burdeos, 25 de Enero de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 453). Grenoble 5 de Agosto de 1859, y Limoges, 29 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 39 y 40).

2 En sentido contrario, Grenoble, 10 de Julio de 1860 (Dalloz, 1862, 2, 40).

condición tácita: Si el matrimonio se efectúa. El art. 1,087 lo dice para las donaciones que se hicieron en favor del matrimonio, caducan si el matrimonio no tiene lugar. Lo que la ley dice de las donaciones se aplica á todas las convenciones matrimoniales. Troplong establece este principio muy sólido, apoyándose en las leyes romanas y en la autoridad de Cujas. (1) ¿A qué viene este lujo de ciencia cuando hay un texto del Código? Y á falta de texto, el buen sentido bastaría para decir que no hay contrato de matrimonio sin matrimonio. Pero si el principio es sencillo, las dificultades no faltan en su aplicación.

7 bis. Del principio que el contrato de matrimonio es condicional, la Corte de Casación ha deducido la consecuencia que las convenciones matrimoniales tienen efecto á partir del día en que fueron contraídas, cuando el matrimonio se cumple. Esta es la aplicación del art. 1,179, según cuyos términos la condición cumplida tiene un efecto retroactivo al día en el que el compromiso fué contraído. En el caso, el contrato había pasado el 13 de Julio de 1865, y el matrimonio se había celebrado el día 16 de Agosto. Un acreedor cuyo crédito fechaba el día 13 de Agosto, atacó el contrato como conteniendo una donación disfrazada en fraude de sus derechos. La Corte de Burdeos, admitiendo el principio de la retroacción, declaró la acción admisible. Esto era violar el art. 1,167, que no permite á los acreedores anteriores al acto frauduloso pedir su nulidad por causa de fraude. La sentencia fué casada. (2)

8. Se pregunta si la caducidad del contrato de matrimonio arrastra la nulidad de las convenciones extrañas al matrimonio, y que constan en él. La negativa no es dudosa. Si el contrato cae, es porque es imposible que exista contrato de matrimonio entre personas que no están casadas,

1 Troplong, *Del contrato de matrimonio*, t. I, pág. 83, núm. 90.  
2 Casación, 7 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 80).

## DISPOSICIONES GENERALES.

15

Este motivo no es aplicable á las convenciones extrañas al matrimonio. La Corte de Grenoble lo sentenció así en un caso que presentaba alguna duda. Un contrato de matrimonio contenía la siguiente cláusula: "Los futuros al casarse han agregado que su común intención es legitimar á su hijo de 15 años de edad, viviendo con ellos." El matrimonio no fué celebrado á consecuencia de la muerte del padre del hijo natural. Este, instituido legatario universal por varios testamentos, tenía interés en que constara su reconocimiento no seguido de legitimación. Pretendió que la cláusula conteniendo legitimación caía con el matrimonio que debía legitimarlo. La Corte contesta que en la cláusula había un reconocimiento, y no una legitimación; ésta solo podía resultar del matrimonio mismo. Se trataba, pues, de saber si el reconocimiento quedaba válido á pesar de la caducidad del contrato de matrimonio. Dicho contrato no teniendo ningún vicio, debía aplicarse el art. 334; hecho por acta auténtica, el reconocimiento era válido, á reserva que el hijo contestase su sinceridad, lo que en el caso no era de sostenerse. Se podía objetar que la caducidad del matrimonio hacía caer el contrato de matrimonio y todas las disposiciones que encerraba. Esto es demasiado absoluto. Una acta puede contener disposiciones diversas y de naturaleza diferente; unas condicionales, que caían al caer la condición; otras puras y simples, subsistiendo porque son extrañas al matrimonio. Es verdad que el reconocimiento litigioso era el preliminar de la legitimación, pero ambos hechos no son inseparables; el reconocimiento puede, pues, ser mantenido, aunque no lo siga la legitimación. (1)

9 Si las partes que han redactado el contrato de matrimonio no pueden casarse porque un impedimento legal se opone á ello, ¿que sucederá con el contrato? Regularmente el matrimonio no podrá verificarse, lo que arrastrará la ca-

1 Grenoble, 6 de Agosto de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 207).

ducidad del contrato. La hipótesis es en el fondo la misma que la que acabamos de preveer. Que las partes no puedan ó no quieran casarse, poco importa; en cualquier caso, el contrato no se concibe.

Pero puede suceder que el matrimonio se celebre á pesar del impedimento que ponía en él un obstáculo legal: ¿qué sucede entonces con el contrato? Cuando se dice que una acta es nula, esto quiere decir que la nulidad puede ser demandada. Si la nulidad del matrimonio es demandada y pronunciada, el contrato de matrimonio cae por aplicación del principio que acabamos de sentar (núm. 7); el matrimonio anulado es como si no se hubiera celebrado; por consiguiente, el contrato cae. No puede decirse que el contrato de matrimonio sea nulo, pues suponemos que en sí la acta es válida. No puede decirse que la nulidad del matrimonio tenga por efecto la nulidad de las convenciones matrimoniales; la ley no dice que la capacidad para casarse sea una condición requerida para la validez del contrato de matrimonio; el contrato no es, pues, nulo; aunque en el momento en que se hizo, los futuros esposos no eran capaces para casarse, todo cuanto puede decirse es que el contrato está subordinado á la celebración del matrimonio: si éste es anulado, no hay contrato de matrimonio, porque la condición bajo la que fué contraído, ha desfallecido. Si, de hecho, los esposos han vivido en comunidad, la anulación del matrimonio pondrá fin á esta comunidad de hecho; el juez la liquidará sin tener en cuenta las convenciones matrimoniales. Volveremos á tratar de la comunidad de hecho en el título *De la Sociedad*.

Estos principios reciben excepción cuando el matrimonio es putativo. Según los términos del art. 201, "el matrimonio que ha sido declarado nulo, produce, no obstante, los efectos civiles, tanto para con los esposos, como para con los hijos cuando ha sido contraído de buena fe." Uno de



## DISPOSICIONES GENERALES.

17

los efectos civiles del matrimonio es validar las convenciones matrimoniales que lo han precedido; luego el contrato de matrimonio recibirá su ejecución á pesar de la anulación del matrimonio. Transladamos á lo que fué dicho en otro lugar acerca del matrimonio putativo.

Si la nulidad del matrimonio no es demandada, las convenciones matrimoniales producirán su efecto como si el matrimonio fuera válido. Esta es una consecuencia de los principios que rigen la nulidad de las actas. La acta nula, á diferencia de la acta inexistente, produce sus efectos como si no estuviera marcada por ningún vicio, mientras la nulidad no ha sido pronunciada por el juez. Luego el matrimonio, aunque nulo, valida las convenciones que lo han acompañado. No se diga que son nulas estas convenciones por haber sido consentidas por aquellos que no tenían capacidad para hacer un contrato de matrimonio, puesto que no eran capaces para casarse. Hemos contestado de antemano á la objeción: la capacidad para casarse no es una condición requerida para la validez de las convenciones matrimoniales; si estas convenciones caen cuando el matrimonio es anulado, esto es únicamente por caducidad; no son nulas, son ineficaces, en este sentido, que no pueden producir ningún efecto entre personas que no están casadas. Y mientras que el matrimonio no está anulado, hay personas casadas entre las que debe haber cualesquiera convención matrimonial; luego las que han sido pasadas ante notario, subsisten.

Así sucederá con más razón cuando la nulidad del matrimonio es relativa y que está cubierta. (1) El matrimonio es entonces plenamente válido, y, por consiguiente, no hay ya razón para que caiga el contrato de matrimonio; suponemos siempre que el contrato es válido por sí. Un hijo de familia, mayor de edad, hace un contrato de matrimonio;

1 Troplong, t. I, pág. 84, núm. 93 (Ed. belga).

luego, se casa sin el consentimiento de su padre y antes de tener veinticinco años. El contrato es válido y el casamiento nulo. Pero la nulidad solo es relativa; el padre confirma el matrimonio; esta confirmación equivale á un consentimiento. ¿Se dirá que el contrato de matrimonio es nulo porque el futuro no era capaz para contraer matrimonio? La ley ignora esta nulidad y no pertenece al intérprete crearla estableciendo una condición que la ley no ha prescripto.

10. La Corte de Casación de Bélgica ha aplicado estos principios en un caso singular. Según los términos del artículo 297, los esposos divorciados por consentimiento mutuo, no pueden contraer un nuevo matrimonio sino tres años después de la pronunciación del divorcio. Antes de la expiración de este plazo, uno de los esposos divorciados pasa un contrato de matrimonio y el matrimonio se celebra después de cumplidos los tres años. Se pretendió que el contrato de matrimonio era nulo. La Corte de Casación desechó estas pretensiones. El recurso invocaba el art. 297; esta disposición establece un impedimento á la celebración del matrimonio, pero no prohíbe fijar las convenciones matrimoniales en el plazo de tres años. Es verdad que de esto resulta que los esposos divorciados pueden impunemente desafiar la ley haciendo desde el día del divorcio un contrato de matrimonio, á reserva de celebrar el casamiento después del plazo fijado por ella. El recurso se prevalecía de esto para sostener que las convenciones matrimoniales eran nulas en virtud del art. 6 que prohíbe á los particulares derogar por sus convenciones á las leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres. La Corte contestó que las convenciones matrimoniales no tienen por sí nada de contrario al orden público ni á las buenas costumbres, aunque estén consentidas en un momento en que el matrimonio es imposible; el contrato se hace, en este caso, bajo la condición de que el matrimonio será celebrado. La sentencia agrega una re-

## DISPOSICIONES GENERALES.

19

serva: "A no ser que esté comprobado por la misma acta ó por el juez del hecho que el contrato estaba exclusivamente destinado á regir un matrimonio prematuro contraído en desprecio de la ley." (1) Aun en este caso, el art. 6 sería inaplicable, puesto que ninguna ley estaría violada. En caso de divorcio, el matrimonio no podría ser anulado, no siendo prohibido el impedimento. Hay un vacío en la ley: impidiendo el matrimonio, hubiera debido prohibir las convenciones matrimoniales y sancionar esta prohibición, ya por nulidad, ya por una pena.

11. En el caso, el obstáculo que se oponía á la celebración del matrimonio era temporal, debía desaparecer por el plazo mismo. La cuestión es más difícil cuando el obstáculo se halla en la ley. Si el impedimento puede ser levantado mediante una dispensa, no hay mucha duda. El matrimonio está prohibido entre cuñados (art. 162); pero el gobierno puede levantar esta prohibición. Un contrato de matrimonio es redactado antes que las dispensas estén concedidas. ¿Será válido si después se contrae matrimonio con dispensas? La afirmativa nos parece segura; el contrato es condicional en este caso, en el sentido que válido por sí depende, en cuanto á su eficacia, de la celebración del matrimonio. El matrimonio siendo válido y el contrato no siendo manchado por ningún vicio, no se ve por qué las convenciones matrimoniales habían de ser nulas. Lo serían si la ley sentara como principio que la capacidad para casarse es una condición de la validez del contrato de matrimonio; pero repetimos que la ley no establece este principio. Luego desde que el matrimonio es válido, el contrato lo es también, suponiendo que el acta sea válida. (2)

¿Qué deberá decidirse si el impedimento no pudiera ser levantado por una dispensa? Así sucedía con el impedimen-

1 Denegada, 25 de Febrero de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 1, 20).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 241, y nota 17, pfo. 502 (4.ª edición).

to establecido entre cuñados por el art. 162 antes de la ley de 28 de Febrero de 1831, y en Francia antes de la ley de 16 de Abril de 1832. La Corte de Paris ha sentenciado que el contrato de matrimonio redactado antes de esta ley era válido si el matrimonio fué celebrado después de la ley con dispensa. Se ha criticado esta decisión; la creemos muy jurídica. El contrato es también condicional en el sentido de que su eficacia depende de un cambio en la legislación. Las leyes pueden ser cambiadas; de hecho, el art. 163 ha sido modificado en Francia y en Bélgica; ¿por qué las partes no pudieran contraer en previsión ó si se quiere en la esperanza de una ley nueva? Las objeciones que se han hecho contra la sentencia de la Corte de Paris no nos parecen serias. Se ataca el principio en el que se funda. La sentencia pudiera ser redactada mejor, pero el principio que aplica es incontestable. No hay, como se ha pretendido, una causa ilícita en el contrato de matrimonio hecho en un momento en que el matrimonio era legalmente imposible, pues si la ley prohíbe el casamiento, no prohíbe el contrato de matrimonio. Inducir la prohibición del contrato de la prohibición del matrimonio, es crear una prohibición y una nulidad; el intérprete no tiene este derecho. (1)

12. Hemos supuesto siempre que el contrato de matrimonio era válido; puede suceder que esté viciado por causas que le son propias y que el matrimonio también tenga vicios que lo hagan nulo. Hay entonces dos acciones de nulidad, independientes una de otra. La nulidad del matrimonio puede cubrirse si no es más que relativa. En este caso, el matrimonio será válido, aunque el contrato sea nulo; la confirmación del matrimonio no implicará la confirmación del contrato; ambas actas son regidas por principios diferentes, aunque el uno sea preliminar del otro, como lo vamos

1 Paris, 9 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 73, y la nota del sentencista). El matrimonio había sido celebrado, en el caso, antes de la nueva ley, pero hubo una segunda celebración después de la publicación de la ley.

## DISPOSICIONES GENERALES.

21

a decir al tratar de la capacidad para contraer que se requiere para la validez del contrato de matrimonio. El principio, tal como lo acabamos de presentar, está admitido por la doctrina y la jurisprudencia. Troplong lo ha combatido estableciendo como principio la indivisibilidad del matrimonio y de las convenciones matrimoniales; esta opinión no ha encontrado eco. Vamos á volver sobre el principio y las objeciones que se han hecho. (1)

### § II.—CAPACIDAD PARA CONTRAER.

#### *Núm. 1. Principio.*

13. La capacidad para casarse ¿basta para hacer un contrato de matrimonio, ó es preciso además la capacidad para contraer y consentir las estipulaciones comprendidas en el contrato de matrimonio? Estos son ordinariamente los términos con los que se presenta la cuestión, y, en nuestro concepto, está así mal presentada. La capacidad para casarse, como lo acabamos de decir (núms. 7-12), no es una condición propiamente dicha de la validez del matrimonio; solo que como las convenciones matrimoniales no se conciben sin matrimonio, el contrato está necesariamente subordinado á la celebración del casamiento; de donde resulta que la nulidad del matrimonio arrastra la caducidad de las convenciones matrimoniales. En este sentido puede decirse que aquel que quiere hacer un contrato de matrimonio debe ser capaz para casarse; pero lo que prueba que esto no es una condición verdadera, es que el contrato puede ser válido aunque el matrimonio sea nulo, lo que sucede cuando éste, aunque viciado, no está anulado, ó cuando la nulidad se cubre por la confirmación. ¿Cuál es, pues, la capacidad necesaria para hacer un contrato de matrimonio? En teoría, la respuesta es bien sencilla. Aquel que hace un contrato de matrimonio

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 231 y siguientes, y nota 10, pfo. 501.

aun no se casa; luego no necesita de la capacidad para casarse. ¿Qué hace? Contrae; luego debe tener capacidad para contraer. Ordinariamente hace más que obligarse, enajena disponiendo de sus bienes muebles ó inmuebles; debe, pues, tener capacidad para enajenar.

¿El Código consagra esta teoría? Cosa notable, nada dice de la capacidad requerida para hacer un contrato de matrimonio; esto decide la cuestión. En efecto, por esto solo que la ley no deroga á los principios generales que rigen á los contratos en general, ésta los mantiene. ¿Cuáles son estos principios? En el título *De las Obligaciones*, hay un capítulo titulado: *De las condiciones esenciales para la validez de las convenciones*. Una de estas condiciones es la capacidad para contraer. Esta es una condición general y esencial de todo contrato; no se concibe que la ley declare á un incapaz propio para contraer. La ley envuelve á los incapaces con una protección especial; determina las condiciones y las formas que deben ser observadas cuando contrae un incapaz, con el fin de resguardar los intereses de aquellos que no pueden por sí vigilar sus derechos. ¿Puede suponerse que haya olvidado esta solicitud cuando se trata del contrato más importante, del contrato de matrimonio que rige á las partes contratantes durante toda su vida, y que no pueden ni revocar ni modificar su consentimiento mútuo?

14. Hay una opinión contraria según la que la capacidad para casarse basta para consentir las convenciones matrimoniales; de manera que los incapaces á los que la ley permite casarse, serían por esto mismo hábiles para hacer un contrato de matrimonio. (1) Se invoca en apoyo de esta doctrina, un antiguo adagio que se formula de diferentes modos: *Habilis ad matrimonium*, *habilis ad matrimonii consequentias*; ó: *Habilis ad nuptias*, *habilis ad pacta nuptialia*. El adagio

1 Demante, t. VI, pág. 25, núm. 15. "El favor de las convenciones matrimoniales es tal, que toda persona capaz para casarse debe ser por esto mismo capaz para consentirlas."

## DISPOSICIONES GENERALES.

23

es verdad en cierto sentido; es falso si se entiende como acabamos de decirlo. Hay personas que la ley declara incapaces para contraer: éstas son los menores y los incapacitados (art. 1,124). Las personas colocadas bajo consejo judicial no están marcadas de incapacidad absoluta, pero el Código les prohíbe consentir las convenciones más importantes sin la asistencia de su consejo (art. 499, 513). Aunque declarados incapaces para contraer, los menores y las personas colocadas bajo consejo pueden casarse; se admite generalmente que los incapacitados tienen el mismo derecho. Pudiendo casarse los incapaces, la ley debió autorizarlos para hacer un contrato de matrimonio, pues no hay matrimonio sin convenciones matrimoniales expresas ó tácitas. Si se casan sin haber redactado una acta de sus convenciones matrimoniales, estarán casados bajo el régimen de la comunidad legal que, en este caso, será su contrato de matrimonio. Si pueden consentir tácitamente un régimen, deben de tener el derecho de hacer un contrato ante notario. ¿Es esto decir que los incapaces pueden, sin condición ninguna y sin ninguna garantía, consentir toda clase de convenciones matrimoniales? Desde que se presentan ante un notario para hacer un contrato de matrimonio, deben tener capacidad para contraer. Esta capacidad no la tienen; no pueden, pues, hacer un contrato de matrimonio, á no ser que llenen las condiciones y formas que la ley prescribe para cubrir su incapacidad y resguardar sus intereses. Esto es el derecho común; y como la ley no lo deroga en lo que concierne á las convenciones matrimoniales, los incapaces quedan sometidos á él. De esto resulta cierta anomalía; los incapaces pueden casarse bajo el régimen de la comunidad legal, sin observar ninguna forma; luego sin ninguna garantía; y no podrían consentir una comunidad reducida á los gananciales, aunque esta comunidad sea un régimen más favorable á los esposos que la comunidad legal. Se contesta, y legalmente la contestación



es perentoria, que la ley, al hacer de la comunidad llamada legal, el régimen del derecho común, la consideró por esto mismo como el régimen más favorable; se concibe, pues, que este régimen haya sometido á los incapaces á la naturaleza de este contrato garantizando suficientemente sus intereses. Pero desde que quieren derogar, la derogación pudiéndoles ser perjudicial, la ley quiere que estén protegidos por la observación de las condiciones y de las formas que tiene establecidas en su favor.

Es en este sentido que el Código aplica el adagio á los menores. El art. 1,398 comienza por decir que «el menor hábil para contraer matrimonio está hábil para consentir *todas las convenciones* de que es susceptible este contrato. Hé aquí la tradición del adagio latino. Si el artículo no dijera otra cosa, se podía deducir que la ley liberta á los incapaces, cuando menos á los menores, de la incapacidad que los aflige cuando se trata de convenciones matrimoniales. Pero el art 1,398 agrega una restricción á lo que acabamos de decir, esta restricción consagra la incapacidad tal como acabamos de aplicarla. «Y las convenciones y donaciones que hace en él son válidas *siempre que lo hayan asistido* en su contrato las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio». Así, no es verdad que el menor pueda consentir las convenciones matrimoniales por el solo hecho de estar hábil para contraer matrimonio; queda incapaz para contraer, y es porque es incapaz como la ley quiere que esté asistido; esta asistencia cubre su incapacidad. Si, pues, el menor puede hacer un contrato de matrimonio, no es porque esté hábil para contraer matrimonio, es porque está asistido.

15. Se da también otro sentido al adagio según el que aquel que está hábil para casarse lo está para consentir todas las convenciones matrimoniales; esto es, que los incapaces que pueden casarse quedan por esto mismo habilita-



DISPOSICIONES GENERALES.

25

dos para hacer un contrato de matrimonio, de manera que la capacidad para el matrimonio cubre la incapacidad para contraer. Se funda esta doctrina en el principio de la indivisibilidad de las convenciones matrimoniales y del matrimonio. Desechamos el pretendido principio, así como las consecuencias que se deducen de él. Lejos de ser indivisible, el matrimonio y el contrato son dos convenciones de naturaleza esencialmente diferente y regidas por principios diferentes. El contrato de matrimonio es una convención relativa á los bienes de los futuros esposos, convención de interés pecuniario de la que se trata en el libro que se refiere á las obligaciones convencionales. La clasificación marca la voluntad del legislador: puesto en la misma línea que la venta, el contrato de matrimonio está sometido á las reglas que rigen á todos los contratos; luego al art. 1,108 que coloca la capacidad entre las condiciones esenciales para la validez de las convenciones. El matrimonio también es un contrato; pero, cosa notable, la ley no le da este nombre: trata de él en el primer libro, consagrado á las personas. La clasificación separa, pues, los dos contratos, el matrimonio y las convenciones matrimoniales, bien que estén unidos por un lazo estrecho. Y la separación es muy significativa. El matrimonio es un contrato de estado personal; todo en él es de orden público, por eso la ley reglamenta todo lo que se refiere á las condiciones y efectos del matrimonio, nada se deja á las convenciones de las partes interesadas. Toda derogación que hicieran éstas á las leyes de orden público están por esto mismo heridas de nulidad. De otra manera pasa con el contrato de matrimonio; la primera regla que tiene el título dice que la ley no rige la asociación conyugal en cuanto á los bienes sino á falta de convenciones especiales que los esposos pueden hacer como gusten. Esta es la regla general para todos los contratos de interés pecuniario; la ley no impone su

P. de D. TOMO XXI—4.

voluntad á aquellos que contraen, solo reglamenta los efectos de su voluntad presunta, á reserva que las partes manifiesten una voluntad contraria.

Dos contratos de una naturaleza esencialmente diferente, regidos por principios diferentes, ¿pueden ser indivisibles? Esto implica contradicción, pues esto sería aplicar á un orden de cosas, principios que han sido establecidos para un orden de cosas enteramente distinto. La ley organiza el matrimonio en vista del interés general; es la base de la moralidad; hé aquí por qué la ley lo autoriza en una edad en que en nuestros climas se es niño todavía; lo favorece no admitiendo la demanda por nulidad sino en los casos que ella prevee; aunque obra la acción de nulidad, limita á ciertas personas el derecho de intentarla, y cuando no hay un interés social en causa, permite fácilmente cubrir la nulidad por una confirmación. ¿Se aplican estos principios al contrato de matrimonio en virtud de la pretendida indivisibilidad de las dos convenciones? Esto no sería aplicar la ley, sería violarla, pues se extenderían reglas escritas en interés social á un orden de cosas en que se trata de intereses pecuniarios.

16. ¿Qué dice Troplong en apoyo de la indivisibilidad de que solo es defensor? (1) Pregunta si las dotes no se ligan al interés público; pregunta si no es en vista del orden público que la ley declara el contrato de matrimonio sagrado é inmutable. Nó, las dotes no son de orden público; dota quien quiere, y las partes arreglan sus dotes como lo entienden. ¿Qué importa que el contrato de matrimonio no pueda ser modificado? Dirémos más adelante cuáles son las razones de esta inmutabilidad. Nada tienen de común con la indivisibilidad del contrato y del matrimonio; aun en lo que se refiere á la inmutabilidad, ambos contratos difieren esencialmente. El matrimonio no puede ser disuelto sino por las causas las más graves; mientras que el contrato de

1 Troplong, *Contrato de matrimonio*, t. I, pág. 90, núm. 112.

## DISPOSICIONES GENERALES.

27

matrimonio puede romperse á pedimento de la mujer, cuando sus intereses pecuniarios están comprometidos. Así, las razones que se alegan nada prueban ó testifican en contra del principio de la indivisibilidad.

Este pretendido principio no encontró eco. La jurisprudencia lo rechaza terminantemente, así como á las consecuencias que de él proceden. Las cortes invocan un argumento perentorio, esto es, el texto. El Código ignora el principio de la indivisibilidad; ignora la máxima: *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias*, cuando menos en el sentido que se le quiere dar. La Corte de Agen dice muy bién: «el matrimonio y el contrato de matrimonio, aunque íntimamente ligados, no siendo actas de igual orden y de igual importancia, están sometidas á reglas propias y particulares. Ninguna ley lo ha confundido á tal punto que sea imposible mantener el matrimonio sin mantener también las convenciones civiles. No hay más indivisibilidad entre el matrimonio y el contrato que la que hay en las diversas disposiciones del mismo contrato de matrimonio. Se concibe muy bien que el contrato encierre cláusulas de las que unas están conformes con la ley y otras contrarias á ella y que, por consiguiente, haya lugar á mantener las primeras y anular las segundas.» Así mismo, el matrimonio puede ser válido ó validado, mientras que las convenciones son y quedan nulas. (1)

17. Dirémos más adelante las consecuencias diferentes que proceden de ambos principios opuestos. Por ahora, basta recordar las diferencias elementales que están escritas en la ley. El mayor de edad, dice el art. 488, es capaz para todos los actos de la vida civil, excepto la restricción citada en el título *Del Matrimonio*. ¿Cuál es esta restricción? Es que el hijo de familia que no llega á veinticinco años no puede contraer matrimonio sin el consentimiento de sus pa-

1 Agen, 21 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 168). Compárese Pau, 31 de Julio de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 249).

dres. ¿Es que esta restricción existe también para las convenciones matrimoniales? Nó, el art. 488 no translada al título *Del Contrato de Matrimonio*, y no se encuentra en él ninguna disposición que restrinja la capacidad del mayor de edad. Así, aquel que está hábil para casarse lo está para hacer un contrato de matrimonio; el matrimonio contraído sin el consentimiento de los padres sería nulo, mientras que el contrato de matrimonio sería válido. Lo que prueba que no hay indivisibilidad entre ambas convenciones.

Mencionaremos todavía una diferencia que resulta del art. 187 para citar una excelente sentencia de la Corte de Casación. Cuando la nulidad del matrimonio es de orden público, todos aquellos que tienen interés en él pueden intentar la acción, á reserva que los colaterales no puedan promover sino cuando tienen un interés nato y actual. ¿Esta restricción se aplica también á la nulidad del contrato de matrimonio? La negativa es segura; la Corte de Casación la ha establecido en términos que condenan á la doctrina de Troplong: “El matrimonio y el contrato de matrimonio, aunque íntimamente ligados, no siendo actas de igual orden y de igual importancia, tienen cada uno sus reglas propias y particulares.” De esto sigue: “que las disposiciones hechas por contrato de matrimonio pueden ser argüidas de nulidad, sin que por esto el matrimonio, cubierto con la protección de la ley, sea susceptible de ser atacado por la misma persona y en el mismo plazo.” La Corte concluye: “que no se puede prevalecerse de las denegadas establecidas por el Código Napoleón, contra la acción de los colaterales por nulidad de matrimonio, para sostener que estos colaterales no son admisibles para atacar las disposiciones hechas en el contrato de matrimonio. (1)

*Núm. 2. De los incapaces.*

18. Un menor, un incapacitado, una persona colocada ba-

1 Denegada, Sala Criminal, 23 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 17).

## DISPOSICIONES GENERALES.

29

Jo consejo, se casan sin hacer contrato de matrimonio: ¿bajo qué régimen están casados? Bajo el de la comunidad legal. Los arts. 1,393 y 1,400 lo deciden así para todos aquellos que se casan sin contrato; la ley, siendo general, hay que aplicarla á todas las personas, á las que son incapaces como á las que son capaces. Se objeta que la comunidad legal que existe entre los esposos, á falta de contrato, resulta de su voluntad tácita, lo que supone que son capaces para querer. Lógicamente así debía de ser; ¿se concibe que aquel que no está capaz para consentir de un modo expreso, lo esté para consentir tácitamente? Contestarémolos que los principios del Código, en materia de contrato de matrimonio, así lo quieren. Los que se casan deben necesariamente obstar por un régimen cualquiera (núm. 2); de esto, las disposiciones de los arts. 1,400 y 1,393. Esto es verdad para los incapaces como para las personas capaces. Por otro lado, la ley no obliga á los incapaces á redactar un contrato de matrimonio; pueden casarse sin contrato, y, por consiguiente, están casados bajo el régimen de la comunidad que la ley estableció á falta de contrato.

La respuesta es legal más bien que racional. Cuando se trata de un menor, la razón está de acuerdo con el derecho, en este sentido, que los padres que consienten á su matrimonio sin contrato, consienten por esto mismo á que se casen bajo el régimen de la comunidad legal, siendo tal el derecho común para todos aquellos que se casan sin hacer contrato; y la ley da á las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio, el poder de habilitar al menor para consentir toda clase de convenciones matrimoniales; su consentimiento tácito debe, pues, bastar para validar el régimen de la comunidad legal que el menor adopta al casarse sin contrato.

En cuanto al incapacitado, todo está controvertido. Si se admite que pueda casarse, hay que admitir también que,

á falta de contrato, está regido por la comunidad legal. Está, sin embargo, incapaz para hacer contratos de interés pecuniario, y pudiera ser de interés suyo estipular otro régimen y no el de la comunidad legal. Hay anomalía, que acusa un vacío en la ley.

Quedan los pródigos y los débiles de espíritu. Pueden casarse, y pueden también contraer, en ciertos límites. La ley los declara capaces para enajenar (arts. 499 y 513); y la comunidad legal implica una enajenación, puesto que los esposos abdican en provecho de la comunidad el usufructo de sus inmuebles y la propiedad de su fortuna mueble. Se contesta que la enajenación es más aparente que real, los esposos adquiriendo como socios lo que pierden como propietarios. Para el marido, la respuesta es buena, pero la mujer puede perder toda su fortuna mueble si la comunidad es mala. Hay, pues, igualmente anomalía; es decir, vacío en la ley, imprevisión del legislador. (1) El Código supone que el régimen de la comunidad resguarda y concilia todos los intereses; esta suposición no está siempre fundada. En nuestro concepto, la comunidad de gananciales hubiera sido mejor para los incapaces; es seguro que, de hecho, forma el derecho común de aquellos que se casan redactando un contrato de matrimonio.

19. ¿Pudiendo los incapaces hacer un contrato tácito, deberá concluirse que también pueden hacer un contrato expreso? Nó; el contrato tácito está establecido por la ley, y la ley cuida ó se considera como cuidando los intereses de los esposos estipulando por ellos. Pero si los futuros esposos no quieren someterse á la comunidad legal, si quieren estipular otras cláusulas ó hacer donaciones por contrato de matrimonio, caen bajo el imperio del derecho común; contratan y deben ser capaces para ello. Si son incapaces, la ley cubre su incapacidad por una asistencia ó una protección

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 33, núm. 15 bis XIV.

## DISPOSICIONES GENERALES.

31

cualquiera. Esto es lo que los autores del Código han hecho para el menor, pero han olvidado á los incapacitados y á las personas colocadas bajo consejo, y de ahí la gran dificultad. Comenzaremos por los menores.

### *I. Los menores.*

#### *1. ¿Bajo qué condiciones pueden hacer un contrato de matrimonio?*

20. Se lee en el discurso del tribuno Siméon: "Como no hay menor edad para el matrimonio, no la hay para las convenciones que son su accesorio. Sería extraño que aquel que dispone de su persona no pudiera en esta ocasión disponer de sus bienes. La autorización del tutor ó de los padres, que consagra su compromiso, basta con más razón para consolidar los pactos y excluir todo arrepentimiento y toda restitución." (1) La Corte de Casación se expresa en el mismo sentido, diciendo que la ley considera al menor como mayor de edad para el matrimonio y para las consecuencias de que es susceptible. (2) Esta es la traducción del art. 1,398, pero, en nuestro concepto, es una mala traducción, pues hace decir á la ley otra cosa de lo que dice. Para que el menor pueda hacer un contrato de matrimonio es necesario una condición que implica su incapacidad, es que las convenciones y disposiciones que él hace en su contrato solo son válidas cuando han sido asistidos por las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio. La Corte de Casación ha reproducido esta condición que destruye los principios que ha formulado. No es, pues, verdad que el menor esté reputado como mayor de edad en cuanto á las convenciones matrimoniales. ¿Es que un mayor de edad tiene necesidad de una asistencia cualquiera para contraer? El menor debe ser asistido; luego es incapaz; luego no

1 Siméon, *Discursos*, núm. 16 (Locré, t. VI, pág. 461).

2 Casación, 22 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 179).

es mayor de edad. ¿Se quiere una prueba evidente? Los padres de un menor consienten por acta auténtica á su matrimonio: hélo aquí hábil para casarse. ¿Quiere esto decir que también lo está para hacer un contrato de matrimonio? Se presenta ante un notario provisto del acta de consentimiento de su matrimonio; ¿podrá el notario recibir sus convenciones matrimoniales, en virtud del acta que lo habilita para casarse? No seguramente; el notario le opondrá el final del art. 1,398, según los términos del que el menor debe ser asistido *en su contrato de matrimonio*, por las personas que ya consintieron en su casamiento. Se necesita, pues, un doble consentimiento: uno para el matrimonio y otro para el contrato de matrimonio, prueba de que el menor es siempre menor é incapaz.

Troplong cita las palabras de Siméon y las toma al pie de la letra. Da singulares razones para justificar el pretendido principio de la capacidad del menor. (1) “El matrimonio hace al hombre más prudente y más sábio.” El autor desarrolla este pensamiento á su manera, sin apercibirse que la sabiduría que sigue al matrimonio no prueba la sabiduría que lo precede. Y es en el momento en que el menor contrae, cuando debe ser sábio y prudente, si no se preparará á menudo amargos desengaños. Troplong agrega que la presencia y el consentimiento de los padres salva todos los inconvenientes. Supongamos que así sea: esto equivale á decir que los padres contraen y no el menor. Así sucede desgraciadamente con el mismo matrimonio; ¿acaso una niña de quince años, de doce, entiende la gravedad de la unión que contrae? Mucho menos entiende las estipulaciones relativas á sus bienes; ni siquiera entiende los términos y el lenguaje del acta que firma. En realidad, no es ella quien consiente, sino sus padres. En el derecho antiguo se sentía lo que tiene de extraño y peligroso semejante contrato; por eso no se

1 Troplong, *Contrato de matrimonio*, t. 1, pág. 136, núms. 268-271.



## DISPOSICIONES GENERALES.

33

permitían á los menores estipulaciones derogando á la comunidad legal, y que pudieran ser peligrosas, ó si se permitían, esto era con restricciones; así, el menor no podía amueblar sus inmuebles sino hasta concurrencia de la tercera parte. El Código no admitió estas restricciones; da al menor asistido la misma capacidad que al mayor de edad. Esto nos parece excesivo. No aprobamos una ley que permita á jóvenes comprometer todo su porvenir contrayendo matrimonio, y tampoco aprobamos una ley que les permite disponer de sus bienes. No toca á los padres consentir, pues ellos no son los que se casan, toca á los hijos, luego se debiera exigirles edad de razón; es decir, su mayor edad. Todo cuanto puede decirse para justificar el art. 1,398, es que es una consecuencia lógica del principio que rige el matrimonio: si el menor puede casarse á los quince años, y en caso de necesidad á los doce, es también necesario permitirle hacer toda clase de convenciones matrimoniales; las restricciones podían impedir la unión ó hacerla fracasar, y el objeto de la ley es precisamente favorecer el matrimonio dejando en plena libertad á las partes interesadas. (1)

21. El Código deroga el derecho común en lo que se refiere á las convenciones matrimoniales de los menores; permite al menor asistido de sus padres hacer toda clase de estipulaciones en su contrato de matrimonio, particularmente donaciones (art. 1,398). El art. 1,095 contiene á este respecto, la siguiente disposición: “El menor no podrá, por contrato de matrimonio, dar al otro esposo sino con el consentimiento y la asitencia de aquellos cuyo consentimiento está requerido para la validez de su matrimonio; y con este consentimiento podrá dar todo lo que la ley permite dar al otro cónyuge.” La derogación es grave, pues en principio, el menor no puede dar entre vivos, ni el tutor en su nombre

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 25, núm. 15 bis I.

(arts. 903 y 904). Se aplica lógicamente, como acabamos de hacerlo (núm. 20); pero es una extraña anomalía que un joven que no pueda dar un céntimo á un extraño ó á un pariente cercano, pueda disponer de toda su fortuna en provecho de la cónyuge.

Según el derecho común, el tutor representa al menor en todos los actos civiles (art. 450), mientras que según los términos del art. 1,398, el menor consiente las convenciones matrimoniales; el es quien habla en el contrato, el tutor solo figura para autorizarlo. Se da como razón de esta excepción que el menor interviniendo personalmente en el contrato que se perfecciona ante el oficial del estado civil, es natural el hacerlo hablar también en el accesorio de este contrato que el notario recibe. (1) La razón es débil; se concibe que el menor deba consentir en el matrimonio sin intermedio de su tutor, pero el contrato de matrimonio, relativo á los bienes y á los intereses pecuniarios del menor, entra en la categoría de los actos que el tutor tiene misión de desempeñar. Hay otra razón que explica la derogación. El tutor no puede representar al menor en actos que no tiene derecho de hacer; tales son las donaciones, y no hay muchos contratos de matrimonio sin donación.

Tal es también la razón por la que el menor no está asistido por su tutor en el contrato de matrimonio; lo está por aquellos cuyo consentimiento le es necesario para casarse. La asistencia del tutor sería una autorización, y ¿cómo el autor autorizaría al menor para hacer una acta que él mismo no tiene derecho de hacer en su nombre? Se dice, con razón, que el contrato de matrimonio es un pacto entre dos familias; es, pues, natural que la familia intervenga por intermedio de los parientes más cercanos del menor.

22. ¿A qué edad puede el menor hacer un contrato de matrimonio? El art. 1,398 exige que esté hábil para casarse; y

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 26, núm. 15 bis I.

DISPOSICIONES GENERALES.

35

se sabe que el hombre no puede contraer matrimonio antes de diez y ocho años cumplidos y la mujer antes de quince. Le permite, sin embargo, al Jefe del Estado conceder dispensa de edad; las dispensas habilitando al menor para casarse, lo habilitan por esto mismo para hacer un contrato de matrimonio, se entiende que con asistencia. (1)

¿Debe considerarse como menor, en cuanto al matrimonio, al hijo de familia que tiene veintiun años? Odier dice que esto es evidente. (2) Hay que meditar antes de pronunciar la palabra *evidente*, en derecho. Odier ha quedado solo con su opinión, y puede decirse, sin presunción, que su error es evidente. El art. 1,398, el único que habla de la capacidad requerida para casarse, dice que el menor puede hacer un contrato de matrimonio desde que tiene la edad de quince ó diez y ocho años; la ley nada dice del mayor de edad; éste queda bajo el imperio del derecho común; y á la mayor edad se es capaz para todos los actos de la vida civil (artículo 489). Esto decide la cuestión en cuanto al texto y á los principios. ¿Se invocará el espíritu de la ley? El artículo 1,398 extiende la capacidad del menor; ¿puede prevalecerse de una disposición *extensiva*, en lo que toca á la capacidad del menor, para *restringir* la capacidad del mayor? Esto sería absurdo.

23. El menor, dice el art. 1,398, debe estar asistido por las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio. ¿Quién debe consentir en el matrimonio? Transladamos á lo que fué dicho en el título que es el sitio de la materia.

Regularmente los padres están llamados á consentir en el matrimonio y en las convenciones matrimoniales; á falta de éstos los abuelos. Consienten en calidad de ascendientes,

1 Duranton, t. XIV, pág. 13, núm. 14. Bastia, 3 de Febrero de 1836 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 459).

2 Odier, t. II, pág. 15, núm. 607. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 26, núm. 15 bis II.

por consiguiente, aunque no sean tutores. El art. 1,398 no menciona al tutor; éste, como tal, no tiene, pues, calidad para asistir al menor en su contrato de matrimonio. Lo mismo pasa con el padre que se excusa y con la madre que el consejo no mantiene con la tutela, ó que la ley la ha declarado decaída de ella. (1) Aunque el ascendiente fuera destinado á la tutela, no por eso dejaría de tener el derecho y el deber de asistir al hijo menor. Esto es una anomalía, como se encuentran muchas en esta materia.

El principio conduce á otras consecuencias. Según los términos del art. 420, el tutor no puede representar al menor cuando hay oposición de intereses entre él y su pupilo; es el subrogado tutor quien lo substituye. Se pregunta si el ascendiente cuyos intereses están en conflicto con los del menor puede asistirlo en su contrato de matrimonio. La afirmativa ha sido sentenciada por la Corte de Casación, y no es dudosa. (2) Se debe apartar el art. 420, puesto que el ascendiente, suponiendo que sea tutor, no interviene como tal. Queda el art. 1,398 que no hace excepción al poder del ascendiente, y el intérprete no puede crear excepciones. Esto es una nueva anomalía: Cuando el ascendiente está colocado entre su interés y su deber, su intervención es una garantía insuficiente para el menor, puede constituir un peligro. La Corte de Casación procura justificar la ley diciendo que si el ascendiente, á pesar de la oposición de intereses que existe entre él y el menor, puede autorizarlo para casarse; es decir, á hacer el acto más importante de su vida y que compromete en el más alto grado los intereses del menor, presenta cuando menos las mismas garantías para habilitarlo para hacer convenciones matrimoniales. Sin duda la ley debe descargar en el afecto del ascendiente; sin embargo, cuando es tutor la ley no quiere colocarlo entre su deber y su interés,

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 242, nota 19, pfo. 502 (4.ª edición).

2 Casación, 22 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 179).

DISPOSICIONES GENERALES.

37

y tiene razón. ¿Por qué tendrá la ley más confianza en el ascendiente cuando está llamado á asistir al menor en su contrato de matrimonio?

No es necesario decir que el art. 1,398 dejaría de ser aplicable si las convenciones del contrato de matrimonio fueran extrañas á la asociación conyugal. El ascendiente, como tal, no tendría ninguna calidad para consentirlas; la disposición del art. 1,398 es excepcional; luego de estricta interpretación. Fuera de las convenciones matrimoniales, se entra en el derecho común, y, por consiguiente, el menor debe ser representado por su tutor; si hay oposición de intereses entre el ascendiente tutor y el menor, se aplica el artículo 420. La Corte de Casación ha hecho la aplicación de este principio á un contrato de casamiento por el que un padre instituíó á su hija heredera universal de todos sus bienes, con cargo de darle una renta vitalicia de 20,000 francos anuales, y de pagar las deudas del donante, importando 850,000 francos. La institución contractual es esencialmente una convención, puesto que no puede ser hecha sino por contrato de matrimonio. Pero, en el caso, la Corte de Apelación había resuelto que la pretendida donación solo era una liberalidad en la forma, que en realidad era un contrato aleatorio por el que la hija menor se encargaba á sus riesgos, liquidar la situación crítica de su padre, operación que implicaba una lesión enorme en su perjuicio. No era, pues, una donación, ni una convención matrimonial, por lo tanto, el art. 1,398 no era aplicable. (1)

24. El art. 1,398 quiere que el menor esté *asistido en su contrato*. ¿Qué se entiende por asistencia? Es más que consentimiento; aquel que asiste en un contrato consiente en presencia de las partes y en el momento del contrato. Decimos que la asistencia es más que el consentimiento; la ley misma lo dice; el art. 1,095 que contiene una disposición

1 Misma sentencia y denegada, Sala Civil, 10 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 475).

idéntica con la del art. 1,398, exige el *consentimiento y la asistencia*; luego un consentimiento que se da asistiendo. Esto implica la presencia. El art. 1,398 contiene una expresión igualmente significativa que presenta el mismo sentido: las personas cuyo consentimiento es requerido para la validez del matrimonio, deben asistir al menor *en el contrato*, conteniendo las convenciones matrimoniales. ¿Puede decirse del que no está presente que *asiste en el contrato*? Nó; luego el consentimiento dado por acta no bastaría. Esto también está fundado en la razón. Cuando se trata del matrimonio celebrado ante un oficial del estado civil, el consentimiento puede darse por acta auténtica (art. 74), porque consiste en decir: sí; no hay otra deliberación, ningún debate. No sucede lo mismo con las convenciones matrimoniales; éstas se discuten en el estudio del notario, por la excelente razón que el notario tiene misión de ilustrar á las partes acerca de las convenciones que se proponen hacer; desde luego, importa que aquellos que deben *asistir* al menor estén presentes; aprovecharán de las luces de la discusión y ellos mismos necesitan de ilustrarse, pues es necesario ser jurisconsulto, y jurisconsulto consumado para entender la importancia y los efectos de las convenciones matrimoniales. (1)

La interpretación que damos á la palabra *asistencia* no es admitida por todos. Uno de nuestros buenos autores, Colmet de Santerre, dice que esta expresión comprende la ayuda, el socorro, la aprobación, lo que necesariamente no implica la presencia; se puede ayudar con consejos escritos tanto como con consejos orales. Es lógico, se dice, que la ley que admite la autorización por escrito en materia de matrimonio, no se muestre más exigente cuando se trata del contrato accesorio. (2) La lógica es engañadora en el caso,

1 Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 28, núm. 42.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 27, núm. 15 bis III.

DISPOSICIONES GENERALES.

39

porque el contrato accesorio relativo á los bienes, difiere esencialmente del contrato principal referente á las personas; el primero exige una deliberación, mientras que el otro se hace cuando la decisión está tomada, solo exige un simple: *sí*.

Se admite generalmente que hay asistencia suficiente cuando las personas llamadas á asistir al menor dan su consentimiento en una acta auténtica, relatando los pormenores de las convenciones y disposiciones á las que entienden conceder su adhesión. (1) Es verdad que semejante acta es más que un simple consentimiento; el acta supone una deliberación que se hace fuera de la presencia del oficial público, sin contradicción de la parte adversa, no presenta para el menor la ventaja de un debate contradictorio; luego el objeto de la ley no se alcanza; no puede decirse que el menor esté *asistido en su contrato*. Hay otra objeción contra esta interpretación, es que no está en armonía con el texto del Código. Se contesta que la aplicación literal de la ley arrastra dificultades casi insuperables, cuando es el consejo de familia quien debe asistir al menor. ¿Se concibe que un consejo de familia, presidido por el juez, delibere en presencia del notario y de las partes contratantes? (2) La dificultad es real, pero decir que es *casi* insuperable, es confesar que puede superarse; es decir, que la ley entendida en su sentido literal es practicable; desde luego, no hay ya razón para apartarse del texto.

25. En la opinión general, se presentan nuevas dificultades. ¿Cómo el ascendiente ó el consejo de familia formulan su consentimiento? ¿Pueden hacerse representar por un mandatario? Se ha sostenido así, pero esta opinión no encontró eco. (3) Sin duda, se puede generalmente hacer por

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 244, y nota 28, y las autoridades que allí son citadas.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 224, nota 29. Colmet de Santerre, t. VI, página 28, núm. 15 bis IV.

3 Rodière y Pont, t. I, pág. 29 núm. 42. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 244 y nota 29.

medio de un mandatario lo que se puede hacer personalmente. Pero este principio no es ya aplicable cuando se trata del ejercicio de un poder; éste no se delega. Y la ley da un poder á los ascendientes y á la familia por razón de la liga de afectos que los unen al menor; el afecto y la liga de la sangre no se transmiten por vía de poder: ¿se concebiría que el padre diese mandato para consentir el casamiento de su hijo? Puede consentirlo por acta, pero él es quien consiente, no delega su poder. Hay igual razón para decidir por lo que se refiere á las convenciones matrimoniales. Si, pues, se quiere conformarse con un consentimiento por escrito, es menester una acta redactada de manera á dar al menor la misma garantía que con la asistencia personal, en tanto como esto sea posible. La doctrina y la jurisprudencia están acordes en decir que el acta debe contener una aprobación pormenorizada de las convenciones matrimoniales que el menor está autorizado á consentir. Si á consecuencia de los debates ante el notario, las partes modificasen el proyecto tal cual fué aprobado por el ascendiente ó por el consejo de familia, habría necesidad de un nuevo consentimiento y, por consiguiente, una nueva deliberación del consejo de familia.

26. La jurisprudencia está en este sentido y se demuestra muy severa en lo que se refiere á la asistencia de los consejos de familia. Una hija menor, de diez y siete años de edad, hace un contrato de matrimonio por el que el superviviente de los esposos, en caso de muerte de los hijos, era donatario del usufructo de los bienes del difunto; y el marido solo aportaba 2,000 francos, mientras que la mujer poseía varios inmuebles. La menor estaba asistida por tres delegados del consejo de familia encargados por deliberación para autorizarla en las actas civiles que debían preceder al matrimonio. La mujer murió cinco meses después de la celebración del matrimonio; sus herederos atacaron la dona-



DISPOSICIONES GENERALES.

41

ción; la Corte de Douai pronunció su anulación por motivo que el consejo de familia no había aprobado la donación, de la que ni siquiera tenía conocimiento. En el recurso intervino una sentencia de denegada; la Corte invoca las circunstancias de la causa que acabamos de relatar y concluye que los miembros del consejo delegados no habían recibido poder para autorizar la donación y no habían podido representar válidamente al consejo de familia; la donación era, pues, nula como hecha por una persona incapaz. (1)

Un consejo de familia nombra á uno de sus miembros con el fin de representarlo en el contrato de matrimonio de una joven menor y para estipular todas las cláusulas que le parezcan favorables á los intereses de la futura. El contrato contenía donación del usufructo de los bienes del primero que se muriera; los primeros jueces la mantuvieron por el motivo que la asistencia del consejo era regular, la ley no exigiendo que la deliberación especifique todas las cláusulas del contrato. Recurso de casación. La Corte asienta en principio que la ley no exige que la asistencia del consejo de familia se manifieste por una intervención personal de todos sus miembros á la redacción del contrato; que puede, pues, hacerse representar en él por un delegado. Pero, dice la Corte, el objeto de protección que se ha propuesto el legislador no se alcanzaría si las convenciones matrimoniales consentidas por el menor no hubiesen sido sometidas al consejo de familia y aprobadas por él en términos formales. Y en el caso, el consejo había dado un poder general á su delegado; no se ve por su deliberación que haya tenido conocimiento de las estipulaciones del régimen convencional adoptado por la menor. La Corte concluye que dicha menor no había sido asistida por el consejo de familia y que, por consiguiente, todas las convenciones matrimoniales eran

1 Denegada, Sala Civil, 19 de Marzo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 468).

nulas. (1) Esta es una sentencia de principios, y es tanto más notable cuanto que la Corte de Apelación había sentenciado de hecho que el contrato de matrimonio, lejos de lesionar á la menor en sus eventualidades para proveer, le era favorable. (2)

La jurisprudencia está fijada en este sentido. Ha sido resuelto que un contrato de matrimonio estipulando el régimen dotal con comunidad de gananciales era nulo por falta de asistencia. El contrato era redactado en un país de derecho escrito en el que el régimen dotal forma de hecho el derecho común; este régimen está allí considerado como inminentemente protector de los intereses de la mujer. Sin embargo, el contrato fué anulado porque el consejo de familia se había hecho representar por un delegado provisto de poder general, sin haber tomado conocimiento de las estipulaciones del contrato y sin haberlas aprobado. La Corte de Limoges decidió terminantemente que no pertenece al consejo de familia delegar el poder que la ley le da. (3)

27. ¿Qué convenciones puede hacer el menor asistido? El art. 1,398 contesta que el menor hábil para contraer matrimonio es hábil para consentir *todas las convenciones de que es susceptible el contrato*. El art. 1,309 está concebido en el mismo sentido, dice que el menor no es de restituir contra las condiciones puestas en su contrato de matrimonio, cuando han sido hechas con el consentimiento y la asistencia de aquellos cuyo consentimiento esta requerido para la validez del matrimonio. En fin, el art. 1,095 permite al menor asistido dar por contrato todo lo que un esposo mayor de edad pueda dar á su cónyuge. A este respecto se puede decir que el menor es considerado como mayor de edad. El Código Civil hacía una excepción á la capacidad del menor: según

1 Denegada, Sala Civil, 19 de Marzo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 468).

2 Casación, 15 de Noviembre de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 439).

3 Limoges, 17 de Abril de 1869 (Dalloz, 1871, 2, 167).

DISPOSICIONES GENERALES.

43

los términos del art. 2,140, los futuros esposos podían, por contrato de matrimonio, convenir que no se tomarían inscripciones por hipoteca legal de la mujer sino en uno ó ciertos inmuebles del marido, lo que libertaba los demás inmuebles; pero la ley exige terminantemente que las partes sean mayores de edad, de manera que la mujer menor no podía consentir á la reducción de su hipoteca legal. (1) La ley hipotecaria belga ha resuelto poner á la mujer y á los menores bajo el imperio del derecho común; no solo permite especializar la hipoteca legal de la mujer restringiéndola á los inmuebles necesarios para garantizar sus intereses, sino lo prescribe, toda hipoteca siendo sometida al principio de especialidad (art. 64). Transladamos para los pormenores al título que es el sitio de la materia.

28. La aplicación del principio hace nacer algunas dificultades. Una mujer menor se casa bajo el régimen dotal: ¿Puede declarar enajenables sus inmuebles dotales? Sí, y sin duda alguna; los textos deciden la cuestión. Según los términos del art. 557, el inmueble dotal puede ser enajenado cuando la enajenación ha sido permitida por el contrato de matrimonio; el art. 1,398 sienta como regla que la mujer menor asistida es hábil para consentir todas las consecuencias matrimoniales; los arts. 1,309 y 1,095 la asimilan á un mayor de edad. Esto es decisivo. Esta regla no tiene excepción (núm. 27); solo pudiera admitirse una si la no enajenabilidad de la dote fuera de orden público. Antaño se consideraba como tal en algunos países de derecho escrito. Tal no es el espíritu del Código; lo no enajenable es contrario al interés general; luego también es de orden público; la ley no lo ve con favor, solo lo admite en pro del matrimonio y como consecuencia de la libertad ilimitada que reconoce á los futuros esposos para hacer tales estipulaciones que juzguen convenientes; la inenajenabilidad no es, pues, si-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 243, y nota 24, pfo. 502 (4.ª edición).

no una garantía, á la que la mujer puede renunciar. Esta renuncia, en lugar de ser vista desfavorablemente, la ley la favorece porque es un regreso al derecho común. La doctrina (1) y la jurisprudencia están en este sentido. (2)

Cuando el contrato de matrimonio de una mujer menor declara un inmueble dotal enajenable, la enajenación ¿podrá hacerse sin la observación de las formas prescriptas para la venta de los bienes de los menores? Se distingue: la simple estipulación que tales bienes dotales podrán enajenarse, no tiene por efecto dispensar al marido de la observación de las formas legales, vuelve á poner los bienes en el derecho común; y el derecho común para los bienes poseídos por menores sujeta la venta á formalidades que la ley juzgó necesarias para resguardar los intereses de los incapaces. Acerca de este punto, no hay ninguna duda; (3) la mujer tiene dos garantías: la inenajenabilidad y las formas protectoras en caso de enajenación; si renuncia á la garantía de la inenajenabilidad no renuncia la otra garantía. La dificultad está en saber si puede renunciarla dando á su marido el poder para vender sin observar las formalidades legales; acerca de este punto hay alguna duda. Se puede decir que estas formalidades son de orden público puesto que están establecidas por razón de la incapacidad de los menores; y ¿puede el incapaz renunciar á una protección que la ley le concede por razón de su incapacidad? Nos parece que debe decirse de las formalidades protectoras establecidas para la venta, lo que decimos de la hipoteca legal: el consejo de familia llamado á especializar no puede renunciarla; la mujer menor que se casa no puede renunciar á la hipoteca que

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 243, y nota 25 y las autoridades que allí son citadas.

2 Agen, 10 de Julio y 25 de Abril de 1831 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 445); Denegada, 7 de Noviembre de 1826 (*ibid.*, núm. 446).

3 Grenoble, 16 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 189). Comparece Depegada, 7 de Noviembre de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 446) que nos parece contrario, pero es solo una opinión enunciada en un considerando.

DISPOSICIONES GENERALES.

45

la ley le concede para sus derechos que nacen cuando el matrimonio, en nuestro concepto, excepto las eventualidades. El art. 6 marca de nulidad toda renuncia á un derecho que es de orden público. Se objeta que la mujer menor asistida está reputada de mayor edad. Sí, para las convenciones matrimoniales; pero las formalidades prescriptas para la enajenación de los bienes de un menor, nada tienen de común con las cláusulas del contrato de matrimonio. (1)

29. El art. 1,398 declara al menor asistido hábil para consentir las convenciones matrimoniales; esta es una excepción al derecho común, y á este título es de rigurosa interpretación. Tal es también el espíritu de la ley: quiere favorecer el matrimonio favoreciendo las convenciones relativas al matrimonio. Las convenciones extrañas al matrimonio quedan bajo el imperio del derecho común; es decir, que el menor es incapaz para consentirlas, no podría libertarse de esta incapacidad insertando sus convenciones en su contrato de matrimonio; esto sería eludir y, por consiguiente, violar una ley de orden público. (2)

Una mujer menor da por contrato de matrimonio, asistida por su padre, poder á su marido para proceder solo y sin la observación de las formalidades prescriptas por la ley, al reparto definitivo de una sucesión que le toca. La Corte de Burdeos resolvió que este reparto era provisional en virtud del derecho común (art. 840). "Sí, dice la sentencia, el menor asistido es hábil para consentir todas las convenciones de que su contrato de matrimonio es susceptible; este principio no es aplicable sino á las convenciones que se refieren al matrimonio, y no puede ser extendido á las actas por las que el menor está sometido á formalidades especiales determinadas por la ley." (3)

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 243, nota 26 y las autoridades que citan.

2 Rodière y Pont, t. I, pág. 27, núm. 39.

3 Burdeos, 25 de Enero de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 453).

La mujer menor y asistida vende, por contrato de matrimonio, sus derechos de sucesión á un tercero. Fué sentenciado que esta venta es nula; los arts. 1,309 y 1,398, dice la Corte, no son aplicables sino á las convenciones matrimoniales propiamente dichas; no se puede extenderlas á las que el esposo menor hace con un tercero, consignándolas en el contrato de matrimonio. (1)

¿Cómo podrán distinguirse las convenciones matrimoniales de las convenciones extrañas al matrimonio? La Corte de Limoges sienta en principio que los arts. 1,309 y 1,398 solo se aplican á las convenciones que establecen el pacto matrimonial propiamente dicho y que, por consiguiente, son la esencia del contrato de matrimonio; no se deben reputar convenciones matrimoniales las que pueden desprenderse del contrato y constituir contratos distintos. En el caso, la mujer menor había confirmado la enajenación que su madre había hecho de sus derechos sucesorios, en su nombre y lugar. La Corte de Limoges dice, con razón, que la mujer menor no puede confirmar una venta semejante, como no puede consentirla. (2)

¿Qué debe decidirse si la mujer menor que confirma una venta irregular constituye el precio en dote? La jurisprudencia admite la validez de este acto. (3) La constitución de dote, dice la Corte de Casación, es esencialmente una convención matrimonial. Sin duda; pero, en el caso, no solo hay una constitución de dote, hay también una confirmación; y el acta confirmativa de una venta nula no es una convención relativa al matrimonio, como no lo sería un préstamo que hiciere el constituyente; una cosa es la dote, y otra es el contrato mediante el que se adquieren los dineros con los que la dote se constituye.

1 Burdeos, 1.º de Febrero de 1826 (Dalloz, *ibid.*, núm. 454).

2 Limoges, 29 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 40). Compárese Grenoble, 5 de Abril de 1859 (Dalloz, 1862, 2, 39).

3 Grenoble, 10 de Julio de 1860 (Dalloz, 1862, 2, 41). Denegada, Sala Civil 23 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 179).

## DISPOSICIONES GENERALES.

47

Resulta de esta disposición una consecuencia muy importante. El art. 1,309 dice que el menor asistido no es restituible contra las convenciones hechas en su contrato de matrimonio; deben entenderse por esto las convenciones que se relacionan con el matrimonio; si éstas son extrañas, el menor puede reclamar el beneficio del derecho común y pedir que se le restituyan en el caso en que la ley le permite promover en rescisión por causa de lesión. La Corte de Casación lo sentenció así, en un caso de una pretendida donación que el juez del hecho había declarado ser solo un contrato aleatorio, esencialmente lesionado para el menor. (1)

### *2. De las nulidades de las convenciones matrimoniales consentidas por un menor.*

30. Si una de las condiciones requeridas para la validez del contrato de matrimonio de un menor, no se cumple, el contrato es nulo. Esta es la aplicación del derecho común: Cuando la ley prescribe condiciones y formas en interés de un incapaz, la no observación de la ley arrastra la nulidad del acta. El principio no está contestado, pero en la aplicación se presentan muchas dificultades que dan lugar á controversia.

31. Un menor hace nn contrato de matrimonio á una edad que no es hábil para contraer matrimonio; se casa después de haber alcanzado la mayor edad. ¿Será nulo el contrato? No puede haber mucha duda en cuanto á la nulidad del contrato, puesto que el menor era incapaz para hacerlo; (2) pero se pretende que la nulidad está cubierta por el matrimonio celebrado por el menor después de haber alcanzado la mayor edad ó sea la capacidad legal. (3) Esto es dudoso. Es verdad que el contrato de matrimonio está ejecu-

1 Denegada, Sala Civil, 10 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 475).

2 Durantón, t. XI V, pág. 13. núm. 14, 1.º

3 Marcadé, t. V, pág. 434, núm. 2 del artículo 1,398.

tado después de la celebración del matrimonio, pero no puede decirse que la celebración sea un acto de ejecución; ésta solo hace que el contrato de matrimonio exista; el efecto y la ejecución vienen después. La cuestión debe, pues, presentarse en otros términos: el contrato de matrimonio irregular ¿puede ser confirmado durante el matrimonio? En nuestro concepto, nó; la cuestión es general; volveremos á ella al tratar de la confirmación del contrato de matrimonio.

Lo mismo sucede cuando el menor ha hecho un contrato de matrimonio antes de tener la edad de quince años ó de diez y siete, y que se casa antes de esta edad sin una dispensa. ¿Había nulidad del contrato? Sí, unos dicen que por ser el menor inhábil para contraer matrimonio; nosotros decimos que porque el menor era incapaz para contraer. ¿Hay confirmación? Nó, pues el contrato de matrimonio no puede ser confirmado durante el matrimonio, y la celebración no es una confirmación. (1)

No hay para qué distinguir en estas dos hipótesis, si el menor ha consentido las convenciones matrimoniales con ó sin asistencia. Esta no impediría al contrato de ser nulo, pues la asistencia no valida las convenciones matrimoniales sino cuando el menor es hábil para casarse, y la capacidad para casarse depende de la ley; la asistencia no puede hacer capaz á aquel que la ley declara incapaz.

32. Hay una hipótesis más difícil. El contrato de matrimonio del menor y su casamiento están viciados por la misma causa, falta de edad, ó falta de asistencia. La nulidad del matrimonio es cubierta; se sabe que la nulidad fundada en la falta de consentimiento ó en la impubertad puede cubrirse (arts. 183 y 185). Si el matrimonio es válido, ¿no deberá admitirse que el contrato de matrimonio lo está igualmente cuando es un solo y mismo vicio el que entachaba á ambos actos? La doctrina, excepto el disenso de Trop-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 242, y nota 20, pfo. 502 (4.ª edición).



DISPOSICIONES GENERALES.

49

long y de Marcadé, y la jurisprudencia se han pronunciado por la negativa. Basta citar una excelente sentencia de la Corte de Riom que zanja la cuestión. (1) Esto toca al principio de la indivisibilidad del matrimonio y de las convenciones matrimoniales (núm. 16). Hemos rechazado este pretendido principio. La Corte de Riom comienza por establecer que ambas convenciones son distintas; aunque correlativas, se establecen y son regidas por reglas que son propias; la sentencia invoca los arts. 201, 1,387, 1,388, 1,389 y 1,390. Resulta que las convenciones matrimoniales pueden tener efecto á pesar de la anulación del matrimonio; así, el accesorio subsiste cuando lo principal ha sido anulado, prueba segura que los dos contratos tienen una naturaleza diferente. Por otra parte, la ley deja subsistir el matrimonio anulando el contrato. La Corte concluye que la confirmación ó la denegada que cubre la nulidad del matrimonio no cubre necesariamente la nulidad de las convenciones que se refieren á él. Esto está fundado en razón también. Como lo dice la Corte de Riom, los motivos de orden natural y de orden público que ponen al matrimonio al abrigo de todo ataque, nada tienen de común con el contrato de matrimonio; las convenciones matrimoniales no son de orden público, puesto que la ley las abandona á la libertad ilimitada de las partes interesadas. ¿Qué sucede cuando el matrimonio está mantenido y que las convenciones matrimoniales están anuladas? Los esposos estarán casados bajo el régimen de la comunidad legal. Nada hay contrario al interés de la sociedad, puesto que la comunidad está considerada por la ley como el régimen que concilia mejor los derechos y los intereses de las partes.

Troplong combate vivamente la opinión general; invoca la tradición y parece reprochar á los autores modernos el

1 Riom, 23 de Junio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 321), y Denegada, 18 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 334). Aubry y Rau, t. V, pág. 232, notas 10 y 11 y las autoridades que son citadas.

haberla ignorado. La tradición se limita á la opinión de Lebrun, el que nada dice para mostrarla. (1) Esto es, pues, una simple afirmación que Troplong opone á los textos y á los principios. Agrega otras afirmaciones que no tienen más valor. Citamos algunas de ellas con el fin de que no se nos acuse de temeridad ó de desdén si no refutamos los numerosos errores de un autor que goza de gran consideración en Francia, mientras en Bélgica apenas si se le cita. “La estabilidad dada al matrimonio, dice, se extiende á las convenciones que lo han precedido y que han sido su condición. *No pudiera haber dos leyes diferentes para dos cosas tan íntimamente ligadas y sufriendo del mismo vicio.*” ; *No pudiera haber!* La Corte de Riom contesta al presidente de la Corte de Casación que *hay dos leyes diferentes* para dos casos, que aunque correlativos, son de una naturaleza completamente distinta; y lo prueba citando los textos del Código. Troplong repite sus repetidos principios de mil modos distintos. “Lo que es apto para hacer válida la unión de las personas es igualmente apto para consolidar el pacto relativo á sus intereses... Tanto vale separar á los esposos como dejarlos presa de la discordia... El menor que ratifica su matrimonio, se complació de su unión, persistió en ella; persistió, pues, también en los pactos que han sido su preparación. La amistad que hizo mantener el matrimonio, hace mantener las convenciones bajo cuya influencia se hizo éste... El esposo ha guardado el matrimonio por efecto para el otro esposo; este efecto hace suponer igualmente que quiso mantener los pactos que de él procedían.” (2) Siempre es el mismo tema; las variaciones que el autor acumula no le dan una mayor autoridad.

33. La doctrina de Troplong está también en oposición con un principio que él mismo admite, y es que la nulidad de

1 Lebrun, *De la comunidad*, pág. 38, libro 1. ° cap. IV, núm. 32.

2 Troplong, t. I, pág. 85, núms. 96-98.

DISPOSICIONES GENERALES.

51

las convenciones matrimoniales no puede cubrirse por una confirmación hecha durante el matrimonio. Esto es una regla general; la Corte de Riom la establece muy bien en la sentencia que acabamos de citar. Aquel que no puede consentir no puede confirmar; y durante el matrimonio, los esposos no pueden consentir convenciones matrimoniales; luego no pueden confirmarlas expresa ni tácitamente. Si los esposos han hecho convenciones matrimoniales, deben quedar tal cual han sido fijadas antes del matrimonio; después de la celebración de éste, las convenciones no pueden ya sufrir cambios, y sería cambiarlas el declarar válidas convenciones que eran nulas. (1) La doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia. (2)

Ha sido resuelto que el consejo de familia no puede ni siquiera confirmar el contrato de matrimonio por una deliberación tomada antes de la celebración de la unión conyugal. En el caso, la menor había hecho su contrato con el consentimiento de un primo, sin que una deliberación hubiera encargado á éste de representar al consejo. El mismo día, pero á una hora más tarde, hubo deliberación del consejo de familia que autorizó el matrimonio á cargo para la futura de constituir su dote, bajo el régimen dotal, con todos sus bienes presentes y futuros, con poder de enajenar mediante devolución. Un acreedor, habiendo embargado uno de los inmuebles constituidos en dote, la mujer opuso la dotalidad; el embargante contestó que el contrato de matrimonio era nulo por haber sido hecho por una menor sin asistencia. Se trataba de saber si la deliberación posterior al contrato, pero anterior á la celebración, podía valer á título de confirmación. El Tribunal de Primera Instancia anuló el contrato de matrimonio por una razón decisiva: las convenciones matrimoniales son inmutables á partir del día en que fueron fijadas; se puede, en verdad, modificarlas antes de la celebra-

1 Riom, 23 de Junio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 321).

2 Troplong, t. I, pág. 141, núm. 288 y todos los autores.

ción del matrimonio, pero estas modificaciones no pueden hacerse sino en las formas y bajo las condiciones determinadas por la ley (arts. 1,396 y 1,397); una simple deliberación de familia no bastaba, pues. En apelación la decisión fué reformada; la Corte de Nimes considera la deliberación del consejo de familia como una confirmación del contrato de matrimonio. Recurso de casación. La Corte casó la sentencia por el motivo que el contrato de matrimonio era nulo, que la nulidad era absoluta, que resultaba que los esposos estaban casados bajo el régimen de la comunidad; este régimen no podía ser modificado y reemplazado por el régimen dotal sino por una contraletra redactada conforme con los arts. 1,396 y 1,397. (1) La doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia. (2)

La confirmación solo es una renuncia á la acción de nulidad que pertenece á las partes interesadas. Y solo ellas tienen el derecho de promover en nulidad, así como los terceros, como lo vamos á decir. El consejo de familia, como tal, no tiene calidad. Durante el matrimonio, los esposos no pueden confirmar. ¿Lo pueden después de la disolución del matrimonio? Lo pueden en este sentido, que les es permitido arreglar sus intereses pecuniarios como lo quieran. Se entiende que su renuncia de prevalecerse de la nulidad no impediría á los terceros de invocarla; los esposos están libres para renunciar sus deberes, no les está permitido renunciar á los derechos de los terceros.

34. Calificamos de acción de nulidad la acción que pertenece á los esposos. La cuestión está controvertida y hay alguna duda. Se trata de menores. Estos tienen la acción de nulidad cuando el acta es nula en la forma; es decir, cuando la ley prescribe formas especiales por razón de la incapacidad de los menores y de la importancia del acta que quieren hacer. Tienen la acción en rescisión para atacar las

1 Casación, 20 de Julio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 279).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 247, nota 35, pfo. 502 (4.ª edición).

DISPOSICIONES GENERALES.

53

actas de simple administración que puede hacer su tutor sin autorización y sin forma ninguna. Los menores que promueven en rescisión deben probar que han sido perjudicados, mientras que la acción de nulidad se admite por el solo hecho de estar la ley violada. (1) Si se atiende uno á estos principios, la cuestión no es dudosa. La asistencia de las personas que deben consentir al matrimonio del menor, reemplaza la intervención del tutor, la autorización del consejo de familia y la homologación del Tribunal, si ha lugar; esto es, pues, una formalidad y, por consiguiente, hay lugar á la acción de nulidad. En cuanto á la falta de edad, es una causa de incapacidad, y la incapacidad arrastra la nulidad del acta hecha por el incapaz (arts. 1,125 y 1,398).

¿Cuál es el motivo de duda? Se le encuentra en el artículo 1,309, que dice: “El menor no es *restituible* contra las convenciones hechas en su contrato de matrimonio, cuando han sido hechas con consentimiento y asistencia de aquellos cuyo consentimiento estaba requerido para la validez de su matrimonio.” La palabra *restituible* tiene un sentido técnico; indica las actas sujetas á restitución, como lo dice el artículo 1,311, y se entiende por esto las actas de que el menor puede pedir la rescisión por causa de lesión. Según el texto, se debería, pues, decirse que el contrato de matrimonio de un menor no asistido puede ser atacado en rescisión, lo que obligaría al menor á probar que ha sido lesionado. Es este argumento de texto el que parece haber arrastrado á buenos autores. (2). En nuestro concepto, el art. 1,309 no puede tener el sentido que se le da; porque así entendido, estaría en oposición con el art. 1,311. El contrato de matrimonio hecho por un menor no asistido, es una acta nula en la forma, y no una acta sujeta á restitución; lo acabamos de probar; por consiguiente, da lugar, no á una acción en

1 Véase el tomo XVI de mis *Principios*, págs. 66-80, núm. 45-55.

2 Rodière y Pont, t. I, pág. 30, núm. 43. Colmet de Santerre, t. VI, página 29, núm. 15 bis V.

rescisión, sino á una acción de nulidad. Se debe, pues, tomar la palabra *restituible*, en el art. 1,309, como sinónimo de atacable. En otros términos, la ley dice solo que el menor puede atacar su contrato de matrimonio cuando no ha sido asistido, no dice que el menor no asistido solo puede atacar el acta cuando ha sido perjudicado. Esta interpretación está también fundada en razón. Desde que el menor no ha gozado de la protección que la ley quiso asegurarle, debe tener el derecho de atacar el acta, está realmente perjudicado por esto solo que no fué asistido; luego debe bastar que pruebe la falta de asistencia. La Corte de Casación lo sentenció así, pero sin contestar á la objeción del texto é invocando únicamente la importancia del contrato de matrimonio, para cuya validez la ley exige formalidades especiales en caso de menor edad del futuro cónyuge. (1)

35. La acción de nulidad ¿es relativa en el sentido del art. 1,325? Según los términos de este artículo, la nulidad de los compromisos consentidos por el menor es relativa en este sentido, que las personas capaces de comprometerse no pueden oponer la incapacidad del menor con quien han contratado. Es seguro que el contrato de matrimonio hecho por el menor sin asistencia, cae bajo la aplicación del art. 1,125, pues es por causa de incapacidad por lo que es atacado; luego el esposo menor solo puede invocar la nulidad; el esposo mayor de edad y capaz, no puede prevalecerse de la incapacidad de su cónyuge. Tal es la opinión general, y no es dudosa. (2)

Se pregunta si un tercero, acreedor de ambos esposos, puede prevalecerse de la nulidad del contrato de matrimonio fundada en la menor edad de uno de los cónyuges. Si es acreedor del esposo menor, no hay ninguna duda; promoverá en virtud del art. 1,166 ejerciendo la acción que

1 Denegada, Sala Civil, 13 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 334).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 245, nota 30 y las autoridades que citan.

DISPOSICIONES GENERALES.

55

pertenece á su deudor. ¿Tiene el mismo derecho el acreedor del otro esposo? Si se le opone el contrato de matrimonio, puede rechazarlo fundándose en la incapacidad de una de las partes contratantes. Esto es de derecho común. El contrato de matrimonio no solo interesa á los esposos, también interesa á los terceros, puesto que puede serles opuesto; pero para que se les pueda oponer, es preciso que sea válido, y no lo es cuando uno de los cónyuges menor no ha sido asistido. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido después de alguna hesitación. Ha sido sentenciado que el esposo solo puede prevalecerse de la nulidad; (1) esto es sobrepasar el art. 1,125 que solo dice que la parte capaz no puede oponer la incapacidad de aquel con quien ha contratado. En cuanto á los terceros, la cuestión depende del carácter de la nulidad; y la nulidad de un contrato que puede ser opuesto á terceros, interesa á éstos. La Corte de Casación sentenció en este sentido, pero en términos demasiado absolutos; dice que la nulidad resultando de la inobservación del art. 1,398 puede ser propuesta por *cualquiera persona*, lo que parece abrir la acción aun al esposo incapaz, por derogación al art. 1,125; pero esta derogación no pudiera ser admitida sino en virtud de un texto terminante, y éste no existe. Los motivos en los que la jurisprudencia se funda dejan que desear. La Corte de Casación parece considerar los derechos de los terceros para promover de nulidad, como una excepción al art. 1,125; en realidad, esta disposición está fuera de causa, puesto que solo se refiere á las partes contratantes. Y si fuera una excepción habría que desecharla, porque no hay excepción sin texto. La Corte invoca también que la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales interesa á los terceros que tienen relaciones con los cónyuges; si dependiera del esposo el dejar caer ó dejar subsistir sus convenciones matrimoniales según le con-

1 Burdeos, 27 de Noviembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 471).

viniera pedir ó no su nulidad, la condición de los terceros estaría siempre incierta, y, por consiguiente, el pacto matrimonial perdería para con ellos el carácter de inmutabilidad que la ley quiso que tuviera. (1) Esto es exacto, pero el argumento así formulado no es decisivo; hay que decir que la nulidad está establecida en interés de los terceros, puesto que éstos están interesados en ella. Queda uno, pues, bajo el imperio del derecho común.

36. ¿Cuál es el efecto de la anulación en cuanto al régimen de los esposos? Debe aplicarse el principio según el que una acta anulada es como si jamás hubiese existido. Los esposos se han, pues, casado sin contrato; por lo tanto, están regidos por la comunidad legal. La consecuencia es irresistible, y casi está generalmente admitida. (2) Hay, sin embargo, que confesar que es contraria á la voluntad de las partes, (3) y las convenciones matrimoniales ¿no tienen por fundamento único la voluntad de las partes contratantes? Quisieron adoptar el régimen dotal, y se encuentran bajo el de la comunidad. No puede seguramente decirse que, en este caso, la comunidad sea el régimen tácitamente adoptado por los esposos; la ley es la que se los impone. Todo cuanto puede decirse es que los futuros esposos, queriendo un régimen otro que el derecho común, hubieran debido llenar las condiciones prescriptas por la ley; y si nó, están considerados como si no hubieran querido derogar á la comunidad legal.

## *II. De los incapacitados.*

37. Si se admite que los incapacitados pueden casarse hay que permitirles también hacer sus convenciones matrimo-

1 *Dar-galt*, Sala Civil, 5 de Marzo de 1855 (*Dalloz*, 1855, 1, 101). Com-párese *Limoges*, 17 de Noviembre de 1869 (*Dalloz*, 1871, 2, 167). *Montpellier*, 16 de Agosto de 1869 (*Dalloz*, 1872, 1, 346), y *Denegada*, 19 de Junio de 1872 (*ibid.*)

2 *Aubry y Rau*, t. V, pág. 246, y nota 31, y las autoridades que citan.

3 *Colmet de Santerre*, t. VI, pág. 29, núm. 15 bis VI.



DISPOSICIONES GENERALES.

57

niales. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para la validez de estas convenciones? La ley, en el título *Del Contrato de Matrimonio* solo habla de los menores; los demás incapaces quedan, pues, bajo el imperio del derecho común. ¿Cuál es este derecho? Es que para hacer un contrato de matrimonio hay que ser capaz para contraer (núm. 13); y el Código coloca á los incapacitados entre los incapaces. Su incapacidad es absoluta en lo que se refiere á las actas de interés pecuniario; según los términos del art. 502, *cualquiera* acta hecha por el incapacitado posteriormente á su interdicción, es nula de derecho. Por aplicación de este principio hay que decidir que el incapacitado no puede hacer ninguna convención matrimonial. Está representado por su tutor quien deberá consentir su contrato de matrimonio como mandatario legal del incapacitado. Si el tutor se niega, solo queda al incapacitado la facultad de casarse sin contrato, bajo el régimen de la comunidad legal. Se opone el adagio: *Habilis ad nuptias, habilis nuptiarum consequentias*. Hemos contestado de antemano que es falsear el principio el entenderlo en este sentido que la ley permite á los incapaces, hábiles para casarse, el hacer toda clase de convenciones matrimoniales; y en su aplicación á los incapacitados, se ve cuán irracional es el principio así interpretado. Se concibe que el incapacitado tenga derecho de casarse, esto es una cuestión de afecto y de simpatía. Otra cosa es un contrato de matrimonio; se trata, en este caso, de intereses pecuniarios, y es precisamente para resguardar los intereses pecuniarios del enajenado y de su familia, por lo que la ley permite incapacitarlo. El menor, aunque su razón sea más firme que la del incapacitado, no puede hacer un contrato de matrimonio sino con la asistencia de sus padres ó de su familia; y se quisieran dar al incapacitado más incapaz que el menor, derechos más extensos.

P. de D. TOMO XXI—8.

38.- El enajenado no incapacitado queda bajo el imperio del derecho común; puede casarse si es mayor de edad, y hacer toda clase de convenciones matrimoniales, á reserva que las partes las ataquen por causa de insanidad. ¿Cuál es la prueba que deberán hacer los demandantes? Hay que distinguir: si el enajenado está incapacitado, se aplica el artículo 503, según cuyos términos las actas anteriores á la interdicción podían ser anuladas, cuando la causa de la interdicción existía notoriamente en la época en que dichas actas han sido hechas. Si el enajenado muere sin haber sido declarado incapaz, se aplica el art. 504; en general, el contrato de matrimonio será inatacable; sin embargo, si contiene donaciones, podrán ser anuladas en virtud del artículo 901, como hechas por una persona que no estaba sana de espíritu. Se aplica en todo el derecho común, porque el Código no lo deroga. (1)

39. Los sordomudos ¿pueden consentir convenciones matrimoniales sin ninguna asistencia? Hemos dicho en otro lugar que los sordomudos no se consideran incapaces civilmente por razón de su enfermedad; si pueden manifestar su voluntad y dar un consentimiento libre é ilustrado, son capaces para contraer, y, por consiguiente, para consentir convenciones matrimoniales. Estos son los términos de una sentencia de la Corte de Paris: la Corte hace mal en citar el art. 1,308 que solo se refiere á los menores y no les reconoce una capacidad entera. Se objetaba el art. 936, según el cual la donación hecha al sordomudo analfabético, debe ser aceptada por un curador; la Corte de Paris aparta la objeción diciendo que esta disposición es excepcional y establecida en interés del sordomudo, que no se puede, por consiguiente, prevalecerse de ella en su contra. (2)

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 240 y siguientes, y las autoridades que citan.

2 Paris, 3 de Agosto de 1855 (Dalloz, 1857, 2, 175). Burdeos, 29 de Diciembre de 1856 (Dalloz, *ibid.*, pág. 173).

*III. Las personas colocadas bajo consejo judicial.*

40. Estas personas están, en derecho, en la misma posición que los incapacitados; la ley no habla de ellos en el título *Del Contrato de Matrimonio*. Los pródigos y los débiles de espíritu son capaces para casarse; es, pues, necesario que puedan hacer convenciones matrimoniales. ¿Podrán consentirlas sin asistencia de su consejo? Nó, pues para hacer un contrato de matrimonio es necesario ser capaz para contraer; y las personas colocadas bajo consejo no tienen capacidad para hacer toda clase de convenciones; la ley no permite enajenar sin asistencia de un consejo judicial, y no hay muchos contratos de matrimonio sin una enajenación; luego los pródigos y los débiles de espíritu solo pueden hacer un contrato de matrimonio que no implique ninguna enajenación; tal es el régimen de la separación de bienes si los esposos no se hacen ninguna liberalidad; pero desde que el contrato contiene una enajenación, no pueden hacerlo sino con la asistencia de su consejo. Tal es la opinión generalmente admitida por los autores (1) y por las cortes de apelación. (2) La Corte de Casación ha consagrado la opinión de Troplong; tenemos que detenernos en ella porque, en nuestra convicción, Troplong se ha equivocado, y arrastra en su error á la Corte Suprema. (3)

41. El contrato de matrimonio es un contrato, y todo contrato exige la capacidad para contraer; y los pródigos y los débiles de espíritu no tienen la plenitud de esta capacidad. La ley determina los límites de los que su capacidad está restringida. ¿Con qué derecho se hace excepción á estos principios para reconocer en favor de los pródigos y débiles de

1 Está ampliamente desarrollada por Colmet de Santerre, t. VI, págs. 30-35. Aubry y Rau, t. V, pág. 236 y nota 12.

2 Pau, 31 de Julio de 1855 (Dalloz, 1857, 1, 18). La Corte de Agen sentenció en el mismo sentido, 21 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 168). Compárese Burdeos, 17 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 249-250).

3 Casación, 24 de Diciembre de 1856. Según las conclusiones del procurador general (Dalloz, 1857, 1, 18).

espíritu la facultad de consentir toda clase de convenciones matrimoniales? La Corte de Casación invoca el adagio *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptialia, pacta*; induciendo que el pródigo, teniendo derecho para casarse, es por esto mismo capaz para consentir todas las disposiciones y convenciones de futuro á futuro de que es susceptible el contrato de matrimonio. Hemos de antemano contestado al argumento; la Corte de Agen, á la que fué devuelto el negocio, dió la contestación. No hay en nuestro Código ninguna señal de lo que la Corte de Casación llama una *regla*; si el art. 1,398 parece aplicarla al menor, es agregándole una restricción esencial: el menor no puede consentir las convenciones matrimoniales sino con la condición de estar asistido, en su contrato, por las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez de su contrato. No es, pues, por razón de su capacidad para casarse como el menor es hábil para hacer un contrato de matrimonio; aunque hábil para casarse queda incapaz para consentir convenciones matrimoniales; es solo la asistencia la que cubre su incapacidad. Citando el art. 1,398 para inducir de él que la capacidad para casarse da capacidad para hacer convenciones matrimoniales, la Corte de Casación hace decir á la ley lo contrario de lo que dice.

La Corte de Casación ha casado la sentencia de la Corte de Pau por haber violado el art. 513. En nuestro concepto, la Corte de Casación es la que viola este artículo. El Código, en los arts. 513 y 493, declara á los pródigos y á los débiles de espíritu, incapaces para enajenar; esta incapacidad es general, no puede hacerse excepción sino en virtud de una disposición terminante de la ley. ¿En dónde está esta ley? La Corte hace una excepción al art. 513, sin texto; esto es hacer la ley dando al pródigo la capacidad de enajenar en su contrato de matrimonio, cuando una ley general le prohíbe enajenar en cualquier contrato que sea. La Corte prevee el reproche y trata de evadirlo sosteniendo que el artí-

## DISPOSICIONES GENERALES.

61

culo 513 no es aplicable al contrato de matrimonio. Dice que se puede decidir el contrato porque, en este contrato, todas las partes se encadenan y se ponen en equilibrio, y este conjunto de estipulaciones combinadas es á menudo la condición del matrimonio. Y, será dividir el contrato ~~el~~ anular las donaciones, á la vez que mantener el régimen que los esposos han adoptado. Fácil le fué á la Corte de Agen contestar á esta objeción: la pretendida indivisibilidad del contrato de matrimonio solo es una afirmación para apartarla; basta negarla cuando hay diversas cláusulas en un contrato, las unas válidas y las otras nulas. ¿Por qué no se habían de mantener las buenas á la vez que se anulan las malas? Aun hay más; la necesidad de dividir el contrato de matrimonio resulta del texto del art. 513 y de la incapacidad particular que tiene el pródigo; es capaz á medias y á medias incapaz; ¿Por qué las cláusulas que es capaz de consentir se anularían porque ha hecho enajenaciones que no era capaz de hacer?

La Corte de Casación no quiere que el art. 513 se invoque, porque al haber intervenido el consejo judicial en el contrato de matrimonio, se subordina su validez al consentimiento del consejo; esto es decir que se hace depender de una voluntad extraña al mismo matrimonio, que debe permanecer enteramente libre. Preguntaremos á la Corte si no pasa lo mismo con todos los incapaces. El consejo de familia interviene en el contrato de matrimonio del menor; éste no puede consentir ninguna cláusula sin que esté aprobada por el consejo. ¿Se concluirá de esto que el matrimonio no es libre? Se dirá que el menor es incapaz para casarse, mientras el pródigo es capaz. Sea; el pródigo está libre de casarse, pero no lo está para consentir convenciones matrimoniales que serían ruinosas para él y su familia. Lo que la Corte llama un ataque á la libertad del pródigo, es una realidad, una protección que le da la ley contra su debilidad y su incapacidad;

y se quiere que la ley le quite esta protección en el contrato que sufre más que ningún otro la influencia de las pasiones!

En fin, la Corte de Casación busca en el art. 513 una objeción contra la aplicación que de él se quiere hacer al contrato de matrimonio. El art. 513 prohíbe al pródigo enajenar é hipotecar; si esta prohibición es aplicable á las convenciones matrimoniales, resultará que el pródigo no podrá ni siquiera casarse bajo el régimen de la comunidad legal; sin embargo, los partidarios de la opinión general admiten que el pródigo se case bajo este régimen á falta de contrato; (1) están en contradicción consigo mismo; en efecto, si el pródigo puede adoptar la comunidad legal, puede enajenar é hipotecar, pues enajena sus muebles presentes y futuros y el usufructo de sus inmuebles que están en la comunidad, y grava sus bienes con la hipoteca legal en provecho de su mujer. Debe concluirse que el art. 513 no es aplicable á las convenciones matrimoniales. Contestarémos con la Corte de Agen que este argumento confunde lo que la ley quiere con lo que quieren las partes. No es el pródigo el que constituye una hipoteca en sus bienes, es la ley que concede esta garantía á la mujer, quieranlo las partes ó nó. No es pródigo quien organiza la comunidad legal, es la ley que la hace entrar en ella los muebles de los esposos y el usufructo de sus inmuebles, y debió establecer un régimen para aquellos que no quisieran ó no pudieran hacer convenciones matrimoniales.

42. La cuestión á cuya ocasión se levantaron estos debates concernía á una institución contractual hecha por un pródigo. Si se admite el principio tal cual acabamos de establecerlo, la consecuencia no puede ser dudosa. Ya lo hemos dicho al tratar del consejo judicial: el pródigo no puede hacer donaciones por contrato de matrimonio, ni de bienes fu-

1 Limoges, 27 de Mayo de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 77).

## DISPOSICIONES GENERALES.

63

turos. Traducimos á las sentencias que acaban de citarse y á lo que fué dicho en el art. 513 (t. V, núm. 366.)

### ARTICULO 2.—*Solemnidad.*

#### *Núm. 1. Autenticidad.*

43. En nuestro antiguo derecho belga, el contrato de matrimonio podía hacerse por acta privada. (1) Lo mismo sucedía en Francia, cuando menos en algunas provincias; en la mayor parte de éstas, según el testimonio de Pothier, se desechaban los contratos de matrimonio bajo firmas privadas. Los autores del Código han consagrado esta última jurisprudencia. Según el art. 1,394, “todas las convenciones matrimoniales deben redactarse por acta ante notario.” ¿Cuáles son los motivos de esta disposición, lo que para una parte de Francia era invocación? Es bastante difícil precisarlos. Pothier dice que se quiso impedir que los cónyuges burlen la ley que les prohíbe hacerse ninguna liberalidad durante el matrimonio, haciendo en ese tiempo contratos con fecha anticipada. (2) Este motivo no explica la condición de autenticidad, pues para evitar los contratos anticipados, bastaba exigir una acta con fecha cierta, como lo hace el art. 1,410. El orador del Tribunado, después de haber dicho que el Código abroga el uso de redactar las convenciones matrimoniales privadas, agrega: “Si se priva á las familias de la ventaja de economizar gastos de registro, quedan muy compensadas por el gran número de fraudes que se evitan, y por la mejor garantía que se da á la fortuna de los esposos y de sus hijos.” (3) Este motivo es de los que prueban demasiado, pues se pudiera invocarlo para todos los contratos; el acta auténtica tiene siempre ventajas incon-

1 Véanse las sentencias citadas en la *Pasicrisia*, 1831, pág. 34; 1835, 2, 255; 1841, 2, 334; 1842, 2, 145.

2 Pothier, *Del contrato de matrimonio*, núm. 12.

3 Siméon, *Discursos*, núm. 14 (Loaré, t. VI, pág. 461).

testables, y no presenta ninguno de los inconvenientes y peligros que ofrece el acta privada. Sin embargo, para las convenciones en general, la ley se conforma con una acta privada; para decir mejor, no prescribe ninguna forma, sirviendo solo las actas para prueba, mientras que la autenticidad del acta es una condición requerida aún para la existencia de las convenciones matrimoniales. Es, pues, necesario que existan razones particulares por las que la ley ha hecho del contrato de matrimonio una acta solemne. ¿Cuáles son estas razones?

Toullier reproduce el motivo dado por Pothier: la ley quiso asegurar á los contratos de matrimonio una fecha anterior al matrimonio, é impedir las anticipaciones de fechas fraudulentas de las actas privadas. Quiso también impedir que se las pueda suprimir, lo que es fácil cuando son privadas. (1) Estos motivos tampoco explican la autenticidad del acta; el depósito en el oficio del notario hubiera asegurado la conservación y el registro le hubiera dado una fecha cierta. Durantón insiste igualmente en la necesidad de conservar el acta que contiene las convenciones matrimoniales; de otro modo sería fácil, suprimiendo el acta privada, cambiar las convenciones matrimoniales, y la inmutabilidad de estas convenciones es uno de los principios fundamentales que rigen el contrato de matrimonio. (2) Nada es más verdadero, pero lo repetimos, una acta de depósito hubiera bastado para alcanzar este propósito.

Troplong comienza por insistir en la cuestión de prueba, lo que no es el verdadero terreno del debate; en efecto, el acta auténtica no solo sirve como prueba, está requerida por la substancia del acta: «El orden público está tan interesada en el matrimonio; es decir, en la conservación de las familias, que no podría permitir entregarse á pruebas fugitivas

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 66, núm. 71.

2 Durantón, t. XIV, pág. 41, núm. 39.



## DISPOSICIONES GENERALES.

65

este importante contrato. Ninguno reclama más certeza, publicidad y solemnidad; no solo es una regla para las dos familias que se unen, y para la nueva que saldrá de esta unión: es además una ley para los terceros y la base del crédito de los futuros esposos.<sup>1</sup> Hay mucha verdad en estas apreciaciones, pero Troplong las mezcla con errores. ¿Es que la autenticidad da la *publicidad* a las convenciones matrimoniales? El Código no prescribe ninguna *publicidad*, y todo lo que el autor dice no explica la necesidad de la intervención de un oficial público. Troplong cita después las palabras de Brodeau que se refieren igualmente a la importancia de las convenciones matrimoniales. (1) Esto es incontestable, pero no justifica el principio de la solemnidad del acta.

Colmet de Santerre, después de haber dicho que la ley quiso asegurar la conservación del escrito en que consta el contrato de matrimonio, agrega que hay además otro motivo secundario para la autenticidad: "Las convenciones matrimoniales presentan complicaciones y dificultades. El notario ha sido considerado como un consejero que ilustra a las partes acerca de las cláusulas que deben introducir en su contrato, ó excluir de él." (2) ¿No sería esto el principal motivo del art. 1,394? Cuando la ley prescribe la autenticidad como condición substancial del acta, esto es para garantizar la expresión de la voluntad de las partes. Si se trata de una donación, hay peligro de influencias ilícitas, de sugerencias, de captación; la intervención del notario, si no impide estas obseciones, las hace más difíciles. No hay muchos contratos sin liberalidad; aun hay más, fuera de este contrato, las donaciones son raras. Esto basta ya para justificar la condición de autenticidad. La intervención del

1 Troplong, t. I, pág. 61, núm. 15, y pág. 166, núm. 169.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 12, núm. 11 bis II.

notario es igualmente indispensable para las convenciones matrimoniales propiamente dichas. No se dice lo bastante al decir que son complicadas y difíciles, debe decirse que la mayor parte de los contratantes no entienden las cláusulas que firman ó que les hacen firmar. Si se redacta una acta, es para derogar á la comunidad legal; y, las cláusulas de comunidad convencional embarazan á los jurisconsultos; ¿y se quiere que las personas ajenas al derecho entiendan toda la extensión y la importancia del régimen al que se someten? Si se quiere que el contrato más importante se haga con conocimiento de causa y que sea la expresión de la voluntad ilustrada de las partes, hay que hacer intervenir un oficial público.

44. Ponemos el contrato de matrimonio en la misma línea que las donaciones, en lo que toca á la solemnidad del acta. El mismo texto del Código establece esta asimilación. El art. 931, dice así: "Todas las actas de donación entre vivos se harán ante notario público, en la forma ordinaria de los contratos, y se conservará de ellas una copia bajo pena de nulidad." La redacción del art. 1,394 es poco más ó menos la misma: "Todas las convenciones matrimoniales serán redactadas por acta ante notario." El artículo no agrega que deberá quedar copia bajo pena de nulidad. Era inútil decirlo, puesto que tal es el derecho común, excepto para las actas de poca importancia que pueden hacerse sumariamente, y no hay que decir que el más importante de los contratos está naturalmente comprendido en la regla y no en la excepción. (1)

Los arts. 1,394 y 931, teniendo el mismo sentido, debe concluirse que el contrato de matrimonio es una acta solemne, así como la donación, lo que significa que el escrito auténtico es una condición requerida para la existencia del

1 Ley de 25 ventoso, año XI, arts. 20 y 68. Toullier, t. VI, 2, pág. 67, número 71.

DISPOSICIONES GENERALES.

67

contrato. De esto resulta que un contrato de matrimonio redactado en acta privada no tiene existencia legal, es más que nulo, es inexistente. Los autores no discuten la cuestión pero admiten el principio implícitamente. Duranton dice que el contrato de matrimonio es una acta solemne; lo pone en la misma línea que la donación y le aplica, en consecuencia, el art. 1,339, lo que es decisivo; la donación irregular ó nula en la forma, como dice la ley, no tiene existencia, es la nada, ó como lo decimos en el lenguaje de la escuela, es una acta inexistente. Lo mismo pasa con el contrato de matrimonio cuando no se hace con las solemnidades prescritas por la ley. (1) La jurisprudencia consagra el mismo principio, aunque sea muy inconsecuente en su aplicación. La Corte de Pau dice, fundándose en los motivos de la ley, que la autenticidad del acta es necesaria para asegurar la firmeza y la inmutabilidad del contrato de matrimonio; concluye de esto que redactada privadamente, el acta está abiertamente contraria al objeto de la ley, y que desde luego no se le puede reconocer una *existencia legal*. (2) La Corte de Caen analizando el art. 1,394, dice que las dos condiciones que prescribe, la autenticidad y la redacción antes del matrimonio son la *esencia* del acta; si falta una de ellas, *no hay contrato de matrimonio*. (3) Estos son los términos de que se sirve el art. 146: "No hay matrimonio cuando no hay consentimiento." La falta de solemnidad tiene, pues, el mismo efecto que la ausencia de consentimiento, lo que es decisivo. En definitiva, la doctrina y la jurisprudencia aplican al contrato de matrimonio la teoría de las actas inexistentes que hemos expuesto en el título *Delas Obligaciones*, (4) y de la que hemos hecho numerosas aplicaciones en el curso de este trabajo.

1 Duranton, t. XIV, pág. 46, núm. 45.

2 Pau, 18 de Junio de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 267).

3 Caen, 9 de Mayo de 1844 (Dalloz, *ibid.*, núm. 265).

4 Véase el tomo XV de mis *Principios*, págs. 569-601, núms. 450-465.

45. Se enseña generalmente que el contrato de matrimonio privado se asimila á una acta notariada cuando se le deposita en casa del notario y que éste la agrega al protocolo. Esto es, en nuestro concepto, confundir dos cuestiones esencialmente distintas: la solemnidad y la prueba. La autenticidad no está prescrita para la prueba, lo está para la existencia del contrato de matrimonio; desde el momento, pues, que no hay acta auténtica, no hay contrato de matrimonio; y el acta privada depositada, permanece, no obstante, una acta privada, no la recibe un notario; luego no llena el deseo de la ley, el oficial público no interviene en ella, no pudo ilustrar á las partes; por lo tanto, el acta debe continuar siendo lo que era: inexistente. ¿Qué se dice en favor de la contraria opinión? Troplong dice con frases académicas: "El Código no es una ley *tiránica* que diga en estrecho formalismo: *Qui virgula cadit, causa cadit*. Es equitativo, racional, enemigo de la superstición." (1) Esto nada dice. ¿Es el contrato de matrimonio una acta solemne, sí ó nó? Sí lo es, y todos lo califican así; debe aplicarse el art. 1,339, el que es *muy tiránico*, pues, por la menor irregularidad es nula la la donación en la forma, y, por lo tanto, inexistente. Lo mismo sucede con el contrato de matrimonio.

A decir verdad, la doctrina de los autores no es tan absoluta como parece. Todos ellos citan una sentencia de la Corte de Rouen; pero esta sentencia no dice que baste una simple acta de depósito para transformar una acta privada en acta auténtica: en el caso, había más bien una acta de reconocimiento, la que equivale á una acta notariada, puesto que las partes reproducen sus convenciones en ella; esta es, pues, una acta recibida por un oficial público; á tal título, la ley hipotecaria belga (arts. 2 y 76) la asimila á una

1 Troplong, t. I, pág. 110, núm. 185. Compárese Duranton; t. XIV, página 43, núm. 43. Aubry y Rau, t. V, págs. 247 y siguientes, y nota 3. En sentido contrario, Rolland de Villargues, *Repertorio*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 64.

## DISPOSICIONES GENERALES.

69

acta auténtica. Transladamos al lector á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones* (t. XII pág. 315). Hé aquí el caso juzgado por la Corte de Rouen. (1) El notario comienza por hacer constar que las partes le han entregado, para ser agregada al protocolo, una acta privada conteniendo sus convenciones matrimoniales. En seguida sigue la declaración de los comparecientes, los que *reiteran* y confirman todas las estipulaciones del acta privada. La Corte insiste en esta declaración é induce de ella que el acta de depósito pudiera ser considerada como el equivalente de un contrato de matrimonio pasado ante notario público; el acta relataba las mismas cláusulas; en nuestro concepto, esta formalidad es de rigor, para que el acta de reconocimiento equivalga á una acta notariada.

46. El principio de que el contrato de matrimonio privado es inexistente, tiene consecuencias muy importantes. Puesto que no hay contrato de matrimonio, debe decidirse que los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad legal (art. 1,400). (2) Tal no es, seguramente su intención; ¿puede la ley imponer á los esposos un régimen que no les conviene? Contestaremos que en materia de contratos solemnes, la intención no basta; debe ser manifestada en las formas prescriptas por la ley; en caso contrario, no existe; no hay, pues, contrato, lo que hace aplicable el art. 1,400; legalmente, los esposos no quieren el régimen convenido en el acta privada, quieren, pues, el régimen de la comunidad legal.

Si el contrato de matrimonio privado contiene donaciones, éstas son nulas puesto que no tienen la solemnidad requerida por la ley. Hay donaciones que solo son válidas cuando se hacen por contrato de matrimonio (arts. 1,082, 1,084, 1,086, 1,093); (3) estas donaciones son más que nu-

<sup>1</sup> Rouen, 11 de Enero de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 269).

<sup>2</sup> Aubry y Rau, t. V, 248, pfo. 503 (4.<sup>a</sup> edición).

<sup>3</sup> Pau, 18 de Junio de 1836 (Dalloz, núm. 267).

las; cuando están consignadas en un contrato de matrimonio privado, son inexistentes, puesto que están hechas en las formas que la ley establece para su existencia. En cuanto á las donaciones que pueden valer como donativos manuales, serán válidas si han sido ejecutadas; pero su efecto no será regido por el régimen que los esposos han adoptado, quedarán sometidos á las reglas que rigen la comunidad legal.

El contrato de matrimonio hecho privadamente ¿se valida por la confirmación? Se confirman las actas nulas, pero no las inexistentes. Debe, pues, aplicarse por analogía al contrato de matrimonio lo que el art. 1,339 dice de la donación; nula en la forma, ninguna acta confirmativa puede reparar sus vicios, debe volverse á hacer en la forma legal. La jurisprudencia consagra este principio, pero se le dificulta motivarlo, no habiendo entrado aún en las costumbres judiciales la teoría de las actas inexistentes. Se lee en una sentencia de la Corte de Caen, que el contrato de matrimonio no debe ser considerado como una convención de puro derecho privado; de donde la Corte concluye que las nulidades que se ligan á él son de orden público, y no son susceptibles de ser cubiertas. (1) El principio que sirve de punto de partida para esta decisión no es exacto; es seguro que el contrato de matrimonio, á pesar de su importancia, es un contrato de derecho puramente privado; el primer artículo de nuestro título lo dice, disponiendo que la ley solo rige á la asociación conyugal en cuanto á los bienes, solo á falta de convenciones especiales que pueden hacer los esposos como lo juzgan necesario. Lo que la Corte debiera decir es que el contrato siendo solemne, como lo reconoce, la falta de las formas solemnes arrastra la inexistencia del acta, y por consiguiente, la imposibilidad de confirmarla.

¿Pueden los herederos confirmar el contrato de matrimonio nulo en la forma? En principio, nó; el contrato, siendo

1 Caen, 9 de Mayo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 265). Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 249, nota 9, pfo. 503.

inexistente, hay que aplicar el principio que la nada no puede ser confirmada, ni por los herederos como por las partes. No se puede prevalecerse del art. 1,340 que permite a los herederos del donante confirmar la donación, aunque no pueda el donante validar por sí la liberalidad mediante ninguna acta confirmativa (art. 1,329), pues esta disposición es enteramente excepcional; los únicos motivos que la justifican no reciben ninguna aplicación al contrato de matrimonio. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*. La doctrina y la jurisprudencia son contrarias. (1) Esto es una inconsecuencia, olvidando en la aplicación la teoría de las actas inexistentes. La Corte de Casación dice que los motivos de orden público que impiden la confirmación de las convenciones matrimoniales durante el matrimonio, dejan de existir después de la disolución de éste. Sin duda, nada impide que los herederos arreglen sus intereses como les convenga y hagan tales renunciaciones que juzguen convenientes, pero esto no es confirmar el contrato de matrimonio. La confirmación propiamente dicha no se concibe; ésta retrotrae, en el sentido de que el acta está considerada como válida desde el principio; ¿y cómo pudiera haber contrato de matrimonio entre las partes cuando no hay acta auténtica, cuando no hay solemnidad? La cuestión es muy importante en lo que se refiere á la prescripción; si los herederos pueden confirmar, resulta, como lo sentencia la Corte de Casación, que se puede oponer á los herederos la prescripción de diez años, mientras que si no hay lugar á la confirmación, la prescripción de diez años es inaplicable.

47. Los futuros esposos no hacen ya contrato de matrimonio privadamente; la solemnidad entra en nuestras costumbres. Pero puede suceder que el contrato sea notariado y que sea nulo á consecuencia de la inobservación de una

1 Denegada, 31 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 310). Denegada, Sala Civil, 26 de Abril de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 246). Aubry y Rau, t. V, pág. 249, nota 10, pfo. 503).

de las formalidades prescriptas bajo pena de nulidad por la ley de ventoso. Se aplican, en este caso, los principios que acabamos de exponer. Las formas son de las substancias del acta; si ésta es nula en la forma, el contrato de matrimonio es inexistente, lo mismo que es como si fuera hecho privadamente. Se ha aplicado el art. 1,318, según los términos del cual el acta auténtica, nula por vicio de forma, vale como escritura privada si está firmada por las partes. Esto es confundir las actas solemnes con las actas que no lo son. El art. 1,318 supone, como lo dice la Corte de Colmar, que el acta puede valer como escritura privada; no recibe, pues, aplicación á las actas solemnes, para cuya existencia la ley exige la autenticidad. La Corte concluye de esto que el contrato de matrimonio se considera como no habiendo existido nunca, desde que el acta es anulada. (1)

De esto sigue que todas las formalidades prescriptas bajo pena de nulidad por la ley de ventoso acerca del notariado, deben ser llenadas; si una de estas formas no ha sido observada, el acta es nula en la forma, lo que arrastra la inexistencia del contrato. Ha habido alguna hesitación en la jurisprudencia; inútil es detenerse en cuestiones que no son realmente cuestiones, puesto que el texto de la l y las decide. Fué sentenciado por la Corte de Casación que el contrato de matrimonio que no ha sido firmado sino por uno de los testigos de asistencia, es nulo (2) y, por consiguiente, inexistente. Esto es evidente. Lo mismo sucedería para todas las demás formalidades. (3) Notémos solamente que la jurisprudencia francesa admitió una excepción á estos principios, y que dicha excepción, que es una verdadera violación de la ley ha sido consagrada por la misma ley. ¿Deben el segun-

1 Colmar, 16 de Marzo de 1813 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 3,313). Compárese Caen, 9 de Mayo de 1844 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 265).

2 Denegada, Sala Civil, 26 de Abril de 1869, (Daloz, 1869, 1, 246).

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 248, notas 5 y 6 (4.ª edición).



do notario y los dos testigos, estar presentes en la redacción y firma del contrato de matrimonio? El texto de la ley dice que sí; la jurisprudencia ha dicho que nó, y una ley de Junio de 1843 ha dado la sanción del Poder Ejecutivo á esta extraña jurisprudencia. En Bélgica, los notarios han quedado fieles á la ley.

48. El principio de la solemnidad se aplica á todas las convenciones matrimoniales; estos son los términos del artículo 1,394. Si las partes insertaban en el contrato de matrimonio convenciones extrañas á los derechos de los esposos acerca de sus bienes, se entiende que éstas conservarían el carácter que les es propio, el de contratos no solemnes. ¿Cuáles convenciones son matrimoniales y cuáles no lo son? Ya hemos encontrado esta cuestión (núm. 29); se decide por el objeto de la convención. Ha sido sentenciado que la obligación contraída por uno de los futuros esposos, de sopor-tar solo los gastos y honorarios del contrato de matrimonio, tiene el carácter de una convención matrimonial. La Corte de Casación ha concluido de esto que no se podía deferir el juramento acerca de la existencia de semejante obligación, y la cosa es evidente. (1) El juramento es uno de los modos de prueba admitidos por la ley; y el art. 1,394 no resuelve una cuestión de prueba; el acta auténtica está requerida para la existencia misma de la convención.

49. El art. 1,394, ¿es aplicable á las convenciones matrimoniales hechas en el extranjero? Supondrémos que unos franceses (belgas) figuran en ellas. No hay que decir que si las partes contratantes son extranjeras, están regidas por las leyes del país á que pertenecen. Hemos examinado la cuestión en otro lugar. La dificultad está en saber si el adagio; *Locus regit actum*, es aplicable á las actas solemnes. Lo hemos decidido negativamente (2) y sostenemos nuestra de-

1 Casación, 21 de Julio de 1852 (Daloz, 1852, 1, 194).

2 Véase el tomo I de mis *Principios*, pág. 89, núm. 99.

cisión en lo que se refiere al contrato de matrimonio. La forma, dice Troplong, está reglamentada por el estatuto arbitrario de cada lugar. Esto es traducir el adagio latino, pero la traducción no le da fuerza nueva; además, lo mantene- mos en su verdadera acepción. El contrato debe ser recibi- do en la forma auténtica, porque la autenticidad está reque- rida no para la prueba, sino para la existencia del acta; en cuanto á las formas que deberán seguirse para hacer el acta auténtica, se aplicará el adagio llenando las formas pres- criptas por la ley del país en que se hace el acta. Troplong agrega: «No tienen la culpa los *súbditos* si la forma es me- nos perfecta en tal ó cual país. No quebrantan cuando *obser- van* la ley y no se les puede reprochar el no haber sido más sábios que ella.» (1) Esto es confundir el contrato que inte- resa á los extranjeros y el contrato en que figuran franceses. Los franceses no son súbditos del país extranjero, no deben *obediencia* á las leyes extranjeras; pero están obligados á obe- decer las leyes de su país, si quieren que sus convenciones matrimoniales tengan en Francia la autoridad y el efecto que deben tener según el Código Civil.

## § II.—PRESENCIA DE LOS FUTUROS ESPOSOS.

50. Los futuros esposos deben estar presentes en el con- trato de matrimonio; esto es tan evidente que parece inú- til decirlo. Esta cuestión, sin embargo, ha dado lugar á largas controversias, á consecuencia de un uso ilegal intro- ducido en Francia, sobre todo en ciertas regiones del Me- diodía. Los padres solos figuraban en el acta, á lo menos cuando los futuros esposos eran menores; algunas veces se hacían responsables por ellos. Se consideraba el contrato de matrimonio así recibido como válido, cuando menos en el sentido que la celebración del matrimonio valía ratifica-

1 Troplong, t. II, pág 14, núm. 188. Aubry y Rau, t. V, pág. 248 y nota 4, párrafo 503.

## DISPOSICIONES GENERALES.

75

ción. La Corte de Casación ha condenado esta práctica viciosa, diciendo que el contrato de matrimonio recibido en ausencia de los esposos, aunque el padre y la madre se hicieran responsables por ellos, es como no sucedido; los esposos están casados sin contrato, por consiguiente, bajo el régimen de la comunidad legal, cualesquiera que hayan sido las convenciones fijadas por los padres. Esto es la aplicación de los principios que rigen la existencia de los contratos. La primera de las condiciones requeridas para que exista un contrato, es el consentimiento; luego sin él no hay contrato de matrimonio. Se puede consentir, ya sea personalmente, ya por mandatario; cuando el contrato tiene por objeto una enajenación, el mandato debe ser expreso (artículo 1,988). Es verdad que se admite que la ratificación de lo que hizo un tercero en nuestro nombre sin mandato, equivale á esto último. Pero, ¿es aplicable esta regla á los contratos solemnes? Transladamos á lo que fué dicho por cuanto á las donaciones, en el título que es el sitio de esta materia. En cuanto al contrato de matrimonio, está sometido á una regla especial. La ley quiere que esté redactado en acta notariada antes de la celebración del matrimonio, y lo declara inmutable. De esto sigue que el consentimiento de los esposos deba ser manifestado en la forma auténtica antes del matrimonio. La consecuencia es que el contrato de matrimonio es inexistente por falta de consentimiento, cuando los esposos no figuran en él. (1) Esto se funda también en la razón. El contrato de matrimonio es una acta solemne, porque la ley quiere que las partes estén ilustradas por el oficial público que recibe el acta. ¿Se concibe que el contrato se haga en ausencia de unas partes que deben de dar su consentimiento ilustrado por el debate en presencia del notario?

1 Denegada, Sala Civil, 29 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 207). Casación, 9 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 28).

Si hay ausencia de consentimiento debe decirse que el contrato de matrimonio es inexistente. La Corte de Casación lo dice: “La ausencia de la futura en el contrato de matrimonio, constituye una nulidad radical y de orden público, que quita al pretendido contrato su existencia legal. (1) Las palabras *de orden público*, están de más, en nuestro concepto. Puede haber nulidad de orden público sin que el contrato sea inexistente. Para que se pueda decir que no hay contrato, es menester que falte una de las condiciones requeridas para su existencia. En el caso, el consentimiento es el que falta, y sin él no hay contrato.

51. El contrato de matrimonio redactado en ausencia de los esposos ó de uno de ellos, ¿puede confirmarse? Si se admite el principio consagrado por la Corte de Casación, no puede tratarse de confirmación, pues no se confirma la nada. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XV, núms. 451 y 462). Debe decirse con el artículo 1,339, que el contrato nulo en la forma debe volverse á hacer en la forma legal. A decir verdad, se trata de una rectificación más bien que de una confirmación; hubo consentimiento dado en nombre de los futuros esposos: la cuestión está en saber si este consentimiento puede ser ratificado por el esposo. Creemos que no; el esposo debe presentarse en persona ante el oficial público, ó por el intermedio de un mandatario especial, si se quiere que el objeto de ley esté alcanzado. Es, pues, necesario que la ratificación sea un nuevo contrato, así como lo dice el art. 1,339.

Los editores de Zachariæ parecen entenderlo en este sentido cuando dicen que el contrato de matrimonio puede ser ratificado antes del matrimonio en la forma determinada por los arts. 1,396 y 1,397. (2) El principio así formulado no nos parece exacto. Los arts. 1,396 y 1,397 conciernen á

1 Denegada, 6 de Abril de 1858 (Daloz, 1858, 1, 224).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 235 y nota 7, pfo. 502 (4.ª edición).

DISPOSICIONES GENERALES.

77

las contralettras; suponen que hay un contrato de matrimonio que las partes quieren modificar; la ley prescribe condiciones y formas especiales para la validez de estos cambios: Si las partes no observan la ley, las contralettras serán nulas, pero el primer contrato será válido. Nada de esto es aplicable á un contrato de matrimonio inexistente; no se puede modificar la nada, solo puede hacerse un nuevo contrato en las formas ordinarias de las actas notariadas; y si este contrato fuese nulo, no habría ningún contrato de matrimonio, no teniendo el primero existencia legal alguna.

La jurisprudencia deja igualmente algo que desear. Una sentencia de Nimes dice, lo que es exacto, que las convenciones matrimoniales consentidas por los padres, haciéndose responsables por su hija, solo son obligatorias para ésta solo cuando ha expresado su voluntad de apropiárselas. ¿Cómo debe manifestarse esta voluntad? Aquí está la dificultad. La Corte aplica las reglas establecidas por el artículo 1,338 acerca de la confirmación; (1) estas reglas son inaplicables en el caso en que no hay contrato por falta de consentimiento; este es un vicio que no puede repararse, es la nada. La Corte de Grenoble exige una ratificación expresada en la forma determinada por los arts. 1,394 y 1,397; (2) hay confusión ó inatención en esta decisión; no pueden aplicarse simultáneamente el art. 1,394 que supone un primer contrato, y el art. 1,397 que supone un cambio á un primer contrato; quizá sea esto una equivocación de imprenta y deba leerse 1,396. La Corte de Casación, en la sentencia que se cita, no se explica terminantemente en esta cuestión, solo dice que la nulidad ó la inexistencia del contrato de matrimonio resulta, entre otras causas, de la disposición del artículo 1,396, que no permite cambiar las convenciones matrimoniales sino bajo las condiciones exigidas por la ley, (2)

1 Denegada, Sala Civil, 29 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 207).

2 Grenoble, 7 de Junio de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 122).

3 Nimes, 8 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 188).

lo que no es exacto, pues en la hipótesis que examinamos, no hay contrato; no puede, pues, tratarse de llevar en él al algún cambio.

La celebración del matrimonio ¿es una confirmación ó una ratificación? Hay alguna hesitación en la jurisprudencia acerca de esta cuestión. La razón está en que los tribunales no tienen principios fijos acerca de la nulidad ó de la no existencia del contrato de matrimonio resultando de la ausencia de los esposos. ¿Es esto un simple vicio que pueda borrarse por una confirmación expresa ó tácita? Nó, el vicio no puede reformarse porque es la nada. Suponiendo aún que pueda haber confirmación, no se pudiera admitir la confirmación tácita tal como la celebración del matrimonio; la razón es sencilla y perentoria, y es que, en el caso, la confirmación debe valer como consentimiento; y el consentimiento en materia de convenciones matrimoniales debe no ser solo expreso, sino debe expresarse en la forma auténtica prescrita por el art. 1,394; (1) luego, por todo concepto, debe apartarse la celebración del matrimonio como pudiendo validar el contrato de matrimonio.

Las sentencias dan otras razones más ó menos buenas. Como todo depende de los motivos, se nos permitirá que insistamos. La Corte de Nimes dice que la celebración del matrimonio no establece una liga necesaria entre las convenciones que determinan el régimen y el matrimonio, pues este último puede tener lugar sin convenciones previas. (2) Esto puede ser contestado. En un caso presentado ante la Corte de Montpellier, un padre había ofrecido el matrimonio de su hija y fijado las convenciones matrimoniales con el futuro esposo; el contrato estipulaba el régimen dotal, y el padre constituía una dote á su hija. Esta tenía conocimiento de las convenciones y ratificó la promesa de matri-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 235, nota 8, pfo. 502 (4.ª edición).

2 Nimes, 1.º de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 188). Grenoble, 7 de Junio de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 122).

## DISPOSICIONES GENERALES.

79

monio. Sería ridículo, dice la Corte, pretender que la hija dotada no aceptaba la dote; luego hubo confirmación. (1) Efectivamente, había confirmación tácita según el derecho común; (2) hay, pues, que cuidarse de admitir el derecho común, y no se puede, como acabamos de decirlo. Poco importa que el esposo no presente cuando el contrato, tenga conocimiento de las convenciones matrimoniales cuando el casamiento; puede inducirse de esto una ejecución voluntaria y, por consiguiente, una confirmación; pero la confirmación tácita es inoperante, como acabamos de decirlo. (3)

En cuanto á la confirmación posterior al matrimonio, no puede ser revocada. En nuestra opinión esto es evidente. El primer contrato es inexistente. Luego, cuando el casamiento, no hay contrato y, posteriormente á éste, no puede haber convenciones matrimoniales (art. 1,394). Se dirá en vano que la confirmación retrotrae al día del contrato pasado antes del matrimonio. Se ve aquí que los principios de la confirmación no pueden recibir aplicación á las convenciones matrimoniales. En efecto, si cuando el matrimonio no hay contrato, la consecuencia es segura, los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad legal; la confirmación hecha durante el matrimonio, si fuera admitida, tendría por efecto establecer entre los esposos otro régimen que el de la comunidad legal; pero la retroacción no pudiendo perjudicar los derechos de terceros (art. 1,338), se llegaría á este resultado absurdo é imposible que habría dos regímenes, uno arreglando los derechos de los esposos entre sí, y otro que establecería un régimen diferente para con los terceros. La jurisprudencia está en el sentido de nuestra opinión, pero siempre hesitante entre la confirmación y la ratificación propiamente dicha. La Corte

1 Montpellier, 3 de Julio de 1847 (Dalloz, 1847, 2, 144).

2 La Corte de Tolosa dice que esta es la ratificación más enérgica y la menos equivocada. Sentencia de 15 de Junio de 1844, Dalloz, 1845, 4, 110 y siguientes).

3 En sentido contrario, Nimes, 9 de Marzo de 1846 y 3 de Mayo de 1847 (Dalloz, 1849, 2, 83).

de Casación dice que el contrato de matrimonio, no habiendo tenido nunca existencia, el esposo no presente cuando el acta no pudo ratificarlo como hecho en su nombre. (1) Creemos que tal es el verdadero principio y que no puede ser cuestión de confirmación, puesto que no hay acta viciada. La mayor parte de las sentencias que acabamos de citar hablan, sin embargo, de confirmación ó de ratificación en el sentido del art. 1,338.

52. Después de la disolución del matrimonio, los esposos ó sus herederos pueden arreglar sus intereses según el contrato de matrimonio que suponemos inexistente. Esto es de doctrina y de jurisprudencia. Pero importa precisar el carácter de estos arreglos. ¿Es una confirmación de las convenciones matrimoniales por la ejecución que de ellas hacen las partes ó sus herederos? Hemos dicho ya que un contrato inexistente no puede ser confirmado, ni siquiera por los herederos (núm. 46). El art. 1,340 no puede ser aplicado por analogía, porque es excepcional, y que la confirmación de la nada no se concibe. Si, pues, las partes interesadas ejecutan el contrato de matrimonio, hacen en realidad una mera convención que están libres para consentir, puesto que no se trata sino de intereses privados que siempre se pueden arreglar como se quiere.

La doctrina parece contraria. Aubry y Rau llaman á esta ejecución una ratificación y dicen que puede ser expresa ó tácita. (2) Este es el lenguaje del art. 1,338. Preguntaremos en dónde está, en este caso, el vicio que engendra una acción de nulidad, acción á la que renuncian las partes por una confirmación. Hay ausencia de consentimiento; lo que es más que un vicio manchando un contrato; resulta que el contrato no existe; esto es un vicio irreparable, pues cualquiera cosa que se haga, la nada permanece siempre nada.

1 Denegada, 6 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 224).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 235 y nota 10, pfo. 502 (4.ª edición).



DISPOSICIONES GENERALES.

81

Hay sentencias en el mismo sentido. La Corte de Nimes parte del principio que el contrato es nulo y que la nulidad es de orden público; pero la nulidad deja de ser de orden público en la disolución del matrimonio, los interesados pueden renunciarla, y se hacen con esto no admisibles para invocarla más adelante. Esta es la confirmación del acta, aunque la Corte no pronuncie esta palabra. La Corte de Montpellier dice terminantemente que la confirmación puede hacerse según el art. 1,338. (1) El lenguaje y la doctrina de la Corte de Casación son más exactos. Esta dice que después de la disolución del matrimonio está permitido á las partes arreglar sus intereses por una *mera acta*, como lo juzguen conveniente; pero esta convención no está regida por el artículo 1,338. En efecto, continúa la Corte, esta disposición supone la existencia de una acta tachada de vicios ó de nulidad que se trata de reparar ó de cubrir; no recibe aplicación al caso de una acta nula por una nulidad de orden público, acta que las partes ni siquiera pudieron hacer después de la disolución del matrimonio. La sentencia agrega que estos principios han sido consagrados por la sentencia atacada de la Corte de Tolosa y que resisten toda crítica. (2) La Corte se sirve de las palabras *nula y nulidad*; estos son los términos legales, no conociendo el Código la terminología que empleamos para mayor claridad, pero la Corte se sirve de la palabra *nula* en el sentido de *inexistente*; la sentencia de la Corte de Tolosa no deja ninguna duda acerca de este punto; dice que el contrato de matrimonio, al que no había asistido la futura esposa, era radicalmente nulo y reputado como no habiendo existido nunca.

53. ¿Quién puede prevalecerse de la no existencia del

1 Nimes, 6 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 123).

2 Tolosa, 2 de Junio de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 34), y Denagada, 6 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, 1 224). Una sentencia de la Sala Civil de 26 de Abril de 1869 (Dalloz, 1869, 1 246), dice una vez más: *ratificación*. Compárese Denagada. Sala Civil, 10 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 350).

contrato de matrimonio? Uno de los caracteres que distinguen á las actas inexistentes es que cualquiera parte interesada puede rechazar el acta que se le opone, no pudiendo la nada tener efecto con respecto á nadie; así, el esposo que no estuvo presente en el contrato, los terceros interesados á apartarlo, el mismo cónyuge que figuró en el acta pueden pedir que el contrato se declare inexistente. La doctrina (1) y la jurisprudencia están acordes en este punto; solo las sentencias parecen invocar los principios que rigen la nulidad de las actas más bien que los que conciernen á la existencia del contrato; quizá esto provenga de que la lengua francesa no tiene término especial para marcar que una acta no tiene existencia para con la ley. La Corte de Caen da como motivo que la nulidad es de orden público. (2) La Corte de Nimes se expresa aún más vagamente diciendo que la nulidad puede ser invocada por los terceros, puesto que el contrato interesa á los terceros; (3) y la Corte de Casación se limita á decir *que en semejante materia* los terceros pueden prevalecerse de la nulidad contra los esposos, como uno de estos últimos puede prevalecerse de ella contra el otro, contra los legatarios y contra los terceros. (4)

54. La inexistencia del contrato tiene consecuencias muy graves para los esposos y los terceros. A falta de contrato, los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad legal. Y el contrato inexistente equivale á la nada. No hay contrato, lo que necesariamente conduce al régimen de la comunidad. (5) Como es en los países del Mediodía en donde el uso existe de no hacer figurar á la futura en el contrato de matrimonio, el acta estipula regularmente el régimen dotal;

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 233 y siguientes, pfo. 502 (4.ª edición).

2 Caen, 9 de Mayo de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 265).

3 Nimes, 8 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 188).

4 Denegada, Sala Civil, 29 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 207).

5 Denegada, Sala Civil, 29 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 207). Aubry y Rau, t. V, pág. 234 y nota 4, pfo. 502, y las sentencias que citan.

## DISPOSICIONES GENERALES.

83

mientras que, por razón de la existencia del contrato, los esposos se encuentran casados bajo el régimen de la comunidad legal que ellos ignoran y que seguramente no eligieron. La ley lo quiere por ellos, y su verdadera voluntad no puede tener efecto, puesto que no ha sido legalmente manifestada. Solo hay un remedio á este mal, y es que los notarios, ilustrados por la jurisprudencia, rehusen recibir actas en las que las partes no están presentes. En Bélgica, no existe este abuso, pero existe otro en materia de hipotecas que se constituyen muy frecuentemente sin la presencia del acreedor. Es bueno insistir en estas prácticas ilegales con el fin de desarraigarlas.

55. No hay muchos contratos de matrimonio sin donación. ¿Qué sucede con las liberalidades que hacen los terceros á los esposos, ó que los esposos se hacen el uno al otro, cuando el contrato es inexistente? No hay contrato de matrimonio, y la inexistencia de éste arrastra la de las liberalidades que en él constan. Esto no es dudoso en cuanto á las donaciones que solo pueden hacerse por contrato de matrimonio, tales como la institución contractual ó la donación modificada del art. 1,086; sin contrato de matrimonio, estas liberalidades no se conciben. Podría aún decirse igual cosa de la donación de bienes presentes, la que debe ser expresamente aceptada; si la donataria está ausente, se necesitaría una aceptación posterior por acta auténtica con notificación; á falta de estas formalidades, la donación sería nula. (1) Las cortes del Mediodía han hecho hasta lo imposible para salvar las donaciones. Se hace una donación por contrato de matrimonio á la futura por sus padres; la donataria no figura en el acta. La donación queda válida, dice la Corte de Nimes, por razón de que la donación fué suficientemente aceptada por el marido en nombre de la mujer de quien era

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 234 y nota 5. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, núm. 148.

apoderado general y tenía poder para aceptar las donaciones que le hicieran. (1) La Corte se olvida que, cuando el contrato de matrimonio; no había aún marido ni mujer casada, y que no puede considerarse al futuro como apoderado general de la futura esposa. La Corte olvida también que la aceptación debe ser expresa y que si el donatario acepta por poder, es necesario que éste sea expreso y auténtico (artículos 932 y 933). Solo hay un medio para validar las donaciones, esto es, su ejecución; cuando se trata de cosas muebles, la liberalidad valdrá como donativo manual. Así sucedía en el caso juzgado por la Corte de Nimes; debió ésta atenerse á esta razón que era decisiva. (2)

56. Suponiendo válidas las liberalidades, se pregunta por qué ley serán regidas; ¿se aplicarán los principios de la comunidad legal? La afirmativa nos parece segura, á pesar de algunos disentimientos en la jurisprudencia. Cuando el contrato de matrimonio es inexistente, el régimen de los esposos es la comunidad legal; la consecuencia es, pues, que los donativos muebles hechos á los esposos caen en el activo de la comunidad; la mujer donataria no tiene el derecho de volverlos á tomar, puesto que no lo estipuló así. Se dirá en vano que los esposos han estipulado el régimen dotal, y que las donaciones se hicieron en vista de este régimen; luego como debiendo quedar en propios del donatario. La respuesta es sencilla y perentoria: todo cuanto los esposos y los terceros donantes han querido hacer, se reduce á la nada; legalmente solo existe el régimen de la comunidad, y sería soberanamente irracional introducir en este régimen una modificación en la que ni siquiera pensaron las partes; en cuanto al régimen dotal, no pueden prevalecerse de él, puesto que no existe. (3)

1 Nimes, 30 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 107).

2 Tolosa, 5 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 123). Pau, 1.º de Marzo de 1853 (*ibid.*, pág. 124).

3 Tolosa, 20 de Julio de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 124). Montpellier, 9 de Di-

## DISPOSICIONES GENERALES.

85

Conste al terminar que estas largas controversias son debidas á la ignorancia ó á la negligencia de los notarios: ¡pueden éstos ignorar que las partes deben presentarse ante ellos; y por qué no han exigido la ejecución de la ley?

### § III.—¿EN QUÉ EPOCA DEBE HACERSE EL CONTRATO DE MATRIMONIO?

57. Según los términos del art. 1,394, las convenciones matrimoniales deben ser redactadas antes del matrimonio. El art. 1,395 consagra una consecuencia de este principio: “Las convenciones matrimoniales no pueden recibir ningún cambio después de la celebración del matrimonio.” Los autores del Código Civil han seguido en esta materia los principios del derecho de costumbres, el que, dice Troplong, se demuestra en este punto como en muchos otros, superior al derecho romano. (1) En los países de derecho escrito, se permitían las convenciones matrimoniales durante el matrimonio; el derecho de costumbres las prohibía, sobre todo por motivo de prohibir á los esposos hacerse ninguna liberalidad durante el matrimonio. Este motivo vino á caer, habiendo el Código permitido á los esposos hacerse donaciones, pero declarándolas irrevocables. Las razones por las que las costumbres prohibían las donaciones entre esposos, han inclinado al legislador moderno á mantener la prohibición de las convenciones matrimoniales durante el matrimonio. Es de la esencia de todo contrato que el consentimiento sea libre; y ya no lo es durante el matrimonio, entre los esposos; éstos pudieran abusar, ya sea del afecto, ya del poder para sacar convenciones que serían lesionarias para uno

elembre de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 112). Pau, 1.º de Marzo de 1853, y Casación, 9 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 28). La sentencia de Pau está muy bien motivada; fué casada por otra razón. En sentido contrario, Tolosa, 5 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 123), y Nimes, 30 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 107).

1 Duranton, t. XIV, pág. 30, núm. 36. Troplong, t. I, pág. 107, núms. 170-173.

de ellos, por esto solo que serían demasiado favorables para el otro. El interés de los terceros exige también que existan convenciones seguras, inmutables; á partir de la celebración del matrimonio, pueden oponérselas; importa, pues, que puedan conocerlas y que no tengan el temor de incesantes cambios. El orador del Gobierno insiste en los fraudes á que daba lugar el principio romano: lo pasado, dice Berlier, ofrece muchos ejemplos; la nueva ley los evitará. (1)

58. El principio establecido por el art. 1,394 ¿es aplicable á los contratos de matrimonio que los franceses hacen en país extranjero? La Corte de Casación asienta en principio que la determinación de la época en la que debe intervenir el contrato de matrimonio, como todo lo que se liga á su forma exterior, está sometido á la regla *Locus regit actum*. (2) Esto es verdad cuando se trata de un contrato no solemne; pero en los contratos solemnes, la forma y todo lo que se relaciona con ella, son de la substancia del acta. Unas convenciones matrimoniales hechas después de la celebración del matrimonio no son un contrato de matrimonio. Hay, pues, que aplicar á la época lo que acabamos de decir de la autenticidad de las actas hechas en el extranjero (núm. 49). Se objeta que las disposiciones de los arts. 1,394 y 1,395 no crean una incapacidad personal para contraer y no forman, por consiguiente, un estatuto personal que siga, como tal, á los franceses en países extranjeros. (3) Esto es presentar mal la cuestión: la máxima *Locus regit actum* constituye una ley aparte que no puede clasificarse en los estatutos personales ni entre los estatutos reales; es un estatuto particular que debe interpretarse de un modo diferente, según la diversidad de las actas (t. 1, núms. 99-104).

59. Supongamos que unas convenciones matrimoniales

1 Berlier, *Exposición de motivos*, núm. 8 (Locré, t. VI, pág. 390). Siméon, *Discursos*, núm. 15 (Locré, t. VI, pág. 461).

2 Casación, 11 de Julio de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 9).

3 Montpellier, 25 de Abril de 1844 (Dalloz, 1845, 2, 36). Aubry y Rau, tomo V, pág. 252 y nota 2, pfo. 503 bis.

## DISPOSICIONES GENERALES.

87

fueron redactadas después de la celebración del matrimonio. ¿Serán éstas nulas? La nulidad no es muy dudosa; es verdad que la ley no la pronuncia, pero los motivos que hicieron establecer la prohibición del art. 1,394 son de tal gravedad, que debe admitirse la nulidad virtual fundada en la intención evidente del legislador. (1) Creemos que debe irse más allá y declarar inexistentes las convenciones posteriores al matrimonio. En efecto, la época en la que debe redactarse una acta se relaciona con su forma; luego con la solemnidad en los contratos solemnes, lo que decide la cuestión. Esto se funda también en la razón; la ley supone que el consentimiento no existiría si fuera dado después del matrimonio; habría consentimiento aparente; en realidad, uno de los esposos cuando menos haría lo que no quiere hacer; luego no hay consentimiento ni contrato.

60. Las consecuencias del principio son las que hemos deducido varias veces. Se lee en una excelente obra, que la nulidad del contrato de matrimonio resultando de que fué redactado posteriormente al matrimonio no puede, durante éste último, ser cubierta con ninguna confirmación expresa ni tácita. A decir verdad, no puede tratarse de confirmación. El contrato es inexistente, y como tal, no puede ser confirmado. Cuando la celebración del matrimonio, no había contrato; luego los esposos se han casado bajo el régimen de la comunidad legal; el acta redactada posteriormente al matrimonio vendría, pues, á cambiar la convención tácita consentida por los esposos al casarse; y las convenciones matrimoniales, expresas ó tácitas, son inmutables, como lo diremos más adelante. Luego la pretendida confirmación no se concibe, puesto que sería una convención matrimonial hecha durante el matrimonio, lo que la ley prohíbe. Los señores Aubry y Rau agregan que después de la disolución del matrimonio nada se opone á la confirmación del contrato re-

1 Véase el tomo I de mis *Principios*, págs. 103 y 105, núms. 67 y 68.

dactado durante el mismo; concluyen de esto que á contar desde la muerte de uno de los esposos, la acción de nulidad prescribe en diez años. Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. (1) Creemos que el principio y la consecuencia están en oposición con la misma noción de la confirmación. Esta supone que hay un vicio y una acción de nulidad que de él resulta; luego un contrato que es preciso atacar porque tiene una existencia legal. Todas estas condiciones faltan en el caso: no hay contrato de matrimonio, hay el régimen de la comunidad legal que han adoptado los esposos al casarse sin hacer contrato. El pretendido contrato que han redactado los esposos durante el matrimonio no tiene existencia legal; si se quiere llamar esto un vicio, es un vicio irreparable; no hay, pues, lugar á una acción de nulidad; ni siquiera se concibe que se pida la nulidad de la nada. Tampoco se concibe la confirmación del pretendido contrato hecho durante el matrimonio, si se consideran los efectos de la confirmación. Esta retrotrae en el sentido de que el contrato confirmado está considerado como habiendo sido válido siempre. Si, pues, se admitiera la confirmación del contrato pasado después de la celebración del matrimonio, habría un contrato válido redactado después del casamiento, y este contrato derogaríá á la comunidad legal que los esposos han consentido al casarse sin contrato. Tantas suposiciones cuantas herejías. Lo que se llama una confirmación del contrato de matrimonio es, en realidad, una nueva convención que las partes interesadas pueden hacer como les convenga, puesto que se trata de intereses puramente privados. Resulta de esto que no puede ser cuestión de la prescripción de diez años, que no es otra cosa sino una confirmación tácita.

61. Se pregunta si se puede prevalecerse de la nulidad de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 253 y nota 4, pfo. 503 bis. Denegada, 31 de Enero de 1833 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 310).



DISPOSICIONES GENERALES.

89

de las convenciones matrimoniales redactadas durante el matrimonio, y se contesta que la nulidad puede ser opuesta por cualquiera parte interesada. (1) En nuestra opinión, la cuestión debe ser propuesta de otra manera, bien que se llegue á la misma conclusión. El contrato es más que nulo, es inexistente; y cualquiera persona interesada puede siempre pedir que un contrato que no tiene existencia legal, sea declarado inexistente, ni siquiera se necesita promover en justicia; se puede, en toda época, oponer la inexistencia del acta por vía de excepción. (2)

62. Las graves consecuencias que proceden de la inexistencia del contrato redactado posteriormente á la celebración del matrimonio, dan interés á la cuestión de saber cómo puede probarse que el contrato ha sido redactado después del matrimonio. Para que la dificultad se presente, es necesario suponer que las convenciones matrimoniales han sido redactadas el día de la celebración del matrimonio; desde que hay un intervalo entre las dos actas, la fecha está establecida por las actas, las que, auténticas una y otra, hacen fe por su fecha hasta inscripción por falsedad. No se pudiera, pues, probar sino inscribiéndose por falsedad, que un contrato de matrimonio con fecha anterior á la celebración del casamiento, fué redactado posteriormente. Pero si ambas actas son de misma fecha, es inseguro que el contrato de matrimonio haya sido redactado antes del matrimonio. La dificultad está en saber cómo se hará la prueba. Si el contrato no contiene ninguna indicación á este respecto, las partes interesadas serán admitidas á probar por testigos el momento de la redacción, pues este es un hecho material que por sí no produce ninguna consecuencia jurídica, y los hechos materiales se prueban por tes-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 253, pfo. 503 bis (4.ª edición).

2 Compárese Denegada, Sala Civil, 18 de Agosto de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 312).

tigos. Pero ordinariamente el contrato de matrimonio califica á las partes de futuros esposos, y el notario declara en él que es en vista del matrimonio que éstas se proponen contraer, como hacen estipulaciones matrimoniales. ¿Deberá uno inscribirse por falsedad contra estas menciones, ó es admisible la prueba testimonial? La cuestión ha sido decidida en este último sentido por la Corte de Casación; creemos que sentenció bien, pero importa precisar los verdaderos motivos de la decisión. En el caso, el acta de celebración de matrimonio había sido redactada á las ocho de la mañana. El mismo día se hizo un contrato de matrimonio ante notario: los contrayentes están en él varias veces calificados de futuros esposos; el acta dice que en vista del matrimonio propuesto, las partes han fijado las convenciones civiles como sigue: adoptan el régimen dotal, y la futura se constituye una dote. Este contrato fué atacado después de la muerte de la esposa por haber sido hecho después de la celebración del matrimonio. El proceso versó acerca de la cuestión de saber si la prueba testimonial era admitida ó si había que inscribirse por falsedad.

Para decidir la dificultad es necesario, ante todo, determinar el carácter de las menciones de las que se inducía que el contrato había sido hecho antes de la celebración del matrimonio. ¿Era esto la obra del notario, ó el oficial público solo había hecho constar las declaraciones de las partes? La redacción del acta es seguramente obra del notario, puesto que él la hace; en cuanto á las partes, se limitan en un contrato de matrimonio á dar á conocer al notario las convenciones que pretenden hacer relativas á sus bienes; no están obligadas á declarar si están ó nó casadas; el notario supone naturalmente que no lo están, puesto que las convenciones matrimoniales deben preceder al matrimonio; es en esta suposición como los califica de futuros esposos y que habla de la unión que se proponen contraer. Así, la mención de don-

## DISPOSICIONES GENERALES.

91

de se quería inducir que el contrato de matrimonio había sido recibido antes del matrimonio, era obra del notario. Esto decidía la cuestión. El notario solo puede hacer constar los hechos que tiene misión de comprobar; y la ley no le encarga de comprobar si el matrimonio ha sido ó nó celebrado; luego todas las menciones que tuvieran por objeto establecer este hecho, son extrañas al acta; por consiguiente, no hacen ninguna fe, ni siquiera la fe de un testimonio. Esto es la aplicación de los principios generales que rigen la fuerza probante del acta auténtica (t. XIX, núm. 132). La consecuencia es que no se debe inscribirse por falsedad contra el acta y que la prueba testimonial es admisible.

La Corte de Riom y la Corte de Casación se han colocado en otro terreno. Estas consideran las menciones relativas al futuro matrimonio como enunciaciones extrañas á la disposición, y no haciendo fe con este título, sino como principio de prueba por escrito; luego no haciendo fe hasta inscripción por falsedad. Esto nos parece exacto. Las enunciaciones de que habla el art. 1,320 son declaraciones procedentes de las partes de las que el notario redacta el acta, mientras que suponemos que las menciones proceden del notario.

Se pretendía prevalecerse además, en este debate, del artículo 1,341 que desecha toda prueba por testigos contra y además de lo contenido en las actas. Nos parece que esta disposición es extraña á la cuestión. Ella supone que las partes quieren prevalecerse de lo que hubiera sido convenido cuando la redacción del acta sin que constara en ésta; se trata, pues, de cláusulas del contrato, mientras que el hecho litigioso nada tenía de común con las convenciones matrimoniales; no se podía, pues, decir que las partes que pedían probar la anterioridad del matrimonio querían probar contra el contenido del acta. (1)

1 Riom, 11 de Enero de 1837, y Denegada, Sala Civil, 18 de Agosto de 1840

63. El principio que el contrato de matrimonio posterior al casamiento es inexistente, no debe ser entendido en este sentido que el acta conteniendo las convenciones matrimoniales es igualmente inexistente. No deben confundirse las convenciones con el escrito en que éstas constan. El escrito puede ser válido en la forma, aunque la convención que relata sea nula ó inexistente. Y si el acta como tal, es válida, resulta que las convenciones extrañas al matrimonio son también válidas; para decir mejor, el acta probará la existencia de estas convenciones, si son contratos no solemnes, como una venta ó un arrendamiento. Debe decirse más: las donaciones que hiciera un tercero en esta acta á los esposos, serían válidas si las formas requeridas para las donaciones habían sido observadas. En efecto, las donaciones hechas por terceros pueden ser recibidas por acta auténtica ordinaria, y suponemos que el acta vale como auténtica; suponemos también que la donación fué aceptada, pues el acta siendo inexistente como contrato de matrimonio, el donatario no podría invocar el art. 1,087 que dispensa de la aceptación expresa á las donaciones hechas por contrato de matrimonio. En cuanto á las donaciones que solo pueden hacerse por contrato de matrimonio, como la institución contractual, se entiende que caerían con el contrato, fuera del cual no tienen existencia legal. (1)

Ha sido resuelto que el contrato de matrimonio aunque nulo por haber sido redactado después del casamiento, hacía no obstante prueba por lo que los esposos aportan. En el caso, el contrato había sido redactado cinco días después del matrimonio; la Corte nota esta circunstancia, y después decide que el acta solo puede valer como constancia de los hechos que relata, particularmente por la cantidad de

(Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 312). En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. V, pág. 252 y nota 3; Troplong, t. I, pág. 108, núm. 177.

1 Denegada, Sala Civil, 11 de Noviembre de 1828 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 306). Aubry y Rau, t. V, págs. 253 y siguientes, y nota 5, pfo. 503;bis (4.ª edición).

DISPOSICIONES GENERALES.

93

100,000 francos aportada por la esposa. (1) La decisión es muy jurídica. En principio, el acta notariada que suponemos válida como tal, hace prueba á título de acta auténtica por los hechos que en ella constan, solo que las convenciones matrimoniales son inexistentes. Lo aportado no es una convención matrimonial propiamente dicha, concierne al monto de la dote ó de los bienes de la mujer; en el acta consta, pues, ó una liberalidad, lo que entra en la hipótesis que acabamos de examinar, ó los bienes que la mujer poseía al casarse, lo que puede hacerse por ata auténtica, independientemente de las convenciones matrimoniales. Esto es el derecho común, pero la prueba que resulta de una acta es una cuestión de interpretación; luego los hechos y circunstancias de la causa deben tomarse en consideración. Si el escrito era posterior de varios años á la celebración del casamiento, la constancia de lo aportado se haría sospechosa, y por consiguiente, los jueces pudieran no admitir el acta como prueba de ello. Quedaría probado hasta inscripción por falsedad que la mujer declara aportar tal cantidad, pero la verdad de esta declaración pudiendo ser combatida por la prueba contraria, quedaría el juez en definitiva, libre para admitir lo aportado ó desecharlo.

§ IV.—DE LA IRREVOCABILIDAD DE LAS CONVENCIONES  
MATRIMONIALES.

*Núm. 1. Nulidad de los cambios.*

64. Según los términos del art. 1,395, las convenciones matrimoniales no pueden recibir ningún cambio después de la celebración del matrimonio. Esta disposición deroga al derecho común; aunque las convenciones sirvan como leyes para las partes, éstas pueden revocarlas de mútuo consen-

1 Riom, 24 de Agosto de 1846 (Daloz, 1847, 4, 110). Aubry y Rau, t. V, pág. 254, pfo. 503 bis.

timiento (art. 1,134). ¿Por qué no permite el Código á los esposos retirar su consentimiento? Hemos dado las razones por las que las convenciones matrimoniales no pueden ser redactadas durante el matrimonio; estas mismas razones se oponen á que el contrato hecho antes del matrimonio pueda cambiarse después de él. En efecto, todo cambio á una convención matrimonial es en sí una convención matrimonial; no puede, pues, haber cambio otro que la primera convención. (1)

65. El art. 1,395 contiene una prohibición sin sancionarla con la pena de nulidad. Excepto el disentiendo de Toullier, todos los autores están acordes en enseñar que los cambios que hicieran los esposos á sus convenciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio, son nulos. Creemos inútil discutir la opinión de Toullier; se sabe que su tratado *Del Contrato de Matrimonio*, obra de su vejez, está lleno de errores ó de paradojas: ¿qué utilidad pudiera tener el combatir, después de tantas otras opiniones que nunca encontraron eco en la doctrina ni en la jurisprudencia? (2)

Los autores no se explican acerca del punto de saber si los cambios son nulos ó inexistentes. Si se admite la opinión que hemos enseñado acerca de las convenciones matrimoniales, redactadas después de la celebración del matrimonio, debe admitirse que los cambios no tienen existencia legal, porque constituyen una convención matrimonial; los motivos para decidir son idénticos. Si los autores del Código quieren que el contrato sea inmutable, ya que el matrimonio está celebrado, es porque el consentimiento dado por los esposos sería viciado en substancia, su voluntad no siendo libre. Es verdad que la violencia solo vicia el contrato, sin hacerlo inexistente; pero, en el caso, no hay violencia

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 17, núm. 11 bis XI.

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 26, núms. 24-41. En sentido contrario, Demante, en la *Themis*, t. VIII, pág. 229. Durantou, t. XIV, pág. 31; núm. 38 y todos los autores.

## DISPOSICIONES GENERALES.

95

propiamente dicha, la influencia de uno de los esposos en el otro, puede ser tal, que haya ausencia de consentimiento, lo que arrastra la inexistencia del acta (núm. 59).

66. El art. 1,395 habla de las *convenciones* matrimoniales. ¿Debe concluirse de esto que el principio de la inmutabilidad solo se aplica al contrato de matrimonio redactado por acta notariada? Nó, seguramente; los esposos que se casan sin contrato, hacen también convenciones matrimoniales; lo que la ley llama comunidad *legal*, no es otra cosa sino un régimen tácitamente convenido por los esposos. El texto del art. 1,395 recibe, pues, su aplicación: hay convenciones matrimoniales, por consiguiente, éstas no pueden ser cambiadas. En cuanto al espíritu de la ley, no es dudoso. La comunidad legal que existe á falta de contrato, es el régimen de derecho común; debe de quedar al abrigo de todo cambio, tanto como el régimen que los esposos hubiesen estipulado por acta notariada. Lo dice el Código implícitamente en el art. 1,404, como lo explicaremos más adelante. Esta es la tradición, y la cosa no es dudosa. (1)

67. El principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales significa: que los esposos no pueden por ninguna acta derogarlo, cualquiera que sea esta acta. Fué sentenciado que un testamento no puede derogar á un contrato de matrimonio. Esta decisión, aunque el art. 1,395 esté en ella apuntado, es menos que una aplicación del principio de la irrevocabilidad, que una consecuencia de los derechos adquiridos en virtud del contrato de matrimonio. El contrato estipulaba que la comunidad no tendría lugar sino entre los esposos y los hijos que nacieran de su matrimonio; los esposos declaraban terminantemente excluirla para con los herederos colaterales. Ningún hijo nació del matrimonio; la mujer murió dejando un testamento por el que legaba sus propios y su parte en las gananciales á sus

1 Pothier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núm. 18.

herederos, y los llamaba en consecuencia, á la partición de la comunidad. Esto era atacar un derecho adquirido por el marido y sus herederos; como lo dice la Corte de Casación, disponiendo de las gananciales, la mujer disponía realmente de la cosa agena. La Corte dice también que la sentencia atacada había hecho una justa aplicación del artículo 1,395. (1) Nos parece que este artículo estaba fuera de causa; supone una nueva convención que deroga la primera; y no había ninguna nueva convención; luego no había contra-letra propiamente dicha.

68. Se sentenció que las convenciones que derogan al contrato de matrimonio, pueden ser ratificadas; es decir, confirmadas después de la disolución del matrimonio, por la ejecución que se les da. (2) Esto supone que las convenciones derogatorias son solo nulas; es decir, que dan lugar á una acción por nulidad, á la que las partes interesadas pueden renunciar confirmando el acta. Si se admite, como lo hemos dicho (núm. 65), que las convenciones posteriores al matrimonio son inexistentes, ya no puede ser cuestión de confirmarlas; todo lo que pueden hacer las partes es arreglar sus intereses conforme á sus convenciones. Esto no será una confirmación, será un nuevo contrato. Trínladamos á lo que se dijo acerca del contrato que los esposos hicieron después de la celebración del matrimonio (núm. 60).

### *Núm. 2. ¿Cuándo hay cambio?*

69. La ley prohíbe redactar el contrato de matrimonio después de la celebración del casamiento, y por consiguiente, prohíbe todo cambio que pudiera hacérsele después de celebrado el matrimonio (arts. 1,394 y 1,395); se sigue de

1 Denegada, 27 de Mayo de 1827 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 344).

2 Metz, 26 de Noviembre de 1823 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 387).



esto que toda convención relativa á los derechos matrimoniales, hecha durante el matrimonio, es inexistente, ya sea como nueva convención, ya como convención derogatoria al contrato hecho antes de casarse. Acerca de las nuevas convenciones no hay ningnna duda; pero hay numerosas objeciones acerca de los cambios. Cualquier cambio implica una derogación, ya sea porque se agregue, ya porque se quite, ó porque se modifique el contrato preexistente. Para que haya cambio es, pues, preciso que la nueva convención y la primera no puedan coexistir. No es necesario que la derogación sea directa; cuando la ley prohíbe hacer una convención directamente, prohíbe por esto mismo hacerla indirectamente. Esto es el derecho común, y el Código hace aplicación de él en el art. 1,404 que explicaremos más adelante. (1)

70. Pothier dice que las convenciones que solo fueron explicativas del contrato de matrimonio, y que no enerrasen nada nuevo, serían válidas. Es de la esencia de la interpretación el no contener nada nuevo, ni nada contrario á la convención interpretada; sí, pues, el acta interpretativa, no traspasa los límites de la interpretación, será válida en el sentido que no es contraria al art. 1,395. ¿Quiere decir esto que la convención interpretativa tendrá la misma fuerza que el contrato interpretado? Si se tratase de una convención ordinaria, habría que responder afirmativamente, porque el mútuo consentimiento de las partes contrayentes basta para revocar la convención como para formarla. No sucede así con los contratos solemnes; éstos no tienen existencia legal sino cuando han sido hechos con las solemnidades prescriptas por la ley; es, pues, imposible que una convención interpretativa, redactada durante el matrimonio, tenga el mismo efecto que una convención matrimo-

1 Gante, 27 de Diciembre de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 90).

dial; desde luego no obliga al juez, solo está ligado por el contrato primitivo, anterior al matrimonio; esto es decir que la interpretación aun consentida por ambos esposos, no sería válida como convención matrimonial, solo tendrá una autorización de razón. (1) Es sin duda por este motivo por lo que las partes no hacen convenciones interpretativas; por lo de más, la jurisprudencia no ofrece ejemplo de ellas.

71. La prohibición establecida por los arts. 1,394 y 1,395 se aplica á toda clase de *convenciones matrimoniales*. Hemos dicho ya que no basta para una convención matrimonial que conste en un contrato de matrimonio. Cuando un contrato extraño al matrimonio está redactado en la misma acta que contiene las convenciones matrimoniales hay dos contratos distintos, regidos cada uno por los principios que la ley establece; á las convenciones matrimoniales, se aplican los arts. 1,394 y 1,395, las demás quedan bajo el imperio del derecho común. (2) La Corte de Nimes desconoció esta distinción que resulta de la naturaleza de las cosas. Por contrato de matrimonio, la futura arrienda sus inmuebles á sus padres; posteriormente hace á éstos remesa por el precio del arrendamiento. La Corte sentenció que esta remesa es un cambio á las convenciones matrimoniales, y que, por consiguiente, es nula. (3) ¿Qué tiene de común un arrendamiento con el matrimonio y los derechos de los esposos en cuanto á sus bienes? Sin embargo, la decisión puede ser justa si en virtud del contrato de matrimonio las rentas pertenecían al marido á título de frutos, para ayudarle á soportar los cargos del matrimonio; la noticia nos deja en la incertidumbre acerca de este punto: No dice si se trataba de un bien dotal ó parafernial, ni siquiera bajo qué régimen estaban casados los esposos.

1 Pothier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núm. 13. Marcadé, tomo V, pág. 428, núm. 4 del artículo 1,397. Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 90, núm. 138.

2 Troplong, t. I, pág. 121, núm. 221.

3 Nimes, 7 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1855, 5, 112).

DISPOSICIONES GENERALES.

99

72. ¿Se aplica la prohibición á las donaciones contenidas en el contrato de matrimonio? Las liberalidades son muy usuales en las convenciones matrimoniales, se relacionan directamente con el matrimonio, que tienen por objeto favorecer; son, pues, convenciones matrimoniales en el sentido de los arts. 1,394 y 1,395. Pothier cita como ejemplo de las convenciones que ordinariamente se encuentran en un contrato de matrimonio, á las instituciones contractuales; en seguida dice tratando de los caracteres propios á las convenciones matrimoniales, que no se permite á las partes derogarlas en nada, una vez celebrado el matrimonio, y comprende en esta regla á las donaciones contenidas en el contrato. (1) La Corte de Casación ha sentenciado, en consecuencia, que la convención por la que el marido consiente que la donación que se le hace por plena propiedad por su mujer en el caso que ésta se muera, se reduzca al usufructo de los bienes donados, es un cambio á las convenciones matrimoniales, y como tal, herido de nulidad. (2) Se sostenía que el art. 1,394 solo se aplicaba á las convenciones matrimoniales propiamente dichas, y no á las donaciones por contrato de matrimonio. La Corte contesta que la ley es absoluta y no distingue. En el caso, no podía haber duda, puesto que el contrato decía que los futuros esposos hacían del donativo litigioso una disposición contractual, una disposición de su matrimonio destinada á estrechar los lazos de su comunidad legal. Tal es, expreso ó nó, el carácter de todas las liberalidades que se hacen por contrato de matrimonio.

73. ¿Se aplica la prohibición á las convenciones que los esposos hacen con los terceros? Sí, cuando estas convenciones derogan á una convención matrimonial. En efecto, la ley no distingue y no hay lugar á distinguir. No hay nin-

1 Pothier, *Introducción al Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 2 y 18.

2 Denegada, 9 de Noviembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 324).

guna duda cuando el tercero ha sido parte en el matrimonio y que la cláusula en que figura es la que se encuentra modificada ó derogada por la nueva convención. Por ejemplo, dice Toullier, si el marido á quien su padre ó un extraño hubiera prometido una dote se comprometía á no exigir esta suma, esto es una derogación á una convención matrimonial, porque es seguro que las liberalidades contraídas en el contrato de matrimonio son la ley bajo la que la unión fué contraída. (1) Dirémos más adelante cuál es el efecto de las convenciones que los esposos hacen con los terceros que no han sido partes en el contrato de matrimonio.

Por ahora basta hacer constar que el principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales no impide que los esposos contraten con los terceros á título oneroso ó gratuito. La irrevocabilidad de lo que fué convenido por contrato de matrimonio no es la incapacidad para contraer, dejando esas convenciones intactas. Si no se llegaría á inmovilizar la condición de bienes tal cual existen cuando la celebración del matrimonio: Los esposos no podrían vender, arrendar, ni hacer ninguna especie de convención relativa á sus bienes, porque toda nueva convención traería una innovación al estado de cosas que existía cuando el contrato de matrimonio. La Corte de Bruselas lo sentenció así en principio, y la cosa no es dudosa. (2)

74. ¿Se opone el principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales á que hagan nuevas donaciones á los esposos? Nó, seguramente; los esposos pueden adquirir á título gratuito y á título oneroso; estas nuevas adquisiciones son un aumento de fortuna, pero no modifican las convenciones matrimoniales. Si los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad, la asociación conyugal se enriquecerá más rica, ya en capital, ya en productos, pero na-

1 Toullier, t. VI, pág. 54, núm. 62. Aubry y Rau, t. V, pág. 255, nota 12.  
2 Bruselas, 9 de Marzo de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 186).

da habrá cambiado en el régimen. Así sucedería aunque la nueva donación fuese hecha por aquellos que han dotado á los esposos por contrato matrimonial. Cuando la fortuna de los padres aumenta, dan una dote más considerable á sus hijos que se casan desde que se han vuelto más ricos; la equidad quiere, en este caso, que la igualdad se restablezca entre los hijos casados anteriormente y los recién casados, lo que se hace por un aumento de la dote señalada á los primeros. Esta liberalidad no deroga á la que el donante ha hecho ya; ésta queda entera, no se la toca, no hay, pues, cambio traído á una convención matrimonial. (1) La jurisprudencia está en este sentido. Por contrato de matrimonio, el futuro reconoce haber recibido 30,000 libras monto de lo que aporta su futura esposa. Una acta notariada redactada durante el matrimonio, hace constar que la madre política ha pagado al marido desde su casamiento una suma de 50,000 libras en dinero; la madre declara haber hecho donación de esta suma á su hija. Habiéndose abierto una orden contra los bienes del marido, la mujer pidió que se la colocara por una suma de 80,000 francos. El marido opuso que el acta teniendo recibo de 50,000 francos era una contraletra y nula como tal. Esta pretensión admitida por la Corte de Apelación, fué desechado por la Corte de Casación; esto era un aumento de dote que no traía ningún cambio á las convenciones matrimoniales. (2)

La Corte de Casación ha hecho aplicación del mismo principio en un caso que presentaba alguna duda. El padre del futuro le había hecho donación por 250,000 francos por contrato de matrimonio, á título de anticipo de herencia, y con la estipulación del derecho de devolución en el caso que el donante y sus hijos murieran antes que él. Más tarde el

1 Duranton, t. XIV, pág. 81, núm. 72.

2 Casación, 1.º de Junio de 1814 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 350). Compárese Burdeos, 30 de Mayo de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 188).

padre y la madre hicieron el reparto de sus bienes entre sus hijos mediante donación entre vivos; el donatario que había recibido 15,000 francos de la dote, devolvió 5,000 á la sucesión y los 10,000 restantes formaron su dote con unos inmuebles. ¿Resultaba por el acta de partición la renuncia del padre á la cláusula de devolución? ¿Y esta renuncia era válida? La Corte de Casación decidió ambas cuestiones afirmativamente, casando la sentencia de la Corte de Montpellier que había mantenido la cláusula de devolución por aplicación de los arts. 1,394 y 1,395. No había cambio á las convenciones matrimoniales, dice la Corte, porque el reparto-donación, lejos de atacar la liberalidad hecha al hijo, la realizaba por una relación seguida de la atribución definitiva de una parte más extensa en la herencia. Hay otro motivo para decidir, que nos parece perentorio. Renunciar al derecho de devolución, es hacer irrevocable una liberalidad sujeta á resolución; esto es, pues, un aumento de dote, lo que no constituye un cambio á las convenciones matrimoniales. (1)

Si el donante puede aumentar la liberalidad que consta en el contrato de matrimonio sin violar el principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales, con más razón podrá conceder garantías para el pago de la dote. La Corte de Paris lo resolvió así en un caso en el que el contrato de matrimonio decía que los padres no podían estar obligados á ministrar ninguna garantía ó hipoteca para seguridad de la dote. Una hipoteca fué no obstante consentida; el marido se presentó á la orden para la dote de su mujer; los acreedores opusieron el contrato de matrimonio y el principio de la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales. La Corte de Paris contestó que la hipoteca no traía ningún cambio al contrato de matrimonio; todo lo que

1 Casación, 19 de Enero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 354).

resulta de la cláusula invocada por los acreedores, es que los padres no podían estar obligados á conceder hipoteca pero quedaban libres para hacerlo; esto era un aumento de dote, lo que no atacaba de ningún modo la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales. (1)

75. Las liberalidades que un tercero hace á los esposos durante su matrimonio levantan otra dificultad. ¿Queda ligado el donante por el contrato de matrimonio ó puede derogarlo? En principio, debe contestarse que el donante está libre para hacer la liberalidad bajo la condición que quiera; este es el derecho del propietario que dispone de su cosa como le conviene; no se le puede oponer el contrato de matrimonio, es para él *res inter alios acta*. Se dirá en vano que los terceros pueden prevalecerse de las convenciones matrimoniales y que, por consiguiente, deben tener el derecho de prevalecerse de ellas contra ellos. Esto es verdad para los terceros que, con calidad de acreedores, reclaman un derecho sobre los bienes de sus deudores; sus derechos contra el marido ó contra la mujer están determinados por el contrato de matrimonio y se puede oponérseles. Pero el donante no reclama ningún derecho en los bienes de los esposos, aumenta su patrimonio; y puede gratificar á quien quiera bajo las condiciones que le agraden. (2) El Código consagra estos principios. Según los términos del art. 1,401, los muebles que tocan á los esposos por donación entran en el activo de la comunidad legal, pero la ley permite al donante “expresar lo contrario.” Esta le permite, pues, el dar sin quedar ligado por el contrato de matrimonio tácito que los esposos hicieron al casarse sin contrato. (3)

La jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina. Ha sido resuelto que el donante ó el testador pueden no solo de-

1 Paris, 15 de Julio de 1825, (Dalloz en la palabra *Contrato de matrimonio* núm. 352). Compárese Burdeos, 29 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 111).

2 Troplong, t. I, pág. 74, núms. 68 y 69, y pág. 122, núms. 224-226.

3 Compárese el tomo XI de mis *Principios*, pág. 660, núm. 447.

clarar que los bienes donados no entrarán en la comunidad, sino también que los productos serán percibidos por la mujer con recibos suyos, y sin el concurso de su marido. (1) Cuando la mujer está casada bajo el régimen dotal, sus bienes son inenajenables; el donante puede disponer en su favor bajo la condición de que los bienes demandados serán enajenables. Acerca de este último punto hay una sentencia contraria de la Corte de Nimes; ésta se funda sobre el carácter de la dote bajo el régimen dotal; la dote es de orden público, como lo dicen los jurisconsultos romanos: *Interest reipublicae dotes mulierum salvas permanere*. (2) Esta decisión no encontró favor; (3) la Corte ha olvidado que estamos regidos, no por las doce tablas, sino por el Código Civil, y nuestra legislación no admite que la dote sea de derecho público. Si el contrato de matrimonio dice que los inmuebles dotales no podrán ser enajenados sino á condición de pago, el disponente puede dispensar á la mujer del pago de los bienes que le da ó le lega; no está ligado por el contrato de matrimonio. La cuestión, como lo dice la Corte de Rouen, debía, pues, arreglarse en el caso, no por el contrato de matrimonio sino por el testamento. (4)

Decimos que el donante y el testador pueden poner para sus liberalidades las condiciones que quieran; hay una restricción que es natural, y es que la condición debe ser lícita, siendo reputada no escrita cualquiera condición contraria á las leyes. Es conforme á este principio como debe decidirse la cuestión de saber si el que dispone puede legar bienes á una mujer casada bajo el régimen de la comunidad, bajo la condición que estos bienes serán inenajenables. La

1 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 6 de Febrero de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 1, 424), y las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 356, en las que volveremos.

2 Nimes, 18 de Enero de 1830 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 359).

3 Bellot des Minières, t. IV, pág. 40.

4 Rouen, 7 de Febrero de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 358).



DISPOSICIONES GENERALES.

105

Corte de Caen ha decidido que la condición era nula como contraria á la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales: No depende del testador, dice la sentencia, el hacer inenajenables unos bienes que, según el contrato de matrimonio, pueden ser enajenados. (1) La razón no nos parece buena. El testador puede declarar enajenables unos bienes que, según el contrato de matrimonio, debieran ser dotales; es decir, inenajenables; si no está ligado por el régimen dotal, ¿por qué lo había de estar por el régimen de la comunidad? Queda por saber si la condición de inenajenabilidad es lícita; trasladamos á lo que fué dicho en otro lugar, y volveremos á ocuparnos de esto más adelante.

*Núm. 3. Aplicaciones.*

*I. Cambio de régimen.*

76. Que no puedan los esposos cambiar su régimen, esto es evidente: esto no sería cambiar el contrato de matrimonio, sería anularlo. Tampoco puede hacerle cambios parciales. Según el art. 1,581, los esposos casados bajo el régimen dotal, pueden estipular una sociedad de gananciales; pero si se someten al régimen dotal puro y simple, no pueden, durante el matrimonio, agregar una sociedad de gananciales; esto sería modificar profundamente el régimen estipulado por el contrato de matrimonio, y son estos cambios los que la ley prohíbe.

¿Debe concluirse de esto que los esposos dotales no podrían formar una sociedad ordinaria de bienes particulares ó universales? La cuestión está controvertida y hay una duda. Hay que tomar como punto de partida el principio que las convenciones matrimoniales no impiden á los esposos contraer relativamente á sus bienes, excepto que la mujer

1 Caen, 18 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 233).

dotal no puede enajenar sus bienes dotales. Por otro lado, los esposos pueden hacer entre sí las convenciones que juzguen convenientes; solo hay una excepción á este principio, y es que el contrato de venta les está prohibido, menos en los tres casos previstos por la ley en su art. 1,595. De esto sigue que nada impide á los esposos el hacer un contrato de sociedad, aunque fuese universal. Este es el parecer de Duranton; (1) ha sido fuertemente combatido: esto es, dice Troplong, la más radical derogación que pueda imaginarse; es para decirlo así, pasar de un polo al otro, cuando la ley prohíbe cambiar de lugar. (2) Nó, la ley no prohíbe á los esposos cambiar de lugar, esto sería reducirlos al estado de inmuebles; lo que les prohíbe es cambiar sus convenciones matrimoniales. ¿Es que la sociedad que contratan los esposos les impide acaso estar y permanecer separados de bienes? Una cosa es una sociedad de bienes regida por el derecho común, y otra cosa es la comunidad legal ó convencional. Los esposos arreglarán su sociedad según las reglas trazadas en el título *De la Sociedad*, y arreglarán sus derechos de esposos según su contrato de matrimonio.

77. El principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales no solo se opone á un cambio dotal ó parcial del régimen; semejantes convenciones no se hacen á menudo, porque son evidentemente contrarias á la ley. Tampoco está permitido á los esposos derogar al contrato de matrimonio haciendo en un caso particular lo contrario de lo que dice el contrato matrimonial.

Dos esposos casados bajo el régimen de la comunidad, compran un dominio y estipulan que pertenecerá al que sobreviva. Esto es una derogación á la comunidad legal. En efecto, bajo este régimen, las ganancias entran en el activo de la sociedad de bienes y se reparten, por consiguiente,

1 Duranton, t. XVII, núm. 347.

2 Troplong, t. I, pág. 118, núm. 210.

DISPOSICIONES GENERALES.

107

entre el que sobrevive y los herederos del que murió; mientras que según la convención de los esposos, el inmueble no entraba en la masa divisible, lo que despojaba á uno de los esposos ó á sus herederos de un derecho que les aseguraba el contrato de matrimonio. Había violación del contrato; luego nulidad de la convención derogatoria. (1)

El contrato de matrimonio estipula la comunidad de gananciales y determina lo que aportan los esposos, particularmente lo de la mujer, consistiendo en una casa y efectos muebles bastante importantes. Por acta privada, anterior á la celebración del matrimonio, la mujer vende á su marido la casa y los muebles. El acta no tenía fecha cierta; pero cualquiera que fuera la fecha, el acta era nula como cambiando las convenciones matrimoniales. Se objeta que nada se cambiaba á la comunidad de gananciales: que la casa y los muebles fuesen propiedad del marido ó de la mujer poco importaba, puesto que la comunidad aprovechaba los frutos y los productos. La Corte de Casación, y en devolución la Corte de Agen, no han admitido esta doctrina. El régimen no solo concierne al caso de comunidad, los bienes entran en él, pero también los bienes que se excluyen los propios de los esposos. Si el contrato de matrimonio dice que la mujer tiene como propio tal casa y tales muebles, y después la mujer vende estos bienes al marido, resulta que la mujer no aportó ya nada; lo que aportó la mujer se vuelve la parte del marido; hay más que modificación y derogación al contrato de matrimonio, hay intervención y abrogación de la cláusula de lo aportado; luego hay nulidad. (2)

El art. 1,543 contiene una aplicación del principio de la inmutabilidad del régimen dotal. Dice que la dote no puede ser constituida ni siquiera aumentada durante el matri-

1 Lyon, 21 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 223).

2 Casación, 31 de Enero de 1837, y en devolución, Agen, 17 de Agosto de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 405). Troplong, t. I, pág. 127, núm. 242.

monio. Esto quiere decir que el contrato de matrimonio es el que debe determinar cuáles son los bienes dotales; los bienes que no son dotales son parafernales y permanecen tales; luego después de la celebración del matrimonio no puede haber constitución de dote, puesto que esto equivaldría a transformar bienes parafernales en dotales; ni siquiera puede ser aumentada la dote, en este sentido, que un bien que no era dotal en virtud del contrato de matrimonio, no puede volverse dotal por una constitución hecha durante el matrimonio. Pero la dote puede recibir aumento en virtud de las convenciones matrimoniales; si la mujer se constituyó sus bienes porvenir, todos los bienes que vencerán durante el matrimonio a título de donación ó de sucesión, serán marcados de dotalidad. (1) La Corte de Burdeos decidió, por aplicación de estos principios, que si los padres constituyen á su hija una dote mueble sin condición de empleo, la oferta de empleo de los valores dotales que hiciera el marido, no solo no lo ligaría, sino sería radicalmente nula como modificando las convenciones matrimoniales; en efecto, esto sería hacer dotal un bien que no lo es en virtud del contrato de matrimonio. (2)

## *II. Renuncias y remesas.*

78. Los futuros esposos casi siempre se dan ventajas por sus convenciones matrimoniales. Se dice ordinariamente que las liberalidades son una condición y una ley del matrimonio. Bajo el punto de vista de los sentimientos que deben animar á los futuros esposos, esto es decir demasiado; el matrimonio no es una especulación. Pero los intereses pecuniarios se mezclan en él y esta liga puede fortificar la liga de las almas. Estas son, pues, convenciones matrimonia-

1 Troplong, t. I, pág. 119, núm. 213. Aubry y Rau, t. I, pág. 256 y nota 16.

2 Burdeos, 7 de Diciembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 340).

DISPOSICIONES GENERALES.

109

les en el sentido de la ley; por consiguiente, en nada puede cambiárselas durante el matrimonio. Si el contrato asegura á la mujer una ganancia de sobrevivida, la mujer no podrá renunciarlo; esto sería más que cambiar una cláusula del contrato, sería quitarla, y, por consiguiente, anularla. No debe distinguirse si la ventaja tiene por objeto bienes presentes ó futuros; el principio se aplica á todas las ventajas matrimoniales. Hay, sin embargo, una diferencia entre ambas hipótesis, es que la renuncia á una liberalidad que versa sobre bienes futuros está marcada por un doble vicio: es nula como pacto sucesorio, y lo es como cambio á una convención matrimonial, y con este doble título es inexistente. Transladamos á lo que fué dicho acerca de los pactos sucesorios, en el título *De las Obligaciones* (t. XVI, núm. 88). La jurisprudencia está en este sentido, así como la doctrina. (1)

79. Los padres hacen ordinariamente donaciones á sus hijos por contrato de matrimonio; algunas veces las hacen extrañas. Son también convenciones matrimoniales y de ellas puede decirse que son la condición y la ley bajo las que se unen los dos esposos, ó para mejor decir, las dos familias. Están, pues, colocadas bajo la garantía de la inmutabilidad; los esposos no pueden renunciarlas ni alterar sus efectos después del matrimonio; esto sería cambiar las convenciones que la ley y la voluntad de las partes hacen inmutables. Ha sido sentenciado que los hijos donatarios en virtud de institución contractual, no pueden renunciarla en una partición de ascendientes; lo hemos dicho en otro lugar relatando las notables sentencias de la Corte de Casación que así lo han decidido (t. XV, núms. 44 y 45). (2)

80. Por aplicación de este principio, ha sido sentenciado que el marido no puede, durante el matrimonio, reconocer que una dote constituida á plazo no debía producir réditos

1 Tolosa, 15 de Abril de 1842 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio* núm. 334). Aubry y Rau, t. V, pág. 256, y notas 16 y 17, pfo. 593 bis.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 257, nota 22 y las autoridades que citan.

en virtud de la intención de las partes contratantes. Este reconocimiento solo era en apariencia una aplicación del contrato, pero la interpretación modificaba en realidad, una convención matrimonial tácita. Según los términos del artículo 1,348, la dote produce réditos, aunque exista plazo para el pago, si no hay estipulación contraria. En el caso, no había estipulación contraria; luego la constituyente debía los réditos de pleno derecho en virtud de una convención tácita á la que no está permitido á las partes derogar durante el matrimonio. Se objetaba que los intereses de la dote eran debidos al marido para ayudar á soportar los cargos del matrimonio y que éste era libre de renunciar á un derecho establecido en su favor. La Corte de Pau responde que la dote no está únicamente constituida en favor del marido; esto resulta de la misma definición de la dote; es un bien que la mujer aporta al marido para soportar los cargos del matrimonio (art. 1,540); estos cargos conciernen precisamente á la mujer y á los hijos; luego la dote está constituida en favor de la mujer y de los hijos por nacer. Sigue de esto que sería modificar el pacto de familia el renunciar á los derechos que la ley hace correr de pleno derecho por interés de la familia. Por tanto, el reconocimiento litigioso estaba marcado de nulidad radical, ó como lo decimos, era inexistente. (1)

81. Igual decisión de la Corte de Rennes en el caso siguiente. Los padres constituyen una dote de 20,000 francos á su hija; por acta privada el marido declara que renuncia á exigir la dote prometida durante la vida de los constituyentes; después intenta una acción tendiendo á hacerles condenar al pago de los intereses. Se le opone la renuncia que versaba implícitamente en los intereses de la dote. La Corte ha sentenciado que la renuncia traía evidentemente un

1 Pau, 9 de Enero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 366).

cambio á las convenciones matrimoniales, y que siendo este cambio posterior al matrimonio, no podía producir ningún efecto. Esto es la consecuencia de nuestra doctrina; el cambio es inexistente y no resulta de él ninguna liga de derecho. Se objetaba que el marido era el dueño de la dote; habiéndose casado los esposos bajo el régimen de la comunidad legal, el marido no podía disponer del crédito dotal (arts. 1,421 y 1,422). La Corte contesta que si el marido es el dueño de la dote, es en el sentido que pueda ampliarla en interés del matrimonio y de la sociedad conyugal; pero no se le permite romper ó modificar, por convenciones derogatorias, el pacto de familia que la ley declara inmutable (1) Debe irse más allá; el marido puede disipar la dote en locos é inútiles gastos, esto no es cambiar la convención matrimonial; disponer de los bienes matrimoniales, aunque sea abusivamente, es mantener el contrato; mientras que renunciar á la dote ó los intereses es romperlo.

La Corte de Casación ha conservado estos principios declarando que la convención por la que los esposos se comprometían á no exigir la dote durante la vida de los constituyentes, cuando el contrato de matrimonio decía que debía ser pagada antes de la celebración del matrimonio. Lo contrario había sido sentenciado por la Corte de Burdeos; ésta había aplicado el derecho común que permite al acreedor conceder un plazo á su deudor, no quitándole dicho plazo ningún derecho, en el caso, pues no había renuncia de los intereses. La Corte olvidaba que el art. 1,394 deroga al derecho común declarando inmutables las convenciones matrimoniales, mientras que la regla es que las convenciones pueden ser modificadas y aun rompidas por el consentimiento de las partes contratantes. (2) Este rigor está fundado en razón; el acreedor que concede un plazo al deudor arriesga

1 Rennes, 1. ° de Marzo de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 238).

2 Casación, 4 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 465).

que no se lo pague al vencimiento; luego que los esposos aplazan su acción del pago de la dote hasta la muerte de los constituyentes, modifican gravemente la convención matrimonial que les aseguraba el pago antes de la celebración del matrimonio. No debe concluirse de esto que los esposos no pueden hacer ninguna convención relativa á su dote; vamos á ver cuáles convenciones les es permitido hacer sin contra-venir á la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.

*III. Disposiciones que los esposos pueden hacer.*

82. La ley prohíbe á los esposos hacer cambios á sus convenciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio; no prohíbe hacer convenciones que dejen intacto el contrato de matrimonio. Luego todas las convenciones que no atacan á las convenciones matrimoniales son válidas. Tales serían los arreglos de familia que los esposos hicieren con sus padres relativos á la vida común ó separada.

Por contrato de matrimonio los futuros esposos se obligan á vivir en compañía de sus padres y suegros, á entregarles sus trabajos, productos é industria, quedando á cargo de estos últimos alimentarlos y mantener á sus hijos por nacer. Por una convención posterior, el padre y su hijo están mutuamente eximidos de estas obligaciones recíprocas. Fué sentenciado que este arreglo no violaba el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. (1) En realidad, nada era cambiado en el régimen; la vida común no es una convención relativa al matrimonio, es una cuestión de conveniencia, y las partes deben quedar libres para reemplazar la vida común por la vida separada; Troplong dice muy bien que la convención relativa á la vida común es una sociedad ordinaria mezclada á la asociación conyugal, y, sin embargo, distinta é independiente; la sociedad

1 Burdeos, 26 de Julio de 1838. (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 361).



DISPOSICIONES GENERALES.

113

ordinaria ó la vida podía terminar sin que el contrato de matrimonio sufriese ningún cambio. (1)

83. ¿Pueden los esposos disponer de los bienes que les han sido dados por contrato de matrimonio? Se supone que el contrato de matrimonio no prohíbe la disposición de los bienes dotales por interés de la mujer dotal. Así presentada, la cuestión no es realmente una cuestión; los bienes dados entran en el patrimonio propio de los esposos ó en el patrimonio común si hay comunidad; estos bienes quedan en el comercio; luego los esposos donatarios pueden disponer de ellos sin que pueda decirse que resulte un cambio á las convenciones matrimoniales. Ejecutar estas convenciones no es, seguramente, cambiarlas. (2) La jurisprudencia está en este sentido. Unos esposos se dan, por contrato de matrimonio, el usufructo de todos sus bienes en provecho del supérstite. Cuando el matrimonio de sus hijos, la madre renunció á este usufructo en favor de su hijo. Esta renuncia á una ventaja estipulada por el contrato de matrimonio ¿era un cambio á las convenciones matrimoniales? La Corte de Casación contesta que la renuncia es una ejecución del contrato de matrimonio más bien que una convención que la derogue. (3) Esto es muy jurídico, aunque á primera vista la decisión parezca contraria á los principios que hemos asentado en cuanto á las renunciaciones (núm. 78). La renuncia á una ventaja que hacen los cónyuges por contrato de matrimonio es nula, tal es el principio admitido por la doctrina y por la jurisprudencia. En el caso, la madre renunciaba al usufructo estipulado á título de ventaja. ¿Por qué declara la Corte de Casación que esta renuncia es válida? La renuncia es nula cuando contiene la abdicación

1 Trep'long, t. I, pág. 121, núm. 220. Aubry y Rau, t. V, pág. 237, párrafo 503 bis.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 258 y nota 24 (4.ª edición).

3 Denegada, 1.º de Abril de 1812 (Dalloz, en la palabra *Emigrado*, número 186, 4.º)

de un derecho, en cuyo caso abroga una cláusula del contrato de matrimonio. La renuncia que la madre hace de su usufructo en favor de su hijo, es una liberalidad; la madre dispone, pues, de su derecho; y disponer de su derecho no es renunciarlo, es al contrario, ejercerlo, y es permitido á cualquiera persona disponer de un derecho que le pertenece.

Por contrato de matrimonio el futuro da á su esposa un dominio á título de ganancia de supérstite. Cuando el matrimonio de su hijo, el padre le dió la propiedad desnuda de este mismo dominio y la madre renunció al usufructo eventual en cambio del compromiso por parte de su marido de asegurarle una pensión vitalicia de 800 francos. Esta renuncia fué atacada como constituyendo un cambio á las convenciones matrimoniales. La Corte de Agen decidió que la renuncia de la mujer lejos de presentar un cambio á la cláusula de ganancia de supérstite estipulada en su contrato de matrimonio, era al contrario, su ejecución anticipada. Recurso de casación: la Corte se limita á decir que la sentencia atacada ha hecho una justa apreciación de la renuncia litigiosa. Se pretendía que la renuncia contenía un pacto sucesorio; la Corte responde que no siendo la mujer heredera de su marido, no podía decirse que hubiese hecho un tratado acerca de su futura sucesión. (1) Aquí también hay pequeñas diferencias: hay casos en los que la renuncia constituye un pacto sucesorio (núm. 78; y otros casos en que no hay pacto sucesorio; hemos ya examinado esta difícil cuestión.

84. La Corte de Casación ha hecho la aplicación de estos principios en el caso siguiente. Los esposos estaban casados bajo el régimen dotal, con sociedad de gananciales; el contrato atribuía la totalidad de las ganancias al supérstite. Más tarde, hicieron el reparto anticipado entre sus hijos, de

1 Agen, 12 de Mayo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 188), y Denegada, 16 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 304).

## DISPOSICIONES GENERALES.

115

varios inmuebles comprados por ellos. Esta donación fué atacada como una derogación á las convenciones matrimoniales. Se presentaba una primera cuestión: ¿era válida la donación? La ley prohíbe al marido disponer á título gratuito de los inmuebles de la comunidad, pero se admite generalmente que la donación puede hacerse con el concurso de la mujer. Tenemos muchas reservas acerca de este punto. Suponiendo que la donación fuera válida, ¿no sería nula por otro título como cambio llevado á las convenciones matrimoniales? Los esposos dando las gananciales á sus hijos, renunciaban á la ganancia del supérstite estipulada en el contrato. La Corte de Rouen, y en el recurso la de Casación, sentenciaron que el donativo-partición no atacaba la cláusula de la ganancia del supérstite; éste conservaba el derecho de aceptar el conjunto de gananciales que se encontraría á la muerte de su cónyuge; si lo aceptaba, se le consideraba como único donante, el primer fallecido estando reputado como no habiendo tenido nunca derecho en los bienes donados. (1) Debe agregarse para completar los motivos de decidir, que cada esposo tenía el derecho de disponer de las ganancias de supérstite en provecho de sus hijos; esto no es una abdicación, es una disposición como acabamos de decirlo (núm. 83).

85. Acabamos de decir cuáles son las estipulaciones relativas al pago de la dote que constituyen un cambio á las convenciones matrimoniales. Los esposos pueden hacer convenciones relativas al pago de la dote, siempre que no resulte de ellas ninguna modificación al pacto nupcial. Una dote está constituida al futuro esposo por sus padres; los constituyentes se obligan á pagarla en cinco años á contar desde la celebración del matrimonio; se reservan, sin embargo, el derecho de liberarse por anticipación previniendo á su

1 Rouen, 28 de Agosto de 1865, y Denegada, 31 de Julio de 1867 (Dalloz, 1868, 1, 209). Compárese Denegada, 16 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 294).

hijo con tres meses de anticipo. El hijo quebró, y el síndico accionó al padre por pago de la dote de 20,000 francos constituida al quebrado. Este produjo recibos por valor de 16,000 francos que probaban que dicha suma había sido pagada desde la celebración del matrimonio; en cuanto al resto de 4,000 francos, el padre dijo haberlos dado antes del matrimonio. El síndico pidió la nulidad de este pago anticipado como constituyendo una modificación al contrato de matrimonio. El proceso no valía la pena de ser llevado ante la Corte de Casación. El que tiene plazo, debe; luego tiene derecho de pagar antes del vencimiento; el contrato de matrimonio, lejos de derogar en este punto al derecho común, lo consagraba, puesto que el padre se reservaba la facultad de pagar anticipadamente. (1) Y aunque esta reserva no hubiera constado en el contrato, el pago anticipado no podía ser considerado como un cambio, á no ser que el plazo hubiese sido estipulado por interés del acreedor.

¿Puede pagarse la dote en otros valores que los estipulados en el contrato? La afirmativa no es dudosa cuando tal es la intención de las partes contratantes. Constitución de dote de 4,000 francos, pagadera al año sin interés. El mismo día del contrato, el constituyente demitió de su empleo de perceptor de contribuciones en favor de su yerno; esta demisión valuada en 4,000 francos, fué considerada como una compensación de la dote. Más tarde, el yerno reclamó el pago de los 4,000 francos. Fué sentenciado que la demisión era una verdadera dote; que si el contrato mencionaba el valor pecuniario de la demisión, esto era por temor de impedir el nombramiento del futuro. Estos hechos, declarados comprobados por el primer juez, no dejaban ninguna duda. En el recurso, la Corte decidió que la sentencia atacada solo había interpretado la convención. (2)

1 Denegada, 22 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1867, 1, 181).

2 Denegada, 2 de Marzo de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 379).

## DISPOSICIONES GENERALES.

117

La Corte de Casación ha sentenciado, en términos más generales, que no pueden considerarse como cambio á las convenciones matrimoniales un modo de pago de las sumas dotales. En el caso, el contrato estipulaba la comunidad de gananciales, y una dote de 50,000 francos estaba constituida á la futura, pagadera la víspera de su casamiento. Los padres vendieron por acta á su hija, antes del matrimonio, una finca rústica por valor de 90,000 francos imputable hasta suma debida por la dote. Cuando el padre murió, la hija pretendió no haber recibido la dote ofrecida, siendo el inmueble recibido en pago un cambio al contrato, y nulo como tal; consentía además á devolver el inmueble á la sucesión. La Corte de Paris decidió que el marido hecho propietario de la dote, había pagado el precio de la adquisición con el crédito dotal. No se había dado el inmueble en pago, sino que el marido lo había comprado; la dote permanecía fija en dinero, y por consiguiente, la hija debía devolverla.

La sentencia de la Corte de Casación sobrepasa los hechos así apreciados; decide en términos absolutos que un modo de pago otro que el estipulado no es un cambio. (1) Esto es de jurisprudencia. Los padres constituyen á su hijo una pensión anual por contrato de matrimonio. Después de la celebración del matrimonio, el padre promete á su hijo una finca rústica valor de 20,000 francos; la promesa de venta no se realizó, pero se convino que el hijo gozara del inmueble pagando á su padre una pensión anual de 7,000 francos reteniendo la pensión de 2,000 francos estipulada en su provecho. La Corte de Aix juzgó que estas convenciones modificaban solo el modo de pago de las convenciones matrimoniales. (2) Nos queda un escrúpulo, y es el texto. Las estipulaciones relativas á la dote, son seguramente convenciones matrimoniales; si se modifican, por leve que sea la

1 Paris, 27 de Agosto de 1851, y Denegada, 4 de Agosto de 1852 (Daloz, 1852, 1, 193).

2 Aix, 19 de Abril de 1872 (Daloz, 1873, 2, 239).

modificación, ¿no se contraviene al principio de la inmutabilidad? Es verdad que el modo de pago puede ser indiferente, pero puede no serlo; ¿se atenderá uno á los tribunales? Esto sería permitir al juez cambiar las convenciones matrimoniales. La opinión que enunciamos parece rigurosa, y lo es, pero se trata de una disposición de rigor; importa impedir cualquier cambio, por muy poco importante que sea, si no el objeto de la ley no se consigue: se abre una puerta al deseo de cambio natural en el hombre, y se siembra en las familias una semilla de división y de discordia.

86. El contrato de matrimonio contiene algunas veces enunciaciones falsas; hace constar que se aportó una cosa que realmente no se hizo, da recibo de una dote que no fué pagada. ¿Debe aplicarse, en este caso, el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales y mantener las declaraciones hechas en él hasta que las partes interesadas las destruyan por inscripción de falsedad? En nuestro concepto, el art. 1,395 está fuera de causa y se hace mal en invocarlo; no se deroga á una convención por la misma convención. La verdadera cuestión versa en la dificultad de la prueba. ¿Hace fe el acta hasta inscripción por falsedad de lo aportado y del pago de la dote? La negativa es segura; resulta de los principios que rigen la fuerza probante de las actas auténticas. El acta hace fe hasta inscripción por falsedad, por el hecho material de la declaración, y solo prueba hasta prueba contraria la verdad de la declaración. Se puede, pues, sostener sin necesitar inscribirse por falsedad, que lo aportado que consta en el contrato de matrimonio no fué ejecutado, ó que el pago de la dote ha sido ficticio. ¿Cuál es la prueba contraria? Acerca de este punto también se aplican los principios generales. Si se trata de una simulación, las partes contratantes no son admitidas á la prueba por testigos; mientras que los terceros pueden probarlo por todas las vías de derecho. El fraude puede siem-

## DISPOSICIONES GENERALES.

119

pre ser establecido por la prueba testimonial y por presunciones, y todas las partes interesadas pueden probarlo. Transladamos en cuanto á los principios, al título *De las Obligaciones*. La jurisprudencia está en este sentido, aunque la redacción de las sentencias dejen mucho que desear respecto á la precisión y aun á la exactitud. (1)

87. ¿Pueden los esposos, durante el matrimonio, derogar á las disposiciones que el Código contiene acerca del régimen que adoptan expresa ó tácitamente? Hay alguna duda. Según los términos del art. 1,407, "el inmueble adquirido durante el matrimonio, á título de cambio de otro inmueble perteneciente á uno de los dos esposos, no entra en la comunidad y es subrogado en lugar del que fué enajenado excepto el exceso si lo hay." La mujer cambia su propio y declara que el inmueble que recibe en cambio será una ganancial. En nuestro concepto, esto es una derogación á las convenciones matrimoniales y, como tal, marcada de nulidad. La comunidad legal no es otra cosa sino un régimen convenido tácitamente por los futuros esposos; las disposiciones del Código que rigen los efectos de la comunidad son, pues, otros tantos artículos del contrato de matrimonio de los esposos; por lo tanto, son inmutables tanto como si estuvieran escritos en acta notariada.

La doctrina contraria está enseñada por los autores y consagrada por una sentencia de la Corte de Casación. Troplong da en apoyo de la opinión general razones bastante malas. La disposición del art. 1,407, dice, no es de orden público. Nó, seguramente; resulta que los futuros esposos pueden apartarse de ella en su contrato de matrimonio; pero no la han derogado, la han adoptado, al contrario, como cláusula.

1 Véanse, acerca de lo aportado ficticio, Denegada, 31 de Julio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 381); Paria, 14 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 140); Y acerca del pago ficticio de la dote, Denegada, 5 de Enero de 1831 (Dalloz, *ibid.*, núm. 382), y 2 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 5, 208).

las de sus convenciones matrimoniales. La comunidad, continúa Troplong, queda siempre el régimen de los esposos. Contestaremos que no es esta la cuestión; el régimen de la comunidad produce ciertos efectos, es que los propios no entran en comunidad y que los inmuebles recibidos á cambio de un propio se hacen propios. Los esposos derogan á este efecto; modifican, pues, el régimen de la comunidad: ¿lo pueden? Tal es la cuestión, y el art. 1,395 contesta negativamente. Los señores Aubry y Rau presentan el argumento bajo una forma más seria. El art. 1,407, dicen, solo prevee la intención probable de las partes contratantes: los esposos pueden manifestar una intención contraria. Nos parece que la confusión es siempre la misma. Lo que, según el artículo 1,407 es la intención probable de las partes, se hace intención real si ésta no deroga al artículo por su contrato de matrimonio; al no hacer contrato, se apropian esta disposición, y entonces ya no les está permitido abrogarla. (1) Los editores de Zachariæ toman de la jurisprudencia de la Corte de Casación una razón más especiosa.

La mujer común en bienes puede enajenar sin reemplazo sus inmuebles propios con la autorización de su marido; podría, pues, enajenar sin reemplazo el inmueble recibido en cambio de un propio; al renunciar al beneficio del artículo 1,407, la mujer solo declara, cuando el cambio, la voluntad que pudiera legalmente expresar más tarde, enajenando el inmueble que recibe en cambio. (2) Contestaremos con un adagio antiguo que la mujer no hizo lo que tenía el derecho de hacer, y que ha hecho lo que la ley le prohíbe. Hay además una diferencia entre ambas hipótesis. Cuando la mujer enajena un propio sin reemplazo, es que necesita de su dinero, ó lo necesita la comunidad; la operación se ha-

1 Troplong, t. I, pág. 219, núm. 639. Aubry y Rau, t. V, pág. 257 y nota 23, pfo. 503 bis.

2 Denegada, 31 de Julio de 1832 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 805).



DISPOSICIONES GENERALES.

121

ce por interés de la familia. Cuando la mujer renuncia á la subrogación, se vuelve ganancial; el marido puede disponer de él, la mujer no recibe ningún equivalente, solo tiene una acción de devolución cuando la disolución de la comunidad. Es mejor para la mujer tener un propio que un crédito. Por esto es que la ley no le permite transformar en ganancial un bien que, según el contrato de matrimonio, debía ser un propio.

88. Queda una última cuestión acerca de esta materia. El principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales significa que los esposos no pueden, durante el matrimonio, hacer convenciones que deroguen á su contrato de matrimonio. ¿Debe extenderse este principio á las disposiciones testamentarias? Se admite que los esposos pueden renunciar, por testamento y bajo forma de legados, á las donaciones ú otras ventajas que contenga su contrato de matrimonio, y que pueden renunciarlas ya sea en provecho de terceros, ya en favor de uno de ellos. (1) Los legados son actas de disposición: y es de principio que los esposos pueden disponer de los derechos que les da el contrato de matrimonio. Cuando disponen de ellos en provecho de un tercero, por testamento, usan del derecho que les pertenece de enajenar los derechos matrimoniales (núm. 83). La cuestión es más dudosa cuando los esposos disponen el uno en provecho del otro; ¿esta disposición no equivaldrá á una renuncia? Y es de principio que los esposos no puedan renunciar á las ventajas que les hace su contrato de matrimonio (número 78). Debe aplicarse aquí la distinción que hemos hecho al tratar de las renunciaciones de una manera absoluta á un derecho matrimonial, pero pueden disponer de él, pues quien dispone no renuncia. Es preciso añadir una restricción que ya hicimos (núm. 67): la que disponiendo por testamento de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 259, pfo. 503 bis (4.ª ed.)

un derecho contractual, los esposos no pueden atacar los derechos que han adquirido de los terceros en virtud de convenciones matrimoniales; aquí se entra en el derecho común: todo derecho que resulta de un contrato, es irrevocable.

*Núm. 4. De los cambios anteriores al matrimonio.*

89. Los futuros esposos pueden hacer cambios en sus convenciones matrimoniales, antes de la celebración del matrimonio, bajo las condiciones determinadas en los arts. 1,396 y 1,397. Mientras que el matrimonio no se ha celebrado, los futuros esposos pueden hacer tales convenios como los crean convenientes (arts. 1,387 y 1,394); si tienen el derecho de consentir nuevas convenciones, deben tener también el de modificar las que hayan hecho; el principio de la inmutabilidad no se opone, puesto que no se aplica, como lo dice el art. 4,395, sino á los cambios que los esposos quisieran hacer después de la celebración del matrimonio. Es de derecho común que las convenciones puedan ser revocadas por consentimiento mútuo de los que las han consentido; el consentimiento que las ha formado puede también disolverlas; nada es más natural, como lo dicen los jurisconsultos romanos, que disolver una liga de derecho de la misma manera que como se ha formado. El art. 1,395 deroga á este principio; hemos dicho los motivos por los que el legislador prohíbe todas las convenciones matrimoniales durante el matrimonio; estos motivos no existen para las convenciones derogatorias al contrato de matrimonio que las partes quieren hacer antes de la celebración de su enlace; como aún gozan de la plenitud de su libertad, tienen el derecho de hacer lo que ellas quieran.

El Código da el nombre de *cambio* ó de *contraletra* á las convenciones que los futuros esposos hacen antes de la celebración del matrimonio, para añadir nuevas disposiciones en su contrato de matrimonio, ó modificar las que han sido

DISPOSICIONES GENERALES.

123

hechas. Ya hemos encontrado la expresión de *contralettras* en el título *De las Obligaciones*; el art. 1,321 entiende por esto convenciones que derogan á la *letra*; es decir, á la acta patente; convenios derogatorios que están destinados á permanecer en secreto, y que por este motivo se redactan en lo privado. En materia de convenciones matrimoniales, no puede haber contralettras absolutamente secretas, puesto que deben ser redactadas en acta auténtica; tienen, pues, la misma solemnidad que el contrato que derogan. Sin embargo, podría haber clandestinidad, en el sentido de que los futuros esposos no llamarían á la acta derogatoria á los que han sido parte en el acta principal. El legislador ha debido prescribir las condiciones bajo las que las contralettras serían válidas. Son las mismas, ya sea que se trate de contralettras propiamente dichas, ya de cláusulas que no derogan al primer contrato. Le ley desde luego prescribe las condiciones requeridas para que los cambios ó contralettras sean válidas entre las partes (art. 1,396); después añade una condición que debe ser observada para que los cambios ó contralettras tengan efecto con relación á los terceros (art. 1,397).

90. Se sirve uno generalmente, en materia de convenciones matrimoniales, de la palabra *contraletra*, para designar cualquiera especie de cambio. Esto es de tradición. Después de haber atacado las costumbres de París, según las cuales son nulas todas las contralettras hechas fuera de la presencia de los parientes que han asistido al contrato de matrimonio, Pothier agrega: «la costumbre comprende aquí, bajo el término de *contralettras*, no solo las convenciones que derogan y son contrarias á algunas de las que se hicieron en el contrato de matrimonio, sino en general todas las convenciones ó donaciones que no están asentadas en el contrato.» (1)

Acabamos de explicar lo que se entiende por cambio ó convención derogatoria (núms. 69-88); en cuanto á las nue-

1 Pcthier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núm. 13).

vas convenciones, Pothier se expresa de una manera absoluta, diciendo que todas las *convenciones nuevas* son contraletas; debe agregarse una condición y es que tengan una relación con las convenciones sentadas en el contrato de matrimonio; es, pues, necesario que modifiquen la situación y los derechos respectivos de los esposos ó sus relaciones con los terceros. (1) En este sentido las donaciones entre futuros esposos son contraletas; Pothier dice siempre: "las convenciones y donaciones." (2) Esto no es dudoso, pues las convenciones entre futuros esposos, son por naturaleza convenciones matrimoniales; hechas después del contrato de matrimonio, modifican la situación de las partes y sus derechos en sus bienes; desde luego caen bajo la aplicación de los arts. 1,396 y 1,397. Lo mismo sucedería con las ventas que uno de los futuros esposos hiciera al otro en el intervalo del contrato de matrimonio y la celebración de la unión conyugal, pues la venta modifica el patrimonio de los esposos y, por consiguiente, su situación tal cual la fijó el contrato de matrimonio. El Código considera la venta hecha á un tercero como un cambio al contrato de matrimonio, cuando éste estipula el régimen de la comunidad (art. 1,404); volveremos á hablar de esta disposición.

Lo que decimos de las donaciones que los esposos se hacen en el intervalo del contrato del matrimonio y su celebración, no se aplica á las donaciones que hicieran terceros á los esposos. Las nuevas liberalidades hechas á los esposos no son cambios á las convenciones matrimoniales. Traducamos á lo que se dijo en el núm. 74.

*1. De las condiciones requeridas para la validez de las contraletas entre las partes.*

91. El art. 1,396 quiere que los cambios que se hicieren

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 264 y nota 41, pfo. 503 bis (4.ª ed.)

2 Pothier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núms. 13 y 14. Compárese Troplong, t. I, pág. 127, núms. 240-242.

DISPOSICIONES GENERALES.

125

a las convenciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio, consten por actas hechas en la misma forma que este contrato. ¿Por qué deben ser redactadas las contralettras por acta auténtica? Esta es una consecuencia necesaria de la solemnidad del contrato de matrimonio. «Todas las convenciones matrimoniales, dice el art. 1,394, serán redactadas por acta notariada;» y las contralettras son convenciones matrimoniales, puesto que cambian las convenciones primitivas; luego las contralettras son actas solemnes, tanto como el contrato de matrimonio. Debe, pues, aplicárseles lo que hemos dicho de la solemnidad del contrato primitivo (núms. 43-49).

92. Resulta de esto que las contralettras privadas no tienen existencia legal; son la nada, y la nada no puede producir efecto alguno: estos son los términos del art. 1,131. En los contratos ordinarios, las contralettras ligan á las partes contratantes (art. 1,320), porque el solo consentimiento de las partes basta para formar el contrato cuando éste no es solemne; mientras que en los contratos solemnes, solo existe el consentimiento cuando está manifestado en las formas legales. Cuando estas formas no han sido observadas, no hay consentimiento; luego no hay contrato (t. XV, número 457). (1)

93. El art. 1,396 prescribe una segunda condición para la validez de las contralettras: «Ningún cambio ó contraletra es además válido sin la presencia y el consentimiento simultáneo de todas las personas que han sido partes en el contrato de matrimonio.» Esta disposición es la consecuencia del principio elemental escrito en el art. 1,134: las convenciones no pueden ser revocadas ni modificadas sino por el consentimiento de aquellos que las formaron; luego todos aquellos que han figurado en el contrato deben consentir en las actas destinadas á modificarlo. Hay además una razón

1 Troplong, t. I, pág. 125, núms. 230 y 231.

especial tomada de la naturaleza particular de las convenciones matrimoniales. Estas raramente se hacen únicamente entre los esposos; casi siempre los padres ú otros ascendientes, un tío ó una tía, intervienen para dotar á los futuros esposos; estos terceros se vuelven partes en el contrato en el que prometen; su promesa los liga estrechamente al régimen que los esposos adopten; el donante que constituya bienes en dote á la futura que se casa bajo el régimen dotal, quizá no le hubiera hecho esta liberalidad si hubiera adoptado el régimen comunal. Puede suceder que él haga una liberalidad á la futura en consideración á la liberalidad que le hacen los padres del futuro. Las diversas disposiciones de un contrato de matrimonio dependen, pues, unas de las otras; por lo tanto, todos aquellos que han consentido deben también hacerlo en la contraletra que modifica el contrato.

94. ¿Sería aplicable el art. 1,396 si no hubiera en el contrato otras partes más que los futuros esposos? El texto es general y no distingue; debe, pues, aplicarse á todos los casos, haya ó nó otras partes. Esto no tiene ninguna duda en cuanto á la primera disposición del art. 1,396; la contraletra siendo una convención de matrimonio, debe ser redactada en la forma auténtica, aunque no hubiere otras partes en uno y otro contrato, sino los esposos. En cuanto á la segunda disposición, hay una duda. Tiene su fuente en la costumbre de Paris, la que declaraba nulas las contraletras hechas fuera de la presencia de los padres que asistieron al contrato de matrimonio. Pothier da como razón que habiendo los futuros pretendido ocultar las nuevas convenciones debe creerse que éstas fueron dictadas por la pasión más bien que por motivos justos. Es seguro que la disposición de la costumbre no tenía ya razón de ser cuando solo los esposos figuran en el contrato de matrimonio. ¿Deberá pasar lo mismo bajo el imperio del nuevo derecho que

ha reproducido la costumbre de París extendiéndola á todos aquellos que fueron partes en el contrato? La Corte de Douai ha sentenciado que el art. 1,396 es aplicable, aunque no haya otras partes más que los esposos. (1) Creemos que resolvió bien. El art. 1,396 extendiendo la disposición de la costumbre, le da un sentido diferente. Todas las personas que han sido *partes* en el contrato de matrimonio deben estar presentes en la contraletra y consentir en ella simultáneamente. Este texto comprende seguramente á los esposos; y esto decide la cuestión. Es verdad que ya no existen los mismos motivos de rigor cuando los esposos solos están en causa, pero los motivos no son la ley; son ordinariamente, como en el caso, los intérpretes quienes los imaginan; restringir el texto por los motivos sería, pues, dar á los intérpretes el derecho de modificar la ley.

95. Los que han sido partes en el contrato de matrimonio deben consentir en la contraletra; ¿quién es parte? En primer lugar los esposos, se entiende. Si los esposos son menores, no pueden hacer convenciones matrimoniales sino con la asistencia de aquellos cuyo consentimiento es necesario para la validez de su matrimonio. Los que asisten á los menores son, pues, partes también, pues sin su asistencia, el menor no puede contraer. Lo mismo sucedería con el consejo llamado á asistir al pródigo ó al debil de espíritu, si su asistencia es necesaria por razón de las disposiciones que contiene el contrato de matrimonio. En fin, son *partes* los que hacen liberalidades á los futuros esposos; éstos prometen, son deudores, por consiguiente, partes, en el sentido del art. 1,396; también serían partes si hicieran una promesa cualquiera en favor del matrimonio; por ejemplo, si se hacían caucionantes por la dote, ó si garantizaban el pago por una constitución de hipoteca. (2)

1 Douai, 1.º de Agosto de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 3).

2 Duranton, t. XIV, pág. 57, núm. 56. Rodière y Pont, t. I, pág. 152, número 141.

96. Hay personas que asisten al contrato de matrimonio sin ser partes en él. Tales son los ascendientes y otros parientes que se hallan presentes cuando la redacción de las convenciones matrimoniales y que firman el acta sin hacer en ella estipulaciones ni promesas y sin que asistan á los esposos que suponemos capaces. Su presencia es de pura etiqueta, *honoris causa* como se dice en la escuela. Sucede algunas veces que los notarios dicen en el acta que los ascendientes asistan y autoricen á sus hijos, bien que éstos sean mayores de edad. (1) Esto es una mala expresión que pudiera inducir á error: los mayores de edad no necesitan de la autorización ni de la asistencia de sus ascendientes. Estos solo son partes cuando estipulan ó prometen; y aun así, es menester que estas estipulaciones ó promesas sean relativas á la asociación conyugal. Si unos terceros hacen con los futuros esposos una convención extraña al matrimonio, no serán partes en este contrato. Hay en este caso dos contratos esencialmente distintos, el de matrimonio y el contrato ordinario; se puede ser parte en este sin ser parte en el otro.

¿Qué debe decidirse si se trata del contrato de matrimonio de un hijo de familia de más de veintiún años de edad y de menos de veinticinco? El ascendiente asiste al contrato. ¿Deberá también asistir á la contraletra? La cuestión está controvertida aunque en nuestro concepto no haya ninguna duda. ¿Es el ascendiente parte? Nó, pues el hijo mayor de edad es capaz para hacer un contrato de matrimonio sin la asistencia de sus ascendientes (núm. 22). Luego el ascendiente no es parte como debiendo asistir á su hijo, y suponemos que no hace estipulación ni promesa; desde luego, su presencia es puramente honorífica. Se objeta que el ascendiente tiene un interés en las convenciones ma-

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 46, núm. 51, y los autores citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 260, nota 31, pfo. 503 bis (4.ª edición).



DISPOSICIONES GENERALES.

129

trimoniales, porque puede suceder que consienta al matrimonio por razón del régimen y de las cláusulas que consienten los futuros esposos. Contestamos, y la respuesta es perentoria, que no basta tener *interés* para ser *parte* en un contrato, es necesario *estipular ó prometer*. Además, solo hay una *posibilidad de interés*; el legislador no ha tenido en cuenta esta eventualidad y el intérprete no puede hacer la ley. (1)

Con mayor razón los ascendientes no son partes cuando los hijos han alcanzado la edad en que pueden casarse á pesar de la falta de consentimiento de sus padres. Es verdad que deben aún solicitar sus consejos, pero pueden romper su resistencia haciendo actas respetuosas. En este sentido, los hijos pueden pasarse del consentimiento del ascendiente para el matrimonio. Desde entonces no hay ya motivo para considerar al ascendiente como parte. (2)

97. La ley exige la *presencia* y el *consentimiento simultáneo* de todos los que han sido partes en el contrato de matrimonio. ¿Puede decirse que están *presentes* cuando han sido llamados debidamente y no contestan al llamamiento? Es extraña la cuestión, pues el texto la decide; éste exige la *presencia* y el consentimiento dado, *estando presentes todas las partes*. Si los intérpretes tuvieran más respeto á la ley, ni siquiera hubieran preguntado si el debido llamamiento puede reemplazar la presencia. Hay casos en que el *silencio* equivale á un *consentimiento*, pero, ¿cómo la *no presencia* pudiera equivaler á la *presencia*? Aunque se admitiera que el que fué llamado y no se presente consiente, esto no bastaría, pues la ley no se conforma con el consentimiento, quiere la *presencia* y el consentimiento *simultáneo*.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 20, núm. 12 bis IV. En sentido contrario, Durantón, t. XIV, pág. 58, núm. 57.

2 Troplong, t. I, pág. 126, núm. 239. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, pág. 92, núm. 141. Odier, t. II, pág. 65, núm. 660. Marcadé, t. V, página 428, núm. 4 del artículo 1,396.

¿Por qué exige la ley el consentimiento simultáneo? Esto es una excepción al derecho común. Los que están llamados á consentir pueden hacerlo cuando quieran, sucesiva ó simultáneamente. La ley es más severa para las contraletas. ¿Qué razón hay para ello? Toullier contesta muy bien: «Porque los consentimientos aislados se obtienen más fácilmente. Tal consiente solo y rehusaría si estuviese acompañado ó sostenido por otros. Además, la presencia de todas las partes puede dar lugar á una discusión que dé esclarecimiento: en que no se había pensado.» (1)

98. Se enseña que los que deben asistir á la contraletra pueden hacerse representar por un apoderado; de donde resulta que á todo rigor el mismo mandatario podría representar á todas las partes. (2) Esto nos parece inadmisibile. ¿Por qué quiere la ley la presencia y la simultaneidad del consentimiento? Toullier acaba de decírnoslo. El objeto de la ley no estaría alcanzado si un mandatario reemplazaba á las partes; los cónyuges que quisieren sorprender el consentimiento de las personas que han sido partes, se dirigirían sucesivamente á cada una de ellas y obtendrían fácilmente un poder en favor de un mismo mandatario; se favorecería, pues, la sorpresa y la ausencia de la discusión. ¿Es esto lo que quiso la ley?

99. Se supone que una de las personas que debían asistir á la contraletra no se presenta, ó lo que es lo mismo, no consiente el cambio: ¿Cuál será la consecuencia de esta negación? El art. 1,396 dice que el cambio no es válido; es decir, que no podrá efectuarse. Deben, pues, renunciar á él los esposos, ó es necesario que hagan un contrato de matrimonio sin el concurso de aquel que negó su consentimiento; lo que supone que se trata de una parte que prometió, y no de una parte que asistió á un incapaz; en este último caso

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 45, núm. 50.

2 Duranton, t. XIV, pág. 56, núm. 54. Aubry y Ran, t. V, pág. 261, párrafo 503 bis.

DISPOSICIONES GENERALES.

131

todo cambio y toda convención nueva se harían imposibles.

De esto sigue que si un donante se niega á consentir á la contraletra, los futuros esposos deben hacer otro contrato, si se empeñan en el cambio que quieren hacer á su primitivo contrato. Se enseña, no obstante, que el cambio será válido, pero que la donación caerá. Creemos que esta opinión, sostenida por buenas inteligencias, está contraria á los principios. La ley dice terminantemente que la contraletra no es válida si una de las partes rehusa dar su consentimiento; esto es decir que el cambio es nulo y que subsiste el primer contrato. Las partes solo tienen una vía legal para realizar el cambio, y es hacer un nuevo contrato sin el concurso del donante, renunciando á la liberalidad que había hecho. No puede declararse que una donación queda sin efecto por el solo hecho de haber hecho los esposos un cambio contrario á la ley. La primera acta está conforme á la ley; luego ésta debe mantenerla hasta que esté válidamente substituida por un nuevo contrato. (1)

100. El consentimiento de una de las partes, se hace imposible si ésta muere ó se incapacita. ¿Cuál será, en este caso, la situación de los esposos? Si la parte que muere ha hecho una liberalidad ó una promesa cualquiera, se enseña que la contraletra no podrá hacerse, puesto que el consentimiento exigido por la ley no podía ser otorgado. ¿No es esto demasiado absoluto? ¿No podrán consentir los herederos del donante? Prometemos y estipulamos por nosotros y por nuestros herederos; todos nuestros derechos pueden ser ejercitados por los que nos representan, á no ser que sean legados á la persona; y se trata, en el caso, de intereses pecuniarios que no engendran derechos puramente personales. Si, pues, una de las partes fuera incapacitada, estaría en la imposibilidad para consentir; luego el cambio se haría im-

1 Marcadé, t. V, pág. 432, núm. 5 del artículo 1,396. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 19, núm. 12 bis III. Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 94, núm. 142.

posible. El tutor del incapacitado no podría consentir en su nombre, pues que se trata de una liberalidad, y el tutor no tiene capacidad para intervenir en una donación, ya sea para hacerla, ya para confirmarla. (1)

101. ¿Puede cubrirse por la confirmación la nulidad de la contraletra? Ha sido sentenciado que el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, siendo de interés público, la nulidad que resulta de la inobservación del art. 1,396 es irreparable. (2) En la opinión que hemos enseñado, debe decidirse que hay más que nulidad, que los cambios contrarios á la ley no tienen existencia legal. Esto es seguro cuando la contraletra es privada ó cuando el acta auténtica que la contiene es nula como tal; se aplica entonces el principio que procede de la solemnidad de las convenciones matrimoniales (núm. 44). Lo mismo pasa en el caso del segundo inciso del art. 1,396: todos los que han sido partes en el contrato de matrimonio deben consentir en la contraletra; si uno de ellos no consiente, no hay contraletra, puesto que no hay convención sin consentimiento.

### *II. De las condiciones requeridas para la validez de las contraletras con relación á los terceros.*

102. Cuando las formas y las condiciones prescriptas por el art. 1,396 han sido observadas, las contraletras son válidas entre las partes. Para que tengan efecto con relación á los terceros, es necesaria una condición más: Según los términos del art. 1,397, "todo cambio y contraletra, aun con las formas prescriptas por la ley, serán sin efecto para con los terceros si no han sido redactados en seguida de la minuta del contrato de matrimonio." Esta condición implica otra, y es que la contraletra debe ser recibida por el no-

1 Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 261, pfo. 503. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 21, núm. 12 bis V.

2 Bastia, 16 de Enero de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 58).

## DISPOSICIONES GENERALES.

133

tario que redactó el contrato de matrimonio, ó por el notario que es depositario de la minuta. En efecto, según la ley de 25 ventoso, año XI (art. 20), los notarios no pueden deshacerse de sus minutas; luego solo el que tiene el depósito de la minuta del contrato de matrimonio tiene el derecho de redactar la contraletra en seguida de la minuta. Esta condición solo siendo requerida para la validez de la contraletra para con los terceros, resulta que la contraletra sería válida entre las partes si fuera recibida en la forma auténtica por cualquier notario, depositario ó nó de la minuta.

Para entender el motivo de las condiciones que la ley prescribe en interés de los terceros, debe agregarse que según los términos del art. 1,397 el notario no puede, bajo pena de daños y perjuicios, entregar testimonio ni copias del contrato de matrimonio sin transcribir á su calce los cambios ó contraletra. Las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros en el sentido de que sus derechos contra los esposos dependen del régimen y de las cláusulas que éstos consintieron en su contrato de matrimonio. Los que tratan con los esposos tienen, pues, el mayor interés en conocer sus convenciones matrimoniales; regularmente se hacen presentar el testimonio ó una copia del contrato de matrimonio. Importa, por consiguiente, que esta acta esté completa y que si los esposos han hecho algunos cambios á sus convenciones primitivas, estos cambios estén relatados en ellas. De esto la necesidad de redactar la contraletra al calce de la minuta. Si esta condición no está llenada, la contraletra no tiene efecto para con los terceros; para con ellos no existe, puesto que no la pueden conocer. La contraletra que no está redactada al calce de la minuta, es clandestina en el sentido que, bien que auténtica, permanece ignorada de los terceros, debiendo éstos creer que el testimonio ó copia que se les presenta contiene todas las convenciones matrimoniales de los esposos. Resulta que la contraletra válida entre las partes, será inexis-

tente para con los terceros; sus derechos en el patrimonio de los esposos se regirán por el contrato de matrimonio como si no hubiera contraletra. Esta es la aplicación del principio establecido por el art. 1,320; válidas entre las partes, las contraletas están sin efecto para con los terceros. (1)

103. La Corte de Casación ha hecho una aplicación notable de estos principios en un caso en que la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales se encontraba en conflicto con el principio de la inenajenabilidad del fondo dotal. Los esposos estaban casados bajo el régimen dotal. El marido emprendió especulaciones arriesgadas é hizo malos negocios. Dendur por sumas considerables, no podía encontrar dinero prestado á pesar de la fortuna de su mujer, estando ésta protegida por la dotalidad. Hé aquí el recurso de que se valieron los esposos: casaron á su hija bajo el régimen de la comunidad constituyéndole una dote de 100,000 francos que debía tomarse en una tierra que hacía parte de la dote de la madre y que valía una suma mucho más considerable. Si los esposos hubiesen obrado lealmente, hubieran constituido dicho tierra en dote hasta la suma de 100,000 francos que pretendían dar á su hija; lo sobrante hubiera quedado dotal; luego inenajenable. En estos términos todo hubiera sido legal (art. 1,555), pero el marido hubiera quedado sin crédito. Para eludir el obstáculo de la inenajenabilidad, los constituyentes, de acuerdo con su hija y su yerno, defraudaron la ley dando en apariencia á la hija la totalidad de la tierra sobre la que la dote debía tomarse, amueblándola hasta completar una suma de 250,000 francos; esto permitía al padre pedir prestado á nombre de su yerno. Por actas secretas fué convenido que la dote solo era de 100,000 francos y que lo sobrante se emplearía en pagar las deudas del padre. En apariencia, solo la madre perdía una parte de sus bienes dotales; en realidad, el contrato de matrimonio, como

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 22, núms. 13 y 13 bis I y II.

lo decía el recurso de casación, era una trampa para los terceros. Los recién casados contrajeron deudas considerables; los terceros contrataron en plena confianza en la fe del contrato de matrimonio aparente, pero los esposos á su vez, habiendo hecho malos negocios, uno de los acreedores embargó la tierra que le había sido dada en hipoteca. Entonces intervino la madre sosteniendo que la dote de la hija solo era aparente, que las convenciones matrimoniales solo tenían por objeto quitar á la tierra donada el carácter de dotalidad; pidió la nulidad del contrato como hecho en fraude de sus derechos. Los autores de esta trampa eran nobles. La Corte de Paris admitió el sistema de la demandante; falló en favor de la inenajenabilidad de los bienes dotales; el contrato de matrimonio había hecho un fraude á esta garantía de la mujer dotal; y el fraude arrastra la nulidad del acta fraudulosa, poco importa que esté practicado por medio del contrato de matrimonio ó por otra acta. Sin duda, pero quedaba por saber si los terceros podían ser víctimas de un contrato frauduloso. Para con ellos, solo había una acta válida, el contrato de matrimonio que les daba la plena seguridad y les garantizaba enteramente sus derechos. ¿Qué se les oponía? Una contraletra fraudulosa. ¿Podía esta contraletra serles opuesta? Nó, pues no estaba redactada en la forma prescripta por la ley, ni siquiera era auténtica; luego no existía para con los terceros. La Corte de Casación debía, por consiguiente, hacer prevalecer el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales sobre el principio de la inmutabilidad de la dote. Unos terceros de buena fe contratando bajo garantía de un contrato de matrimonio, no podían ser despojados de su prenda por una acta fraudulosa, sin existencia legal, y por uno de los cómplices del fraude. (1)

1 Casación, 15 de Febrero de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 53). El recurso fué admitido por la Sala de requisiciones sobre el informe de Troplong que se encuen-

104. El art. 1,397 dice que las contralettras no redactadas al calce de la minuta están sin efecto con relación á los terceros. ¿Qué debe entenderse aquí por terceros? El espíritu de la ley da respuesta á la cuestión. Quiere resguardar el interés de aquellos que tratan con los esposos ignorando las contralettras; luego todos estos son terceros; esta ignorancia, se supone, tendría por efecto restringir ó destruir los derechos que deben tener en el patrimonio de los esposos en virtud del contrato de matrimonio; (1) para impedir este fraude, la ley dispone que la contraletra no podrá serles opuesta. Acabamos de dar un ejemplo en el que no hay ninguna duda. Hay aplicaciones acerca de las que existen controversias. El marido cede un crédito dotal; el cesionario promueve contra el constituyente, éste opone una contraletra que relata reducción de la suma prometida por el contrato de matrimonio: ¿puede el cesionario rechazar la contraletra en calidad de tercero? La afirmativa no nos parece dudosa. En efecto, el cesionario quedaría engañado si habiendo comprado en la fe de una acta patente un crédito de 20,000 francos, se le pudiera oponer una contraletra que redujera la dote á 10,000 francos; y el objeto de la ley ha sido precisamente impedir que los terceros fueran lesionados por actas que no pueden conocer y que disminuirían los derechos que tienen en virtud del contrato de matrimonio. (2)

Se pregunta si los acreedores quirografarios de los esposos son terceros. El contrato de matrimonio estipula el régimen de la comunidad. Una contraletra establece la comunidad de gananciales y declara inenajenables los bienes de la mujer. En la fe del contrato, un banquero presta á los esposos una suma de 10,000 francos. Cuando persigue la ex-

tra reproducido en el *Tratado* de este autor acerca del *Contrato de matrimonio*, t. I, pág. 129, núms. 250-262.

1 Aubry y Rau, t. V, págs. 261 y siguientes, pfo. 503 bis. Rodière y Pont dan una definición más restrictiva combatida por Aubry y Rau, nota 36.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 262, nota 31. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, pág. 162.



## DISPOSICIONES GENERALES.

137

propiación, se le opone la contraletra en virtud de la que los bienes de la mujer no pueden ser enajenados: ¿puede rechazarla como tercero? Sí, sin ninguna duda. Es verdad que los acreedores quirografarios no tienen acción en los bienes de su deudor sino en el momento de la promoción, y que deben tomar estos bienes en el estado en que se encuentran. Tal es el sistema del Código Civil; dirémos en el título *De las Hipotecas* que la ley belga hipotecaria lo ha derogado en lo que se refiere á las actas translativas de derechos reales inmobiliarios. En el caso, no se trata de una acta de enajenación hecha por los deudores; se queda bajo el imperio del Código. Pero el principio general se halla modificado por el art. 1,397; el deudor no puede oponer al acreedor una contraletra que modifica su contrato de matrimonio. Tal es también el espíritu de la ley; quiere resguardar los intereses de todos aquellos que tratan con los esposos é impedir que se les engañe con una acta que no pueden conocer; en el espíritu de la ley, la disposición debe aprovechar á los acreedores quirografarios tanto como á los que estipulan un derecho real. (1)

105. El art. 1,397 dice que los notarios no pueden dar ninguna copia del contrato de matrimonio, sin transcribir en seguida la contraletra, “bajo pena de daños y perjuicios para las partes y bajo mayor pena si ha lugar.” La ley no dice que á falta de la transcripción, la contraletra no tendrá efecto para los terceros; en lugar de la nulidad, establece otra sanción, daños y perjuicios, y si hay lugar, penas disciplinarias. ¿Por qué la contraletra, aunque no transcrita, tiene efecto para con los terceros, mientras que no puede serles opuesta cuando no ha sido redactada al calce de la minuta? La ley así lo decide, por aplicación de los principios generales de derecho. Toda acta que hacen las partes de con-

1 Aubry y Rau, t V, pág. 163, nota 38. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, pág. 162.

formidad con la ley, es válida; y es nula cuando las partes omiten una formalidad substancial que ésta prescribe. La redacción de la contraletra, á continuación de la minuta, es una formalidad substancial; si no está llamada, la contraletra debe ser nula; en nuestra opinión, no tiene ninguna existencia legal. Pero cuando las partes se han conformado á la ley, cuando han cuidado á que el notario redacte la contraletra á continuación del contrato de matrimonio, la contraletra debe tener efecto para con los terceros, aunque el notario hubiera descuidado de transcribirla en la copia del contrato; esta transcripción es obra del oficial público, los esposos son extraños á ella; ellos han cumplido con la ley, redactando la contraletra al calce de la minuta; desde luego, su acta debe ser plenamente válida.

Era preciso, sin embargo, una sanción á la disposición de la ley referente á la transcripción de la contraletra. El artículo 1,397 dice que el notario será condenado á los daños y perjuicios hácia las *partes*. ¿Cuáles son estas partes? Aquellas que resulten lesionadas por la falta de la transcripción; es decir, los terceros á los que los esposos pueden oponer la contraletra no transcripta; ésta puede ser perjudicial, en el sentido de que no tendrán en los bienes de los esposos los derechos que debieron tener en virtud del contrato de matrimonio; este perjuicio lo sufren por culpa del notario; éste es responsable como autor del hecho perjudicial. Alguien se prevaleció de la palabra *partes* para inducir que los daños y perjuicios se deben á las *partes contratantes*; es decir, á los esposos, lo que conduce á otra interpretación de la ley; las contraletas no podrían ser opuestas á los terceros, serían, pues, nulas para con ellos, á reserva del recurso de los esposos contra el notario. Esta opinión no ha encontrado eco, crea una nulidad que la ley no pronuncia, y declara la contraletra nula para con los esposos, aunque éstos hayan cumplido con la ley. Es verdad que la palabra *partes* significa

## DISPOSICIONES GENERALES.

139

generalmente *partes contratantes*; en el art. 1,397, puede también entenderse en el sentido de partes interesadas; esta interpretación debe ser preferida, puesto que concilia los textos con los principios. Esta es la opinión general, excepto el disenso de Toullier. (1)

El texto del art. 1,397 da también lugar á una ligera dificultad. ¿Qué debe entenderse por estas palabras: “y bajo mayor pena si ha lugar?” La costumbre de Paris, de la que esta disposición está tomada, decía, *bajo pena de falsedad*: ¿Debe entenderse el art. 1,397 en el mismo sentido? Todos los autores dicen que el notario no comete una falsedad dando una copia del contrato sin transcribir la contraletra, pero sería posible de una pena disciplinaria conforme á la ley de 25 ventoso, año XI.

### § V.—DE LA PUBLICIDAD DEL CONTRATO DE MATRIMONIO.

#### *Núm. 1. De los comerciantes.*

106. El Código de Comercio (art. 67), exige que todo contrato de matrimonio entre esposos de los que uno es comerciante se remita por extracto, en el mes de su fecha, á la secretaría del Tribunal Civil y del Tribunal de Comercio del domicilio del marido para ser inscripto en un cuadro *ad hoc* y expuesto durante un año en el auditorio de estos tribunales, y si no hay Tribunal de Comercio, en la sala principal de la casa común del domicilio del marido. Este extracto debe contener el nombre de los esposos y mencionar si se han casado por comunidad, si están separados de bienes, ó si hay exclusión de comunidad ó régimen dotal. Esta publicidad es muy incompleta, pero basta para aquellos que tienen conocimiento de ella; sabiendo que el comerciante con quien tratan ha hecho un contrato de matrimonio, pueden hacer-

1 Duranton, t. XIV, pág. 70, núm. 69 y todos los autores, excepto Toullier, t. VI, 2, pág. 60, núms. 67 y 68.

selo presentar. Pero la publicidad no es muy eficaz sino para el momento, mientras que el cuadro está expuesto; la inscripción del extracto en un registro hubiera asegurado una publicidad permanente. Según los términos del art. 69, todo esposo separado de bienes ó casado bajo el régimen dotal, que tomaría la profesión de comerciante, posteriormente á su matrimonio, queda obligado á hacer igual entrega en el mes del día en que comenzó su comercio, bajo pena, caso de quiebra, de ser castigado como quebrado fraudulento.

107. ¿Cuál es la sanción de estas formalidades? Por derecho común, cuando una disposición deba hacerse pública y que la publicidad no ha tenido lugar, la disposición no puede ser opuesta á los terceros; este es el sistema de la ley hipotecaria belga (art. 1.º). La ordenanza de 1673 iba más allá, pronunciaba la pena de nulidad; el Código de Comercio no reproduce esta penalidad, (1) se limita á pronunciar una multa, y si hay lugar, la destitución contra el notario que descuidó de cumplir la formalidad que la ley le encarga. Esto es una sanción decisoria; la multa y la destitución no reparan el perjuicio que los terceros sufren por la falta de publicidad. Para encontrar una sanción á la ley, los tribunales se han visto precisados á ocurrir al art. 1,382. Es de principio que la mujer, aun dotal, responde con sus bienes por sus delitos y cuasidelitos; y la negligencia que la mujer comerciante pone en observar la ley, es un cuasidelito, puesto que es un hecho perjudiciable. Esto es verdad para el esposo que, casado bajo el régimen dotal, abraza la profesión de comerciante posteriormente á su matrimonio; el Código de Comercio (art. 69), le encarga cumplir las formalidades prescriptas por el art. 67 para asegurar la publicidad del régimen bajo el que ha contraído; es, pues, responsable de la falta de publicidad. (2) Pero cuando el es-

1 Denegada, 20 de Abril de 1869 (Daloz, 1870, 1, 99).

2 Denegada, 24 de Diciembre de 1860 (Daloz, 1861, 1, 373).

DISPOSICIONES GENERALES.

141

posos era comerciante en el momento en que se casa, no es él quien tiene encargo de llenar las formalidades legales, es el notario; no se puede imputar negligencia al esposo, por lo que no hay cuasidelito. No pasaría así si el esposo hubiere disimulado su contrato fraudulentamente: cada cual responde por su dolo. No insistiremos, porque las nuevas leyes decretadas en Francia y en Bélgica han llenado el vacío que presentaba el Código de Comercio.

*Núm. 2. Disposiciones nuevas.*

108. El art. 76 del Código Civil prescribe las enunciaciones que debe contener el acta de matrimonio redactada por el oficial del estado civil. Una ley francesa de 18 de Julio de 1850, dice que el oficial interpelará á los futuros esposos, así como á las personas que autorizan el matrimonio, si están presentes, para que declaren si se ha hecho un contrato de matrimonio, y en el caso de afirmativa, la fecha de dicho contrato y el lugar de la residencia del notario que lo redactó. La declaración hecha por esta interpelación debe ser enunciada por el oficial del estado civil en el acta que redacta, bajo pena de multa. Si el acta dice que los esposos se han casado sin contrato, la mujer será reputada, para con los terceros, capaz para contraer en los términos del derecho común. Con el fin de facilitar á los futuros esposos la observación de estas formalidades, la ley encarga al notario que recibió el contrato de matrimonio, de entregar á las partes, en el momento de la firma, un certificado en papel simple, enunciando los nombres, apellidos, calidad y domicilio de los esposos, así como la fecha del contrato y la residencia y nombres del oficial público. Este certificado indicará que debe ser entregado al oficial del estado civil antes de la celebración del matrimonio.

Nuestra ley hipotecaria ha reducido estas disposiciones modificándolas. Quiere que el oficial del estado civil enun-

cie «la fecha de las convenciones matrimoniales de los esposos y la indicación del notario que las habrá recibido; á falta de lo cual las cláusulas derogatorias al derecho común no podrán ser opuestas á los terceros que habrán contratado con los esposos, en ignorancia de las convenciones matrimoniales.»

109. La ley belga tiene el mismo objeto que la ley francesa, y es dar á conocer á los terceros que hay un contrato de matrimonio. Esto basta ya para resguardar los intereses de los terceros diligentes; la más simple prudencia les manda solicitar la comunicación del contrato de matrimonio ó de los esposos con los que contratan, con el fin de saber qué derechos tendrán contra la mujer y contra el marido. El Código de Comercio limitaba la publicidad á los comerciantes; es seguro que los comerciantes tienen relaciones más numerosas con los terceros que las personas extrañas al comercio. Pero si la publicidad es menos necesaria, siempre lo es. Las nuevas leyes han llenado una lacuna del Código. La ley francesa fué provocada por los fraudes á que daba lugar la estipulación del régimen dotal. La mujer dotal declaraba haberse casado sin contrato, se obligaba con sus bienes dotes y después oponía á los acreedores su contrato que hacía sus bienes inenajenables. (1) En Bélgica se usa poco el régimen dotal; por consiguiente, los fraudes que la ley francesa quiso evitar no se presentan á menudo; pero hay utilidad general en dar publicidad á las convenciones que interesan á los terceros. Nuestra ley hipotecaria ha introducido la publicidad para las transacciones inmobiliarias, tenía que extenderla también á las convenciones matrimoniales. La publicidad tiene la misma sanción: las convenciones no hechas públicas no pueden ser opuestas á los terceros que han contratado de buena fe con los esposos.

La ley belga no contiene las disposiciones reglamentarias

1 Véase el informe de Valette acerca de la ley de 1850 (Dalloz, 1850, 4, 150).

DISPOSICIONES GENERALES.

143

que se encuentran en la ley francesa. Han sido introducidas en ella por razón de la ignorancia de muchos oficiales del estado civil. Tales provincias hay en Bélgica, en que la ignorancia es la regla, y la ignorancia pone traba á las mejores leyes. El remedio se encuentra á mano. Debe agregarse que hasta aquí el legislador y el Gobierno han competido en indiferencia y en incuria, cuando la gran preocupación de los gobiernos debiera ser instruir y moralizar á las generaciones nacientes.

110. Las nuevas leyes promulgadas en Francia y en Bélgica, no abrogan las disposiciones del Código de Comercio, relativas á la publicidad del contrato de matrimonio de los comerciantes, por la razón que una ley general no deroga á una ley especial. Por otro lado, estas leyes, por lo mismo que son generales, reciben su aplicación á todos los que contraen matrimonio, cualquiera que sea su profesión; luego también á los comerciantes; para estos, hay, pues, una doble publicidad, la del Código de Comercio y la de la nueva ley. (1)

111. Las formalidades prescriptas por la ley hipotecaria, ¿pueden ser suplidas por notificaciones posteriores á la celebración del matrimonio? Es seguro que aquellos á quienes dichas notificaciones se hicieren no podrán prevalecerse de lo inobservancia de la ley; ni siquiera son necesarias estas notificaciones, basta que los terceros conozcan, poco importa por qué vía, la existencia de las convenciones matrimoniales para que puedan serles opuestas; únicamente cuando las ignoran es cuando no tienen efecto para con ellos. No es en estos términos como se ha presentado la cuestión. El marido habiéndose apercibido de que las formalidades de la ley no habían sido llenadas notificó al burgomaestro del municipio en que se había celebrado su matrimonio y al secretario del Tribunal, una acta en que constaba que la notificación se ha-

1 Circular del ministerio de justicia, pfo. I (Dalloz, 1850, 3, 79).

cía para reparar la omisión cometida en el contrato de matrimonio, y para que este contrato pueda producir en lo venidero sus efectos para con los terceros. La Corte de Lieja sentenció, y con razón, que formalidades prescriptas por interés de los terceros no podían ser reemplazadas por otras formalidades, las que, además, no alcanzaban el objeto de la ley. Las actas del estado civil son públicas y aseguran, por consiguiente, la publicidad de las enunciaciones que contienen; mientras que una notificación extralegal, no da ninguna publicidad á la declaración que el escribano comprueba. (1)

§ VI.—DE LOS GASTOS DEL CONTRATO DE MATRIMONIO.

112. ¿Quién debe soportar los gastos del contrato de matrimonio? Hay una gran incertidumbre en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de esta cuestión que parece tan sencilla. Creemos inútil entrar en los pormenores de las diversas opiniones que se han dado á luz, porque los principios deciden la dificultad. Deben, desde luego, distinguirse dos órdenes de ideas que se han á menudo confundido. ¿Quién está obligado á pagar los gastos; es decir, contra quién tiene acción el acreedor? ¿Aquel que pagó la deuda, debe soportarla toda, ó hay lugar á repartirla entre los esposos?

El contrato de matrimonio se hace antes de la celebración del matrimonio, cuando aun no hay ninguna liga entre los futuros esposos. Estos quedan, pues, sometidos al derecho común; y la regla es que las partes contratantes sean deudores personales de los gastos del acta que hacen; y, según el derecho común, cuando hay dos deudores, la deuda se paga por mitad; cada uno de los esposos es, pues, deudor personal por la mitad de los gastos que puedan ser demandados por el acreedor por esta mitad. Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. (2)

1 Lieja, 28 de Febrero de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 45).

2 Casación, 21 de Julio de 1852 (*Dal'oz*, 1852, 1, 194).



DISPOSICIONES GENERALES.

145

¿Debe aplicarse este principio á las constituciones de las dotes y liberalidades hechas por contrato de matrimonio? Si la constitución es personal al esposo donatario, solo él es deudor, pues la disposición se hace en su exclusivo interés. Así sucedería si la liberalidad fuese hecha fuera del contrato de matrimonio; y la circunstancia de constar en éste no cambia su naturaleza ni su carácter. Pero si la donación se hiciera á ambos esposos, cada uno sería deudor por mitad, y debe decirse otro tanto si la futura comunidad fuera donataria, pues la comunidad no es una persona civil contra la que pueda promoverse; las acciones intentadas contra la comunidad deben ser formadas contra el marido que es su jefe; en el caso, la mujer pudiera ser accionada por mitad, según el derecho común. (1)

113. Esto nos conduce á la segunda cuestión. ¿Quién soporta los gastos? Esto depende de las convenciones matrimoniales de los esposos. Si se casan bajo el régimen de la comunidad legal, la mitad de los gastos á que cada uno está obligado, siendo una deuda mobiliar anterior al matrimonio, esta deuda deberá entrar en el pasivo de la comunidad legal y será regida por el derecho común; el marido la soportará por entero si la mujer renuncia á la comunidad, y si la acepta, contribuirá por mitad, á reserva de su beneficio de emolumento. Si los esposos están casados bajo el régimen exclusivo de la comunidad, cada uno es deudor personal de las deudas que contrajo antes de la celebración del matrimonio.

La Corte de Dijon admitió otra base; dice que los gastos deben repartirse en proporción á las sumas aportadas por los respectivos esposos. (2) Esto nos parece arbitrario: cual-

1 Compárese en sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 249 y notas 11-13, pfo. 504. Troplong, t. I, pág. 114, núm. 199. Rodière y Pont, t. I, núms. 295 y 296 (2.ª edición).

2 Dijon, 3 de Diciembre de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 161).

quiera deuda se reparte según el número de los deudores, salvo derogación. ¿Hay derogación en el caso? Se pudiera decir que la contribución se reglamenta según el interés de los esposos; pero este principio no nos parece aplicable á los gastos de un contrato que interesa igualmente á cada una de las partes, á reserva de que ellas estimen su interés, si éste es distinto.

*ARTICULO 3.—De las cláusulas prohibidas.*

§ I.—DE LAS CLAUSULAS CONTRARIAS A LAS BUENAS  
COSTUMBRES.

114. El art. 1,387, después de haber asentado el principio de que los esposos pueden hacer sus convenciones matrimoniales como lo juzguen á propósito, agrega: “siempre que no estén contrarias á las buenas costumbres.” Esta restricción no es peculiar á los contratos de matrimonio, es una regla general que la ley formula en varias ocasiones. El art. 6 dice que los particulares no pueden derogar por sus convenciones á las leyes que interesan á las buenas costumbres; el art. 900 reputa no escritas las condiciones contrarias á las buenas costumbres; según los términos del artículo 1,131, la obligación acerca de una cosa ilícita no puede tener ningún efecto, y según el art. 1,193, la causa es ilícita cuando es contraria á las buenas costumbres. El art. 1,172 dice que en las obligaciones convencionales, toda condición de una cosa contraria á las buenas costumbres es nula y hace nula la convención que de ella depende. ¿Qué se entiende por una condición ó cláusula contraria á las buenas costumbres? Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones* acerca del art. 900 (t. XI, pág. 720, núms. 491 y 492).

115. Hé aquí un ejemplo tomado de la jurisprudencia. Las convenciones matrimoniales tienen esencialmente por objeto

## DISPOSICIONES GENERALES.

147

reglamentar los derechos é intereses de los esposos. Cuando los parientes intervienen en ellas, es para hacer liberalidades á sus hijos. Se ha presentado un contrato de matrimonio en el que todas las estipulaciones estaban hechas en favor de la madre y del padre de la futura. En consideración del matrimonio, la futura, aun menor, renuncia á pedir una cuenta de tutela y abandona á su madre sus muebles así como una herencia que le pertenece; además, se impone otros varios cargos. Por su lado, el futuro contrae la obligación de llevar cada año la leña para sus suegros y pagarles anualmente, durante su vida, 12 cargas de trigo y 200 francos en dinero. Es evidente, dice la Corte de Bourges, que estas diferentes obligaciones, impuestas por los padres de la futura, han sido una de las condiciones del matrimonio; esto es decir que el consentimiento de la madre y del padrastro había sido comprado por los futuros; para decir mejor, los padres le habían puesto precio; condición profundamente inmoral y que viciaba el contrato en su esencia. En vano se objetaba que estas diversas estipulaciones constituían una pensión alimentaria; la sentencia contesta que nada prueba que los padres tuviesen necesidad de una pensión; el contrato nada decía de alimentos, considera más bien las obligaciones impuestas á los futuros como un crédito; así, los padres habían cedido el beneficio de antemano á un tercero durante varios años. Las convenciones fueron declaradas nulas. (1)

116. Las disposiciones directamente contrarias á las buenas costumbres son raras en los contratos de matrimonio, como en todo contrato. No es porque falte la inmoralidad, sino porque no se hace alarde de ella en una acta auténtica. Algunas liberalidades se hacen ordinariamente á los futuros esposos, ó por un esposo al otro. Si se les agrega una condición ilícita, debe aplicarse el art. 900: la condición será

1 Bourges, 29 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 89).

reputada no escrita y la donación válida; con mayor razón no queda viciado por ella el contrato de matrimonio; mientras que si la condición es lícita y no está cumplida, la donación puede ser revocada. Importa, pues, mucho saber si la condición es ó nó contraria á las buenas costumbres. La cuestión ha sido vivamente discutida para la condición de no volverse á casar. La hemos examinado en otro lugar (tomo XI, pág. 731, núm. 501). (1) En materia de convenciones matrimoniales, se ha propuesto una distinción que se admite en teoría, bien que sea muy difícil aplicarla. Si la condición tiene por objeto esencial imponer la viudedad é impedir un segundo matrimonio, ataca á la libertad y, por lo tanto, es ilícita. Pero también puede tener un objeto lícito; tal es el deseo de vigilar á los intereses de los hijos del primer matrimonio, siempre comprometidos por un segundo matrimonio; tal sería también el deseo de proveer á las necesidades del esposo donatario durante su viudedad, necesidad que cesa cuando se vuelve á casar. Este último caso se ha presentado ante la Corte de Bruselas. El contrato de matrimonio decía: "En consideración de la amistad que el futuro esposo tiene á su futura esposa, en el caso de supervivencia de ésta, le hace donativo del usufructo durante su viudedad solamente, de varios inmuebles especificados en el contrato." La Corte sentenció que esta estipulación nada tenía de contrario á las buenas costumbres, pero sin motivar de otra manera su decisión; (2) podía, en efecto, no considerarla como una donación, sino como una liberalidad á plazo, teniendo por objeto asegurar á la viuda las necesidades de la vida, ó la holganza de que había disfrutado durante el matrimonio, por todo el tiempo que permaneciese viuda, sin impedirle por esto de casarse; solo en caso de convalar, ce-

1 Compárese en diverso sentido, Delvincourt, Vazeille, Pezzani, Duranton, Poujol, Rodière y Pont (Rodière, t. I, pág. 35, núm. 52) y Marcadé, t. V, pág. 404, núm. 2 del art. 1.387).

2 Bruselas, 1.º de Agosto de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 25).

## DISPOSICIONES GENERALES.

149

cando las necesidades, los efectos de la liberalidad también cesaban. La distinción es muy delicada pero muy jurídica.

### § II.—DE LAS CLAUSULAS CONTRARIAS AL ORDEN PUBLICO.

117. Cuando la ley prohíbe las convenciones ó condiciones contrarias á las *buenas costumbres*, agrega ordinariamente, las que son contrarias al *orden público* (arts. 6 y 1,133). El art. 1,387 no mencionaba el orden público; después de haber prohibido las convenciones contrarias á las buenas costumbres, agrega: "y además, bajo las modificaciones que siguen." Esto es desde luego el art. 1,388 que contiene aplicaciones del principio según el cual las disposiciones contrarias al orden público son nulas. Hemos dicho, al explicar el art. 6, que el orden público en materia de derecho privado consiste en el estado de las personas y en la capacidad ó incapacidad que de ellas resultan (t. I, núms. 47-49). El artículo 1,388 consagra implícitamente este principio prohibiendo á los esposos derogar á los derechos que resultan del poder marital, del poder paterno y de la tutela; explica por medio de ejemplos lo que la ley entiende ordinariamente por esta expresión un tanto vaga de *orden público*. La Exposición de los motivos formula el principio en términos más generales diciendo que los esposos no pueden hacer convenciones contrarias á las buenas costumbres y al *orden público*. (1)

118. El art. 1,388 dice que los esposos no pueden derogar á los derechos que resultan del poder marital en la persona de su mujer. La jurisprudencia no ofrece ejemplo de un contrato de matrimonio que haya derogado al poder marital; los ejemplos que dan los autores son de tal evidencia, íbamos á decir de tal sencillez, que no vale la pena relatarlos. (2).

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 4 (Locré, t. VI, pág. 389).

2 Duranton, t. XIV, pág. 22, núm. 26. Aubry y Rau, t. V, págs. 265, párrafo 504.

La ley solo habla del poder del marido sobre la persona de la mujer. Resulta del poder marital una consecuencia muy importante respecto á los bienes, es la incapacidad de la mujer casada. El mismo capítulo que trata de los derechos y de los deberes de los esposos, establece el principio de que la mujer no puede hacer ninguna acta jurídica sin la autorización de su marido ó de la justicia (arts. 215-218). La incapacidad de la mujer casada, siendo una consecuencia de la sumisión que debe á su marido, es por esto mismo de orden público; no está, pues, permitido á los esposos derogar á ello. Pothier dice que las convenciones que tienden á substraer á la mujer al poder que las costumbres conceden al marido sobre ella, están consideradas en nuestras costumbres, como siendo contrarias á la consideración pública, y, en consecuencia, nulas. Es por esta razón, dice, por lo que la jurisprudencia ha declarado nulas las autorizaciones generales en los contratos de matrimonio; es decir, las cláusulas por las que se dice que el marido autoriza á su mujer, no solo á administrar, sino también para enajenar como guste sus heredades, con cualquier título que sea, sin que tenga necesidad de ocurrir para esto á la autorización particular. Las sentencias han proscripto á estas cláusulas de autorización general, como tendiendo á hacer á la mujer independiente del marido, y substraerla enteramente á su poder. (1)

El Código ha consagrado estos principios. Según los términos del art. 223, «toda autorización *general*, aun estipulada *por contrato de matrimonio*, solo es válida en cuanto á la *administración* de los bienes de la mujer.» El art. 1,538 completa esta prohibición, disponiendo que «toda autorización general para enajenar los inmuebles dados á la mujer, ya sea por contrato de matrimonio, ya después, es nula.» En el capítulo del régimen dotal, la ley reproduce la prohibición derogando en este punto al derecho romano: la mujer

1 Pothier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núm. 5.

DISPOSICIONES GENERALES.

151

dotal tiene la administración de sus bienes parafernales, pero no puede enajenarlos sin la autorización de su marido. Las autorizaciones especiales son válidas; esto es el derecho común.

El Código no prohíbe las autorizaciones generales sino en lo que concierne á las enajenaciones. ¿Debe concluirse de esto que el contrato de matrimonio pudiera autorizar á la mujer para hacer actas jurídicas para las que la ley la declara incapaz? Nó, seguramente. La incapacidad de la mujer tiene el mismo carácter, cualquiera que sea el acta, siempre es de orden público; no puede, pues, derogar á ella para ninguna acta, mediante autorización general. El caso se ha presentado para la autorización general para litigar. Ha sido sentenciado que esta autorización era válida para el pleito en el que la mujer estaba comprometida en el momento en que el marido la autorizaba en términos generales. Esto era admisible de hecho, porque el marido había concurrido con su mujer en varias actas del procedimiento. (1) Pero en derecho, la Corte de Casación hubiera debido declarar nula la autorización general, aunque solo fuera por honor á los principios. Aunque la ley admite que la autorización del marido puede ser general, como para la mujer comerciante, agrega que la mujer, aun mercader público, no puede actuar en juicio sin autorización de su marido. (arts. 220 y 215).

119. Se encontró en un contrato de matrimonio una singular estipulación acerca de la separación de cuerpos; se decía que si los esposos fueren separados de cuerpos, los productos continuarían comunes. Bajo el punto de vista moral, es extraño que se prevea la posibilidad de una separación de cuerpos en el momento de casarse, pues la separación solo puede ser pronunciada por adulterio, sevicias,

1 Casación, 22 de Mayo de 1815 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, número 854).

delitos ó injurias graves. Bajo el punto de vista jurídico, es también extraño que haya comunidad de productos entre esposos separados de cuerpos. La comunidad de bienes es una consecuencia de la comunidad de vida y de afecto; por eso es que el art. 311 dispone que la separación de cuerpos arrastrará *siempre* la separación de bienes. Esto es de orden público; luego los esposos no lo pueden derogar. Es verdad que el art. 1,388 no prevee este caso; pero esta disposición solo es la aplicación de un principio más general que prohíbe toda convención contraria al orden público (núm. 117); y la separación de cuerpo es de orden público, tanto como el matrimonio. La Corte de Bruselas lo sentenció así, pero sin dar el verdadero motivo de su decisión. (1)

120. El art. 1,388 dice que los esposos no pueden derogar á los derechos resultando del poder *marital* acerca de la persona de los *hijos*. No es exacto decir que el poder marital dé un derecho en los hijos, pues según el Código Civil, el poder *paterno* pertenece á igual título al *padre* y á la *madre*, solo que el padre ejerce solo esta autoridad durante el matrimonio (art. 372 y 373). Por lo demás, el poder *paterno* es de orden público, tanto como el poder marital, puesto que concierne al estado y la capacidad de las personas; está, pues, prohibido á los esposos derogar á ello.

La aplicación del art. 1,388 da lugar á una cuestión muy importante bajo el punto de vista de los principios. Es de uso bastante frecuente que los esposos que tienen diferentes religiones, convengan que sus hijos varones tendrán la religión del padre, y la hembra la de la madre; en los países católicos, se impone á los esposos educar á sus hijos en la religión católica cuando uno de los esposos es católico. Se pregunta cuál es el valor de estas convenciones, suponiéndolas escritas en el contrato de matrimonio. Los autores están

1 Bruselas, 28 de Marzo de 1810 (Dalloz, en la palabra *Poder paterno*, número 58, 1. °)



DISPOSICIONES GENERALES.

153

acordes en enseñar que solo tienen un valor moral; el padre es quien, durante el matrimonio, tiene el poder paterno y éste no es otra cosa sino el derecho, ó para mejor decir, el deber de educación. Esto decide la cuestión. Teniendo el padre el derecho y el deber de educación, á él solo pertenece dirigir la educación religiosa del hijo. Si tiene convicciones religiosas, y debe tenerlas, su deber es educar á sus hijos en las convicciones que para él son la verdad. No se concibe que intervengan convenciones acerca de un deber de conciencia, acerca del cargo de almas que Dios impone á aquellos á quienes da hijos; lo que es de orden público y de orden moral, es extraño á las convenciones que solo tienen por objeto intereses pecuniarios. (1)

Existen, sin embargo, disensos y restricciones. Rodière y Pont dicen que el derecho de educación pertenece con igual título al padre y á la madre; en efecto, el artículo 203 dice que los esposos contraen juntos, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de educar á sus hijos. De esto se concluye que si los padres no están de acuerdo, el debate debe llevarse ante los tribunales. (2) Se olvida que el derecho de educación hace parte del poder paterno y que este poder, si pertenece al padre y á la madre, el primero es solo quien lo ejerce. El Código prevee un caso en el que el padre y la madre están en desacuerdo; el padre consiente al matrimonio de su hijo menor, la madre niega su consentimiento: ¿Se ha llamado al juez á decidir esta cuestión? El art. 148 responde que el consentimiento del padre basta. Esta es la aplicación del principio sentado por el art. 373, que confiere al padre solo el ejercicio del poder paterno durante el matrimonio. Esto se funda también en la razón. Si debe

1 Duranton, t. XIV, pág. 22, núm. 24. Aubry y Rau, t. V, pág. 266 y nota 2. Troplong, t. I, pág. 72, núm. 61. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 4, número 5 bis II.

2 Rodière y Pont, t. I, pág. 38, núm. 57.

intervenir el Tribunal con tanta frecuencia como el padre y la madre están en desacuerdo acerca de una cuestión de educación, deberá el juez decidir que el hijo estudiará el derecho en lugar de estudiar medicina, y que la hija se hará monja en lugar de casarse. Puede decirse que esto es absurdo, pues es encargar al juez una misión que es incapaz de cumplir y no tiene calidad más que para decidir si los hijos deben profesar la religión católica ó la protestante.

Marcadé está de acuerdo, pero hace una reserva. El padre puede abusar de su poder; puede querer educar á sus hijos en el mahometismo ó en la doctrina de algún soñador como Fourier: No hay duda, dice Marcadé, que en este caso, los tribunales pueden y deben quitar al padre la dirección de la educación de su hijo. (1) Preguntamos en dónde se dice que los tribunales tienen el derecho de quitar al padre su poder de educación. Hemos discutido este punto en otro lugar (t. III, núm. 43). El extraño poder que Marcadé reconoce á los tribunales viene en apoyo de nuestra opinión. El mahometismo no es más del gusto nuestro que lo es el fourierismo, pero no se trata de una cuestión de gusto, se trata de una cuestión de derecho; todas las creencias religiosas están en una misma línea. Creemos inútil insistir.

121. El poder paterno produce efectos considerables en cuanto á los bienes de los hijos: el padre tiene la administración y gozo de ellos. Se pregunta si el contrato de matrimonio puede derogar á este derecho. Hemos enseñado repetidas veces que la administración legal es de orden público, mientras que el usufructo legal es una ventaja pecuniaria que, como todo derecho pecuniario, puede ser objeto de convenciones. (2) Todos los autores son de opinión contraria. Aubry y Rau, quienes en sus primeras ediciones profesaban nuestra opinión en cuanto al usufructo legal, la han

1 Marcadé, t. V, pág. 407, núm. 5 del artículo 1,389.

2 Véase el tomo IV de mis *Principios*, pág. 458, núm. 297 y 298; pág. 493, núm. 323, pág. 499, núm. 327; t. XI, pág. 662, núm. 448.

DISPOSICIONES GENERALES.

155

abandonado en la cuarta edición. (1) ¿Debe seguirse su ejemplo y adoptar la doctrina dominante? Si las razones dadas por los editores de Zachariæ nos hubieran convencido, no tendríamos ningún escrúpulo en retractarnos de nuestro error. Pero nuestra convicción queda igual; debemos, pues, mantenerla, aunque fuésemos los únicos en este parecer. Nuestra labor es establecer los principios, sin importarnos el que nos sigan ó no; si profesamos la verdad, ésta triunfará, si es un error, lo condenamos de antemano.

Se nos oponen autoridades muy especiales acerca de las convenciones matrimoniales. En la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado acerca del art. 1,388, Treilhard y Berlier se pronunciaron por la opinión que combatimos. Treilhard dice que el art. 1,388 no habla del poder paterno sino para prohibir las estipulaciones que tasen al padre este poder en la persona de sus hijos y en el usufructo de sus bienes. Berlier se expresa en el mismo sentido: "El gozo de los frutos del hijo ligado al derecho de guardia, no es materia de convención entre los esposos, es el orden establecido por la ley en las familias; nada habrá fijo si se puede derogarlo." (2) El solo testimonio de Treilhard pareció tan decisivo á Troplong que ni siquiera se toma la molestia de discutir la opinión contraria. ¿Se diría que Treilhard es infalible! ¿Cuál es el objeto de la discusión? ¿Es el de decidir si se puede ó no derogar al usufructo legal? De uinguna manera; se discutía el sentido de esta expresión en el art. 1,388, que los esposos no pueden derogar á los derechos del marido *como jefe*. La expresión es vaga y el debate lo es todavía más; es de tal manera confuso que después de leído el proceso verbal, no se sabe lo que quiso decir el consejo. Después de todo, palabras incidentemente cambiadas en la deliberación de un cuerpo que solo preparaba la ley, no tienen nin-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 265, nota 1, pfo. 504.

2 Sesión del consejo de Estado, del 6 vendimiarlo, año XII, núm. 8 (Locré, t. VI, págs. 346 y 347).

guna autoridad. Quedan los principios según los cuales la cuestión debe ser decidida. Los hemos expuesto en otro lugar y hemos dicho que contestábamos de antemano á los argumentos que decidieron á los editores de *Zachariæ*.

122. El art. 1,388 prohíbe también á los esposos "derogar á los derechos conferidos al esposo supérstite por el título *Del Poder Paterno* y por el título *De la Menor Edad, De la Tutela y De la Emancipación*." Cuando los padres mueren se abre la tutela; ésta pertenece al supérstite, á reserva de que el marido al morir nombre un consejo á la madre tutora. Los padres no pueden derogar á la tutela, porque es de orden público. Acerca de este punto citaremos una observación hecha en el consejo de Estado por el cónsul Cambacérès, ésta dará una idea de las cosas que ahí menudeaban frecuentemente y que se quisieran transformar en ley. Cambacérès criticaba el art. 1,388: no hay motivo, según él, para prohibir la estipulación por la que unos padres prudentes, temiendo que la mujer joven aún, no pueda llevar la carga de la tutela, convinieran que en caso de muerte del marido, no se volvería tutora sino cuando cumpliera veinticinco años. Berlier, espíritu más jurídico que el cónsul, le contestó que el marido tenía el derecho de nombrar un consejo á su mujer y que, si no se lo daba, la mujer tiene el derecho de ser tutora, derecho que una convención no le puede quitar, pues es un deber que la naturaleza y la ley le imponen. (1)

### § III.—DE LAS CLAUSULAS CONTRARIAS A LOS DERECHOS DEL MARIDO COMO JEFE.

123. "Las esposas no pueden derogar á los derechos del marido como jefe (art. 1,388)." Esta disposición es oscura: ¿de qué derechos se trata? Se ha creído que la ley hablaba de los derechos que el marido tiene como tal; es decir, co-

1 Sesión del consejo de Estado del 6 vendimiarlo, año XII, núm. 8 (Loaré, t. VI, págs. 345 y 347).

mo ejerciendo el poder marital en la persona de su mujer. Esta interpretación es inadmisibile, puesto que haría decir á la ley dos veces la misma cosa. En efecto, el principio del artículo prohíbe derogar á los derechos resultando del poder marital en la persona de la mujer; cuando la ley habla inmediatamente después de los derechos del marido como jefe, debe entender otros derechos que aquellos de que acaba de tratar; y no hay otros sino aquellos que pertenecen al marido sobre los bienes. (1) Debemos, pues, ver qué derechos tiene el marido en los bienes á título de jefe.

124. Esta disposición del art. 1,388 parece haber sido tomada de Pothier. Se lee en su *Introducción al Tratado de la comunidad*: “Si se ha dicho en el contrato de matrimonio que la mujer sería *jefe de la comunidad* de bienes que tendría lugar entre los esposos, una convención así no sería válida, siendo contraria al respeto público que el hombre que Dios hizo para ser el jefe de la mujer, *vir est caput mulieris*, no fuera el jefe de la comunidad de bienes.” (2) Se ve que Pothier aplica á la comunidad de bienes á la vez que da motivos que se aplican á cualquier régimen, pues bajo cualquier régimen el marido es el jefe de la mujer. Así, los términos del art. 1,388 son generales y se encuentran bajo la rúbrica *De las Disposiciones generales aplicables á todos los regímenes*. Sin embargo, el principio que la ley establece, interesa sobre todo á la comunidad, la que es una sociedad de bienes entre los esposos, mientras que bajo los demás regímenes los esposos están separados de bienes. En una sociedad importa saber si los derechos de los asociados son iguales como lo quiere el derecho común, ó si uno de los socios, el marido, es el jefe. El art. 1,388 decide implícitamente que el marido es el jefe de la asociación conyugal en cuanto á los bienes, lo que es muy lógico, puesto que es

1 Marcadé. t. V, pág. 408, núm. 5 del artículo 1,388.

2 Pothier, *Introducción*, núm. 4.

también el jefe de la asociación en cuanto á las personas. El principio de que el marido es el jefe, procediendo del poder marital, es por esto mismo de orden público, aunque concierne á los bienes; es por esta razón por lo que los cónyuges no lo pueden derogar. No se podría, pues, estipular que los esposos serán iguales; no se entendería que lo fuesen como socios cuando no lo son como cónyuges.

125. ¿Debe inducirse de esto que los poderes que la ley concede al marido bajo el régimen de la comunidad, no pueden sufrir ninguna modificación? La cuestión está controvertida; para resolverla deben distinguirse los diversos casos que pueden presentarse en cuanto á los bienes del marido, es seguro que el contrato de matrimonio no puede limitar sus derechos; no los ejerce como jefe, sino como propietario, y el régimen de la comunidad, como ningún otro régimen, no modifica los derechos del marido sobre su patrimonio; conserva después del matrimonio el derecho pleno de propiedad que toma antes de casarse, el matrimonio no ejerce ninguna influencia en los derechos del marido, hay que apartar el art. 1,388, no se aplica al marido. Esta disposición solo concierne á los bienes poseídos por la asociación conyugal, la comunidad y los bienes de la mujer.

Según los términos del art. 1,421, el marido solo administra los bienes de la comunidad. ¿Pueden los esposos derogar á este principio que domina á todo el régimen á tal punto que en el derecho antiguo se decía que el marido es el amo y señor? Nó, acerca de este punto todos están de acuerdo. El art. 1,421 da al marido la administración exclusiva de la comunidad como consecuencia del poder marital; así como en la sociedad de personas el marido ejerce el poder, así también en la sociedad de bienes la ley quiere que haya un amo, y este es el marido. No es, pues, necesario decir que el contrato de matrimonio no podría dar la administración exclusiva á la mujer, porque ésta sería el jefe,

## DISPOSICIONES GENERALES.

159

cuando la ley quiere que éste sea el marido. Tampoco podría el contrato repartir la administración entre el marido y la mujer; esto sería establecer la igualdad entre los esposos, y la ley ha desechado el principio de igualdad declarando que la mujer está sometida á su marido (art. 212), y que el marido es el jefe de la asociación en cuanto á los bienes (artículo 1,387). Esta desigualdad no viola la justicia. En lo que concierne á la sociedad de bienes que los esposos forman, el poder que la ley reconoce al marido solo es la expresión de las facultades diversas de los esposos y de la misión que resulta para cada uno: á la mujer el gobierno de la casa y la educación de los hijos; al marido la dirección de los intereses generales de la familia. De hecho, la mujer será consultada y su consejo será escuchado. De derecho, era necesario en una sociedad de dos personas, dar la preponderancia á una de ellas para evitar conflictos diarios; esta preponderancia pertenece al marido por la naturaleza, la ley solo la ha consagrado.

El art. 1,421 da al marido otro poder más extenso é igualmente exclusivo, disponiendo que el marido puede, sin el concurso de la mujer, vender, enajenar é hipotecar los bienes de la comunidad. ¿Se puede estipular que el marido no tendrá derecho de disponer de los bienes comunes sino con el concurso de la mujer? La cuestión tiene á los autores divididos: la opinión general es que esta estipulación sería nula. La ley da al marido el derecho de enajenar con igual título que el derecho de administrar y con la misma extensión, en lo que concierne á las actas onerosas; esto es un poder exclusivo; el concurso de la mujer está expresamente excluido. Este poder tiene el mismo fundamento, ya sea que se trate de enajenar ó de administrar; es la consecuencia de la desigualdad que reina en el matrimonio y en la asociación de los bienes. Debe, pues, decirse del derecho de enajenar lo que acabamos de decir del derecho de administrar;

pertenece al marido como jefe; luego queda prohibido á los esposos derogar á la disposición. (1) La opinión contraria se funda en una falsa interpretación del art. 1,388; se supone que al prohibir á los esposos derogar á los derechos del marido como jefe, la ley solo pretendió resguardar el poder marital dejando entera libertad á los esposos en cuanto á los bienes; decimos que la interpretación es falsa, puesto que es contraria al mismo texto de la ley (núm. 123). No hay sentencia acerca de la materia; hay, pues, que creer que nunca se presentó á la mente de los esposos el subordinar la autoridad del marido á un concurso de la mujer.

Hay sin embargo una hipótesis en la que la cuestión se hace dudosa. La mujer hace muebles á sus inmuebles, ó los esposos estipulan la comunidad universal, lo que implica hacer muebles los bienes de cada uno; ¿podrá estipular el contrato que el marido solo tendrá el derecho de enajenar los muebles de la mujer con su concurso? Por derecho común, los inmuebles de la mujer quedan fuera de la comunidad; ¿la mujer, haciéndolos entrar en ella no puede poner la condición de que el marido necesitará su concurso para disponer de ellos? A primera vista, se está tentado de creer que esto es el ejercicio del derecho de propiedad. Aquel que enajena sus bienes, ¿no puede hacerlo bajo la condición que juzgue conveniente? La mujer está libre de estipular que sus bienes serán inenajenables; ¿por qué no podría estipular que su consentimiento es necesario para enajenarlos? Sin embargo, la Corte de Paris ha sentenciado que esta estipulación es nula; esta es también la opinión de la mayor parte de los autores, pero importa precisar los motivos de esta resolución. La Corte cita el art. 1,421 que da al marido el derecho de enajenar sin el concurso de su mujer; esto es de la esencia de la comunidad, dice el artículo. (2) Sin duda, ¿pero por qué

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 266, nota 3, pfo. 504, y las autoridades que citan.

2 Paris, 7 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 257).



razón es esto de la esencia de la comunidad? El art. 1,387 da pleno poder á los esposos para hacer sus convenciones matrimoniales como lo juzguen á propósito; les es, pues, permitido derogar á las disposiciones del Código acerca de los diversos regímenes. Vuelve nuestra cuestión á presentarse: ¿por qué no les está permitido derogar al art. 1,421? La contestación se encuentra no en el art. 1,421, sino en el artículo 1,388. Es la cláusula nula porque deroga á los derechos del marido como jefe. Los esposos están libres para extender ó restringir la sociedad de bienes que forman, pueden estipular una comunidad universal ó reducirla á los gananciales. Pero una vez formada la comunidad, el marido es su jefe, y le queda prohibido derogar á los derechos que como tal le pertenecen.

126. El art. 1,428 da al marido la administración de todos los bienes personales de la mujer. ¿Este poder le pertenece como jefe, ó pueden los esposos derogarlo? La ley permite á la mujer estipular que tendrá la administración de sus bienes; esto es lo que se llama régimen de la separación de bienes (art. 1,536). Bajo el régimen dotal, la mujer tiene la administración de sus bienes parafernales (artículo 1,576). Esto prueba ya que la administración de los bienes de la mujer no pertenece al marido como jefe; si la tuviera con este título, no se podría derogarla, y el régimen de la separación de bienes se haría imposible. Si el marido tiene la administración de los bienes de la mujer, es porque goza de ellos: es muy natural que aquel que goza administre. La administración y el goce están unidos bajo el régimen de la comunidad, de exclusión de la comunidad y del régimen dotal; el marido, bajo estos diversos regímenes, goza de los bienes de la mujer y los administra. Bajo el régimen de la separación de bienes, al contrario, la mujer es la que goza, y también es ella la que administra; lo mismo pasa bajo el

P. de D. TOMO XXI—21.

régimen dotal con los bienes parafernales. Y el derecho del marido en cuanto al goce, puede ser limitado; luego el derecho de administración también puede serlo. Hay un régimen bajo el cual el marido no tiene el goce de los bienes de su mujer, es el de la separación de bienes, por consiguiente, tampoco tiene su administración. Bajo el régimen dotal, el marido goza de los bienes dotales y los administra; no goza de los bienes parafernales y, por consiguiente, no tiene su administración. Y depende de la mujer constituirse en dote lo que ella quiera; puede, pues, restringirse á la vez el goce y la administración del marido; la ley prevee aún el caso en que todos los bienes de la mujer son parafernales (art. 1,575); en este caso, el marido no goza ni administra; esto será en realidad el régimen de la separación de bienes.

Bajo el régimen exclusivo de la comunidad, el marido tiene el gozo y la administración de los bienes de la mujer. Sin embargo, la ley permite á la mujer estipular que percibirá anualmente sobre sus solos recibos una parte de sus rentas para sus necesidades personales. Si la mujer se reserva el gozo de un bien, ¿tendrá también la administración de dicho bien? Esto está controvertido, como lo diremos más adelante. Lo seguro es que la mujer puede estipular. Tiene derecho de reservarse la administración y gozo de todos sus bienes; con mayor razón podrá estipular que tendrá la administración de alguno de ellos. Y si esta estipulación está permitida bajo el régimen exclusivo de la comunidad, debe serlo también bajo el régimen de la comunidad. Por derecho común, el marido percibe todos los frutos de los propios de la mujer, pero esto no es de la esencia de la comunidad; la mujer común puede, pues, estipular que gozará de tal bien para sus gastos particulares y que tendrá su administración. Acerca de este punto no hay ninguna duda. La mujer ¿podrá reservarse el goce y la administración de todos sus bienes? La afirmativa no es dudosa; solo que esto

no será ya el régimen de la comunidad; pero el nombre que los esposos dan á su régimen importa poco, deben atenerse á sus convenciones. (1) Hasta aquí no hay ninguna duda. La mujer puede reservarse la administración y el gozo de sus bienes bajo todos los regímenes, ya sea de todos sus bienes, ya sea de parte de ellos. ¿Podría también separar la administración del gozo; es decir, estipular la administración para ella y el gozo para su marido? Esto es cuestión de escuela, acerca de la que los autores están divididos. Marcadé encuentra esta estipulación insultante para el marido; (2) hay que hacer á un lado las grandes frases y solo ver si la convención deroga á los derechos del marido como jefe. Y la negativa es segura, según lo que acabamos de decir. El marido no administra los bienes de su mujer como jefe; luego no se deroga á sus derechos estipulando que la mujer administrará. En cuanto á la dignidad del marido, suponiendo que esté comprometida en este debate, á él le toca resguardarla.

La jurisprudencia ignora estos debates. Hé aquí un caso que se ha presentado ante la Corte de Casación. El contrato de matrimonio estipulaba el régimen dotal; los esposos se reservaban el derecho de administrar cada uno sus bienes, soportando los gastos del matrimonio por igual parte. De hecho, la mujer dejó la administración y el gozo á su marido; pero habiéndose presentado algunas dificultades entre los esposos, la mujer ocurrió á la justicia para que declarase que tenía sola el derecho de administrar sus bienes y de disponer de sus frutos, á reserva de contribuir por mitad á los gastos del matrimonio. El marido pretendió que la cláusula del contrato en la que se fundaba la demanda, era contraria á las buenas costumbres y al orden público. La Corte de

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 267, pfo. 504. Rodière y Pont, t. I, pág. 41, números 161-163, pág. 43, núm. 64. Troplong, t. I, pág. 73 núm. 66.

2 Marcadé, t. V, pág. 412, núm. 6 del artículo 1,387. En sentido contrario, Troplong, t. I, pág. 74, núm. 67.

Paris desechó sus pretensiones: ésta cita el art. 1,387 que permite á los esposos reglamentar sus convenciones como lo juzguen conveniente. Esto fué motivar muy mal una decisión muy justa. El recurso fué admitido por la Sala de las requisiciones, y desechado por la Sala Civil. La sentencia de denegada se limita á afirmar que la cláusula litigiosa, muy usada, no era contraria á las buenas costumbres. (1) Los intérpretes deberían siempre acordarse que afirmar no es probar. El motivo para decidir era fácil en este caso, y perentorio, puesto que está escrito en la ley. ¿Qué es una cláusula que permite á los esposos gozar de sus bienes y administrarlos soportando los cargos del matrimonio por mitad? Los esposos calificaban su régimen de dotal; en realidad, todos los bienes de cada uno de ellos permanecían propios; había, pues, separación de bienes, pues los frutos mismos eran propios. Luego todos los bienes de la mujer eran parafernales: esto es la cláusula prevista por el artículo 1,575. Esto decide la cuestión: ¿puede decirse de una cláusula consagrada por la ley que es contraria á las buenas costumbres?

127. ¿Pueden los esposos adoptar el régimen de la comunidad y estipular que los bienes de la mujer serán inenajenables? La opinión común de los autores es que esta estipulación es lícita; (2) la jurisprudencia admite su validez sin discutirla siquiera, como cosa evidente. (3) Nos adherimos á hesitar á esta manera de ver; pero ¿cuál es el verdadero motivo para decidir? La libertad es la regla en materia de convenciones matrimoniales, excepto las cláusulas que la ley prohíbe. Se trata de saber si la cláusula de la inena-

1 Denegada, Sala Civil, 1.º de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 110).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 268 y nota 7, y las autoridades que citan.

3 Casación, 24 de Agosto de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3,158, 6.º). Compárese Denegada, 29 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 295). Caen, 14 de Julio de 1842 (Dalloz, 1845, 4, 164), y 11 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 109).

jenabilidad está prohibida por la ley. No lo está por el artículo 1,388, pues el marido no tiene el derecho de enajenar los bienes de la mujer (art. 1,428). Este derecho solo pertenece á la mujer. ¿Puede abdicarlo? Lo abdica por el solo hecho de casarse bajo el régimen dotal, puesto que bajo este régimen los inmuebles dotales no pueden ser enajenados ni hipotecados. La inenajenabilidad, si quita á la mujer el derecho de enajenar, le da á la ley la mayor de las garantías para la conservación de su patrimonio: ¿Puede decirse que una convención ataque á los derechos de la mujer cuando tiene por objeto resguardar estos derechos? El texto de la ley responde á la objeción; éste autoriza la estipulación de inenajenabilidad bajo el régimen dotal; lo considera, pues, como lícito en favor de la mujer; esto es decisivo. ¿Qué importa el régimen bajo el que se casan los esposos? Lo que está permitido bajo el régimen dotal debe serlo bajo los demás regímenes. La inenajenabilidad es el carácter distintivo del régimen dotal, pero no es el privilegio legado á este régimen, es una excepción del derecho común que la ley autoriza en el interés de la mujer; debe, pues, admitirlo bajo todos los regímenes. Los esposos pueden tomar sus convenciones de los diversos regímenes; este derecho resulta del art. 1,387; y el art. 1,581 da de ello un ejemplo que decide nuestra cuestión; permite estipular la inenajenabilidad de los bienes dotales bajo el régimen de la comunidad de gananciales; luego la permite implícitamente en toda comunidad, pues no hay la menor razón para prohibir en la comunidad legal lo que está permitido en la comunidad de gananciales, ésta última no siendo sino la comunidad legal modificada en cuanto á los bienes y á las deudas que en ella entran.

Troplong sostiene la opinión contraria con razones bastante malas; esto es por una série de afirmaciones que olvida probar, variaciones sin fin, reproduciendo siempre el mismo

pensamiento. Bastará citar algunos trozos. «Está prohibido por la leyes, las buenas costumbres y el orden público, disminuir la capacidad de la mujer con restricciones arbitrarias.» Troplong cita el art. 1,133 relativo á la causa ilícita. ¿Qué tiene que hacer la causa en este debate? Troplong aplica en seguida su pretendido principio á la cláusula litigiosa: ataca la libertad de la mujer. ¿Y qué sucede con el art. 1,554 y con la inenajenabilidad de los bienes dotales? Lo que es lícito bajo el régimen dotal, ¿puede ser ilícito bajo los demás regímenes? La mujer debe estipular el régimen dotal, dice Troplong, si quiere que sus bienes estén inenajenables; si estipula el régimen de la comunidad con inenajenabilidad, hace lo que no tiene el derecho de hacer, y no hace lo que podía hacer. (1) Siempre afirmaciones sin pruebas. Creemos inútil insistir.

128. La jurisprudencia no ha hesitado nunca acerca de la cuestión de principio, pero en la aplicación se han presentado graves dificultades en las que la Corte de Casación se encontró en conflicto con las cortes de apelación. Se trataba de saber cómo la inenajenabilidad debe ser estipulada. El art. 1,392 contesta á la cuestión: «La simple estipulación de que la mujer se constituye ó le constituyen una dote, no basta para someter estos bienes bajo el régimen dotal, si no hay en el contrato de matrimonio una *declaración expresa* á este respecto.» Resulta de esto que se debe estipular expresamente para casarse bajo el régimen dotal. ¿Por qué la ley exige una *declaración expresa*? Es precisamente por razón de la inenajenabilidad de los bienes dotales. La inenajenabilidad es contraria al interés general, es una excepción al derecho común; con este doble título solo puede existir en virtud de una convención formal. En el caso, se supone que los esposos se han casado bajo el régimen de la comunidad; el art. 1,392 no recibe, pues, aplicación directa á nuestra (nes-

1 Troplong, t. I, págs. 76 y siguientes, núms. 78 y 79.

tión, pero hay lugar á aplicar la regla de que el art. 1,392 es el mismo, una consecuencia: y es que toda derogación al derecho común, sobre todo en materia de orden público, no pudiera ser admitida sino en virtud de una declaración expresa.

¿Qué se entiende por declaración *expresa*? Lo hemos dicho muchas veces. Esta expresión excluye una manifestación tácita de la voluntad de las partes; si éstas quieren la excepción, es preciso que lo digan; se necesitan, pues, palabras, no palabras sacramentales, la ley no las exige nunca, pero palabras que den claramente á conocer á los terceros las condiciones de los bienes. Si éstos son enajenables, forman la prenda de los acreedores; si son inenajenables, escapan á su acción. El principio no está contestado; la Corte de Caen lo aplicó en varias ocasiones. (1) Hay un escollo en la práctica, y es que ésta admite demasiado fácilmente la inenajenabilidad en las provincias en las que el régimen dotal era antaño el derecho común. Sin duda se deben interpretar los contratos por lo que es de uso en los países en los que se hizo el acta; pero esto solo es verdad para las cláusulas ambiguas (art. 1,159); y cuando la pretendida cláusula de inenajenabilidad es ambigua, esto es una prueba segura de que no es expresa, por lo que no hay inenajenabilidad. Esto es lo que ha decidido la Corte de Casación, salas reunidas, en el caso siguiente.

El contrato de matrimonio decía: «Los inmuebles presentes y por venir de la futura no podrán ser enajenados sin un reemplazo en inmuebles aceptado por ella, ó por una garantía hipotecaria suficiente para asegurarle la devolución del precio, garantía que los adquirentes estarán obligados á conservar por una inscripción.» ¿Es esto una cláusula que estipula la inenajenabilidad de los bienes de la mujer? En

1 Caen, 4 de Julio de 1842 (Dalloz, 1845, 4, 164, núm. 20); 11 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 109), y denegada, 2 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 82).

un país de costumbres no se presentaría la cuestión; se diría que esto es una cláusula de empleo obligatoria para los terceros, y lejos de que esta cláusula arrastre inenajenabilidad, implica que los bienes son enajenables. En un país de dotalidad, la Corte de Caen juzgó que esta cláusula tenía por efecto hacer dotales á los inmuebles y, por consiguiente, inenajenables é inembargables. Se ve el peligro de esta interpretación; los acreedores que habían tratado con los esposos sobre la garantía de los inmuebles de la mujer se veían frustrados en sus créditos en virtud de una cláusula que no era seguramente expresa. En el recurso, la sentencia fué casada. La Corte de Casación dice muy bien: «Si se permite á la mujer común someter todos ó parte de sus bienes bajo el régimen dotal, y si esta convención no está sometida á una fórmula sacramental, es preciso cuando menos que exista de parte de la mujer una declaración expresa de tal manera clara, que los terceros no puedan nunca ser inducidos á error.» Era fácil, después de esto, que la Corte demostrase que la cláusula litigiosa no llenaba esta condición. (1) El negocio fué devuelto ante la Corte de Rennes. Esta admitió la interpretación de la Corte de Caen. Parte del principio incontestado que está permitido á los esposos al casarse bajo el régimen de la comunidad, tomar del régimen dotal la protección que la inenajenabilidad asegura á la mujer; la Corte reconoce que la cláusula debe ser clara y precisa, y después analiza la cláusula que dividía á la Corte de Caen y á la de Casación y que dividió á los magistrados de la Corte de Rennes, y la encontró clara y precisa en favor de la inenajenabilidad. ¿Cómo no vió la Corte que una cláusula acerca de cuyo sentido los magistrados diferían de parecer no podía ser clara y precisa, y que siendo dudosa no era expresa como lo exige el art. 1,392? En el nuevo recurso, las salas reunidas mantuvieron la jurisprudencia de la Sala Civil. «La

1 Casación, 6 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 439).



DISPOSICIONES GENERALES.

169

cláusula litigiosa, dice la sentencia, no presenta ni una declaración expresa de dotalidad como lo quiere la ley, ni una estipulación que pueda reemplazarla, solo asegura cierta garantía á la mujer para el caso de una venta voluntaria; pero no se deduce necesariamente de ella que de un modo absoluto, y para las obligaciones que pudiera contraer personalmente, sus bienes estén marcados de inenajenabilidad dotal.» (1) Los términos de esta sentencia son de una gran importancia; fijan el sentido del art. 1,392 y de la declaración que éste exige para que los bienes de la mujer estén inenajenables.

§ IV.—DE LOS PACTOS SUCESORIOS.

129. El art. 1,389, dice: «Los esposos no pueden hacer ninguna convención ó renuncia cuyo objeto sea cambiar el orden legal de la sucesión..... sin perjuicio de las donaciones entre vivos ó testamentarias que pudieren tener lugar según las formas y en los casos determinados por el presente Código.» Esta disposición tiene por objeto mantener uno de los principios fundamentales de nuestro derecho, la prohibición de los pactos sucesorios. La ley lo establece en el art. 1,130; prohíbe especialmente la renuncia á una sucesión futura en el art. 791; el art. 1,600 reproduce la prohibición extendiéndola aún al caso en que se vendiera la sucesión de una persona viva, con su consentimiento. Hemos expuesto los motivos de estas prohibiciones repetidas en el título *De las Obligaciones*. ¿Por qué la ley vuelve á citarlas en el título *Del Contrato de Matrimonio*? Es porque en el derecho antiguo era de uso cambiar el orden legal de las sucesiones en las convenciones matrimoniales para asegurar la sucesión al mayor de los hijos, ó para excluir de ella á las mujeres, ó para conservar los bienes á la familia. La revo-

1 Casación, 8 de Junio de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 233).

lución de 1789 abolió estos privilegios odiosos, la aristocracia abrió el campo á la democracia; proclamada en el orden político, la igualdad debía también penetrar en el orden civil, porque la desigualdad en las sucesiones era la base más sólida del régimen aristocrático. Hoy ya no existe la aristocracia, la nobleza solo es una palabra vana; los abusos que quiso impedir el legislador prohibiendo toda convención acerca de las sucesiones futuras, con objeto de cambiar su orden legal, no existen ya en nuestras costumbres, esto es historia ya; historia que hemos relatado en el título *De las Sucesiones*. La única cosa que tenga un interés práctico, es la prohibición de los pactos sucesorios. Esta prohibición no es absoluta; el art. 1,389 hace una reserva para las donaciones por contrato de matrimonio, que lo más á menudo versan acerca de bienes que el donante dejara á su muerte: verdaderos pactos acerca de la sucesión futura que el legislador autoriza para favorecer el matrimonio; hé aquí por qué la institución contractual debe hacerse por contrato de matrimonio. Esto es una excepción á la regla, y las excepciones no pueden extenderse; el art. 1,389 está redactado en este sentido; principia por prohibir á los esposos hacer ninguna convención que tuviera por objeto cambiar el orden legal de las sucesiones, y después recuerda la excepción que el Código autoriza, permitiendo instituir á un heredero por contrato de matrimonio. Debe completarse el art. 1,389 por los arts. 1,130 y 1,600; aunque el pacto sucesorio no tuviera por objeto cambiar el orden legal de las sucesiones, está, sin embargo, prohibido por contrato de matrimonio tanto como por toda clase de contratos; solo hay una excepción para la institución contractual.

130. El art. 1,389 habla de las convenciones y renunciias. Es, sobre todo, bajo la forma de renunciias como se hacían los pactos que en el derecho antiguo derogaban al orden legal de las sucesiones. Se imponían á las mujeres, á los se-

## DISPOSICIONES GENERALES.

171

gundos en favor del mayor, con el fin de asegurar, como se decía, el esplendor de la familia; lo que no impidió que la Francia aristocrática se abismara en la revolución de 1789. Tan verdad es así que estas renunciaciones se arrancaban á los hijos segundones que ciertas costumbres las presumían; bastaba para excluir de la sucesión á las hijas, que se les diera algo al casarlas, lo que se llamaba *capelo de flores*. (1)

Las convenciones que el art. 1,389 prohíbe, no siempre tenían por objeto un interés aristocrático; había otra tendencia en el antiguo derecho más legítima, la de conservar los bienes en las familias. Hemos dicho en otro lugar que los autores del Código habían desechado la regla que aseguraba los bienes paternos á los padres paternos y los bienes maternos á los padres maternos. Las convenciones matrimoniales se hacían en el mismo espíritu; se inmovilizaba la fortuna mueble estipulando que el dinero sería propio de comunidad, y para impedir los inmuebles ficticios de pasar á otra familia, se estipulaba que serían propios á los futuros cónyuges en sus respectivos descendientes, tanto directos como colaterales, sin que el otro cónyuge pudiera tomar nada de ello de cualquiera manera que fuera. Ya no se conocen estas convenciones, pues tendían á derrumbar el orden regular de las sucesiones, como puede verse en Toullier. (2)

131. El art. 1,383 prohíbe las convenciones derogatorias al orden legal de las sucesiones, ya con relación á los esposos en la sucesión de sus hijos ó descendientes, ya con relación á los hijos entre sí. Así, los esposos no podrían convenir que uno de ellos no sucedería á un hijo; no podrán estipular que los hijos del primer matrimonio serían asimilados á los del segundo en cuanto al derecho recíproco de la sucesión de hermanos entre sí. La ley no habla expresamente del derecho legal que tienen los hijos para suceder á sus pa-

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 22, núm. 19. Troplong, t. I, pág. 93, núm. 126.

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 23, núm. 20. Troplong, t. I, pág. 94, núm. 128.

dres; lo comprende en la expresión general *con relación á sus hijos entre sí*. De esto se sigue que la cláusula de *affrérissement* está prohibida: se entendía por esta expresión la convención que asimilaba los hijos del primer matrimonio á los que pudieran nacer del segundo; esto era también derogar al orden legal de las sucesiones, lo que prohíbe el Código. (1)

132. Las aplicaciones que ha hecho la jurisprudencia del art. 1,389 son poco numerosas; se relacionan con antiguas costumbres que se desvanecen poco á poco. Por contrato de matrimonio, el futuro esposo hace donación á la futura de todos sus bienes que abandonará excepto aquellos que procedan de su madre, los que, dice el acta, pasarán á sus padres paternos después de la muerte de su mujer, á quien da el usufructo de los mismos bienes durante su vida. Después de la muerte del marido, los herederos paternos pidieron el reparto de la sucesión contra los herederos maternos. Estos opusieron el contrato de matrimonio que les aseguraba los bienes del difunto. La Corte de Bruselas sentenció que el Código Civil no permitía ya hacer arreglo de sucesión, como se podía hacer en el antiguo derecho. La convención litigiosa era un pacto sucesorio; luego prohibido por la ley, pues ésta no autoriza sino la institución contractual en provecho de los esposos y de los hijos por nacer de su matrimonio. (2)

Un contrato de matrimonio dice que si el supérstite de los esposos sin hijos no se vuelve á casar, lo que dejará en muebles y efectos re repartirá por mitad entre los herederos de los futuros cónyuges. Esta cláusula contiene una institución de herederos por contrato; luego una partición prohibida por la ley en sus arts. 1,130 y 1,389. El Código no permite la institución contractual sino en provecho de los es-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Affrérissement*.

2 Bruselas, 16 de Marzo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 68; Dalloz, número 137).

posos y de sus hijos por nacer; cualquiera otra institución cae bajo la prohibición de los pactos sucesorios y es, por consiguiente, nula. (1)

Un contrato de matrimonio contiene la cláusula siguiente: «Los esposos declaran hacerse mútua donación á favor del supérstite, de todos sus bienes, para que éste disponga del ellos como suyos, á partir del día de la muerte del primer difunto, pero bajo la condición de que todo lo que dejará el supérstite será á su muerte dividido entre los herederos del primer difunto y los del segundo.» Esta es la misma cláusula que la Corte de Bruselas anuló. La Corte de Rennes la anuló igualmente, primero porque contiene disposiciones acerca de la sucesión futura, y además porque contiene disposiciones de parte de la sucesión dejada por otro de los cónyuges; en fin, porque la cláusula implica una abdicación por parte de cada esposo del derecho de testar, cuando menos por la mitad de todos los bienes que componen la sucesión. La Sala de las requisiciones admitió el recurso de casación dirigido contra la sentencia; pero la Sala Civil pronunció una sentencia de denegada. Nos parece que la cuestión se decide por el texto del Código; basta leer los artículos 1,130 y 1,389 para convencerse de ello. El recurso tenía además otro objeto del que hemos de decir algunas palabras. La Corte de Rennes había aplicado á la donación hecha bajo una condición ilícita, el principio del art. 900, según los términos del cual la condición está reputada no escrita y la donación válida; mientras que el recurso pretendía que se trataba de una convención á la que se debía aplicar el artículo 1,172, lo que arrastraba la nulidad de la donación. Fué sentenciado con razón que el art. 900 concebido en términos generales, debe ser aplicado á todas las donaciones, aun á las hechas por contrato de matrimonio. Se dirá en vano que estas donaciones, hechas á título recíproco y como

1 Bruselas, 28 de Mayo de 1849 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 131).

condición del matrimonio, se vuelven convenciones matrimoniales: esto es jugar con las palabras. Sin duda son convenciones matrimoniales, pero cuando estas convenciones encierran una donación, quedan sometidas á los principios generales que rigen á las donaciones. (1)

133. Las palabras *convenciones matrimoniales*, y el favor de que gozan, ilusionan algunas veces á los intérpretes: se inclinan á validar con este título todas las convenciones que se encuentran en los contratos de matrimonio. En un contrato que estipula la comunidad de gananciales, se dice que éstas pertenecen en propiedad á los hijos por nacer, con reserva del usufructo en provecho del esposo supérstite. Esta cláusula usada antaño en el resorte del Parlamento de Burdeos, ¿será aún permitida por el Código Civil? La Corte de Burdeos la declaró ilícita por dos sentencias, mientras que la mayor parte de los autores la consideran válida. (2) La cuestión se reduce á simples términos: la atribución de gananciales que hace el contrato á los hijos por nacer, es una liberalidad; luego una institución de herederos para ciertos bienes en provecho de los hijos por nacer; y la institución contractual no puede hacerse directamente en provecho de los hijos, debe dirigirse, ante todo, á los esposos (t. XV, núm. 201); y desde que la institución está hecha fuera de las condiciones legales, es nula como pacto sucesorio. Troplong objeta que deben apartarse los artículos sacados del título *De las Donaciones*, para atenerse al art. 1,389 que da al contrato de matrimonio la mayor latitud siempre que no perturbe el orden de las sucesiones. (3) Esto es olvidar que el art. 1,389 mantiene y consagra la prohibición de los pactos sucesorios, y que solo permite las donaciones hechas

1 Denegada, Sala Civil, 10 de Marzo de 1849, (Daloz, 1869, 1, 336).

2 Burdeos, 18 de Agosto de 1864 y 23 de Agosto de 1865 (Daloz, 1866, 2, 217). En el mismo sentido, Aubry y Rau y los autores que citan, t. V, 271, nota 16, pfo. 504.

3 Troplong, t. II, pág. 97, núms. 1,853-1,860. En el mismo sentido, Rodière y Pont, t. II, núms. 1,226 y 1,227.

por contrato de matrimonio conforme á la ley; es decir, conforme á las reglas del título *De las Donaciones*. Así, los principios generales establecidos por este título que se quiere apartar en virtud del art. 1,389, están terminantemente mantenidos por este título. No entraremos en los pormenores de la controversia porque solo tienen un interés local para una provincia de la Francia antigua.

§ V.—DE LAS CLAUSULAS PROHIBIDAS.

*Núm. 1. Cuáles son estas cláusulas.*

134. El art. 1,388 dice en su terminación: “Los esposos no pueden derogar á las disposiciones prohibitivas del presente Código.” Esta redacción es muy vaga, se ha criticado en el consejo de Estado. “Mejor sería, dijo Berenger, enunciar con todos sus pormenores las cláusulas relativas á los bienes que está prohibido estipular; se señalaría así mucho mejor cada una de estas prohibiciones según conviniera hacerlo. Si nó, sucederá que se podrá prevalecerse de algunas expresiones que parecen ser prohibitivas, para indagar la nulidad de la cláusula, aunque el legislador no haya querido establecer su prohibición.” Bigot de Préameneu apoyó estas observaciones diciendo que expresiones negativas no constituyen por sí solas una prohibición. Razón más para citar los artículos prohibitivos. Pero la enunciación que Berenger demandaba, presentaba otro inconveniente, es que se podían omitir disposiciones realmente prohibitivas que hubieran quedado sin sanción. Esta observación de Tronchet motivó la admisión de la disposición. (1)

La discusión nos ministra un principio de interpretación, es que no debe apegarse á los términos de la ley; la disposición aunque no esté concebida en la forma prohibitiva, pue-

1 Sesión del consejo de Estado del 6 vendimiarlo, año XII, núm. 8 (Locré, t. VI, págs. 344 y siguientes).

de contener una prohibición; la naturaleza y el objeto de la disposición, es lo que debe considerarse. Así, el art. 1,483 dice que la mujer no está obligada por las deudas de la comunidad sino hasta el monto de su emolumento: ¿podrán los esposos estipular que quedará la mujer obligada *ultravires*? El art. 1,483 no está concebido en términos prohibitivos, no obstante, debe decirse que la disposición contraria sería nula. En efecto, el beneficio de emolumento es de la esencia de la comunidad, está concedido á la mujer por razón de su subordinación en este régimen; luego como consecuencia del poder marital; es decir, que procede indirectamente del orden público si el orden público quiere que la mujer tenga las garantías contra la exclusión de que sufre, es porque este mismo orden público prescribe que la mujer esté excluida de la administración de la comunidad; deben, pues, considerarse estas garantías como participantes del orden público. El Código lo dice terminantemente del derecho de renuncia á la comunidad: Toda convención por la que la mujer esté privada de la facultad de aceptar ó repudiar es nula (art. 1,453). Debe suceder lo mismo y por idéntica razón, con las demás garantías que pertenecen á la mujer contra los abusos de la administración exclusiva que la ley da á su marido. Si, pues, la mujer renunciaba á la facultad de pedir la separación de bienes, esta renuncia sería nula. La mujer tampoco podría renunciar los privilegios que la ley le concede para el ejercicio de sus devoluciones (artículos 1,471 y 1,472).

135. El art. 1,096 dice que todas las donaciones hechas entre los esposos durante el matrimonio, son siempre revocables. Esta disposición no es prohibitiva en los términos, pero lo es por razón de los motivos que han hecho establecer la revocabilidad de las donaciones entre esposos. La ley temió que el donante no fuese libre, y esta falta de libertad se liga á las relaciones de derecho y de hecho que el ma-



DISPOSICIONES GENERALES.

177

rimonio establece entre los cónyuges; de ahí una influencia inevitable que mengua la libertad cuando no la destruye. Hay, pues, una consideración de orden público en la disposición del art. 1,096; lo que es decisivo.

El art. 1,096 ha dado lugar á otra dificultad. Se pregunta si los esposos pueden renunciar al derecho de hacerse liberalidades durante el matrimonio. En el antiguo derecho, la cuestión era controvertida: es inútil entrar en estos debates, habiendo cambiado los principios. Salvo algunas excepciones, está prohibido á los esposos el aventajarse; la cláusula por la que renuncian al derecho de hacerse liberalidades era, pues, un retorno al derecho común. El Código, al contrario, autoriza las donaciones durante el matrimonio declarándolas revocables. Desde luego, no hay ya razón para validar renunciias, y hay razones decisivas para nulificarlas. El esposo que renuncia al derecho de dar á su cónyuge y de recibir de el, hace indirectamente una liberalidad á los que recogieran los bienes que hubiese podido dar ó recibir; esto es, pues, una institución contractual en provecho de los herederos de las partes contratantes; y la ley autoriza, es verdad, las instituciones que los terceros hicieran á los cónyuges, ó que un cónyuge hace al otro, pero no autoriza á los esposos para hacer instituciones en provecho de sus herederos. Esto es decisivo. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1) Un solo autor, Taulier, ha ensayado reproducir la doctrina que estaba admitida en el antiguo derecho, pero su opinión ha quedado aislada. (2)

136. El Código contiene terminantes disposiciones prohibitivas. Según los términos del art. 1,399, la comunidad

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 19, núm. 18. Denegada, 31 de Julio de 1809 y 15 de Julio de 1812. Casación. 22 de Diciembre de 1818 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 2,380 1.º, 4.º y 2.º)

2 Taulier, t. V, pág. 20, combatido por Marcadé, t. V, pág. 416, núm. 9 del artículo 1,388.

comienza el día del matrimonio; no se puede estipular que comenzará en otra época.

En caso de separación de bienes, los esposos pueden volver á establecer su primitiva comunidad; toda convención que la restableciera bajo condiciones diferentes, sería nula (art. 1,451).

Es inútil continuar esta enumeración. Explicaremos las diversas disposiciones á medida que se presenten. Solo hay una que, siendo general, debe encontrar su lugar en las disposiciones generales, es el art. 1,390.

§ VI.—DE LA PROHIBICION ESTABLECIDA  
POR EL ARTICULO 1,390.

137. El art. 1,390, dice así: «Los esposos no pueden ya estipular de un modo general que su asociación será regida por una de las costumbres, leyes ó estatutos locales que regían anteriormente á las varias partes del territorio francés y que han sido abrogadas por el presente Código.» Berlier explica la razón de esta disposición en la Exposición de los motivos: «La estipulación que el art. 1,390 prohíbe parece, á primera vista, no encerrar nada contrario al orden social; tenía, sin embargo, el inconveniente mayor de perpetuar como ley del Estado este enjambre de usos varios que se extendían por el territorio francés. El objeto del Código Civil no estaría alcanzado si pudiera suceder así.» (1) En efecto, el objeto de la codificación ha sido precisamente poner término á la infinita variedad de derecho que hacía de la antigua jurisprudencia una fuente inagotable de controversias y de procesos. Si hubiera sido permitido á las partes referirse á una de los costumbres que gobernaban á la Francia, así como á Bélgica, el imperio de la costumbre hubiera inclinado á los esposos, y más aún, á los notarios á referirse regular-

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 5 (Leer é, t. VI, pág.389).

mente á los usos añejos, los que se hubieran perpetuado bajo el imperio del Código que se hizo para abolirlos.

138. El art. 1,390 dice que no se puede estipular de un modo *general* que la asociación conyugal será regida por una antigua costumbre. Se concluye de esto que se podrá referirse á un artículo de una costumbre acerca de un punto particular. La Exposición de los motivos parece favorecer esta interpretación. (1) «Nuestro proyecto, dice Berlier, prohíbe semejantes referencias sin, no obstante, atacar la facultad que pertenece á los esposos de estipular *especialmente*, y en los límites arriba indicados, todo lo que les conviniera.» Sin embargo, debe decidirse, y sin ninguna duda, que los esposos no pueden referirse á un artículo de una costumbre, más que á la costumbre entera. ¿Cuál es el objeto de la prohibición? El de impedir que los usos antiguos se perpetúen. ¿Puede pensarse que el legislador prohíba mantener un título ó un capítulo de una costumbre, y que permita mantener los artículos de la sección que trata de las convenciones matrimoniales? Pues si puedo referirme á un artículo acerca de tal punto, podré también referirme á otros artículos acerca de tales otros puntos; lo que conduciría al absurdo. Y aunque solo citase un artículo, el legislador no quiere que se perpetúe un artículo solo más que toda una sección. En cuanto á las palabras *generalmente* y *especialmente* que se hallan en el texto y en la Exposición de los motivos, no significan lo que se les hace decir: la ley entiende por ellas que no se puede hacer un contrato de matrimonio bajo forma de referencia, ya sea á una costumbre, ya á uno de sus artículos. Pero nada impide á los esposos tomar convenciones de una costumbre antigua, transcribiéndolas en el acta de modo que no sean ya artículos de una ley, sino cláusulas de un contrato. (2) La Corte

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 8 núm. 7, nota.

2 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Véanse las citaciones

de Poitiers lo decidió así en un caso en el que había una leve duda; el contrato estipulaba en provecho de la mujer un tanto en los bienes del marido, conforme á la antigua costumbre de Poitou. Se decía que esta cláusula no violaba el art. 1,390, puesto que el Código Civil no contiene ninguna disposición acerca del tanto. Esto era raciocinar muy mal. El Código abrogó las antiguas costumbres en todas las materias que en ellas se tratan. Y se trata de las ventajas que los esposos pueden hacerse durante el matrimonio; luego las costumbres concernientes al tanto están abrogadas, y el artículo 1,390 prohíbe resucitarlas bajo la forma de referencias. (1)

139. La jurisprudencia demuestra una gran severidad en la aplicación del art 1,390. Se dice en un contrato de matrimonio que el futuro esposo promete á su futura un *aumento* de 8,500 libras, en caso de supervivencia, así como los *anillos y joyas*, sobre el monto de las constituciones que se le hacen. Los términos de *aumentos* y de *anillos y joyas* recuerdan instituciones del antiguo derecho; ¿debe concluirse de esto que la cláusula es nula? La Corte de Grenoble la anuló por el motivo de que para dar ejecución á la voluntad de las partes, había que ocurrir á leyes abolidas. Esto no es exacto. Las partes habían declarado sus voluntades en términos antaño usados; se trataba, pues, únicamente de interpretar términos técnicos; el Diccionario de Ferrière ó el Repertorio de Merlin, bastaban para esto, sin que se necesitase ocurrir á leyes abolidas. Los esposos no habían citado los timbres ni artículos de costumbre, habían tomado de la tradición una ganancial de supervivencia y la habían escrito en su convenio; era, pues, el contrato el que debía interpretarse y no la costumbre. En el recurso, intervino una

en Aubry y Rau, pág. 273 y nota 20. Hay que agregar Colmet de Santerre, t. VI, pág. 6, núm. 7 bis I. y Marcadé, t. V, pág. 418, núm. 1 del art. 1,390.

1 Poitiers, 16 de Marzo de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 154).

sentencia de denegada de la Sala Civil después de deliberación en la Sala del Consejo. (1) La Corte de Casación se atuvo á la interpretación que la sentencia atacada daba á la cláusula litigiosa. Nos vemos en la necesidad de agregar que la Suprema Corte, en la redacción de la sentencia, fué aun más inexacta que la Corte de Apelación; se habla de una cláusula permitida por el derecho antiguo y prohibida por el art 1,390, mientras que este artículo no prohíbe ninguna cláusula, prohíbe únicamente referirse al derecho antiguo. (2)

140. No solo pueden los esposos tomar de una costumbre tales disposiciones que quieran adoptar, pueden, además, transcribirlas textualmente en sus actas. Esto fué dicho en el consejo de Estado. Cambacérès atacaba la disposición del art. 1,390 como contraria á la libertad de las partes contratantes; Berlier contestó que no se atacaba la libertad de los esposos en cuanto á la *materia*, que solo se restringía en cuanto á la *forma*. Los esposos quedaban libres para estipular pormenorizadamente todas las condiciones de su unión. Treilhard agregó que los esposos podían poner en su contrato de matrimonio las disposiciones de la costumbre que querían tomar como regla, siempre que no las citasen. (3) Se dirá que así interpretado el art. 1,390, se hace decisorio y casi pueril; las partes no citarán la costumbre, pero la transcribirán; ¿no será siempre la costumbre la que seguirán los esposos y la que los jueces aplicarán? Nó, y la diferencia es capital. Si fuera permitido á las partes atenerse á una costumbre, ésta se haría ley del contrato, y el juez se vería obligado á consultar el derecho antiguo para interpretar las convenciones matrimoniales; por consiguiente, el más importante de los contratos sería regido por la antigua juris-

1 Denegada, 28 de Agosto de 1833 (Dalloz, *ibid.*, núm. 156).

2 Odier, t. II, pág. 43, núm. 640. Troplong, t. I, pág. 98, núm. 140.

3 Sesión del consejo de Estado del 6 vendimiario, año XII, núm. 7 (Loc. t. VI, págs. 342 y siguientes).

prudencia que el Código quiso abolir. Contrariamente, si los esposos están obligados á transcribir la disposición del derecho antiguo, se lo apropian, ya no es un artículo de la ley, es una cláusula del contrato; el juez no ocurrirá ya á una legislación abrogada, interpretará el contrato, como lo hace para todas las convenciones matrimoniales; las costumbres están y permanecen abolidas. (1)

141. Se pregunta si los esposos pueden estipular que su asociación será regida por una ley extranjera. Sí, y sin duda alguna. El texto no prevee esta hipótesis; luego la cláusula no está prohibida, y todo lo que no está prohibido permanece en el dominio de la libertad; además, el motivo que ha hecho establecer la prohibición del art. 1,390 nada tiene de común con las legislaciones extranjeras. (2)

*ARTICULO 4.—De la nulidad de las convenciones matrimoniales.*

142. Aplicamos al contrato de matrimonio la distinción de las actas inexistentes y de las actas nulas ó nulificables. Las formalidades son de la substancia del acta, puesto que las convenciones matrimoniales son un contrato solemne. Luego el contrato de matrimonio nulo en la forma, es inexistente; se aplican, por consiguiente, los principios que rigen á las actas inexistentes. Algunas dificultades se presentan acerca del punto de saber cuáles disposiciones se ligan á la solemnidad del acta y deben ser observadas para que el acta tenga una existencia legal. Las hemos examinado (números 44 y siguientes).

143. Cuando el contrato de matrimonio está consentido por un incapaz, es nulo. Transladamos á lo que fué dicho más atrás (núms. 30 y siguientes). Cuando el contrato

1 Troplong, t. I, pág. 97, núm. 137. Duranton, t. XIV, pág. 26, núm. 31. Aubry y Rau, t. V, pág. 273, nota 22, pfo. 504.  
2 Aubry y Rau, t. V, pág. 273 y nota 23. Colmet de Santerre, t. VI, página 7, núm. 7 bis II.

contiene una cláusula prohibida, la cláusula es nula con todas las disposiciones, si de ella dependen; pero las disposiciones independientes de esta cláusula quedan válidas. Puede suceder que la violación de una disposición prohibitiva nulfique todo el contrato. Si las partes se hubiesen referido á una costumbre antigua para el régimen bajo el cual pretenden casarse, todo el contrato será nulo. Pero si solo se hubiesen referido á una costumbre acerca de un punto particular, tal como el tanto de la mujer, esta disposición sola sería nula y no arrastraría la nulidad del contrato. (1) Debe, sin embargo, hacerse una excepción para el caso en que la disposición prohibitiva debiera ser considerada como la condición sin la que los esposos no hubieran contraído.

144. Cuando el contrato de matrimonio es nulo ó inexistente, los esposos están casados sin contrato y, por consiguiente, están como habiendo optado por el régimen de la comunidad legal (núm. 36). No hay diferencia á este respecto, entre el contrato nulo y el contrato inexistente, pues el contrato anulado está considerado como no habiendo existido nunca, solo que la nulidad puede cubrirse con una confirmación, mientras que el contrato inexistente nunca puede ser confirmado. La confirmación da lugar á numerosas dificultades; las hemos examinado en los diversos casos en que se presentan.

¿Cuál será el efecto de las liberalidades que contiene el contrato de matrimonio cuando es nulo ó inexistente? Traducimos á lo que hemos dicho más atrás (núms. 55 y 56). No hay para qué distinguir entre el contrato nulo y el que no tiene existencia legal; bajo este concepto, los principios que los rigen son idénticos.

145. Por otros conceptos, la diferencia es grande entre el contrato de matrimonio nulo y aquel que no tiene existen-

1 Duranton, t. XIV, pág. 26, núm. 33. Aubry y Rau, t. V, pág. 274 y nota 24, pfo. 504.