

dotal durante el matrimonio, lo que es contrario al artículo 1,543). No pasaría así si el contrato de matrimonio dijera que la dote operada en dinero será pagada con un inmueble (núm. 468).

*Núm. 2. Derechos del marido.*

493. Cuando el marido se hace propietario de la dote tiene todos los derechos que proceden de la propiedad. Puede enajenar los efectos dotales muebles ó inmuebles; sus acreedores pueden embargoarlos, están á sus riesgos y aprovechan de su aumento de valor. El marido está obligado á restituir el valor ó el precio de la estimación, como lo diremos más adelante; tiene un año para efectuar dicha restitución.

*SECCION IV.—De la inenajenabilidad de la dote.*

§ 1.º —DEL PRINCIPIO.

494. Se decía en derecho romano, y se repite algunas veces bajo el imperio del Código Civil, que la inenajenabilidad de los fondos dotales es de orden público. (1) Importa al Estado, dice la ley romana, que las mujeres conserven su dote con el fin de que encuentren un segundo marido. La sociedad romana estaba de tal modo corrompida, desde el fin de la República, que los hombres huían del matrimonio y se intentaba en vano atraerlos hacia el orden moral por el halago de una dote ó de favores pecuniarios. Este motivo no puede ya ser alegado, pues nuestra legislación no favorece los segundos matrimonios, y por mucho que se diga nuestras costumbres no pueden compararse con las de Roma. La inenajenabilidad de los bienes dotales no tiene ya nada de común con el orden social, salvo quo es enteramente

(1) Demante, t. VI, pág. 472, núm. 226 y las aplicaciones de Colmet de Santorre, t. VI, pág. 472, núm. 226 bis I.

mente contraria, puesto que pone fuera del comercio la fortuna inmobiliar de la mujer, lo que la jurisprudencia ha extendido al dinero dotal. Si apesar de esto los autores del Código se resignaron á mantener la inenajenabilidad, es porque las preocupaciones de las provincias de derecho escrito exigían este sacrificio. Los oradores del Tribunado nos dirán cuál es el espíritu de la legislación moderna: "la inenajenabilidad de la dote tiene la ventaja de impedir que un marido disipador consuma el patrimonio materno de sus hijos; que una mujer débil dé á préstamos y ventas un consentimiento que la potestad marital obtiene casi siempre, aun con las mujeres de un carácter y un valor poco común." (1) De ordinario la ley subordina el interés de los particulares al de la sociedad; la inenajenabilidad de la dote, al contrario, sacrifica el interés general á interés muy mal entendido de la mujer; la ley da á cualquiera mujer dotal una garantía contra las disipaciones de su marido, como si todos los maridos fueran disipados. En cambio quita á los maridos industriales el crédito que pudieran obtener mediante la fortuna de sus esposas; la ley es, pues, una causa de empobrecimiento para las familias. Este es un verdadero tipo de lo que se llama espíritu conservador; á fuerza de querer conservar la sociedad se la inmobiliza, se suspende á todo progreso; es decir, se mata á la vida en lugar de favorecer su desarrollo. (2)

495. El art. 1,554 dice: "Los inmuebles constituidos en dote no pueden ser enajenados ó hipotecados durante el matrimonio." Resulta de esto que la inenajenabilidad sólo se refiere á los inmuebles, ó, como lo dice el título de nuestra sección, *al fondo dotal*. Pero la jurisprudencia ha extendido el principio de la inenajenabilidad á la dote mobiliar; comenzaremos por explicar las disposiciones del Código; es decir,

1 Simeón, *Discurso* núm. 47. Duveyrier, *Informe*, núm. 66 (Locré, t. VI, páginas 468 y 434).

2 Compárese Marcadé, t. VI, pág. 44, núm. I del art. 1554.

el régimen dotal; después hablaremos del régimen extralegal que la jurisprudencia ha creado.

El art. 1,544 agrega que los inmuebles dotales no pueden ser enajenados "por el marido ni por la mujer, ni por ambos conjuntamente." Que el marido no pueda enajenar los bienes dotales esto se entendía; sólo tiene la administración y goce de ellos, y con ningún título puede enajenarlos. Si la ley lo dice es quizá para repudiar terminantemente la antigua ficción que consideraba al marido como dueño de la dote. Cuando se dice que el fondo dotal es inenajenable, esto significa que la mujer, aunque propietaria de los inmuebles constituidos en dote, no los puede enajenar; el fondo dotal está colocado fuera del comercio durante el matrimonio. (1) El art. 1,554 prevee, además, el caso en que la enajenación se hiciera conjuntamente por la mujer y el marido; es evidente que semejante enajenación está marcada de nulidad, tanto como si la mujer hubiese enajenado con autorización de su marido. Los oradores del Tribunado nos han dicho el motivo que se da para justificar la inenajenabilidad del fundo dotal; es una garantía para la mujer; el régimen dotal es el único que conserva el patrimonio de la mujer. Bajo los demás regímenes los inmuebles dotales son enajenables; es verdad que sólo pueden serlo con el consentimiento de la mujer, pero, como lo dice el tribuno Simeón, la mujer que principia por negarse por interés de sus hijos acaba siempre por consentir, con el fin de conservar con este sacrificio la paz de la casa; sólo hay un medio de impedir que la mujer esté despojada de sus bienes, esto es ponerlos fuera del comercio.

496. La ley no dice que los inmuebles dotales están fuera del comercio, pero las expresiones que emplea tienen el mismo sentido. Dice que los inmuebles dotales no pueden ser *enajenados ni hipotecados*. La palabra *enajenar* comprende

1 Berlier, *Exposición de los Motivos*, núm. 35 (Locré, t. VI, pág. 397).

de todos los medios legales de disponer de una cosa, sea por el todo ó en parte; la constitución de derechos reales es también una enajenación. El art. 1,554 cita el derecho más usado, la hipoteca; lo que la ley dice de la hipoteca se aplica á todos los demás desmembramientos de la propiedad, las servidumbres reales o personales, el ensiteusis, la superficie. (1)

497. Para las servidumbres hay que admitir una excepción en lo que se refiere á los cargos á los que el Código da impropiamente este nombre; es decir, las servidumbres que derivan de la situación de lugares y las que se llaman legales. El dominio del Estado está gravado con estos cargos aunque no pueda ser enajenado (t. VII, núm. 478). Esto es más bien una condición de la propiedad que un desmembramiento de la misma; y ninguna propiedad puede estar libertada de las restricciones y limitaciones que el estado social impone. Pero para que los inmuebles dotales soporten estos cargos es necesario que sean puramente legales; desde que son el resultado de una convención debe aplicarse el art. 1,554. La Corte de Casación ha hecho una interesante aplicación de este principio á la servidumbre legal de paso en un caso de presa de agua. La mujer debía sufrirla en su fundo dotal; no es ella quien enajena; aunque en este caso haya una verdadera servidumbre, es la ley la que le impone este cargo. Y en el caso la Corte de Apelación no se había fundado en el art. 682 para reconocer la existencia de la servidumbre, invocaba únicamente una declaración consentida por el marido. Es evidente que el marido no tiene poder para gravar el fundo dotal con un cargo real; la Corte había, pues, violado el art. 1,554; su decisión fué cassada. (2)

1 Durentón, t. XV, pág. 618, núm. 535. Aubry y Rau, t. V, pág. 557, nota 8, pf., 537.

2 Casación, 17 de Julio de 1863 (Daloz, 1864, 1, 140).

498. El principio de la inenajenabilidad recibe también otra excepción. Se admite que la mujer puede disponer de sus inmuebles dotales por testamento. Esto resulta del texto y del espíritu de la ley. El art. 1,554 prohíbe la enajenación del fundo dotal *durante el matrimonio*; luego después de la disolución del matrimonio el fundo dotal entra en el comercio. Y el testamento de la mujer, aunque hecho durante el matrimonio, no tiene efecto sino después de su muerte; es decir, en un momento en que el matrimonio está disuelto. En realidad la mujer no se despoja legando sus bienes dotales, aunque dispusiera de ellos en provecho de su marido; despoja á sus herederos. Y es propietaria y con este título tiene el derecho de disponer de sus bienes en los límites de lo disponible. Es inútil insistir y contestar á las malas razones que Portalis ha dado, puesto que todos están acordes. (1)

Hemos examinado en otro lugar la cuestión de saber si la mujer dotal puede disponer de sus bienes por una partición de ascendientes hecha entre vivos (t. XV, núm. 133).

499. Al prohibir la enajenación de los bienes dotales la ley prohíbe implícitamente toda acta que conduzca á despojar á la mujer de su dote. Aquel que se obliga personalmente está obligado á cumplir su compromiso en todos sus bienes presentes y futuros (art. 2,092); lo que da á los acreedores un derecho de embargo en los bienes de su deudor y de hacerlos vender. La mujer dotal puede obligarse, pero no puede obligar sus bienes dotales, puesto que esto sería enajenar indirectamente; y esta enajenación indirecta sería más peligrosa que la venta voluntaria, puesto que la mujer la consentiría con más facilidad en la esperanza de llegar á saldar su deuda sin que los acreedores la persigan en sus bienes. (2) Diremos más adelante cuáles son los derechos de los acreedores anteriores al matrimonio.

<sup>1</sup> Tessier, *Tratado de los dotes*, t. I, pág. 306, nota 502.

<sup>2</sup> Colmet de Saetera, t. VI, pág. 475, núm. 226 bis VI.

500. Por la misma razón la mujer dotal no puede renunciar, en provecho de un acreedor del marido, al lugar que le da su hipoteca legal. Esta es una garantía que la ley da á la mujer para la restitución de la dote inmobiliar, en este sentido: que si el marido ha perjudicado un fundo dotal ó lo dejó perderse por prescripción, es deudor en este punto hacia la mujer, y el pago de esta deuda queda asegurado por la hipoteca que la ley concede á la mujer en los bienes del marido; y renunciar á la hipoteca es renunciar á la única garantía que le asegura el pago de su crédito dotal; en este sentido esto sería una renuncia indirecta al crédito dotal que se refiere á sus inmuebles y, por consiguiente, una enajenación indirecta. (1) Bajo los demás regímenes la mujer puede renunciar, en provecho de terceros, al lugar que le da su inscripción, como lo diremos al explicar la Ley Hipotecaria; este es un medio de extender el crédito de su marido. Pero el régimen dotal, para impedir que la mujer se arruine en los casos raros en que las disipaciones ó malas especulaciones del marido comprometen su fortuna, prohíbe á la mujer favorecer las mejores empresas de un marido industrioso; esto es, como si para impedir á los hombres de abusar del libre pensamiento se les prohibiera pensar.

## § II.—CONSECUENCIAS DE LA INENAJENABILIDAD.

### Núm. 1. *De la nulidad de la enajenación.*

501. «Si la mujer ó el marido ó ambos conjuntamente enajenan el fundo dotal, la mujer ó sus herederos pueden hacer revocar la enajenación..... El marido mismo podía hacer revocar la enajenación durante el matrimonio» (artículo 1,560). Lo que la ley dice de la *enajenacion* se aplica á la hipoteca y á todas las convenciones de derechos reales;

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, pág 152. núm. 371.

la palabra *enajenar* comprende todos los desmembramientos de la propiedad (núm. 495).

¿Qué entiende la ley por *hacer revocar*? La palabra *revocar* se emplea ordinariamente por los autores del Código como sinónimo de resolución. Así sucede en materia de donaciones. No es este el sentido de la expresión *hacer revocar* en el art. 1,560, pues no hay ninguna condición resolutoria expresa ni tácita en el hecho de la enajenación de un inmueble dotal. ¿Cuál es el motivo por el que la mujer y el marido puedan hacer revocar la enajenación que hubiesen consentido? Es que los fondos dotales están, pues, fuera del comercio: la enajenación está, pues, marcada de nulidad. Si la enajenación es nula, ¿por qué no dice la ley que los esposos podrán promover la nulidad, en lugar de servirse de la expresión insólita *hacer revocar*? Es porque la acción no siempre es una acción de nulidad; algunas veces es una acción de revindicación; tal vez el legislador empleó á propósito esta palabra vaga para designar acciones de naturaleza muy diversas.

Decimos que en principio la enajenación es nula porque tiene por objeto bienes colocados fuera del comercio. Hay además otra explicación; se dice que la nulidad está fundada en la incapacidad de la mujer; de derecho común ésta es incapaz para hacer un acta jurídica sin autorización de su marido ó del juez; la ley extiende esta capacidad, se dice, cuando se trata de la mujer dotal, prohibiéndole *enajenar* aun con autorización del marido. (1) Creemos que esta manera de considerar la nulidad no es exacta. Si la mujer casada es incapaz es á consecuencia de la potestad marital; por esto es que bastará con la autorización del marido para hacerla plenamente capaz. Y la inenajenabilidad del fundo dotal nada tiene de común con la potestad marital. No es la ley la que la pronuncia; si la admitió fué á pesar

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 497, núm. 232 bis I.

suyo, porque lo quieren así las partes contratantes; y si así lo quieren es para asegurar los bienes de la mujer. Esto es por lo que se ha considerado la regla de inenajenabilidad como un estatuto real. Hemos dicho en otro lugar que en nuestro concepto procedía de la voluntad de las partes contratantes (t. I, núm. 115). En lo que se refiere á la cuestión de nulidad esto nos parece incontestable. Los esposos pueden convenir bajo todos los regímenes que los bienes de la mujer serán inenajenables; pueden también estipular bajo el régimen dotal que los inmuebles dotales serán inajenables; todo depende, pues, de su voluntad: pueden poner la dote fuera del comercio ó dejarla en el derecho común. Si, pues, la enajenación es mala es porque tal es la ley que la partes contrantes han escrito en su contrato.

502. La cuestión que acabamos de discutir no es de pura teoría. Se pregunta si la nulidad de la enajenación es relativa. Si se admite que está fundada en la incapacidad de la mujer dotal, no hay duda, las nulidades que resultan de la incapacidad son esencialmente relativas. ¿Quiere esto decir que la nulidad sea absoluta si se funda en la convención de las partes? No, seguramente; el carácter de la nulidad depende del punto de saber si está establecida en interés de una parte ó en interés general. Y en este punto no pudiera haber duda. El legislador francés no dice que importa para el Estado que la mujer conserve su dote; sufre la inenajenabilidad porque en los países de derecho escrito se la considera como la única garantía de la mujer y de las familias. Es, pues, por interés de la mujer por lo que la dote es inenajenable y que la enajenación es nula; luego la mujer sólo puede invocarla nulidad. Síguese de esto que el comprador no puede pedir la nulidad de la enajenación.

La mujer no puede promover porque puede estar interesada en mantener la venta; y cuando no promueve

no hay ninguna razón para dar al comprador el derecho de hacer revocar la venta. (1)

*I. De la acción intentada por la mujer ó sus herederos.*

503. ¿Quién puede promover? El art. 1,560 contesta: la mujer puede hacer revocar la enajenación. ¿Cuál es la naturaleza de su acción? Si ella fué quien enajenó no hay ninguna duda, es parte en el acta; es, pues, necesario que la haga anular si quiere recoger el bien dotal que enajenó. Y no hay nulidad de pleno derecho; por lo tanto, la mujer deberá promover ante la justicia. ¿Cuál será la duración de su acción? El art. 1,304 limita á diez años la duración de la acción cuando es una de las partes la que pide la nulidad de una convención. Esta regla general recibe su aplicación á la mujer. (2) ¿Cuándo comienzan á correr los diez años? La prescripción del art. 1,304 es una confirmación tácita; de ahí el principio de que el tiempo comienza á correr desde el día en que puede tener lugar la confirmación. La ley aplica este principio á la mujer casada. Si ésta promovió sin autorización de su marido la prescripción corre desde el día de la disolución del matrimonio, porque entonces es cuando la mujer se volvió libre y puede confirmar. Se debe aplicar el mismo principio á la acción de nulidad que pertenece á la mujer en virtud del art. 1,560; no es á falta de autorización por lo que promueve, pues tiene derecho á pedir la nulidad aunque esté autorizada; promueve porque el fundo dotal está puesto fuera del comercio en virtud de las convenciones matrimoniales. Poco importa, además, el fundamento de la nulidad, la prescripción es siempre una confirmación, lo que hace aplicable la regla del art. 1,804. (3)

1 Esta es la opinión general (Aubry y Rau, t. V, pág. 562, nota 22, pfo. 537).

2 Duranton, t. XV, pág. 609, núm. 526, y todos los autores.

3 Colmet de Santerre, t. VI, núm. 232 bis XXV.

504. La mujer puede también hacer revocar la enajenación cuando el marido fué quien enajenó el fundo dotal. ¿Pero cuál es su acción? La cuestión está controvertida. Si se atiene uno á los principios la solución no es dudosa. La mujer no figura en la convención; no está, pues, obligada á pedir la nulidad, pues esta convención no le puede ser opuesta, es para ella *res inter alios acta*. Si se conservó propietaria apesar de la enajenación que el marido consintió puede, pues, revindicar y aun no tiene otra acción contra los terceros adquirentes. Se objeta en teoría que el marido no es un tercero, puesto que es administrador de los bienes de la mujer. Si se entiende por esto que el marido represente á la mujer y que ésta se considera parte en el acta, contestamos que esta pretendida representación es imaginaria; el marido no tiene derecho de vender los bienes dotales, su calidad de administrador sólo le da poder para administrarlos; representa, pues, á la mujer cuando administra, no la representa cuando enajena. Se objeta también el texto del art. 1,560, que está concebido en términos generales y no distingue si es la mujer quien enajena ó si es el marido; se concluye de esto que la acción es siempre la misma; es decir, una acción de nulidad. La contestación es fácil y en nuestro concepto perentoria: no es exacto decir que la ley sólo abre una sola y misma acción; ésta no califica la acción que los esposos podían intentar, se limita á decir que pueden hacer revocar la enajenación. ¿Cómo? ¿Por qué acción? ¿Cuál será la duración de los principios? ¿Cuándo comenzará á correr ésta? Acerca de estos puntos la ley no dice nada; se atiene por esto mismo á los principios generales. (1)

La consecuencia que resulta de nuestra opinión es muy importante. Puesto que la mujer tiene la reivindicación,

1 Esta opinión está muy bien defendida por Colmet de Santerre (t. VI, pág. 501, núms. 232 bis VIII-XVI) contra Aubry y Rau (t. V, pág. 567, nota 39, pfo. 537).

podrá promover durante treinta años; en efecto, los terceros no pueden rechazar la acción sino por la prescripción adquisitoria de treinta años; no pueden prevalecerse de la usucapión, puesto que ésta supone la buena fe, y suponémos que el marido vendió el inmueble dotal como tal, lo que excluye la buena fe del comprador, pues sabe ó debe saber que el marido, simple administrador, no tiene poder para enajenar, y que el bien que compró está fuera del comercio. El tercero no puede, pues, invocar sino la prescripción adquisitoria de treinta años fundada en la posesión. En la opinión contraria la acción de la mujer prescribe en diez años. (1)

505. Queda por saber cuándo puede promover la mujer. El art. 1,506 dice que la mujer puede hacer revocar la enajenación sólo después de la disolución del matrimonio, y que puede ya promover después de la separación de bienes. Se sigue de esto que la mujer no puede promover durante el régimen: esta es una consecuencia del principio establecido por el art. 1,549, según el cual el marido tiene sólo el derecho de ejercer las acciones de la mujer dotal. Si el marido descuida de hacerlo compromete la dote de la mujer en el sentido de que el adquirente puede deteriorar los bienes y que la acción de la mujer por daños y perjuicios puede quedar ineficaz cuando el tercero poseedor esté insolvente; por consiguiente, la mujer tendrá el derecho de pedir la separación de bienes.

La mujer puede promover después de la separación de bienes, puesto que la separación disuelve el régimen dotal; la mujer recobra entonces la administración de sus bienes y el ejercicio de sus acciones. (2)

506. La ley pone á los herederos de la mujer en la mis-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 512, núm. 232 bis XXIII.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 565 y nota 30, pfo. 537. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 498, núm. 232 bis IV.

ma línea que á la mujer. Estos deben promover por nulidad en virtud del art. 1,304, cuando su autor enajenó, puesto que tienen otro derecho más que la mujer á la que suceden. Si es el marido quien enajenó el fundo dotal, los herederos tendrán acción en reivindicación, puesto que el derecho al inmueble les fué transmitido por la mujer. Sólo hay una diferencia entre la mujer y sus herederos; es evidente que éstos sólo pueden promover después de la disolución del matrimonio por la muerte de la mujer, pues sólo hay herederos después de la muerte.

## *II. De la acción ejercida por el marido.*

507. El art. 1,560 dice que "el mismo marido podrá hacer revocar la enajenación durante el matrimonio." Si la enajenación fué consentida por la mujer ésta no puede promover en nulidad mientras dura el régimen; el ejercicio de sus acciones pertenece al marido; él es, pues, quien tendrá el derecho de promover como administrador legal; es decir, como mandatario de la mujer. Esto equivale á decir que el marido ejercerá la acción de nulidad que pertenece á la mujer en virtud del art. 1,304.

¿Puede también el marido pedir la nulidad de la enajenación cuando él es quien vendió el inmueble? Hay un motivo de duda: es que el marido que vende está obligado á garantizar al comprador contra la evicción ó, cuando menos, á restituir el precio; se pudiera inducir de esto que no le está permitido atacar. La ley prevee la objeción diciendo que el *mismo* marido tiene derecho para promover apesar de las obligaciones que le incumben como vendedor. ¿Por qué el comprador no puede oponer al marido la excepción de garantía? Porque el marido no promueve como vendedor sino como administrador de los bienes de la mujer; es, pues, la mujer quien promueve por su órgano. Se sigue de esto que el marido no promueve por vía de acción en nulidad,

aunque haya hablado en el contrato; reivindica, pues promueve en nombre de la mujer, á la cual el contrato es extraño. Esto no impide que el marido quede obligado á daños y perjuicios al comprador; el art. 1,560 lo dice: "A no ser, agrega la ley, que haya declarado en el contrato que el bien vendido era dotal." La redacción primitiva decía: "El marido será garante si el comprador ignoraba la dotalidad." Basta, segúu esto, que el comprador haya conocido la dotalidad aunque el marido no la hubiese declarado, para que éste deje de estar obligado á daños y perjuicios. Según el texto del Código, al contrario, el marido debe hacer la declaración de dotalidad si quiere libertarse de la garantía; la buena fe lo exige y con esto se evita todo debate en este punto muy difícil de probar, á saber: si el comprador sabía ó no que el inmueble era dotal. (1) Aunque no obligado á la garantía el marido debe siempre reembolsar el precio: esta es la obligación de cualquier vendedor aunque no debiera garantía, como lo diremos en el título *De la Venta*.

508. ¿En qué época puede promover el marido? El artículo 1,560 dice que el marido podrá hacer revocar la enajenación durante el matrimonio. Es seguro que después de la disolución del matrimonio por la muerte ó por el divorcio el marido no tiene ya el derecho de promover, puesto que sólo tiene este derecho como administrador de los bienes de la mujer. De esto resulta que, en el caso de separación de cuerpos ó de bienes, el marido no puede ya intentar la acción de reivindicación ó de nulidad. Se objetan los términos del art. 1,560; la ley dice que el marido puede promover durante el matrimonio, de lo que se induce que lo puede mientras dura el matrimonio. Esta interpretación no tiene en cuenta el primer inciso del art. 1,560, del cual el segundo es la continuación. ¿Qué dice el primero? Que la

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 418, núm. 1871. Mourlon, t. III, pág. 169, número 399.

mujer puede promover después de la separación de bienes. Pues bien, si la mujer tiene derecho de promover cuando está separada de bienes, es precisamente porque el marido no tiene ya el derecho de representarla y de promover en su nombre. (1)

*III. De la acción que pertenece á ambos esposos.*

509. El art. 1,554 supone que el fundo dotal está vendido por ambos esposos conjuntamente. ¿Cuál es la acción que en este caso tendrán el marido y la mujer? Aunque la venta se haga por ambos esposos es en realidad obra de la mujer sola; el marido no tiene calidad ninguna para vender un inmueble que no le pertenece; si interviene en el acta sólo es para autorizar á la mujer. De esto resulta que esta hipótesis se confunde con la en que la mujer vendió sola: la venta es nula; la acción de nulidad puede ser intentada por la mujer y por el marido como administrador y mandatario; éste promueve durante el matrimonio; si hay separación de bienes la acción se ejerce por la mujer. Dura diez años como todas las acciones de nulidad.

¿Estará el marido obligado en este caso á los daños y perjuicios? No es necesario que declare en el contrato que el bien vendido es dotal, pues aunque figure en él como vendedor es en realidad la mujer sola la que vende, el marido sólo autoriza; no se obliga, pues, hacia el comprador. En todo caso esto no puede objetar la falta de declaración, puesto que la mujer figura en el acta como vendiendo un inmueble que le pertenece, y el contrato de matrimonio enseña al adquirente que la mujer es dotal (2)

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 564, nota 29, pfo. 537. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 498, núm. 232 bis III.

2 Durantón, t. XV, pág. 610, núm. 527. Mourlón, t. III, pág. 170, núm. 404.

*IV. De la confirmación y de la ratificación.*

510. Cualquiera convención sujeta á nulidad puede ser confirmada (art. 1,338); sólo hay excepción cuando la nulidad es de orden público. La enajenación de un fundo dotal puede, pues, ser válida si aquellos que tenían el derecho de pedir su nulidad renuncian á ello, pues el vicio que tiene no es de orden público; si la venta es nula es únicamente por interés de la mujer. Esta puede, pues, confirmar el acta conforme con el artículo 1,338. Se supone, se entiende, que el acta es nula; es decir, que la mujer es quien enajenó el fundo dotal. Esta es la aplicación de los principios generales que rigen la confirmación. Debe decidirse, en virtud del mismo principio, que la mujer no puede confirmar la enajenación sino después de la disolución del matrimonio, pues la confirmación hecha durante el matrimonio tendrá el mismo vicio que la venta; la mujer no podrá confirmar después de la separación de bienes, pues no puede enajenar mientras dura el matrimonio. En cuanto al marido nunca puede confirmar, pues nunca puede enajenar un inmueble que no le pertenece. (1)

511. ¿Hay lugar á confirmación cuando el marido es quien enajenó el fundo? No, pues la enajenación se considera para con la mujer, como si no existiera; si ésta promueve no es por vía de demanda de nulidad, reivindica un fundo que no dijo ser suyo. ¿Podrá la venta ser válida por la ratificación; es decir, por el consentimiento que la mujer da á la venta en una época en que es incapaz para vender después de la disolución del matrimonio? (2) Segundo el art. 1,998, la ratificación equivale al mandato; pero esto supone que el tercero obró en nombre del dueño, aunque sin poder ó excediéndose de su poder, lo que no es el caso previsto por el artícu-

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 566, nota 36, pfo. 537. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 511 núm. 232 bis XXII.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 511, núm. 232 bis XXII.

lo 1,998. No es así como suceden las cosas cuando el marido enajena un fundo dotal; enajena en su nombre, lo que excluye la ratificación propiamente dicha; el consentimiento ó la aprobación dada por la mujer será, en verdad, una nueva venta.

*Núm. 2. De la imprescriptibilidad del fundo dotal.*

512. «Los inmuebles dotales no declarados enajenables por el contrato de matrimonio son imprescriptibles durante él (art. 1,561). ¿Es esta disposición una consecuencia del principio establecido por el art. 2,226, según el cual «no se puede prescribir el dominio de las cosas que no están en el comercio?» Los fundos dotales están puestos fuera del comercio durante el matrimonio; luego puede decirse que son imprescriptibles. No creemos que este sea el sentido de la imprescriptibilidad del fundo dotal. La ley no dice que los inmuebles dotales están fuera del comercio; en efecto, la expresión es demasiado absoluta, puesto que hay casos en los que estos bienes pueden ser enajenados. Y el art. 2,226 supone que las cosas están verdaderamente fuera del comercio, y deduce de esto como consecuencia la imprescriptibilidad absoluta; mientras que los fundos dotales no son absolutamente imprescriptibles, como lo vamos á decir. Esto es más bien una suspensión de la prescripción durante el matrimonio y una nueva garantía que la ley concede á la mujer para la conservación de su dote. El legislador no quiere que la mujer pierda sus bienes por la enajenación que consintiera; debió también impedir que la mujer perdiese sus bienes por la prescripción. Por esto es que los declara imprescriptibles. Pero no lo son más que durante el matrimonio; después de la disolución del matrimonio los bienes dotales pueden ser enajenados, vuelven á entrar en el comercio y están sometidos al derecho común; deben, por consiguiente, volverse

imprescriptibles; es decir, que la prescripción que no corre durante el matrimonio comienza á correr después de la disolución. Por la misma razon los inmuebles dotales son imprescriptibles, aun durante el matrimonio, cuando los esposos los han declarado enajenables por sus convenciones matrimoniales; no son éstos fundos dotales en el sentido propio de la palabra, puesto que el carácter distintivo de la dotalidad les falta. Quedando estos inmuebles en el derecho común no habrá razón para substraerlos al mismo en cuanto á la prescripción.

513. El principio de que los inmuebles dotales son imprescriptibles durante el matrimonio recibe dos excepciones en virtud del art. 1,561. Primero: cuando la prescripción ha comenzado antes del matrimonio, continúa corriendo durante el mismo. La razón está en que las convenciones matrimoniales no pueden perjudicar los derechos de los terceros que están en vía de prescribir. Si los fundos dotales estaban fuera del comercio de una manera absoluta, se debiera concluir de esto que la prescripción comenzada antes del matrimonio debía cesar de correr durante el mismo; pero la ley sólo quiere impedir que los fundos dotales se pierdan por prescripción en virtud de una causa sucedida durante el matrimonio; y si la prescripción había comenzado ya en favor de un tercero antes del matrimonio, la prescripción se hubiera cumplido aunque no hubiese habido matrimonio; no hay, pues, razón para que el matrimonio la suspenda. (1)

514. El principio de la imprescribibilidad recibe una segunda excepción en virtud del segundo inciso del artículo 1,561 que dice: "Los inmuebles dotales se hacen, no obstante, prescriptibles después de la separación de bienes, cualquiera que sea la época en la cual la prescripción haya co-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, pág. 170, núm. 406. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 521, núm. 233 bis III.

menzado;» es decir, aunque la prescripción sólo hubiera comenzado durante el matrimonio. ¿Por qué corre la prescripción después de la separación de bienes y, por consiguiente, después de la separación de cuerpos? Esta disposición prueba que no es exacto decir que los fondos dotales están fuera del comereio durante el matrimonio; en efecto, el matrimonio subsiste aunque los esposos estén separados de bienes, y la inajenabilidad subsiste; así, aunque inenajenables, los fondos dotales se hacen prescriptibles. La razón está en que después de la separación de bienes la mujer vuelve á tener la administración de su patrimonio, tiene el ejercicio de todas sus acciones; desde luego á ella toca cuidar de sus intereses interrumpiendo la prescripción, reivindicando sus bienes contra aquellos que los poseen sin título. No hay ya motivo para mantener la imprescriptibilidad, puesto que el régimen dotal, á consecuencia del cual los fondos dotales eran imprescriptibles, está disuelto y reemplazado por otro régimen bajo el cual la prescripción corre siempre. Se vuelve al derecho común, porque la excepción no tiene ya razón de ser.

Sir: embargo, esta disposición del art. 1,561, la que no se hallaba en el proyecto y que el Tribunado introdujo en él, es de cierta manera una anomalía. ¿Por qué los fondos dotales son imprescriptibles? Porque son inenajenables. La lógica pediría, pues, que permanecieran imprescriptibles mientras subsiste la inenajenación, y ésta subsiste después de la separación; la imprescriptibilidad debería, pues, subsistir también. La inconsecuencia se aplica por el desfavor que tiene el régimen dotal; si se le admitió fué para dar una garantía á la mujer contra su marido; en rigor la ley hubiera debido decidir que la mujer no necesita ya de garantía cuando está separada de bienes, pues no es probable que la mujer separada consienta en enajenar en favor de su marido cuando provocó la separación para salvar su dote. Es, pues,

ya un favor para la mujer el que la inenajenabilidad esté mantenida después de la separación de bienes. ¿Debía mantenerse la imprescriptibilidad? Lógicamente la ley debió haberlo hecho, y el proyecto así lo mandaba; pero en una materia tan excepcional y tan desfavorable como la inenajenabilidad de los fundos dotales, el legislador no se detuvo ante una inconsecuencia; prefirió volver al derecho común en lo se refiere á la prescripción: teniendo la mujer después de la separación de bienes los derechos que tiene después de la disolución del matrimonio, menos la autorización, no habrá ya mucho motivo para mantener la garantía excepcional de la imprescriptibilidad. (1)

515. Esta anomalía da lugar á serias dificultades en la aplicación del art. 1,561. Hay casos en los cuales no hay ninguna duda. Un tercero usurpa, sin ningún título, un terreno dotal; éste no puede prescribir durante el matrimonio, pero comienza la prescripción después de la separación de bienes. Lo mismo sucederá en todos los casos en que el tercero poseedor del fundo dotal invoque la prescripción adquisitoria. Si adquirió un fundo dotal por venta ó donación ó legado de quien no era propietario, y si es de buena fe, podría usucapir; no lo puede hacer durante el matrimonio de la mujer de quien es el fundo, pero podrá comenzar á usucapir después de la separación de bienes.

¿Debe también aplicarse la disposición del art. 1,561 al caso en que el tercero posee en virtud de una venta consentida por el marido ó por la mujer? La cuestión está controvertida y hay duda. El art. 1,561 no es el único que trate de la prescripción del fundo dotal, nuestra cuestión está prevista por el art. 1,560. Después de haber dicho que la mujer puede hacer revocar la enajenación después de la disolución del matrimonio, la ley agrega: sin que se le pue-

<sup>1</sup> Mourlón, t. III, pág. 171, núms. 407-409. Colmet de Santerre, t. VI, página 521, núm. 233 bis IV.

da oponer ninguna prescripción en el tiempo que duró; y, continúa el artículo, la mujer tendrá el mismo derecho después de la separación de bienes. Así la acción por la cual la mujer pide la revocación de la enajenación es imprescriptible durante el matrimonio, aunque la mujer pueda promover después de la separación de bienes. Esta es la decisión de nuestra cuestión; es favorable á la mujer; el tercero contra quien puede promover después de la disolución del matrimonio no le puede oponer la posesión durante el mismo aunque haya habido separación de bienes y la mujer separada haya tenido el derecho de promover después de la sentencia de separación. ¿Se concibe que después de haber decidido, en el art. 1,560, que la acción de la mujer es imprescriptible durante el matrimonio aunque haya habido separación de bienes, la ley diga en el art. 1,561 que la acción se vuelve prescriptible después de la separación? Ateniéndose á los arts. 1,560 y 156 habría que decir que esta última disposición no es aplicable á la acción que pertenece á la mujer para hacer revocar la enajenación.

Pero hay además otro artículo: Según el art. 2,255, la prescripción no corre, durante el matrimonio, para con la enajenación de un fundo constituido según el régimen dotal, *conforme al art. 1,561*. Esta disposición prevee la enajenación de un fundo dotal, luego el caso en que el fundo dotal está enajenado por el marido ó por la mujer; la ley decide que la prescripción no corre durante el matrimonio; pero se refiere al art. 1,561, el que después de haber dicho que el fundo dotal es imprescriptible durante el matrimonio, agrega una restricción para el caso en que hay separación de bienes; luego, según los arts. 1,561 y 2,255, hay que decir que la prescripción de la acción de revocación comienza á correr después de la separación. Se estaría tentado de creer que hay un error en el art. 2,255, el que en lugar de citar el art. 1,561 debería haber citado el ar-

tículo 1,560. Pero nada prueba que haya error y no se puede borrar un artículo para la comodidad del interpréte. Hay, pues, que tratar de conciliar las diversas disposiciones del Código.

Creemos que debe distinguirse si la enajenación del fundo dotal fué consentida por el marido ó por la mujer. Cuando el marido ha enajenado la acción de la mujer es una reivindicación (núm. 504); el tercero contra quien reivindica puede oponerle la prescripción adquisitiva; este es el derecho común. Y la prescripción adquisitiva del fundo dotal está regida por el art. 1,561; la mujer puede y debe promover después de la separación de bienes; si no promueve el tercero poseedor puede oponerle la prescripción que ha corrido después de la separación. Este es el caso de aplicar el art. 1,561 y el 2,255; apesar de la generalidad de sus términos, el art. 1,560 no es aplicable sino á la acción de nulidad propiamente dicha; es decir, á la prescripción extintiva, como lo diremos más adelante; la prescripción adquisitiva está regida por el art. 1,561, y en el caso el tercero invoca la prescripción adquisitiva, pues la mujer reivindica, no promueve por nulidad. La ley así interpretada puede justificarse; en efecto, la mujer ha pedido y obtenido la separación de bienes para salvar su dote; debe, pues, vigilar todos sus intereses y, por consiguiente, promover contra el tercero á quien vendió el marido un fundo dotal. Se objeta que la mujer retrocederá ante una acción que someterá á su marido á daños y perjuicios para con el comprador. La contestación á esta objeción se encuentra en el artículo 2,256: si realmente la acción de la mujer debe reflejarse en contra del marido, la prescripción queda suspendida; por consiguiente, la mujer puede esperar la disolución del matrimonio para promover contra el tercero posesor. Si la acción no debe reflejarse contra el marido, la mujer separada promoverá sin temor á su marido, puesto que tuvo el valor

de promover contra él una acción más desagradable: la de separación de bienes.

Queda la hipótesis en la cual el fundo dotal fué enajenado por la mujer; ésta tiene entonces la acción de nulidad del art. 1,304. ¿Debe intentarla después de la separación de bienes? Si sólo hubiera los arts. 1,560, 1,561 y 2,255, habría que contestar afirmativamente, pues el art. 2,255 no distingue por quién la acción debe ser promovida, y como translada al art. 1,561, decide implícitamente que la acción se hace prescriptible después de la separación de bienes. Pero el art. 1,304, en virtud del cual la mujer promueve, no permite aplicar el art. 1,561. Este es un nuevo conflicto, pero aquí debe terminarse en favor de la mujer. En efecto, la prescripción del art. 1,304 es una confirmación, y es imposible que la mujer confirme una enajenación mientras le esté prohibido enajenar; y subsistiendo la inenajenabilidad después de la separación de bienes la consecuencia evidente es que la mujer no puede confirmar (núm. 510); luego la prescripción no puede correr contra ella. (1)

### § III.—DE LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA INENAJENABILIDAD DEL FUNDO DOTAL.

#### Núm. 1. *De los casos en los que el contrato de matrimonio permite la enajenación.*

516. Según el art. 1,557 “el inmueble dotal puede ser enajenado cuando la enajenación ha sido permitida por el contrato de matrimonio.” Esta disposición es inútil en este sentido: que sólo se aplica al régimen dotal la regla general del art. 1,387. Los esposos pueden hacer sus convenciones matrimoniales como gusten, siempre que no sean

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 568, nota 40, pfo. 537. Compárese Colmet de Senterre, t. VI, pág. 513, núma. 232 bis XXV 233 bis IV. Casación, 1.<sup>a</sup> de Marzo de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 209). Denegada, 4 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 330).

contrarias á las buenas costumbres ó al orden público. Y el derecho de enajenar el fundo dotal, lejos de ser contrario al interés general, es un retorno al derecho común; más bien es el principio de la inenajenabilidad el que es contrario al orden público, y sólo es apesar suyo como el legislador lo ha consagrado. Se comprende, pues, que las partes pueden derogar la inenajenabilidad, pueden derogar las reglas que el Código ha tomado de la tradición sin querer imponérselas á los esposos.

La observación no carece de importancia; sirve para decidir una cuestión en que la jurisprudencia de la Corte de Casación exparcio alguna duda. El art. 1,554, que establece el principio de la inenajenabilidad, dice que los inmuebles dotales no pueden ser *enajenados ni hipotecados*. Esta es la regla bajo el régimen dotal. El art. 1,557 permite derogarla, pero sólo lo permite para el derecho de enajenar; luego el derecho de hipotecar queda comprendido en la regla; es decir, en la prohibición. Tal es el raciocinio que hacía la Corte de Casación; en apoyo de esta interpretación restrictiva se decía que la facultad de hipotecar ha sido siempre considerada como más peligrosa que la facultad de enajenar, porque la mujer consiente más fácilmente un acta que no la despoja inmediatamente de su heredad, sin pensar que si la deuda no se paga la expriación vendrá á quitarle el fundo hipotecado. Esta es una argumentación muy mala. La ley no pone regla ni excepción, sólo prevé lo que las partes quieren, y las partes están libres para querer otra cosa. La única regla en materia de convenciones matrimoniales es la de la libertad de que gozan los esposos; usan de ella según su interés. ¿Qué importa que la facultad de hipotecar sea peligrosa para la mujer? Esto es negocio suyo, no le importa al legislador. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1)

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 574, nota 59, pfo. 537,

517. ¿De que la facultad de enajenar sea un retorlo al derecho común debe concluirse que la cláusula que permite la enajenación deba interpretarse en un sentido extensivo? Nós, cuando se trata de interpretar las convenciones de los esposos que estipulan el régimen dotal hay que colocarse bajo el mismo punto de vista de éstos y no bajo el punto de vista general. Los esposos están libres para estipular el régimen dotal, hay que interpretarlo en el sentido restrictivo que lo dictó; la libertad es la que entonces es de estrecha interpretación, porque la prohibición y la desconfianza son la regla que los esposos han adoptado. (1) Se sigue de esto que si los esposos han estipulado que los inmuebles dotales pueden ser enajenados no podrán ser hipotecados. En vano se diría que aquel que tiene derecho de vender tiene el de hipotecar; la contestación es perentoria. No es esta una cuestión de derecho, es una cuestión de intención; y en materia de estipulaciones dotales la intención de los esposos debe siempre ser interpretada en interés de la mujer, tal como se entiende bajo este régimen de desconfianza; es verdad que la facultad de hipotecar es más peligrosa para la mujer que la de enajenar, esto es decisivo; la mujer se impuso ella misma una cadena permitiendo sólo la enajenación sin autorizar la hipoteca. Esta es la opinión general. (2)

Por la misma razón la mujer que se reservó el derecho de enajenar y aun de hipotecar no tendría el poder de obligar sus bienes por las obligaciones que contrae. Puede decirse de los compromisos personales de la mujer lo que la Corte de Casación dice de la hipoteca: "La mujer seducida por la esperanza de la próxima extinción de la deuda

y en Rodière y Pont, t. III, pag. 345, nota 1. Debe agregarse Colmet de Santeire, t. VI, pag. 484, núm. 229 bis VI.

1 Rodière y Pont, t. III, pag. 345, núm. 1780.

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 575, nota 60, pfo. 537, y Rodière y Pont, t. III, pág. 347, nota 1.

se inclinará más fácilmente á obligarse que á hipotecar ó enajenar.<sup>1</sup> La enajenación la despoja inmediatamente, la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad, mientras que obligándose la mujer espera que sólo obliga su persona y que no se llegará al embargo y la expriación. (1)

518. ¿Cuál es el efecto de la cláusula que permite enajena el fundo dotal? Debe distinguirse si la cláusula prescribe ó no el empleo del dinero procedente de la enajenación. Si el contrato de matrimonio no estipula el empleo la mujer podrá enajenar como todo propietario y como lo hace la mujer bajo el régimen de la comunidad. La facultad de enajenar sin obligación de hacer empleo está precisamente estipulada para dejar á los esposos plena libertad; los bienes de la mujer sirven, en este caso, para extender el crédito del marido y favorecer sus empresas; siendo cosa consumible el dinero procedente de la venta, el marido se hace propietario y dispone como lo quiere de él, á reserva de restitución que debe hacer cuando la disolución del régimen. Resulta de esto que el adquirente debe pagar en manos del marido sin que pueda exigir empleo ni caución. (2)

Amenudo no permite el contrato de matrimonio la enajenación del inmueble dotal sino á cargo de hacer empleo ó reemplazo con el precio. Si es bajo condición de reemplazo nada queda cambiado al régimen dotal sino que un inmueble toma el lugar y la naturaleza de otro inmueble. La enajenación tiene por objeto, en este caso, permitir á los esposos vender un inmueble dispendioso ó improductivo para reemplazarlo con otro inmueble más ventajoso; el crédito del marido no se aumentará con esto, pero mejora-

1 Denegada, 3 de Abril de 1849 (Daloz, 1849, 1, 124).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 579, nota 70, y las autoridades que citan. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 483, núm. 229 bis III.

rá en cuanto á productos. El reemplazo ó el empleo son una condición para la validez de la enajenación; de esto resulta que la cláusula es obligatoria para los adquirentes; éstos no deben, pues, pagar el precio al marido sino cuando el empleo haya sido hecho conforme al contrato de matrimonio: la condición los obliga aunque no hayan sido partes en el contrato, por lo que la enajenación sólo puede tener lugar bajo esta condición, á la que someten al comprador. (1)

519. ¿Es necesario, para que el reemplazo sea válido, que contenga las declaraciones prescriptas por los arts. 1,434 y 1,435 y que la mujer acepte expresamente el reemplazo hecho por el marido? La cuestión está controvertida. Ya hemos omitido la opinión de que los arts. 1,434 y 1,435 son inaplicables. Desde luego no pueden extenderse al régimen dotal las disposiciones del Código en el capítulo *De la Comunidad*; siendo los dos regímenes esencialmente diferentes no está permitido arguir por analogía. En materia de reemplazo hay una razón más para realizar la interpretación extensiva: es que el reemplazo es una ficción y éstas son de la más estricta interpretación. Hay, pues, que atenerse á las cláusulas del contrato de matrimonio y á los principios generales. En el silencio del contrato no se podrán exigir las dos declaraciones que los arts. 1,434 y 1,435 prescriben bajo pena de nulidad, las que hacen constar el origen del dinero y su destino; esto es un vacío, pero no creemos que el intérprete pueda llenarlo. En cuanto á la aceptación de la mujer es necesaria en este sentido: que ésta no puede hacerse propietaria sin su consentimiento; pero la aceptación no debiera ser terminante; es decir, expresa, puesto que en principio el consentimiento tácito tiene tanta fuerza como el consentimiento expreso.

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 393, núm. 1838. Gante, 30 de Junio de 1860 (*Pasterixia*, 1867, 2, 372) y 14 de Mayo de 1870 (*ibid.*, 1870, 2, 343). Véase la jurisprudencia francesa en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 4033 y 4035).

La opinión contraria está más generalmente seguida, pero es difícil formularla; cada autor y cada sentencia traen modificaciones. (1) Se está acorde sólo en un punto: es que la mujer debe aceptar el reemplazo y que esta aceptación debe hacerse durante el matrimonio. (2) Se admite también que puede ser anticipada; es decir, que la mujer puede dar de antemano su consentimiento por contrato de matrimonio, á reserva de que los tribunales digan de hecho si la mujer manifestó la voluntad de aceptar el reemplazo que hiciera el marido. (3)

¿En qué bienes debe hacerse el reemplazo? Esto depende de la voluntad de las partes. Cuando se trata de un reemplazo propiamente dicho no hay duda; si el contrato estipula que un inmueble será comprado con el dinero dotal, ó que el inmueble dado en pago será dotal, ó que la enajenación del fundo dotal podrá hacerse mediante reemplazo, es necesario naturalmente que el reemplazo se haga en inmuebles. Fué sentenciado por la Corte de Bruselas que las rentas contra el Estado no tienen, según la legislación belga, el carácter de inmuebles ficticios. (4)

520. ¿Cuál es el efecto del reemplazo? El de toda subrogación. El inmueble adquirido en reemplazo toma la naturaleza y el carácter del inmueble que fué enajenado; será, pues, dotal, pero con este particular carácter, que será enajenable, puesto que toma el lugar de una heredad de la cual las convenciones matrimoniales permiten la enajenación. (5)

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 581 y nota 88, pfo. 537. Rodière y Pont, t. III, pág. 397, núm. 1842. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 4009 y 4010.

2 Denegada, 2 de Mayo de 1851 (Dalloz, 1859, 1, 275). Rouen, 26 de Abril de 1872 (Dalloz, 1874, 2, 118). Esta sentencia se aproxima á nuestra opinión.

3 Bruselas, 15 de Agosto de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 398). Y la sentencia de denegada citada en la nota anterior.

4 Bruselas, 18 de Abril de 1864 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 97).

5 Rodière y Pont, t. III, pág. 398, núm. 1843. Aubry y Rau, t. V, pág. 583, nota 99, pfo. 537.

Bajo el régimen dotal el reemplazo estipulado por el contrato de matrimonio es una condición requerida para la validez de la enajenación; el fundo dotal sólo está enajenado bajo condición de reemplazo. Resulta de esto que si no se hace el reemplazo la venta es nula. Siendo exigido el reemplazo en interés de la mujer la acción de nulidad pertenecerá á la mujer y á sus herederos; éstos podrán pedir la nulidad, no sólo si ningún reemplazo fué hecho sino también si no fué hecho conforme al contrato de matrimonio. (1)

Las cláusulas del contrato de matrimonio que se refieren al reemplazo son obligatorias para los terceros adquirentes, esta es la ley bajo la que compran. Tienen, pues, el derecho é interés en negarse al pago hasta que el marido justifique el empleo regular. Esta situación no deja de tener sus inconvenientes para el comprador, pues si no paga debe los intereses del precio, y si paga arriesga ser vencido si el reemplazo no se hace. La jurisprudencia admite que puede depositar el dinero; en efecto, es deudor y si no puede válidamente pagar es por negligencia del marido que no hace el reemplazo y tiene el derecho de pagar; es, pues, necesario que pueda depositar. (2)

*Núm. 2. De la enajenación del fundo dotal para el establecimiento de los hijos.*

521. La mujer puede disponer de sus bienes dotales para el establecimiento de sus hijos (arts. 1,555 y 1,556). Berlier da la razón de esta excepción en la Exposición de los Motivos: "La causa de la inenajenabilidad, colocándose esencialmente en el interés de la mujer y aun de los hijos, se

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. V, pág. 582, notas 93 y 94, y la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 4061 y 4062.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 583 y notas 95 y 96. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 483, núm. 229 bis IV. Bruselas, 15 de Agosto de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 398).

considera que no se infringe cuando la enajenación sólo tiene lugar para mejorarlos." (1)

La enajenación está permitida en favor de los hijos de un primer matrimonio tanto como para el establecimiento de hijos comunes, pero con condiciones diferentes. El artículo 1,555 prevee la primera hipótesis en estos términos: "La mujer puede, con autorización de su marido ó á defecto de éste con permiso del juez, dar sus bienes dotales para el establecimiento de los hijos que tuviere de un matrimonio anterior." Aunque la mujer tenga el derecho de disponer de sus bienes dotales para el establecimiento de sus hijos, debe estar autorizada por su marido ó por el juez, puesto que es incapaz para enajenar sin autorización (art. 217). La autorización de justicia no tiene efectos tan extensos como la del marido. Si, dice el art. 1,555, la mujer sólo está autorizada por el juez debe reservar el goce á su marido. La justicia no puede autorizar á la mujer para dar toda la propiedad, puesto que el usufructo pertenece al marido; mientras que éste puede renunciar á su usufructo ó, lo que da lo mismo, concurrir al establecimiento de los hijos dándoles el goce de los bienes dotales.

El art. 1,556 agrega: "La mujer puede también con la autorización de su marido dar sus bienes dotales para el establecimiento de los hijos comunes." ¿Si el marido niega esta autorización podrán darla los tribunales? La cuestión está controvertida; no debía serlo, puesto que el texto la decide. Basta comparar el art. 1,556 con el art. 1,555, de que es continuación, para convencerse de que la ley hace una diferencia entre el establecimiento de los hijos de primer matrimonio y el establecimiento de los hijos comunes; la ley admite la intervención de la justicia en la primera hipótesis y no la admite en la segunda. La razón de esta diferencia es muy sencilla. El marido puede estar y estará ordinariamen-

1 Berlier, *Exposición de los Motivos*, núm. 37 (Locté, t. VI, pág. 397).

te mal dispuesto para con los hijos del primer matrimonio; habrá, pues, que mantener el derecho común que permite á la mujer ocurrir al juez cuando el marido niega su autorización. Cuando se trata de establecer hijos comunes la ley no concede este recurso porque supone que el marido tiene buenas razones para negar su consentimiento; respeta estas razones y corta así todo debate en un negocio tan delicado; como se trata de hijos comunes igualmente queridos por el padre como por la madre, la opinión del primero debe prevalecer en caso de diferencia. Esta es la opinión generalmente enseñada. (1)

522. ¿Qué se entiende por *establecimiento* en los artsículos 1,555 y 1,556? Esta palabra tiene un sentido técnico; según el art. 204, "el hijo no tiene acción contra sus padres para un *establecimiento por matrimonio ú otra causa.*" El establecimiento ordinario se hace por el matrimonio; pero puede también hacerse de otra manera procurando al hijo una posición en el comercio ó en la industria ó comprándole uno de los oficios para que la legislación francesa admita presentación por el tutor. Los tribunales se muestran muy favorables hacia el establecimiento de los hijos, admiten fácilmente que el fundo dotal pudo ser enajenado para establecer á éstos; sin embargo, hay un peligro: es que el establecimiento de los hijos sirva de pretexto para dar color á la enajenación de la dote; ha sucedido que los tribunales han decidido que no había *establecimiento* en el sentido de los arts. 1,555 y 1556 y que, por consiguiente, la enajenación del fundo dotal era nula. (2) Durantón dice con este propósito que las partes obrarán prudentemente pidiendo al juez comprobar la realidad del motivo. (3) He-

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 584 y nota 100, párrafo 587.

2 Véanse las sentencias, en sentidos diversos, citadas por Aubry y Rau, tomo V, pág. 585, nota 106, pfo. 537, y el Repertorio de Daltoz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 3581 y 3582.

3 Durantón, t. XV, pág. 580, núm 494.

mos dicho muchas veces que los jueces no están establecidos para dar consejos ni para llenar un oficio que entra en la jurisprudencia voluntaria; su competencia está determinada por la ley; deciden los negocios contenciosos y no intervienen en la jurisdicción voluntaria sino cuando la ley les confiere esta misión.

523. Los arts. 1,555 y 1,556 dicen que la mujer puede *dar sus bienes dotales* para el establecimiento de sus hijos. Se pregunta si puede enajenarlos para dar á los hijos el dinero de la venta, y si puede pedir prestado hipotecando sus inmuebles ú obligándose de un modo cualquiera para el establecimiento de los hijos. La cuestión está controvertida; pero es una de esas controversias que debería cesar, porque hay motivos perentorios para decidir. El establecimiento de los hijos es la causa más favorable entre todas las que justifican la enajenación del fundo dotal; es, como dice el orador del Gobierno, el empleo natural de los bienes dotales; por esto la ley permite á la mujer darlos para establecer á sus hijos y sin que la justicia tenga que intervenir. No deben, pues, interpretarse restrictivamente los arts. 1,555 y 1,556 limitando el establecimiento á una donación de los bienes dotales; la ley habla de la donación porque esta es la vía ordinaria de la dotación de los hijos que se casan, pero cuando se trata de otro establecimiento se necesita dinero y no inmuebles. ¿Por qué habría de obligarse á la mujer á dar un inmueble dotal á un hijo que quiere comprar un fondo de comercio cuando éste hijo tendría que vender inmediatamente el inmueble para hacerse de los fondos que necesita? ¿No es más sencillo y más ventajoso que la mujer haga un empréstito con hipoteca? Conservará su inmueble y proveerá á las necesidades del hijo.

Se hace una objeción que á primera vista parece dificultosa. Hemos dicho, y esta es la opinión consagrada por la jurisprudencia, que la cláusula del contrato de matrimonio

que permite enajenar el inmueble dotal no da á la mujer el derecho de hipotecarlo, porque las cláusulas que derogan la inenajenabilidad son de estricta interpretación. ¿No es una contradicción admitir que la mujer puede hipotecar y pedir prestado cuando la ley sólo le permite *dar*? Nó, pues las hipótesis son enteramente diferentes. Cuando el contrato autoriza la enajenación del fundo dotal, con ó sin cláusula de empleo, se abroga en todo ó en parte al régimen dotal, y esto se hace con un fin determinado; esto es muy peligroso y está en oposición con las convenciones matrimoniales que han estipulado el régimen dotal; hay, pues, que interpretar estas cláusulas restrictivamente. Al contrario, cuando la mujer dispone de sus bienes dotales para establecer á sus hijos, los emplea en su destino natural; ya no puede tratarse de una cuestión de garantía para la mujer, el contrato alcanza su objeto, el fundo dotal fué conservado para servir al establecimiento de los hijos; desde luego la garantía de la inenajenabilidad no tiene ya razón de ser. (1)

Se hacen otras objeciones. Hay diferencia, se dice, entre dar un inmueble y dar dinero. (2) Sin duda, ¿pero qué importa? Esta no es una cuestión de derecho. La inenajenabilidad resulta de las convenciones matrimoniales. ¿Con qué objeto permite la ley que se estipule? Para conservar el fundo dotal en interés de la mujer; y, sobre todo, por interés de sus hijos. Pues bien, este objeto está alcanzado cuando la mujer dispone de sus bienes dotales para el establecimiento de sus hijos. ¿Qué mayor interés que el de establecer á sus hijos? Yo no hay que temer que el marido abuse de su potestad para obligar á la mujer á enajenar. El marido está fuera de causa; personalmente él no aprovecha del

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 357, núm. 1794. Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. V, pág. 585, nota 107, pfo. 537 y las sentencias, en diversos sentidos, en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 3608.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 481, núm. 228 bis IV.

establecimiento de los hijos; si concurre á ello, es para renunciar á su usufructo. En fin, cuando se trata de disponer de los bienes dotales en interés de los hijos no se encuentra uno en la situación para la cual fué estipulada la inenajenableidad.

*Núm. 3. De la enajenación del fundo dotal con autorización de la justicia.*

524. El inmueble dotal puede también ser enajenado con permiso del juez en los casos previstos por el artículo 1,558. Debe agregarse á esto el cambio que está reglamentado por el art. 1,559. La razón general de las excepciones autorizadas por la ley es que la enajenación tiene una causa justa, pero el legislador tuvo cuidado de determinar las causas que le parecen justas; es para comprobar la realidad de esta justicia por lo que interviene el juez; no le está permitido autorizar la enajenación por causas que no prevee la ley, debe limitarse á comprobar si la causa por la cual se solicita enajenar el inmueble dotal está prevista por la ley, y si existe en el caso. ¡Cuántas veces sucede que los esposos sufren inconvenientes del régimen que han adoptado, amenudo sin más razón que la de vivir en un país de derecho escrito! Quisieran desprenderse de las cadenas que ellos mismos forjaron; comprenden que es cosa absurda un régimen que, á fuerza de querer conservarlo todo, mata la vida. Pero el régimen es inmutable y sólo queda á los esposos el remedio ilegal de eludir la ley. Eludir la ley es violarla; los tribunales intervienen para impedir que los esposos hagan fraudes á sus propias convenciones.

El art. 1,558 exige un permiso de la justicia: ¿quién debe pedirlo? La mujer, puesto que el permiso tiende á la enajenación y el propietario solo puede enajenar. Es necesario que el marido intervenga, pues él es usufructuario de los

bienes dotales, y los tribunales no pueden autorizar á la mujer para enajenar un goce que pertenece al marido. Si el marido se negara á concurrir á la enajenación, la mujer no podría vender más que la nuda propiedad, por muy favorable que fuese la causa de la enajenación; los tribunales no pueden autorizar la venta de un derecho apesar de aquel á quien pertenece. (1)

525. El fundo dotal puede ser enajenado con permiso del juez para sacar de la cárcel al marido ó á la mujer. Esta primera causa tiende á desaparecer, no siendo ya admitido el castigo corporal sino en raras excepciones. Cuando se trata de recobrar la libertad se comprende que la inenajenabilidad del fundo dotal ceda á un mayor interés, el primero de todos.

526. La justicia puede, en segundo lugar, permitir la enajenación del inmueble dotal "para ministrar alimentos á la familia en los casos previstos por los arts. 203, 205 y 206." Esta es la más necesaria de todas las causas que justifican la enajenación de los bienes dotales; los bienes sólo tienen utilidad para servir á las necesidades de la vida; si los esposos no tienen otros recursos, los bienes dotales deben ser empleados en la manutención de los hijos, así como en las obligaciones alimenticias que los esposos tienen que llenar para con sus ascendientes. La ley no dice nada en los arts. 203, 205 y 206 de los alimentos de los esposos, se entiende que éstos hacen parte de la familia para todas las necesidades por las cuales la dote puede ser enajenada. Si la ley no cita artículo refiriéndose á los esposos es que no hay disposición especial acerca de la obligación alimenticia de los esposos entre sí: se induce de los arts. 212 y 214. (2)

En cuanto á los hijos la deuda alimenticia tiene un objeto especial, la educación; en efecto, el art. 203 dice que

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 486, núm. 230 bis I.

2 Tessier, *De la dote*, t. I, pág. 414, núm. 72, nota 628.

los esposos contraen juntos, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de *alimentar, mantener y educar* á sus hijos. El *alimento* y la *manutención* constituyen la deuda alimentaria propiamente dicha; para los hijos se necesita más que el alimento del cuerpo, es necesario el alimento del alma; es decir, el desarrollo de las facultades intelectuales y morales, sin las cuales el hombre estaría más bajo que los brutos. Los autores y la jurisprudencia están unánimes en este punto; demuestran un gran favor para los gastos de educación. (1)

Desgraciadamente sólo se trata de las clases acomodadas; los pobres litigan acerca de los gastos de educación por la razón excelente de que no los pueden soportar: esta es una deuda social; hay que confesarlo con vergüenza, es una deuda que la sociedad se cuida muy poco de pagar.

527. En tercer lugar el inmueble dotal puede ser enajenado "para pagar las deudas de la mujer cuando tienen una fecha cierta y anterior al contrato del matrimonio." La mujer no tiene derecho de comprometer sus bienes por las deudas que contrajo después del matrimonio; volveremos á tratar sobre este punto. ¿Cuál es el derecho de los acreedores anteriores al matrimonio? El artículo 1,558 permite la enajenación de los bienes dotales para el pago de estas deudas cuando tienen una fecha cierta y anterior al contrato matrimonial; lo que implica que los acreedores tienen acción sobre los bienes dotales que pueden embargoar y poner en venta: tal es, en efecto, su derecho, como lo veremos al tratar de las obligaciones contraídas por la mujer casada. Para impedir la expropiación de bienes dotales que dan lugar á gastos ruinosos, les permite la enajenación

1. Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 588, nota 115, pfo. 537, y por Rodière y Pont, t. III, pág. 363, nota 2. Debe agregarse De negada de la Corte de Casación de Bélgica, 28 de Diciembre de 1871 (*Pasicrisia*, 1872, 1, 7).

voluntaria de estos bienes con autorización de la justicia. (1)

El art. 1,558 añade que los bienes dotales pueden también ser enajenados para pagar las deudas de los que han constituido el dote. ¿Quiere decir esto que la enajenación esté permitida aun cuando la mujer no estuviese comprometida personal ni hipotecariamente por sus deudas? (2) Esta interpretación nos parece inadmisible. La ley no hace excepción al principio de inenajenabilidad sino en los casos de necesidad, tratándose naturalmente de una necesidad jurídica. El sentimiento de conveniencia ó de reconocimiento puede inducir á la mujer al pago de las deudas del que la dotó; pero semejante causa no engendra por sí una obligación natural: es un simple deber moral; y se concibe que los bienes dotales sean enajenados por un motivo de delicadeza? El texto no dice lo que se le hace decir; pone las deudas del donante en la misma línea que las deudas anteriores de la mujer; supone que para todas estas deudas la mujer puede perseguirse sobre sus bienes dotales; y es para evitar estas promociones como la ley le permite enajenar sus bienes voluntariamente hasta concurrencia de las necesidades reconocidas, dice el final del art. 1,558; y no es ciertamente una necesidad reconocida la de pagar las deudas del donante, á menos que la mujer esté obligada á ello en virtud de la donación ó como detentora de bienes hipotecados ¿Cuándo la mujer es detentora? Acerca de este punto nos transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones*. (3).

Hay una condición común á las deudas de la mujer y á las deudas de aquellos que constituyeron la deuda; es necesario que tengan una fecha cierta anterior al contrato de ma-

1 Colmet de Santerra, t. VI, pág. 487, núm. 230 bis II y III.

2 Esta es la opinión de Marcadé, t. VI, pág. 70, núm. III del art. 1558, y de Colmet de Santerre, t. VI, pág. 488, núm. 230 bis IV.

3 Rodière y Pont, t. III, pág. 363, núms. 1799-1802. Aubry y Rau, t. V, página 589, nota 119, pfo. 537.

rimonio. Sólo por las deudas anteriores al matrimonio pueden ser perseguidos los bienes dotales y hay lugar á enajenarlos; resulta que deben tener una fecha cierta de dicha anterioridad, si no la mujer podría hacer sus bienes dotales enajenables al contratar durante el matrimonio deudas con fechas anticipadas. La ley quiere aun más; exige que las deudas hayan sido contraídas antes *del contrato de matrimonio* y que tengan fecha cierta de esta anterioridad. Esta disposición es una consecuencia y una sanción de la irrevoabilidad de las convenciones matrimoniales. Cuando el contrato de matrimonio estipula la dotalidad, la mujer no puede hacer los bienes enajenables al contraer deudas antes de la celebración del matrimonio; esto sería cambiar las convenciones sin la observancia de las condiciones que la ley prescribe para la validez de estos cambios.

528. En cuarto lugar la ley permite la enajenación del inmueble dotal "para hacer las grandes reparaciones indispensables para la conservación del inmueble." La fórmula no es correcta; significa que si la mujer tiene varios inmuebles dotales puede enajenar uno de ellos, el menos costoso, para conservar el otro más ventajoso, haciendo en él las reparaciones; y si la mujer sólo tiene un inmueble, un rancho, por ejemplo, no puede enajenar una parte de él para reponer construcciones que amenazan derrumbe. La ley está concebida en términos muy restrictivos; no permite enajenar sino para hacer las reposiciones *indispensables* á la conservación del fundo dotal. Esto excluye los trabajos de reconstrucción, y con más razón las nuevas construcciones, que son amenudo ruinosas porque los gastos sobrepasan el valor que resulta. (1)

529. La ley en quinto lugar permite la enajenación del inmueble dotal cuando se encuentra indiviso con terceros y

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 368, núm. 1804. Aubry y Rau, t. V, pág. 591, nota 126, pfo. 537. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3677.

está reconocido como indivisible. ¿Cuál es el caso previsto por esta disposición?

El art. 1,558 tiene por objeto la enajenación voluntaria que puede consentir la mujer dotal en los casos previstos por la ley. Debe, pues, suponerse que los copropietarios por indiviso están acordes para licitar el inmueble; la cuestión está en saber si la mujer dotal puede consentirlo. (1) Sólo lo puede con permiso del juez y la ley quiere además que el inmueble sea indivisible. Se debe entender esta condición en el sentido del art. 827; es decir, que basta que el inmueble no pueda repartirse cómodamente y sin pérdida; no está, pues, requerido que el inmueble esté absolutamente indivisible. Si se interpretase la ley en este sentido se obligaría á los copropietarios á permanecer en la indivisión, lo que puede ser contrario á sus intereses y lo es siempre al interés general, ó se verían obligados á partirlo con pérdidas; y el privilegio de la dotalidad sería entonces una singular garantía si condujera á perjudicar á la mujer. (2)

El art. 1,558 es extraño al caso de licitación forzada. Es de principio que el reparto puede siempre ser pedido. Este principio recibe su aplicación aunque entre los copropietarios por indiviso haya una mujer dotal. Y cuando la partición es solicitada hay necesariamente lugar á la licitación desde que el inmueble no puede dividirse cómodamente. Es inútil, en este caso, que el juez autorice á la mujer para consentir la licitación, puesto que ésta puede tener lugar apesar suyo. El art. 1,558 no es aplicable á esta hipótesis, pues nada dice del derecho de los terceros, sólo se ocupa de la mujer.

530. La enajenación que se hace por causas determinadas por el art. 1,558 difiere de la enajenación permitida por el contrato de matrimonio y de la que autoriza la ley para el

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 595, nota 138, pfo. 537. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 490, núm. 230 bis V.

2 Esta es la opinión general. Aubry y Rau, t. V, pág. 594, nota 137, pfo. 537.

establecimiento de los hijos. Según el art. 1,558 la mujer debe pedir ante la justicia un permiso especial y previo; es el tribunal del domicilio de los esposos el que lo concede. El juez interviene para comprobar la existencia de la causa que justifica la enajenación, lo que evita la colisión de los esposos ó, cuando menos, la hace más difícil. Hay una segunda diferencia entre los casos previstos por el artículo 1,558 y los de los arts. 1,555-1,557: es que la venta debe hacerse por subasta pública en las formas prescriptas por el Código de Procedimientos. La ley quiere que la venta pública tenga lugar para que haya una garantía de que el inmueble llegue á su verdadero valor, y también para impedir que los esposos se entiendan con un tercero complaciente para hacer un fraude á la inenajenabilidad. Cuando los esposos venden por las causas del art. 1,558, salvo el caso de licitación, es por necesidad, se encuentran en la indigencia; importa, pues, que el fundo dotal se venda en su valor verdadero. No sucede así cuando el contrato de matrimonio estipula la enajenación ó cuando se hace para el establecimiento de los hijos; estas causas implican, al contrario, que los esposos enajenan para mejorar su posición ó que hacen una liberalidad; la ley pudo, pues, atenerse á ellos para el cuidado de sus intereses.

531. En fin en caso de permiso judicial el excedente del precio de la venta á las necesidades reconocidas permanece dotal y se hace empleo con él en provecho de la mujer. Este es un empleo obligatorio y, por lo tanto, una condición de la venta en este sentido: que los terceros adquirentes están ligados por esta condición como lo estarían por una cláusula del contrato de matrimonio que estipulase el empleo; sólo pueden pagar válidamente cuando el reemplazo ha sido hecho. (1) Aun hay más. En los varios casos determinados por el art. 1,558, salvo la licitación, la enajenación es-

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 403, núm. 1848.

tá permitida para las necesidades previstas por la ley y comprobadas por el juez. ¿Cómo asegurar que el dinero procedente de la venta se empleará realmente en proveer á estas necesidades? No puede uno fiarse de los esposos, la experiencia prueba que buscan amenudo eludir la ley de la inejajenabilidad, simulando una de las causas por las cuales puede hacerse la enajenación; y aunque la causa fuera real se necesita también una garantía de que los fondos han recibido un empleo legal. Y la única garantía es el interés de los adquirentes; se admite, pues, que éstos deben cuidar de que el dinero que entregan se emplee en las necesidades para las que fué permitida la enajenación. Esto es muy duro y muy estorboso para los adquirentes; pero el régimen dotal es un régimen de trabas y cadenas; y es con este espíritu estrecho como se le estipula, es también con este espíritu como se le debe aplicar. (1)

La licitación difiere de las demás causas previstas por el art. 1,558, sólo tiene por objeto proveer á la necesidad de los esposos ó de su familia; la ley debió administrarla como una necesidad jurídica. Sin embargo, queda sometida á la regla del empleo. Si el inmueble está adjudicado á uno de los copropietarios ó á un tercero, la mujer tiene derecho á una parte del precio, el dinero que recibe deberá ser empleado. Debe decirse de este empleo lo que se admite para cualquier empleo legal ó convencional bajo el régimen dotal: es obligatorio para el adjudicatario en este sentido: que no debe pagar el precio sino cuando queda probado que el empleo tuvo lugar, el pago sólo es válido con esta condición. (2)

532. El art. 1,558 dice que el inmneble dotal puede ser enajenado por una de las causas que prevee. Se pregunta si el juez puede permitir á la mujer hipotecar por las mismas

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 493, núm. 230 bis XI.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 492, núm. 230 bis VIII.

causas. La afirmativa está generalmente admitida. Se pueden aplicar á esta hipótesis los motivos que hemos hecho valer en el caso en que la ley permite la enajenación del fundo dotal para el establecimiento de los hijos. Hay además un motivo especial en el caso. La intención de la justicia es una garantía que debe apartar todo temor. No porque haya diferencia entre la enajenación que se hace á pedimento de los esposos y la que un acreedor hipotecario puede perseguir puede suceder que ésta sea más desventajosa, pero también puede ser que el empréstito sea más favorable; el juez decidirá según las circunstancias de la causa. Hay un motivo de duda: es el espíritu restrictivo del régimen dotal. Pero no hay que exagerar este principio de interpretación multiplicando las trabas cuando la ley permite libertarse de ellas. Y el texto no es tan restrictivo como se dice; la palabra *enajenación* comprende los desmembramientos de la propiedad, á no ser que haya una razón para atenerse á la letra de la convención, como lo hemos hecho para la cláusula del contrato de matrimonio que permite enajenar el fundo dotal. Hay una ligera diferencia entre esta hipótesis y las demás, lo que justifica las soluciones diferentes que hemos admitido. Esta es por lo demás la opinión general. (1)

533. El art. 1,558 prescribe condiciones y formas. ¿Qué debe decidirse si la enajenación se hace sin que los esposos observen las prescripciones de la ley? La enajenación será nula aunque la ley no pronuncie la nulidad; este es uno de los casos en los cuales debe admitirse la nulidad virtual. Esto no es dudoso si la enajenación se hace por una de las causas previstas por el art. 1,558, pero sin el permiso del juez. La enajenación no puede tener lugar más que con este per-

1. Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. V, pág. 592, nota 128, pfo. 537, y la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3700. En sentido contrario Colmet de Santerre, t. VI, pág. 494, núm. 230 bis XIII.

miso; luego fuera de la autorización judicial se vuelve á entrar en la regla; es decir, la prohibición y la nulidad. Lo mismo sería si la venta, aunque permitida por el juez, no tuviera lugar por subasta; la ley no permite la enajenación sino por excepción, la somete á ciertas formas; fuera de estas formas ya no se encuentra en la excepción, luego la venta esta prohibida y es nula. En apoyo de estas decisiones se puede invocar el art. 1,560, éste abre la acción de nulidad contra toda venta hecha "fuera de los casos de excepción que acaban de explicarse," y las excepciones que acaban de ser explicadas están limitadas por la ley y subordinadas á condiciones y formas que hacen parte de la disposición excepcional. (1)

534. También habría nulidad si el tribunal hubiera concedido el permiso de enajenar fuera de los casos previstos por la ley. La razón es siempre la misma; fuera de los casos en los cuales el Código autoriza la enajenación, ésta queda prohibida y es nula, y el juez no puede permitir lo que la ley prohíbe. No hay lugar á invocar la autoridad de cosa juzgada en esta materia, pues la intervención del juez es un acto de jurisdicción graciosa; el permiso no es, pues, una sentencia. Hay otro motivo para dudar. Si el juez se equivocó, con más razón pueden equivocarse los esposos y los terceros; ¿no es un excesivo rigor anular la venta cuando las partes interesadas han cumplido con la ley? Esto es muy severo, en efecto, pero los principios de la dotalidad lo exigen así. Esto no es un régimen de crédito ni de interés público; los terceros sólo deben tratar con los esposos, con la mayor desconfianza, y abstenerse luego que hay duda. En cuanto á los esposos, no pueden quejarse por estas trabas, ellos las quisieron.

No hay que confundir con el caso de un permiso ilegal el en que el juez ha concedido la autorización conforme á la

1 Compárese Gante, 20 de Julio de 1872 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 305).

ley. Pero sucede que los esposos lo engañaron por una falsa exposición de los hechos; de manera que, en realidad, la enajenación tuvo lugar sin que hubiera una causa para justificarla. ¿Podrán los esposos pedir la nulidad por este punto? Nó, pues la venta fué permitida por una causa legal; el fraude cometido no puede ser invocado por aquellos mismos que lo cometieron. La Corte de Casación lo sentenció así en el siguiente caso. Los esposos se habían coludido con un amigo complaciente para simular deudas y poner en la cárcel al marido; después obtuvieron del tribunal el permiso de contraer un préstamo con hipoteca. Más tarde la mujer quiso desprendérse de sus obligaciones; pidió la nulidad del empréstito por el motivo de que no había habido deudas y que el encarcelamiento había sido fruto de una simulación. La Corte de París pronunció la nulidad del empréstito; su decisión fué casada. No hay contradicción entre esta jurisprudencia y la que anula la enajenación hecha con permiso del juez por una causa no prevista por la ley. En este último caso el permiso es ilegal y, por consiguiente, la venta es nula. En el primer caso el permiso es legal, puesto que fué otorgado por una causa prevista por la ley. Esto se funda también en la equidad. Ya era muy severo hacer responsables á los terceros por un error de derecho cometido por el juez que concede el permiso fuera de la ley; pero al menos los terceros tienen un medio de asegurarse de la ilegalidad consultando el Código Civil y, en caso necesario á un abogado; pero les es absolutamente imposible conocer los fraudes por los cuales los esposos han engañado al juez. (1)

*Núm. 4. Del cambio del fundo dotal.*

535. El art. 1,559 permite cambiar el inmueble dotal.

1 Troplong, t. II, pág. 353, núms. 3493-3499 y las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, págs. 593 y siguientes, notas 134-135, pfo. 537. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 492, núm. 230 bis X, y Gante, 12 de Mayo de 1870 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 37). Lyón, 31 de Enero de 1872 (Dalloz, 1874, 2, 43).

Esta es también una enajenación y sólo puede hacerse con permiso del juez como en los casos previstos por el artículo 1,558. Sin embargo, hay una diferencia en lo que toca á la causa por la cual el inmueble dotal puede ser cambiado ó enajenado. En los casos previstos por el art. 1,558 hay una necesidad material ó jurídica; mientras que el cambio no es nunca necesario se hace por motivo de utilidad. Esto parece estar poco en armonía con el espíritu de conservación del régimen dotal. La excepción era admitida en derecho romano; hé aquí como la justifica el orador del Gobierno: "En el curso ordinario de la vida hay cosas tan *eminente-mente útiles* que sería duro no colocarlas algunas veces al nivel de las cosas *necesarias*. Supongamos el caso, bastante frecuente sin duda, en que el inmueble dotal está colocado á una gran distancia del domicilio de los esposos, mientras que tendrán á mano otro inmueble de igual valor, ó poco más ó menos, cuya administración infinitamente más fácil ofrecería inmensas ventajas. En esta hipótesis las leyes romanas permitían el cambio con autorización del juez y reportando en el fundo adquirido todos los caracteres y privilegios del fundo enajenado." (1) El Código reproduce esta excepción.

536. La ley exige el consentimiento de la mujer; adquiere y enajena, lo que sólo puede hacerse sin que consienta. Es verdad, ella es quien cambia, así como es ella la que vende en los casos en que está permitida la enajenación. La redacción del art. 1,559 implica, sin embargo, que es el marido quien hace el cambio con el consentimiento de la mujer; sin duda porque el cambio no es una verdadera enajenación, es una adquisición; y como el inmueble recibido en cambio está marcado de dotalidad, es en realidad la simple subrogación de una heredad á otra. Además, el marido debe concurrir á la convención, puesto que es usufructuario;

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 39 (Locré, t. VI, pág. 397).

son, pues, ambos esposos reunidos quienes proceden al cambio.

537. La ley permite el cambio porque la mujer recibe un inmueble dotal de igual valor; exige, en consecuencia, que este inmueble valga las cuatro quintas partes cuando menos del que se le da en cambio. Esto necesita una estimación de ambos inmuebles; el art. 1,559 quiere que ésta se haga por expertos que nombre el tribunal de oficio; esta es una garantía de imparcialidad.

538. No basta que el inmueble recibido en cambio tenga el mismo valor para que la operación sea útil; la utilidad es una cuestión de hecho; á los esposos toca justificarlo, dice el art. 1,559. Se necesita, pues, de la intervención del juez; debe autorizar el cambio después de haber comprobado si las condiciones exigidas por la ley están cumplidas.

539. ¿Cuál es el efecto del cambio? Esta es una subrogación que se hace de pleno derecho en virtud de la ley. "El inmueble recibido en cambio será dotal," dice el artículo 1,559 sin declaración alguna. La subrogación es la condición esencial del cambio: toda estipulación se hacía, pues, inútil. En cuanto al saldo, si lo hay en favor de la mujer, también es dotal, según el art. 1,559 que agrega: "Se hará con el empleo como tal en provecho de la mujer." Estas son las expresiones del art. 1,558; debe, pues, aplicarse á este empleo lo que fué dicho más atrás (núm. 531).

La ley no prevee el caso en que el inmueble tuviese un valor inferior; si este cambio fuera útil el tribunal lo autorizará. Es raro que los inmuebles cambiados tengan un mismo valor; una vez admitido el principio del cambio, la ley debe permitirlo, sin tener en cuenta el valor respectivo de los inmuebles. ¿Cuál será, en este caso, la condición del inmueble recibido en cambio? Sólo será dotal hasta concurrencia del valor del inmueble dado en cambio, no lo puede ser para el excedente; esto sería aumentar la dote durante

el matrimonio haciendo dotal un inmueble que no lo era en virtud del contrato de matrimonio; el inmueble será, pues, dotal por una parte y parasernal por la otra. (1) El principio de la subrogación conduce á la misma consecuencia; es una ficeión que sólo puede recibir aplicación en los límites de la ley; más allá del valor del inmueble cambiado no hay ya subrogación, luego ya no hay dotalidad.

#### § IV.—DE LA INENAJENABILIDAD DE LA DOTE.

##### Núm. 1. *¿Es inenajenable la dote mobiliar?*

540. La ley ignora la inenajenabilidad de la dote mobiliar, la jurisprudencia fué quien la creó. Como no reconocemos á la jurisprudencia el derecho de hacer la ley, permanecemos fiel al principio que hemos seguido en el curso de nuestro trabajo: respetar á la ley. Lo mantendremos contra la jurisprudencia, aunque sin esperanza de verla cambiar, cuando menos en Francia. La dotalidad es prejuicio de tradición, casi de raza; el legislador se doblegó ante esta preocupación, y la Corte de Casación hizo lo mismo dando como pudo color á una doctrina que tiene contra sí todos los textos más precisos. El régimen dotal se introduce también en nuestras provincias, no hay aún jurisprudencia belga en esta cuestión; pero, cosa notable, la única decisión que conocemos, una sentencia del Tribunal de Bruselas, se pronunció en contra de la inenajenabilidad; (2) no dudamos de que nuestras cortes consagren esta opinión cuando la dificultad se presente; los prejuicios de los países de derecho escrito nos son extraños, y la ley se respeta por nuestros tribunales más que en Francia. La doctrina contraria es la consecuencia inevitable de una tendencia que no hemos dejado de combatir, la tendencia que tienen los intérpretes á

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 377, núm. 1816.

2 Sentencia de 3 de Junio de 1846 (Dalloz, 1846, 3, 187).

corregir la ley. Esta no es su misión; cuando el juez se pone más arriba que la ley da el peor de los ejemplos; apartarse de la ley, aunque fuera para hacerla mejor, es violarla, y cuando los magistrados encargados de aplicar la ley la violan ¿qué sucederá con el respeto debido á la ley? ¿Y qué es una sociedad que no respeta la legalidad? ¡Se entrega á las tempestades de las revoluciones! ¡Siquiera cumplieran los tribunales con la misión que usurpan al hacer la ley! Siempre lo hacen mal, porque tienen que proceder por vía de interpretación de la ley; se encuentran encadenados por los textos, á la vez que los desconocen. Esto es decir que no tienen la libertad de proceder que debe tener el legislador. La usurpación de que nos quejamos tiene de ordinario por excusa los intereses de las partes litigantes. Pero lejos de resguardarlos, la jurisprudencia los compromete acomodando la ley á sus conveniencias. La jurisprudencia es esencialmente cambiante aun cuando parece establecida sólidamente. Durante diez años la Corte de Casación ha sentenciado que la mujer tenía una preferencia para su devolución sobre los terceros; después las cámaras reunidas han derrumbado esta falsa doctrina que, en realidad, violaba la ley. ¿Cuál es la situación de los que piden justicia frente á una jurisprudencia que los protege hoy y mañana les retira su protección? Si se conforman á la jurisprudencia verán perdidas sus esperanzas por una jurisprudencia contraria, sin que puedan quejarse de esta retroacción, pues la jurisprudencia invoca siempre los mismos textos y los invoca aun cuando los altera. Sólo hay verdadera garantía para los ciudadanos en el más absoluto respeto á la ley. (1)

541. ¿Preguntamos si la dote mobiliar es inenajenable? La jurisprudencia contesta que sí, la ley dice nō. Basta leer el título de nuestra sección para convencérse de ello; dice: "De los derechos del marido en los bienes dotales y de

1 Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 526, núm. 233 bis XII.

la inenajenabilidad del *fundo dotal*.<sup>1</sup> Hay, pues, una diferencia entre los bienes dotales y la inenajenabilidad del *fundo dotal*; todos los *bienes dotales* no son inenajenables, sólo lo es el *fundo dotal*. ¿Y qué es el *fundo dotal*? Es una expresión latina que nunca se aplicó al mobiliar, es sinónima de *inmueble*. Tal es la expresión de que se vale la ley en el artículo que establece el principio de la inenajenabilidad; el art. 1,554 dice: «Los *inmuebles dotales* no pueden ser enajenados ó hipotecados.» Esta misma expresión está reproduida en las disposiciones que admiten excepciones á la regla de la inenajenabilidad (arts. 1,557, 1,558 y 1,559). En fin, el art. 1,561 habla de los inmuebles dotales al establecer la regla de la imprescriptibilidad. Estos son textos; nada se dice en ellos del mobiliar dotal. Esto es decisivo. La inenajenabilidad es una excepción que el legislador admitió apesar suyo; de derecho común los bienes pueden ser enajenados, el interés público así lo exige, así como el interés bien entendido de los particulares. De esto resulta que los bienes dotales de la mujer no están marcados de inenajenabilidad sino por disposiciones terminantes que prohíben su enajenación; cualquier bien que no está declarado inenajenable permanece enajenable; es precisa una disposición formal para que pueda admitirse la inenajenabilidad, porque es una excepción á un principio fundamental de nuestro derecho; y la excepción, cuando se admite, es de la más estricta interpretación. Esto es trivial á fuerza de ser elemental; es, sin embargo, en oposición con textos tan terminantes y con reglas tan seguras, como la jurisprudencia se ha pronunciado por la inenajenabilidad del mobiliar dotal.

Casi todos los autores han combatido la jurisprudencia.<sup>(1)</sup> Uno sólo ensayó defenderla, pero lo que dice es tan débil que la defensa se volvió en contra de la doctrina que

1 Véase los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 593, nota 5, pfo. 537 bis.

los tribunales han consagrado. La Corte de Casación invoca los textos y á su manera, se conforma con afirmar que resulta de los arts. 1,541, 1,555, 1,556 del Código Civil, del art. 83 del Código de Procedimientos Civiles, que la dote mobiliar es inenajenable; pero afirmar no es probar. Y se ha probado hasta la evidencia que estas disposiciones son extrañas á nuestra cuestión; creemos inútil volver á dar la demostración. (1) Rodiere y Pont han creído prudente no citar siquiera estos artículos, se conforman con un argumento sacado de la tradición. Bajo el derecho antiguo los parlamentos, derogando la legislación romana, habían aplicado el principio de la inenajenabilidad á la dote mobiliar, y los autores del Código sólo reprodujeron las reglas que regían los principios de derecho escrito: ¿Es creible que hayan invocado en lo que se refiere á la dote mobiliar, cuando el crecimiento de la riqueza mobiliar les hacía un deber de mantener la doctrina tradicional? (2) La contestación es fácil y perentoria. Es verdad que los parlamentos juzgaban que los compromisos contraídos por la mujer dotal durante el matrimonio, no podían ser ejecutados en sus bienes dotales, y sentenciaban también que la mujer no podía renunciar á la hipoteca que la ley le da para la garantía de su crédito dotal. (3) Pero la cuestión está en saber si el Código reprodujo esta jurisprudencia. Y todo el antiguo derecho quedó abrogado; los autores del Código se supone tenían á la vista el derecho antiguo. ¿Y qué hicieron? Reprodujeron la legislación romana, no reprodujeron la jurisprudencia de los parlamentos. La tradición atestigua, pues, contra aquellos que la invocan.

¿Para qué buscar argumentos jurídicos en apoyo de una

1 Colmet de Santerre t. VI, pág. 528, núm. 233 bis XV-XIX.

2 Rodière y Pont, t. III, pág. 334, núm. 1772.

3 Odier, t. III, núm. 1234. Tessier, *Cuestiones acerca de la dote*, números 91-99.

doctrina que no puede justificar ningún argumento, puesto que la inenajenabilidad del mobiliar dotal sólo podrá ser admitida en virtud de un texto terminante y cuando no existe este texto? Confésemoslo, la jurisprudencia mora así como la de los parlamentos hizo la ley obedeciendo á las exigencias de un estado social que difiere enteramente de la sociedad romana. Nuestra sociedad se ha vuelto comerciante é industrial; la riqueza mobilir, casi desconocida de los romanos, toma una importancia cada día mayor; resulta de esto que las dotes mobiliarias son la regla y las dotes inmobiliarias la excepción. El régimen romano no basta, pues, ya para garantizar los intereses de la mujer; si se quiere mantener el régimen dotal hay que extender la inenajenabilidad á la dote mobiliar. Esto es lo que ha hecho la jurisprudencia; el legislador sólo tenía el derecho de hacerlo, debiera haberlo hecho. Cuando cambia el estado social las leyes deben igualmente cambiar. Los Códigos debieran ser modificados á medida que la necesidad del cambio se hace sentir, si no se obliga á los tribunales á hacer lo que el legislador no hizo.

*Núm. 2. En qué sentido la dote mobiliar es inenajenable según la jurisprudencia.*

542. Cuando se dice que la dote mobiliar es inenajenable según la jurisprudencia no debe creerse que lo sea en el mismo sentido que la dote inmobiliar. Los inmuebles dotales no pueden ser enajenados durante el matrimonio, excepto en el caso en que, por excepción, la ley permite su enajenación; y cuando han sido enajenados, los esposos pueden hacer revocar la enajenación. Tal es la primera consecuencia y la más importante de la inenajenabilidad del fundo dotal. ¿Sucede lo mismo con los inmuebles dotales? La jurisprudencia admite, al contrario, que el marido tiene derecho de enajenarlos sin distinción entre los muebles corporales y los mue-

bles incorporales. Le da este derecho en su calidad de administrador. Este es un punto esencial de la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado, y en este punto los autores están divididos; los hay que están acordes con la Corte de Casación. (1) En nuestro concepto se equivocan. Vamos á oír á la Corte, y para no quitar nada de su autoridad escogemos la sentencia mejor motivada pronunciada sobre informe de Laborie. (2)

La sentencia comienza por sentar en principio que la dote de la mujer está protegida por varias garantías encabezadas por la regla de inenajenabilidad. Esta regla, sin embargo, difiere en sus efectos según la naturaleza de los bienes afectos á la dotalidad; si para los bienes de cualquiera naturaleza la regla protege la dote contra todas las actas de disposición por parte de la mujer, no pasa lo mismo, al menos en igual grado, en lo que se refiere á las actas del marido. Este es el principio de la jurisprudencia; hay dos especies de inenajenabilidad según que los bienes dotales son muebles ó inmuebles; son idénticas en lo que se refiere al derecho de disposición de la mujer; ésta no puede disponer ni de unos ni de otros; pero en cuanto al marido difieren: no puede enajenar los inmuebles, pero puede enajenar los efectos muebles. ¿Es esto lo que dice la ley? Tiene una sección particular consagrada á la inenajenabilidad. Si hiciera la distinción que la Corte hace allí es donde debiera encontrarse. La ley distingue efectivamente; declara el fundo dotal inenajenable, pero no dice palabra de la inenajenabilidad de la dote mobiliar. Si los muebles fuesen inenajenables, esta inenajenabilidad debiera tener los mismos efectos que la de los muebles. ¿Contra quien está establecida la inenajenabilidad? Es contra el marido en este sentido: que

1 Véanse, en diversos sentidos, las autoridades citadas por Aubry y Rau, tomo V, pág. 600, notas 8 y 9, pfo. 537 bis.

2 Casación, 6 de Diciembre de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 501).

se teme que el marido abuse de su potestad para obligar á la mujer á enajenar sus bienes dotales en interés de su esposo; la inenajenabilidad tiene, pues, por objeto directo impedir que la mujer enajene; en cuanto al marido, no puede enajenar haciendo abstracción de la inenajenabilidad por la sencilla razón de que no es propietario y que sólo el propietario puede enajenar. Así el principio de la ley es la contrapartida del principio formulado por la Corte; la ley quiere impedir la enajenación de los bienes marcados de dotalidad, esta es la disposición del art. 1,554 que proclama el principio de la inenajenabilidad; y la Corte se esfuerza en demostrar que el marido tiene el poder de enajenar la dote mobiliar.

La Corte encuentra este poder en el art. 1,549; transcribimos la sentencia: "Los derechos del marido en la dote exceden los límites en los que se circunscribe la esfera de acción de un administrador ordinario ó aun de un usufructuario; el mandato que le está exclusivamente conferido por la primera disposición de nuestra sección le atribuye las acciones dotales y no tiene otras restricciones más que aquellas que están terminantemente establecidas por las subsecuentes disposiciones de la misma sección." Es verdad que el art. 1,549 da al marido un derecho que no tienen los administradores ordinarios: puede intentar todas las acciones dotales, aun inmobiliarias. La Corte considera esta disposición como una regla que implica el poder de disposición. Esto es sobrepasar el texto y los principios: el texto no da al marido más que un poder de administración y los principios nos dicen que el administrador no tiene poder para enajenar. Bajo el régimen de la comnidad el marido tiene también las acciones muebles de la mujer; ¿quiere esto decir que puede enajenar los muebles propios de ésta? Nō, seguramente; la Corte de Casación ha sentenciado lo contrario. De que bajo el régimen dotal el marido tiene

todas las acciones dotales no se puede, pues, inducir que tenga en principio el derecho de disponer de la dote. Hay en la sentencia una cosa subentendida que discutiremos: (1) es el principio tradicional ó, mejor dicho, la ficción la que considera al marido como dueño de la dote. Nuestra legislación ignora esta ficción; lejos de decir que el marido es propietario ó casi propietario, la ley dice que sólo es administrador de la dote durante el matrimonio; esto es negar que tenga la propiedad. El derecho de administración es más extenso bajo el régimen dotal que bajo los demás regímenes, pero es siempre un solo derecho de administración, y el poder de administrar es esencialmente distinto del poder de disponer. El mismo Código lo dice: la administración es un mandato; la Corte da este nombre á la administración del marido; pues bien, ¿qué dice la ley de los poderes del mandatario? «El mandato concebido en términos generales sólo abarca los actos de administración. Si se trata de *enajenar* ó de *hipotecar*, ó de algún otro *acto de propiedad*, el mandato debe ser expreso» (art. 1,988). Y la ley sólo da al marido un mandato general para administrar extendiéndolo á las acciones dotales; luego no tiene derecho de hacer actos de propiedad. El derecho de intentar todas las acciones muy lejos de ser una regla es una derogación del derecho común; es una anomalía en nuestra legislación: ¿con qué derecho transforma la Corte una excepción en regla?

Esta regla, continúa la Corte, recibe restricciones en lo que se refiere á los inmuebles; el derecho del marido para administrar no llega hasta el poder de enajenar ó hipotecar si no es en casos y bajo las condiciones determinadas por la ley. Se diría al leer este considerando que la inenajenabilidad significa que el marido no tiene el poder de enajenar

1 En la primera sentencia la Corte de Casación dijo que el marido es el único dueño y propietario de la dote mobiliar. Denegada, Sala Civil, 1º de Febrero de 1819 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3,503).

y que se necesita una restricción del art. 1,554 para quitárselo cuando se lo concedía el art. 1,549. Esto es revolver todos los principios y tomar en todo el contrapunto de la ley. El marido administra, dice el art. 1,549; ¿y es propietario el administrador? Lo es tan poco que el art. 1,551 sólo le da la propiedad de la dote mobiliar cuando ha sido entregada por avalúo; luego la dote no estimada permanece en propiedad á la mujer y por lo tanto sólo ella tiene el poder de disponer. Vienen después los arts. 1,552 y 1,553 que determinan los casos en los que el marido se hace propietario de los inmuebles dotales, caso enteramente excepcional, y la excepción, como siempre, confirma la regla. La mujer queda, pues, propietaria de sus bienes dotales, muebles é inmuebles. ¿Cuál es la garantía especial de conservación que le da el régimen dotal? El art. 1,554 contesta á la cuestión: es la inenajenabilidad. ¿Pero de qué bienes? De los inmuebles constituidos en dotes, dice el art. 1,554. En todos los artículos que siguen no se trata ya del mobiliar dotal, la ley sólo se ocupa de la inenajenabilidad de los inmuebles. Estas disposiciones no son una excepción á la pretendida regla del art. 1,549, son una excepción á la regla que permite enajenar todas las cosas, y esta excepción se dirige naturalmente á quien tiene el poder de enajenar; es decir, á la mujer propietaria.

No es así como entiende el asunto la Corte de Casación. El art. 1,554 es una restricción al poder del marido, restricción que procede de la naturaleza de los inmuebles cuya propiedad se presta á la estabilidad, carácter distintivo del régimen dotal. No sucede así con la dote mobiliar; la ley no restriñe el poder que el marido tiene para disponer de ella, porque puede estar en el interés de los esposos enajenar efectos muebles por razón de pérdida ó desmejoramiento: tales serían acciones que bajasen de precio ó que amenazaran perderse. Está bien, pero ¿qué debe concluirse de es-

to? Lógicamente debería ser la conclusión que la dote mobiliar no es inenajenable y, por consiguiente, que la mujer puede disponer de ella con autorización del marido. No, la mujer no tiene este derecho, pero el marido lo tiene. Esta es una singularidad, mejor dicho, una inexplicable anomalía. ¡Como! el régimen dotal está estipulado para dar á la mujer una garantía contra el marido, la ley quiere proteger su debilidad contra el abuso de la potestad marital, le prohíbe enajenar sus efectos dotales, y esta misma ley daría al marido un poder ilimitado para disponer del mobiliar dotal. ¡Así el marido de quien se desconfía, el marido contra quien fué estipulado el régimen, dispone de la dote como señor y dueño!

¿Dónde está la garantía de la mujer? La Corte responde que hay un peligro para la mujer: á las convenciones matrimoniales toca obviarlo. La mujer tiene el derecho de decir á la Corte: "Lo que me aconsejáis hacer lo tengo hecho; es como garantía como estipulé el régimen dotal; vuestra jurisprudencia extiende la garantía de la inenajenabilidad á mi dote mobiliar: ¡con una mano me protejéis y con la otra me despojáis! Me dais una garantía contra mí misma prohibiéndome enajenar. ¿De qué me sirve esta garantía si mi marido puede disponer de mi dote?" La Corte agrega que, á falta de estipulación en el contrato de matrimonio, la mujer tiene su hipoteca legal. ¿Debe recordarse á la Corte que este es el derecho común para cualquiera mujer dotal ó no? Si esta garantía fuese suficiente, el régimen dotal sería inútil. Es porque es insuficiente por lo cual la ley permite á los esposos estipular el régimen dotal. ¿No es un círculo vicioso transladar á la mujer á la hipoteca legal cuando instituyó el régimen dotal por razón de la insuficiencia de su hipoteca?

La inconsecuencia de la jurisprudencia nos parece evidente. Quiso asegurar á la mujer dotal la garantía de la inenajenabilidad aun para su dote mobiliar; pero la estable-

lidad llevada hasta la inmobilidad puede llegar á ser desastrosa para la dote mobiliar; fué, pues, necesario permitir al marido lo que se prohíbe á la mujer. ¿De qué sirve entonces la inenajenabilidad de la dote? Lo que no puede hacer la mujer lo hará el marido. Lo hará en interés de la familia si su administración es inteligente; lo hará en su perjuicio si la gestión es mala. Es contra este escollo de la libertad por que el régimen dotal fué estipulado. La Corte de Casación quita á la mujer la garantía de la inenajenabilidad, á la vez que la extiende fuera de los límites de la ley; es difícil ser más inconsecuente. (1)

543. La dote mobiliar enajenable para con el marido es enajenable para con la mujer en el sistema de la jurisprudencia. Para la inenajenabilidad de los muebles no tiene los efectos de la inenajenabilidad de los inmuebles. Debemos, pues, ver en qué sentido la dote mobiliar es inenajenable. Si la mujer enajenase un efecto mueble ¿podría pedir la nulidad de la enajenación ó el comprador podría rechazarla por la máxima de que tratándose de muebles la posesión vale título? Esta máxima, como lo hemos dicho en el título *De la Prescripción*, significa que el propietario de un mueble corporal no lo puede reivindicar contra el poseedor de buena fe. Y la mujer no lo reivindica, promueve por nulidad; luego no se puede desechar su acción en virtud del art. 2,279. Pero si el primer comprador volviera á vender la cosa la mujer no podría promover contra el tercero adquirente, pues no promueve por nulidad siendo el tercero extraño al contrato; sólo tendría la acción de reivindicación y ésta sí puede ser rechazada por la máxima del art. 2,279. Si el tercero fuera poseedor de mala fe la mujer podría reivindicar contra él; también lo podría si se tratara de un mueble incorporal; este es el derecho común.

1 Compárese la excelente refutación que Colmet de Santerre hace del sistema de la Corte de Casación (t. VI, pág. 532, núm. 233 bis XXII-XXXI).

544. No pudiendo la mujer enajenar el mobiliar dotal, resulta que sus acreedores no lo pueden embargoar. Diremos más adelante que la mujer dotal permanece capaz para obligarse, pero que no obliga sus bienes dotales, así muebles como inmuebles, si se admite con la jurisprudencia que la dote inmobiliar es inenajenable.

545. La mujer que se constituye una dote en dinero ó en efectos muebles valorizados transfiere su propiedad al marido. Este puede disponer de ella. En el sistema de la jurisprudencia el marido puede disponer de todos los efectos dotales y, por consiguiente, no puede tratarse de reivindicarlos. ¿En qué consistirá en este caso la garantía de la inenajenabilidad? La mujer tiene derecho á la restitución de la dote; tiene, pues, un crédito contra su marido: ¿puede ceder este crédito? Nō, esto sería enajenar su dote, es la acción de restitución la que le pertenece contra su marido. Tampoco puede sobrogar los terceros á la hipoteca legal que tiene en los bienes de su marido por todos los créditos que tiene que ejercer contra él, tal es la acción de restitución de la dote. Por consiguiente, no puede subrogar los terceros á la hipoteca que tiene como garantía de su crédito dotal, ni cederles el lugar que le da su inscripción, ni cancelar la inscripción antes del pago de su crédito, porque perdería su garantía hipotecaria y, por consiguiente, su crédito; y no puede disponer de su dote directa ni indirectamente ni comprometerla por cualquiera acta que fuese. (1)

546. La inenajenabilidad de la dote recibe excepciones. ¿Estas excepciones se aplican á la dote mobiliar? Si la jurisprudencia tuviera respeto para los textos esta cuestión debiera molestarla singularmente. ¿Hay excepciones sin ley que las establezca? Nō. Luego debiera decidirse que la re-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 521, núms. 233 bis V y VI, Aubry y Rau, t. V, págs. 600 y siguientes, notas 11-14 y las autoridades que citan.

gla no admite excepciones. No obstante se admite que las excepciones de los arts. 1,555 y 1,559 deben extenderse á la dote mobiliar. No hay que dar razón judicial á una doctrina que está en oposición con todos los principios. Se coloca uno por encima de la ley para establecer la regla de la inenajenabilidad, y se coloca uno también por encima de ella para crear excepciones; la jurisprudencia es la que hace la regla, también es ella la que la deroga. Después de haber admitido las excepciones que el Código no establece más que para los inmuebles dotales la jurisprudencia los restringe, los limita; ¿con qué derecho? El contrato de matrimonio dice que la mujer puede enajenar sus muebles dotales. Se le permite venderlos, pero no se le permite ceder sus devoluciones contra el marido, ni renunciar á su hipoteca legal. Hacemos constar el estado de la jurisprudencia, pero protestando contra el poder que usurpó en hacer la ley.

547. El art. 1,561 declara los inmuebles dotales imprescriptibles. ¿Sucede lo mismo con los créditos dotales? Nós, según la opinión general. (1) ¿Por qué después de haber extendido arbitrariamente la regla de la inenajenabilidad á la dote mueble se niega á los créditos dotales la protección que la ley imparte á los inmuebles dotales? No nos encargamos de contestar la cuestión. El texto no debiera embarazar á la jurisprudencia, puesto que se coloca por encima de los textos. Así es como los tribunales hacen la ley, tímidamente, sin espíritu de unión, obligados á respetarla, aun cuando la omifícan y adulteran. ¡Cada poder con su misión! Que el legislador haga la ley y la corrija cuando es mala ó cuando ya no está en harmonía con el estado social. Y que los tribunales se conformen con su misión más modesta de aplicar la ley, aunque sea mala; ¡lo que es peor y más funesto es que las leyes estén hechas por quienes no tienen el derecho de hacerlas!

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 602, nota 19, pfo. 529 y las autoridades que citan.

§ V.—DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR LA MUJER  
DOTAL.

Núm. 1. *De las deudas anteriores al matrimonio.*

548. Los acreedores que tratan con la mujer antes del matrimonio tienen por prenda sus bienes presentes y futuros (art. 2,092). ¿Se aplica este principio á la mujer dotal? Hay que distinguir entre los propios de la mujer que se constituye en dote y los bienes que le son dados por contrato de matrimonio.

En cuanto á los bienes que se constituye en dote permanecen prenda de sus acreedores. Esta es la aplicación del derecho común. La mujer es propietaria de los bienes dotales, desde luego estos bienes continúan siendo la prenda de sus acreedores. Se dijera en vano que los bienes dotales están marcados de inenajenabilidad y que los bienes que no pueden ser enajenados no pueden ser embargados. Fuera fundada la objeción si la inenajenabilidad tuviera por efecto poner los bienes dotales fuera del comercio. Pero el único efecto del régimen dotal es que la mujer no puede enajenar sus bienes dotales, permanecen en su patrimonio; luego los acreedores deben tener el derecho de embargarlos. Se ha comparado la inenajenabilidad á una enajenación; y, se dice, los acreedores quirografarios no pueden perseguir los bienes que su deudor ha enajenado. El principio no es exacto: la mujer no enajena sus bienes al constituirselos en dote, pues el marido no se vuelve propietario de ellos; así sucedía con la ficción romana, pero nuestro Código ignora esta ficción. La única cosa que puede enajenar la mujer es el goce de sus bienes; por consiguiente, los acreedores no tienen el derecho de embargar los productos de su dote, que son propiedad del marido. Los acreedores sólo pueden, pues, embargar la nuda propiedad de los bienes dotales. En cuanto

á los bienes parafernales se entiende que su derecho sigue siendo lo que era antes del casamiento de la mujer.

Para que los acreedores puedan embargar la nuda propiedad de los bienes dotales es necesario que las deudas tengan una fecha cierta anterior al matrimonio. Esto resulta del art. 1,558, según el cual la enajenación del fundo dotal está permitida para pagar las deudas de la mujer cuando tienen una fecha cierta anterior al contrato de matrimonio; esta disposición sólo se aplica por el derecho de promoción de los acreedores y no implica que puedan embargar los bienes dotales sino bajo condición de que las deudas tengan una fecha cierta anterior al contrato de matrimonio. Síguese de esto que si las deudas han sido contraídas en el intervalo que separa el contrato de matrimonio de la celebración de éste, los acreedores no tienen el derecho de embargo, están en la misma línea que los acreedores que contratan con la mujer dotal durante el matrimonio. El legislador ha temido que los esposos derogasen la regla de la inenajenabilidad escrita en el contrato consintiendo obligaciones después que el contrato ha marcado con dotalidad los bienes de la mujer; los esposos pueden, es verdad, modificar sus convenciones mientras no se celebre el matrimonio, pero en este caso deben observar las formas y condiciones prescriptas por la ley para la validez de las contraletras. (1)

549. ¿Tienen los acreedores anteriores una acción en los bienes dados á la mujer dotal por el contrato de matrimonio? Según el derecho común la prenda de los acreedores se extiende á todos los bienes futuros á medida que entran en el patrimonio de su deudor. ¿Pueden los acreedores invocar este principio bajo el régimen dotal? No, pues en el momento mismo en que los bienes dados entran en el patrimonio de su deudor, están marcados de inenajenabilidad; es

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 604, notas 2 y 3, pfo. 538. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 487, núms. 230 bis II-III.

bajo esta condición como son dados á la mujer; desde luego la naturaleza de los bienes se opone á que sean prenda de los acreedores anteriores. Esto está también fundado en razón. Los terceros que tratan con la mujer no casada cuentan con los bienes de su deudora; fuera faltar á la fe del contrato el quitarles la prenda en vista de la que consintieron en contratar con ella; mientras que no pudieron contar en los bienes futuros que el mismo título en virtud del que los adquiere la mujer substrae á sus promociones. (1)

*Núm. 2. De las deudas contraídas durante el matrimonio.*

550. ¿Puede obligarse la mujer dotal? La cuestión parece singular. En derecho no hay ninguna duda: la ley no declara incapaz á la mujer, luego ésta permanece bajo el imperio del derecho común, en virtud del cual toda persona puede contratar si la ley no la declara incapaz (art. 1,124). ¿Por qué, pues, presentar la cuestión y cómo explicar que haya dado lugar á debates judiciales? (2) Es porque la obligación contraída por una mujer dotal no es una obligación ordinaria, es engañosa y, debe decirse, se la hace amenudo para engañar. Aquel que se obliga obliga sus bienes; esto es de la esencia de la obligación; sin esta garantía los terceros no contratarían, pues la persona sola del deudor no ofrece ninguna seguridad. Pues bien, la mujer dotal no obliga sus bienes dotales (núms. 499-544), y si no tiene bienes parafinales ¿cuál será la garantía del acreedor? No tiene ninguna durante el matrimonio. ¿Esperará que se disuelva el matrimonio para promover contra la mujer? Esta le contestará que no pudo obligar sus bienes dotales. Los acreedores sólo podrán promover en los bienes que la mujer habrá adquirido. ¿Y si no adquiere? Se encontrarán en la singular situa-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 488, núm. 230 bis IV.

2 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3445. Debe agregarse Gante, 24 de Noviembre de 1871 (*Pasicrisia* 1872, 2, 92).

ción de tener un deudor rico, solvente, y estar, sin embargo, en la imposibilidad legal de hacerse pagar embargando sus bienes. Troplong tiene razón de censurar esta consecuencia del régimen dotal; transcribimos sus palabras: ya que el régimen dotal se introduce en Bélgica bueno es que sepan los terceros lo que vale: "Casada en comunidad, la mujer se cubriría de vergüenza si llegara á negar sus compromisos; pero hay otra moral para la mujer dotal, ésta puede prometer y firmar, no está obligada á cumplir." Y no se diga que esto sólo es una teoría, el régimen dotal es una mina de pleitos, es raro que la mala fe no desempeñe en ella algún papel; Marcadé cita un ejemplo de un adquirente que tuvo que pagar el precio por *tres veces!* (1)

551. Que las deudas de la mujer no afecten la propiedad de sus inmuebles dotales esto es evidente; y este es también el objeto que se tuvo cuando se imaginó hacer inenajenable su dote mobiliar. Es también seguro que la mujer no puede comprometer los frutos de su dote durante el matrimonio, puesto que dichos frutos pertenecen al marido. ¿Pero las consecuencias de la inenajenabilidad continuarán cuando la disolución del matrimonio? Dejemos por ahora á un lado la separación de bienes, puesto que hemos de volver á ella. Supongamos que el matrimonio se disuelva por la muerte del marido: es seguro que los bienes dotales cesan de ser inenajenables; lo son durante el matrimonio, dice el artículo 1,554; dejan, pues, de serlo cuando el matrimonio está disuelto. El espíritu de la ley es tan evidente como el texto; la dotalidad fué estipulada como garantía contra el marido. Después de su muerte no tiene ya razón de ser. ¿Quiere esto decir que los efectos que produjo también lleguen á cesar? Nó, es verdad que cesando la causa no puede ya producir efecto en lo venidero, pero los que produjo subsisten.

1 Troplong, prefacio del *Contrato de matrimonio*. Marcadé, t. VI, pág. 15, nota.

Y uno de los efectos más importantes de la dotalidad es que los bienes dotales no pueden ser comprometidos por la mujer; sin esta garantía la inenajenabilidad sería ilusoria, los acreedores esperarían la disolución del matrimonio y en el momento en que la mujer estuviera interesada en la conservación de su patrimonio los acreedores vendrían á expropiarla. No sólo es el interés de la mujer el que se opone á que se embarguen sus bienes después de la disolución del matrimonio, los principios de derecho conducen á la misma consecuencia. La mujer no pudo comprometer sus bienes dotales durante el matrimonio, no puede tampoco comprometerlos para lo venidero; tal es el objeto de la dotalidad. De esto resulta que en la disolución del matrimonio recoge todos sus bienes libres de todo cargo. Se dice en vano que los acreedores tienen por prenda los bienes futuros; esto es verdad para los bienes que la mujer podrá adquirir, no lo es para los bienes dotales; éstos no son bienes futuros, la mujer los poseía en el momento en que se comprometió; luego los bienes quedan libres de las obligaciones que consintió. (1)

552. La jurisprudencia extendió estos efectos á los frutos de los bienes dotales, pero con distinciones en las que hay muchas controversias. Los autores están divididos. Esta incertidumbre acerca de una cuestión tan usada prueba que se está fuera de la ley y que la jurisprudencia una vez más ha tratado de hacerla. Hemos dicho más atrás (núms. 483 y 484) que la ley no declara inenajenables los frutos de los bienes dotales y que el destino que se les da para servir á los gastos de casa no les imprime el carácter de inenajenables. El marido dispone de ellos como gusta durante el matrimonio, á reserva de que la mujer pida la separación de bienes

1 La jurisprudencia está en este sentido así como la doctrina, excepto el disentimiento de Troplong. Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, página 607, nota 13, pfo. 538. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 475, núm. 226 bis VI.

si el marido disipa los frutos dotales. Tal es la regla durante el matrimonio. ¿Qué sucederá cuando la disolución? Los frutos de los bienes dotales pertenecen á la mujer; mejor dicho, ya no hay bienes dotales, la mujer vuelve al derecho común. Lo mismo debe suceder con sus acreedores; tienen una acción en todos los bienes de la mujer, excepto en la nuda propiedad de sus bienes dotales que no pudo obligar. ¿Se dirá que lo mismo sucede con el goce? Nó, pues el goce pertenece al marido, la inenajenabilidad no versa con los productos; eran enajenables en manos del marido, permanecen enajenables en manos de la mujer. Son bienes que ésta adquiere después de la disolución del matrimonio, estos bienes se vuelven prenda de sus acreedores. (1)

La opinión contraria está generalmente admitida, pero no sin profundos disentimientos. Según unos los productos de bienes dotales permanecerían inenajenables por el todo; otros permiten á los acreedores embargar la parte que no es necesaria á los gastos de casa. (2) Esta distinción es la que tiene á prevalecer. Hemos dicho en otro lugar que es enteramente arbitraria. Al extender á los frutos la inenajenabilidad con sus consecuencias se coloca uno fuera de la ley. Esta no tiene por objeto garantizar la existencia de la mujer y de los hijos contra los acreedores impidiendo el embargo de los frutos dotales, tiene por objeto garantizar á la mujer contra la violencia moral del marido. El objeto queda alcanzado desde que la propiedad de la dote está salva y al abrigo de la acción de los acreedores. En cuanto á los productos la mujer los adquiere después de la disolución del matrimonio, al mismo título que los demás bienes de que hace adquisición; luego los acreedores deben tener acción en los unos como en los otros.

Se entiende que, en la doctrina consagrada por la juris-

1 Troplong, t. II, pág. 303, núm. 3312.

2 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. V, pág. 608, nota 16, pfo. 538.

prudencia, se aplican los mismos principios á la dote inmobiliar. (1) De donde resulta que los acreedores permanecerán regularmente sin acción alguna contra la mujer, á no ser que se admita que pueden embargoar el excedente de los productos sobre las necesidades.

#### *SECCION V.—De la separación de bienes.*

553. El art. 1,563 dice: "Si la dote está en peligro la mujer puede promover la separación de bienes, así como se dice en el art. 1,443 y siguientes." ¿Cómo puede la dote estar en peligro bajo un régimen que la hace inenajenable, aun la dote mobiliar, según la opinión que la jurisprudencia ha consagrado? La dote puede estar en peligro en este sentido: que el marido la deje perecer no promoviendo contra los deudores ó detentores de los bienes dotales; y la acción de la mujer contra los terceros y el recurso contra el marido pueden ser ineficaces, ya sea por insolvencia ya en caso de reivindicación de los muebles dotales, cuando los terceros pueden invocar la máxima de que tratándose de muebles la posesión vale título. La dote puede también estar en peligro cuando el marido disipa el dinero dotal de que el marido se volvió propietario y que la restitución de la dote está comprometida por el mal estado de sus negocios. En fin, la dote está en peligro cuando el marido no emplea los frutos de los bienes dotales en las necesidades de la casa. En todas estas hipótesis la mujer tiene interés en recoger la administración y el goce de sus bienes dotales. Tal es el objeto de la separación de bienes que la ley le da el derecho de promover.

554. Según el art. 1,563 se pudiera creer que la separación de bienes bajo el régimen dotal es idéntica á la se-

<sup>1</sup> Aubry y Rau, t. IV, pág. 611, nota 22, pfo. 538. En sentido contrario Troplong, t. II, pág. 290, núm. 3212.