

las ventajas de uno y otro régimen." (1) Los autores del Código han reproducido esta disposición tradicional, así como han reproducido en todo el libro del *Contrato de matrimonio*, las reglas que había consagrado la tradición.

6. El legislador, lejos de restringir la libertad de los contrayentes en materia de convenciones matrimoniales, la extiende: como favorece al matrimonio, debía favorecer también el contrato de matrimonio, demostrando la experiencia que las estipulaciones relativas á los bienes inclinan á menudo á las partes á unirse, lo mismo que pudieran entorpecer su unión si la ley encadenara la libertad de los que quieren casarse pero que solo lo quieren bajo las condiciones que les convienen. Pothier lo hizo ya notar: la ley permite á los futuros esposos hacer en su contrato de matrimonio estipulaciones que prohíbe fuera de este contrato. Los pactos sucesorios están severamente prohibidos como contrarios á las buenas costumbres; por contrato de matrimonio se puede hacer una institución contractual; en el derecho antiguo, la institución contractual tenía también esto de particular, que estaba admitida en los lugares en que la costumbre desechaba absolutamente la institución de herederos, hasta en los testamentos en los que solo se consideraba como un sencillo legado; así se podía por contrato de matrimonio lo que era prohibido hacer en una acta de última voluntad. Es también por el favor de los contratos de matrimonios como Pothier explica las derogaciones que el legislador autorizaba al principio fundamental de las donaciones, la irrevocabilidad. (2) Transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones y Testamentos*. En fin, la ley permite á los esposos menores toda clase de donaciones por contrato de matrimonio (art. 1,398), mientras que fuera de este contrato, el menor no puede nunca hacer donaciones entre vivos.

1 Duvoyrler, *Informe*, núm. 3 (Loché, t. VI, pág. 407).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 2.

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

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

ARTICULO 1.º —Capacidad.

§ 1.—CAPACIDAD PARA CASARSE.

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

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

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

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

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

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

1 Troplong, *Del contrato de matrimonio*, t. I, pág. 83, núm. 90.

2 Casación, 7 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 80).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ II.—CAPACIDAD PARA CONTRAER.

Núm. 1. Principio.

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

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