

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

§ II.—PRESENCIA DE LOS FUTUROS ESPOSOS.

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

1 Troplong, t. II, pág 14, núm. 188. Aubry y Rau, t. V, pág. 243 y nota 4, párrafo 503.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 235, nota 8, pfo. 502 (4.ª edición).
2 Nimes, 1.º de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 2, 188). Grenoble, 7 de Junio de 1851 (Daloz, 1853, 2, 122).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

53. ¿Quién puede prevalecerse de la no existencia del

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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