

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

### III. Disposiciones que los esposos pueden hacer.

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

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

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

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

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

1 Troplong, t. I, pág. 121, núm. 220. Aubry y Rau, t. V, pág. 257, párrafo 503 bis.

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

3 Denegada, 1.º de Abril de 1812 (Daloz, en la palabra *Emigrado*, número 185, 4.º)



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

1 Véanse, acerca de lo aportado ficticio, Denegada, 31 de Julio de 1833 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 381); Paris, 14 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 140); Y acerca del pago ficticio de la dote, Denegada, 6 de Enero de 1831 (Daloz, *ibid.*, núm. 382), y 2 de Marzo de 1852 (Daloz, 1852, 5, 208).



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> Pethier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núm. 13).



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

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

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

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

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 264 y nota 41, pfo. 503 bis (4.ª ed.)  
2 Pothier, *Introducción al Tratado de la comunidad*, núms. 13 y 14. Compárese Troplong, t. I, pág. 127, núms. 240-242.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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