

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

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

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

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

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

todo cambio y toda convención nueva se harían imposibles.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

##### *Núm. 1. De los comerciantes.*

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

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