

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

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

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

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

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

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 568, nota 40, pfo. 537. Compárese Colmet de Santerre, t. VI, pág. 513, núms. 232 bis XXV 233 bis IV. Casación, 1.º de Marzo de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 209). Denegada, 4 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 330).

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 393, núm. 1838. Gante, 30 de Junio de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 372) y 14 de Mayo de 1870 (*ibid.*, 1870, 2, 343). Véase la jurisprudencia francesa en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 4033 y 4035).

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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