

ly se quiere que la ley le quite esta protección en el contrato que sufre más que ningún otro la influencia de las pasiones!

En fin, la Corte de Casación busca en el art. 513 una objeción contra la aplicación que de él se quiere hacer al contrato de matrimonio. El art. 513 prohíbe al pródigo enajenar é hipotecar; si esta prohibición es aplicable á las convenciones matrimoniales, resultará que el pródigo no podrá ni siquiera casarse bajo el régimen de la comunidad legal; sin embargo, los partidarios de la opinión general admiten que el pródigo se case bajo este régimen á falta de contrato; (1) están en contradicción consigo mismo; en efecto, si el pródigo puede adoptar la comunidad legal, puede enajenar é hipotecar, pues enajena sus muebles presentes y futuros y el usufructo de sus inmuebles que están en la comunidad, y grava sus bienes con la hipoteca legal en provecho de su mujer. Debe concluirse que el art. 513 no es aplicable á las convenciones matrimoniales. Contestarémos con la Corte de Agen que este argumento confunde lo que la ley quiere con lo que quieren las partes. No es el pródigo el que constituye una hipoteca en sus bienes, es la ley que concede esta garantía á la mujer, quiéranlo las partes ó nó. No es pródigo quien organiza la comunidad legal, es la ley que la hace entrar en ella los muebles de los esposos y el usufructo de sus inmuebles, y debió establecer un régimen para aquellos que no quisieran ó no pudieran hacer convenciones matrimoniales.

42. La cuestión á cuya ocasión se levantaron estos debates concernía á una institución contractual hecha por un pródigo. Si se admite el principio tal cual acabamos de establecerlo, la consecuencia no puede ser dudosa. Ya lo hemos dicho al tratar del consejo judicial: el pródigo no puede hacer donaciones por contrato de matrimonio, ni de bienes fu-

1 Limoges, 27 de Mayo de 1867 (Daloz, 1867, 2, 77).

turos. Transladamos á las sentencias que acaban de citarse y á lo que fué dicho en el art. 513 (t. V, núm. 366.)

ARTICULO 2.—Solemnidad.

Núm. 1. Autenticidad.

43. En nuestro antiguo derecho belga, el contrato de matrimonio podía hacerse por acta privada. (1) Lo mismo sucedía en Francia, cuando menos en algunas provincias; en la mayor parte de éstas, según el testimonio de Pothier, se desechaban los contratos de matrimonio bajo firmas privadas. Los autores del Código han consagrado esta última jurisprudencia. Según el art. 1,394, "todas las convenciones matrimoniales deben redactarse por acta ante notario." ¿Cuáles son los motivos de esta disposición, lo que para una parte de Francia era invocación? Es bastante difícil precisarlos. Pothier dice que se quiso impedir que los cónyuges burlen la ley que les prohíbe hacerse ninguna liberalidad durante el matrimonio, haciendo en ese tiempo contratos con fecha anticipada. (2) Este motivo no explica la condición de autenticidad, pues para evitar los contratos anticipados, bastaba exigir una acta con fecha cierta, como lo hace el art. 1,410. El orador del Tribunado, después de haber dicho que el Código abroga el uso de redactar las convenciones matrimoniales privadas, agrega: "Si se priva á las familias de la ventaja de economizar gastos de registro, quedan muy compensadas por el gran número de fraudes que se evitan, y por la mejor garantía que se da á la fortuna de los esposos y de sus hijos." (3) Este motivo es de los que prueban demasiado, pues se pudiera invocarlo para todos los contratos; el acta auténtica tiene siempre ventajas incon-

1 Véanse las sentencias citadas en la *Pasicrisia*, 1831, pág. 34; 1835, 2, 255; 1841, 2, 334; 1842, 2, 145.

2 Pothier, *Del contrato de matrimonio*, núm. 12.

3 Siméon, *Discursos*, núm. 14 (Loché, t. VI, pág. 461).

testables, y no presenta ninguno de los inconvenientes y peligros que ofrece el acta privada. Sin embargo, para las convenciones en general, la ley se conforma con una acta privada; para decir mejor, no prescribe ninguna forma, sirviendo solo las actas para prueba, mientras que la autenticidad del acta es una condición requerida aún para la existencia de las convenciones matrimoniales. Es, pues, necesario que existan razones particulares por las que la ley ha hecho del contrato de matrimonio una acta solemne. ¿Cuáles son estas razones?

Toullier reproduce el motivo dado por Pothier: la ley quiso asegurar á los contratos de matrimonio una fecha anterior al matrimonio, é impedir las anticipaciones de fechas fraudulentas de las actas privadas. Quiso también impedir que se las pueda suprimir, lo que es fácil cuando son privadas. (1) Estos motivos tampoco explican la autenticidad del acta; el depósito en el oficio del notario hubiera asegurado la conservación y el registro le hubiera dado una fecha cierta. Durantón insiste igualmente en la necesidad de conservar el acta que contiene las convenciones matrimoniales; de otro modo sería fácil, suprimiendo el acta privada, cambiar las convenciones matrimoniales, y la inmutabilidad de estas convenciones es uno de los principios fundamentales que rigen el contrato de matrimonio. (2) Nada es más verdadero, pero lo repetimos, una acta de depósito hubiera bastado para alcanzar este propósito.

Troplong comienza por insistir en la cuestión de prueba, lo que no es el verdadero terreno del debate; en efecto, el acta auténtica no solo sirve como prueba, está requerida por la substancia del acta: "El orden público está tan interesada en el matrimonio; es decir, en la conservación de las familias, que no podría permitir entregarse á pruebas fugitivas

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 66, núm. 71.
2 Durantón, t. XIV, pág. 41, núm. 39.

este importante contrato. Ninguno reclama más certeza, publicidad y solemnidad; no solo es una regla para las dos familias que se unen, y para la nueva que saldrá de esta unión: es además una ley para los terceros y la base del crédito de los futuros esposos." Hay mucha verdad en estas apreciaciones, pero Troplong las mezcla con errores. ¿Es que la autenticidad da la *publicidad* á las convenciones matrimoniales? El Código no prescribe ninguna *publicidad*, y todo lo que el autor dice no explica la necesidad de la intervención de un oficial público. Troplong cita después las palabras de Brodeau que se refieren igualmente á la importancia de las convenciones matrimoniales. (1) Esto es incontestable, pero no justifica el principio de la solemnidad del acta.

Colmet de Santerre, después de haber dicho que la ley quiso asegurar la conservación del escrito en que consta el contrato de matrimonio, agrega que hay además otro motivo secundario para la autenticidad: "Las convenciones matrimoniales presentan complicaciones y dificultades. El notario ha sido considerado como un consejero que ilustra á las partes acerca de las cláusulas que deben introducir en su contrato, ó excluir de él." (2) ¿No sería esto el principal motivo del art. 1,394? Cuando la ley prescribe la autenticidad como condición substancial del acta, esto es para garantizar la expresión de la voluntad de las partes. Si se trata de una donación, hay peligro de influencias ilícitas, de sugerencias, de captación; la intervención del notario, si no impide estas obseciones, las hace más difíciles. No hay muchos contratos sin liberalidad; aun hay más, fuera de este contrato, las donaciones son raras. Esto basta ya para justificar la condición de autenticidad. La intervención del

1 Troplong, t. I, pág. 61, núm. 15, y pág. 166, núm. 169.
2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 12, núm. 11 bis II.

notario es igualmente indispensable para las convenciones matrimoniales propiamente dichas. No se dice lo bastante al decir que son complicadas y difíciles, debe decirse que la mayor parte de los contratantes no entienden las cláusulas que firman ó que les hacen firmar. Si se redacta una acta, es para derogar á la comunidad legal; y, las cláusulas de comunidad convencional embarazan á los jurisperitos; y se quiere que las personas ajenas al derecho entiendan toda la extensión y la importancia del régimen al que se someten? Si se quiere que el contrato más importante se haga con conocimiento de causa y que sea la expresión de la voluntad ilustrada de las partes, hay que hacer intervenir un oficial público.

44. Ponemos el contrato de matrimonio en la misma línea que las donaciones, en lo que toca á la solemnidad del acta. El mismo texto del Código establece esta asimilación. El art. 931, dice así: "Todas las actas de donación entre vivos se harán ante notario público, en la forma ordinaria de los contratos, y se conservará de ellas una copia bajo pena de nulidad." La redacción del art. 1,394 es poco más ó menos la misma: "Todas las convenciones matrimoniales serán redactadas por acta ante notario." El artículo no agrega que deberá quedar copia bajo pena de nulidad. Era inútil decirlo, puesto que tal es el derecho común, excepto para las actas de poca importancia que pueden hacerse sumariamente, y no hay que decir que el más importante de los contratos está naturalmente comprendido en la regla y no en la excepción. (1)

Los arts. 1,394 y 931, teniendo el mismo sentido, debe concluirse que el contrato de matrimonio es una acta solemne, así como la donación, lo que significa que el escrito auténtico es una condición requerida para la existencia del

1 Ley de 25 ventoso, año XI, arts. 20 y 68. Toullier, t. VI, 2, pág. 67, número 71.

contrato. De esto resulta que un contrato de matrimonio redactado en acta privada no tiene existencia legal, es más que nulo, es inexistente. Los autores no discuten la cuestión pero admiten el principio implícitamente. Durantón dice que el contrato de matrimonio es una acta solemne; lo pone en la misma línea que la donación y le aplica, en consecuencia, el art. 1,339, lo que es decisivo; la donación irregular ó nula en la forma, como dice la ley, no tiene existencia, es la nada, ó como lo decimos en el lenguaje de la escuela, es una acta inexistente. Lo mismo pasa con el contrato de matrimonio cuando no se hace con las solemnidades prescritas por la ley. (1) La jurisprudencia consagra el mismo principio, aunque sea muy inconsecuente en su aplicación. La Corte de Pau dice, fundándose en los motivos de la ley, que la autenticidad del acta es necesaria para asegurar la firmeza y la inmutabilidad del contrato de matrimonio; concluye de esto que redactada privadamente, el acta está abiertamente contraria al objeto de la ley, y que desde luego no se le puede reconocer una *existencia legal*. (2) La Corte de Caen analizando el art. 1,394, dice que las dos condiciones que prescribe, la autenticidad y la redacción antes del matrimonio son la *esencia* del acta; si falta una de ellas, *no hay contrato de matrimonio*. (3) Estos son los términos de que se sirve el art. 146: "No hay matrimonio cuando no hay consentimiento." La falta de solemnidad tiene, pues, el mismo efecto que la ausencia de consentimiento, lo que es decisivo. En definitiva, la doctrina y la jurisprudencia aplican al contrato de matrimonio la teoría de las actas inexistentes que hemos expuesto en el título *Delas Obligaciones*, (4) y de la que hemos hecho numerosas aplicaciones en el curso de este trabajo.

1 Durantón, t. XIV, pág. 46, núm. 45.

2 Pau, 18 de Junio de 1836 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 267).

3 Caen, 9 de Mayo de 1844 (Daloz, *ibid.*, núm. 265).

4 Véase el tomo XV de mis *Principios*, págs. 569-601, núms. 450-465.

45. Se enseña generalmente que el contrato de matrimonio privado se asimila á una acta notariada cuando se le deposita en casa del notario y que éste la agrega al protocolo. Esto es, en nuestro concepto, confundir dos cuestiones esencialmente distintas: la solemnidad y la prueba. La autenticidad no está prescripta para la prueba, lo está para la existencia del contrato de matrimonio; desde el momento, pues, que no hay acta auténtica, no hay contrato de matrimonio; y el acta privada depositada, permanece, no obstante, una acta privada, no la recibe un notario; luego no llena el deseo de la ley, el oficial público no interviene en ella, no pudo ilustrar á las partes; por lo tanto, el acta debe continuar siendo lo que era: inexistente. ¿Qué se dice en favor de la contraria opinión? Troplong dice con frases académicas: «El Código no es una ley *tiránica* que diga en estrecho formalismo: *Qui virgula cadit, causa cadit*. Es equitativo, racional, enemigo de la superstición.» (1) Esto nada dice. ¿Es el contrato de matrimonio una acta solemne, sí ó nó? Sí lo es, y todos lo califican así; debe aplicarse el art. 1,339, el que es *muy tiránico*, pues, por la menor irregularidad es nula la donación en la forma, y, por lo tanto, inexistente. Lo mismo sucede con el contrato de matrimonio.

A decir verdad, la doctrina de los autores no es tan absoluta como parece. Todos ellos citan una sentencia de la Corte de Rouen; pero esta sentencia no dice que baste una simple acta de depósito para transformar una acta privada en acta auténtica: en el caso, había más bien una acta de reconocimiento, la que equivale á una acta notariada, puesto que las partes reproducen sus convenciones en ella; esta es, pues, una acta recibida por un oficial público; á tal título, la ley hipotecaria belga (arts. 2 y 76) la asimila á una

1 Troplong, t. I, pág. 110, núm. 185. Compárese Duranton, t. XIV, página 43, núm. 43. Aubry y Rau, t. V, págs. 247 y siguientes, y nota 3. En sentido contrario, Rolland de Villargues, *Repertorio*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 64.

acta auténtica. Traducimos al lector á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones* (t. XII pág. 315). Hé aquí el caso juzgado por la Corte de Rouen. (1) El notario comienza por hacer constar que las partes le han entregado, para ser agregada al protocolo, una acta privada conteniendo sus convenciones matrimoniales. En seguida sigue la declaración de los comparecientes, los que *reiteran* y confirman todas las estipulaciones del acta privada. La Corte insiste en esta declaración é induce de ella que el acta de depósito pudiera ser considerada como el equivalente de un contrato de matrimonio pasado ante notario público; el acta relatada las mismas cláusulas; en nuestro concepto, esta formalidad es de rigor, para que el acta de reconocimiento equivalga á una acta notariada.

46. El principio de que el contrato de matrimonio privado es inexistente, tiene consecuencias muy importantes. Puesto que no hay contrato de matrimonio, debe decidirse que los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad legal (art. 1,400). (2) Tal no es, seguramente su intención; ¿puede la ley imponer á los esposos un régimen que no les conviene? Contestaremos que en materia de contratos solemnes, la intención no basta; debe ser manifestada en las formas prescriptas por la ley; en caso contrario, no existe; no hay, pues, contrato, lo que hace aplicable el art. 1,400; legalmente, los esposos no quieren el régimen convenido en el acta privada, quieren, pues, el régimen de la comunidad legal.

Si el contrato de matrimonio privado contiene donaciones, éstas son nulas puesto que no tienen la solemnidad requerida por la ley. Hay donaciones que solo son válidas cuando se hacen por contrato de matrimonio (arts. 1,082, 1,084, 1,086, 1,093); (3) estas donaciones son más que nu-

1 Rouen, 11 de Enero de 1826 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 260).

2 Aubry y Rau, t. V, 248, pfo. 503 (4.ª edición).

3 Pau, 18 de Junio de 1836 (Daloz, núm. 267).

las; cuando están consignadas en un contrato de matrimonio privado, son inexistentes, puesto que están hechas en las formas que la ley establece para su existencia. En cuanto á las donaciones que pueden valer como donativos manuales, serán válidas si han sido ejecutadas; pero su efecto no será regido por el régimen que los esposos han adoptado, quedarán sometidos á las reglas que rigen la comunidad legal.

El contrato de matrimonio hecho privadamente ¿se valida por la confirmación? Se confirman las actas nulas, pero no las inexistentes. Debe, pues, aplicarse por analogía al contrato de matrimonio lo que el art. 1,339 dice de la donación; nula en la forma, ninguna acta confirmativa puede reparar sus vicios, debe volverse á hacer en la forma legal. La jurisprudencia consagra este principio, pero se le dificulta motivarlo, no habiendo entrado aún en las costumbres judiciales la teoría de las actas inexistentes. Se lee en una sentencia de la Corte de Caen, que el contrato de matrimonio no debe ser considerado como una convención de puro derecho privado; de donde la Corte concluye que las nulidades que se ligan á él son de orden público, y no son susceptibles de ser cubiertas. (1) El principio que sirve de punto de partida para esta decisión no es exacto; es seguro que el contrato de matrimonio, á pesar de su importancia, es un contrato de derecho puramente privado; el primer artículo de nuestro título lo dice, disponiendo que la ley solo rige á la asociación conyugal en cuanto á los bienes, solo á falta de convenciones especiales que pueden hacer los esposos como lo juzgan necesario. Lo que la Corte debiera decir es que el contrato siendo solemne, como lo reconoce, la falta de las formas solemnes arrastra la inexistencia del acta, y por consiguiente, la imposibilidad de confirmarla.

¿Pueden los herederos confirmar el contrato de matrimonio nulo en la forma? En principio, nó; el contrato, siendo

1 Caen, 9 de Mayo de 1844 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 265). Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 249, nota 9, pfo. 503.

inexistente, hay que aplicar el principio que la nada no puede ser confirmada, ni por los herederos como por las partes. No se puede prevalecerse del art. 1,340 que permite á los herederos del donante confirmar la donación, aunque no pueda el donante validar por sí la liberalidad mediante ninguna acta confirmativa (art. 1,329), pues esta disposición es enteramente excepcional; los únicos motivos que la justifican no reciben ninguna aplicación al contrato de matrimonio. Traducimos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*. La doctrina y la jurisprudencia son contrarias. (1) Esto es una inconsecuencia, olvidando en la aplicación la teoría de las actas inexistentes. La Corte de Casación dice que los motivos de orden público que impiden la confirmación de las convenciones matrimoniales durante el matrimonio, dejan de existir después de la disolución de éste. Sin duda, nada impide que los herederos arreglen sus intereses como les convenga y hagan tales renunciaciones que juzguen convenientes, pero esto no es confirmar el contrato de matrimonio. La confirmación propiamente dicha no se concibe; ésta retrotrae, en el sentido de que el acta está considerada como válida desde el principio; ¿y cómo pudiera haber contrato de matrimonio entre las partes cuando no hay acta auténtica, cuando no hay solemnidad? La cuestión es muy importante en lo que se refiere á la prescripción; si los herederos pueden confirmar, resulta, como lo sentencia la Corte de Casación, que se puede oponer á los herederos la prescripción de diez años, mientras que si no hay lugar á la confirmación, la prescripción de diez años es inaplicable.

47. Los futuros esposos no hacen ya contrato de matrimonio privadamente; la solemnidad entra en nuestras costumbres. Pero puede suceder que el contrato sea notariado y que sea nulo á consecuencia de la inobservación de una

1 Denegada, 31 de Enero de 1833 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 310). Denegada, Sala Civil, 26 de Abril de 1869 (Daloz, 1869, 1, 246). Aubry y Rau, t. V, pág. 249, nota 10, pfo. 503).

de las formalidades prescriptas bajo pena de nulidad por la ley de ventoso. Se aplican, en este caso, los principios que acabamos de exponer. Las formas son de las substancias del acta; si ésta es nula en la forma, el contrato de matrimonio es inexistente, lo mismo que es como si fuera hecho privadamente. Se ha aplicado el art. 1,318, según los términos del cual el acta auténtica, nula por vicio de forma, vale como escritura privada si está firmada por las partes. Esto es confundir las actas solemnes con las actas que no lo son. El art. 1,318 supone, como lo dice la Corte de Colmar, que el acta puede valer como escritura privada; no recibe, pues, aplicación á las actas solemnes, para cuya existencia la ley exige la autenticidad. La Corte concluye de esto que el contrato de matrimonio se considera como no habiendo existido nunca, desde que el acta es anulada. (1)

De esto sigue que todas las formalidades prescriptas bajo pena de nulidad por la ley de ventoso acerca del notariado, deben ser llenadas; si una de estas formas no ha sido observada, el acta es nula en la forma, lo que arrastra la inexistencia del contrato. Ha habido alguna hesitación en la jurisprudencia; inútil es detenerse en cuestiones que no son realmente cuestiones, puesto que el texto de la l y las decide. Fué sentenciado por la Corte de Casación que el contrato de matrimonio que no ha sido firmado sino por uno de los testigos de asistencia, es nulo (2) y, por consiguiente, inexistente. Esto es evidente. Lo mismo sucedería para todas las demás formalidades. (3) Notémos solamente que la jurisprudencia francesa admitió una excepción á estos principios, y que dicha excepción, que es una verdadera violación de la ley ha sido consagrada por la misma ley. ¿Deben el segun-

1 Colmar, 16 de Marzo de 1813 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 3,313). Compárese Caen, 9 de Mayo de 1844 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 265).

2 Denegada, Sala Civil, 26 de Abril de 1869, (Daloz, 1869, 1, 246).

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 248, notas 5 y 6 (4.ª edición).

do notario y los dos testigos, estar presentes en la redacción y firma del contrato de matrimonio? El texto de la ley dice que sí; la jurisprudencia ha dicho que nó, y una ley de Junio de 1843 ha dado la sanción del Poder Ejecutivo á esta extraña jurisprudencia. En Bélgica, los notarios han quedado fieles á la ley.

48. El principio de la solemnidad se aplica á todas las convenciones matrimoniales; estos son los términos del artículo 1,394. Si las partes insertaban en el contrato de matrimonio convenciones extrañas á los derechos de los esposos acerca de sus bienes, se entiende que éstas conservarían el carácter que les es propio, el de contratos no solemnes. ¿Cuáles convenciones son matrimoniales y cuáles no lo son? Ya hemos encontrado esta cuestión (núm. 29); se decide por el objeto de la convención. Ha sido sentenciado que la obligación contraída por uno de los futuros esposos, de soportar solo los gastos y honorarios del contrato de matrimonio, tiene el carácter de una convención matrimonial. La Corte de Casación ha concluido de esto que no se podía deferir el juramento acerca de la existencia de semejante obligación, y la cosa es evidente. (1) El juramento es uno de los modos de prueba admitidos por la ley; y el art. 1,394 no resuelve una cuestión de prueba; el acta auténtica está requerida para la existencia misma de la convención.

49. El art. 1,394, ¿es aplicable á las convenciones matrimoniales hechas en el extranjero? Supondrémos que unos franceses (belgas) figuran en ellas. No hay que decir que si las partes contratantes son extranjeras, están regidas por las leyes del país á que pertenecen. Hemos examinado la cuestión en otro lugar. La dificultad está en saber si el adagio: *Locus regit actum*, es aplicable á las actas solemnes. Lo hemos decidido negativamente (2) y sostenemos nuestra de-

1 Casación, 21 de Julio de 1852 (Daloz, 1852, 1, 194).

2 Véase el tomo I de mis *Principios*, pág. 89, núm. 99.

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 mantene-
mos 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. 248 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).

