

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 Donai, 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.

¿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 Duranton, 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.

posible. El tutor del incapacitado no podría consentir en su nombre, pues que se trata de una liberalidad, y el tutor no tiene capacidad para intervenir en una donación, ya sea para hacerla, ya para confirmarla. (1)

101. ¿Puede cubrirse por la confirmación la nulidad de la contraletra? Ha sido sentenciado que el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, siendo de interés público, la nulidad que resulta de la inobservación del art. 1,396 es irreparable. (2) En la opinión que hemos enseñado, debe decidirse que hay más que nulidad, que los cambios contrarios á la ley no tienen existencia legal. Esto es seguro cuando la contraletra es privada ó cuando el acta auténtica que la contiene es nula como tal; se aplica entonces el principio que procede de la solemnidad de las convenciones matrimoniales (núm. 44). Lo mismo pasa en el caso del segundo inciso del art. 1,396: todos los que han sido partes en el contrato de matrimonio deben consentir en la contraletra; si uno de ellos no consiente, no hay contraletra, puesto que no hay convención sin consentimiento.

*II. De las condiciones requeridas para la validez de las contraletras con relación á los terceros.*

102. Cuando las formas y las condiciones prescriptas por el art. 1,396 han sido observadas, las contraletras son válidas entre las partes. Para que tengan efecto con relación á los terceros, es necesaria una condición más: Según los términos del art. 1,397, "todo cambio y contraletra, aun con las formas prescriptas por la ley, serán sin efecto para con los terceros si no han sido redactados en seguida de la minuta del contrato de matrimonio." Esta condición implica otra, y es que la contraletra debe ser recibida por el no-

1 Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 261, pfo. 503. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 21, núm. 12 bis V.

2 Bastia, 16 de Enero de 1856 (Daloz, 1856, 2, 58).

tario que redactó el contrato de matrimonio, ó por el notario que es depositario de la minuta. En efecto, según la ley de 25 ventoso, año XI (art. 20), los notarios no pueden deshacerse de sus minutas; luego solo el que tiene el depósito de la minuta del contrato de matrimonio tiene el derecho de redactar la contraletra en seguida de la minuta. Esta condición solo sienta lo requerida para la validez de la contraletra para con los terceros, resulta que la contraletra sería válida entre las partes si fuera recibida en la forma auténtica por cualquier notario, depositario ó nó de la minuta.

Para entender el motivo de las condiciones que la ley prescribe en interés de los terceros, debe agregarse que según los términos del art. 1,397 el notario no puede, bajo pena de daños y perjuicios, entregar testimonio ni copias del contrato de matrimonio sin transcribir á su calce los cambios ó contraletra. Las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros en el sentido de que sus derechos contra los esposos dependen del régimen y de las cláusulas que éstos consintieron en su contrato de matrimonio. Los que tratan con los esposos tienen, pues, el mayor interés en conocer sus convenciones matrimoniales; regularmente se hacen presentar el testimonio ó una copia del contrato de matrimonio. Importa, por consiguiente, que esta acta esté completa y que si los esposos han hecho algunos cambios á sus convenciones primitivas, estos cambios estén relatados en ellas. De esto la necesidad de redactar la contraletra al calce de la minuta. Si esta condición no está llenada, la contraletra no tiene efecto para con los terceros; para con ellos no existe, puesto que no la pueden conocer. La contraletra que no está redactada al calce de la minuta, es clandestina en el sentido que, bien que auténtica, permanece ignorada de los terceros, debiendo éstos creer que el testimonio ó copia que se les presenta contiene todas las convenciones matrimoniales de los esposos. Resulta que la contraletra válida entre las partes, será inexis-



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 (Daloz, 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.

P. de D. TOMO XXI—18.