

do unos terceros estaban en causa, que para destruir la fe debida á las enunciaciones del contrato de matrimonio y establecer que la futura no había, contrariamente á sus enunciaciones, aportado dote, no bastaba, según los términos del art. 1,341, con la declaración de un testigo ni con las presunciones sacadas de la posición de fortuna de la futura y de sus padres; que era necesario producir pruebas escritas y que demostrasen hasta la evidencia que las enunciaciones del contrato eran mentirosas. (1) La Corte olvida el art. 1,348; parece participar de la opinión de Troplong acerca de la autoridad excepcional del contrato de matrimonio; acabamos de probar que esta doctrina es imaginaria.

SECCION V.—De la dote.

§ 1.º —DEFINICION.

156. Según los términos del art. 1,540, la dote es el *bien* que la mujer soporta al marido para sportar la carga del matrimonio. La ley dice el *bien*; esto es algunas veces la propiedad, otras el gozo del bien dotal, y alguna otra, una fracción de las rentas de la mujer. Resulta de la definición del art. 1,540 que hay dote bajo todos los regimenes; en efecto, bajo todos ellos la mujer contribuye á los cargos del matrimonio, esto es una consecuencia del casamiento y de las obligaciones que de él proceden (arts. 212 y 203). Estas obligaciones incumben á ambos esposos. El marido aporta, pues, una dote como la mujer. Si la ley solo habla de la dote de la mujer, esto es para determinar los derechos que el marido tiene en los bienes dotales; en cuanto á los bienes que el marido aporta en dote, hacen parte de su dominio; quedan, pues, bajo el imperio del derecho común. La ley no se sirve de la palabra *dote* para calificar los bienes que el marido aporta; cuando quiere designar los bienes que cada uno de

1 Paris, 24 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 140).

los esposos recibe cuando el matrimonio y para soportar sus cargas, emplea la palabra *establecimiento*. Así, el art. 204 dice que el hijo no tiene acción contra el padre por un *establecimiento por matrimonio*. Así mismo el art. 1,422 dice que el marido no puede disponer entre vivos, á título gratuito, de los bienes de la comunidad si no es para el *establecimiento* de sus hijos. El *establecimiento* es un dote. Hay principios generales que rigen á la dote, ya de la mujer, ya del marido, y que son comunes á todos los regimenes. Son estas reglas las que vamos á exponer; deben hallar su colocación entre las disposiciones generales por razón de su carácter de generalidad. En la clasificación del Código, se les trata separadamente en los capítulos II y III; lo que da lugar á un doble empleo y á cierta confusión.

157. Decimos que hay dote bajo todos los regimenes. Cuando los esposos se casan en comunidad, todos los bienes que entran en el activo de la sociedad son dotales, en el sentido más lato de la palabra, así la fortuna mueble, presente y futura de cada uno de los esposos y el usufructo de los bienes que les son propios. La dote mueble de la mujer, bajo este régimen, toma algunas veces el nombre de «aport»; esto es cuando la mujer estipula la devolución de todo ó de parte de sus bienes muebles. El término de *aporto* se emplea en el mismo sentido para los bienes del marido; éste también puede estipular la devolución de sus aportos.

Bajo el régimen de la cláusula que dice que los esposos se casan sin comunidad, cada uno de ellos conserva la propiedad de los bienes que aportan en matrimonio. El marido tiene el gozo de todos los bienes de la mujer; los frutos, dice el art. 1,530, son como si fueren aportados por el marido para sostener las cargas del matrimonio; son, pues, estos frutos los que constituyen la dote de la mujer. Este régimen no tiene ninguna influencia en los bienes del marido.

Bajo el régimen de la separación de bienes, se dice ordina-

riamente que no hay dote; esto es verdad, en el sentido de que la mujer, tanto como el marido, conserva la propiedad y el gozo de su fortuna mueble é inmueble. Sin embargo, la ley dice que, á no decirlo el contrato, la mujer contribuye á los cargos del matrimonio hasta concurrencia de la tercera parte de sus rentas. Esta tercera parte de las rentas de la mujer es, pues, la dote que ésta aporta al marido.

Bajo el régimen dotal, el marido tiene el gozo de los bienes que la mujer se ha constituido ó que le han sido constituidos en dote. Esta consiste, en este caso, únicamente en frutos y rentas. Si el marido se hace propietario de ciertos bienes dotales, esto es á cargo de restitución.

158. Pocas veces la dote comprende todos los bienes de los esposos; solo sucede así bajo el régimen de la comunidad universal. Los bienes que no son dotales bajo el régimen de la comunidad se llaman *propios* de los esposos; y estos propios son dotales en cuanto al usufructo. Bajo el régimen exclusivo de la comunidad, todos los bienes de los esposos les quedan propios, excepto el gozo de los bienes de la mujer que pertenece al marido, cuando los esposos declaran casarse sin comunidad ó bajo el régimen dotal. En este último régimen, puede haber bienes no dotales; se les da el nombre de *parafernales*.

§ II.—DE LA DOTE CONSIDERADA COMO LIBERALIDAD.

Núm. 1. ¿Quién es donante?

159. ¿Es la dote una liberalidad? Ya hemos encontrado esta cuestión y la hemos decidido afirmativamente. ¿Qué importa que dicha dote se traiga al marido para soportar los cargos del matrimonio? Este cargo no hace la donación onerosa, puesto que no da ninguna acción al que la constituye; por parte del constituyente, la dote es, pues, una pura liberalidad, aunque éste fuera el padre, pues los padres no están obligados á dotar á sus hijos (art. 204).

Hemos aplicado el principio á la cuestión de saber si en la acción pauliana, la dote está considerada como una donación ó como un acto oneroso (t. XVI, núms. 451 y 455). El principio presenta, además, otra dificultad; se pregunta si la dote está sometida á las formas solemnes de las donaciones. Lo hemos decidido afirmativamente, y mantenemos nuestra solución, aunque excelentes autores hayan calificado esta opinión de error grave. (1) Aubry y Rau dicen que los padres tienen la obligación natural de dotar á sus hijos. Esto es también nuestro parecer (t. XVII, núm. 18); pero no reconocemos á las deudas naturales sino un solo efecto el que les da la ley; esto es, de impedir la repetición cuando han sido voluntariamente pagadas. Es inútil entrar en estos debates, puesto que ningún argumento nuevo se ha producido.

160. Puesto que la dote es una liberalidad, importa mucho determinar quién es el donante, pues contra él tiene acción el donatario y es á su sucesión que la dote debe ser referida. Hay que distinguir varios casos. Lo que complica la dificultad es que el Código trata de la dote en el capítulo *De la Comunidad* y en el capítulo *Del Régimen Dotal*. ¿Puede razonarse por analogía de uno á otro régimen? En lo general, nó, pues tienen un origen diferente y los principios que los gobiernan difieren esencialmente. Sin embargo, cuando las disposiciones que la ley consagra en uno de estos regímenes solo son la aplicación de un principio general, se puede y se debe extenderlas al otro régimen. Esto es de derecho común, puesto que cuando existe igual razón para decidir, debe haber igual decisión. Esto se funda también en razón. La dote, considerada como liberalidad, no cambia de naturaleza y de efecto, según los diversos regímenes bajo los que los esposos donatarios se casan. En cuanto á los donantes, hay igualmente principios generales que son

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 223, nota 6, pfo. 500. En sentido contrario, Rodière y Pont, t. I, pág. 82, núm. 96, que califican la acusación de error grave. Troplon se ha pronunciado en el mismo sentido (t. I, pág. 111, núm. 187).

independientes del régimen de los constituyentes; se pueden, pues, tomar en uno ú otro regímenes. Solo hay excepción para la reglas que proceden de la naturaleza especial del régimen bajo el que los esposos donantes se han casado; no es preciso decir que estas reglas no pueden ser extendidas á otro régimen. (1)

161. La dote está constituida por los padres. Son deudores personales de ella, porque personalmente se han obligado. La dote debe tomarse de sus bienes, aunque el hijo dotado tuviera una fortuna propia. Esta es la aplicación de un principio elemental; el que habla en el contrato y promete, es el deudor. La circunstancia de que el hijo donatario tiene bienes personales no impide que los constituyentes sean deudores, pues al hacer una liberalidad, la hacen de su patrimonio y no del patrimonio del hijo á quien gratifican. El art. 1,546 lo decide así: «Aunque la hija dotada por sus padres tenga bienes propios de que ellos gocen, la dote se tomará de los bienes de los constituyentes si no hay estipulación contraria. «Esta disposición, aunque colocada en el capítulo *Del Régimen Dotal*, es una de las que solo aplican los principios generales del derecho; es, pues, general y de derecho común por naturaleza. (2)

162. ¿Cómo quedan obligados el padre y la madre por la dote que constituyen juntos? Hay dos artículos que contestan á la cuestión. El art. 1,544, dice: «Si el padre y la madre constituyen juntos una dote sin distinguir la parte de cada uno, la dote será constituida por partes iguales.» En el capítulo *De la Comunidad*, hay una disposición análoga: «Si el padre y la madre han dotado juntamente al hijo común sin expresar la parte por la que pretenden contribuir, se consideran haber dotado cada uno por mitad.» Esta es la aplicación del principio elemental de la división de las

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 223 y nota 7, pfo. 500.

2 Rodière y Pont, t. I, pág. 85, núm. 97. Aubry y Rau, t. V, pág. 223 y nota 7.

deudas; cuando dos personas prometen en un contrato, la deuda se divide entre ellas por mitad. Y no se objeta que los esposos no son deudores de la dote; son donantes y deudores con este título, cualquiera que sea la causa de la donación; se debe, pues, aplicarles el principio general.

163. El art. 1,438 prevee una dificultad. El padre y la madre constituyen una dote, pero ésta se promete ó ministra en bienes personales á uno de los esposos. ¿Resultará de esto que la dote le sea personal, de manera que se le considere como único donante? Nó, dice la ley; la dote se dividirá, no obstante. Cuando la dote prometida en dinero, fué ministrada en bienes personales del padre ó de la madre, no hay ninguna duda; ambos esposos han hablado en el contrato y se han constituido deudores, importando poco cuál de los dos pague la deuda; al pagarla toda, uno de los esposos paga su parte y la de su cónyuge; y habiendo pagado la deuda de un tercero, tiene recurso contra él. Si el bien personal del padre ó de la madre fué prometido en dote, la decisión de la ley es la misma; ambos esposos quedan, no obstante, deudores personales, puesto que han hablado en el contrato, prometiendo ambos la dote. Poco importa que la dote haya sido prometida en bienes personales á uno de ellos, estas circunstancias solo conciernen á la ejecución de la promesa, y no impiden que ésta haya sido hecha por dos deudores; luego cada uno está obligado por mitad, á reserva del recurso de aquel de los constituyentes que paga por el otro. El artículo 1,438 dice cómo se reglamenta este recurso. El esposo del que el inmueble ó el vale personal ha sido constituido en dote, tiene en los bienes del otro cónyuge una acción por indemnización por la mitad de dicho dote, en atención al valor del vale dado en el momento de la donación. Se considera el momento de la donación, porque es cuando la propiedad de la cosa prometida en dote se transmite.

164. El art. 1,438, colocado en el capítulo *De la Comunidad*, prevee también la hipótesis en la que la dote hubiere sido ministrada ó prometida en vales de la comunidad. Esto no obsta para que ambos esposos deban la dote, por la misma razón que acabamos de dar; los esposos hablan en el contrato; luego están obligados personalmente. Así, la dote aunque prometida ó ministrada en vales de la comunidad, no se hace cargo de la comunidad, en el sentido de que ésta sea deudora. (1)

Resulta de esto una consecuencia muy importante. La mujer puede renunciar á la comunidad; en este caso, queda descargada de toda contribución á las deudas de la comunidad, tanto para con los acreedores como para con el marido (art. 1,494). ¿Quedaré dispensada de contribuir á la dote prometida ó ministrada en vales de la comunidad? Nó, porque se ha obligado personalmente. Y el art. 1,494 agrega que la mujer renunciante queda obligada hácia los acreedores cuando se obligó conjuntamente á su marido; luego deberá pagar la mitad de la dote en promoción del donatario. A reserva de su recurso contra su marido ó sus herederos, dice la ley. ¿La mujer que renuncia, tiene recurso para la dote? Pothier decide la cuestión negativamente; la mujer no puede invocar el principio escrito en el artículo 1,494, pues esta regla no concierne sino á las deudas de la comunidad á las que la mujer se ha obligado, no se extiende á las deudas propias; y la deuda á la que cada cónyuge está obligado para con la dote no es una deuda de la comunidad, es una deuda propia de cada uno de ellos por la parte que les corresponde. (2)

El principio de que la mujer renunciante queda obligada por su parte en la dote que tiene ofrecida no ha sido admi-

1 Toplong, t. I, pág. 363, núm. 1,233. Casación, 16 de Noviembre de 1824, y Burdeos, 6 de Diciembre de 1833 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,281).

2 Pothier, *Tratado de la comunidad*, núm. 655. Duranton, t. XIV, pág. 386, núm. 285. Aubry y Rau, t. V, pág. 224, y nota 11, pfo. 500.

tido sin contestación. Dumoulin enseñaba la opinión contraria, (1) lo que prueba que hay un motivo de duda. Que la mujer renunciante quede obligada hácia los acreedores, esto es muy claro; está obligada personalmente y no puede desprenderse de esta liga renunciando á la comunidad. Pero la ley le da un recurso contra su marido, aun para las deudas que proceden originariamente de su lado (art. 1,494). Solo hay excepción para las deudas contraídas en interés personal de la mujer: tales serían las deudas que se refieran á uno de sus propios. La cuestión se reduce, pues, á saber si la dote es una de esas deudas personales que la mujer deba soportar en totalidad. Los autores modernos se han adherido á la opinión de Pothier; dicen que la dote es una deuda de la madre, y como tal, la dote es una deuda personal. (2) La jurisprudencia se ha pronunciado por la misma opinión, excepto una sentencia de la Corte de Burdeos (3) que ha quedado aislada. Hay un motivo que nos parece terminante, en favor de la opinión general, es la autoridad de Pothier; es decisiva en una materia enteramente tradicional.

Si se admite que la dote es una deuda personal del padre y de la madre, y que la mujer renunciante quede obligada á ella, se sigue que si la comunidad la tiene pagada, la mujer renunciante le deberá una recompensa por la parte que debe aportar. Pothier lo dice, (4) y una vez admitido el principio, la consecuencia no es dudosa.

165. El principio consagrado por el art. 1,498 y por el art. 1,444 está fundado en la voluntad de las partes contratantes; éstas están libres para manifestar una voluntad contraria. El art. 1,438 lo supone, en lo que se refiere á la parte por la que está obligado en la dote cada uno de los es-

1 Dumoulin, *Costumbre de Paris*, pfo. 115, núm. 1.

2 Toplong, t. I, pág. 360, núm. 1,223.

3 Burdeos, 17 de Enero de 1854 (Daloz, 1855, 2, 212).

4 Pothier, *De la comunidad*, núm. 649.

posos; la dote es una liberalidad, y cada uno da lo que quiere; uno de los esposos puede, pues, estipular que estará obligado en la dote por una parte menor que la mitad. Así mismo la mujer puede declarar que entiende dotar solo en su parte en la comunidad, y que en caso de renuncia, quedará librada de toda contribución. La madre, dice Pothier, pudo no dotar, por lo tanto, poner á la donación tal condición que le parezca. (1)

166. Hemos supuesto, con el texto de los artículos 1,438 y 1,544, que los esposos dotan conjuntamente. ¿Quiere esto decir que el acta deba tener la declaración que el padre y la madre dotan conjuntamente al hijo común? No, seguramente; la ley nada dice de tal declaración. La palabra *conjuntamente* quiere decir que el padre y la madre hablan en el contrato, y que desde luego hay dos deudores y, por consiguiente la deuda se divide. Hacemos esta observación porque una Corte se equivocó en este punto. La palabra *conjuntamente* no se encontraba en el acta; pero, dice la Corte de Bourges, debe suplirse fácilmente cuando el padre y la madre estipulan juntos para satisfacer sus obligaciones naturales, á no ser que los términos del acta marquen que quisieron dotar separadamente. Esto supone que la ley exige que los esposos declaren dotar conjuntamente para que cada uno esté obligado por mitad. Y los arts. 1,438 y 1,544 nada dicen de tal declaración; es, pues, inexacto decir que la obligación conjunta debe ó puede resultar del conjunto de las disposiciones del contrato de matrimonio, como lo dice la Corte de Bourges. (2) Hay conjunta obligación por el solo hecho de que el padre y la madre prometen una dote.

167. Si el padre solo constituye la dote, será único deudor personal por su totalidad. ¿Quedará la madre obligada por mitad si está presente en el contrato? La negativa es

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 650.

2 Bourges, 29 de Julio de 1851 (Daloz, 1852, 2, 11).

segura; nadie está obligado sin su consentimiento, y en el caso, la madre no habla en el contrato, no promete; luego no queda obligada. El art. 1,544, segundo inciso, va más allá; supone que el padre constituye solo la dote agregando: "por derechos paternos y maternos," y decide que la madre aunque presente, no quedará obligada y que la dote permanecerá por entero á cargo del padre. Esta cláusula "por derechos paternos y maternos" no puede tener por efecto el obligar á la madre; esto es una declaración del padre y éste no tiene derecho de obligar á la madre. ¿Se dirá que la madre está presente y que su presencia y su silencio implican un consentimiento tácito? Contestaremos que la presencia de la madre en el contrato de matrimonio se explica por su calidad de madre; no está obligada, precisamente porque nada dice, algo hubiera dicho si hubiere entendido obligarse.

El principio establecido por el art. 1,544 recibe excepción cuando los esposos están casados en comunidad. Bajo este régimen, toda deuda del marido es deuda común, y la mujer, al aceptar la comunidad, se apropia las obligaciones contraídas por el marido. Y cuando el marido dota á un hijo común, la dote se hace deuda de la comunidad que debe soportar la mujer por mitad si acepta la comunidad. Si renuncia, se entiende que no queda obligada puesto que al renunciar se vuelve extraña á la comunidad, como si nunca hubiera sido común. Tal es el derecho común; el marido puede derogarlo declarando que pretende encargarse solo de la dote. Ni siquiera es necesario para esto de declaración expresa, el consentimiento tácito basta. La Corte de Douai sentenció que la dote constituida por solo el marido y por cuenta de herencia y á cargo de las rentas, debe ser pagada por entero por él. Declarar que la dote debe ser tomada de la sucesión paterna; es decir, que el padre es donante por entero. Lo mismo sucede con la estipulación que

dice que el padre hace donación á su hijo «á cuenta de su parte en la sucesión;» el padre da por esto á su hijo lo que éste hubiera recogido por su herencia; le da, pues, toda la dote. (1) ¿Pasaría lo mismo si el padre hubiese ofrecido la dote en bienes personales? Esto es una cuestión de intención; por consiguiente, la decisión depende de las circunstancias de la causa. En nuestro concepto, no se puede decidir en derecho que solo el marido es deudor, porque ha constituido la dote en bienes personales; la obligación no deja por esto de ser contraída por el padre, y toda deuda del marido es deuda de la comunidad; la derogación á este principio es una excepción, y la excepción debe ser claramente enunciada (2)

168. Si la madre sola constituye la dote ¿quedará obligado el padre? En general nó, puesto que el padre así como la madre no pueden estar obligados sin su consentimiento. Poco importa que el marido haya autorizado á su mujer, porque el que autoriza no se obliga.

¿Debe aplicarse este principio al caso en que los esposos están casados en comunidad? Bajo este régimen las deudas contraídas por la mujer con autorización del marido, caen en el pasivo de la comunidad, y, por consiguiente, el marido puede ser demandado por el acreedor en su patrimonio: toda deuda de la comunidad es en este sentido deuda del marido. Esta regla recibe su aplicación á la dote como toda clase de obligaciones; el hijo dotado tendrá, pues, acción contra la comunidad y aun en los bienes personales del marido. Pero si la comunidad ó el marido pagan ¿tendrán recurso contra la mujer? Debe contestarse afirmativamente si se admite que la dote constituye una obligación personal de los padres; se entiende que la obligación solo es personal para con el constituyente, puesto que la obligación es natural.

1 Douai, 6 de Julio de 1853 (Daloz, 1855, 2, 350).

2 Compárese Aubry y Rau, t. V, pág. 224 y nota 12, pfo. 500.

Troplong enseña que el marido no está obligado por la dote, ni siquiera para con los acreedores; (1) da como motivo que la dote es una deuda propia de ambos esposos, lo que excluye la regla según la cual las deudas contraídas por la mujer con autorización marital caen en el pasivo de la comunidad. Volveremos á esta cuestión al tratar de la administración de la comunidad. En nuestro concepto, Troplong confunde la obligación del pago de las deudas con la contribución á las deudas. Cualquiera deuda autorizada de la mujer, aunque le sea personal, cae á cargo de la comunidad para con los acreedores, excepto las excepciones previstas por la ley. Otra es la cuestión de saber quién debe soportar la deuda. Aquí se aplica el principio que rige á la contribución. La mujer habiendo dotado sola, en calidad de madre, debe también soportar sola la deuda. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Rouen; se atiende al art. 1,419 que establece una regla general; y es de la esencia de la regla recibir su aplicación á todos los casos en que no se la deroga, y la excepción debe ser terminante. (2)

169. Si el supérstite de los padres constituye la dote, solo estará obligado, esto es claro, no puede tratarse de obligar al difunto, ni siquiera como esposo común en bienes, puesto que la comunidad no existe ya. Pero se pregunta si la dote debe tomarse desde luego en los derechos del futuro esposo sobre los bienes del cónyuge difunto. Nó, en la hipótesis que acabamos de suponer; el supérstite se obligó personalmente; la dote se tomara, pues, de sus bienes. Pero qué debe decidirse si constituyó la dote para bienes paternos y maternos? El art. 1,545 prevé la dificultad y decide que si el constituyente no ha especificado la parte por la que pretende estar personalmente obligado, la dote se tomará primero en los derechos del futuro esposo á los bie-

1 Troplong, t. I, pág. 363, núm. 1,231. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, págs. 224 y siguientes, y nota 13).

2 Rouen, 27 de Mayo de 1854 (Daloz, 1854, 2, 248).



nes del cónyuge difunto, y lo demás en los bienes del constituyente. ¿Cuál es el motivo de esta disposición? Se trata de saber cuál es la intención del constituyente. La mujer puede dotarse por sí; aporta ordinariamente en dote todos sus bienes, ya en propiedad, ya en gozo (núm. 157). Puede, además, ser dotada por sus padres; cuando, pues, se casa después de la muerte de uno de éstos y que el padre declara constituirle una dote para *bienes* paternos y maternos, su intención no es obligarse personalmente por toda la dote; al hablar de *bienes* que la hija heredó de la difunta, se entiende que la hija aportará primero sus bienes en dote, y que si el monto de estos bienes no alcanza la cifra dicha en el contrato, el constituyente pagaría lo demás. En realidad, el constituyente solo se obliga por lo que falta, pues no es obligarse decir que su hija aportará sus bienes personales en dote; esto es de derecho y depende del régimen que han adoptado los esposos. En esta hipótesis, la parte contributiva del supérstite en la dote es indefinida, depende del monto de la heredad que ministra la dote; ésta puede, pues, pasar de la mitad, puede también ser menor que dicha mitad; y hasta el todo, salvo estipulación contraria.

Estas estipulaciones dan lugar á una dificultad. Al constituir la dote por bienes paternos y maternos, el supérstite fijó la parte por la que cada uno de los patrimonios debe contribuir á ella; la mitad, por ejemplo; sucede que la sucesión es insuficiente para pagar esta mitad: ¿quedará obligado el constituyente á completarla personalmente? Se enseña la afirmativa. Esto nos parece demasiado absoluto. Esto es, ante todo, una cuestión de intención; debe verse á lo que el constituyente entendió obligarse. Y si no ha contraído obligación personal en cuanto á la mitad de la dote que debe tomarse en los bienes del difunto, no debe responder por la insuficiencia de estos bienes, á no ser que los términos del contrato impliquen esta intención. Se objeta que el

supérstite conociendo el valor de los bienes dejados por el difunto, es de presumir que quiso gratificar al hijo por lo que falta. Contestaremos que esto es crear una obligación por vía de presunción, lo que es contrario á todo principio. (1)

Hay, además, una hipótesis que la ley no prevee, la en que el supérstite constituye la dote en los bienes del difunto solo. El supérstite no contrae, en este caso, ninguna obligación personal, puesto que solo habla de los *bienes* del difunto. Por consiguiente, si los bienes no bastan para llenar la dote, el constituyente no debe llenar el deficiente. Pero puede manifestar la intención contraria; y todas estas cuestiones deben decidirse según la intención del constituyente. (2)

170. Hay una cláusula muy usada en Paris y en otros países de derecho de costumbre, porque es de origen de costumbre; Pothier la menciona. Los padres dotan justamente al hijo común con anticipo de herencia en la sucesión del primero de ellos que muera. Pothier da otra fórmula que difiere en los términos, pero que en el fondo es idéntica; es que la dote será imputada por entero en la sucesión de primero que muera; es decir, que se tomará de esta sucesión, y toda donación relativa á su sucesión se hace como adelanto de herencia. ¿Cuál es el sentido de esta cláusula? Pothier lo dice; el primero que muera aparece dotar solo, y él solo es deudor de la dote. (3)

Pothier dice que el primero que muera se considera como habiendo dotado solo; en realidad, el cónyuge supérstite concurrió á la donación, puesto que la dote fué constituida por ambos esposos; pero los constituyentes no se obli-

1 Véanse las autoridades citadas por Rodière y Pont, t. I, pág. 80, núm. 100. Estos autores distinguen si el constituyente conoció ó nó el monto de la sucesión. Esto es equitativo pero no es jurídico.

2 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 225 y nota 14.

3 Pothier, *De la comunidad*, núm. 650.

gan cada uno por mitad, cada uno se obliga eventualmente á soportar toda la dote en el caso en que sobreviviere, y en este caso, el supérstite no quedará obligado, puesto que la condición bajo la que se obligó, falta. Es, pues, exacto decir que solo hay un deudor, bajo condición.

La Corte de Casación ha sentenciado que la cláusula era lícita, puesto que aquellos que dotan están libres para poner en su liberalidad tal condición que gusten, siempre que no sea contraria al orden público ni á las buenas costumbres. Esta cláusula, siendo tradicional, debe interpretarse en el sentido que siempre tuvo. Los antiguos juristas enseñaban que el supérstite era considerado como no haber dado nada. Así entendida dice la Corte de Casación, la cláusula es muy favorable á los hijos, porque el padre y la madre están tanto más dispuestos á dotar á sus hijos que el supérstite no tiene que temer verse arruinado por constituciones dotales desproporcionadas al estado actual de su fortuna personal. Es verdad que los donatarios pueden resultar frustrados en sus esperanzas si la sucesión del primer difunto no basta para llenar la dote que les fué ofrecida; pero, dice la Corte, los donatarios que son partes en el contrato, deben saber lo que los donantes prometen y á qué se comprometen. (1) Libres las partes de estipular que si la porción hereditaria del hijo en la sucesión del difunto es inferior á su dote, tendrán recurso contra el supérstite por el resto. (2) Pero para que este recurso exista, es menester que lo hayan convenido. En ausencia de convención, el hijo no puede tener acción contra aquel de sus padres que sobreviva, porque éste no está obligado.

171. La cláusula da lugar á algunas dificultades en la aplicación. Se pregunta primero si el hijo tiene acción contra su padre y su madre durante la vida de éstos. Esto de-

1 Casación, 11 de Julio de 1814 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1.222).

2 Paris, 16 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 2, 167).

pende de la voluntad de las partes contratantes; éstas pueden convenir que la dote solo será exigible contra el supérstite. Pero la cláusula tradicional no tiene este sentido. Los padres no pueden constituir la dote á plazo, dan la dote actualmente; luego ésta es exigible inmediatamente; solo que deberá tenerse en cuenta por entero en la sucesión del primero que muera; de manera que la obligación del supérstite se resuelve por su supervivencia. El hijo tiene, pues, acción contra sus padres; queda por saber por qué porción. Acerca de este punto hay que aplicar el derecho común. Se supone que los esposos se han obligado conjuntamente; son, pues, deudores por mitad, salvo resolución en favor del supérstite. (1) Este, no siendo deudor, se encuentra haber pagado la mitad de la dote por su cónyuge difunto; tiene, por consiguiente, una acción por indemnización contra la sucesión de este último por esta mitad.

172. ¿Qué debe decidirse si la comunidad se disuelve por la separación de bienes? Solo hay lugar á indemnización en caso de supervivencia; esta condición no se cumple con la separación de bienes; debe, pues, aplicarse por analogía lo que el art. 1.452 dice de las ganancias de supervivencia: el esposo que tiene derecho á ellas, solo puede ejercerlas cuando sobrevive. Para que haya acción en vida de los esposos, hay que suponer que uno de los cónyuges ha pagado la totalidad de la deuda de sus bienes personales; si en esta hipótesis la comunidad se disuelve por el divorcio, la separación de bienes ó la separación de cuerpos, el esposo que ha pagado la dote puede pedir que se le tenga en cuenta en la liquidación por la mitad de la dote, que no estaba obligado á pagar, á reserva de arreglar definitivamente, á la muerte de uno de los cónyuges, la indemnización á la que el supérstite puede tener derecho. (2)

1 Bourges, 29 de Julio de 1851 (Daloz, 1852, 2, 11). La doctrina está conforme (Aubry y Rau, t. V, pág. 226, nota 19, pfo. 500).

2 Aubry y Rau, t. V, págs. 266 y siguientes, nota 20 y los autores que citan.