

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 (Daloz, 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 prevee 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 ordinariamen-

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

te mal dispuesto para con los hijos del primer matrimonio; habrá, pues, que mantener el derecho común que permite á la mujer ocurrir al juez cuando el marido niega su autorización. Cuando se trata de establecer hijos comunes la ley no concede este recurso porque supone que el marido tiene buenas razones para negar su consentimiento; respeta estas razones y corta así todo debate en un negocio tan delicado; como se trata de hijos comunes igualmente queridos por el padre como por la madre, la opinión del primero debe prevalecer en caso de diferencia. Esta es la opinión generalmente enseñada. (1)

522. ¿Qué se entiende por *establecimiento* en los arts. 1,555 y 1,556? Esta palabra tiene un sentido técnico; según el art. 204, «el hijo no tiene acción contra sus padres para un *establecimiento por matrimonio ú otra causa*.» El establecimiento ordinario se hace por el matrimonio; pero puede también hacerse de *otra manera* procurando al hijo una posición en el comercio ó en la industria ó comprándole uno de los oficios para que la legislación francesa admita presentación por el tutor. Los tribunales se muestran muy favorables hacia el establecimiento de los hijos, admiten fácilmente que el fundo dotal pudo ser enajenado para establecer á éstos; sin embargo, hay un peligro: es que el establecimiento de los hijos sirva de pretexto para dar color á la enajenación de la dote; ha sucedido que los tribunales han decidido que no había *establecimiento* en el sentido de los arts. 1,555 y 1556 y que, por consiguiente, la enajenación del fundo dotal era nula. (2) Durantón dice con este propósito que las partes obrarán prudentemente pidiendo al juez comprobar la realidad del motivo. (3) He-

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. V, pág. 584 y nota 100, párrafo 587.

2 Véanse las sentencias, en sentidos diversos, citadas por Aubry y Rau, tomo V, pág. 585, nota 106, pfo. 537, y el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 3581 y 3582.

3 Durantón, t. XV, pág. 580, núm. 494.

mos dicho muchas veces que los jueces no están establecidos para dar consejos ni para llenar un oficio que entra en la jurisprudencia voluntaria; su competencia está determinada por la ley; deciden los negocios contenciosos y no intervienen en la jurisdicción voluntaria sino cuando la ley les confiere esta misión.

523. Los arts. 1,555 y 1556 dicen que la mujer puede *dar sus bienes dotales* para el establecimiento de sus hijos. Se pregunta si puede enajenarlos para dar á los hijos el dinero de la venta, y si puede pedir prestado hipotecando sus inmuebles ú obligándose de un modo cualquiera para el establecimiento de los hijos. La cuestión está controvertida; pero es una de esas controversias que debería cesar, porque hay motivos perentorios para decidir. El establecimiento de los hijos es la causa más favorable entre todas las que justifican la enajenación del fundo dotal; es, como dice el orador del Gobierno, el empleo natural de los bienes dotales; por esto la ley permite á la mujer darlos para establecer á sus hijos y sin que la justicia tenga que intervenir. No deben, pues, interpretarse restrictivamente los arts. 1,555 y 1,556 limitando el establecimiento á una donación de los bienes dotales; la ley habla de la donación porque esta es la vía ordinaria de la dotación de los hijos que se casan, pero cuando se trata de otro establecimiento se necesita dinero y no inmuebles. ¿Por qué había de obligarse á la mujer á dar un inmueble dotal á un hijo que quiere comprar un fondo de comercio cuando éste hijo tendría que vender inmediatamente el inmueble para hacerse de los fondos que necesita? ¿No es más sencillo y más ventajoso que la mujer haga un empréstito con hipoteca? Conservará su inmueble y proveerá á las necesidades del hijo.

Se hace una objeción que á primera vista parece dificultosa. Hemos dicho, y esta es la opinión consagrada por la jurisprudencia, que la cláusula del contrato de matrimonio

que permite enajenar el inmueble dotal no da á la mujer el derecho de hipotecarlo, porque las cláusulas que derogan la inenajenabilidad son de estricta interpretación. ¿No es una contradicción admitir que la mujer puede hipotecar y pedir prestado cuando la ley sólo le permite *dar*? Nó, pues las hipótesis son enteramente diferentes. Cuando el contrato autoriza la enajenación del fundo dotal, con ó sin cláusula de empleo, se abroga en todo ó en parte al régimen dotal, y esto se hace con un fin determinado; esto es muy peligroso y está en oposición con las convenciones matrimoniales que han estipulado el régimen dotal; hay, pues, que interpretar estas cláusulas restrictivamente. Al contrario, cuando la mujer dispone de sus bienes dotales para establecer á sus hijos, los emplea en su destino natural; ya no puede tratarse de una cuestión de garantía para la mujer, el contrato alcanza su objeto, el fundo dotal fué conservado para servir al establecimiento de los hijos; desde luego la garantía de la inenajenabilidad no tiene ya razón de ser. (1)

Se hacen otras objeciones. Hay diferencia, se dice, entre dar un inmueble y dar dinero. (2) Sin duda, ¿pero qué importa? Esta no es una cuestión de derecho. La inenajenabilidad resulta de las convenciones matrimoniales. ¿Con qué objeto permite la ley que se estipule? Para conservar el fundo dotal en interés de la mujer; y, sobre todo, por interés de sus hijos. Pues bien, este objeto está alcanzado cuando la mujer dispone de sus bienes dotales para el establecimiento de sus hijos. ¿Qué mayor interés que el de establecer á sus hijos? Yo no hay que temer que el marido abuse de su potestad para obligar á la mujer á enajenar. El marido está fuera de causa; personalmente él no aprovecha del

1 Rodière y Pont, t. III, pág. 357, núm. 1794. Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. V, pág. 585, nota 107, pfo. 537 y las sentencias, en diversos sentidos, en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, número 3608.

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 481, núm. 228 bis IV.

establecimiento de los hijos; si concurre á ello, es para renunciar á su usufructo. En fin, cuando se trata de disponer de los bienes dotales en interés de los hijos no se encuentra uno en la situación para la cual fué estipulada la inenajenabilidad.

Núm. 3. De la enajenación del fundo dotal con autorización de la justicia.

524. El inmueble dotal puede también ser enajenado con permiso del juez en los casos previstos por el artículo 1,558. Debe agregarse á esto el cambio que está reglamentado por el art. 1,559. La razón general de las excepciones autorizadas por la ley es que la enajenación tiene una causa justa, pero el legislador tuvo cuidado de determinar las causas que le parecen justas; es para comprobar la realidad de esta justicia por lo que interviene el juez; no le está permitido autorizar la enajenación por causas que no prevee la ley, debe limitarse á comprobar si la causa por la cual se solicita enajenar el inmueble dotal está prevista por la ley, y si existe en el caso. ¿Cuántas veces sucede que los esposos sufren inconvenientes del régimen que han adoptado, amenudo sin más razón que la de vivir en un país de derecho escrito! Quisieran desprenderse de las cadenas que ellos mismos forjaron; comprenden que es cosa absurda un régimen que, á fuerza de querer conservarlo todo, mata la vida. Pero el régimen es inmutable y sólo queda á los esposos el remedio ilegal de eludir la ley. Eludir la ley es violarla; los tribunales intervienen para impedir que los esposos hagan fraudes á sus propias convenciones.

El art. 1,558 exige un permiso de la justicia: ¿quién debe pedirlo? La mujer, puesto que el permiso tiende á la enajenación y el propietario solo puede enajenar. Es necesario que el marido intervenga, pues él es usufructuario de los

bienes dotales, y los tribunales no pueden autorizar á la mujer para enajenar un goce que pertenece al marido. Si el marido se negara á concurrir á la enajenación, la mujer no podría vender más que la nuda propiedad, por muy favorable que fuese la causa de la enajenación; los tribunales no pueden autorizar la venta de un derecho apesar de aquel á quien pertenece. (1)

525. El fundo dotal puede ser enajenado con permiso del juez para sacar de la cárcel al marido ó á la mujer. Esta primera causa tiende á desaparecer, no siendo ya admitido el castigo corporal sino en raras excepciones. Cuando se trata de recobrar la libertad se comprende que la inenajenabilidad del fundo dotal ceda á un mayor interés, el primero de todos.

526. La justicia puede, en segundo lugar, permitir la enajenación del inmueble dotal "para administrar alimentos á la familia en los casos previstos por los arts. 203, 205 y 206." Esta es la más necesaria de todas las causas que justifican la enajenación de los bienes dotales; los bienes sólo tienen utilidad para servir á las necesidades de la vida; si los esposos no tienen otros recursos, los bienes dotales deben ser empleados en la manutención de los hijos, así como en las obligaciones alimenticias que los esposos tienen que llenar para con sus ascendientes. La ley no dice nada en los arts. 203, 205 y 206 de los alimentos de los esposos, se entiende que éstos hacen parte de la familia para todas las necesidades por las cuales la dote puede ser enajenada. Si la ley no cita artículo refiriéndose á los esposos es que no hay disposición especial acerca de la obligación alimenticia de los esposos entre sí: se induce de los arts. 212 y 214. (2)

En cuanto á los hijos la deuda alimenticia tiene un objeto especial, la educación; en efecto, el art. 203 dice que

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 486, núm. 230 bis I.
2 Tessier, *De la dote*, t. I, pág. 414, núm. 72, nota 628.

los esposos contraen juntos, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de *alimentar, mantener y educar* á sus hijos. El *alimento* y la *manutención* constituyen la deuda alimentaria propiamente dicha; para los hijos se necesita más que el alimento del cuerpo, es necesario el alimento del alma; es decir, el desarrollo de las facultades intelectuales y morales, sin las cuales el hombre estaría más bajo que los brutos. Los autores y la jurisprudencia están unánimes en este punto; demuestran un gran favor para los gastos de educación. (1)

Desgraciadamente sólo se trata de las clases acomodadas; los pobres litigan acerca de los gastos de educación por la razón excelente de que no los pueden soportar: esta es una deuda social; hay que confesarlo con vergüenza, es una deuda que la sociedad se cuida muy poco de pagar.

527. En tercer lugar el inmueble dotal puede ser enajenado "para pagar las deudas de la mujer cuando tienen una fecha cierta y anterior al contrato del matrimonio." La mujer no tiene derecho de comprometer sus bienes por las deudas que contrajo después del matrimonio; volveremos á á tratar sobre este punto. ¿Cuál es el derecho de los acreedores anteriores al matrimonio? El artículo 1,558 permite la enajenación de los bienes dotales para el pago de estas deudas cuando tienen una fecha cierta y anterior al contrato matrimonial; lo que implica que los acreedores tienen acción sobre los bienes dotales que pueden embargar y poner en venta: tal es, en efecto, su derecho, como lo veremos al tratar de las obligaciones contraídas por la mujer casada. Para impedir la expropiación de bienes dotales que dan lugar á gastos ruinosos, les permite la enajenación

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 588, nota 115, pfo. 537, y por Rodière y Pont, t. III, pág. 363, nota 2. Debe agregarse Decisión de la Corte de Casación de Bélgica, 28 de Diciembre de 1871 (*Pasicrisia*, 1872, 1, 7).