

# REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

---

Año XII

Enero de 1936

Núm. 133

---

## De la naturaleza jurídica del patrimonio dotal

(ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO)

- I. El criterio técnico del patrimonio y la dote.
- II. De la inalienabilidad dotal.
  - a) Las teorías tradicionales.
    - 1.º Teoría de la indisponibilidad real.
    - 2.º Teoría de la incapacidad personal de la mujer.
  - b) La idea de la afectación de los bienes dotales.

El interés científico del estudio que nos proponemos es axiomático; de una parte pone en juego las discusiones sobre las nociones fundamentales del régimen dotal, discusiones ya seculares, sin duda, pero en las que todavía hoy no puede decirse que se haya hecho la luz definitiva; además, estudio de tal naturaleza no puede confinarse sólo en los cuadros del régimen dotal, sino que implica investigaciones más amplias que deben extenderse hasta las teorías más generales sobre el patrimonio y el derecho de obligaciones; y de otro lado, la misma naturaleza jurídica de la dote es la que determinará el porvenir, el destino del mismo régimen dotal.

Si la dote ha de continuar impregnada de un espíritu desorbitado de los modernos criterios técnicos y sociales, está condenada fatalmente a una muerte más o menos lenta, pero cierta; si, por el contrario, su naturaleza jurídica es tal que puede regenerarse y adaptarse a las concepciones y a las necesidades del presente y del porvenir, todavía la dote podrá guardar durante

largo tiempo su vitalidad y su interés, a pesar de los augures que en la doctrina española recentísima han proclamado el desahucio y la desaparición del régimen dotal en una precipitada deducción de un pretendido régimen de indistinción de derechos por razón del sexo.

Se trata de un estudio de técnica.

Desde los magistrales estudios de Bartin, hasta los más recientes de Raynaud, Rives-Langes, Hay, Guilhot, etc., la dote es considerada como un patrimonio de afectación, con lo que se pone en juego toda la teoría clásica del patrimonio sobre la que descansa nuestro Derecho privado; pero si la dote constituye un patrimonio en el seno del patrimonio general de la mujer, toda la teoría clásica del patrimonio se quiebra, el principio de la indivisibilidad del patrimonio se abandona y la referencia necesaria del patrimonio o la personalidad queda seriamente discutida. La concepción de Bartin plantea el problema mucho más vasto de la revisión de la teoría general del patrimonio e implica un nuevo examen de la noción del patrimonio e incluso la del sujeto del derecho.

Y son estas repercusiones profundas de la idea de afectación de la dote a las necesidades familiares quienes nos han decidido a este estudio de la naturaleza jurídica de la dote, que planteamos en el seno del problema más vasto, en que lo exige la repetida idea de afectación.

**I. El criterio técnico del patrimonio y la dote.**—No podemos comenzar el estudio de la dote con la intención de comprobar la explicación propuesta por M. Bartin, que ve en ella un patrimonio de afectación, sin precisar una noción provisional del patrimonio. Para juzgar si la dote presenta estos caracteres, es indispensable decir en qué signo se reconocerá el patrimonio; es absolutamente necesario elegir un criterio técnico que nos haga conocer los signos exteriores de este último y nos sirva de guía en estos prolegómenos.

Considerado desde el punto de vista subjetivo, el patrimonio es un conjunto de derechos; desde el punto de vista objetivo, está constituido por un conjunto de bienes. Estos derechos o estos bienes forman un patrimonio porque están sometidos a reglas o normas comunes que forman o hacen su unidad y cohesión y per-

miten verlos en su conjunto. «Lo que caracteriza, pues, la noción del patrimonio es la cohesión que establece en todos los elementos de que el patrimonio está formado», escriben MM. Marcel Planiol, Ripert y Picard (1).

Pero hay algo más; el patrimonio implica otra condición esencial: debe constituir lo que se ha convenido en llamar una universalidad de derecho; «se entiende por universalidad de derecho—dice M. Gombeaux—un conjunto patrimonial que comprenda, no sólo un cierto número de bienes muebles e inmuebles, sino también créditos y deudas propias que le estén unidas. Por universalidad de hecho, por el contrario, se entiende, en principio, un simple agrupamiento de valores económicos diversos, sin otra relación entre ellos que la comunidad de origen o destino que los reunió, un conjunto puramente material al cual no están ligados ni créditos ni deudas propias» (2).

A fórmulas sensibles parecidas concluye M. Robert Gary en su tesis sobre las nociones de universalidad de hecho y de derecho, cuando escribe: «Tomamos como criterio de distinción la existencia en la universalidad de derecho de un activo y de un pasivo, la ausencia de todo pasivo y la sola existencia de elementos activos en la universalidad de hecho» (3).

El autor precisa: «La universalidad de derecho es, ante todo, una universalidad de hecho, reúne en su seno los elementos activos, los bienes más diversos por la naturaleza y el origen, pero no responde a la idea de un bien en sentido estricto; evoca, por el contrario, la idea de la «masa» de bienes susceptibles de guardar respectivamente su fisonomía una vez dispersados de bienes que están estrechamente ligados entre sí por la necesidad inherente a la noción misma del pasivo correlativo (4).

Es de esta manera como lo comprendían Aubry y Rau cuando definían el patrimonio como «el conjunto de bienes de una perso-

(1) Planiol y Ripert: *Traité pratique de Droit civil français*. T. III, números 15 y sigs., págs. 19 y sigs.

(2) Gombeaux: *La notion juridique du fonds de commerce*. Tesis. Caen, 1901, pág. 36.

(3) Gary: *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*. Tesis. Bordeaux, 1931, pág. 310.

na considerados como formando una universalidad de derecho» (1), y sacaban como consecuencia el derecho de prenda general perteneciente a los acreedores sobre los bienes que forman el patrimonio del deudor (2).

Sin duda, la distinción entre la universalidad de derecho y la de hecho ha sido combatida. Pero sus adversarios, y esto es lo que aquí interesa, están de acuerdo en reconocer que el patrimonio es un conjunto de bienes y deudas que forma un activo, al que está afecto un pasivo correlativo. Así, M. Plastara, que ha tomado el contrapié del sistema clásico y rehusa, por otra parte, distinguir las dos nociones de universalidad, hace suya la imagen propuesta por Mauricio Hauriou para describir el patrimonio cuando la compara a una vasta cuenta corriente donde todos los actos económicos de su titular vienen a inscribirse bajo la forma de Debe o Haber (3).

Las divergencias aparecen cuando se trata de explicar la razón de ser de esta cohesión y de esta correlación entre las deudas y el activo que le sirve de asiento. No es éste el momento de insistir sobre ella; nos es suficiente, por ahora, hacer constar la unanimidad de los autores sobre esta concepción puramente descriptiva del patrimonio, «conjunto de bienes considerados como garantía de las obligaciones pecuniarias u otras (en la medida en que ellas tienen una sanción pecuniaria), pesando sobre la persona» (4). Con reservas sobre las últimas palabras de esta fórmula, que implican un partido tomado sobre la cuestión del fundamento del patrimonio, la haremos nuestra por el momento; ella nos servirá de criterio técnico para nuestro estudio de la dote.

Creemos evitar así el reproche de comenzar nuestras pesquisas con una idea preconcebida, puesto que adoptamos, para comprobar la concepción de M. Bartin, un criterio tomado de los partidarios del sistema que constituye su opuesto. Si nos es posible descubrir en la dote un conjunto de bienes sirviendo de asiento a

(1) Aubry y Rau: *Cours de Droit civil français*, 5.<sup>a</sup> ed., t. IX, págs. 573 y 333.

(2) Aubry y Rau, ob. cit., 575, pág. 366.

(3) Hauriou: *Leçons sur le mouvement social*, segundo apéndice, pág. 149. Plastara: *La notion juridique du patrimoine*. Tesis. París, 1903.

un pasivo propio, tendremos el derecho de afirmar que la dote constituye un patrimonio, y esto en nombre de la definición misma de Aubry y Rau. Esto es por lo que nuestra atención se consagrará, en primer término, al examen de la estructura del activo dotal y del pasivo que lo grava.

La individualidad del patrimonio dotal aparecerá en tanto que nos sea posible descubrir una verdadera autonomía entre él y los patrimonios personales de los esposos: los propios del marido y los parafernales de la mujer.

Todo lo que antecede sería evidentemente insuficiente de no confrontar la doctrina de M. Bartin con las tradicionales explicaciones de la inalienabilidad dotal, que constituye el rasgo más original del régimen dotal que permite mejor discernir su espíritu y carácter, cosa que también efectuaremos.

Nos adentraremos asimismo en el análisis, intentando discernir la unidad e individualidad de la dote, y examinaremos en ella si el centro de atracción de los elementos que son coherentes, suponiendo que descubramos esta cohesión, se encuentra en una persona o en un fin de afectación.

Por último encuadraremos la dote en la teoría general del patrimonio confrontando las diversas teorías generales del patrimonio y el patrimonio dotal, terminando con el desarrollo de la teoría institucional del patrimonio dotal y su entronque en la institución familiar.

Tomada desde el punto de vista de su estructura interna, la dote aparece respondiendo a la definición clásica del patrimonio, y es un verdadero patrimonio, puesto que se quiere y se mantiene que sus facultades activas afectan a un pasivo especial al cual sirven de asiento y garantía.

El igualmente presenta la dote igual fisonomía, mirada desde el punto de vista de sus relaciones exteriores con los otros patrimonios del marido y de la mujer misma.

Su autonomía se afirma del lado del patrimonio del marido, el cual, respecto a la dote en las líneas generales no es más que un simple administrador.

De otro lado, a pesar de la unidad del propietario de los bienes que componen su masa, los patrimonios dotal y parafernial conservan su autonomía fundamental.

Podemos, pues, afirmar que la dote es un patrimonio: y esta individualidad, esta unidad de los bienes dotales, su cohesión, en una palabra, se explica porque tienen todos un destino único, una afectación especial a los intereses de la familia: la dote es un patrimonio de afectación.

Pero ¿cuál es exactamente el verdadero fin de la dote? ¿Intereses actuales de la casa o intereses de la familia considerada en la serie indefinida de sus generaciones?

No creemos deber extendernos sobre esta cuestión en seguida, sino que antes de proseguir el análisis, comprobaremos las afirmaciones anteriores en función del problema de la inalienabilidad dotal y de su fundamento.

Esta inalienabilidad de la dote es demasiado característica para que no la examinemos en sus principios y en su desarrollo; su estudio no puede faltar en uno de la naturaleza jurídica del patrimonio dotal.

**II. De la inalienabilidad dotal.**—El elemento esencial del régimen dotal es sin duda la norma de inalienabilidad. De cualquier manera que sea, si la norma de inalienabilidad propiamente dicha, no es esencial a un régimen dotal como el nuestro, en donde la inalienabilidad dotal es meramente genérica, no deja de constituir ciertamente su carácter más significativo. Es curioso constatar, por ejemplo, que cuando el régimen dotal está en retroceso en los países en que ha disfrutado de mayor favor, le vemos, por contra, en los países del Norte, donde apenas era conocido, desenvolverse e introducirse cada vez más, mediante cláusulas estipulantes, que los bienes propios de la mujer en el régimen de comunidad serán inalienables, o cuando menos enajenables, pero a condición de reemplazo (1).

#### a) LAS TEORÍAS TRADICIONALES.

1.º *Teoría de la indisponibilidad real.*—No es necesario detenerse largo tiempo en el sistema de la indisponibilidad real, que está en la actualidad poco menos que abandonado.

Se sabe que sus partidarios, como Troplong, Mongin (2), sos-

(1) Planiol y Ripert, ob. cit., t. IX, págs. 481 y sigs.

(2) Troplong: *Du contrat de mariage*. T. IV, núm. 3.268.

Mongin: *Du caractère de l'inaliénabilité dotale*, en *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1886, págs. 92 y sigs.

tienen que la inalienabilidad no puede explicarse más que por una cualidad especial de los bienes que grava. Los bienes constituídos en dote están afectados por la ley de indisponibilidad, porque deben ser conservados a la familia.

Esta fórmula, a los ojos de sus autores es únicamente quien puede explicar por qué los bienes dotales son inalienables. La explicación contraria, que es la teoría de la incapacidad de la mujer, es impotente para explicar por qué la mujer es incapaz sobre sus bienes dotales. Mongin invoca, en apoyo del sistema que sostiene, argumentos históricos como el de que el antiguo derecho tuvo sobre todo en cuenta la idea de la indisponibilidad real y se inspira en la «Lex Julia de fondo dotali» más que en el Senado Consulto Veleyano.

Pero es sobre todo en la insuficiencia de la explicación por la incapacidad de la mujer sobre lo que Mongin se funda. «En toda circunstancia, la capacidad de realizar un acto jurídico está determinada por la naturaleza de este acto—escribe—y por la importancia de los bienes a los que se aplica; aquí está determinada por un elemento nuevo, por el destino de los bienes.»

Los partidarios de la concepción así combatida por Mongin le han contestado señalando todas las soluciones prácticas que la indisponibilidad real es incapaz de explicar.

Las obligaciones contraídas por la mujer antes del matrimonio afectan a la dote en el caso del número 2.º del artículo 1.366 de nuestro Código civil, y la doctrina de la indisponibilidad real debe normalmente conducir a solución inversa.

Por el contrario, las deudas de la mujer contraídas durante el matrimonio (artículo 1.408 del Código civil, número 1.º) no pueden ser ejecutadas sobre la dote aun después de la disolución del matrimonio, cuando si la indisponibilidad real desaparece con el matrimonio, se implica la posibilidad de embargar la dote después de disuelto este último.

Es también difícil en el sistema de la indisponibilidad real explicar cómo los bienes dotales pueden estar afectos a las multas y condenas de la mujer (1).

Pero lo que revela definitivamente la inexactitud de la explicación de Mongin es el defecto de concordancia entre las soluciones

(1) Art. 1.410 C. c.

de su sistema y las conclusiones admitidas a propósito de la sanción de la inalienabilidad. La indisponibilidad real entraña la nulidad absoluta y, por consiguiente, la imposibilidad de toda ratificación o confirmación, y sin embargo se decide que la nulidad que afecta a la venta de un bien dotal inalienable es solamente relativa. La mujer puede ratificar la operación desde el momento en que la dotalidad ha cesado.

Explicar el fundamento de la inalienabilidad no consiste en dar fórmulas que tengan un grado de parentesco más o menos acentuado con las de los jurisconsultos romanos o de los antiguos autores. Se trata de dar una explicación sintética del conjunto de las soluciones admitidas, es decir, de las reglas del derecho vigente en la actualidad. El sistema de la indisponibilidad real es incapaz de hacer esto; su impotencia explica su actual descrédito.

2.º *Teoría de la incapacidad personal de la mujer.*—En nuestros días, todavía la noción de la incapacidad de la mujer se adopta generalmente para explicar la inalienabilidad dotal. No es novedad en la materia; la imbecilidad del sexo no ha sido descubierta por los juristas del siglo xx, quienes, por el contrario, cada vez más se niegan a reconocerle un valor dogmático absoluto. Paul Gide lanzó con gran éxito el sistema de incapacidad de la mujer para explicar la inalienabilidad dotal, caracterizando este régimen, después de sabias consideraciones históricas, en los siguientes términos (1): «En lugar de asociar la mujer al marido, el régimen dotal la condena a la inacción; en lugar de confundir los intereses de los dos esposos, los mantiene cuidadosamente separados. Trata la dote como un legislador desconfiado trata el patrimonio de un incapaz: para impedir que se pierda, lo afecta de inmovilidad.»

Labbé se une al mismo sistema cuando escribía también, como Gide: «Es por un motivo sacado de la situación de la mujer. Es porque la mujer está, en efecto, bajo la influencia del marido; es porque, en efecto, una mujer que no tiene confianza en su marido, o que no quiere turbar la paz del interior doméstico, vende, promete, se obliga bajo la sola inspiración de su marido. Es porque se ha querido que la mujer no fuese víctima de su confianza o de su debilidad. He aquí por qué los fondos dotales han sido declarados inalienables... La mujer casada bajo el régimen dotal está incapaz

(1) Gide: *Condition privée de la femme*, 1885, págs. 449 y sigs.



citada para enajenar directa o indirectamente los fundos que le han sido constituídos en dote.»

Mucho más reciente, M. Planiol decía: «El bien dotal no puede ser enajenado, es decir, que su propietario ha perdido el derecho de disponer y no puede significar otra cosa; y los que creen ver otra idea están engañados por una simple transposición de palabras en la frase: sólo las personas pueden o no obrar; los bienes son siempre el sujeto pasivo de sus actos; cuando un bien no puede ser enajenado, es que su propietario no puede disponer» (1).

A la idea de la incapacidad recurren la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema de la inalienabilidad dotal, como Brechemier y Jonesco, y todavía Josserand la hace suya en 1933 (2).

¿Es aceptable este sistema?

Es incuestionable que la incapacidad personal de la mujer explica mucho mejor que la indisponibilidad real los casos en que, acabamos de ver, ésta no podía hacerlo.

El sistema decide precisamente que las obligaciones contraídas por la mujer con plena capacidad se pueden hacer efectivas sobre la dote en el caso del artículo 1.366, número 2.º, antes mencionado.

Al igual, la imposibilidad de afectar los bienes dotales después de disuelto el matrimonio, con las resultantes de las obligaciones contraídas por la mujer durante aquél, es deducción normal del sistema propuesto, toda vez que la deuda, en el momento en que se originó, la mujer era incapaz para contraerla.

Y en el mismo orden de consideraciones, el principio de la responsabilidad de la mujer por sus delitos y cuasi-delitos es también regla general para los incapaces, así como también el carácter relativo de la nulidad que afecta a la venta de un bien dotal inalienable.

Está clara, por tanto, la superioridad de categoría de la incapacidad sobre la de la indisponibilidad real, lo que explica su permanencia hasta nuestros días.

(1) Planiol y Ripert, ob. cit., t. III, núm. 1.524.

(2) Brechemier: *Du droit de poursuite des créanciers de la femme dotale et insaisissabilité des biens dotaux*. Tesis. Poitiers, 1902, págs. 41 y sigs.

Jonesco (B): *De la condition des revenus dotaux au point de vue de la règle de l'insaisissabilité*. Tesis. París, 1914, págs. 21 y sigs.

Josserand: *Cours de Droit civil français*, segunda edición, t. III, pág. 322.

Sin embargo, nosotros no la adoptamos.

La objeción fundamental de Mongin no está resuelta por la doctrina de la incapacidad. Es difícil comprender cómo la inalienabilidad, de la que se quiere ver el principio en la persona de la mujer, no se lleva sobre todos los bienes dependientes de esta persona, y como una incapacidad personal está circunscrita en sus efectos por la naturaleza, o, mejor dicho, por el destino de los bienes a los que afecta.

Ante esta dificultad, M. Lyon-Caen ha propuesto la ingeniosa fórmula de la «incapacidad real». La incapacidad de la mujer sería real, en el sentido de que a la mujer sólo le afecta en cuanto a sus bienes dotales. No lo comprendemos así; la dificultad no está resuelta porque todo el mundo está de acuerdo en decir que sólo los bienes dotales son inalienables; este es precisamente el problema, y M. Lyon-Caen no propone para resolverlo más que un juego de palabras; nosotros nos limitamos a hacer constar que nuestro Código no ha consagrado más que la inalienabilidad de los bienes dotales y no la incapacidad de la mujer. La mujer dotal es capaz, como toda mujer casada, para obligarse con la autorización del marido, y así, además, el sistema de la incapacidad no explica cómo, en determinados casos, nuestro Código civil admite, a pesar de los poderes del marido administrador, que esta administración puede ser confiada a la mujer.

Por otra parte, cuando la separación de bienes ha sido pronunciada, la separación tiene por resultado conferir a la mujer los poderes que hasta el momento eran ejercidos en lugar de ella por el marido. Lógicamente debería tenderse a hacer desaparecer la inalienabilidad cuando la incapacidad de la mujer ha cesado. Ahora bien, nadie explica la supervivencia de la inalienabilidad a la separación de bienes.

Todo el sistema de la separación de bienes protesta contra la teoría de la incapacidad. Si verdaderamente para proteger la dote se ha declarado incapaz a la mujer, no se ve la razón de que cuando el peligro de la dote es inminente, se otorga a la mujer los derechos que se le rehusan en tiempo normal.

Como dice M. Bartin, la verdad es que el papel activo a que la mujer está llamada en diferentes situaciones no está de acuerdo con la presunción de incapacidad de que se sostiene en el régimen

dotal. Pero, además, la autorización marital en algún sistema de Derecho positivo, como el francés, no puede relevar a la mujer de su impotencia para enajenar, y ello representa, más que una agravación de la incapacidad de la mujer, una disminución de la ineficacia de la autorización marital, y en su consecuencia la inalienabilidad dotal se explicaría por una incapacidad del marido. La fórmula es tan exacta como paradójica; no pretendemos proponerla como explicación de la inalienabilidad dotal, sino meramente señalar sobre estos puntos la impotencia del sistema de la incapacidad para justificar las modalidades de la inalienabilidad de los bienes dotales. Como dice Reynaud, poco importa que pueda encontrarse en el Derecho romano o en el antiguo Derecho una concepción más o menos clara de la incapacidad de la mujer; poco importa que sea posible encontrar en el Fenet o en el Locre la prueba de la creencia de los redactores del Código de la «imbecilitas sexus»; unirse a tales argumentos es caer en el error fundamental del método tradicional, vigorosamente denunciado por Geny. No se explica el régimen dotal por el viejo concepto de la debilidad del sexo (1) en una época en que se han depositado en los Parlamentos proyectos de supresión de la incapacidad de la mujer casada, incapacidad que cada vez es más criticada. Hace falta encontrar una explicación que dé cuenta del conjunto de las normas de derecho precisadas y a menudo construídas en todas sus partes por la Jurisprudencia, deseosa de adaptar a las necesidades de su tiempo un régimen extraído de las instituciones de civilizaciones diferentes.

Ni la indisponibilidad de la dote, ni la incapacidad de la mujer son susceptibles de hacer esto. Conviene, pues, recurrir a otras fórmulas.

b) LA IDEA DE LA AFECTACIÓN DE LOS BIENES DOTALES.—Nadie niega la afección familiar de los bienes dotales; pero como el sistema de M. Bartin, que ve en esta afectación el principio de un verdadero patrimonio, está lejos de ser admitido por todos; esta idea de afectación es en general insuficiente para explicar por sí sola las reglas del régimen dotal, y de aquí la tendencia de los autores a recurrir a las explicaciones que acabamos de examinar.

(1) Geny: *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, segunda edición, 1919.

Un ejemplo particular curioso de este estado de espíritu es el que da M. Bogdan Jonesco en su tesis anteriormente citada. El autor funda la inalienabilidad dotal sobre la incapacidad de la mujer, pero en seguida se pregunta el porqué de esta incapacidad, a lo que responde: «No es únicamente en interés individual de la esposa; es también y sobre todo en el interés superior de la familia, es decir, de la casa y de los hijos nacereros del matrimonio», por lo que existe esta incapacidad (1).

Y prosigue: «La teoría que presenta la dote como formando un patrimonio de afectación no es, en suma, más que una extensión de la doctrina de la incapacidad. M. Gide, que acabamos de citar, tenía razón al decir que la dote no tiene, bajo el régimen dotal, otro destino diferente que bajo los otros regímenes: está siempre destinada a las necesidades de toda la familia. Pero el régimen dotal tiene por fin asegurar el cumplimiento de este objeto. El medio empleado es la inalienabilidad, con su corolario la inembargabilidad. La Ley dice a los esposos casados bajo el régimen dotal: vosotros no tocaréis los bienes dotales. La esposa es incapaz de enajenarlos, y el esposo, con su voluntad, al menos en el Derecho francés, no servirá para relevarla de esta incapacidad.

Toda incapacidad responde a una necesidad de protección. La incapacidad de la mujer dotal tiende no sólo a la protección individual de ésta, sino sobre todo a la protección de la familia. Y es de esta forma como la Jurisprudencia considera el principio de la inalienabilidad dotal.

Si la idea de la afectación de la dote, como explicación de la incapacidad agravada de la mujer dotal, ha sido precisada por los jurisconsultos contemporáneos, no se deberá creer que haya sido inventada por ellos.» Y el autor cita una frase muy significativa de Cambacères, relativa a los trabajos preparatorios del Código civil: «La inalienabilidad—decía—no está establecida para devolver la dote a las manos del padre, sino para conservar los fondos consagrados a las cargas de la casa y al patrimonio de los hijos» (2).

Lo que nos interesa en el pasaje precitado de M. Jonesco es la

(1) Jonesco, ob. cit., pág. 27.

(2) Jonesco, ob. cit., pág. 28.

combinación curiosa hecha por este autor entre la idea de la incapacidad de la mujer y la idea de la afectación de la dote. Ver en ésta el prolongamiento de aquélla, nos parece muy difícil. Debemos, en efecto, preguntarnos si la idea de la afectación no se basta por sí sola a explicar la inalienabilidad dotal.

Hemos visto que la incapacidad era impotente sobre muchos puntos para justificar las soluciones adquiridas. Considerar la noción de la afectación solidaria de la de la incapacidad, es colocarla en la misma desgracia.

Habría el mismo peligro en dar la afectación de los bienes dotales a las necesidades de la familia, como una explicación de la indisponibilidad real que afecta a la dote. El acercamiento sería muy tentador entre la tesis de Troplong y Mongin y la de M. Bartin, pero también sería peligroso en razón de la ineptitud de la indisponibilidad real para justificar las soluciones del Derecho positivo.

Es preciso mantenerse a igual distancia de la noción de la inalienabilidad real y de la noción de la incapacidad personal de la mujer. Esto es lo que hace M. Bartin, fundando la inalienabilidad dotal sobre la sola idea de la afectación.

Para los que admiten el carácter patrimonial de la dote, es muy fácil de explicar la inalienabilidad haciendo de ella una pieza del sistema de conservación del activo, que debe ser mantenido intacto para poder responder al objeto para el cual ha sido organizado. La inalienabilidad se sitúa, pues, en el conjunto de medios empleados para mantener el destino de los bienes dotales. La inalienabilidad es una especie de garantía del mantenimiento de la masa dotal, que evita su empeño fuera del caso en que su destino lo exige.

Debemos comprobar, no obstante, la exactitud de esta explicación; lo haremos en seguida, colocándonos en el terreno en que hemos visto caer los sistemas tradicionales, preguntándonos si la idea de la afectación es más apta que ellas para justificar las reglas jurídicas generalmente adoptadas.

Teniendo como punto de partida dos principios contradictorios, los dos sistemas, cuya insuficiencia acabamos de sostener, se completarían el uno al otro y podrían ser combinados, puesto que el uno explica lo que el otro no, y viceversa, si no fueran precisamente inconciliables por razón de su diferencia fundamental de principios.

La idea de afectación que M. Bartin propone para sustituirla, no deberá ser tomada en consideración más que si llega a colmar al mismo tiempo las insuficiencias de la indisponibilidad real y de la incapacidad personal, es decir, si fuera capaz de evitar las dificultades del primer sistema sin caer en la imposibilidad del segundo. Es desde este punto de vista como debemos demostrar el valor de su fórmula.

Afirmemos que la idea de afectación es superior a la teoría de la indisponibilidad real. Para resumir, en una palabra, las críticas dirigidas a la teoría de la indisponibilidad real, diremos que este sistema ha tropezado en dos puntos fundamentales: la inembargabilidad dotal y la sanción de la inalienabilidad. Vamos a confrontar sobre estos dos puntos la doctrina de Troplong y Mongin con la de M. Bartin, lo que nos permitirá precisar esta última.

La indisponibilidad real entraña, según aprecia la moderna doctrina casi unánime, dos soluciones en la actualidad definitivamente rechazadas: la posibilidad de ejecutar sobre la dote, después del matrimonio, los créditos contra la mujer contemporáneos a este último; la inembargabilidad, en revancha, de la misma dote durante el matrimonio por los acreedores de la mujer anteriores a su celebración. Estas soluciones derivan del principio mismo del sistema: la inembargabilidad, corolario de la inalienabilidad, teniendo en cuenta el carácter dotal de sus bienes, comienza y acaba con la dote, cualquiera que sea la fecha del crédito invocado.

No habremos de mostrar extensamente cómo la teoría de la afectación evita el doble escollo sobre el cual el sistema de Mongin ha tropezado.

La supervivencia al matrimonio de la inembargabilidad por los acreedores contemporáneos a este último, tiende al deseo de no impedir la continuidad del patrimonio dotal, que está afecto no solamente a la casa, sino a la familia que se continúa después de aquél; el derecho de embargo concedido a los acreedores anteriores al matrimonio resulta de la idea de que el patrimonio dotal es inembargable, sin duda, pero en la medida de que exista verdaderamente. Los bienes constituídos en dote no lo son, propiamente hablando, más que si se les deduce el pasivo a que están afectos en el momento en que pasaron a ser dotales.

Siempre a propósito de la inembargabilidad dotal y de su al-

cance, la idea de afectación aclara de manera más sugestiva preceptos como el artículo 1.361 y otros del Código civil, que prevén la alienabilidad de los bienes dotales para que su precio sea utilizado en interés familiar.

Y así, por una interpretación extremadamente lata de los textos positivos franceses que prevén lo que de primera vista parece ser las excepciones al principio de la inalienabilidad, ha permitido a M. Bartin afirmar que para los bienes dotales la norma no es la inalienabilidad, sino, por el contrario, la enajenabilidad y embargabilidad en interés de la familia.

Además, la idea de afectación es superior a la de la indisponibilidad real, no solamente porque explica mejor ciertas soluciones admitidas, sino también porque establece la alienabilidad en principio y considera como una excepción la indisponibilidad, de la que la doctrina de Mongin hacía el elemento esencial.

El segundo error fundamental de la teoría sostenida por Mongin y Troplong es que hace de la nulidad absoluta la sanción de la inalienabilidad.

La Jurisprudencia francesa misma considera que la nulidad es solamente relativa y permite a la mujer y a sus herederos renunciar a invocar la irregularidad de la venta, pero prohibiendo, bien entendido, la renuncia a la ratificación durante el matrimonio, ya que reduciría a la nada el alcance de la anulación.

Aquí, incontestablemente, el sistema de la indisponibilidad real fracasa completamente, y el de la incapacidad de la mujer le es ciertamente superior. ¿Cuál es la consecuencia, a este respecto, de la teoría de la afectación?

La nulidad reposa sobre el interés de la familia; es, pues, la familia, cuando sea privada de una parte del patrimonio organizado para ella, la que podrá demandar o pedir la nulidad; esta nulidad es relativa, porque descansa sobre el interés privado familiar.

Durante el matrimonio, esta nulidad sólo puede invocarla el marido, administrador normal de la dote y representante de la familia; después de la disolución del matrimonio o de la separación de los bienes, lo efectuará la mujer y su derecho pasará a sus herederos, ¿*quid* de los acreedores de la mujer?