

administración, excepto cuando el contrato de matrimonio le confiere esta capacidad. Con más rigor la mujer no puede disponer ni transar. Sin embargo, no es esta una incapacidad absoluta; puede enajenar, luego puede transar con autorización marital. Y cuando hace una acta sin autorización el acta no es nula de plano sino solamente anulable. Tal es el derecho común y el Código no lo deroga en materia de transacciones.

La mujer separada de bienes por contrato ó por sentencia tiene la libre administración de su patrimonio; el art. 1449 dice que puede disponer de sus muebles y enajenarlos. ¿Debe concluirse de esto que puede transar acerca de sus derechos muebles? Durantón contesta que la afirmativa no es dudosa; en efecto, el art. 2045 permite transar á aquel que puede disponer, y el art. 1449 concede este derecho á la mujer. El texto decide, pues, la cuestión. No obstante, la cuestión está controvertida; se sostiene que el derecho de disponer que el art. 1449 da á la mujer no puede ser ejercido por ella sino en los límites de los actos de administración. Transladamos la cuestión de principio al título *Del Contrato de Matrimonio*. En nuestra opinión la mujer casada tiene plena capacidad para disponer de sus muebles, luego puede transar. (1)

La mujer comerciante, dice el art. 220, puede, sin autorización de su marido, obligarse para lo que toca á su negocio. No sólo puede obligarse, puede también enajenar, puesto que su comercio consiste esencialmente en comprar para volver á vender. Puesto que la mujer comerciante puede disponer hay que concluir que también puede transar acerca de sus intereses comerciales. (2)

Cuando la mujer está casada bajo el régimen dotal no

1 Durantón, t. XVIII, p. 456, núm. 409. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 256, núm. 515.

2 Pont, t. II, p. 256, núm. 514, y los autores que cita.

puede, aun con autorización de su marido, enajenar sus inmuebles dotales; por tanto, no puede transar en sus derechos inmobiliarios. Esto no es una cuestión de incapacidad. La mujer dotal es, al contrario, más capaz que la mujer común en bienes, puesto que puede disponer de sus muebles parafernales; la enajenación del dote se lega á otro orden de ideas; volveremos á ello al tratar del objeto de las transacciones.

338. Los menores no emancipados están representados por sus tutores; diremos más adelante cuál es su poder en materia de transacciones. Ordinariamente los menores no obran ni siquiera con autorización del tutor. Si hicieran transacciones éstas serían nulas en la forma (art. 1311), no serían inexistentes. Transladamos, en cuanto al principio, al título *De las Obligaciones*.

¿El menor emancipado puede transar en los actos de administración que la ley le autoriza á hacer? Ya hemos examinado la cuestión en el título que es el sitio de la materia (t. V, núm. 235). En nuestro concepto el menor emancipado no puede transar. La opinión contraria es generalmente enseñada. (1)

Aun cuando el menor se hizo mayor de edad no puede transar con su tutor acerca de la cuenta de tutela sino con arreglo al art. 472 (art. 2045). Ya hemos examinado en el título *De la Tutela* las numerosas dificultades á que da lugar esta disposición (t. V, núms. 150-165).

339. Los interdictos se asimilan á los menores. Ya hemos dicho en el título *De la Interdicción* cuál es la suerte de las actas que pasan los interdictos después de haber sido declarados tales y antes de su interdicción. Estos principios se aplican á la transacción.

En lugar de incapacitar á los enajenados se les coloca or-

1 Durantón, t. XVIII, p. 457, núm. 409. Aubry y Rau, t. IV, p. 660, notas 4 y 5, pfo. 420. Pont, t. II, p. 258, núm. 520.

dinariamente en una casa de salud ó en un simple hospicio. En este caso se les nombra un administrador provisional, cuyos poderes son los mismos que los del tutor. Volveremos á hablar más adelante de los administradores legales de bienes ajenos.

En cuanto á los débiles de espíritu y á los pródigos colocados bajo consejo la ley les prohíbe transar sin asistencia de su consejo (arts. 499-511). Se aplican los principios generales que hemos expuesto en el título que es sitio de esta materia.

340. «Las municipalidades y establecimientos públicos no pueden transar sino con la autorización expresa del Emperador» (art. 2045). Se lee en el informe al Tribunal: «Los municipios y establecimientos públicos están esencialmente bajo la tutela y la vigilancia del Gobierno; no pueden adquirir y enajenar sin autorización. No se les debe, pues, permitir transar sino con expresa autorización.»

Esta disposición ha sido modificada, en cuanto á los municipios, por la ley municipal que permite á los municipios transar; pero sus deliberaciones á este respecto están sometidas á la aprobación de la Diputación Permanente del Consejo Provincial (ley de 30 de Marzo de 1836, art. 77, 3.º) (1)

El art. 2045 no habla de las provincias ó departamentos porque cuando la publicación del Código Civil las provincias ó departamentos no se consideraban como personas civiles. Nuestra constitución coloca las provincias en la misma línea que los municipios en cuanto á la personificación, y la ley provincial da á los consejos provinciales poderes más extensos que los que gozan los municipios; pueden transar, y sus deliberaciones no quedan sometidas á la aprobación del Rey sino cuando el valor excede de 10,000 francos (art. 86).

1 Sobre la legislación francesa véase Pont, t. II, p. 264, núms. 528-530.

En cuanto á los establecimientos públicos, tales como oficinas de beneficencia, hospicios y fábricas, están sometidos á leyes especiales que pertenecen al derecho administrativo. (1)

341. La incapacidad de las partes contratantes da lugar á una acción de nulidad; pero la nulidad es relativa, puesto que sólo está introducida por interés de los incapaces. Según los términos del art. 1125 «las personas capaces de comprometerse no pueden oponer la incapacidad del menor, del interdicto ó de la mujer casada con quienes han contratado.» ¿Esta regla se aplica también á las personas civiles? Esta es la jurisprudencia de la Corte de Casación. Ya hemos expuesto en otro lugar nuestros motivos de duda (tomo XVI, núm. 63).

Núm. 2. De los insolventes.

342. Hay insolventes que la ley declara incapaces. Tales son los quebrados; desposeídos de la administración de sus bienes desde la sentencia que declara la quiebra ya no tienen derecho de enajenar; no pueden, pues, transar. Como la transacción puede ser útil á la masa la ley da al síndico ó curadores el derecho de transar bajo las condiciones que expondremos más adelante.

343. Las personas no comerciantes no tienen incapacidad aunque fueran insolventes; la quiebra civil no está declarada por sentencia como la mercantil, es un estado de hecho que no trae ninguna restricción á la capacidad. Sin embargo, la insolvencia es una de las condiciones que permiten á los acreedores pedir la nulidad de las actas que hiciera el deudor en fraude de sus derechos. Los acreedores podrían, pues, probando el fraude pedir la nulidad de una transac-

1 Véase, sobre la legislación francesa, Pont, t. II, p. 266, núm. 531.

ción que el deudor hubiera consentido desde que quebró. Transladamos en cuanto al principio á lo dicho acerca de la acción pauliana en el título *De las Obligaciones*.

344. El Código de Procedimientos establece una incapacidad especial contra el deudor cuyos bienes están heridos de embargo inmobiliario; no puede enajenar sus bienes desde la inscripción del embargo y, por consiguiente, no puede transar. Importa notar que esta incapacidad es enteramente especial; no se refiere más que á los bienes embargados. El deudor censura, pues, el derecho de transar en cualquier otro objeto, aun acerca de las actas de procedimientos que los acreedores hacen para expropiar al deudor. La capacidad para el deudor en quiebra civil es la regla; la incapacidad es la excepción; luego es capaz para transar en toda cosa, con excepción de los bienes embargados. La Corte de Casación lo sentenció así y esto no es dudoso. (1)

Núm. 3. De los administradores.

345. En principio los que están encargados por la ley ó en virtud de la ley para administrar los bienes ajenos no tienen poder para disponer ni siquiera de sus muebles. Hemos establecido este principio en el título *Del Contrato de Matrimonio* al tratar de los poderes del marido administrador (t. XXII, núms. 162-165). La aplicación sufre dificultades y da lugar á controversias.

346. Los enviados á posesión provisional de los bienes de un ausente no tienen más que un poder de administración; la ley les marca un plazo muy restrictivo diciendo que la administración provisional sólo es un depósito. Sin embargo, buenos autores sostienen que los enviados pueden transar acerca de los derechos muebles del ausente porque tienen

1 Denegada, 23 de Julio de 1817 (Dalloz, en la palabra *Venta pública de inmuebles*, núm. 2347).

el derecho de disponer de los muebles. Hemos dicho en otro lugar que ningún texto les reconocía este pretendido derecho (t. II, núm. 179). El art. 126 dice que el tribunal ordenará si hay lugar á vender todo ó parte del mobiliario. ¿Una ley que encarga al tribunal decidir si el mobiliario será vendido da un derecho á los enviados? (1) En cuanto á los enviados definitivos no pueden transar, puesto que están considerados como propietarios para con los terceros (t. II, núm. 227).

347. Hay grandes dificultades acerca de la extensión del poder que tiene el padre administrador legal de los bienes de sus hijos. La ley es muda, y en el silencio del texto los intérpretes se han hecho legisladores. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De la Potestad Paterna* acerca del punto de saber si el padre puede transar (t. IV, núms. 313 y 314). (2)

348. El tutor sólo puede transar cumpliendo las formalidades prescriptas por la ley (art. 467). Si las observó el menor está ligado por la transacción sin que pueda atacarla por causa de lesión. Si las formalidades legales no han sido cumplidas la transacción es nula; es decir, anulable; el menor puede pedir su nulidad por vicio de forma (art. 1311) sin tener que probar que ha sido perjudicado. Esta es la aplicación de los principios que hemos establecido en el título *De las Obligaciones* al tratar de la capacidad de las partes contratantes (t. XVI, núm. 50).

349. ¿El marido administrador legal puede transar? En nuestra opinión la cuestión ni siquiera puede ser presentada. El marido no puede disponer de los bienes de su mujer, así sean muebles como inmuebles; luego no tiene el derecho de transar. Se enseña, sin embargo, lo contrario; (3) el mari-

1 Pont, t. II, p. 277, núm. 261. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. I, p. 606, pfo. 153 (4ª edición).

2 Compárese Pont, t. II, p. 276, núm. 560.

3 Pont, t. II, p. 271, núm. 546.

do, se dice, puede transar en todos los derechos muebles de la mujer. ¿Y por qué motivo? No se da. Sin duda porque se concede al marido el derecho de disponer del mobiliario de su mujer. ¿Pero dónde está el texto que, por derogación de los principios, conceda al marido administrador el poder de enajenar? Puede también, se dice, transar en la administración de los inmuebles de la mujer. Sin duda que el marido puede hacer actos de administración bajo forma de transacción, puesto que administra libremente; (1) pero no puede sacrificar un derecho de la mujer; esto sería disponer, y no tiene este derecho. En fin, se pretende que el marido puede transar en todas las contestaciones relativas á la posesión. Tiene, es verdad, las acciones posesorias; ¿pero basta tener el derecho de obrar para tener el de transar? Si el marido tiene las acciones posesorias es porque estas acciones son un acto de conservación que sólo puede ser provechoso para la mujer. ¿Cómo puede compararse la transacción con un acto de conservación?

350. ¿El heredero beneficiario puede transar como administrador y sin perder su beneficio de inventario? Ya hemos examinado el asunto en el título *De las Sucesiones* (tomo X, núm. 143).

351. El Código de Comercio no daba el poder de transigir á los síndicos de la quiebra. Puede, sin embargo, ser muy útil á la masa que sus representantes gozan de este derecho. Las nuevas leyes promulgadas en Francia y en Bélgica acerca del régimen de la quiebra han llenado este vacío. Según el art. 492 de la ley de 26 de Abril de 1851 los curadores pueden transar en toda clase de contestaciones que interesan á la masa. La ley prescribe condiciones y garantías en interés de la masa y en interés del quebrado. Desde luego exige, en todos los casos, la autorización del juez comisario y quiere que el quebrado esté debidamente llamado

1 Compárese París, 26 de Abril de 1850 [Dalloz, 1851, 2, 180].

para que pueda oponerse, si hay lugar, á la transacción. Si ésta versa en derechos inmuebles sólo es obligatorio después de haber sido homologada. Lo mismo sucede cuando el objeto de la transacción es de más de 300 francos ó que el valor es indeterminado. El quebrado tiene el derecho de oponerse á la homologación; la oposición es perentoria si tiene por objeto bienes inmuebles. No entraremos en las dificultades á las que dan lugar las nuevas disposiciones, (1) esta materia es extraña á nuestro trabajo.

352. Nada tenemos que decir de los mandatarios administradores, salvo á trasladar al título *Del Mandato*, en donde la extensión de sus poderes ha sido explicada.

§ III.—DEL OBJETO DE LAS TRANSACCIONES.

353. En general se puede transar en toda clase de derechos desde que son dudosos. Según el art. 1130 las cosas futuras pueden ser objeto de obligaciones. ¿Puede transarse también en derechos eventuales? La Corte de Casación ha sentenciado, en principio, que las partes capaces pueden transar en pretensiones eventuales y, en derecho, que sólo se abrirán posteriormente á la transacción. (2) Esto nos parece evidente; basta que haya un derecho y que sea dudoso, poco importa que sea eventual ó condicional.

Hay una sentencia de la Corte de Bruselas que, á primera vista, parece contraria á esta decisión. Un padre lega su disponible á dos de sus hijos, reduciendo la reserva del mayor que se había casado apesar suyo. La tía materna hizo, por su parte, un testamento en favor de sus dos sobrinos, con exclusión del mayor; pero á solicitud de la madre intervino entre los tres hermanos una acta que decía así:

1 Véase Pont, t. II, p. 278, núm. 563.

2 Denegada, 31 de Diciembre de 1835 [Dalloz, en la palabra *Transacciones*, núm. 86].

«Las partes, queriendo evitar contestaciones que podrían nacer del testamento de su tía, han hecho la *transacción* siguiente con el fin de conservar entre ellos la concordia y la amistad: la sucesión de dicha tía se repartirá en tres partes iguales, sin tener en cuenta el testamento.» Después de la muerte de la madre, quien había testado en el sentido de esta transacción; surgió un proceso entre los hermanos. Se objetaba contra el mayor que la convención que invocaba no era una transacción. La Corte de Bruselas sentenció en este sentido. Comprueba desde luego que el día en que fué firmada la pretendida transacción no existía ningún pleito entre las partes a propósito del testamento de su tía. El acta dice que tenía por objeto cortar contestaciones que pudieran nacer. Acerca de este punto los considerandos de la sentencia están concebidos en términos que parecen contrarios á la resolución de la Corte de Casación que hemos citado como sentencia de principio. No basta, dice la Corte, para poder transar que en un porvenir más ó menos lejano é inseguro se puedan tener derechos eventuales en la cosa en la que se transa; la sana razón dice que para tratar válidamente es necesario en el momento mismo del convenio tener un *interés nacido y actual*. Si hubieran de tomarse estas exposiciones al pie de la letra un derecho eventual no podía ser objeto de una transacción. Pero la Corte misma restringe el sentido de esta misma locución explicándola. Es necesario, dice, tener calidad para hacer un buen ó un mal pleito, á no ser que se discuta esta misma calidad. Esto significa, en otros términos, que las partes deben tener un derecho cualquiera que pueda dar lugar á un proceso; y un derecho eventual puede engendrar una contestación. En el caso el derecho de los dos hermanos legatarios era seguro y el hermano excluido no tenía ninguno, sólo lo hubiera tenido atacando el testamento, y no se trataba de atacarlo; se acababa de leerlo cuando intervino la convención. En definitiva,

la transacción era sin objeto. Fué, no obstante, mantenida como difrazando una liberalidad. (1)

354. El art. 2046 contiene una aplicación del principio que dice: «Se puede transar en el interés civil que resulta de un delito. La transacción no impide las promociones del ministerio público.» Bigot-Prémeneu expone los motivos de esta disposición. Contra la costumbre de los oradores del Gobierno y del Tribunado entra en largos detalles acerca del derecho romano. No se ve mucho cuál es el objeto de esta ciencia; si el derecho romano hubiera sido adoptado en este punto por la jurisprudencia francesa hubiera sido preciso justificar la innovación que los autores del Código hubieran hecho; pero Bigot-Prémeneu dice que en Francia no se conocía la distinción de los delitos privados y de los crímenes públicos: ¿para qué, pues, recordarla para criticarla? El principio formulado por el art. 2046 fué siempre seguido en el derecho antiguo y es de gran sencillez. Todo delito da lugar á dos acciones: la del ministerio público y la de la parte perjudicada. Es evidente que los particulares no pueden transar en las promociones del ministerio público que se hacen por interés social para la conservación del orden público. Es también evidente que las partes interesadas pueden transar en la acción de daños y perjuicios que pertenece al que fué perjudicado por el delito contra el autor del hecho perjudicial. Esta transacción no tiene nada de común con la acción del ministerio público; no estorba, pues, esta acción. Bigot-Prémeneu agrega que no la ayuda. El ministerio público no puede prevalecerse de la transacción como de una confesión que el culpable hace de su delito. El que transa en un hecho perjudicial no por esto se reconoce culpable de un delito de que resulta acción civil. Las apariencias pueden ser contra él; puede, aunque inocente, hacer un sacrificio pecuniario para evitar la hu-

1 Bruselas, 1.º de Agosto de 1837 (Pasirasia, 1837, 2, 194).

millación del procedimiento en que estaría obligado á justificarse. Además la transacción no se hace en el delito con aquel que está encargado de perseguirlo; no se debe, pues, inducir de ella una confesión. (1)

La regla de que no se puede transar en delitos recibe una excepción en materias especiales, tales como las aduanas y contribuciones indirectas, los delitos forasteros. Se puede transar en multas pronunciadas porque son más bien daños y perjuicios que penas. No entraremos en pormenores, no siendo de nuestro dominio las leyes especiales. (2)

355. El principio que permite transigir toda especie de derechos supone que se trata de derechos de interés privado que el legislador deja á la libre convención de las partes contratantes: pueden disponer de sus derechos, luego pueden transigir en las contestaciones que nazcan. Pero hay derechos de los que no pueden disponer las partes; el artículo 1128 lo dice de las convenciones ordinarias. "Sólo las cosas del comercio pueden ser objeto de contrato." Dijimos en el título *De las Obligaciones* que esta regla está formulada en términos muy absolutos; puede haber ciertas convenciones relativas á los casos que han sido colocados fuera del comercio por causa de utilidad pública. Esta excepción no se aplica á la transacción; no se puede transigir con ningún derecho que esté fuera del comercio, pues que transigir es disponer, y sólo se pueden transigir cosas de cuya disposición tiene la facultad; luego no se puede transigir acerca de los derechos que están fuera del comercio.

356. Esta regla recibe numerosas aplicaciones en materia de estado. El legislador arregla el estado así como la capacidad ó incapacidad que resulten por consideraciones de interés social; el estado en este sentido es de orden público

1 Bigot-Préameneu, Exposición de los motivos, núm. 4 (Loché, t. VII, página 459).

2 Véanse las leyes citadas por Pont, t. II, p. 289, núm. 587.

y, por tanto, no puede ser objeto de una transacción. Hemos ya establecido el principio que es de evidencia (t. III, números 426-428). Se juzgó que no se transige en la nacionalidad; no se transige acerca del estado del hijo, legítimo ó natural, pues los hijos naturales tienen un estado como los legítimos (t. IV, núms. 22 y 23). (1)

Muchas veces la prohibición de transigir acerca del estado no es absoluta. Hay derechos pecuniarios que pertenecen al estado, el de mayor importancia es el de herencia. Aunque el derecho de suceder deriva del estado no se confunde con él, difieren en esencia, pues que es de orden privado y á este título está en el comercio; por tanto, puede ser objeto de convenciones y de transacciones. Esto es de doctrina y jurisprudencia; pero el principio es de una aplicación muy delicada; el estado y los derechos que se desprenden están tan íntimamente ligados que es difícil transigir acerca de los derechos sin tocar el estado. Las partes deben tener cuidado de circunscribir sus convenciones al dominio de los intereses pecuniarios, evitando hasta de servirse de expresiones que recuerden el estado. Esta difícil materia fué tratada ya; basta por ahora relatar una sentencia de la Corte de Casación que da cuenta de estas diferencias. La Corte comienza por sentar en ese principio que si las transacciones no pueden tener por objeto las materias de orden público, tales como el estado de las personas, las convenciones de las partes pueden válidamente arreglar los intereses pecuniarios que derivan de este estado. La Corte comprueba en seguida de hecho que resulta de la sentencia atacada que las convenciones litigiosas no contenían ninguna estipulación acerca del estado civil de las partes contratantes, que solamente tenían por objeto evitar las contes-

1 Rennes, 12 de Febrero de 1824 (Daloz, en la palabra *Transacciones*, número 72.

taciones que pudieran surgir en una sucesión ó en dos comuneros. El recurso objetaba que para llegar á la división de una sucesión se necesitaban herederos y que uno no era heredero más que en razón del estado de familia; esto es tan verdadero, se decía, que en las transacciones se servían de la palabra *herederos* para calificar á las partes contrayentes. La Corte de Casación contesta que las transacciones no habían tenido, ni por objeto ni por efecto, conferir á los demandados la calidad de herederos; que si se designaba á todas las partes con ese nombre sólo era transitoriamente y de una manera enunciativa para facilitar el lenguaje, sin que esta cualidad hubiese sido el objeto de ninguna convención. En realidad estos actos se limitaban á constituir una masa única en la que atribuían á cada uno de los que formaban una parte igual. (1)

357. ¿Si la transacción se refiere al estado y á los derechos que resultan se la podrá mantener para los derechos pecuniarios, salvo á anular en lo referente al estado? La Corte de Casación ha casado una sentencia que hacía dicha distinción. Pero importa conocer las circunstancias de la causa. Un solo y mismo precio había sido estipulado tanto para la renuncia al estado como para la de los derechos pecuniarios. Era, pues, el caso para aplicar el principio de indivisión de la transacción. La sentencia atacada habla completamente hecho á un lado la renuncia al estado porque sólo entraba en la transacción de un modo secundario. La Corte contestó que bastaba con que estuviera como parte integrante para que se debiera tenerla en cuenta; y desde que hay transacción acerca del estado de las personas la convención es nula como contraria al orden público. (2)

Cuando las partes han transigido por un precio distinto acerca del estado y de los intereses pecuniarios la cuestión

1 Denegada, 29 de Marzo de 1852 (Daloz, 1854, 1, 392).

2 Casación, 27 de Febrero de 1839 (Daloz, en la palabra *Transacciones*, número 73, 2.º)

de la validez ó de la nulidad de la transacción dependería de la intención de los contratantes. Si las diversas cláusulas del acta forman un todo indivisible la convención entera decaerá; si, al contrario, hay dos transacciones distintas comprendidas en una sola y misma acta el juez podrá mantener una y anular la otra. (1) Esta última hipótesis no es más que de teoría: cuando las partes transigen á la vez acerca del estado y de los derechos pecuniarios que resultan esta segunda convención será ordinariamente una dependencia de la otra.

358. La potestad paterna es también de orden público; por lo mismo, toda convención, renuncia ó transacción que intervenga en el ejercicio de la potestad que la ley da á los padres sería nula (t. IV, núms. 293-295). En nuestras costumbres, y conforme á la tradición que las conserva, la potestad paterna no es un derecho del padre sino un deber, y no se transigen los deberes, se cumplen.

La cuestión se hace dudosa cuando se trata de los derechos que la ley da al padre en los bienes de los hijos. ¿Es que la administración legal y el usufructo legal son de orden público ó de interés privado? Hemos examinado estas cuestiones en su lugar correspondiente (t. IV, núms. 297-323).

359. La tutela es igualmente de orden público (t. IV, núm. 366). Se juzgó por la Corte de Bélgica que siendo de orden público la tutela el tutor subrogado no puede transar acerca de las cuestiones que lo ligan. Se debe decir de la tutela lo que acabamos de decir de la potestad paterna: no confiere derechos, impone deberes; desde luego no cabe la transacción. Cualesquiera que sean, pues, las renunciaciones que el tutor subrogado haya consentido podrá siempre y lo deberá, para cumplir su deber, provocar la destitución del tutor, si há lugar. (2)

1 Pont, t. II, p. 292, núm. 593, y los autores que cita.

2 Casación, 13 de Marzo de 1841 (Pasicrisia, 1841, 1, 199).

360. ¿Se pueden transar las nulidades del matrimonio? Este es de orden público, modifica el estado de la mujer y da al marido la potestad marital; aun es de orden público en el sentido de que es de interés público; esta es la base del orden social y el más sólido fundamento de la moral.

La Cámara de Casación de Bruselas pronunció en esta materia una sentencia que nos deja alguna duda. Dos personas casadas eclesiásticamente vivieron maritalmente durante trece años. Después de la muerte de la mujer su hermana pidió la liquidación de la sociedad universal de bienes, que pretendía que había existido entre las partes. Intervino una transacción por la que se reconocía la existencia de una sociedad conyugal entre las personas casadas eclesiásticamente. En consecuencia el hombre se obligó á dar cuenta en esas condiciones. En la cuenta hizo figurar una sucesión vencida á la mujer, en virtud de los usos de Bruges que hacían recaer en la comunidad las sucesiones vencidas en uno de los esposos durante el matrimonio. Esta pretensión fué desechada por el Tribunal de Bruges y admitida por la Corte de Apelación. Recurso de casación en el que se pronunció una sentencia de denegada, fundándose en que las partes no habían tratado acerca de la validez ó de la nulidad del matrimonio sino únicamente acerca de los intereses pecuniarios que resultaban de una comunidad que había existido entre dos personas. (1) Esto es verdad; ¿pero cuál era la naturaleza de esta comunidad? No habiendo matrimonio no se podía tratar de una comunidad de derecho, no había más que una sociedad de hecho. Y, sin embargo, la transacción reglamentaba los efectos de esta comunidad de hecho, como si hubiese sido una comunidad legal que resultaba del matrimonio. ¿No era esto atribuir al concubinato un efecto que sólo puede pertenecer al matrimonio?

1 Denegada, Cámara de Casación de Bruselas, 4 de Febrero de 1822 (Paris, 1822, p. 48).

361. La expresión *orden público* tiene una acepción más general: comprende el interés público, social; en este sentido se puede decir aún que no está permitido transigir con lo que es de orden público, pues los particulares no pueden disponer de lo que es de interés general. En Francia se aplica este principio á los tratos secretos por los que se cede un oficio de notario; estos tratos son nulos y la nulidad es de orden público, puesto que tiende al ejercicio del poder soberano, al derecho que el Jefe del Estado tiene para nombrar á los oficiales públicos. Desde luego cualquiera transacción acerca de tratos semejantes á ese están heridos de nulidad. (1)

362. ¿Se puede transigir acerca de la cuestión de saber si una renta es inmobiliar ó feudal? La Corte de Casación se pronunció por la afirmativa en la requisitoria de Merlin. Creemos que la decisión fué perfectamente tomada. El recurso decía que la abolición de las rentas feudales es de orden público. Sin duda, puesto que el feudalismo hasta en sus últimos restos lastimaba la igualdad política y civil, uno de los grandes principios de la Revolución de 1789. Tampoco se podrían mantener, por forma de transacción, las rentas que tuvieran un carácter feudal. Pero distinta es la cuestión de saber si una renta es feudal ó inmobiliar y si, por consecuencia, está suprimida ó mantenida; no quiere decir esto que se restablezca el feudalismo sino decidir una cuestión dudosa que las partes zanjaron por una transacción en lugar de llevarla á los tribunales. (2)

363. Los derechos de la mujer dotal dan lugar á interminables controversias. En los países antiguos de derecho escrito gustaba sostener, citando leyes romanas, que la do-

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. IV, p. 662, notas 19 y 20, pfo. 120.

2 Denegada, 5 de Julio de 1810. (Daloz, en la palabra *Transacción*, número 464 (Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Rentas inmobiliarias y feudales*, pfo. 22).

te es de interés público. Este orden de ideas es extraño á nuestras costumbres y á nuestras leyes. La dote es de derecho privado; si la ley la declara no enajenable es únicamente en garantía de los intereses de la mujer. Siempre sucede que la no enajenación de la dote tiene por consecuencia que la mujer, aun autorizada, no puede transigir acerca de sus derechos dotales. La jurisprudencia es contraria; hemos enseñado sus inconsecuencias y sus incertidumbres en el título que trata del asunto. El régimen dotal, con sus trabas y su inmovilidad, es tan contrario á los esposos que éstos recurren á mil rodeos para obtener una pequeña libertad; y la jurisprudencia los patrocina. De esta manera se juzgó que la mujer dotal podía transigir acerca de sus derechos dotales cuando la transacción se hace realmente con el objeto de impedir un proceso cuyo desenlace, podría comprometer la dote. (1) ¿Qué importa que esto sea un acto de buena gerencia? ¿Es que la mujer puede disponer de sus bienes dotales aun cuando esta disposición fuere un acto de buena gerencia? Esto se llama literalmente hacer la ley.

364. También hay un autor que se dejó llevar por una inconsecuencia, Durantón; comienza por decir que la mujer casada bajo el régimen dotal no puede, aun con la autorización de su marido, transigir acerca de los bienes dotales. Agrega que no parece que la justicia pueda autorizarla á transigir, pues las disposiciones del Código que permiten por excepción y con autorización del juez la enajenación de los bienes dotales en ciertos casos no comprenden la transacción. Esto es evidente. Sin embargo, concluye Durantón, como los actos de esta naturaleza son dignos de favor y el interés de la mujer puede reclamar una transacción es de creerse que lo que se hiciera con la autoridad de la jus-

1 Véase la jurisprudencia en Pont, t. II, p. 302, nota 3.

ticia sería inatacable. (1) De este modo la justicia no puede autorizar á la mujer para que transija y, sin embargo, la transacción hecha con autorización de la justicia sería inatacable. Esto sería una conciliación con la verdad que nuestra ciencia no admite; dejamos esta falsa doctrina á los teólogos.

365. Hay un derecho eventual que el Código coloca fuera del comercio por causa de buenas costumbres y de orden público; toda estipulación acerca de una sucesión futura es nula (art. 1130). Estas estipulaciones no tienen siempre el carácter odioso que la ley supone, pero poco importa. La ley es absoluta; luego toda transacción acerca de una sucesión no abierta estaría herida de nulidad; mejor dicho, de inexistencia, como lo hemos explicado en el título *De las Obligaciones*. (2)

366. ¿Son de orden público los créditos para alimento? Este asunto está muy controvertido. Se debe primero distinguir si los alimentos se deben en virtud de la ley ó en virtud de convenio ó testamento. Los alimentos que la ley obliga á ciertas personas á administrar se deben en razón de un lazo de parentesco ó de alianza. ¿Resulta de aquí que no se puede transar la obligación de alimentos? La cuestión ha sido ya examinada (t. III, núms. 50 y 59).

Si se deben los alimentos en virtud de convenios y de testamentos la obligación en nada toca al orden público, quedan en el dominio de aquel á quien se deben; pueden cederse, luego formar el objeto de una transacción. La Corte de Casación lo juzgó así y su decisión descansa en un fundamento inalterable: el texto de la ley. Para que la transacción de un crédito de alimentos fuese prohibida se necesitaría que estuviera colocada fuera del comercio, y los derechos, como las cosas, están en general, en el comer-

1 Durantón, t. XVIII, p. 454, núm. 407.

2 Compárese la jurisprudencia en Pont, t. II, p. 304, núm. 606.

cio; sirven á las necesidades del hombre y éste debe tener el derecho de disponer de ellos. De aquí se sigue la necesidad de una ley para hacer una cosa no disponible; y, dice la Corte de Casación, no resulta de ningún texto de ley la no disposición de ellos. Se cita el art. 1004 del Código de Procedimientos que prohíbe comprometer los alimentos; la Corte de Casación contesta que la ley no prohíbe transar y que la prohibición de comprometerse no puede extenderse á un caso del todo distinto (núm. 330). (1) También se cita el artículo 581 del Código de Procedimientos que coloca los alimentos entre las cosas no embargables. La respuesta es fácil y perentoria: que la prohibición de la ley se refiere á los acreedores del que tiene derecho á los alimentos; limita su derecho de embargo, pero no declara que no se puede disponer de los alimentos.

Se han prevalecido del derecho romano; la Corte de Casación responde que la ley romana prohibía la disposición sólo para los legados de alimentos; debiera haber contestado que á nosotros nos rige el Código Civil y no por el *senato consulte de Marco Aurelio*. El Emperador tal vez tuvo buenas razones para declarar no disponibles los alimentos; disponiendo de ellos el donatario engañaba las intenciones del donante que había entendido asegurar su vida. Uno de nuestros buenos autores sostiene que la ley romana siempre está en vigor. Durantón olvida que el derecho romano, lo mismo que el derecho antiguo, está abrogado por el Código Civil. Después de resucitar una ley muerta Durantón encuentra bueno modificarla; puede ser del interés del acreedor transar; la transacción será válida si está homologada por el Tribunal en las conclusiones del Ministerio Público. (2) Que se nos diga en virtud de qué texto intervendrá el juez para

1 Denegada, 23 de Febrero de 1831 [Daloz, en la palabra *Transacciones*, número 82, 2.º]. Compárese, en sentido diverso, Pont, t. II, p. 308, núm. 313, y los autores que cita.

2 Durantón, t. XVIII, núm. 413. En sentido contrario, todos los autores.

homologar una transacción; ¿y no se necesita un texto para darle la jurisdicción voluntaria que no tiene? Se puede sostener que hay un vacío en la ley, pero no es el intérprete el que debe llenarlo.

§ IV.—FORMAS.

367. Después de haber definido la transacción el artículo 2044 agrega: «Este contrato debe ser redactado por escrito.» ¿Quiere decir que la transacción es un contrato solemne? La Corte de Caen dice que «los términos imperativos de esta disposición tuvieron *evidentemente* por objeto subordinar la *existencia* de la transacción á lo dicho en el acta.» (1) ¿Se debería pensar para decir en derecho que una cosa es *evidente*? Lo que la Corte llama verdad evidente es un error evidente. Para que un contrato sea solemne se necesita que lo diga la ley, porque en regla general las formas están prescriptas sólo para la prueba; sólo por excepción son de substancia del contrato: tales son la donación, el contrato de matrimonio y la hipoteca. La voluntad de consentir estos contratos solemnes resulta del texto mismo de la ley. Así el art. 893 dice que no se puede disponer de sus bienes á título gratuito más que por donación y testamento en las formas ya establecidas; el art. 934 prescribe estas formas y quiere que se observen, bajo pena de nulidad. Es más que de nulidad, es de inexistencia, pues en los términos del art. 1339 las donaciones nulas en la forma no pueden ser confirmadas. ¿Es que el art. 2044 también está redactado en este sentido? Nó, se limita á decir que la transacción debe estar redactada en escrito. ¿Cuál es el objeto de esta disposición? La ley entiende excluir la prueba testimonial. Esta es la explicación que da el Relator del Tri-

1 Caen, 12 de Abril de 1845 [Daloz, 1845, 2, 108].