

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 había 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 (Dalloz, 1854, 1, 392).  
2 Casación, 27 de Febrero de 1839 (Dalloz, 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 (Pasirisia, 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 (Pasicrisia, 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 Merlín. 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 zanjan 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 (Merlín, *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 fuera 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. 696.

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 *senatus 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? No, 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].

bunado. Después de recordar que la transacción es un contrato y que debe reunir las condiciones esenciales requeridas para la validez de las convenciones Albisson dice: «La única condición que agrega el proyecto y que debía serlo por relación á la naturaleza particular de la transacción es que sea redactada en escrito; lo que es infinitamente sabio, pues que debiendo la transacción terminar en un proceso se hubiese corrido el riesgo de hacer nacer un nuevo proceso, dejando depender el efecto de la solución del problema acerca de la admisión ó el resultado de una prueba testimonial. (1) Merlin dice muy bien que nada en estas palabras indica la mente de hacer del escrito una solemnidad esencial para la existencia de la transacción. Para que se le pueda dar este sentido se necesitaría que el Relator se hubiera servido de algunas expresiones que marcasen que la transacción, á diferencia de los demás contratos onerosos, sería un contrato solemne. Todo lo que dice Albisson es que la transacción debe ser redactada en escrito en razón de su naturaleza particular; queda por saber qué influencia tendrá la naturaleza del contrato en la forma. No tiene más que la del efecto de la transacción no debe depender de una prueba testimonial. Se trata, pues, de una cuestión de prueba, y la transacción tiene esto de especial: que la ley no admite la prueba testimonial aun en los casos en los que conforme al derecho común fuera admisible. (2) La jurisprudencia se pronunció en este sentido; (3) á decir verdad, la cuestión nunca ha sido discutida seriamente porque la solución no es dudosa.

368. Hay casos en que la transacción está sometida á formas particulares sin que por esto se haga un contrato so-

1 Albisson, Informe núm. 2 (Loché, t. VII, p. 464).

2 Merlin, *Asuntos de derecho*, en la palabra *Transacción*, pfo. VIII, núm. 1 (t. XVI, p. 54).

3 Lieja, 29 de Agosto de 1814 (Pasicrisia, 1814, p. 215). Bruselas, 11 de Abril de 1864 (Pasicrisia, 1865, 2, 115).

lemne. El tutor no puede transar en nombre del menor sino después de estar autorizado por el consejo de familia y de la opinión de tres abogados designados por el Procurador del Rey; además la transacción debe ser homologada por el tribunal después de oír al Ministerio Público (artículo 467). Ya explicamos esta disposición en el título *De la Tutela*. Nos trasladamos al mismo título en lo relativo á los tratos que se forman entre el recién llegado á mayor y su tutor en la cuenta de tutela (art. 472).

Conforme al Código de Procedimientos ninguna transacción podrá ejecutarse en la promoción del falso incidente si no ha sido homologada en justicia después de comunicada al Ministerio Público (art. 249). Se juzgó que la transacción liga á las partes antes de estar homologadas; el contrato se forma por concurso de voluntades solamente; no puede ejecutarse antes de estar homologado; y esta homologación siempre puede pedirse por una de las partes sin que la otra se pueda oponer sino por motivos legítimos. (1) No insistimos por pertenecer á la materia del procedimiento.

369. La cuestión de prueba da siempre lugar á dificultades aun en la materia más sencilla. Cuando la transacción está redactada en escrito privado las partes deben observar las formalidades del art. 1325, puesto que la transacción es un contrato sinalagmático. Si no han llenado estas formalidades no habrá prueba literal; ¿pero de que no haya prueba literal se debe concluir que la transacción misma no existe? Nó, ciertamente, puesto que el escrito no está exigido ni para la existencia ni para la validez de la transacción. Sin embargo, un autor estimado dice que la transacción que hubiera sido redactada en un solo original sería considerada como simple proyecto, no tendría ningún valor. Formulada así la proposición ciertamente que es errónea, puesto que parece hacer de la validez del escrito una con-

1 Bruselas, 12 de Febrero de 1830 (Pasicrisia, 1830, p. 41).