

¿Por qué la costumbre de Normandía prohibía á la mujer enajenar sus propios? Como dice Merlin, y como repite la corte de casacion, la costumbre queria asegurar á la mujer casada contra su debilidad; bajo el Código de Napoleon sucede todos los dias que la mujer que tiene bienes en comun, vende sus propios con el consentimiento del marido, cediendo á sus ruegos ó á sus amenazas; la costumbre normanda concedia á la mujer el derecho de anular las enajenaciones en que hubiera consentido, ya por un afecto ciego, ya por un temor reverencial. Se trata, pues, de la conservacion de los bienes de la mujer y no de su incapacidad. Desde luego la cuestion está decidida: los convenios matrimoniales deben sostenerse.

A primera vista, podria creerse que esta decision contradictoria es la jurisprudencia y con la doctrina, que admiten que la mujer, incapaz de caucionar en el derecho antiguo, se ha hecho capaz bajo el Código civil, y que la mujer capaz para enajenar sus propios, se ha convertido en incapaz. La contradiccion no es más que aparente. En efecto, la prohibicion de caucionar era una verdadera incapacidad que heria á todas las mujeres: prueba de que esta no era una cuestion de régimen. Que si la mujer, capaz de enajenar, tiene necesidad bajo el Código civil de la autorizacion marital, es porque esta autorizacion es una consecuencia directa de la incapacidad de la mujer; el marido no interviene sino para conservar los bienes de la mujer, é interviene por motivos de orden público: luego ésta es una cuestion de capacidad y no de régimen.

Existe ademas otra causa de duda. La inalienabilidad de los bienes propios de la mujer los pone fuera del comercio. Eso es contrario al interés general; ¿y el interés de la sociedad no debe ser colocado sobre el de la mujer? Es cierto que el legislador habria podido prohibir toda cláusula de no enajenacion y por consiguiente, declarar enajenables

los bienes que los convenios declaraban no enajenables: no habria quitado á la mujer ningun derecho adquirido y solamente habria modificado los derechos convencionales, lo que en rigor tiene la facultad de hacer, cuando no despoja á los ciudadanos de un bien que está en su dominio; pero no lo ha hecho, y por el contrario permite á la mujer estipular la administracion dotal y por consiguiente la no enajenacion de sus fondos dotales. Eso decide la cuestion. Si los esposos pueden, bajo el código, estipular que los inmuebles de la mujer no serán enajenables, los convenios análogos, expresos ó tácitos, que celebraron bajo el antiguo derecho, deben tambien ser sostenidos. Si el legislador subordina el interés general al de la mujer para el porvenir, ¿por qué no lo permitiria para el pasado?

B) TRASMISION DE LOS DERECHOS REALES.

217. Los derechos reales se transmitian por tradicion en el derecho antiguo; hoy la transmision se efectúa entre las partes por solo el concurso del consentimiento. Desde que se ha transmitido el derecho, se ha *adquirido* en el sentido estricto de la palabra, es decir, que desde este momento se encuentra en el dominio de aquel que lo ha estipulado; y la ley misma no podria quitárselo, porque esto seria despojarle de un bien que forma su propiedad, y seria expropiarlo, lo que no puede hacerse conforme á las prevenciones de nuestra Constitucion, sino por causa de utilidad pública, y mediante una justa y previa indemnizacion (artículo 11).

218. ¿El derecho tambien está adquirido respecto de terceros? Segun el Código civil, la transmision de los derechos reales inmuebles se hace respecto de los terceros como entre las partes, por el solo concurso del consentimiento

(artículo 1138). Se exceptúan las donaciones inmuebles que deben ser transcritas para que tengan efecto respecto de terceros (artículo 939), y para las hipotecas convencionales y judiciales, las cuales deben ser inscritas para que el acreedor pueda oponerlas á los terceros (artículo 2134); en cuanto á las hipotecas legales, la ley ha prescrito también la publicidad, pero da efecto á las hipotecas de los menores y de las mujeres casadas, aun cuando la inscripción no haya tenido lugar (artículo 2135). La ley hipotecaria belga ha generalizado el principio de la publicidad: las hipotecas legales están sometidas á la inscripción lo mismo que las hipotecas convencionales (artículo 81); y las hipotecas judiciales están abolidas. En cuanto á los demás derechos reales inmuebles, la ley de 16 de Diciembre de 1851 exige que las actas que comprueben la trasmisión de esos derechos sean transcritas para producir efecto respecto de terceros (artículo 1°).

La ley nueva, estableciendo una publicidad mayor que el Código civil, origina la cuestión de si los derechos reales adquiridos bajo el dominio del código, y que el código dispensaba de la publicidad, estarán sometidos á ella en virtud de la ley de 16 de Diciembre de 1851. Para evitar toda duda, el legislador mismo ha cortado la dificultad con disposiciones expresas en lo que concierne á las hipotecas, é implícitamente en lo que concierne á los demás derechos reales inmuebles. El artículo 1° de las disposiciones transitorias exige que las hipotecas, lo mismo que los privilegios que existían sin inscripción antes de publicarse la ley nueva, sean inscritos; y los artículos 9 y 10 someten á la especialización las hipotecas y los privilegios ya inscritos.

¿Estas disposiciones transitorias no violan el principio de la no-retroactividad? El legislador puede regir el pasado cuando no quita un derecho *adquirido*, en el sentido estricto

de la palabra. Habría quitado un derecho adquirido, si hubiera abolido las hipotecas judiciales, procedentes de sentencias anteriores á la ley nueva; habría también retro-obrao si hubiera abolido las hipotecas legales no inscritas. En opinión nuestra, una retroactividad semejante habría violado el art. 11 de la Constitución. Pero el legislador respetó los derechos adquiridos bajo el imperio del Código civil: sostiene las hipotecas judiciales, y únicamente obliga á los acreedores á especializarlas: sostiene las hipotecas y los privilegios que existían antes de la ley nueva, sin inscripción; pero obliga á los acreedores á inscribirlos. Luego, el legislador puede siempre arreglar el ejercicio del derecho de propiedad, y someterlo á nuevas formalidades. La doctrina lo reconoce (1) y esto no puede ser objeto de una duda seria.

Es verdad que aplicando el nuevo sistema de publicidad aun al pasado, el legislador lastima los intereses de los acreedores. En vano se dice que de ellos depende llenar la formalidad de la inscripción y que si no lo hacen, deben quejarse á su negligencia, si sufren algún perjuicio; ellos pueden responder que bajo el imperio del código su derecho estaba al abrigo de toda negligencia; la ley altera, pues, su derecho, lo disminuye y lo compromete. Hay también acreedores cuyo derecho puede perecer, sin que pueda reprochárseles ninguna negligencia, y estos son los incapaces. Todos, pues, sufren un perjuicio más ó menos grande á consecuencia de las disposiciones retroactivas de la ley nueva. Sin embargo, no tienen el derecho de quejarse, porque no tienen más que su interés que oponer al legislador, y el interés general se sobrepone al privado. La ley belga hizo lo que había hecho la ley francesa de 11 brumario del año VII: la publicidad que estableció habría sido incompleta, y

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, núm. 11.

no habria producido las ventajas que de ella esperaba el legislador, si las hipotecas legales adquiridas bajo el código hubieran conservado su efecto sin inscripcion. Lo que decimos de la inscripcion de las hipotecas legales, se aplica á la especializacion de las hipotecas judiciales (1).

La doctrina consagrada por la ley de 16 de Diciembre de 1851, no está en oposicion con los principios universalmente admitidos sobre las formas instrumentales. Nosotros enseñamos, con todos los autores y con la jurisprudencia, que la ley no podria, sin retro-obrar, establecer formas nuevas para la validez de los actos verificados bajo la ley antigua. ¿No debe admitirse la misma decision para la inscripcion y la especializacion? No, porque no hay la misma razon para decidir. Las formalidades prescritas para la publicidad de las hipotecas, no son formas instrumentales; no tienen por objeto asegurar la libre expresion de la voluntad de las partes, sino solo el de garantir el interés de terceros. Cuando se trata de formas instrumentales no es la causa el interés general; mientras que si es éste el que ordena la publicidad más completa de las hipotecas. Las partes que han observado las formas establecidas por la ley para la validez de sus actos, tienen un derecho que oponer al legislador, el que resulta de la observancia de la ley. El acreedor, por el contrario, que tiene una hipoteca dispensada de inscripcion ó de especializacion, no puede invocar un derecho; es el legislador quien se lo ha dado y el legislador puede tambien modificarlo.

219. ¿Lo que el legislador puede hacer, lo podrá el juez cuando ealla la ley? No lo creemos. No hay más que leer las disposiciones transitorias de la ley hipotecaria para convencerse de que solo el legislador puede prescri-

1 Informe de la comision de la Cámara, sobre el proyecto de ley hipotecaria (*Coleccion de documentos sobre la ley hipotecaria*, publicada por Parent, pág. 169).

birlas. Se necesitaba determinar un plazo dentro del cual debian hacerse las inscripciones para conservar el orden de los acreedores hipotecarios; era preciso arreglar por quién se haria la inscripcion cuando la hipoteca perteneciera á los incapaces. Es evidente que estas medidas de transicion no pueden tomarse sino por el poder legislativo. Además habia que examinar si el interés general debia sobreponerse al interés de los incapaces, lo que es tambien un interés general. En esta pugna de intereses opuestos, solo el legislador puede decidir cuál debe ser sacrificado. Si pues la ley de 16 de Diciembre de 1851, no habia retro-obrado expresamente, el juez no habria podido aplicarla al pasado. Eso prueba que el juez no puede hacer retro-obrar la ley en todos los casos en que lo podria el legislador.

220. La ley hipotecaria no dice en términos formales que los actos traslativos de derechos reales inmuebles efectuados bajo el imperio del Código de Napoleon, están dispensados de la formalidad de la transcripcion. Pero no es dudoso que no haya sido tal la voluntad del legislador; en los trabajos preparatorios se ha dicho y repetido que la ley no podia, sin retro-obrar, someter á la transcripcion los actos de trasmision á los cuales el código daba efecto, respecto de terceros sin publicidad alguna. Es de sentirse que la ley no hubiese formulado la voluntad del legislador. Nosotros tambien preferimos una declaracion expresa á la voluntad tácita; pero en la especie era inútil una disposicion formal. Habiendo señalado el legislador las medidas transitorias que hacen retro-obrar la publicidad en cuanto á los privilegios é hipotecas, y no determinando nada para los actos traslativos de la propiedad inmueble efectuados bajo el código, es evidente por esto mismo su intencion de dispensarlas de la transcripcion (1).

1 Martou, *los privilegios é hipotecas*, tomo I, núm. 143.

¿Pero es cierto, como se ha dicho en el informe y en la discusión, que habría retroactividad si el legislador hubiera declarado que los actos traslativos de derechos inmuebles verificados bajo el código, deberían ser transcritos para producir efecto, con relación á terceros (1)? Habría habido retroactividad y hasta violación del art. 11 de la Constitución, si la ley nueva hubiera anulado los actos de propiedad hechos por los adquirentes cuyos títulos no habían sido transcritos. Pero si la ley se había limitado á decir que en lo de adelante ningún propietario podría celebrar un acto de disposición, válido respecto de terceros, ántes de haber transcrito, nos parece evidentemente que no habría habido retroactividad. Se invoca tan frecuentemente á diestra y siniestra el principio de la no-retroactividad, que importa poner fuera de toda controversia el derecho del legislador.

Decimos que la ley nueva habría podido aplicar á la transcripción de las actas traslativas de propiedad inmueble la disposición que dió para la inscripción y especialización de las hipotecas. ¿En qué principios se fundó para hacer retro-obrar la publicidad en materia de hipotecas? En la doctrina de los autores cuya autoridad es la mayor en esta materia. «Mientras que los derechos que resulten de los contratos, dice Merlin, estén fuera del alcance de la ley posterior, ésta no puede ménos que subordinar su ejercicio para lo futuro á tales formalidades, á tales diligencias ó á tales condiciones que sean de su agrado, con tal que esas formalidades, esas diligencias y esas condiciones no dependan de acontecimientos ó de hechos extraños á la voluntad de las partes á quienes se imponen, ó en otros términos, con tal que esas partes no puedan imputar más que á su propia negligencia la pérdida que sufran por el no cumplimiento de esas formalidades, de esas diligen-

1 Parent, *Discusiones de la ley hipotecaria*, págs. 169, 362, 526 y siguientes.

cias, de esas condiciones.» Merlin cita, como ejemplo, las sustituciones fideicomisarias; la ley no podría privar de su derecho al sustituido que hubiera sido concebido ó que hubiera nacido al abrirse la sustitución, puesto que sería quitarle un derecho que desde entónces está en su dominio; tampoco podría privar de su expectativa á aquel cuyo derecho no estuviera aún abierto; pero podría muy bien obligarlo á transcribir su título para hacerlo efectivo respecto de terceros. Merlin no lo dice sino para el caso de expectativa; y los principios son los mismos para el caso en que el derecho está ya abierto. Meyer asienta el mismo principio y da la razón, que es la utilidad general (1).

Tenemos una autoridad más grande que la de esos eminentes jurisconsultos, esta es la del legislador belga. Habría podido aplicar á la transcripción lo que dijo de la inscripción de las hipotecas, porque hay una identidad absoluta de razón. Si no existe un derecho adquirido por el acreedor hipotecario, tampoco lo hay para el propietario, porque el uno y el otro tienen un derecho real que está en su dominio. Si el legislador puede, sin quitar un derecho adquirido, someter las hipotecas á la inscripción, aunque la ley antigua las hace efectivas sin publicidad, también puede someter á la transcripción las actas traslativas de la propiedad, aunque el código les dé efecto sin publicidad con relación á terceros. Que si se admite que hay derecho adquirido para los propietarios, es necesario decir que también hay derechos adquiridos para los acreedores hipotecarios. Hay más. La posición del acreedor hipotecario que lo obliga á inscribir su título, es mucho más ventajosa que lo sería la condición del propietario á quien se obligara á transcribir el suyo, porque la hipoteca generalmente no produce otro efecto que el que produce respecto de los terceros: luego

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, art. 3, núm. 11.

cuando la ley subordina este efecto á una formalidad nueva, compromete el derecho mismo del acreedor. No sucede lo mismo con una ley que obligara á los propietarios á transcribir su título. Entónces, aun cuando ellos no lo transcribieran, no por eso serian ménos propietarios, ni tendrían ménos derecho para gozar, usar y abusar; conservarían hasta el derecho de enajenar; pero que la enajenación no produciría efecto alguno respecto de terceros, mientras que no hubieran hecho la transcripción. Nuestra conclusión es que, si el legislador puede, sin retro-obrar, imponer á los acreedores hipotecarios la inscripción, puede con mucha más razón imponer la transcripción á los propietarios.

C). ARRENDAMIENTO.

221. En el derecho antiguo, cuando el arrendador vendía la cosa locada, el que la adquiría podía expulsar al arrendador ó al locatario; el Código civil (artículo 1743), por el contrario, lo obliga á sostener el arrendamiento, si es auténtico ó si tiene fecha cierta. Se hizo un arrendamiento ántes de la publicación del código; la cosa locada se vendió bajo el imperio de la ley nueva: ¿es necesario aplicar el artículo 1743? La corte de Dijon lo hizo. Reconoce que, aplicando el código á los arrendamientos anteriores, les da un efecto que no habrían tenido bajo el derecho antiguo; pero no se infiere de aquí, dice, que la ley nueva retro-obre, porque no es el derecho del arrendador la causa de él, sino el del comprador; pues bien, éste ha comprado bajo el Código civil que no le permite expulsar al arrendatario; y, sabiendo que debe sostener el arrendamiento, habrá pagado su precio atenta tal circunstancia. La equidad, lo mismo

que el derecho, exigen pues que la ley nueva tenga su aplicación (1).

Merlin critica este decreto, y los autores se han adherido á su opinión. Existe una consideración que es decisiva. El arrendador puede estipular conforme al artículo 1743, que el arrendamiento terminará en caso de venta; si puede hacerlo bajo el código, puede hacerlo también bajo el derecho antiguo, y lo ha hecho, aun cuando el arrendamiento no estuviera comprendido en cláusula expresa á este respecto; y era inútil decirlo, puesto que la ley lo decía por él. Luego el derecho de expulsar es un derecho convencional, y como tal, debe ser sostenido por el juez, bajo el imperio del código. ¿Por qué el adquirente podía expulsar al arrendatario bajo la antigua legislación? Porque éste no tenía más que un derecho personal. El código le da uno de los caracteres del derecho real, puesto que le permite oponer su arrendamiento á un tercero. ¿Puede concebirse que un contrato, que en el momento de formarse no produce más que un derecho personal, dé origen á un derecho real en virtud de una ley nueva? La retroactividad sería evidente.

La consideración de equidad que sedujo á la corte de Dijón no tiene mejor fundamento. Efectivamente, el arrendador que vende la cosa locada, y el que la compra, debían saber que el comprador no tendría el derecho de expulsar al arrendatario, puesto que existía una cláusula del arrendamiento que lo prohibía; desde luego se habría fijado el precio teniendo en cuenta este hecho. Hay una cosa cierta, como dice Merlin, y es que la antigua ley debió influir sobre fijación del arrendamiento. Entónces sería injusto modificar las convenciones de las partes.

Sin embargo, es exacto decir con la corte de Dijon,

1 Decreto de 29 Pradial, año XIII (Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, art. 3, núm. 6.)

que el legislador habria podido retro-obrar. El derecho de expulsar al arrendatario es contrario al interés general; el legislador por lo mismo habria podido abolirlo de una manera absoluta, aun respecto del pasado. Habria quitado al arrendador el derecho de vender, con facultad para el comprador de rescindir el arrendamiento; pero podia quitarle este derecho puesto que se trataba solamente del modo de ejercer la propiedad, y la ley puede siempre reglamentar el ejercicio de un derecho en beneficio de la sociedad. Y si el legislador hubiera prohibido de una manera absoluta el derecho de expulsar, el juez tambien habria podido aplicar la nueva ley al pasado, puesto que no habria hecho más que ejecutar la voluntad del legislador. Mas el código no prohíbe la expulsion de una manera absoluta; por el contrario, permite al arrendador estipular que el arrendamiento terminará por la venta. Desde luego ya no puede decirse que la ley nueva es de interés general y que, como tal, debe regir el pasado. El legislador permite subordinar al interés de la sociedad los convenios de las partes; por consiguiente, el juez debe sostener sus convenios tanto para el pasado como para lo futuro.

222. El arrendamiento hecho por el usufructuario dá lugar á una cuestion más dudosa. Segun el derecho antiguo, el arrendamiento cesa de pleno derecho con la muerte del usufructuario; mientras que el Código civil sostiene el contrato en los límites de un arrendamiento de administracion, es decir, por un periodo de nueve años (artículos 595, 1489). ¿La ley nueva es la que debe aplicarse cuando el usufructo se constituyó ántes de la publicacion del código? Si el arrendamiento es anterior al código, no hay duda alguna; el contrato no se hizo sino para mientras viviera el usufructuario; y el juez no puede extender la duracion del arrendamiento, contra la voluntad de las partes contratantes, sin atentar á un derecho convencional.

Pero ¿qué debe decidirse si el arrendamiento se celebró despues de la publicacion del código? Existe aquí una razon para dudar. ¿No puede decirse que un contrato celebrado bajo el imperio de la ley nueva debe ser regido por esta ley? Esto no obstante, la Corte de París decidió que el Código de Napoleon no podia aplicarse sin retroactividad, y sin atentar contra los derechos adquiridos (1). Tal es tambien la opinion de Proudhon (2).

Creemos que la Corte de París falló bien. La cuestion debe decidirse, no por el contrato de arrendamiento, sino por la acta constitutiva del usufructo. Se trata de saber qué bases puede establecer el usufructuario; ahora bien, los derechos del usufructuario se rigen por el acta que estableció el usufructo; luego, por la ley vigente en el momento de constituir el usufructo. ¿Quiere decir esto que el legislador no habria podido regir el pasado como parece creerlo la Corte de París? En rigor, habria podido modificar las bases hechas bajo el derecho antiguo, porque el interés general se opone á que los arrendatarios sean expulsados ántes de que termine su arrendamiento. Es cierto que esto seria modificar un derecho convencional; pero la ley lo puede, cuando el interés de la sociedad lo exige. Con más fuerte razon habria podido decir el legislador que las bases establecidas por el usufructuario despues de la publicacion del código, se regirían por la ley nueva. Es cierto que tambien habria lastimado un interés, y aun un derecho convencional del simple propietario, porque éste tiene, en virtud de la acta constitutiva del usufructo, el derecho de volver á entrar al goce de su cosa en muriendo el usufructuario, y aun cuando ella estu-

1 Sentencia de 18 de Agosto de 1825 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, número 264).

2 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, tomo I, p. 73 y siguientes (edicion de 1842).

viera ocupada por un arrendatario. Pero todavía una vez más, el legislador lo podría hacer, sin violar el artículo 11 de la Constitución; derogaría el principio de la no-retroactividad, pero este principio no le liga más que en los límites del artículo 11. En cuanto al juez, no lo puede, porque se encuentra atado por el artículo 2 del Código civil, y no puede atentar contra un derecho constitucional, á ménos que la ley no tenga retroactividad expresa, porque se necesita una ley, para que el juez pueda derogar el principio de la no-retroactividad.

NUM. 4. RESOLUCION DE LOS CONTRATOS.

223. La resolución de los contratos se rige por la voluntad de las partes contratantes, lo mismo que el efecto que producen. Puede decirse que la resolución es un efecto de la convención. Poco importa que la atención de las partes se haya fijado en las causas que podrán terminar sus relaciones; no tienen necesidad de prever todas las eventualidades, puesto que el legislador tuvo este cuidado por ellas. Como dice el artículo 1135 del Código civil, «los convenios obligan no solamente á lo que se ha expresado, sino también á todas las consecuencias que la equidad, el uso ó la ley imponen á la obligación, según su naturaleza.» La resolución se considera, pues, estipulada conforme á la ley, lo mismo que las demás consecuencias de los contratos. Lo que decimos de la resolución se aplica también á la revocación. No hay más que una diferencia de palabras que no ejerce ninguna influencia en los derechos de las partes: la una se entiende más particularmente de los contratos por título oneroso y la otra, de las donaciones; pero los principios que las rigen son los mismos. No ordenando la ley nueva más que para lo futuro, no puede regir

las causas de resolución de los contratos hechos bajo el imperio de la ley antigua. Este principio nos parece incontestable; y sin embargo, en su aplicación ha dado lugar á numerosas dificultades.

224. El artículo 1978 del Código civil dice que la sola falta de pago de los vencimientos de una renta vitalicia, no autoriza al acreedor vitalicio para pedir el reembolso del capital. ¿Es necesario aplicar esta disposición á los contratos celebrados antes de la publicación del código, bajo una ley que autorizaba la resolución por esta causa? La jurisprudencia está dividida (1). Creemos que la cuestión debe resolverse conforme al principio que acabamos de fijar y sin distinguir si la resolución fué pedida bajo el imperio de la legislación antigua ó si lo es bajo la del Código civil. Se trata de un derecho convencional; y desde luego el juez no puede, sin retro-obrar, modificarlo en virtud de la ley nueva. Las partes pueden derogar el artículo 1978, y pueden convenir en que, si el deudor vitalicio no paga los vencimientos, deberá reembolsar el capital. Si la resolución estipulada bajo el código se sostiene, ¿por qué no se sostendría la estipulación hecha antes del código? El legislador, después de haber declarado resoluble el contrato, lo declara en seguida irresoluble, pero no quiere ligar á las partes; prevé y presume sus intenciones, permitiéndoles que tengan una voluntad contraria. ¿Puede decirse que los autores del Código civil pretendieron explicar lo que quisieron las partes antes de su publicación? Esto no tendría sentido: el legislador presume lo que querrán para lo futuro las partes contratantes, pero no lo que quisieron en el pasado. Nuestra opinión es la de Mailher de Chassat y tiende á prevalecer en la jurisprudencia (2).

1 Véanse las sentencias en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, número 274.

2 Mailher de Chassat, *Comentario profundo*, tomo II, p. 250.