

*SECCION VI.—De la acción de nulidad ó de rescisión de los convenios.*

*ARTICULO I.—Nociones generales.*

§ I.—¿EXISTE ALGUNA DIFERENCIA ENTRE LA ACCION DE NULIDAD Y LA ACCION DE RESCISION?

526. El Código coloca entre las causas que extinguen las obligaciones, la acción de nulidad ó de rescisión. Esto supone que se trata de una obligación anulable ó rescindible. ¿Existe alguna diferencia entre una obligación anulable y una obligación rescindible? En el antiguo derecho había diferencias bastante notables entre la acción de nulidad y la acción de rescisión. (1) Vamos á exponerlas brevemente, pues esta materia no tiene ya más que un interés puramente histórico.

Había lugar á la acción de nulidad, cuando ésta la pronunciaban las ordenanzas y las costumbres; mientras que la acción de rescisión se daba en los casos en que ninguna ley positiva declaraba el convenio. Válida por rigor de derecho, la obligación era, no obstante, rescindible, porque vulneraba la equidad: tales eran los convenios viciados por el error, la violencia, el dolo, la lesión. Y éste era el interés práctico que tenía semejante distinción. Las acciones de nulidad se llevaban inmediatamente ante los tribunales competentes, mientras que el que pedía rescisión, debía, antes de toda diligencia judicial, proveerse de cartas de rescisión, las cuales se entregaban, á nombre del rey, por las cancillerías agregadas á los parlamentos. Y en este sentido era como se decía: “En Francia no tienen lugar las vías de nulidad.” (2)

1 Argou, *Institución al derecho francés*, t. II, pág. 478 (cap. XIV del título IV). Merlin *Repertorio en las palabras Rescisión y Nulidad* (Aubry y Rau, t. IV; pfo. 332).

2 Loysel, *Institutas consuetudinarias*, V, 2, 5.

¿Cuál es la razón de esta distinción? ¿Tenía un fundamento racional? Se lee en el Repertorio de Merlín que se puede hacer se pronuncie en justicia la nulidad de los actos que las leyes declaran nulos, sin que sea necesario tomar la vía de la rescisión, porque lo que es nulo se tiene por no existente y, en consecuencia, no es necesario rescindirlo. Esto es contradictorio. Si el acto nulo no existe, no se concibe ni la anulación ni la rescisión. Los autores modernos han dado un color más razonable á la distinción de los actos nulos y de los actos rescindibles. No es suficiente la equidad, dicen, para que el juez aniquile un acto, sino que se necesita que el poder soberano intervenga para autorizarlo; por esto se necesitaban cartas de rescisión cuando se atacaba un acto sin que este acto fuese declarado nulo por una ley. Esto sería admisible si realmente la demanda no tuviera más fundamento que la equidad; pero ¿un consentimiento viciado es válido en derecho? Ciertamente que nó; luego en el fondo no había ninguna diferencia entre los actos nulos y los actos rescindibles. Así es que las cartas de rescisión no eran más que una simple formalidad; otorgábanse sin conocimiento de causa, y nunca se rehusaban.

En definitiva, la razón que se da parece un pretexto. La verdadera razón es histórica. Los jurisconsultos, enemigos natos del feudalismo, fueron los que imaginaron las cartas de rescisión para substraer las demandas de nulidad las más frecuentes á la jurisdicción de los señores; el rey que otorgaba las cartas de rescisión autorizaba al mismo tiempo á los jueces reales á que pronunciaran la rescisión. Era este un medio de extender la jurisdicción de los parlamentos y de restringir la de los señores. Sábese que la lucha del poder real contra el feudalismo terminó con la victoria de los reyes, que se quedaron de soberanos absolu-

tos. Por lo mismo las cartas de rescisión y las acciones de nulidad carecían ya de razón de ser. De hecho, la diferencia no era más que de pura forma. Sin embargo, había una prescripción diferente; las acciones de nulidad sometidas al derecho común se prescribían también por el derecho común; es decir, por el lapso de treinta días, mientras que la prescripción de las acciones de rescisión era generalmente de diez años.

527. La ley de 7 de Septiembre de 1790 (arts. 20 y 21) suprimió las cancillerías y dispuso que en lo sucesivo las acciones de rescisión, como las acciones de nulidad, se llevasen directamente ante los tribunales. En el nuevo orden de cosas creado por la revolución, no podía tratarse del poder soberano del rey en materia de justicia: los tribunales venían á ser un poder, y el poder judicial tenía competencia igual para todas las acciones que los ciudadanos se veían en el caso de intentar. No quedaba más diferencia entre las acciones de nulidad y de rescisión que la duración de la prescripción; el art. 1,304 la abolió, sometiendo todas las acciones de nulidad á la prescripción de diez años.

El Código Civil pone la acción de nulidad en la misma línea que la acción de rescisión; por mejor decir, ya no hay dos acciones, sino una sola, que la ley califica indiferentemente de acción de nulidad ó de acción de rescisión. Así es como el título de nuestra sección dice: "De la acción de nulidad ó de rescisión." La ley no dice "acciones;" luego no hay más que una sola acción. El art. 1,304 dice también: "En todos los casos en que la acción de nulidad ó de rescisión no está limitada á tiempo menos por una ley particular, la acción dura diez años." No existen ya más que las expresiones del antiguo derecho como un recuerdo histórico, pero no hay que creer que el Código vea en ellas una diferencia; emplea indiferentemente los términos "nulidad," "rescisión;" ó la expresión romana "restitución inte-

gra" cuando se trata de un contrato viciado por el error, la violencia ó el dolo, acción que, en el antiguo derecho, se calificaba exclusivamente de acción de rescisión ó de restitución íntegra. Así es como el art. 887 dispone que las particiones pueden "rescindirse" por causa de error ó de dolo: tal es la antigua terminología. Pero esta misma acción se llama acción de "nulidad" en los arts. 1,113, 1,114 y 1,115, según los cuales el error, la violencia y el dolo son causas de nulidad. Por último, el art. 1,117 dice que el error, la violencia y el dolo dan lugar á una acción de nulidad ó de rescisión. (1)

No hay por lo demás huella alguna de una diferencia entre las dos acciones en nuestros textos. Sin embargo, Toullier ha sostenido que quedaban algunas diferencias. Su doctrina, que no tiene apoyo ni en el texto ni el espíritu de la ley, es rechazada por todos los autores. Y aun es inútil combatirla; Durantón lo ha hecho, y la refutación es perentoria. (2)

528. Sin embargo, se ha hecho notar que el Código califica siempre de "acción de rescisión" aquella por la cual se ataca un convenio por causa de lesión; á veces se sirve de la expresión latina "restitución, restituir" nunca la llama "acción de nulidad." Así, pues, la expresión "acción de rescisión" tiene dos significaciones en el lenguaje del Código; es en general, sinónima de acción de realidad cuando se trata de la acción por la cual se pide la anulación de un acto por una causa cualquiera, excepto la lesión; se emplea también en un sentido más restringido, para designar exclusivamente la acción fundada en la lesión. Tomada en este último sentido, la acción de rescisión difiere de la acción de nulidad bajo dos conceptos: en lo que con-

1 Colmet de Santerre, t. V, pag. 496, núm. 264 bis I. Aubry y Rau, t. IV, pág. 247, pfo. 332.

2 Toullier, t. IV, 1, núms. 527-529. En sentido contrario, Durantón, t. XII, pag. 628, núm. 525, y todos los autores.

cierno á la prueba que ha de rendir el acto y en lo que concierne á los derechos del demandado.

Todo actor debe probar el fundamento de su demanda. ¿En qué se funda la acción de nulidad? El actor sostiene que el acto es nulo porque no reúne todas las condiciones necesarias á su validez. Luego debe probar que falta una condición, prescripta bajo pena de nulidad. Cuando ha hecho esta justificación, el juez debe anular el acto; el actor no está obligado á probar que la nulidad le cause una lesión cualquiera; el acto no puede subsistir, porque la ley no lo permite, y no puede reconocer efecto á un acto que viola sus disposiciones.

Cosa distinta pasa con la rescisión por causa de lesión. En este caso, la lesión es el fundamento de la demanda; en consecuencia, el actor debe probar que ha sido lesionado. Las particiones pueden rescindirse, dice el art. 887, cuando uno de los herederos "establece," en su perjuicio, una lesión de más de una cuarta parte; es, pues, preciso que la "establezca." Si el vendedor, dice el art. 1,674, ha sido lesionado en más de siete doceavos en el precio de un inmueble, tiene derecho á pedir la rescisión de la venta; luego tiene que probar la lesión de siete doceavos. Los menores pueden pedir la rescisión de los convenios que han celebrado, por causa de lesión; en otro lugar hemos dicho en qué casos y con qué condiciones; estando basada su acción en la lesión, ellos deben probar que han sido lesionados (art. 1,305); más adelante diremos cuál debe ser la importancia de la lesión.

La diferencia que estamos señalando entre la acción de rescisión por causa de lesión y la acción de nulidad es, sobre todo, notable cuando son menores los que promueven. Tienen ellos una y otra acción. Si el acto es nulo en la forma, deben promover la nulidad, probando cuál es la formalidad prescripta bajo pena de nulidad que ha dejado de

cumplirse; pero no están obligados á establecer una lesión cualquiera. Cuando la ley no prescribe ninguna forma, los menores pueden atacar el acto cuando están lesionados, y esto es lo que el art. 1,311 llama la restitución; esta es la acción de rescisión por causa de lesión; los menores deben, en este caso, probar que han sido lesionados.

529. Existe una segunda diferencia entre la acción de nulidad y la acción de rescisión por causa de lesión. Cuando uno de los herederos pide la rescisión de la partición por lesión de más del cuarto, el demandado puede suspender el curso de la acción, ofreciendo al actor el suplemento de su porción hereditaria (art. 891). El comprador tiene el mismo derecho cuando el vendedor pide la rescisión de la venta por lesión de más de siete doceavos; puede guardar el fondo, pagando el suplemento del justo precio, bajo la deducción del décimo del precio total (art. 1,681). La ley no dice que el demandado tiene derecho á suspender la acción de restitución del menor, indemnizándolo. De aquí resulta alguna duda. Nosotros creemos que por analogía debe aplicarse el principio consagrado por los artículos 1,681 y 891. Acabamos de decir que éste es un principio; si fuera una excepción, como se pretende, claro es que no se podría extender; á nuestro juicio, el derecho del demandado para suspender la acción, indemnizando al actor, resulta del fundamento mismo de la acción que contra él se intenta. La acción se funda únicamente en el perjuicio que resiente el actor; si el demandado ofrece reparar el perjuicio, la demanda debe caer, porque cesa de tener razón de ser; porque no hay acción sin interés. Así es que solo por un favor particular es por lo que la ley concede al demandado el derecho de suspender la acción cuando se trata de una partición ó de una venta, y esto en razón de la naturaleza de la acción. Ahora bien, la acción del menor, reposa también en su perjuicio; luego debe permi-

tirse al demandado que la suspenda; y se debe tanto más cuanto que el menor puede pedir la rescisión por una lesión mucho menor que la de los siete doceavos ó de la cuarta parte. Y siempre es importante mantener la estabilidad de los contratos. (1)

530. Las diferencias que existen entre la acción de nulidad y la acción de rescisión por causa de lesión, tienen consecuencias prácticas. No se puede, en la instancia de apelación, convertir una demanda de nulidad en una demanda de rescisión, ni "viceversa," porque esto equivaldría á una demanda nueva, y toda demanda debe estar sometida á los dos grados de jurisdicción cuando es susceptible de apelación. Sin embargo, se discute este punto. (2) No podría ponerse en duda otra consecuencia del mismo principio. Yo pido la nulidad de un convenio, fundándola en un vicio de consentimiento: el error, la violencia, el dolo; pierdo el pleito. Si en seguida intento una acción de rescisión por causa de lesión ¿podrá el demandado rechazarme por la excepción de cosa juzgada? Nó, porque la causa de la segunda demanda no es la misma. Volveremos á ver este principio cuando tratemos de la cosa juzgada. (3)

## § II.—DE LAS OBLIGACIONES ANULABLES.

531. No hay que confundir las obligaciones anulables con las obligaciones inexistentes. En otra parte hemos establecido la diferencia que existe entre los actos nulos; es decir, anulables, y los actos que la doctrina llama inexis-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 248 y nota 6, pfo. 333, y los autores que ellos citan. En sentido contrario, Larombière, t. IV, pág. 131, núm. 20 del art. 1,306 (Ed. B., t. II, pág. 459).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Nulidad*, pfo. 9. En sentido contrario, Troplong, *De la Venta*, t. II, núms. 687 y siguientes.

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 248, nota 2, pfo. 333.

tentes, porque no tienen existencia á los ojos de la ley, en el sentido de que la ley no les reconoce ningún efecto. En cuanto á los actos inexistentes, lógicamente no puede pedirse su anulación, porque no se pide la nulidad de la nada. Si se me opondrá un contrato en el cual yo no he consentido, no tiene duda que tengo derecho á rechazarlo; pero no pediré al juez que lo anule, supuesto que no hay contrato sin consentimiento; pediré que el juez declare que jamás hubo contrato. Puedo también tomar la iniciativa, procediendo judicialmente para que se resuelva que el contrato que algún día pudieran oponerme á mí ó á mis herederos, no tiene existencia legal. El juez no lo anulará, sino que declarará que le falta uno de los requisitos para su existencia, y que, por lo tanto, no puede producir ningún efecto (t. XX, núm. 405).

532. Cuando se dice que un acto es nulo, esto quiere decir que es anulable, que puede pedirse su nulidad; y debe pedirse cuando el que tiene derecho á atacarlo no puede ejecutarlo. Según el Código Civil, no hay nulidad de pleno derecho; es decir, nulidad que exista en virtud de la ley y sin que deba pronunciarla el juez. Un solo caso conocemos en que la ley misma declara el acto nulo sin que sea necesaria una sentencia del juez. Según los términos del art. 692 del Código de Procedimientos, "la parte embargada no puede, contando desde el día de la denuncia que se le hace del embargo, enagenar los inmuebles bajo pena de nulidad, "y sin que se necesite pronunciarla." Esta única excepción confirma la regla: no hay nulidad sin fallo que la declare.

El art. 502 parece que dice lo contrario, al disponer que todos los actos celebrados por el impedido posteriormente al fallo que pronuncia la interdicción son nulos de "derecho," así como los actos celebrados por lo pródigo y lo débiles de espíritu perteneciente al fallo que los coloca

bajo consejo. Pero la expresión "nulos de derecho," no significa "nulos de pleno derecho." En otra parte hemos explicado el sentido del art. 502, y es inútil insistir; todos están de acuerdo en que los actos ejecutados por el impedido no son nulos de pleno derecho, que únicamente son anulables, como los de los incapaces en general. Los artículos 1,125 y 1,304 no dejan duda alguna acerca de este punto: "El menor, el incapaz y la mujer casada no pueden *atacar*, por causa de incapacidad, sus compromisos sino en los casos previstos por la ley." Luego deben "atacarlos;" y la ley no les da más que siete años para intentar la acción de nulidad; después de este plazo, el acto se vuelve plenamente válido.

Sucede lo mismo con los convenios contraídos por error, violencia ó dolo; el art. 1,117 dice formalmente que no son nulos de "pleno derecho," que únicamente dan lugar á la acción de nulidad. (1)

El orador del Gobierno ha formulado el principio en la Exposición de motivos: "En el numero de maneras como se extinguen los convenios, está su anulación. Se opera siempre por la autoridad del juez que pronuncia sobre la acción de nulidad ó de rescisión." Bigot-Prémeneu no motiva el principio, que se funda en la naturaleza misma de los actos nulos. Al no declararlos nulos de pleno derecho, la ley por este hecho abandona á las partes interesadas el cuidado de provocar su anulación. Ellas pueden tener interés en mantener el acto aunque sea nulo. Se necesita, pues, que pidan la nulidad si su intención es no ejecutar el acto. En consecuencia, se necesita una acción judicial, porque hay una cuestión de derecho y una cuestión de hecho que examinar: ¿prueba la ley la nulidad? ¿no se ha cumplido la condición prescripta bajo pena de nulidad? El juez es el único que puede resolver esta pregunta: de

1 Duranton, t. XII, pág. 621, núms. 521 y 522.

lo que se sigue que la anulación debe ser pronunciada por fallo y que la nulidad no existe sino desde el día en que se pronuncia.

533. Resulta de aquí una consecuencia importante. En tanto que no se ha anulado el contrato, existe y produce todos los efectos de un contrato que fuese plenamente válido. Se ha fallado que esto es así aun en el caso en que la nulidad es absoluta y de orden público; el acto no deja de tener efecto en tanto que no lo anulan los tribunales. Esto no es dudoso. Cuando el contrato es inexistente, la ley dice que la obligación no puede tener ningún efecto (art. 1,131); pero si el acto es simplemente nulo, tiene una existencia legal hasta que haya sido anulado; luego debe producir sus efectos hasta que el juez haya pronunciado su anulación. Y sólo á las partes incumbe promover nulidad, únicamente ellas pueden saber si está en su interés mantener el acto ó provocar su anulación. La Corte de Casación decidió por la misma sentencia que el acto no puede anularse por demanda é interés de la administración del registro; la oficina de registro no tiene calidad para discutir la validez de las escrituras; salvo los casos de fraude ó de dolo, debe admitirlas tales como se presentan con sus caracteres y sus efectos aparentes. Remitimos á la sentencia para la aplicación que ella hace del principio. (1)

La Corte de Casación hizo la aplicación del principio en materia civil en el siguiente caso. Según el Código de Procedimientos (arts. 656 y 657), el oficial que hace la venta de los bienes embargados debe consignar el dinero si el embargado y los acreedores no están de acuerdo en la distribución que de ellos debe hacerse. Erase el caso que el

1 Denegada Apelación, Sala de lo Civil, 15 de Febrero de 1854 (Daloz, 1854, I, 51).

oficial, en lugar de consignar, había pagado á uno de los acreedores oponentes, con perjuicio del otro. Este intentó una acción de responsabilidad contra el oficial público. El oficial opuso la nulidad de la oposición hecha por el acreedor que demandaba. Esta defensa no fué acogida; no hay nulidad de pleno derecho, dijo la Corte de Casación. Luego el oficial debía detenerse ante la oposición, salvo á las partes interesadas el provocar su anulación; en tanto que no fuere anulada, la oposición subsistía y el oficial debía respetarla. (1)

534. ¿En qué casos las escrituras contrarias á la ley son nulas? ¿y quién puede pedir su nulidad? Hemos examinado la cuestión de principio al explicar el título preliminar del Código Civil. En cuanto á las dificultades de aplicación, las aplazamos para los títulos correspondientes.

### § III.—DE LA RESCISIÓN POR CAUSA DE LESIÓN.

535. La cuestión tan difícil de las nulidades está resuelta por el Código en lo concerniente á la acción de rescisión por causa de lesión. Según los términos del art. 1,448, la lesión, por regla general, no vicia los convenios. La razón la dimos al explicar ese artículo. La lesión no es una causa de rescisión sino en ciertos contratos ó respecto de ciertas personas. En cuanto á los contratos que pueden rescindirse entre mayores por causa de lesión, el art. 1,313 contiene igualmente una disposición restrictiva: "Los mayores no son restituidos por causa de lesión sino en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en el presente Código." Ahora bien, el Código no contiene sino dos casos en los cuales hay lugar á rescisión de los contratos, la partición y la venta de inmuebles. Luego fuera de estos dos casos ningún contrato puede rescindirse por

1 Denegada, 20 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 1, 337).

causa de lesión entre mayores. Verémos una aplicación del principio en el título "Del Alquiler." En cuanto á las personas que pueden pedir la rescisión por causa de lesión, son los menores. ¿En qué casos los menores, sea no emancipados, sea emancipados, pueden promover la rescisión por causa de lesión? Nosotros hemos examinado esta difícil cuestión al tratar de la incapacidad de los menores. Por de pronto, no tenemos más que exponer las reglas que rigen la acción de rescisión.

*Núm. 1. De los menores. Principios generales.*

536. El menor que promueve rescisión debe probar la rescisión; tal es el fundamento de su demanda; luego debe aplicarse el principio que impone la prueba al actor. Existen casos en que la ley hace recaer la prueba sobre él que ha tratado con el menor. El pago hecho al menor no es válido, al menos que la cosa pagada haya sido provechosa al acreedor. ¿A quién incumbe la prueba? El menor demanda la nulidad del pago, y ¿acaso le corresponde probar que el pago no le ha sido provechoso? ó corresponde al deudor probar que la cosa pagada ha sido provechosa al menor? El art. 1241 resuelve la cuestión en este último concepto. Hé allí un caso en que el menor se prevale de su incapacidad para pedir la nulidad del pago; sin embargo, aunque deudor, nada tiene que probar, si no es su incapacidad. Fácil es la respuesta á la objeción. Todo pago hecho á un incapaz es nulo; luego el incapaz que promueve nulidad no tiene que probar más que una cosa, su incapacidad. Y si el deudor le opone que el pago ha aprovechado al acreedor, se convierte en actor respecto á esta excepción; y, por consiguiente, debe establecer su fundamento. Así es que el art. 1,241 consagra la aplicación de los principios generales que rigen la prueba, y tam-

bién en virtud de dicho principio es por lo que la prueba incumbe al menor cuando pide la restitución por causa de lesión; no es restituido como menor sino como lesionado; la lesión es el fundamento de su demanda: esto es decisivo.

El art. 1,312 prevee también un caso en que el menor no debe rendir prueba alguna, porque la ley la pone á cargo de la parte contraria. Más adelante diremos cuál es el motivo de esta disposición. Ella no contradice el principio que hemos asentado, porque no es más que una aplicación del derecho común en materia de prueba, y el derecho común es lo que nosotros estamos invocando. (1)

537. No tiene duda el principio. Pero se pregunta que en qué consiste la prueba de la lesión. La lesión puede resultar del contrato mismo, en el sentido de que las cláusulas del convenio son lesionarias; el menor compra un caballo en 2,000 francos, siendo que no vale más de 1,000. Tal es el caso ordinario de lesión cuando se trata de los mayores. Respecto al menor, hay una lesión especial. El compra un caballo de lujo, lo paga en un verdadero precio, y aun hace una buena compra, y no obstante, podrá promover la rescisión, si es un menor no emancipado y á quien su fortuna no le permite tener un caballo de lujo. Precisamente para poner á los menores al abrigo de su ligereza y de sus disipaciones, es por lo que la ley los declara incapaces y les concede la restitución contra los compromisos que ellos contraen. Si se admite que el menor puede vender cosas mobiliarias sin observar forma alguna, se puede también dar como ejemplo una venta hecha á buen precio, pero cuyo precio lo disipa el menor: él podrá pedir la rescisión de la venta. En nuestra opinión, el tutor, y, por consiguiente, el menor, no pueden vender sin observar algunas formas; luego si el menor vende, el acto se:

1 Aubry y Rau, t, IV, pág. 256, nota 10, pfo. 335. Tolosa, 13 de Febrero de 1830 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 365, 1º).

rá nulo en la forma, y, por consiguiente, habrá lugar á la acción de nulidad, acción más fácil, supuesto que el menor nada tiene que probar, á no ser el vicio de forma, y no tendrá nada que restituir, supuesto que hemos convenido en que todo lo ha disipado; y aun suponiendo que se haya aprovechado, al comprador corresponderá probar que el precio ha aprovechado al menor. (1)

538. La jurisprudencia se halla en este sentido. Se ha fallado que la cuestión de saber si el menor está lesionado, se subordina á las circunstancias, á la naturaleza de los compromisos, á la calidad y á las facultades de los menores. Tratábase de objetos de lujo comprados por el menor; la Corte de Bruselas decidió que no podía pronunciarse la rescisión, por la sencilla razón de que los objetos no eran necesarios al menor, si, por otra parte, tales adquisiciones estaban en relación con el estado de su fortuna. (2)

La Corte de Paris falló que el menor que había cumplido con una obligación natural y un deber filial, no puede pedir ser restituido por causa de lesión. (3) Aceptamos la decisión cuando se trata de un deber filial. Pero es demasiado absoluta si de ella se quiere inferir que el menor puede pagar válidamente toda deuda natural; esto equivaldría á dar á las deudas naturales un efecto más extenso que á las deudas civiles, siendo que el legislador ni siquiera las reconoce, supuesto que niega al acreedor el derecho de promover. Así es que debe verse en la sentencia de la Corte de Paris una decisión fundada en las circunstancias de la causa.

539. El art. 1,306 dice que el "menor no es restitutable por causa de lesión, cuando ésta no resulta más que de un

1 Mourlon, t. II, pág. 796, núm. 1,510. Aubry y Rau, t. IV, páginas 256 y siguientes, y nota 11, pfo. 335. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 519, núm. 271 bis II.

2 Bruselas, 20 pluvioso, año XIII (Daloz, núm. 2,907).

3 Paris, 20 de Abril de 1822 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,906).

hecho casual é imprevisto." Sería más exacto decir que, en este caso, no hay lesión. En efecto, la lesión implica que el menor sufre un perjuicio por el contrato ó por las consecuencias del contrato. Ahora bien, cuando el perjuicio ha sido causado por un caso fortuito, el menor no está lesionado porque haya contratado; únicamente con motivo del contrato es por lo que el menor ha experimentado un perjuicio. Verdad es que si el menor no hubiese contratado, el caso fortuito no habría dañado; pero esto mismo sucede con toda persona, sea mayor ó menor; el hombre más prudente, el más vigilante, no podrá eludir los accidentes de la naturaleza, tales como el fuego del cielo, una inundación, la guerra y sus desastres. La ley no pretende garantizar al menor al estilo de una compañía de seguros; se limita á restituirlo contra el contrato que ha celebrado. (1)

Vamos á tomar un ejemplo á la jurisprudencia. Un menor hace un contrato de reemplazo en tiempo de guerra, el 16 de Febrero de 1814, á precio muy elevado. Celébrase la paz, él pide la rescisión del convenio por causa de lesión. Esta demanda fué rechazada, y tenía que serlo; el precio que él había pagado no excedía el curso que tenía lugar en la época del contrato; luego él no estaba lesionado por el contrato; si la pacificación hizo que bajaran súbitamente los precios, ésta era una eventualidad favorable á una de las partes, desfavorable á la otra; el perjuicio que ella experimentaba no resultaba del contrato, supuesto que, cuando éste se celebró, no se podía preveer el próximo fin de la guerra. (2)

540. La ley no fija la cifra de la lesión, como lo hace en materia de partición y de venta. ¿Quiere decir esto que el me-

1 Marcadé, t. IV, pág. 670, núm. 1 del artículo 1,306. Larombière, t. IV, pág. 132, núm. 2 del art. 1,306 (Ed. B., t. II, pág. 461). Colmet de Sauterre, t. V, pág. 519, núm. 271 bis I.

2 Bourges, 8 de Marzo de 1815 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,912).

nor perjuicio es suficiente para que el menor deba ser restituido? Creemos nosotros que debe seguirse la tradición en esta materia, supuesto que la restitución es una doctrina tradicional. La costumbre de Berri (título II, art. 4) quería que la lesión fuese notable. El art. 1,305 dice. "La *simple* lesión." Jaubert, el relator del Tribunado, explica el sentido de este término que es un poco vago: "La palabra *lesión* implica la idea de un daño un poco notable; al juez corresponde pronunciar acerca de este punto. (1) "Se concibe que la ley no haya podido fijar la cuantía de la lesión, pues todo depende de las circunstancias, no solamente de la naturaleza del contrato, sino también de la fortuna del menor y de su posición social. Existe una consideración que los jueces no deben tener en cuenta, y es la que un autor moderno hace valer. Es importante para los menores, dice Larombière, que la lesión, por mínima que sea, no sea suficiente; porque la incertidumbre de sus compromisos, la falta de seguridad, la inminencia de las rescisiones impedirían que los terceros contratasen con ellos. Se ha contestado muy bien que los menores eran incapaces á quienes la ley no autoriza que contraten; ellos tienen sus representantes, con los cuales los terceros deben tratar por poco prudentes y de buena fé que sean; luego no puede ser cuestión de favorecer los contratos que los menores hacen sin el concurso de sus tutores, y esto sería ponerse en oposición con la ley haciendo capaces á los que la ley declara incapaces. (2)

Los convenios lesionarios son bastante raros á juzgar por la escasez de los movimientos de la jurisprudencia. Hé aquí un caso presentado á la Corte de Casación. Una se-

1 Toullier, t. IV, 1, pág. 437, núm. 677. Jaubert, Informe, número 61 (Loaré, t. VI, pág. 219).

2 Larombière, t. IV, pág. 129, núm. 16 del art. 1,305 (Ed. B., tomo II, pág. 468). En sentido contrario, Dalloz, *Obligaciones*, página 656, núm. 2,907.

ñorita, todavía menor, declara constituirse en dote por su contrato de matrimonio, una suma de 14,000 francos, importe de dote de viudedad de la madre, y de la cual el padre era deudor. El padre, por su parte, daba en dote á su hija una suma de 6,000 francos, pagadera al fallecimiento del donado y sin rédito hasta entonces. Además, el abuelo de la futura intervino en el contrato para hacerle una donación, á título de dote, de 22,500 francos. El padre estipulaba que los 14,000 francos de que era deudor no se pagarían sino á su muerte sin causar réditos durante su vida. Esta cláusula fué más tarde atacada por la hija á causa de lesión: ella pedía, en efecto, los réditos á que tenía derecho. La rescisión, admitida por el primer juez, fué desechada en apelación por una sentencia muy bien motivada. No hay que aislar la cláusula litigiosa de las demás cláusulas del contrato. Era, dice la corte de Aix, un pacto de familia que tenía por objeto dejar al padre algunos medios de subsistencia dispensándolo de que pagara los réditos de los 14,000 francos que á su hija debía; el contrato aseguraba al mismo tiempo, por la dote del abuelo, recursos suficientes á los cónyuges en el presente y les prometía un aumento de rentas en el porvenir á la muerte de su padre. A recurso interpuesto, recayó una sentencia de denegada apelación: para decidir que no había lesión, dice la Corte de Casación, la de Apelación se había fundado únicamente en la confronta de las diversas estipulaciones del contrato de matrimonio que ella interpreta y en la apreciacion de la intención de las partes. Bajo este doble concepto, la decisión de los jueces del hecho era soberana y se escapaba á la censura de la Corte de Casación. (1) Esto equivale á decir que en esta materia los jueces del hecho deciden soberanamente, porque se trata siempre de interpretar los

1 Denegada, 8 de Agosto de 1869 (Daloz, 1859, 1, 361.

convenios de la parte según las circunstancias de la causa. (1)

541. ¿Los que han tratado con el menor pueden prevalerse de la lesión para pedir la rescisión del contrato? La negativa es clara, por más que no haya texto formal que así lo decida. Citase el art. 1,125, que dice: "Las personas capaces de comprometerse no pueden oponer la incapacidad del menor con quien han contratado." ¿No puede contestarse que el menor no es restituido como menor, sino como lesionado? Pero hay un principio más general, del que el art. 1,125 no es más que una aplicación. Cuando la ley pronuncia la nulidad de un contrato por exclusivo interés de una de las partes contrayentes, ésta solamente tiene el derecho de promover la nulidad. Y esa es ciertamente la nulidad por causa de lesión de un menor. Lejos de que la parte capaz pueda invocarla, para ella se ha establecido; se supone que ella ha abusado de la ligereza del menor, que éste ha sido burlado y trampeado, como se expresaba la costumbre de Berril. Hé allí perentorios motivos para no conceder la acción de rescisión al mayor que trata con un menor. Los arts. 1,305 y 1,113 están concebidos en el mismo sentido: es en "favor" del menor que la lesión simple da lugar á la rescisión; mientras que los mayores no son restituidos por causa de lesión sino en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas por la ley. Esto es decisivo. (2)

542. ¿La acción de rescisión pertenece á los coobligados de los menores? Esta una de las excepciones que el fiador no puede invocar, porque son personales al deudor principal. Según los términos del art. 2,012, se puede caucionar una obligación, aun cuando pudiera anularse por una excepción puramente personal al obligado, por ejemplo, en

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 257 y nota 14, pfo. 335.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 257 y nota 14, pfo. 335.

caso de menor edad. El fiador interviene en este caso, precisamente para garantir al acreedor contra el riesgo de la rescisión; luego es imposible que él invoque la rescisión contra el acreedor. El art. 1,208 contiene una disposición análoga en materia de solidaridad: "El codeudor solidario no puede oponer las excepciones que son puramente personales á algunos de los otros codeudores." Ahora bien, la menor edad es una de dichas excepciones.

El principio es incontestable. Hay, no obstante, algunos autores que establecen una excepción cuando la obligación es indivisible. Enséñase principalmente que si el menor ha concedido, de acuerdo con sus copropietarios, una servidumbre sobre el inmueble indiviso, los mayores pueden invocar la rescisión por el capítulo de su copropietario menor. Este es un error que han hecho patente los editores de Zachariæ. Se hace una falsa aplicación de la máxima que el menor releva al mayor en las cosas indivisibles. Esta máxima no es aplicable sino cuando se trata de una prescripción ó de una caducidad. Dicese en vano que la servidumbre no pueda constituirse por parte, de donde se infiere que la anulación de la servidumbre pedida por el menor debe aprovechar á los mayores. Todo lo que resulta de la indivisibilidad de las servidumbres, es que si el inmueble sobre el cual se ha constituido la servidumbre se ha puesto en el lote del menor, esta servidumbre caerá. Pero si el predio sirviente toca á un mayor, la servidumbre subsistirá, porque los mayores no tienen ningún derecho á promover la nulidad por sí mismos y, no pueden invocar el derecho puramente personal del menor. (1)

543. De que la acción de rescisión es personal al menor, en el sentido de que no se introduce sino en su favor, hay que cuidarse de inferir que sea intransmisible. Este es un

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 257, nota 15, pfo. 335, contra Proudhon y Duranton.

derecho pecuniario que forma parte del patrimonio del deudor y que pasa con el patrimonio á sus herederos. El menor puede cederlo. Así fué fallado para la acción de nulidad que tiene el menor cuando la escritura es nula en la forma; (1) el principio es el mismo para los actos rescindibles. Por último, el derecho no es exclusivamente inherente á la persona del menor en el sentido que le da á esta expresión el art. 1,166; de donde se sigue que los acreedores del menor lesionado pueden ejercitar la acción de rescisión por sí mismos; ya lo dijimos en otro pasaje de esta obra (t. XVI, núm. 420).

544. El menor puede renunciar á la acción de rescisión cuando llega á ser mayor de edad; esto es lo que el art. 1,311 llama la ratificación. Volverémos á tratar de esto en la confirmación de los actos nulos ó rescindibles.

*Núm. 2. de las excepciones.*

545. ¿Puede el menor pedir la rescisión contra un menor? En principio, la afirmativa no es dudosa. El artículo 1,305 está concebido en los términos más generales. "La simple lesión da lugar á la rescisión en favor del menor no emancipado contra toda suerte de convenios," sin distinguir si la parte que contrata con el menor es capaz ó incapaz. No había motivo para distinguir. Si el menor es lesionado por un contrato con un menor ¿por qué no había de ser restituido tanto como cuando trata con un mayor? La calidad de menor da el derecho de no ser lesionado, pero no da el de lesionar á otro menor.

Todo el mundo admite el principio, pero la aplicación no carece de dificultades. Si una sola de las partes contratantes es lesionada, es sencillísima la solución; se queda dentro del derecho común. Un menor compra de otro me-

1 París, 18 de Marzo de 1839 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 334),

nor, un objeto mobiliario por 1,000 francos, y la cosa no vale más de 500. El puede pedir la rescisión; el vendedor no puede decir que será lesionado por la rescisión de la venta; es verdad que perderá el beneficio de la operación, pero la ley no pretende garantizar á los menores los beneficios injustos que hacen á expensas de otro menor; esto no es una lesión. El único que está realmente lesionado, es el comprador; luego puede hacerse restituir, sin que la otra parte tenga el derecho de quejarse.

Pero puede suceder que la rescisión lesione al menor contra el cual se pide. Un menor presta 1,000 francos á otro menor que disipa esta suma en insensatos gastos. El que presta puede pedir la rescisión de su compromiso, sea por vicio de forma, sea por causa de lesión; en ningún caso deberá restituir lo que ha recibido, puesto que se supone que lo ha gastado insensatamente. Pero si el préstamo es rescindible ó anulado, sin ninguna restitución, el menor que lo ha hecho estará lesionado, y esta lesión es una consecuencia de su menor edad, porque á causa de su inexperiencia y de su ligereza, hizo un préstamo á otro menor. Así es que el prestador es restitutable tanto como el que pide prestado. ¿Cómo, pues, se operará la rescisión? Siendo igual la situación de las dos partes, se ha propuesto repartir la pérdida entre ellas, por mitad, de suerte que el que disipó los 1,000 francos prestados, debería, no obstante, restituir 500, y el que los prestó no tendría derecho á reclamar más que la mitad de su crédito. Esto, evidentemente, es una decisión de equidad; ¿pero acaso la materia de la rescisión no está gobernada por la equidad más que por el derecho estricto? (1)

Se invoca contra esta decisión el texto del art. 1,312. El menor que se hace restituir, no debe devolver lo que ha

recibido, dice la ley, á menos que se haya probado que lo aprovechó. Es así que estamos suponiendo que todo lo disipó; luego legalmente nada debe restituir. (1) ¿No equivale esto á aplicar la disposición del art. 1,312 á un caso para el cual no se hizo? La ley no prevee el conflicto entre dos incapaces; al no preveer la dificultad, no puede decirse que la haya resuelto. Ella supone siempre un menor en conflicto con un mayor; en este caso, la decisión del artículo 1,312 es justísima; el mayor tiene que reprocharse haber tratado con un menor, pero este reproche no se le puede dirigir á un menor; estando lesionado cada uno de los menores, cada uno debe ser restituido. El no dice cómo se hace esta restitución; en el silencio de la ley, el juez se convierte en un ministro de equidad (t. I, núms. 256 á 257).

546. "El menor no es restituible en contra de las obligaciones que resultan de su delito ó de su cuasidelito" (artículo 1,310). Bigot-Prémeneu explica en la Exposición de motivos, por qué el menor no puede pedir ser restituido cuando ha cometido un delito ó un cuasidelito. No es un convenio en el cual la persona que hubiese tratado con él hubiese tenido un provecho en perjuicio suyo; ella no saca provecho, no hace más que recibir la indemnización; y quien quiera que puede ser culpable de una falta, debe resentir su castigo. La ley viene en auxilio del menor que ha contratado en perjuicio suyo por ligereza ó inexperiencia; el que comete un delito lo hace á sabiendas; si tiene la inteligencia necesaria para cometer una falta, debe también repararla. El cuasidelito no supone la intención de dañar, pero el orden público, la seguridad de las personas, están interesados en que los hechos damnables, sean

1 Marcadé, t. IV, pag. 672, núm. 2 del art. 1,310. Compárese Larombière, t. IV, pág. 163, núm. 14 del art. 1,312 (Ed. B., t. II, página 471).

reprimidos y prevenidos; el menor debe sufrir esta ley así como el mayor.

Poco importa que el menor sea el actor directo del hecho indemnizable, ó que sea el cómplice; basta que el hecho pueda imputársele para que sea responsable. El padre constituye una dote á su hija con fraude de sus acreedores; se ha fallado que la menor edad de su hija no era una causa de restitución, porque resultaba de todas las circunstancias de la causa que el fraude se había concertado entre el padre y el futuro cónyuge, y que la hija había concurrido á sabiendas en un convenio que tendía á frustrar á los acreedores del donador. (1)

¿Cuándo hay delito ó cuasidelito? Los artículos 1,282 y 1,283, contestan que cualquier hecho del hombre que causa á otro un daño, es un delito ó un cuasidelito; un delito cuando hay intención de dañar, un cuasidelito cuando únicamente hay imprudencia ó negligencia. Un menor hace el comercio sin haber sido autorizado; pide mercancías sabiendo que no podrá pagarlas, y después emprende la fuga. Se ha fallado que este hecho constituye un delito, y el padre ha sido declarado responsable en virtud del artículo 1,384. (2)

El menor indica una falsa causa en el compromiso que suscribe: ¿puede, no obstante, éste pedir la rescisión? Se ha fallado por la Corte de Casación que no había cuasidelito, porque no se imputaba ni ensayo de un beneficio ilícito, ni intención de fraude ó engaño. Se trataba de un menor que había suscripto un billete á la orden indicando en él como causa, el reemplazo militar; el reemplazo no había tenido lugar, el billete había sido negociado y el tercer tenedor pedía su pago. En el caso que tratamos, no había falta alguna que reprochar al menor, porque él había

1 Riom, 27 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 194).

2 Lieja, 2 de Julio de 1864 (*Pasicrisia* 1867, 2, 50).

pelido la restitución de su billete, y la compañía era la culpable. Así, pues, podía decirse que no había hecho indemnizable en el sentido del art. 1,283. La Corte de Casación motitiva mal su fallo, fundándose en que no había ninguna intención ilícita: esto es confundir el delito con el cuasidelito. (1) La sentencia de la Corte es notable bajo otro concepto, y es que admite la restitución en provecho de los menores, aun contra los terceros de buena fe que han sido engañados por las enunciaciones inexactas contenidas en la obligación que el menor suscribió. La consecuencia es dura para los terceros, pero emana lógicamente de la rescisión; es una anulación y, como más adelante lo diremos, la anulación tiene efecto contra los terceros.

547. “La simple declaración de mayor edad hecha por el menor es un obstáculo á su restitución” (art. 1,307). Esta disposición se deja con la del art. 1,310, es una consecuencia. La ley entiende por simple declaración de mayor edad una declaración hecha sin intención ni intriga fraudulenta. Y aun supone que esta declaración fué impuesta al menor por el tercero que con él trató y que, por este medio, procura prevenir la rescisión. Así es como el orador del Gobierno explica el art. 1,307. “Se ha querido prescribir un medio empleado con frecuencia para poner obstáculos á la restitución de los menores; se les oponía la declaración de mayoría que habían hecho en la escritura. La ley presume que esta declaración, cuya falsedad podía fácilmente verificarse en los registros del estado civil, fué pedida por el acreedor para excluir la acción de restitución, y ella no quiere que pueda oponerse semejante declaración.” Síguese de aquí que la declaración del menor no sería ya una simple declaración, en el sentido del art. 1,307, si se hubiese hecho para engañar. Bigot-Prémeneu lo dice. “Si el acreedor probase que el menor lo ha burlado, si probase,

1 Casación, 19 de Febrero de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 86).

que este menor, por ejemplo ha representado escritura falsas, esto no sería ya esa simple declaración de la que se trata en ley." (1) Así es que lo que resulta del art. 1,307, es que la presunción de buena fé está á favor del menor, se reputa que la declaración no se hizo con el fin de engañar; pero si, á pesar de esa declaración, el menor pide la restitución, el demandado es admitido á probar que la declaración de mayor edad fué hecha para engañarlo. Ni siquiera sería necesario que el menor hubiese producido un acta falsa de nacimiento. El orador del Gobierno cita este caso como ejemplo, y no como una condición; basta que haya engaño para que el menor no pueda ser restituido; esto no es más que la aplicación del art. 1,310. El relator del Tribunado se explica en el mismo sentido. Comienza por asentar el verdadero principio. La ley no protege el fraude; la buena fé del tercero es, al contrario, el objeto de toda su solicitud." En seguida Jaubert, dice que la simple declaración de mayor edad es la que el menor hace por debilidad si el menor emplea el fraude para persuadir á la otra parte de que es mayor, deja de ser restituible. Por último, acaba por decir: "Limitándose nuestro proyecto á disponer que la *simple declaración* de mayor edad hecha por el menor no es obstáculo á su restitución, decide con esto solo que hay obstáculo á la restitución *cuando no hay más que la simple declaración* de mayoría, y deja á los jueces el cuidado de aplicar el principio según las circunstancias." (2) Así, pues, al juez corresponde decidir: si la declaración se ha hecho sin designio de engañar, él menor será restituible; si se hizo de mala fé el no podrá ser restituido.

548. "El menor comerciante, banquero ó artesano, no es

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 177 (Loché t. VI, pág. 179).

2 Jauber, Informe, núm. 63 (Loché, t. VI, pág. 220). Compárense los autores citados por Aubry y Rau. t. IV, pág. 529, nota 22. párrafo 335.

restituible contra los compromisos que ha contraído con motivo de su comercio y de su arte," (art. 1,308). "El no puede ejercer el comercio, dice Bigot-Préameneu, sin tener la capacidad de contraer con toda garantía los compromisos que son su consecuencia necesaria. El interés del comercio exige que esto sea así." El interés del menor está de acuerdo con el de los terceros, porque si él pudiera hacerse restituir, nadie haría tratos con él. La ley prescribe, por lo demás, algunas garantías á favor del menor. Para que él pueda ser comerciante, se necesita desde luego que esté emancipado y que tenga diez y ocho años cumplidos. Además, debe estar previamente autorizado por el padre ó la madre, y á falta de éstos, por una deliberación del consejo de familia homologada por el tribunal. El acta de autorización debe registrarse y fijarse en el Tribunal de Comercio. Únicamente cuando estas formalidades han sido cumplidas es cuando el menor puede hacer el comercio y cuando se le reputará mayor en cuanto á los compromisos por él contratados (Código de Comercio, art. 2).

La ley coloca á los artesanos en la misma línea que á los comerciantes. Respecto á ellos, el Código de Comercio no es aplicable cuando su profesión no consiste en hacer actos de comercio. Ellos pueden ejercer su oficio sin ninguna autorización. Pero por el hecho solo de que se establezcan como maestros y ejerzan una profesión, la ley ha debido presumirlos capaces de contraer los compromisos sin los cuales no podrían entregarse á los trabajos de su arte; en su interés y en el de los terceros ha tenido, pues, que declararlos mayores por hechos de su profesión. (1)

549. "El menor no es restituible contra los convenios celebrados en su contrato de matrimonio, cuando se han

1 Larombière, t. IV, pág. 140, núms. 1-3 del art. 1,308 (Ed. B. tomo II, p. 462).

hecho con el consentimiento y la asistencia de aquellos cuyo consentimiento se requiere para la validez de su matrimonio" (art. 1,309). Esta disposición no es una excepción á la regla que permite al menor pedir la rescisión de toda clase de convenios (art. 1,305), porque la regla no se aplica en los casos en que la ley prescribe formas y condiciones para la garantía del menor; si él contrajese con la autorización de su tutor, siendo que la ley permite al tutor que proceda solo, ciertamente que no podrá pedir ser restituido contra los compromisos que él subscribe; del mismo modo que no podría serlo por los actos que hiciera con la intervención del tutor, la autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal, en los casos en que se requieren estas formalidades. Por idéntica razón, no puede tratarse de restituir al menor contra sus convenios matrimoniales cuando han sido cumplidas las condiciones que la ley prescribe por su interés. Se le tiene por mayor y, por consiguiente, no restituible. Su interés y el de los terceros lo exigen; los convenios matrimoniales son la ley que une á dos familias, y por eso son inmutables; si hubiesen estado sujetas á restitución, el objeto de la ley no se habría satisfecho y con frecuencia el matrimonio habría sido imposible.

550. Hay una excepción que la ley no prevee, porque es la aplicación del derecho común. Los incapaces no pueden prevalerse de su incapacidad cuando están obligados en virtud de la ley. Tales son los compromisos de los tutores. El menor puede ser tutor de sus hijos (artículo 442); como tal, se obliga sin ser restituible contra sus compromisos; la ley lo reputa capaz y, por consiguiente, no restituible. Se puede asimilar á este caso el pago que se hace por vía de compensación: el menor no puede recibir un pago, pero cuando el pago se hace en virtud de la ley, ya no se requiere la capacidad; la compensación tiene lu-

gar respecto de los incapaces, y por consiguiente, no puede tratarse de restituir al menor.

Tales son también los cuasicontratos. Ellos se forman sin el concurso del consentimiento, en virtud de la ley. Si yo administro los negocios de un menor, él quedará obligado sin que pueda ser restituido. Por lo demás, la noción misma de la gestión de negocios implica que no puede lesionar al menor; en efecto, para que haya gestión de negocios, es preciso que ella sea útil en su principio, en el sentido de que el gerente hace lo que el mismo dueño habría hecho. Así, pues, está en el interés del menor el ser obligado y, por consiguiente, no puede tratarse de restituirlo. Aun cuando el gerente no tuviese la acción de gestión de negocios, puede siempre proceder contra el menor dentro del límite del provecho que éste ha sacado de la gestión; esto es lo que se llama la acción de *in rem verso*. Ella excluye igualmente por su naturaleza toda posibilidad de lesión. (1)

### Núm. 3. Efecto de la rescisión.

551. La rescisión es una anulación; produce en consecuencia, los efectos que resultan de la anulación; más adelante los expondremos.

### § IV—DE LOS ACTOS ANULABLES.

552. Los actos son anulables en todos los casos en que una condición, requerida bajo pena de nulidad para la validez de un acto, ha dejado de cumplirse. Dan lugar á una acción que la ley califica indiferentemente de acción de nulidad ó de rescisión. No hay diferencia entre estas acciones sino cuando la rescisión se pide por causa de lesión. Acabamos de exponer los principios que rigen en esta úl-

1 Compárese Aubry y Rau, t, IV, pág. 239, y nota 21, pfo. 335.

tima acción. Cuando se trata de otra cualquiera causa de nulidad, el acto es anulable ó rescindible: las expresiones son las únicas diferentes, pues los principios son idénticos. Para evitar toda confusión, llamaremos acción de nulidad la que tiende á la anulación del acto en virtud de una causa cualquiera, excepto la lesión.

¿Qué debe probar el que promueve la nulidad? Debe probar que el acto que ataca es nulo; ese es el fundamento de su demanda. ¿Debe también probar que el vicio que vuelve nulo el acto le causa un perjuicio? Nó. La acción no se funda en la lesión; él podría promover la nulidad aun cuando no experimentase ningún perjuicio. ¿Quiere decir esto que el menor puede pedir la nulidad por el hecho solo de ser menor? Nó, el menor no puede nunca atacar un acto por el hecho solo de que es menor, él no puede promover sino en los casos expresados en la ley, ora la nulidad cuando el acto es nulo en la forma, ora la rescisión cuando se ve lesionado por un acto que no está sujeto á forma alguna. Luego él debe siempre probar, sea la lesión, sea el vicio que vuelve nulo el acto. Esto no es más que el derecho común.

Síguese de aquí que el demandado no puede oponer al menor que promueve la nulidad que el acto no le es perjudicial, porque el menor no funda su acción en el perjuicio que habría experimentado. El demandado tampoco puede suspender la acción de nulidad indemnizando al menor, siempre por la razón de que no se trata de perjuicio. Todo lo que el demandado puede hacer, es innovar el artículo 1,312, cuando se anule el acto, para obligar al menor á que restituya aquello de que se ha aprovechado.

Hay una sentencia en sentido contrario. Vamos á citar, la para poner á nuestros jóvenes lectores en guardia contra la autoridad excesiva que quisiera darse á la jurisprudencia; esta es una autoridad de razón, y á la razón co-

rresponde siempre discutirla. Un menor llegado á la mayor edad, pide la nulidad de la venta hecha sin las formalidades legales por su tutora, durante la menor edad, de dos causas, por motivo de que el precio no le fué provechoso. La acción estaba mal formulada; el demandado habría debido fundarla en la inobservancia de la ley, el juez habría debido pronunciarla, salvo al comprador el invocar el artículo 1,312. El primer juez denegó la demanda porque no estaba probada la lesión, A apelación intentada, la Corte decidió que la parte contra la cual el menor pide la anulación de una venta, debe justificar que la venta se hizo regularmente y que el precio fué empleado útilmente por el menor. Esto era confundir el derecho que el art. 1,312 da al demandado, después de que se ha anulado el acto, con la acción de nulidad. (1) Decir que la prueba debe hacerla el demandado, equivale á decir que el menor nada tiene que probar más que su menor edad, lo que es un patente error. Su acción se funda en la irregularidad del acto; luego es preciso que pruebe que el acto es irregular, y esto es elemental. Desde el momento en que el acto es irregular, el juez debe anularlo, aun cuando el menor no hubiese experimentado perjuicio alguno. Ni siquiera se puede obligar al menor á que reembolse el precio que fué pagado en minoría, á menos que el comprador no pruebe que lo que se pagó redundó en provecho del menor (art. 1,312).

553. Cuando la nulidad se funda en la incapacidad, es relativa; el art. 1,125 establece una regla general que se aplica á todos los incapaces: "Las personas capaces de contratar, no pueden oponer la incapacidad del menor, del incapaz ó de la mujer casado con quienes hayan contratado." Esto no es más que la aplicación de un principio general, como lo hemos dicho al tratar de la lesión. Esto su-

1 Amiens, 3 de Enero de 1822 (Dalloz, *Minoría*, núm. 555).

pone que se trata de un acto nulo; es decir, anulable. Si el acto fuese inexistente, el art. 1,125 no sería aplicable. Un acto inexistente, es la nada, no puede producir ningún efecto, ni respecto á las personas capaces ni respecto á las incapaces. Esto no es dudoso desde el momento en que se admite la distinción entre los actos nulos y los inexistentes.

Cuando el acto es simplemente nulo, el menor y nada mas él, puede atacarlo, sea cual fuere el acto. Hasta el acto mas favorable y el más inmutable, el contrato de matrimonio, puede anularse si no se ha hecho en la forma legal. Volverémos á tratar el punto en el título "Del Contrato de Matrimonio." Se ha pretendido que como la venta de los inmuebles pertenece á los menores debía considerarse como una venta inexistente y que, por consiguiente, el artículo 1,125 no podía aplicarse. La cuestión ha sido discutida seriamente ante la Corte de Bruselas. Según los términos del art. 1,598, decíase, todo lo que está en el comercio puede venderse, cuando leyes particulares no han prohibido su enagenación. Ahora bien, el Código prohíbe la enagenación de los bienes de los menores, sin la observación de las formas legales. Así es, que cuando un tutor vende un bien de su pupilo sin observar aquellas formas, vende una cosa cuya enagenación está prohibida, y la venta es radicalmente nula. Invocábase además el art. 1,599 que declara nula la cosa agena. Como el tutor no es el propietario de los bienes de su pupilo no puede enagenarlos sino observando las formalidades requeridas, y vende una cosa agena cuando no se han observado aquellas formalidades. La sentencia responde á esta argumentación. Ninguna ley declara inalienables ni fuera del comercio los bienes de los menores, aunque el Código prohíba que se les enagene sin la observación de las formas que él prescribe, á fin de proteger á los menores incapaces y de

garantirlos, á causa de la debilidad de sus años, de la espoliación á la que se verían expuestos. Síguese de aquí que la nulidad de las enagenaciones, cuando han tenido lugar sin las formalidades legales, se ha establecido por interés de los menores y que los mayores no pueden prevalerse de ella. El art. 1,599 es extraño al debate; en efecto, el tutor no vende los bienes de sus pupilos como si le pertenecieran, lo que sería la venta de la cosa ajena; los vende á nombre de los menores, y tiene siempre derecho de proceder á nombre de éstos, aun cuando no observe las formalidades legales; porque es simplemente su mandatario los representa en todos los actos civiles (art. 450). Todo lo que resulta de la regularidad del acto, es que los menores no pueden pedir la nulidad; pero ellos solos tienen derecho, supuesto que la nulidad solo en su favor se establece. (1)

Más de una vez se ha renovado el debate, por más que la cuestión no sea dudosa; la jurisprudencia es constante. (2) No hay que distinguir si la venta la hizo el menor ó el tutor. Cuando el menor vende, no puede decirse que vende la cosa ajena, pero tampoco se puede decir esto del tutor. Se ha hecho otra objeción. El tutor, dicese, cuando no observa las formas requeridas se sale de los límites de su mandato, cesa de representar á su pupilo; luego es una venta sin derecho alguno, es inexistente. En otro pasaje de esta obra hemos contestado á la objeción. El tutor nunca cesa de representar al menor, todo lo que pudiera decirse es que, en este caso, vende la cosa ajena, pero ni aun esto es exacto, porque vende á nombre del menor propietario. Luego hay que decidir que la venta es un acto irregular, nulo como tal, pero de una nulidad relativa.

1 Bruselas, 21 de Mayo de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 76).

2 Bruselas, 21 de Noviembre de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 94). Gante, 28 de Julio de 1855 (*ibid.*, 1858, 2, 108).

La misma cuestión se presenta para la prescripción de la acción de nulidad; más adelante volvaremos á tratar este punto.

554. ¿El principio de la nulidad relativa se aplica al compromiso? Se ha fallado que el menor á cuyo nombre el tutor ha celebrado un compromiso con un mayor es el único que tiene derecho á pedir su nulidad. La Corte de Riom había fallado en sentido contrario: su sentencia fué casada; á recurso intentado la Corte de Lyon se pronunció por la opinión de la Corte de Casación. Nosotros somos de este último parecer. La Corte de Lyon dice muy bien que el art. 1,125 es general y comprende, en consecuencia, todos los contratos en los cuales un menor está interesado, á menos que una disposición particular no los derogue. Así es que la cuestión se reduce á saber si hay un texto que prohíba al menor que comprometa de un modo absoluto, con el efecto de que el compromiso sea nulo respecto de todas las partes interesadas. Se invoca el artículo 1,003 del Código de Procedimientos que dice: "Todas las personas pueden comprometer sobre los derechos cuya libre disposición tienen." Es claro que no teniendo el menor la libre disposición de sus derechos no puede comprometer. ¿Pero la prohibición acarrea una nulidad absoluta? Hay casos en que la prohibición de comprometer es de orden público. No se puede comprometer, según los términos del art. 1,004 del Código de Procedimientos Civiles, sobre cuestiones de estado; todos están de acuerdo en que un compromiso sobre la separación de cuerpo, sobre la filiación, sería nulo respecto á todas las partes contratantes, por la excelente razón de que el acto es nulo respecto del mayor, tanto como respecto del menor. Este mismo artículo 1,004 dice que no se puede celebrar compromiso sobre ninguna de las contiendas que estuviesen sujetas á comunicación al ministerio público: tales son las causas que

interesan á los menores. ¿Quiere que la nulidad que de ellas resulta sea igualmente absoluta? Nó, porque esta formalidad ó esta garantía no se ha establecido sino para proteger á los menores; luego solo ellos pueden invocar la nulidad. Esto es de jurisprudencia, y la cuestión ni siquiera es dudosa, supuesto que no es más que la aplicación de un principio general de derecho; cuando el menor no disfruta la protección que la ley quiere asegurarle, el acto es nulo, á la verdad, pero él solo puede pedir su anulación. La consecuencia es evidente. Si el tutor no puede comprometer á nombre del menor no gozaría, ante los tribunales, de la garantía que la ley ha querido asegurarle al ordenar la comunicación al Ministerio Público de las causas que le conciernen; luego la nulidad que de esto resulta debe ser relativa.

Hay una objeción que, en apariencia, es más seria. Las jurisdicciones, dícese, son de orden público; no corresponde á los particulares modificarlas ó cambiar su naturaleza; esto es verdad respecto á los mayores como respecto á los menores; luego la nulidad que resulta es absoluta. La Corte de Lyon contesta que este principio no es tan absoluto como se dice. Cuando no se versa ningún interés público, las partes interesadas están en libertad para derogar el orden de las jurisdicciones. Así es como en materia personal, pueden indiferentemente llevar sus contiendas ante el tribunal del demandado ó ante el tribunal del actor; en materia de arbitraje, pueden investir á simples particulares con el derecho de juzgarlas, y substituir una jurisdicción que ellas creen á la jurisdicción del derecho común. Desde el momento en que la contienda no tiene por objeto una cuestión sobre la cual esté vedado comprometer en razón del interés público que se halle comprometido, el compromiso es válido respecto del mayor; si el me-

nor puede atacarlo, es únicamente porque no hay Ministerio Público que asesore al Tribunal de los árbitros; ahora bien, la falta de comunicación al Ministerio Público no engendra más que una nulidad relativa. Esto es decisivo. (1)

555. La nulidad establecida en razón de la minoría no pudiendo ser invocada sino por el menor, resulta de aquí que ésta es una de esas excepciones personales que el fiador no puede invocar; el art. 2,012 lo dice formalmente. Luego cuando el menor obtiene la rescisión de la obligación que ha contraído, el fiador estará obligado á indemnizar al acreedor; esto es precisamente en vista del riesgo de rescisión que el acreedor ha estipulado la fianza, y el fiador no tiene el derecho de quejarse, supuesto que debe esperar á que el convenio sea rescindido si es lesionario. (2) Lo mismo sería del codeudor solidario (art. 1,216). Hay que agregar que, bajo este concepto, no existe diferencia alguna entre la acción de rescisión y la acción de nulidad. Por idéntica razón, se ha fallado que el que ha fiado al menor no puede prevalerse de su incapacidad. (3) Sin embargo, no habría que inferir de aquí que los acreedores del menor no puedan ejercitar la acción de nulidad que le corresponde. Remitimos á la explicación que hemos dado del art. 1,166 (t. XVI, núm. 420).

556. El art. 1,311, según sus términos formales, se aplica á la acción de nulidad como á la acción de rescisión. Si el menor, llegado á la mayor edad, confirma el acto que suscribió cuando era menor, cesa de ser recibibile á atacarlo. La prescripción de diez años, á la que el art. 1,304 somete la acción de nulidad es una confirmación tácita; luego puede oponerse al menor como denegación de recurso, pero la prescripción no comienza á contarse sino

1 Casación, 24 de Febrero de 1849 (Daloz, 1849, 1, 42), y Lyon, 3 de Julio de 1850 (Daloz, 1851, 2, 134),

2 Nancy, 11 de Julio de 1831 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 376, 2°).

3 Rennes, 19 de Julio de 1820 (Daloz, núm. 255, 2°).

desde la mayor edad. Hay una jurisprudencia sobre este punto, por más que la cuestión esté decidida por el texto del Código. (1)

557. Se puede oponer al menor otra causa de denegación que resulta de los principios generales del derecho. El que debe garantizar la ejecución de un acto no puede pedir su nulidad. Así es que cuando la parte que tiene derecho á proceder en nulidad, se convierte en heredera lisa y llana del que está ligado por la obligación, ella no puede ya intentar la acción de nulidad, porque no puede atacar lo que está obligada á ejecutar. La Corte de Casación ha aplicado el principio al caso en que un heredero acepta lisa y llanamente la sucesión del que estaba obligado á ejecutar una donación en virtud de un fallo al cual había dado su adquisiciencia. En el caso, la donación era nula en la forma y la nulidad se pedía con el fin de asegurar el efecto de una manda que la donación atacada deducía á la nada. (2) Otra cosa sería si la acción de nulidad tuviera por objeto garantizar la reserva. Es un principio que el reservatario, aunque heredero liso y llano, puede atacar los actos por los cuales su autor ha atentado á la reserva. (3)

Estos principios reciben con frecuencia su aplicación en caso de minoría de edad, cuando el menor es el heredero del tutor, su padre ó su madre, ó cuando el tutor ha ejecutado un acto irregular á nombre del pupilo. Por lo común, el tutor que interviene como parte en un acto de venta promete que hará se ratifique el acto irregular por sus hijos cuando lleguen á la mayor edad. Si estos se constituyen en herederos lisos y llanos del tutor su padre, están obligados á mantener la venta. Se ha fallado que ellos no pue-

1 Rennes, 26 de Febrero de 1810 y Denegada, 20 de Noviembre de 1811 (Daloz, *Obligaciones*, núms. 2,986, 1.º y 2.º)

2 Denegada, 30 de Enero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 118).

3 Caen, 15 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1852, 2, 5) y el tomo XII de estos *Principios*, núm. 137.

den atacarla, aun cuando ofrecieran indemnizar al comprador; el comprador tiene un derecho adquirido que los herederos del vendedor no pueden atacar, él puede rechazarlos por la máxima de que el que puede garantir no puede despojar. (1)

*ARTICULO 2.—De la confirmación.*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

558. El Código trata de la confirmación en el capítulo "De la Prueba" (art. 1,338); esta es una falta de clasificación que implica una confusión de ideas. En general, damos poca importancia á la clasificación, porque el Código no es un manual. Pero en la materia de la confirmación, la clasificación viciosa conduce á confundir el hecho jurídico, que consiste en confirmar un acto nulo, con la prueba de ese hecho; el lenguaje mismo del Código es inexacto; llama "acto confirmativo" al hecho jurídico de confirmación, así como el escrito que compruebe la confirmación, de donde se podría inferir que la confirmación no existe ó no es válida sino cuando ha sido comprobada por un escrito confirmativo. Esto sería un error, que el mismo texto de la ley condena, supuesto que admite la confirmación tácita, lo que excluye toda idea de solemnidad. Es, pues, preciso distinguir con claridad lo que los autores del Código han confundido, la confirmación y la prueba de la confirmación. Para hacer comprender mejor la diferencia, trataremos aquí del hecho jurídico de confirmación y de la prueba de este hecho.

559. Confirmar una obligación, es renunciar al derecho que se tiene de pedir su nulidad en razón del vicio de que

1 Bruselas, 5 de Mayo de 1849 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 255). Denegada, 16 de Junio de 1846 (*Dalloz*, 1846, 1, 364).

está afectada. La confirmación tiene por fin y por efecto disipar ese vicio: de suerte que la obligación, aunque nula en su principio, se considera que nunca ha estado viciada. Lo que constituye la esencia de la confirmación, es, pues, la renuncia al derecho de promover la nulidad. Pero si toda confirmación implica una renuncia, subentendiéndose que toda renuncia no es una confirmación: se puede renunciar á un derecho, sin que este derecho sea concerniente á un vicio de que esté manchada una obligación: Tal es la remisión de la solidaridad ó la remisión de la deuda. Más adelante diremos que la diferencia, por más que sea elemental, tiene una consecuencia práctica que no carece de importancia.

560 El Código da también el nombre de "ratificación" al hecho por el cual se confirma una obligación nula (artículo 1338). Esta doble locución se presta á nueva confusión. La palabra ratificación tiene además otra acepción, que es la propia. Ratificamos lo que un tercero sin mandato ha hecho á nuestro nombre ó lo que un mandatario hace excediéndose de su mandato (art. 1,998).

Esta ratificación nada tiene de común con la confirmación de un acto nulo. La ratificación es un mandato dado después que el hecho está consumado; es un consentimiento que interviene después de la verificación del acto, siendo así: que regularmente interviene antes de que el acto haya pasado. El acto nulo, al contrario, es un acto consentido por las partes interesadas; existe un convenio, pero está viciado, sea por el consentimiento está viciado, sea por cualquiera otra causa. La confirmación tiene por objeto repasar ese vicio por la renuncia á la acción de nulidad; mientras que la ratificación no contiene ninguna renuncia: es un consentimiento dado por el que no habia consentido.

¿Por qué los autores autores del Código se sirven de dos

expresiones que indican ideas tan diferentes para expresar la idea de confirmación? Y aun casi siempre se encuentran juntas las dos expresiones, en el art. 1,338. "El acto de confirmación ó ratificación." "A falta de acto de confirmación ó ratificación." "La confirmación, ratificación ó ejecución." Esta redundancia no está en los hábitos del legislador, y debe tener una razón particular. La Exposición de motivos nos la da á conocer. En el antiguo derecho, se distinguía la confirmación y la ratificación, cuando se trataba de actos nulos que se querían aprobar. Esta distinción ha parecido inútil, dice el orador del Gobierno. El efecto es el mismo, que las partes digan que confirman ó que digan que ratifican: y no es otro que arrebatarse la renuncia á los medios y excepciones que pudieran oponerse contra el acto confirmado ó ratificado. Para marcar que no existe diferencia alguna entre la confirmación y la ratificación, en la confirmación de los actos nulos, es por lo que el Código reúne las dos expresiones.

Es, pues, cierto que la ratificación del art. 1,338 nada tiene de común con la ratificación del art. 1,998. La identidad de la expresión pudiera hacer creer que la ratificación propiamente dicha, la del artículo 1998, está regida por los principios que el Código establece en el artículo 1,338. Se ha pretendido que el acto de ratificación por el cual aprobamos lo que se hizo en nuestro nombre y sin mandato, debe hacerse en las formas prescriptas por el art. 1,338; bastaba, sin embargo, leer ese artículo para convencerse de que era inapreciable á la ratificación del art. 1,998: ¿caso es cuestión de reparar un vicio, siendo que se consiente á lo que un tercero hizo sin mandato? La confirmación implica una nulidad y una renuncia, mientras que la ratificación no supone ni nulidad ni renuncia. Luego el art. 1,338 es extraño al art. 1,998. La doctrina y la jurisprudencia se hallan en este sentido.

Para evitar toda confusión, emplearemos exclusivamente el término de confirmación cuando se trate de confirmar un acto nulo.

561 El Código trata en el mismo párrafo de los actos reconocitivos y confirmativos; es decir, del reconocimiento y de la confirmación. Hay, sin embargo, una diferencia notable entre reconocer una obligación y confirmarla. El reconocimiento es únicamente concerniente á la prueba de la obligación; mientras que la confirmación se refiere á actos nulos que pueden probarse, hasta auténticamente, y que no por eso dejan de ser nulos. Los dos hechos difieren hasta en lo concerniente á la prueba: el acto reconocitivo nada tiene de común con el acto confirmativo. La confirmación implica reconocimiento cuando consta por escrito, la ley lo dice, supuesto que ella quiere que el escrito confirmativo contenga la substancia del acto, el cual con esto se encuentra reconocido. Pero el reconocimiento no equivale á confirmación: él, que reconoce una obligación, confiesa únicamente que ella existe, no dice que la obligación es válida; luego no renuncia al derecho que tiene á pedir su nulidad. (1)

562 Hay alguna analogía entre la confirmación y la novación. El que confirma renuncia á prevalerse de las causas de nulidad que envician la obligación. La novación es también una renuncia y puede tener por efecto confirmar una obligación viciada. El que innova una obligación anulable por una obligación válida, renuncia á prevalerse de la causa de nulidad que hacía nula la primera deuda: en ese concepto la confirma. Sin embargo, la confirmación no es objeto directo de la novación, el que innova quiere extinguir una deuda substituyendole por deuda nueva. Síguese de aquí que la novación no está sujeta á las reglas de la

1 Riom, 10 de Enero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 6). Aubry y Rau, t. IV, pág. 26, notr 2, pfo. 337).

confirmación establecidas por el art. 1,338. Difere también el efecto: la novación crea una obligación nueva, mientras que la confirmación hace válida la obligación primitiva borrando el vicio que la volvía anulable. (1)

563 ¿La confirmación es un acto unilateral, para cuya validez basta el consentimiento de la parte que renuncia de atacar el acto, ó se necesite el concurso de consentimiento de todas las partes contrayentes? Es suficiente el consentimiento de la parte que confirma. ¿Cuándo es necesario el consentimiento de las dos partes? Cuando se trata de formar un contrato ó de disolverlo. Ahora bien, la confirmación no es ni un contrato nuevo, ni la disolución del antiguo. La obligación confirmada subsiste tal como se había contraído; luego es inútil que la parte que no tenía derecho á promover la nulidad consienta en la confirmación. Si la nulidad fuera absoluta, se subentiende que como cada una de las partes tiene el derecho de promover, cada una debería renunciar á su derecho para que la obligación fuese plenamente válida: en este sentido, se necesitaría concurso de consentimiento. Pero supongamos que el convenio sea nulo por causa de incapacidad de una de las partes ó por vicio de consentimiento, la parte que es capaz, y cuyo consentimiento no está viciado no tendría necesidad de consentir, ella estaba obligada y sigue estándolo. Aquel cuyo consentimiento estaba viciado ó que era incapaz está también obligado; pero él podía pedir la nulidad de su obligación; si renuncia á este derecho, la obligación se vuelve válida á su respeto; por consiguiente, ya nada falta á su validez. El texto del art. 1,338 confirma esta interpretación. Enumera cuidadosamente los requisitos para la validez del acto confirmativo y ninguno de ellos supone el consentimiento de la parte que no confirma. Hay más: la ley pone la confirmación tácita en la mis-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 261, nota 3, pfo. 337.

ma línea que la confirmación expresa; ahora bien, la confirmación tácita que consiste en la ejecución del convenio no supone necesariamente el concurso de todas las partes; luego dicho consentimiento no es una conclusión esencial.

Puede objetarse lo que hemos dicho de la remisión: es también una renuncia, y, sin embargo, la opinión general es que el consentimiento del acreedor no es suficiente, pues también se necesita el consentimiento del deudor. De antemano hemos contestado á la objeción. La remisión es una de las causas de extinción de las obligaciones: ahora bien, para disolverlas como para formarlas, se necesita el consentimiento de todas las partes contrayentes, mientras que la confirmación deja subsistir la obligación primitiva. En vano se dice que la renuncia aprovechará, en nuestra opinión, á la parte que ha permanecido extraña á ella, por que esto pasa con toda renuncia unilateral.

La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo, salvo el disentiendo de Zachariæ, cuya opinión se ha quedado aislada. (1)

## § II.—OBLIGACIONES QUE PUEDEN CONFIRMARSE.

### *Núm. 1. Principio.*

564. El art. 1,338 asienta el principio: se pueden confirmar las obligaciones "con las cuales la ley admite la acción de nulidad ó de rescisión." Es, pues, preciso que la obligación sea nula; es decir, anulable lo que supone una obligación que tiene una existencia legal, pero que está

1 Toullier, t. IV, pág. 458, núm. 508. Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Menor*, pfo. 3. Duvergier, consulta en Dalloz, *Recopilación periódica*, 1848, 1, 17 (nota). Aubry y Rau, t. IV, pág. 269, nota 32, pfo. 337. Lyon, 21 de Diciembre de 1840 (Dalloz, en la palabra *Privilegios é Hipotecas*, núm. 978).

viciada. Este vicio es lo que da derecho á pedir su nulidad, y este derecho es el que renuncia aquél que quiere confirmar la obligación: la confirmación borra el vicio y vuelve válida la obligación, como si nunca hubiese estado viciada. Síguese de aquí que las obligaciones inexistentes no son susceptibles de confirmarse; no dan lugar á una acción de nulidad, porque no se puede pedir la nulidad de la nada (núm. 531); luego no es aplicable el texto del art. 1,338. Por otra parte, no se concibe la confirmación de una obligación inexistente como tampoco la demanda de nulidad de lo que no existe á los ojos de la ley. La confirmación tiene por objeto borrar el vicio de la obligación; esto supone una obligación que puede producir un efecto, pero que en razón del vicio de que está afectada, puede anularse y cesar de producir un efecto. Ahora bien, una obligación inexistente no puede producir ningún efecto, y tales son los términos del art. 1,131; ella no está manchada de un vicio que pueda desaparecer por una confirmación, es la nada y la nada no se confirma; no hay poder humano que sea capaz de dar la vida á lo que no existe; en vano se pretende confirmar la nada, porque sigue siendo la nada. La confirmación, es la renuncia á la acción de nulidad que resulta del vicio de que está manchada una obligación. Ahora bien, la obligación inexistente no da lugar á una acción de nulidad; por lo mismo, la renuncia es imposible, y, por consiguiente, la confirmación.

565. El principio de que la confirmación no se aplica más que á los actos nulos, pero que tienen una existencia legal, se funda, pues, en el texto y en el espíritu de la ley. Ha sido netamente formulado por el Tribunado. El proyecto del Código Civil, tal como fué adoptado por el Consejo de Estado y comunicado al Tribunado, decía que la confirmación se aplicaba á los actos "radicalmente nulos." Esto parecía decir que los actos inexistentes podían confirmar-

se; en efecto, los autores se sirven á veces de la expresión "radicalmente nulo" para indicar un acto que no tiene existencia legal. La sección de legislación del Tribunalado hizo observar que estas frases, que no tienen un sentido muy preciso, serían por eso mismo una fuente de arbitrariedades é incertidumbre. Es preciso dijo, una disposición concebida de modo que quede bien trazada la línea de demarcación entre las "nulidades irreparables" y las que se "pueden reparar." Esto es lo que llamamos actos inexistentes y actos nulos. El Tribunalado da ejemplos para hacer comprender la distinción que quiere establecer. Había en el proyecto del Código Civil una disposición que declaraba que los compromisos contraídos por los impúberos, no eran obligatorios en ningún caso, ni por ninguna de las partes; se les consideraba como inexistentes por falta de consentimiento. Luego de esto resultaba una nulidad absoluta é irreparable. Tal acto se considera por la ley "como que nunca ha existido," no solamente con relación al impúbero sino también con relación á la persona que ha contratado con él, aun cuando ésta fuese capaz de obligarse. Hé aquí uno de esos compromisos cuya nulidad es irreparable y que no pueden nunca hacerse válidos. El Tribunalado pone en la misma clase los compromisos contraídos por causa ilícita; no puede borrarse el carácter de reprobación con que están marcados.

No sucede lo mismo, continúa el Tribunalado, con los compromisos contraídos por el menor, el incapacitado ó la mujer casada. Estos actos no son nulos de pleno derecho. No pueden anularse sino cuando los atacan aquellos por cuyo interés la ley los ha declarado nulos. Si, lejos de atacarlos, los confirman, la nulidad se cubre, hasta el punto de que los actos confirmados se consideran como hechos válidamente desde su origen y como que nunca han cesado de ser válidos. El Tribunalado añade que el mismo

principio se aplica á las obligaciones viciadas por el error, la violencia ó el dolo.

El Tribunado propuso, en consecuencia, la siguiente redacción: "Los compromisos contraídos por los impúberos ó por causa ilícita, no pueden confirmarse ni ratificarse. Respecto de todos los demás actos que pudieran tacharse con algunas de las nulidades pronunciadas por la ley, la confirmación de dichos actos implica la renuncia á los medios y excepciones que contra ellos pudieran hacerse valer." Esta redacción dejaba que desear, era demasiado restrictiva en lo concerniente á los actos inexistentes cuya nulidad es irreparable; hubiera podido inferirse que las obligaciones no son inexistentes sino en los dos casos previstos por la disposición: los compromisos contraídos por impúberos y aquellos cuya causa es ilícita. El Consejo de Estado adoptó la modificación propuesta por el Tribunado, pero redactándola de otro modo. Suprimió la expresión del proyecto: "acto radicalmente nulo," y la reemplazó con las palabras que se hallan en nuestro art. 1,338: "obligación contra la cual la ley admite la acción de nulidad ó de rescisión." Esta redacción limita la confirmación á los actos nulos, y excluye la confirmación de los actos inexistentes. (1)

566. En este sentido es como los oradores del Tribunado explicaron el art. 1,338. Oigamos á Jauber, el relator de la sección de legislación: es probable que á propuesta suya la sección indicó que se cambiara la redacción del proyecto que se le sometía. Jaubert establece claramente la distinción tradicional entre los actos falsamente clasificados de contratos que no producen nunca acción, y los contratos que han sostenido una obligación, y, por consiguiente, el principio de ana acción, la cual únicamente puede ser rechazada por una excepción. Esto no es más que

1 Observaciones del Tribunado, núm. 73 (Loché, t. VI, pág. 136).

la distinción entre los actos inexistentes y los actos nulos. En otra parte hemos citado el desarrollo que el relator del Tribunado da á esta distinción (t. XV, núm. 462) El concluye, en su primer informe, que la acción de nulidad no se aplica sino á los casos en que el convenio puede producir una acción; es decir, á los actos que nosotros llamamos nulos; y no se aplica á los actos inexistentes, porque el que ha subscripto semejante compromiso no necesita recurrir á la justicia para desligarse; puede siempre contestar, si se ve perseguido, que él no tiene obligación. Esto decide la cuestión de la confirmación; al decir el artículo 1,338 que la confirmación supone una obligación contra la cual la ley admite la acción de nulidad ó de rescisión, resulta de aquí que no pueden confirmarse las obligaciones que, no teniendo existencia á los ojos de la ley, no dan lugar á una acción de nulidad. Esto lo establece Jaubert muy bien en su segundo informe. "No puede confirmarse sino lo que realmente ha existido aunque carezca de fuerza por algún vicio. De aquí resulta que de ninguna manera se pueden confirmar pretendidos convenios cuya existencia nunca ha sido reconocida por la ley; que, en todos los demás casos, puede tener lugar la confirmación." Jaubert concluye de esto que los convenios sin objeto ó sin causa lícita no pueden confirmarse, mientras que los actos contra los cuales la ley no admite más que la vía de la nulidad, tales como los compromisos de los incapaces, sí pueden confirmarse. (1)

Mouricault, el orador del Tribunado, se explica en el mismo sentido. "La confirmación, dice él, nunca puede hacer válidos los convenios cuya existencia no está reconocida por la ley, y que, en consecuencia, á nadie ligan: tales son (como es fácil inferirlo de las diversas disposiciones

1 Jauber, primer informe, núm. 60 (Loaré, t. VI, pág. 218); segundo informe, núm. 24, pág. 231.

combinadas del proyecto) los convenios que tienen por objeto una cosa que está fuera del comercio, los que no tienen causa, ó la tienen falsa é ilícita. En cuanto á los actos que únicamente pueden atacarse por vía de nulidad ó de rescisión, pueden confirmarse. (1)

567. La interpretación que damos al art. 1,338, según los trabajos preparatorios, es hoy generalmente admitida por la doctrina. (2) Sin embargo, como la opinión contraria, enseñada por Toullier y Merlin, está consagrada por la jurisprudencia de las cortes de Bélgica, necesitamos combatir todos los argumentos que se nos pueden oponer.

Merlin había sostenido, apoyándose en el dictámen de Jaubert, que no se pueden confirmar pretendidos convenios cuya existencia no está reconocida por la ley. Toullier criticó esta opinión con extensa vivacidad. La proposición de Jaubert, dijo, nos parece manifiestamente errónea. ¿Qué se entiende por convenio que no existe á los ojos de la ley? Indudablemente aquel cuya nulidad es tal, que no necesita proponerse ni por vía de acción ni por vía de excepción; en una palabra, un convenio que no existe. Toullier cita como ejemplo la venta hecha por un tercero á nombre del propietario pero sin mandato. Es evidente que este convenio no existe á los ojos de la ley; sin embargo, es claro que puede ratificarse; el art. 1,998 lo dice. "Que después de esto se diga que los contratos que no existen á los ojos de la ley, no son susceptibles de la confirmación y de la ratificación que son el objeto del art. 1,338 ¿qué importa esto, puesto que realmente son susceptibles de ratificarse, aun tácitamente, según el art. 1,998? (3)

Toullier, que criticaba la opinión del Tribunado con

1 Mouricault, Discursos, núm. 52 [Looré, t. VI, pag. 256].

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 262, nota 6, pfo. 337 y los autores que citan.

3 Toullier, t. IV, pág. 665, núm. 518.

una dureza que no le es habitual, cae él mismo en un completo error. Confunde la "ratificación" equivalente al mandato con la "confirmación" de un acto nulo, siendo así que nada hay de común entre estos dos hechos jurídicos. Los tribunos daban más de un ejemplo de un acto inexistente que no es susceptible de confirmarse; ¿por qué Toullier no ha tomado el ejemplo de un convenio que carece de objeto, de una obligación sin causa, ó con una causa ilícita? ¿Acaso hay lugar á ratificar estas obligaciones en virtud del art. 1,998? La cuestión carece de sentido. No puede tratarse de "ratificar" por un consentimiento dado posteriormente á un acto en el cuál se ha consentido. Pero si este acto está viciado, se trata de saber si se puede borrar el vicio que le hace nulo, confirmando; luego había que probar contra los tribunos que se puede borrar un vicio cuando no hay tal vicio, y renunciar á una acción de nulidad cuando no existe tal acción. Todavía estamos esperando esta demostración, y la esperamos siempre.

Merlin estaba, pues, en lo justo cuando decía que un contrato que no existe á los ojos de la ley no es susceptible de confirmación. Sin embargo, cosa irregular, la viva crítica de Toullier lo hizo cambiar de opinión; después de haber dicho en su requisitoria que la proposición formulada por Jaubert y Mouricault, es "evidente," declara que este pretendido principio no es más que una aserción puramente gratuita, un error creado por la imaginación de los dos tribunos, que siente haber reproducido sin examen y bajo la palabra de honor de aquellos. (1)

Nó, esto no es un "error creado por la imaginación de dos tribunos." Jaubert habla como dictaminador de la sección de legislación: esta sección recibía comunicación

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Ratificación*, pfo. V, núm. 3 (t. XII, pág. 288). Compárese, *Repertorio* en la palabra *Ratificación*, núm. 9 (t. XXVII. pág. 96).

del proyecto acordado por el Consejo de Estado; después de la discusión en el seno de la sección tuvieron lugar algunas conferencias entre las dos secciones del Tribunado y del Consejo de Estado; esto fué lo que pasó respecto al art. 1,338 cuya redacción propuso el Tribunado que se cambiara. Merlin olvida enteramente los trabajos preparatorios, y con una increíble ligereza reprocha á dos tribunales que hayan imaginado un principio que era obra de la sección de legislación, principio que fué admitido por el Consejo de Estado y formulado en la nueva redacción del artículo 1,338. Toullier y Merlin no se apercibieron de que criticaban tan amargamente á dos cuerpos constituidos, el Tribunado y el Consejo de Estado, los únicos cuerpos deliberantes que según la Constitución del Imperio, tuvieron una parte activa en la discusión de los proyectos de leyes. Y los que dicen hoy que la distinción de los actos nulos y de los actos inexistentes es una doctrina imaginada por teóricos y sin raíces en nuestras leyes, tampoco se aperciben de que esta teoría fué escrita por propio puño de los autores del Código en el texto del art. 1,338. Esto es decisivo, y por eso hemos insistido.

568. Lo que sí es cierto, es que los autores del Código no formularon el principio con todas sus consecuencias. De aquí resultan incertidumbres y vacilaciones inevitables en la aplicación. Antes de exponer el estado de la jurisprudencia, debemos hacer una observación concerniente al principio. Los actos inexistentes, no pueden confirmarse; el art. 1,339 lo dice, aplicando el principio á las donaciones nulas en la forma; añade, que el donador no tiene más que un medio de reparar la nulidad, y es volver á hacer la donación, en la forma legal. Lo que la ley dice de la donación, hay que decirlo de todos los convenios inexistentes. Las partes están en libertad para hacer un convenio nuevo, siempre que ninguna disposición de la

ley se opouga. Si el deudor consintió cuando estaba privado del uso de razón, no hay consentimiento, y sin consentimiento no hay contrato, pero si él recobra el uso de su razón, nada impide que consienta ese mismo convenio que no podía tener efecto alguno supuesto que no existía. Mucha es la diferencia entre la confirmación y el convenio que subscribe el que había hecho un contrato inexistente. Si el donador pudiera confirmar una donación nula en la forma, bastaría con un escrito privado emanado de él solo para hacer válida la donación; y hasta bastaría con una declaración oral, con una confesión judicial, la ejecución de la liberalidad sería suficiente; mientras que la ley exige que la donación se vuelva á hacer en la forma legal, si el donador quiere que tenga efecto; es decir, que se necesita un nuevo acto, una nueva aceptación, ó lo que es lo mismo, concurso de voluntades manifestado en la forma auténtica. Lo mismo sucedería con cualquier otro acto inexistente, menos la solemnidad. Las partes que quieren mantener el acto deben hacer un nuevo convenio. La confirmación, al contrario, como es una simple renuncia, es por lo mismo un acto unilateral. (1)

*Núm. 2. Aplicación del principio.*

*I. De las obligaciones naturales.*

569. ¿Las obligaciones naturales pueden confirmarse? Ya en otra parte hemos contestado á la pregunta (t. VII, núm. 31); como es controvertida, insistimos para establecer, en esta materia tan difícil, lo que creemos que son los verdaderos principios. Marcadé dice que las obligaciones naturales pueden confirmarse. Que sostengan esta opinion los autores que, como Toullier, enseñan que puede confir-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 583, núm. 309 bis I.

marse una obligación inexistente, se comprende; pero Marcadé reprocha con bastante dureza al comentador de Toullier que desconozca una distinción que la ciencia moderna ha establecido definitivamente; en seguida, olvidando su teoría, profesa que la confirmación de una obligación natural es válida, aunque ésta no esté reconocida por la ley, que le rehusa toda acción. El mismo confiesa que rigurosamente hablando, la palabra "confirmación" no es exacta en este sentido. En efecto, la confirmación es la validación de una obligación viciosa, pero civilmente existente; mientras que la confirmación de la obligación natural tiene por efecto dar existencia civil al compromiso al cual la ley lo había rehusado. Luego la pretendida confirmación es, en realidad, una nueva obligación. Por lo tanto, hay que aplicar lo que acabamos de decir: el deudor que confirma una obligación natural no renuncia á una acción de nulidad que no existe, sino que crea una obligación; luego se necesita el concurso del acreedor. Lo que Marcadé llama una confirmación, es realmente una novación. Pero una cosa es la novación y otra la confirmación; ésta es un acto unilateral, mientras que la novación exige el consentimiento del deudor y del acreedor. A nuestro juicio, la novación de una obligación natural no se comprende, como tampoco la confirmación de una deuda semejante; y ya lo hicimos notar (núm. 245). El que innova extingue una deuda á la que substituye otra nueva; y ¿cómo se va á extinguir una deuda que no tiene existencia civil?

## *II. De las obligaciones sin consentimiento.*

570. La Corte de Casación ha decidido, á requisitoria de Merlin, que un convenio es inexistente cuando la escritura en que consta no está firmada por todas las partes y cuando, por consecuencia, este convenio no puede ser con-

firmado, el art. 1,338 no siendo relativo más que á las obligaciones contra las cuales la ley admite la acción de nulidad, y no á la escritura, nulas por falta de consentimiento y falsamente calificadas de contratos. Admitimos el principio que es el del Tribunalado, y creemos haber probado que está escrito en el art. 1,338. Pero negamos el punto de partida de la Corte de Casación. No es exacto decir que una obligación sea inexistente por el hecho solo de que la escritura no esté firmada. Volveremos á tratar la cuestión. De todos modos, la Corte Suprema ha consagrado formalmente nuestra doctrina. No hay contrato sin consentimiento; y donde no hay contrato, no hay nada que confirmar supuesto que la nada no se se confirma. (1)

571. Los contratos en los cuales no interviene ningún consentimiento son rarísimos; es tan evidente que no puede haber contrato sin consentimiento, que las partes interesadas no pueden pensar en pedir su ejecución. Hé aquí un caso en el cual hubo consentimiento, pero como el consentimiento no era simultáneo, ningún convenio pudo resultar. Uno de los cónyuges hace la partición de la comunidad antes de su disolución: el cónyuge sobreviviente la confirma; ¿es válida la confirmación? Nó, porque la partición es inexistente; la Corte de Casación lo demuestra. En cuanto á la mujer, esto equivaldría á una aplicación de la comunidad; ahora bien, ella no puede aceptar ni repudiar sino al hacerse la disolución. El marido no lo puede, la ley le permite únicamente que disponga de su parte en la comunidad tal como sea liquidada después de su muerte: no le incumbe mientras vive á pesar de la liquidación de bienes que deben quedar indivisos hasta su fallecimiento ó el de la mujer y componer eventualmente su propio lote. Si la ley autoriza al padre y á la madre á que di-

1 Denegada, 27 de Agosto de 1812, y la Requisitoria de Merlin (*Repertorio*, en la palabra *Ratificación*, núm. 9 (t. XXVII) pags 96-99

vidan sus bienes entre sus descendientes, por acto entre vivos, esta facultad necesariamente se restringe á los bienes cuya libre disposición tienen. La partición hecha por el marido es, pues, nula, ó, por mejor decir, inexistente; la mujer ó los herederos hubieran debido concurrir y aun cuando hubiesen consentido, su consentimiento habría sido ineficaz como que estribaba en bienes que no les es permitido dividir. En vano la mujer consiente confirmando la partición; no podría haber convenio sino por el concurso simultáneo de las voluntades de las partes contratantes; y este concurso, en el caso, era imposible; habiendo muerto antes el marido, su consentimiento, nulo por otra parte, no ha podido concurrir con el de la mujer, que consintió cuando la otra parte no podía ya consentir. (1)

## II. De las obligaciones sin causa ó con una causa ilícita.

572. El orador del Tribunado coloca entre las obligaciones que no pueden confirmarse, porque son inexistentes, las obligaciones sin causa ó por causa ilícita. Casi no puede haber duda sobre este punto, una vez que se admite el principio; el art. 1,131 es uno de los raros artículos del Código que consagran de una manera formal la teoría de los actos inexistentes. Dice: "La obligación sin causa, ó con una causa falsa, ó con una causa ilícita *no puede tener ningún efecto.*" ¿Cómo había de confirmarse una obligación sin causa cuando la falta de ésta implica, en los contratos á título oneroso, que la obligación carece de objeto? ¿la confirmación le dará un objeto que ella no tiene? Supongamos que la cosa vendida hubiese perecido al hacerse la venta (art. 1,602). En vano quería yo confirmar esa venta porque se quedará siempre sin objeto. En vano el compra-

1 Casación, 13 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 311).

dor la ejecutaría pagando el precio, porque pagará lo que no debe, y podrá repetir. Y si paga con la intención de hacer una liberalidad, esta liberalidad sería sin duda válida, pero lo será, no por la confirmación, sino como donativo manual. Tan cierto es esto, que el pago parcial no podrá invocarse por el vendedor como una ejecución voluntaria que confirme la venta, según los términos del art. 1,338; el pretendido comprador le contestaría que es libre para dar lo que quiera y, que habiendo dado 5,000 francos, no está obligado á dar 5,000 más. (1)

Bajo el punto de vista de nuestra teoría, esto parece evidente. Sin embargo, hay controversia. M. Larombière admite el principio, y pone en duda su aplicación á la falta de causa y á su falsa causa. La causa misma de la confirmación, dice, suple la causa del acto al cual ella se aplica. Esto es decir que la confirmación da una causa á la obligación; luego daría algo nuevo, lo que es contrario á la esencia de la confirmación, la que no es más que una simple renuncia á la acción de nulidad; y la renuncia, como acabamos de decirlo, deja siempre sin causa la obligación. Por otra parte, la renuncia carecería de objeto: la obligación sin causa no puede tener ningún efecto, dice el artículo 1,131; luego no da lugar á una acción de nulidad; por lo mismo, la confirmación no se concibe. Cosa singular; después de haber dicho que las obligaciones sin causa, pueden confirmarse, Larombière dice, más adelante, que la obligación sin causa es inexistente y que, por consiguiente, no es susceptible de confirmación. Pero, agrega, había confirmación si la intención del que confirma es suplir una causa verdadera que valida la obligación. (2) El autor no se apercibe de que esta pretendida confirma-

1 Duranton, t. XII, pág. 678, núm. 559.

2 Larombière, t. IV, pág. 594, núm. 8 del art. 1,338, y pág. 617, núm. 251 (Ed. B., t. III, pág. 121).

ción sería un nuevo convenio, el cual exigiría un nuevo concurso de voluntades y no existiría sino desde el momento en que las partes interesadas hubiesen consentido, mientras que la confirmación borra el vicio de la obligación y la hace válida desde su principio.

Toullier dice que todo lo que pudiera concluirse de esto es que la confirmación de una obligación sin causa, no tiene efecto retroactivo, que no saca su fuerza sino del acto de confirmación y únicamente desde el día de su fecha. Esta confesión manifiesta en contra del autor y de su doctrina, porque equivale á confesar que la pretendida confirmación no lo es, pero sí un nuevo contrato. Toullier insiste y dice que nuestra teoría, que es la del Tribunal y la del art. 1,338, es tan contraria á la razón como á las disposiciones del Código. ¿Qué es lo que requiere la ley para que haya confirmación? Que el acto sea nulo y dé lugar á una acción de nulidad. ¿Podrá decirse que una nulidad radical no da lugar á la acción de nulidad? ¿Cómo hará, pues, el deudor para que se deseche una obligación sin causa, para que se declare que ella no tiene efecto alguno, si no es intentando una acción de nulidad? (1) Hemos de antemano contestado á esa objeción. Aquel que obra en nulidad, pide que el Tribunal pronuncie la nulidad del acto, y el acto no será nulo sino desde el momento de la sentencia; hasta entonces producirá todos sus efectos. Pues bien, cuando la obligación no tiene causa, es imposible pedir al juez que la nulifique y que el acto cese de producir sus efectos, puesto que la obligación nunca los tuvo, ya que el Código declara que no puede tener ninguno. Así, pues, una acción de nulidad no se puede concebir. Se pregunta ¿qué hará el deudor? Contestamos que no tiene precisión de obrar, que puede siempre y en cualquiera época, contestar á la acción que el acreedor le intentara, que no hay

1 Toullier, t. III, 2, pág. 114, núm. 180.

obligación y que el crédito no puede surtir ningún efecto. Que si él quiere tomar la iniciativa, pedirá que el Tribunal declare que el acto en litigio, careciendo de causa y de existencia legal, es un acto sin efecto, no solo desde el momento del fallo ó de la demanda, pero desde el día en que la convención inexistente habrá tenido lugar.

573. Es verdad que, en la práctica, el demandante concluye para que la convención sin causa sea declarada nula y nulos sus efectos. Se ha hecho así, en un caso que fué presentado ante la Corte de Burdeos, y la Corte también se sirvió de los términos "nulos y nulidad," porque la ley no tiene otros. Sin embargo, juzgó bien la Corte, al decidir que un contrato sin causa, está viciado de nulidad radical que no puede ser cubierta por la ejecución; es decir, por la confirmación, porque en un contrato que no existe, no puede haber ejecución posible. (1)

La Corte de Bruselas juzgó en el mismo sentido. Trátabase de saber si el Estado podía arrendar una finca que le pertenecía. Esto sería un contrato sin causa, dijo la Corte. En efecto, la causa consiste en el motivo jurídico que llevan las partes á contratar. ¿Por qué el arrendatario se obliga á pagar la renta? Para obtener el gozo de la cosa. Pero si tiene derecho á este gozo como dueño, su obligación como arrendatario, no tiene ya causa alguna. El artículo 1,131 dispone que la obligación sin causa no puede tener efecto alguno. La Corte concluye de esta disposición que las obligaciones sin causas no pueden ser válidas ni por una confirmación expresa, ni por la ejecución voluntaria, ni, por consiguiente, por la prescripción de diez años. El decreto cita los informes de Jaubert y de Mouricault, y decide que el contrato de arrendamiento litigioso es nulo de derecho pleno, según la expresión del art. 1,117; que es-

1 Burdeos, 24 de Diciembre de 1844 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1,690).

ta nulidad no pudo haber sido cubierta por la prescripción de diez años, y que se podía oponer á ella á pesar de toda confirmación. (1) Esto es la consagración formal de la teoría.

574. Lo mismo pasa con las obligaciones con causas ilícitas; y no es dudoso si se admite la doctrina que acabamos de exponer. El art. 1,131 coloca en la misma fila la obligación con causa ilícita y la obligación sin causa; no pueden tener efecto alguno, según la ley. El asunto es, pues, idéntico, y en donde existe igual motivo para decidir, debe haber igual decisión. Bueno es insistir, sin embargo, porque la teoría de la causa es obscura y la doctrina de la no existencia de las obligaciones es siempre incierta. Esta obscuridad y esta incertidumbre, desaparecen cuando se trata de la causa ilícita. El art. 1,133 la define: "La causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria á las buenas costumbres ó al orden público."

Hagamos punto omiso, por un momento, de lo que esta disposición tiene de indeciso, y ocupémonos de lo que es evidente. La causa de la obligación es inmoral: ¿Puede concebirse que semejante obligación sea confirmación? Inútil es contestar, la conciencia indica que no puede haber confirmación de una obligación que no tiene otro fundamento más que un ultraje á las buenas costumbres. Lo que es evidente para las convenciones inmorales, no lo es menos para las que son contrarias al orden público. ¿Puede concebirse que el legislador permita confirmar lo que hiere el interés de la sociedad? ¿Cómo haría la ley para dar su sanción á una obligación que tiene prohibida por interés social? Existe en esto un vicio que no podía ser reparado

La jurisprudencia existe en este mismo sentido. En los términos del art. 1,965, la ley no concede ninguna acción

1 Bruselas, 14 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 165).

para una deuda de juego. El legislador que favorece al trabajo, base del orden económico y moral, debe condenar al juego, que aparta del trabajo y conduce á gastar locamente lo que se ha ganado sin pena alguna. Puede decirse sin exagerar, que la existencia de la sociedad está en juego cuando se trata de reprimir convenciones que imprimen la costumbre de la holganza y de la prodigalidad. Estas graves consideraciones, deciden la cuestión que aquí está al debate. ¿Puede haber confirmación para una obligación reprobada por la ley? Ha sido juzgado que las obligaciones contratadas por ventas ficticias ó por juego de bolsa, son nulas y que su nulidad no puede ser cubierta por la confirmación: lo que es contrario al orden público, dice la Corte de Angers, no puede ser confirmado. (1)

La ley de 4 de Agosto de 1789, abolió la venalidad de los oficios. Basta recordar la célebre fecha del 4 de Agosto, para convenirse que se trata de uno de esos abusos del antiguo régimen feudal y monárquico, que la República destruyó en una gloriosa noche. En Francia, la ley de 28 de Abril de 1816, dió á los titulares de ciertos oficios, el derecho de presentar sus sucesores, los que deben ser admitidos por el Gobierno; el derecho de presentación está, pues, subordinado al contrato de la autoridad pública; es decir, que en derecho, los oficios se consideran fuera del comercio; el principio es de orden público. La jurisprudencia concluyó de esto, que los tratos secretos hechos entre un oficial público y aquel á quien presenta como sucesor, no pueden aumentar el precio por el que se vende el oficio por la convención pública, sometida á la aprobación del Gobierno. Esta nulidad siendo de orden público, no puede ser cubierta por ninguna confirmación ni ejecución voluntaria. Ha sido juzgado que los créditos

1 Angers, 24 de Agosto de 1865 (Dallez, 1866, 2, 211).

precedentes de semejantes convenciones, no son susceptibles ni de subrogación, ni de transmisión. Ha sido juzgado que las partes contratantes, no pueden invocar las reglas ordinarias de los contratos, para validar lo que es contrario al orden público; la aprobación dada por el Gobierno, no puede ser invocada para legitimar lo que no puede ser legítimo. No entraremos en los pormenores de esos debates, porque la legislación francesa es extranjera para nosotros; pero es de felicitar á la Corte de casación de Francia, por el vigor con que sabe mantener en pié los principios que son el fundamento de nuestro orden social. (1)

#### IV. *Del pacto sucesorio.*

575. Hemos dicho en otro lugar que el Código Civil prohíbe los pactos sucesorios como contrarios á la moral, (t. XVI, núm. 83). Parece que esto decide la cuestión de la confirmación. Según el art. 1,130, no puede hacerse ninguna estipulación acerca de una sucesión no abierta; esas convenciones descansan sobre una causa ilícita, por lo que, en los términos del art. 1,131, no pueden tener ningún efecto, y, por consiguiente, no pueden ser confirmadas. La doctrina y la jurisprudencia están casi unánimes en admitir el principio que prohíbe confirmar las obligaciones con causa ilícita. ¿Cómo explicar que existan controversias sobre pactos sucesorios? Existe para esto una razón de hecho que quisá no confiesan los intérpretes, y que influye, sin embargo, en su manera de ver. Ya lo hemos hecho notar: los pactos sucesorios, en nuestros costumbres, no tienen el carácter odioso que los hizo reprobados por los jurisconsultos romanos, y más tarde por Pothier; de donde resulta

1 Casación, 10 de Mayo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 217). Negación, 13 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 431) Compárense las sentencias citadas en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Obligación*, núm. 4,472.

una tendencia hácia una aplicación indulgente en la prohibición. Es preciso guardarse de esa tendencia; no toca al intérprete el corregir á las leyes, debe aceptarlas severas ó nó; y si la justicia tiene venda en los ojos, lo mismo debe suceder al jurisconsulto, quien también es el órgano de la justicia. El Código prohíbe los pactos sucesorios con más severidad que el antiguo derecho; puede esta severidad parecer excesiva; no importa, preciso es interpretar la ley tal cual la hicieron los autores del Código.

Hay un caso en el que la cuestión no es dudosa. Si la confirmación del pacto sucesorio se hace durante la vida de aquel cuya sucesión es vendida, la confirmación está viciada por la misma causa que el pacto sucesorio y un vicio no puede borrar á otro, más bien hay agravación del vicio en esta obstinación que ponen las partes en infringir la ley; sobre este punto, todo el mundo está de acuerdo.

La dificultad es, pues, la siguiente. Se supone que la confirmación interviene después de la apertura de la herencia cuyo pacto sucesorio es el objeto. Cuando la sucesión está abierta, los herederos pueden hacer las convenciones, que juzguen convenientes. ¿Por qué no podrían confirmar una convención anterior? Tal es el único motivo de duda, no nos parece serio. Una cosa es la convención nueva, hecha por los herederos sobre una sucesión abierta, y otra es la confirmación que ellos hacen de un pacto sucesorio. Confirmar no es contratar, es renunciar al derecho que se tiene para obrar su nulidad; esta renunciación es un acto unilateral: aquel que confirma interviene solo en el acto de confirmación, mientras que la convención que interviene entre los herederos, exige el concurso de las voluntades de todas las partes interesadas. Los efectos de la confirmación difieren también de los que produce la convención entre herederos. Es de principio que la confirmación retrotrae, esto es de su esencia; efectivamente no hay

nueva convención en virtud de la confirmación, es pues, la antigua obligación la que subsiste y liga á las partes contratantes desde el momento en que fué contratada; ella subsiste purgada del vicio que la tachaba. Hé aquí en dos palabras, la confirmación. La cuestión de saber si puede confirmarse un pacto sobre una sucesión futura, después de abierta dicha sucesión, se reduce, pues, á lo siguiente: ¿puede subsistir el pacto sucesorio á partir del momento en que fué pactado, purgado del vicio que lo hacía nulo? Parece que plantear la cuestión es resolverla. ¡Y qué, la ley prohíbe ese pacto porque es inmoral, declara que no puede tener ningún efecto, y las partes pretenden darle ese efecto á pesar de la prohibición de la ley! La razón se rebela contra semejante interpretación, tanto como la ley misma. Si el pacto sucesorio puede ser confirmado, resulta que una convención habrá tenido lugar acerca de una sucesión futura, durante la vida de aquel cuya herencia es objeto del pacto. Esto es imposible porque no se puede concebir.

Se objeta que el orden público no está ya interesado en que el pacto sea nulificado, toda vez que la sucesión queda abierta y que los herederos declaran confirmar la convención. Se dice que en la realidad de las cosas, no se trata ya más que de intereses privados y que el orden público quedando fuera de causas, nada se opone á la confirmación. ¿Pero, es que realmente el orden público está fuera de causa? La Corte de Aix va á contestar la objeción, y creemos que la contestación es perentoria. Comienza por establecer que los pactos sucesorios violentan una prohibición del orden público; de donde se deduce que no pueden jamás adquirir la "existencia" que les rehusa la ley; nulos en principio no pueden volverse valederos ni por un acto de confirmación ni por el tiempo transcurrido. La muerte de la persona sobre cuya sucesión se trató, queda sin influencia sobre la suerte de la convención anterior,

cuyo vicio originario causaba siempre esta naturaleza que se opone á que pueda ser cubierto. Sin duda, las partes pueden renovar su convención en los términos del acto primitivo; pero no lo pueden hacer por medio de una confirmación. Esta confirmación sería un nuevo insulto á la ley, y las leyes, no solo deben ser obedecidas, sino también respetadas. Preciso es no confundir una nueva convención con la confirmación. El nuevo acto rinde homenaje á la ley, puesto que supone la no existencia del primero; es porque no existía ese primer acto, que se le vuelve á hacer, como lo dice el art. 1,339. La confirmación, por el contrario, se relaciona con el acto anterior que tiene por objeto mantener desde el momento en que fué pactado; con desprecio de la ley, pretende hacer válida desde la vida del difunto, una convención que la ley reprueba. ¿Es esto respetar la ley? ¿Y sin respeto de la ley, puede existir la sociedad? (1)

576. La jurisprudencia francesa está conforme con esta doctrina. Las decisiones de la Corte de Casación son, sobre todo, muy notables, porque consagran formalmente la teoría de los actos no existentes. Se lee en esas decisiones que la convención acerca de una sucesión futura "no existe," y no puede, por consiguiente, ser validada ni por un acto confirmativo, ni por la ejecución, ni por la prescripción de diez años. (2) El pacto sucesorio no existe, dice otra decisión, en este sentido, que no tiene existencia en vista de la ley, y se reputa como no subscripto. (3) Se citan

1 Aix, 2 de Junio de 1840 (Daloz, en la palabra *Sucesión*, núm. 621 6.º) Es la opinión general. Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 271, nota 4, pfo. 339 y la Requisitoria del Abogado General De Paepe (*Bélgica judicial*, 1873, pág. 137).

2 Casación, 8 de Noviembre de 1842 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,866, 3.º); Denegada 14 de Noviembre de 1843 (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1,584, 6.º)

3 Denegada, Cámara Civil, sobre la conclusión de Delangle, 11 de Noviembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 25). Compárense las decisiones citadas en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,866, y en la palabra *Sucesión*, núm. 621).

decisiones por las que la confirmación puede hacerse después de la muerte de aquel cuya sucesión es objeto del pacto sucesorio. Si esto fuera verdad, sería una consecuencia extraña, porque todas las decisiones que desechan la confirmación han sido motivadas en casos en los que la confirmación había sido posterior á la muerte. Cuando se examinan atentamente las decisiones invocadas, se ve que se trataba, no de la confirmación, pero de convenciones nuevas intervenidas después de la apertura de la sucesión, lo que es muy valedero; poco importa que las partes califiquen esos actos de confirmación. En el lenguaje vulgar, renovar un hecho es confirmarlo. Pero esa pretendida confirmación no es la del art. 1,338, pues no es una simple renuncia de la acción de nulidad, acto puramente unilateral, es un pacto de familia en que todos los herederos intervienen, y que no es valedero más que por el concurso de sus voluntades. (1)

Agregamos que la jurisprudencia declaró también en este sentido, en los países extranjeros que todavía se rigen por leyes francesas, la Prusia rhenana y el gran Ducado de Luxemburgo. (2)

577. Existen algunas decisiones en sentido contrario, dadas por cortes de apelación. (3) Podemos apartarlas, puesto que la jurisprudencia de la Corte de Casación, es constante. Pero necesitamos detenernos sobre la jurisprudencia de las cortes de Bélgica que se ha pronunciado por la contraria opinión. Nuestra Corte de Casación decidió que la prescripción de diez años, es aplicable á la acción

1 Denegada, 11 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra *Sucesión*, núm. 618); Grenoble, 25 de Marzo de 1831 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1,013).

2 Cologne, 26 de Octubre de 1852 (*Diario del Palacio*, jurisprudencia belga, 1853, pág. 126). Luxemburgo, 22 de Febrero de 1844, (*Bélgica judicial*, 1845, pág. 11).

3 Véase Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,867, y en la palabra *Sucesión*, núm. 622.

de nulidad que resulta del pacto sucesorio; (1) esto es de- cidir, en el fondo, que el pacto sucesorio puede ser confir- mado, pues la prescripci3a del art. 1,304 es una confirma- ci3n t3cita, como m3s adelante lo diremos; existen, sin em- bargo, argumentos especiales que se relacionan con la re- dacci3n del art. 1,304; las dejaremos por ahora para ocu- parnos de los que conciernen 3 la confirmaci3n en lo ge- neral.

La Corte de Casaci3n de Francia, dice que el pacto su- cesorio no existe y que los actos inexistentes no pueden ser confirmados. Este es el principio fundamental de nues- tra teor3a. La Corte de Casaci3n de B3lgica, combate este principio invocando el art. 502. En los t3rminos de este art3culo, todos los actos pasados por el interdicto poste- riormente 3 la interdicci3n, son nulos "de derecho." H3 aqu3, se dir3, un acto que la ley declara inexistente; sin embargo, 3l da lugar 3 una acci3n de nulidad (art. 1,304); puede ser confirmado por la prescripci3n de diez a3os; luego tambi3n lo puede ser por un acto confirmativo. No titubeamos en asentar que el argumento descanza en un error. La Corte ha confundido la expresi3n "nulos de de- recho" con la expresi3n nulos de "pleno derecho." Lo he- mos probado en otro lugar; es, pues, in3til insistir ya que todo el mundo est3 de acuerdo en este punto. Por cuanto que los actos del interdicto son simplemente nulificables, es por lo que se les somete 3 la prescripci3n de diez a3os y que la nulidad puede ser cubierta por la confirmaci3n. El argumento que la Corte de Casaci3n toma en el art. 502, se resuelve, pues, en su contra.

La decisi3n invoca la distinci3n que se hac3a en el de- recho antiguo entre la "ratificaci3n" y la "confirmaci3n;" la una retrotrae y la otra n3. Y si la confirmaci3n no re- trotrae, nada importa confirmar un pacto sucesorio des

1 Denegada, 12 de Julio de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 1, 336).

pués de abierta la sucesión; dícese que esto destruye nuestro sistema en su base porque aplicamos á la confirmación lo que no es verdad sino para la ratificación. Esta parte de la decisión es oscura; ¿qué entiende la Corte por ratificación? ¿Es acaso la ratificación del art. 1,998? Esta se halla fuera de la cuestión; desde el principio la hemos apartado, y con el fin de prevenir toda confusión, evitamos de calificar de "ratificación" el acto por el que se confirma un acto nulo. ¿La Corte pretende acaso hablar de la ratificación que es sinónima de la confirmación, según el art. 1,338? Aun en este caso, no tiene razón; pues si existe una diferencia en el derecho antiguo, entre la confirmación y la ratificación, desapareció en el derecho moderno; el orador del Gobierno lo ha dicho, y el texto del art. 1,338 lo prueba. En fin, ¿pretende la Corte decir que la confirmación no retrotrae? Esto es también un error que la tradición y la doctrina tienen condenado. Dumoulin decía ya que la confirmación no engendra nueva obligación, lo que es evidente, puesto que es una simple renuncia de la acción de nulidad; esta renuncia juzga el vicio que manchaba la obligación y la hacía nula; el efecto de la confirmación es, pues, dar á la obligación la apariencia de no haber sido viciada. La retroacción es, pues, parte esencial de la confirmación y es por esto por lo que el legislador creyó necesario decir que no perjudica los derechos de terceros (art. 1,338); disposición que no tendría sentido si la confirmación no retrotraía. Está, pues, muy claro, que la confirmación del pacto sucesorio retrotrae, que por consiguiente, este pacto se considera como si nunca hubiera sido nulo. Decimos con la Corte de Aix que esto es una doctrina subversiva del derecho y de la moral.

En fin, la Corte dice que nada impide que el pacto sea revalidado, después de abierta la sucesión, como nueva disposición. Es claro, pero la diferencia es grande entre

una nueva disposición y la confirmación. La confirmación es un acto unilateral (núm. 575) que es valedero por el solo consentimiento de aquel que lo confirma; mientras que la nueva disposición es una convención que exige para su validez el concurso de todas las partes interesadas. Además, la confirmación retrotrae al día en que el pacto ha sido formado, lo que es jurídica y moralmente imposible cuando se trata de un pacto ilícito; la nueva disposición no tiene efecto sino desde el día en que las partes consienten en mantener en pie los arreglos que habían hecho mal en hacer durante la vida del difunto; lo que es muy lícito.

La Corte de Gand juzgó recientemente en el mismo sentido sobre las conclusiones contrarias del Abogado General M. De Paepe. (1) Es difícil para nosotros combatir la sentencia, porque no está motivada; se limita á asentir en principio que el pacto sucesorio puede ser confirmado después de la apertura de la heredad. Esto es justamente lo que era preciso demostrar y no se prueba al afirmar solamente. La excelente requisitoria del Ministerio Público había combatido de antemano la proposición adelantada por la Corte; ella debió contestar la refutación. Las otras cortes de Bélgica no se han pronunciado en el mismo sentido. (2) Existen en favor de nuestra opinión dos juicios cuyas sentencias fueron dadas por el Tribunal de Gand. (3) Creemos que el Tribunal hizo bien y esperamos que las Cortes modificarán su jurisprudencia que está en abierta contradicción con la doctrina de las mismas Cortes sobre las obligaciones sin causa (núm. 574).

1 Gand, 14 de Diciembre de 1872 (*Bélgica judicial*, 1873, página 151 y la Requisitoria). La *Pasicrisia* no reproduce la Requisitoria.

2 Lieja, 23 de Mayo de 1844, (*Pasicrisia*, 1844, 2, 315). Bruselas, 9 de Agosto de 1854; (*ibid.*, 1854, 2, 366).

3 Véase *Bélgica judicial*, t. V, págs. 56-63.

*V. De los vicios de forma en los contratos no solemnes.*

578. La jurisprudencia francesa considera como no existentes las obligaciones que constan en actas no firmadas por uno de los obligados, y, en consecuencia, decide que esas obligaciones no pueden ser confirmadas. (1) Formulada en términos tan absolutos la doctrina es un error evidente. Los principios son muy sencillos y no pueden ser contestados. Se trata de contratos no solemnes; el escrito en que constan no sirve más que como prueba; si, pues, el escrito es nulo, todo lo que de él resulte es que no hay prueba literal. Un acto es nulo como auténtico; si no está firmado por las partes, no hay acta auténtica ni acta privada (art. 1,318), y, por consiguiente, tampoco hay prueba literal. Lo mismo sucede si un escrito privado no está firmado; un escrito no firmado no es una acta; luego no hay prueba literal; ¿quiere decir esto que no hubo convención? Decir que no hubo convención porque no hay acta es una heregía, pues es confundir el hecho jurídico de la convención con el escrito que prueba la convención misma; el acto puede ser nulo, y la convención valedera. Todo lo que resulta de la nulidad de la acta es que las partes no podrán probar la convención por una prueba literal; pero podrán allegar otras pruebas legales y como último recurso, tienen el juramento decisorio. Esto es elemental.

¿Cómo puede la jurisprudencia establecer en principio que una acta no firmada prueba que la convención no existe y, por consiguiente, que no puede ser confirmada?

Conste en primer lugar que la jurisprudencia no dice que una acta nula en la forma hace la convención irresistible, solo dice que un acta no firmada prueba que no hubo convención. Esto es todavía demasiado absoluto. Todo lo que puede decirse es que la falta de firma es alguna vez

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 262, nota 8, pfo. 337.

un indicio de la no existencia del contrato; pero el contrato puede también existir y ser perfectamente valedero aunque el acta no esté firmada. De ordinario el acta está redactada en el momento en que las partes tratan; si una de ellas rehusa firmar es que también rehusa tratar. En este caso, es cierto que no hay convención; ésta jamás ha sido formada; no se puede, pues, tratar de confirmarla. Mas si la convención no existe no es porque el acta no ha sido firmada es porque las partes rehusaron consentir; es un proyecto de convención que no surtió. Queda por aclarar si la falta de firma implica necesariamente y siempre el deseo de no tratar. Más exacto sería decir que esto es la excepción. En efecto, ¿en qué circunstancias se produce la cuestión ante los tribunales? Existen hechos de ejecución; se pretende que esos hechos son inoperantes porque la convención no existe, y para probarlo se alega el escrito no firmado. Pero si la falta de firma implicaba la voluntad de no tratar, ¿puede concebirse que haya hechos de ejecución? ¿acaso se ejecuta un proyecto de convención cuando no hay voluntad de tratar? No por cierto, la falta de firma en una acta auténtica proviene de ordinario de que las partes no saben ó no pueden firmar, en cuyo caso es claro que no se puede considerar el contrato como inexistente porque no está firmado. La falta de firma puede también provenir de que las partes han olvidado firmar y un olvido no puede testificar en contra de la existencia de la convención. Cuando las partes redactan una acta privada y no la firman no se puede decir que hubo necesariamente falta de voluntad en tratar; puede haber sido olvido ó ignorancia: el caso ha sido presentado.

Así, por sí misma la falta de firma no prueba nada contra la existencia de la convención. Necesario es saber por qué las partes no han firmado. Suponemos que sea por desidia, todo lo que resultará, es que no habrá prueba lite-

ral; pero el hecho que las partes no firmaron por olvido testimonia que la convención tuvo lugar y que el escrito irregular está destinado á hacerla constar. Nace entonces la cuestión de saber cómo se probará la convención: esto es una dificultad de hecho; en derecho no hay duda, se aplica el derecho común. Suponemos que la convención esté probada. Puede contestarse su validez y es solamente en ese caso que puede levantarse un debate sobre la confirmación. (1)

579. La cuestión de la confirmación de las convenciones que constan en actas no firmadas, levanta aún otra dificultad. ¿Puede confirmarse una acta nula en la forma? El informante del Tribunado contesta afirmativamente. Después de establecer que las convenciones nulas; es decir, nulificables, pueden solas ser confirmadas, Jaubert agrega: “Lo que acabamos de decir se relaciona no solamente á los vicios intrínsecos de las actas, pero también á los extrínsecos, aquellos que resultan de la inobservancia de las formas. Las nulidades de forma pueden cubrirse por la confirmación.” (2) Esto puede parecer dudoso; volveremos sobre ello. Por ahora trátase de las actas que no pueden ser confirmadas, porque ellas no existen. ¿No puede decirse de los escritos no firmados que no tienen ninguna existencia? Esto nos parece cierto para las actas privadas. Cosa notable, no dice el Código que las actas deben ser firmadas. Sin embargo, la doctrina admite que la firma es una condición esencial. ¿Por qué? Porque sin la firma no se concibe el acta; ésta no existe, pues, sino cuando está firmada; por tanto, una acta no firmada no existe, es un escrito no una acta. ¿Puede resultar de esto una acción de nulidad? Nó, porque no se pide la nulidad de una acta que

1 Larombière, t. IV, pág. 598, núms. 12 y 13 del art. 1,338. [Ed. B., t. III, pág. 123]. Aubry y Rau, t. IV, pág. 262, nota 8, pfo. 337.

2 Jaubert, Informe, núm. 125 (Loché, t. VI, pág. 232).

no lo es. Por tanto no puede haber confirmación para un escrito no firmado. Por otra parte la confirmación no tendría objeto. Aquel que quiere confirmar un escrito pretende confirmar la obligación que consta en dicho escrito; si no fuera así, la confirmación no tendría sentido común; ¿qué importa el valor del escrito si la obligación no lo tiene? Si se confirma la obligación, es inútil confirmar el escrito, porque la confirmación de la obligación servirá de prueba. Esto es cierto para la obligación que consta en una acta: aquel que confirma debe mencionar la substancia de la obligación, la reconoce, por tanto, y esta confesión servirá de prueba completa (art. 1,356). Si ejecuta la acta, la ejecución es la prueba la más plena de la existencia de la convención.

580. Llega el momento de estudiar la jurisprudencia acerca de la cuestión que acabamos de examinar en teoría. Ella es incierta y confusa. Comenzaremos por las decisiones que desechan las confirmaciones que constan en actas no firmadas.

La Corte de Casación ha decidido, sobre las conclusiones de Merlin, que el art. 1,338 no es relativo más que á las obligaciones contra las que la ley admite la acción de nulidad, y no á las actas nulas por falta de convención y falsamente calificadas de contratos. En la especie, tratábase de un contrato de venta mediante renta vitalicia. El acta auténtica estaba firmada por la vendedora y por uno de los adquirentes; en cuanto á la otra, la mujer, el notario declaró que no sabía firmar. Sucedió que el acta era nula como auténtica, y no podía valer como privada porque no estaba firmada por todas las partes. La Corte concluyó que "la falta de obligación de una de las partes ponía obstáculo á la perfección del contrato." Esto era confundir el contrato con la acta en que constaba. ¿Hubo aquí voluntad de no firmar? No por cierto, puesto que la mujer había

declarado no saber. No rehusó, pues, tratar. La obligación existía, pero la prueba literal de la convención faltaba. Merlin, y la Corte después de él, inducen de esto la consecuencia falsa que la convención no habiéndose formado no podía ser confirmada. Lo que trae mas confusión, lo confesamos con pena, es que Merlin retracta la opinión que tenía emitida en el caso, sobre la fe de los oradores del Tribunal, á saber que los contratos inexistentes no pueden ser confirmados. A nuestro juicio, esta proposición es tan evidente como la luz del día. Merlin que retractó la verdad, mantuvo el error que habia profesado ante la Corte, error palpable, puesto que confunde la convención con el escrito que se trazó unicamente para probarla (1).

Toullier pone el sello á esta increíble confusión; critica fuertemente la doctrina de los tribunales adoptada por Merlin y seguida por la Corte de Casación, y nada dice del error profesado por Merlin y consagrado por la Corte; critica, pues, la verdad y aprueba implícitamente el error. (2)

Veinticuatro años más tarde, la Corte de Casación dicta una sentencia tan inexacta en el fondo sobre el mismo asunto. Tratábase de una acta de partición la cual no estaba firmada por todas las partes. La Corte comienza por decir que el reparto no existe sino en virtud de una acta escrita. Esto es hacer con el reparto una acta solemne y hemos combatido en otro lugar esta opinión que está poco menos que abandonada. En seguida, la Corte dice que de hecho el pretendido reparto era un simple proyecto. ¿En qué se funda para decidir así? El acta no estaba firmada. ¿Por qué todos los copartidores no habían firmado?

1 Denegada, 27 de Agosto de 1812 (Merlin, *Repertorio*, en la palabra, *Ratificación*, núm. 1X, y Dalloz, núm. 3619).

2 Toullier, t. IV, 2, pág. 465, núm. 518. Véase adelante el número 567.

Allí estaba el nudo de la cuestión; la Corte lo rompe, pero no lo resuelve. Sin embargo, la de Apelación había hecho constar, de hecho, que aquellos de los copartidores que no habían firmado el acta habían dado su adquiescencia al reparto. La Corte de Casación no tenía en cuenta esta confirmación, porque, dice, no se confirma una partición que no existe; principio muy verdadero, pero del que la Corte hace una falsísima aplicación. Se trataba justamente de saber si el reparto era inexistente por la única razón de no estar firmada la acta. Esto es verdad cuando no hay voluntad en tratar, y aquí esta negación no quedaba establecida, al contrario, la adquiescencia probaba que las partes que no habían firmado estaban de acuerdo; y si no lo estaban, preciso era probarlo. (1)

581. La jurisprudencia de las cortes de apelación es igualmente confusa. Una sucesión es repartida entre una madre y sus hijos. La madre no firma, porque no supo. Después de su muerte el reparto fué contestado. ¿Era inexistente? ¿no podía ser confirmado? Habían existido hechos ejecutivos, lo que probaba bien que el reparto existía. A pesar de esto la Corte declaró que una obligación que no existe no puede ser confirmada. Siempre la misma confusión. ¿Realmente no había consentido la madre? En este caso, el reparto era, ciertamente, inexistente. Precisaba, pues, probar que no había consentido, y esta prueba no resultaba de la falta de la firma, puesto que la madre no sabía firmar. (2)

Igual decisión é igual confusión por parte de la Corte de Bourges. Un arrendamiento no estaba firmado por el arrendatario. Era imposible, dice la sentencia, reconocer en el acta producida, ninguna "fuerza obligatoria" pue-

1 Casación, 6 de Julio de 1836 (Dalloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 2,301).

2 Besançon, 13 de Marzo de 1827 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,495, 2°)

to que debiendo hacer constar una convención sinalagmática, no estaba firmada más que por el arrendatario y no contenía entonces la “liga de derecho” entre las partes, que hace la “esencia del contrato.” Aquí la confusión es completa. ¿Es que la “fuerza obligatoria” de las convenciones deriva del escrito en que constan? ¿Es el escrito el que forma la “liga de derecho?” ¿qué sucedería entonces con las convenciones verbales? La conclusión que la Corte saca de tan extrañas premisas contiene la misma mezcla de error y de verdad que hemos señalado en las decisiones de la Corte de Casación. “Una obligación que no existe no puede ser confirmada.” Nó, evidentemente. La Corte agrega: “Es bien evidente que del “acta” en forma de arrendamiento no “resulta” ninguna “obligación.” ¿Es que las obligaciones “resultan” de la “acta,” ó resultan de la convención? “Con el pretexto de confirmación, se crearía un título obligatorio.” ¿Es que la confirmación borra los vicios del “escrito” ó los de la “convención?” ¿Hubo contrato de arrendamiento? En este caso nada hay que confirmar, y si no hubo convención, la confirmación es imposible. Los hechos de la causa parecían demostrar la existencia de la convención; era, pues, necesario probar que no existía. (1)

Un concordato es consentido por unos acreedores, que la esposa de un fallido pagará el dividendo de 10 por ciento estipulado por la convención. La mujer no firma. ¿Había consentido? ¿Por qué no firmó? No se sabe, la decisión nada dice de ello. Sin embargo, esto era el punto esencial. La Corte dice que el contrato era un simple proyecto, no obligatorio para los hijos y no susceptible de ser confirmado. Es verdad, si no existía más que un proyecto.

1 Bourges, 24 de Febrero de 1832 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,830, 1°).

¿Pero, puede concebirse que un simple proyecto sea ejecutado por los hijos? Los hijos sostuvieron más tarde que los actos de ejecución no los ligaban, porque jamás se ejecuta una acta que no ha existido, y, por lo tanto, que no se confirma. Se ve aquí á lo que conduce la no existencia de las convenciones por falta de firma. Es una arma para la mala fé; se repudia un hecho propio para deshacerse de una convención onerosa. ¿Puede acaso haber mejor prueba de la convención que la ejecución confesada? ¿qué importa entonces que exista un acto ó nó? ¿qué importa que esté ó nó firmado? (1)

582. Hay sentencias que consagran la distinción entre la convención y el acta en que consta. El contrato, dice la Corte de Grenoble, consiste en el consentimiento recíproco dado por las partes; el acta que ellas redactan no es sino la prueba del contrato. Cuando, pues, el acta es nula por falta de la firma de las partes, aquel que pretendiese que la convención existe, es admitido á probarlo. ¿Puede en este caso, invocar los actos de ejecución para probar la existencia de la convención? La afirmativa es clara; la ejecución sigue siendo la prueba más evidente de la convención. ¿Acaso se ejecuta la nada? La ejecución se invoca aquí, no como confirmación pero sí como prueba de la existencia del contrato. Cuando la ejecución es confesada, todo queda decidido. Cuando no lo es, es preciso probarla, ¿cómo? conforme al derecho común. En el caso sentenciado por la Corte de Grenoble, fué decidido que la prueba testimonial y las prevenciones no eran de admitirse, porque no había principio de prueba escrita. (2) Expondremos los principios en el capítulo "De las Pruebas."

1 Tolosa, 18 de Enero de 1828 (Daloz, en la palabra *Oposición de tercero*, núm. 30).

2 Grenoble, 15 de Noviembre de 1834, (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2832, 2º).

Una sentencia de la Corte de Douai, distingue claramente el "acta" y la convención. Decide como nosotros, que la nulidad del acta resultando de la falta de firma, no se cubre con la confirmación, porque la firma es en las actas privadas, una condición indispensable de "existencia;" la Corte concluye de esto, que no hay más que un sólo medio de dar fuerza y vida á una acta viciada de nulidad substancial, y es que las partes hagan una nueva. Pero, agrega la decisión, las convenciones y particularmente la venta, son independientes de las actas en que constan. La venta es perfecta cuando existe buen acuerdo en la cosa y su precio (art. 1,583) y ella es perfecta, aunque no exista ninguna acta, y, por consiguiente, también cuando el acta es nula. Queda la dificultad de la prueba. En el caso, la prueba testimonial, es admisible y la Corte acepta, en consecuencia, que la parte interesada presente prueba de la venta por medio de testigos. (1)

583. Hay decisiones que admiten la confirmación: son tan mal redactadas como las que las deniegan. La Corte de Amiens, comienza por decir: que el "contrato" sinalagmático no llega á su "perfección" sino por la "firma" de todas las partes contratantes, lo que es seguramente erróneo en esta fórmula absoluta: la Corte de Douai dice también, que la venta se perfecciona por el consentimiento y no por la firma del acta; el art. 1,583 está expreso y esto es elemental. En seguida la Corte admite la confirmación, porque aquella de las partes que no había "firmado," "consintió" posteriormente. Si no hubiese consentido desde luego, y si no lo hubiese hecho posteriormente, no se podría tratar de confirmar un contrato que jamás hubiera existido; era preciso decir que el contrato se formó solamente por el concurso de las voluntades, en el momento en que

1 Douai, 7 de Enero de 1836 (Daloz, en la palabra *Venta*, número 61, 2°).

dió su consentimiento aquella de las partes que aun no lo había dado. (1)

Un suegro conviene asociar á su yerno á su comercio y á su fábrica en cuarta parte. Acta privada se forma de esta convención, pero no la firma el yerno; sin embargo, éste ejecuta el contrato, abandona el lugar en que vivía, vende sus muebles y aún sus mercancías y traspasa su almacén, y se pone á la cabeza de la fábrica y la dirige; en una palabra, obra como socio. La sociedad dura así dos años. Entonces el suegro anuncia á su yerno, cuya esposa había muerto, que considera su firma como no puesta y que rehusa ejecutar las estipulaciones contenidas en la acta no subscripta por su yerno, la falta de firma de este dejando el acta imperfecta y en los términos de un simple proyecto.

La Corte de Lieja decidió que los hechos que acabamos de relatar, tenían la misma fuerza que una aceptación expresa, y debían ser considerados como el equivalente de la firma; que el yerno había hecho más que firmar la convención, puesto que la había ejecutado en todos los puntos; la Corte concluyó que el acta no era un proyecto, pero sí un contrato de sociedad perfecto, que el defecto de aquella formalidad extrínseca no podía operar la nulidad. (2)

La decisión confunde siempre el acta y la convención. Preciso era al contrario, distinguir; el acta era seguramente nula, aun más, existente; pero la convención quedaba probada por la ejecución que de ella se había hecho; la Corte debería haber admitido que el socio que no había firmado el acta provocaba la existencia de la convención. En último lugar, nada había que confirmar: el acta inexisten-

1 Amiens, 24 prairial, año XIII (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,496, 1°).

2 Lieja, 22 de Abril de 1812 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,496, 2°).

te no era susceptible de confirmación, y la convención no necesitaba ser confirmada. Solo se trataba de una cuestión de prueba.

Hay una sentencia análoga procedente de la Corte de Pau. Una acta de cambio no estaba firmada; el escribano no había declarado que las partes no sabían hacerlo. La falta de firma era, pues, una negación de tratar ó un olvido. No era falta de voluntad en tratar, pues el cambio había sido ejecutado, los bienes cambiados habían sido vendidos hacía ya diez años cuando uno de los cambistas los reivindicó, sosteniendo que no había habido cambio. En este caso, aun no había lugar á la confirmación; la acta era evidentemente nula é inexistente. Pero la ejecución probaba la existencia de la convención, siempre que se probaran los hechos de ejecución.

La Corte decidió, que la convención quedaba establecida por presunciones; es decir, por las circunstancias de la causa, apoyadas por un principio de prueba escrita. (1)

La Corte de Casación ha decidido varias veces que la ejecución dada á una acta irregular, impide oponer toda especie de nulidad por vicio de forma. (2) En un caso, el demandante en nulidad había firmado dos originales del acta; no había firmado el tercero, lo que no podía ser más que por olvido, á no ser que fuese por cálculo; pero la ejecución probaba lo contrario. Luego debía desecharse el acta: no importa que el acta sea nula, cuando la convención es cierta. Suponemos naturalmente que ésta se ha probado. No se trata aquí de una cuestión de confirmación, mas sí de un asunto de prueba.

584. Las decisiones de la Corte de Casación, levantan nuevas dificultades. Aplica á la falta de firma lo que el

1 Pau, 17 de Diciembre de 1821 (Daloz, núm. 1,496, 5°).

2 Denegada, 10 de diciembre de 1820 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,496, 3.º) y 2 de Noviembre de 1825 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 355).

art. 1,325 dice de la falta de mención en las actas en que consta que las convenciones sinalagmáticas han sido hechas por originales dobles ó triples; esta falta de mención, dice la ley, no puede ser opuesta por aquel que haya ejecutado la convención estipulada en el acta. Se considera la ejecución como una confirmación de la acta irregular y nula en la forma. La disposición del art. 1,325, así interpretada, no tiene aplicación á la falta de firma. Sin firma no hay acta, y lo que no existe no puede confirmarse. Según nuestro modo de ver no se trata aquí de una cuestión de confirmación: no hay acta, luego no hay prueba literal. Hay hechos de ejecución; se trata de probarlos para inducir de ellos la existencia de la convención. La prueba puede ser difícil, pero la dificultad es de hecho, no es de derecho.

Las cuestiones de prueba son tan difíciles, que se nos permitirá insistir en ellas un momento. Decimos con la Corte de Douai, que la nulidad del acta, resultando de la falta de firma, no puede cubrirse con una confirmación. Se cita como habiendo admitido la confirmación de un acta nula en la forma, una decisión de la Corte de Bastia. (1) En el caso, el contrato había sido confesado. ¿Qué importaba entonces la nulidad ó la inexistencia del acta? No había prueba literal, pero la confesión la suplía. La decisión decide que la nulidad de forma, se cubre con la confirmación. ¿Pero de qué nulidad se trata en el caso? El acta era auténtica, y como tal, nula, porque el escribano era pariente de una de las partes. Este caso es muy diferente al de los de falta de firma. Así el acta era simplemente nulo; es decir, nulificable. Trátase de saber si las nulidades de forma se cubren por la confirmación, así como las nulidades de fondo. Jaubert lo dice (núm. 578), y los auto-

1 Bastia, 3 de Junio de 1840 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, número 4,494).

res lo enseñan. (1) Volveremos á ocuparnos de este asunto, al ocuparnos del art. 1,325. En la opinión general, cuando el acta es nula, así como la convención, hay lugar á una doble confirmación. Esto puede dar lugar á nuevas dificultades. Toullier dice, que puede confirmarse el acta sin confirmar la convención, mientras que la confirmación de la convención implica necesariamente la confirmación del acta que la contiene. (2) Preferimos mantener la distinción entre el escrito y la convención. La ejecución de la convención es una confirmación tácita (art. 1,338); pero esta confirmación es extraña á la prueba literal. Puedo confirmar la convención sin confirmar todo lo que se dijo en una acta nula. Podiera mejor decirse que la confirmación del escrito implica la confirmación de la convención. Pues, ¿para qué revalidar el acta si no se pretendía revalidar á la vez el contrato? ¿De qué serviría la prueba de un contrato, si este último era nulo?

#### *VI. De los vicios de forma en los contratos solemnes.*

585. El art. 1,340 dice: "El dador no puede cubrir por ninguna acta confirmativa, los vicios de una donación entre vivos; nula en la forma, es preciso que se la vuelva á hacer en forma legal." El art. 1,341 permite á los herederos del dador confirmar la donación que el dador no puede confirmar. Esas dos disposiciones dan lugar á dificultades inextricables. El art. 1,339 aparenta consagrar la doctrina de las actas no existentes; en los contratos solemnes, la forma es requerida para la existencia de la convención; de manera que, una donación nula en la forma, es inexistente, y lo que no existe no puede ser confirmado. Pero el art. 1,340 contraria esta explicación permitiendo

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 264, nota 13, pfo. 337.

2 Toullier, t. IV, 2, pág. 448, núm. 492, seguido por Larombière, t. IV, pág. 598, núms. 10 y 11 del art. 1,338 (Ed. B., t. III, pág. 122)

á los herederos confirmar la donación. Si el acta es inexistente con relación al donante, ¿cómo puede ser existente para los herederos? ¿Es que los derechos de los herederos no son en todo igual á los de su autor? ¿Herederos como tales, pueden tener un derecho que su autor no tenía? Hé aquí las dudas que levantan los arts. 1,339 y 1,340, en la doctrina de la inexistencia de las actas solemnes nulas en la forma.

La dificultad y la incertidumbre, aumenta cuando se recurre á los trabajos preparatorios. Hé aquí cómo Bigot-Prémameneu explica el art. 1,339 en la Exposición de los motivos: "existen en ciertas actas vicios que no pueden ser cubiertos por la confirmación: estos son los vicios de forma que en una acta de donación arrastran la nulidad en los términos de la ley. Estos vicios no existirían menos si el acta fuese confirmada." Esta es una explicación que no explica nada. Preguntamos por qué los vicios de forma son irreparables en ciertas actas, y el orador del Gobierno se limita á contestar que son irreparables. Y agrega: "esas formas han sido introducidas por interés de terceros; no pueden ser suplidas." Esto no es exacto. ¿Es por interés de terceros por lo que la ley prescribió las formas solemnes para la validez ó la existencia de las donaciones? Pothier nos da la razón de ello; el legislador ha dificultado las donaciones porque ellas hacen salir los bienes de la familia. La ley quiso además asegurar la libertad del donante, las actas á título gratuito cuando siendo más expuestas á la sugestión y á la captación que las actas á título oneroso. Tales son los verdaderos motivos por los que la ley ha hecho de la donación un contrato solemne; implican que las formas son substancias del acta, de donde la consecuencia que la donación nula en la forma no existe y, por consiguiente, no puede ser confirmada. La explicación dada por el orador del Gobierno es enteramente extraña á este orden de ideas.

Jaubert expuso con gran claridad la teoría de las actas inexistentes, pero no cita jamás como ejemplo el caso de un contrato solemne, nulo en la forma. Y, abordando los arts. 1,339 y 1,340, no sabe como explicarlos, á juzgar por su lenguaje confuso y titubeante. El informante del Tribunalado comienza por asentar su principio que las nulidades se cubren por la confirmación. Pero, dice, la ley ha debido aceptar á las donaciones nulas en la forma. ¿Porqué? “Es la importancia del acta de donación, es la naturaleza de la transmisión de la propiedad, hecho á título gratuito, que han debido inclinar al legislador á no contentarse en semejante caso, con una simple ratificación.” La importancia de una donación de un bien raíz, no es mayor que la de una venta. ¿Por qué la donación necesita un contrato solemne, mientras que la venta no lo necesita? Lo que dice Jaubert, no contesta la pregunta, y en todo caso, su explicación es enteramente extraña á la teoría de las actas inexistentes. El informante del Tribunalado aparenta acercarse á esa teoría al decir que “la voluntad no es suficiente en una donación, es preciso que sea manifestada por signos exteriores y públicos.” La solemnidad se liga, en efecto, al consentimiento; la voluntad de dar, debe ser expresada con ciertas formas, sin las que es como si no existiera, y, por consiguiente, el contrato es inexistente. ¿Será así como lo entiende Jaubert? Dudamos de ello, por que agrega. “Esos signos exteriores y públicos, al consumir la expropiación del donante, advierten la transmisión á todos aquellos que pudieren tener interés que arreglar con él.” Esto se relaciona con el interés de los terceros que Bigot-Prémeneu invoca para justificar la disposición de lart. 1,339; mala justificación, pues en el interés de terceros no se halla más acción en las donaciones que en las ventas. (1)

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos, núm. 206 (Loaré, tomo VI, pág. 184). Jaubert, 2° Informe, núm. 25 (Loaré, t. VI, página 232).

586. Los autores están divididos. Algunos explican el art. 1,339 como lo hemos hecho. La donación nula en la forma es inexistente, y no se puede confirmar lo que no existe. (1) Es la única explicación lógica; pero ¿es la de los autores del Código? Es seguro que el orador del Gobierno é informante del Tribunado no la da. ¿Debe concluirse de ello, que nuestra teoría de la inexistencia de las actas es falsa ó que á lo menos no se aplica á las formas de los contratos solemnes? Esta suposición no nos servirá de nada. Preguntémos á los autores que admiten la confirmación de las actas inexistentes como de las actas nulas, porqué el artículo 1,339 no permite confirmar una donación nula en la forma. ¿Qué contestan? “Hé aquí la razón, dice Toullier: Las donaciones están sometidas, bajo pena de nulidad, á ciertas formas extrínsecas, que no son exigidas para los demás contratos. Si esas formas no están observadas, no se puede reparar el vicio por un simple acto confirmativo.” (2) Esto es decir, que la nulidad es irreparable. Si hay una explicación que nada explique, puede decirse que esta es.

Tanto da no dar razón alguna, como lo hacen los editores de Zachariæ. Admiten la teoría de la no existencia de las actas; enseñan como nosotros, que lo que no existe no puede ser confirmado. Si la donación es inexistente, se comprende que la confirmación sea imposible. Pero Aubry y Rau, no consideran como inexistente la donación nula en la forma; la declaran simplemente nula; por tanto, el legislador hubiera debido permitir su confirmación. No lo permite, es una excepción al derecho común. ¿Cuál es la razón de esta excepción? No se da; el art. 1,339 sería, pues, una anomalía inexplicable.

1 Marcadé, t. V, pág. 102 (núm. 1 del art. 1339). Larombière, tomo IV, pág. 662, núm. 1 del art. 1,339 (Ed. B., t. III, pág. 146).

2 Toullier, t. IV, 2, pág. 471, núm. 526.

Creemos que es preciso atenerse á los términos de la ley: diciendo que el donante no puede reparar los vicios de la donación por ninguna acta afirmativa, y agregando que debe volverla á hacer en la forma legal, la ley dice enérgicamente que la donación no existe. ¿Qué importa que los oradores del Gobierno y del Tribunado, no den esta razón? Sus discursos no hacen ley; dan malas razones, preciso es dejarlas y buscar otras; todas las que acabamos de exponer, son insignificantes, sólo una existe que está en armonía con el texto. No se puede confirmar más que lo que existe, aún cuando esté viciado; así, pues, cuando la ley declara que la donación nula en la forma no puede ser confirmada, es preciso concluir que no existe.

587. La aplicación del art. 1,339 da lugar á algunas dificultades que se deciden fácilmente cuando se parte del principio que hemos sentado. ¿Se aplica dicho artículo á donaciones que no son contratos solemnes? La negativa es tan evidente que casi no vale la pena de motivarla. ¿Puede existir una donación nula en la forma, cuando no hay forma? Para que haya lugar á la nulidad, es preciso naturalmente que existan las formas prescriptas so pena de nulidad. ¿Cuáles son las formas en materia de donación? Hemos examinado en otro lugar cuáles son las formas cuya observación es necesaria para la existencia de la donación; cuales son las que la inobservación arrastra simplemente la nulidad de la acta. (1) Fué decidido que el art. 1,339 no es aplicable á las formas prescriptas por la ley de ventoso. (2) El error nos parece tan cierto, que creemos inútil combatir la sentencia. ¿Qué es lo que constituye la solemnidad de la donación? Es que el acta debe hacerse ante notario (art. 931). Es la intervención del notario con la

1 Véase el tomo XII de estos *Principios*, pág. 315, núm. 217 y siguientes.

2 Grenoble, 21 de Diciembre de 1827 (Dalloz, núm. 4,581).

observación de todas las formas que él debe observar, lo garantiza la libertad del donante; cuando, pues, esas formas no han sido llenadas, el donante no ha gozado de la protección que la ley quiso asegurarle, y debe concluirse que su consentimiento no ha sido libre; por tanto, no hay consentimiento ni donación, lo que hace la confirmación imposible. (1)

Resulta, además, del texto del art. 1,339 que la confirmación no puede tener lugar porque la donación es nula en la forma. Si, pues, es nula por cualquiera otra causa, la donación podrá ser confirmada. Esto no tiene ningún género de duda; cualquiera que sea la aplicación que se dé al artículo 1,339, la disposición es excepcional, partiendo de estricta interpretación; desde el momento en que no se está en los términos de la excepción, se entra en la regla, lo que es decisivo. (2) Se pregunta cuál es la razón de la diferencia que la ley hace entre el vicio de forma y el vicio de fondo. Con nuestra opinión, se explica. Solo la forma se liga al consentimiento; es porque el consentimiento no está expresado en la forma que la ley prescribe por lo que ella concluye que el consentimiento no existe y, por consiguiente, que no hay donación; lo que hace la confirmación imposible. Las otras condiciones requeridas para la validez de la donación son extrañas al consentimiento; entonces la donación es simplemente nula, y susceptible de confirmación.

588. El art. 1,339 dice que el donante no puede confirmar la donación nula en la forma por ninguna "acta confirmativa." Estos términos suponen que se trata de una confirmación expresa. ¿Es decir que prohibiendo la confirmación expresa, el Código permite la confirmación tácita por la ejecución voluntaria de la donación? Toullier lo di-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 264, nota 10, pfo. 337,

2 Duranton, t. XIII, pág. 309, núm. 294 y todos los autores.

ce, pero su opinión ha quedado aislada. (1) No puede darse ninguna importancia á la expresión "acto confirmativo," porque el lenguaje del Código en esta materia, es muy incorrecto; el art. 1,338 confunde el "acto confirmativo" con la "confirmación," y el art. 1,339 continúa esta confusión. Es verdad que el art. 1,339 es excepcional en la opinión general y pudiera inducirse que es menester limitar su aplicación á los términos de la ley. Sería, á nuestro modo de ver, una falsa aplicación del principio que prohíbe extender las excepciones. La excepción porta sobre la confirmación, y la confirmación es un hecho idéntico, sea expresa ó tácita. En nuestra opinión, no existe la objeción; el artículo 1,339 es una consecuencia del principio de no poderse confirmar lo que no existe; y la confirmación tácita de una acta no existente se concibe tan poco como la expresa.

Existe una sentencia contraria de la Corte de Grenoble que ya hemos relatado. (2) Es una decisión de equidad; la donación fué hecha por contrato de matrimonio; el favor acordado á las convenciones matrimoniales prevaleció, en el espíritu de los magistrados, sobre el rigor de los principios. Los autores no tienen la misma excusa que los jueces pueden invocar; su deber, al contrario, es mantener la ley en todo su rigor, porque el respeto á la ley es la base de la ciencia del derecho.

589. El art. 1,339 dice que la nulidad de la donación es irreparable cuando está viciada en la forma; solo hay un medio de validarla; debe volverse á hacer en la forma legal. ¿No es esto decir que la donación es inexistente? Es preciso que se la vuelva á hacer, dice la ley, en la forma legal; es decir, es preciso un nuevo contrato que no sur-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 264. nota 11, pfo. 337 y los autores que allí se citan. Compárese una decisión de Denegada, 21 de Mayo de 1832 (Daloz, núm. 4,580).

2 Grenoble; 21 de Diciembre de 1827 (Daloz, núm. 1,580).

tirá sus efectos más que en el día en que recibirá su perfección. La confirmación directa siendo imposible, preciso es concluir que no puede haber confirmación indirecta. Se enseña, sin embargo, que una donación nula en la forma, sería eficazmente confirmada por una novación que la transformaría en un nuevo contrato. (1) En nuestra opinión, la novación es tan imposible como la confirmación, y por iguales razones. La novación como la confirmación, suponen una obligación preexistente á la que el acreedor renuncia; y la donación nula en la forma, es inexistente. Si se podía renovar; ¿por qué no pudiera ser confirmada?

590. Se pregunta si una donación nula en la forma puede ser confirmada por la tradición de la cosa. Así presentada, la cuestión debe resolverse negativamente. Sería confirmar la donación ejecutándola; y el art. 1,339 dice que la nulidad no puede ser compensada por ningún acto confirmativo; lo que envuelve, como lo dijimos, á la ejecución voluntaria. Pero la tradición de la cosa dada puede valer como nueva donación, si tal es la intención de las partes contratantes, porque las dádivas manuales son válidas. Esto será entonces un nuevo contrato, una nueva liberalidad que no surtirá efecto sino desde el día en que habrá recibido su perfección; mientras que la confirmación, si fuera admitida, retrotraería. (2)

591. Una última dificultad se presenta en esta difícil materia. ¿El art. 1,339 es aplicable á los demás contratos solemnes? La cuestión es controvertida. Si se admite la explicación que hemos dado del art. 1,339, precisa contestar afirmativamente. Es porque la donación es inexistente,

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 264, nota 12, pfo. 337 y las autoridades que en ella se citan.

2 Larombière, t. IV, pág. 663, núms. 5 y 6 del art. 1,339 (Ed. B., t. III, pág. 148. Durantou t. XIII, pág. 308, núm. 293. Compárese el tomo XII de estos *Principios*, pág. 392, núm. 277.

por lo que no puede ser confirmada; el art. 1,339 es, pues, la aplicación de un principio general; y el mismo principio debe aplicarse á todos los contratos solemnes, puesto que la solemnidad está prescripta para la existencia de esos contratos. Pero este principio es controvertido. En la opinión que admite que el art. 1,339 es una excepción á los principios generales, no es necesario decir que esta disposición no puede ser extendida á los demás contratos. Volverémos sobre la dificultad, y es bien grande, en los títulos "Del Contrato de Matrimonio" y "De las Hipotecas," en donde está el sitio de esta materia.

592. El art. 1,340, permite á los herederos del donante, confirmar una donación nula en la forma; así está concebido: "La confirmación ó ratificación ó ejecución voluntaria de una donación por los herederos del donante, después de su muerte, les hace perder la acción de nulidad, ya sea por vicio de forma, ya por toda otra excepción," Esta disposición es aun más difícil de explicar, que la del artículo 1,339. Hemos dicho en otro lugar, y tal es la jurisprudencia, que la donación nula en la forma, cambia de carácter después de la muerte del donante. El texto conduce á esta interpretación, y así interpretado, viene en apoyo de la explicación que hemos dado del art. 1,339. Si los herederos pueden confirmar la donación nula en la forma, es de suponerse que la donación existe, que es simplemente nula ó nulificable, porque no se confirma lo que no existe; esto es en la materia, un axioma que la jurisprudencia francesa ha consagrado por numerosas decisiones. En contra, el donante no puede confirmar la donación por medio de ninguna acta, lo que implica que con respecto á él, la donación nula en la forma sea inexistente. La donación, pues, de inexistente durante la vida del donante, se vuelve un contrato nulo después de su muerte. Esto es decir que los herederos pueden demandar su nulidad si no quieren man-

tener la liberalidad del donante; basta que no obren y guarden silencio durante diez años, para que la donación sea tácitamente confirmada. Se ha preguntado si los herederos podían también obrar en nulidad, en el caso en que el donante hubiere ejecutado la donación. En nuestra opinión, la solución no es dudosa. Con respecto al donante, la donación es inexistente y queda inexistente, á pesar de todas las confirmaciones. Luego no se puede oponer la confirmación, ni, por consiguiente, la ejecución á los herederos del donante. (1) A su muerte, á pesar de su confirmación la donación es siempre inexistente; en aquel momento, se transforma en una acta nulificable.

593. Los herederos pueden también confirmar, sea de un modo expreso por un acto confirmativo, sea por la ejecución voluntaria de la donación. Aquí entramos en un dedalo de dudas. ¿Por qué los herederos pueden confirmar, cuando el donante no lo puede? Si se admite la interpretación que hemos dado del art. 1,339, el art. 1,340 es una derogación al artículo precedente, es una anomalía. ¿Por qué el donante no puede confirmar la donación nula en la forma? Porque es una acta inexistente y que no se puede confirmar lo que no existe. Si el acta no existe con relación al donante, ¿cómo puede existir con relación á los herederos? ¿La nada puede dejar de ser la nada? ¿Cómo una acta inexistente puede transformarse en una acta existente por la muerte de aquel que la hizo? La donación en principio, queda ciertamente lo que era, una acta inexistente; el art. 1,339, dice que no puede confirmarse, porque es inexistente, mientras que el art. 1,340 dice que puede confirmarse. Hé aquí la anomalía.

¿Se dirá que nuestra interpretación es falsa, que la donación nula en la forma no es una acta inexistente? Sea; es,

1 La jurisprudencia está por esta manera de ver, (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,586.

pues, una acta nula, nulificable. La dificultad para explicar los dos artículos, es la misma, y la anomalía subsiste. Si los herederos pueden confirmar, porque el acta es simplemente nulificable, ¿por qué el donante no lo puede hacer? Y si el donante no lo puede, ¿se concibe que los herederos tengan un derecho que no pertenece á su autor? Todo lo que se dice en la opinión contraria, para explicar y justificar el art. 1,339, se aplica al art. 1,340; los motivos para decidir siendo los mismos, ¿cómo se hace que difiera la decisión? ¡Hé aquí de nuevo la anomalía!

Puede verse en Mercadé, las diversas explicaciones que han sido dadas del art. 1,340; las combate á todas, esto es fácil, y es inútil de volver á emprenderla. (1) ¿Pero la explicación que da Mercadé, es acaso mejor? Con relación á los herederos, dice, la donación nula en la forma, constituye una obligación natural, y esta obligación natural puede ser confirmada. Preguntamos desde luego, si puede confirmarse lo que no existe. Y la obligación natural, ¿existe acaso en vista de la ley antes de ser pagada; es decir, extinguida? Hemos de antemano contestado la pregunta (número 569). Pero supongamos que la obligación natural pueda confirmarse, preguntamos ¿cómo los herederos pueden estar ligados á una obligación que no ligaba al difunto? ¡Otra vez una anomalía! Y si la obligación es natural con relación á los herederos, ¿no lo es también, y con más razón, con relación al difunto?

Creemos inútil insistir. La explicación de Mercadé nada probó en su favor. Solo existe una que da razón de la anomalía consagrada por el art. 1,340; no decimos que le vante la contradicción. ¿Por qué el legislador hizo de la donación un contrato solemne? ¿Por qué multiplicó las formalidades requeridas para la existencia del contrato? Pothier contesta que se quiso limitar las donaciones, porque

1 Mercadé, t. V, pág. 102, núms. 1, y 2 del art. 1,340.

ellas hacen salir los bienes de la familia para dárselos á familias extrañas, lo que es contrario al espíritu tradicional del derecho francés. Es, pues, en el interés de los herederos, que la ley declara inexistente, la donación nula en la forma; pues bien, cada cual puede renunciar á lo que se estableció en su provecho; se concibe, pues, que los herederos ejecuten la donación que su autor quiso hacer; renuncian á un derecho que se introducía á favor suyo. La explicación es práctica, no es jurídica. Según el rigor de los principios, debería decirse que la donación nula en la forma, es inexistente con relación á los herederos como para el donante, y no se confirma lo que no existe. Pero los autores del Código, no han tenido gran cuidado del rigor de los principios; se inspiraron más en el interés y necesidades de la vida real. Bajo este punto de vista, la explicación que acabamos de dar puede ser admitida.

594. ¿Cómo se practica la confirmación? Ha sido decidido que se debe aplicar á la confirmación de los herederos lo que el art. 1,338 dice de la confirmación en general; es decir, que el derecho común recibe su aplicación; esto no era dudoso. (1) La confirmación no cambia de naturaleza cuando es hecha por herederos del donante; solo existe una confirmación, regida necesariamente por los principios; los expondremos más adelante.

595. El art. 1,340 dice que la confirmación por los herederos, se lleva su renunciación para oponer, ya sea "vicios de forma, ya sea toda otra excepción." Es decir, que toda nulidad se cubre con la confirmación de los herederos. Inútil era decirlo para las nulidades que no proceden de un vicio de forma, pues esas nulidades no son substan-

1 Casacion, 12 de Junio de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4539, 3°). Tolosa, 1° de Febrero de 1868 (Daloz, 1868, 1° 120).

ciales, en el sentido que no hacen la donación inexistente; y entonces el vicio no puede ser borrado por la confirmación. El donante mismo, como lo hemos dicho, (núm. 587) puede confirmar una donación nula por toda otra causa que un vicio de forma. Con mucha más razón los herederos pueden confirmar lo que es nulo. Es de derecho común. (1)

En los términos generales del art. 1,340 "*cualquiera otra excepción*" ha dado lugar á una ligera dificultad llevándolo muchas veces á la Corte de Casación. Los herederos ejecutan una liberalidad hecha por el difunto; ¿renuncian por esto á la acción en reducción? No hay duda de común entre la acción en reducción y la acción en nulidad; una supone que la donación es válida, aunque no se pueda confirmar, mientras que la otra tiende á hacer nula la donación por un vicio cualquiera. Se puede, es verdad, renunciar á la acción en reducción; pero esto no es una confirmación. Por el contrario, confirmar una donación nula, no es renunciar el derecho de pedimento de reducción, el derecho de tratar en reducción, es esencialmente distinto del derecho de tratar en nulidad. La jurisprudencia está en este sentido. (2)

596. ¿El art. 1,340 se aplica á los otros contratos solemnes? En la opinión que nosotros hemos admitido, la negativa es cierta. El art. 1,340 deroga á un principio fundamental en materia de confirmación, permitiendo confirmar un acto que no existe. Esencialmente excepcional, esta disposición no puede ser extendida por vía de analogía; sin embargo, la jurisprudencia decide que los convenios

1 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 18 de Mayo de 1866 (*Pasicristia*, 1866, 1, 190).

2 Casación, 5 de Junio de 1821 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 202, 1°) y 12 de Junio de 1839 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,589, 1.º y 3.º) Compárense las sentencias de Paris y Nancy, *ibid*, núms. 2 y 3.

matrimoniales nulos en la forma, puedan ser confirmados por los herederos de los esposos. (1)

Volveremos sobre este punto que presenta dificultades especiales. La jurisprudencia supone que el contrato de matrimonio es nulo, pero que existe ante la ley. No podríamos decir de este contrato lo que dijimos respecto á la donación que, nulo en la forma, es por esto inexistente. Aquí está la verdadera dificultad, la que aplazamos al examen, al título que es el sitio de la materia.

597. ¿Quién puede confirmar? "*Los herederos, ó interesados,*" dice la ley; pues no solamente los herederos legítimos, sino también los sucesores universales. Si nos limitamos á la explicación que dimos, se debería limitar la excepción á los herederos legítimos; ellos solos constituyen la familia y es en el interés de ella, que el legislador á derogado los principios, permitiendo que los herederos confirmen. Pero el texto no deja alguna duda; y aún se aplica á los interesados, extendiéndose la excepción hasta el caso en que no tengan razón de ser. Nueva anomalía. Es preciso dejar estos principios á un lado; pues que se trata de una disposición contraria á los principios. Colocándose en el punto de vista practicable, se comprende que el legislador haya permitido á toda persona interesada, confirmar la donación; y lo prohíbe al donador porque teme se despoje á los herederos. Después de su muerte, este temor no existe; no haciendo motivo de impedir que cualquiera confirme la donación. La ley habla de los interesados en general, tanto de los sucesores á título particular como de los sucesores universales. Hay un edicto de la Corte de Casación en este sentido, lo que hace que la cuestión no sea dudosa. (2)

1 Denegada, Sala de lo Civil, 26 de Abril de 1869 (Daloz, 1869, 1, 246).

2 Denegada, 21 de Marzo de 1826 (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1,422).

598. ¿Cuándo los herederos pueden confirmar? Pueden hacerlo, viviendo el donante? El texto responde: después de la muerte del donante. No creemos que la cuestión tenga que discutirse, ¿son los herederos que confirman? ¿y hay herederos en vida del donante? Si confirmaban antes de su muerte, harían un pacto sobre una sucesión futura, dice Bigot-Préameneu; luego su confirmación sería nula, mejor dicho, inexistente. Sería confirmar un acto inexistente por otro inexistente también. (1)

*Núm. 3. De las obligaciones nulas.*

599. En principio, toda nulidad puede ser cubierta por la confirmación. Esto resulta de los términos generales del art. 1,338: "El acto de confirmación de una obligación, *contra la cual la ley admite la acción en nulidad.*" Pues, desde el momento que hay acción de nulidad, hay lugar á una confirmación. ¿Es preciso concluir que las nulidades de orden público, se cubren también por la confirmación? La cuestión es controvertida. Hay un punto con el cual todo el mundo está de acuerdo. Cuando la nulidad es perpétua, por esto mismo es irreparable. La razón es simple y evidente: el vicio subsistiendo siempre, la confirmación sería viciada tanto como la convención que se trata de confirmar; es decir, que toda confirmación es imposible. (2) Tal era el vicio de usura. El agio ya no existe, y hay sin embargo, cláusulas que tienen un carácter usurario y que la ley declara nulas. Tal es la cláusula prevista por el art. 2,088. Cuando un inmueble es dado en antichresis, el acreedor no se convierte en propietario, por el solo defecto de pago en el término convenido. Toda cláusula con-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 207 (Loché, tomo VI, pág. 184). Denegada, 12 de Noviembre de 1827 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4588).

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 263 y siguientes, pfo. 337.

traria es nula. ¿Esta nulidad puede ser cubierta? Es perpétua por su naturaleza, el vicio subsiste en el momento en que la confirmación interviene y él anula la confirmación: es un vicio irreparable. Querer repararlo, es violar la ley, y ésta violación arrastra la nulidad del acto.

El mismo principio se aplica á nulidades más importantes. Hemos dicho en otro lugar, que las substituciones no pueden ser confirmadas; la Corte de Casación invoca el principio de que la nulidad es de orden público. (1) Es preciso añadir que la nulidad es perpétua, si por la confirmación se pretende mantener la substitución; la confirmación misma sería viciada y nula por consecuencia. Es natural que los herederos sean libres de mantener la liberalidad hecha al instituido; pero sería necesario para esto, una nueva convención; y no sería una confirmación propiamente dicha, pues esto no se concibe en materia de substitución, puesto que no puede hacerse desaparecer el vicio que mancha el acto.

Una donación es hecha á una fábrica, ésta no está autorizada á aceptarla. ¿El acto puede ser confirmado? nó, porque la confirmación reemplazaría la autorización del Gobierno, lo que es absurdo é imposible. Los establecimientos de utilidad pública, aun teniendo una existencia legal, no son capaces de recibir á título gratuito, y no se vuelven capaces sino por la autorización que les es dada para aceptar la liberalidad. Si no son autorizados, se les debe asimilar á un "no sér;" su incapacidad es, pues, radical; subsiste cuando la confirmación la vicia. (2)

Con mayor razón, una liberalidad hecha á una corporación religiosa, no pueda ser confirmada. Pues estas cor-

1 Denegada, 2 de Mayo de 1858 (Daloz, 1858, 1, 308) y 24 de Abril de 1860 (Daloz, 1860, 1, 211), compárese el tomo XIV de estos *Principios*, pág. 682, núm. 520.

2 Casación, 24 de Julio de 1854 (Daloz, 1854, 1, 307).

poraciones no tienen ninguna existencia legal; de ellas se puede decir, con toda la fuerza del término, que son un "no sér;" pues bien, la nada queda siempre la nada, y como tal, incapaz de recibir. Los donantes tienen cuidado de ocultarse detrás de una persona interpuesta, lo que no impide que la donación sea nula; hay un vicio además, el fraude. Ha sucedido que el legatario nominal haya abandonado una parte de su presa para salvar el resto transando con los herederos estafados. Esta transacción, así como una confirmación no haría válida la obra de espoliación: la nada tampoco puede transigir ni confirmar. Además, la nada es quien figura en la transacción, como en todos los actos fraudulentos que transmiten las herencias de las familias á corporaciones, cuya existencia no está reconocida. Todo, pues, es nulo, y de una nulidad irreparable. Liberalidad, confirmación y transacción. (1)

600. ¿Qué habrá que decir de las nulidades de orden público que no son perpétuas? Se enseña que pueden cubrirse por la confirmación. Los editores de Zachariæ citan como ejemplo el contrato prescripto en el art. 1,597. (2)

Un Juez compra créditos litigiosos. Da su dimisión, ó pasa á un Tribunal que no está llamado á conocer en el proceso. Este magistrado, podría, pues, volverse cesionario del crédito. ¿Es decir, que puede confirmar la cesión? En nuestro concepto, nó. La confirmación es esencialmente retroactiva, purga del vicio de que se halla infectada la obligación; de manera que, la obligación produce sus efectos, no el día en que ha sido confirmada, sino el día cuando ha sido contraída. ¿Se concibe que una cesión de derechos litigiosos se vuelva válida á partir del día en que el Juez la consiente, á menosprecio de la ley, ó á menosprecio de su deber? Repetimos que esta es una doctrina tan contra-

1 Bruselas, 22 de Abril de 1872, (*Pastorisia*, 1872, 2, 189).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 283, nota 9, pfo. 337.

ria á la moral, como al derecho. Sin duda el oficial puede comprar el crédito cuando cesa de ser incapaz; pero una cosa es una cesión nueva y otra cosa es la confirmación de una cesión nula. Véase lo dicho anteriormente (núm. 569.)

Las nulidades establecidas en el interés de terceros son de interés general; desde luego, no se pueden cubrir; los particulares pueden muy bien renunciar á lo que está establecido en su favor, y no lo pueden hacer con lo que concierne al interés general. Tal es la nulidad de la subrogación consentida por el deudor cuando las condiciones de forma prescriptas por el art. 1,250 no han sido observadas. La nulidad es de orden público en el sentido lato de la palabra; luego irreparable.

601. Cuando la nulidad no es de orden público, se cubre por la confirmación. Tales son las nulidades establecidas por causa de incapacidad. Se podría objetar que la incapacidad es de orden público; tal es también el sentido propio de la palabra, todo lo que se relaciona al estado de personas y á la incapacidad que resulta de ella siendo de orden público. Pero esto no impide que la nulidad de actos hechos por los incapaces, sea establecida únicamente en su interés. Hay textos formales que deciden la cuestión en este sentido. El art. 1,311 dice del menor: "no le es admitido volver contra los compromisos que ha suscripto en su minoría cuando los ha ratificado en su mayoría, ya sea que estos compromisos fuesen nulos en su forma, ya que solamente fuesen sujetos á restitución." De esta manera el menor puede confirmar todos sus actos irregulares que ha hecho, los actos nulos por inobservación de formas prescriptas por la ley y los actos rescindidos por causa de lesión. El art. 1,304 aplica el mismo principio á todos los incapaces; manda que la prescripción de diez años cuenta contra los incapaces á partir del día en que su incapacidad ha cesado, siendo la prescripción de diez años una con-

firmación tácita; es decidir implícitamente que los incapaces pueden confirmar los actos que hayan hecho durante el tiempo de incapacidad.

El principio es incontestable, pero la aplicación da lugar á grandes dificultades. Se pregunta si el menor puede continuar la hipoteca en que ha consentido, y cuál será el efecto de esta confirmación. Trataremos de este punto más lejos en el título "De las Hipotecas." La mujer casada está en una posición especial. Cuando se ha obligado sin la autorización del marido, puede obrar en nulidad y su marido puede igualmente pedir la nulidad; uno y otro pueden confirmar. Hemos ya examinado las cuestiones á que este conflicto da lugar, (1) y tratándose del régimen dotal expondrémos las reglas especiales que rigen la enagenación de bienes dotales y la acción de nulidad que resulta, así como la confirmación de las rentas que hubieren sido hechas.

602. Los actos hechos por los incapaces, promueven una dificultad particular. Su incapacidad no es absoluta, la ley les permite hacer todos los actos de la vida civil, salvo algunas excepciones, pero establece condiciones y formas para protegerlos contra su incapacidad. Si tratan sin observar esas formas, el acto es nulo. ¿Puede ser válido, cuando posteriormente al acto, las formas legales han sido cumplidas? Hemos resuelto la cuestión afirmativamente en lo que concierne á la mujer: el marido puede cubrir la nulidad de los actos hechos sin su autorización, aprobándolos; esta aprobación equivale al consentimiento. No es una confirmación propiamente dicha: el marido consiente después que el acta está cumplida, en lugar de consentir antes que el acta sea redactada. Se aplican, pues los principios que rigen la autorización marital, mejor que los principios que el Código establece sobre la confirmación. Así, pues, si él

1 Véase el tomo III de estos *Principios*, págs. 241-245, números 165-169.

da su consentimiento por escrito, no habría lugar á seguir las formalidades prescriptas por el art. 1,338.

La cuestión es controvertida; para la mujer casada lo está, también para los menores. Creemos que se debe aplicar á los menores lo que hemos dicho de la mujer casada. Hay actos que el tutor puede hacer solo como mandatario legal del menor. Si el menor los hace con la autorización del tutor, son válidos; es verdad que, en nuestro derecho, no está llamado á autorizar, pero al autorizar su pupilo para obrar, se apropia el acto y lo valida. La autorización es un consentimiento; puede, pues, hacerse bajo forma de aprobación, dada posteriormente al acto que hace el menor sin el concurso de su tutor. Hay la misma razón para decidir, como para la mujer; en nuestra opinión, esto es decisivo.

Hay actos que el tutor no puede hacer sino con una autorización del consejo de familia homologada, y en cierto caso, con la autorización del Tribunal. Si el menor hace una de esas actas sin observar las formas legales, ¿será la nulidad cubierta por una deliberación posterior del consejo, seguida, si hay lugar, de una homologación? La afirmativa no es dudosa si se admite nuestro principio; la autorización dada posteriormente bajo forma de aprobación, equivale al cumplimiento regular de las formas legales. Aquí se ve muy claramente que no se trata de una verdadera confirmación. Aquel que tiene el derecho de obrar en nulidad, es el que confirma; y el Tribunal y el consejo de familia que aprueban el acto irregular, no tienen el derecho de pedir su nulidad, intervienen después del acto, en lugar de intervenir antes. Es, pues, preciso aplicar los principios que el Código pone en el título "De la Tutela," no los que rigen la confirmación.

Cuando el acto irregular de un menor ha sido apro-

bado por el tutor y si hay lugar por el consejo de familia y el Tribunal, el acto se hace plenamente válido, el menor no puede ya provocar su nulificación ni rescisión cuando llegue á la mayor edad. Esto es una objeción contra nuestra teoría. El menor tiene derecho para obrar en nulidad, se dice; es pues, él, quien debe confirmar cuando llegue á su mayor edad; el art. 1,311 lo dice. Contestarémos que el menor no puede atacar los actos que ha hecho en la menor edad, sino cuando ha obrado solo, sin su tutor y sin observar ninguna forma. Esto es el caso previsto por el art. 1,311. Pero cuando el acto irregular que ha hecho ha sido irregularizado, el acto cesa de ser nulo ó rescindible; luego no hay lugar á confirmación, porque no hay vicio que purgar.

La doctrina está en este sentido. (1) La jurisprudencia está dividida; las decisiones dadas en pro ó en contra, no tienen mucha autoridad, porque no discuten la cuestión; apenas son motivadas. (2)

603. La misma cuestión se presenta para el pródigo. Hay actos que no puede hacer sin la asistencia de su consejo. Los actos que ha hecho sin ser asistido, son nulos. ¿Puede confirmarlos? asistido de su consejo puede hacer todo lo que un mayor puede hacer; puede, pues, confirmar el acto irregular que hizo. Ha sido juzgado en este sentido que si el pródigo, asistido de su consejo, ejecuta voluntariamente el acto hecho sin asistencia, hay confirmación tácita conforme al art. 1,338. (3) En nuestra opinión, basta aún que el consejo aprueba el acto; su asistencia no es sino un consentimiento, lo mismo que la autorización natural; hay, pues,

1 Larombière, t. IV. pág. 604, núm. 17 del art. 1,338 (Ed. B., tomo III, pág. 125). Demolombe, t. VIII, pág. 522, núm. 749.

2 Grenoble, 4 de Junio de 1826 y Casación, 12 de Marzo de 1839 (Daloz, en la palabra *Sucesión*, núm. 784). En sentido contrario, París 29 de Enero de 1810 (Daloz, en la palabra *Menor edad*, núm. 563).

3 Denegada, 6 de Junio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 339).

que decidir, por vía de analogía, que la asistencia propiamente dicha puede ser reemplazada por una aprobación posterior.

604. ¿Los ayuntamientos pueden confirmar los actos irregulares que han hecho? Hay una diferencia entre los municipios incapaces; la incapacidad de los primeros no cesa jamás, están siempre bajo la tutela de la administración superior: en este sentido, se dice que siempre son menores. Pues bien, un menor no puede confirmar durante su menor edad; solo que el acto que ha hecho pueda ser regularizado por el cumplimiento de las formas que hubieran debido llenar cuando pasó el acto. Otro tanto debe decirse de los municipios; su incapacidad no es una imposibilidad de obrar; ellos son capaces cuando los actos para los cuales la ley exige la aprobación de la diputación permanente ó del rey, han recibido esa aprobación. Es un consentimiento; puede, pues, intervenir despues del acto. La jurisprudencia está en este sentido.

El alcalde de un municipio, había pedido prestada una suma de 10,000 francos á un banquero, sin observar ninguna forma; el banquero quebró, el síndico reclamó el pago de la suma debida. El municipio opuso la irregularidad del préstamo. Esta defensa no tuvo acogida. La Corte de Casación decidió que "el empréstito contratado irregularmente, había recibido de la autoridad administrativa, una ratificación que cubría el vicio de su origen y lo ponía al abrigo de los ataques del Ayuntamiento, que lo había aprovechado." (1) A nuestro juicio, esto no fué una confirmación propiamente dicha; esta confirmación hubiera debido salir del municipio, quien solo tenía el derecho de obrar en nulidad. El consejo municipal había, en verdad, aprobado la cuenta en que figuraba la suma prestada, pero

1 Denegata, 6 de Diciembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 295). Compárese Rennes, de 27 Enero de 1851 (Daloz, 1852, 2, 30).

no era esto suficiente; el prefecto, por su lado, había dado su aprobación. Esto no era, pues, una renunciación á la acción de nulidad, pero sí una aprobación dada por la autoridad competente.

§ III.—CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA CONFIRMACION.

605. El Código Civil confunde la confirmación con el acto confirmativo; determina las condiciones de forma que deben ser observadas para que el acto confirmativo sea válido. Nada dice de la confirmación considerada como hecho jurídico; es decir, de la enunciación á la acción de nulidad. Después de hablar del acto confirmativo, el art. 1,338 agrega que á defecto del acto de confirmación, basta que la obligación esté ejecutada voluntariamente después de la época en la cual la obligación podía ser válidamente confirmada. Esta disposición exige condiciones para la exposición tácita, y entre las que la ley prescribe para el acto confirmativo, hay algunas que conciernen á la confirmación propiamente dicha. A decir verdad, la confirmación es un solo hecho jurídico; poco importa como se hace. Que sea expresa y conste en una acta, ó que sea tácita lo que hace su esencia, es que ella es una renunciación á la acción en nulidad, y que tiene por objeto purgar el vicio de que está infectada la obligación. De esto, y de las disposiciones del art. 1,338, pueden deducirse las condiciones requeridas para la validez de la confirmación.

606. Se dice ordinariamente, que para confirmar una obligación nula, es preciso tener la capacidad de obligarse. (1) Es verdad que aquel que confirma, no estaba válidamente obligado, y que su obligación es solamente validada por la confirmación. En este sentido, debe ser capaz para obligarse. Pero esto no es bastante preciso. La confirmación

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 455, núm. 504.

es una renunciación á la acción en nulidad; luego es un acto de disposición; de allí se sigue que la capacidad para obligarse, no es suficiente, es preciso ser capaz para disponer, el menor emancipado puede obligarse en ciertos límites, no puede disponer; es, por consiguiente, incapaz de confirmar, no lo podrá sino á su mayor edad.

607. Confirmar es purgar el vicio que mancha una obligación, renunciando al derecho de prevalerse de ella para demandar la nulidad del acto. De allí se sigue que aquel que confirma, debe conocer los vicios que pretende purgar; (1) la ley lo dice para la confirmación que consta por acto confirmativo; ella exige la mención del motivo de la acción en rescisión. Es evidente que aquel que no conoce el vicio que anula la obligación, no puede tener la intención de reparar la nulidad; esto es decir que no puede confirmar. Este principio tiene sobre todo, importancia para la confirmación tácita que resulta de la ejecución voluntaria del acto viciado. Como no hay en este caso declaración expresa de la voluntad de confirmar, no se puede admitirla sino cuando la voluntad de renunciar, resulta claramente del acto; y no puede haber voluntad de confirmar sin conocimiento del vicio. ¿Diráse que no pertenece al intérprete prescribir condiciones que la ley no exige? Contestaremos que la condición nace de la misma noción de la confirmación; no se puede renunciar un derecho del que se ignora la existencia. Por otra parte, la ley lo dice para el acto confirmativo, y si la ley hace del conocimiento del vicio una condición esencial de la validez del acto, es porque la confirmación no se concibe sin este conocimiento. En cuanto á la confirmación tácita, la ley dice que resulta de la "ejecución voluntaria" del acto; estas palabras, como lo diremos más adelante, implican el conocimiento del vicio que se trata de borrar.

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 266, núm. 21, pfo. 337.

608. El art. 1,338 agrega que el acto confirmativo debe expresar la intención de reparar el vicio sobre el que se funda la acción en nulidad. Lo que la ley dice del acto confirmativo es esencia de toda confirmación de cualquier modo que se haga. Es una renunciación, y no la hay sin voluntad de renunciar. El art. 1,338 lo dice implícitamente de la renunciación tácita, exigiendo que sea voluntaria, lo que quiere decir, á nuestro juicio, que la ejecución debe implicar la voluntad de renunciar.

609. El art. 1,338 dice que la ejecución voluntaria no confirma la obligación sino cuando tiene lugar después de la época en la que la obligación podía ser válidamente confirmada. Existe, pues, una época antes de la que la confirmación no puede hacerse. ¿Cuál es ese momento? En principio, la confirmación puede hacerse desde que aquel que confirma, tiene conocimiento del vicio por el cual tiene derecho de obrar en nulidad; desde que sabe que tiene derecho para obrar, puede renunciarlo. Hay vicios que se continúan durante un tiempo más ó menos largo; mientras dura el vicio, es imposible purgarlo, pues el vicio que anula la obligación, anularía también la confirmación. Es en este sentido que el art. 1,338 dice que hay una época antes de la cual no puede haber confirmación.

Los textos están en armonía con los principios. En los términos del art. 1,115, "un contrato no puede ser contestado por causa de violencia si, desde que cesó la violencia, este contrato ha sido aprobado, sea expresa ó tácitamente, sea dejando pasar el tiempo de la restitución fijada por la ley." Mientras dura la violencia, no puede tratarse de confirmar el acto viciado por la violencia, pues la violencia que anula la obligación, anularía también la confirmación. El art. 1,304 aplica á todos los vicios del consentimiento, lo que el art. 1,115 dice de la violencia. Fija el día en que la prescripción de diez años comienza á contar; y siendo

esta prescripción una confirmación tácita, implícitamente la ley decide que no puede haber confirmación antes que hayan cesado los vicios del consentimiento. Así, en caso de error ó de dolo, la obligación no puede ser confirmada más que cuando los vicios han sido descubiertos; mientras dura el error, viciaría la confirmación; para mejor decir, no se la puede concebir, pues para borrar el vicio de error, es preciso saber que se ha errado; y para borrar el vicio de dolo, es preciso haber descubierto el fraude de que es uno víctima. Aun cuando no lo dijera la ley, el buen sentido bastaría para comprenderlo así: ¿Puede tenerse la voluntad de reparar un vicio que se ignora? (1)

610. El mismo principio se aplica á la incapacidad. Para los menores, hay un texto formal; el art. 1,311 dice que el menor no puede ser admitido á volver contra la obligación que suscribió en menor edad, cuando la ratificó en su mayor edad. Mientras dura la minoría, el menor es incapaz para disponer; luego no puede confirmar. Lo mismo pasa para con las demás incapacidades. El artículo 1,304 lo decide implícitamente. La prescripción de diez años, no comienza, para los actos hechos por mujeres casadas, no autorizadas sino desde el día de la disolución del matrimonio; y como la prescripción del art. 1,304, es una confirmación tácita; luego la confirmación no puede tener lugar; se entiende para la mujer sola, sin autorización marital. Lo repetimos, porque la confirmación sería viciada por la misma causa que vicia la obligación; sería, pues, preciso confirmar la confirmación. Con respecto á los actos hechos por los interdictos, la prescripción de diez años no comienza á contar sino desde el día en que se levanta la interdicción; así, pues, solo desde aquel momento pueden confirmar los interdictos. En cuanto á los menores, la

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 456, núm. 505.

prescripción comienza desde su mayor edad; es decir, desde el día en que pueden confirmar.

No se comprende que exista jurisprudencia para cuestiones que decide el texto del Código. Ha sido decidido que un menor emancipado no tiene capacidad para confirmar antes de su mayor edad, un acto que no pudo hacer sin estar asistido por su curador. (1) Sin embargo, sucedió que una Corte de Apelación haya validado la confirmación pretendida, resultando de hechos de ejecución que un menor había asentado. La Corte de Casación, casó la sentencia, declarando que la corte había infringido formalmente la ley. (2) También fué sentenciado que una mujer casada no puede confirmar durante el matrimonio, (3) aun cuando esté separada y que se tratara de mal versión de bienes dotales hecha por el marido. (4) Esto no tiene ningún género de dudas.

¿Qué deberá decirse del pródigo? La ley no lo coloca entre los incapacitados. Luego no se puede invocar el artículo 1,304 para inducir por analogía que la confirmación no puede hacerse sino cuando la nominación de un consejo esté revocada. El pródigo, en verdad, no puede disponer, pero lo puede, asistido de su consejo; luego puede también confirmar con asistencia. Desde luego puede decirse que la confirmación puede hacerse, aunque la nominación de un consejo no esté revocada. (5) Lo mismo sucede con los débiles de espíritu cuyo estado intelectual queda lo más á menudo invariable.

611. El principio cuya explicación contienen los artículos

1 Rennes, 23 de Noviembre de 1846 (Daloz, *Obligaciones*, número 4,481).

2 Casación, 28 de Noviembre de 1866 (Daloz, 1366, 1, 469).

3 Paris, 15 de Marzo de 1831 (Daloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 3,914).

4 Riom, 6 de Diciembre de 1848 (Daloz, 1849, 2, 140).

5 Denegada, 6 de Junio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 339).

1,304, 1,117 y 1,311, es un principio general; precisa aplicarlo á todos los casos análogos. En los términos del artículo 472, todo tratado que interviene entre tutor y menor llegado á mayor edad, es nulo, si no ha sido precedido de la rendición de cuentas pormenorizadas, y de la remesa de los comprobantes, todo constando por un recibo *l'oyant compte*, diez días á lo menos antes del tratado. Esta nulidad se cubre por la confirmación, pero el tratado no podrá ser confirmado sino después de cumplidas las condiciones que acabamos de transcribir. Nos referimos á lo que se dijo sobre este punto, en el título "De la Tutela." (1)

El art. 1,395 prohíbe los cambios en las convenciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio. Todo cambio es herido de nulidad. Esta nulidad no puede cubrirse mientras dure el matrimonio, porque la confirmación estaría tachada por el mismo vicio que la contra letra. La confirmación no podrá hacerse sino después de la disolución del matrimonio. Volverémos sobre el asunto en el título que es el sitio de la materia. (2)

#### § IV.—CÓMO SE HACE LA CONFIRMACION.

612. La confirmación es una renunciación á la acción de nulidad; por lo tanto, es una manifestación de voluntad; la voluntad puede manifestarse de una manera expresa ó de una manera tácita; la confirmación es, pues, expresa ó tácita (art. 1,338).

##### *Núm. 1. De la confirmación expresa.*

613. La confirmación es expresa cuando la voluntad de aquel que renuncia á la acción de nulidad, resulta de una declaración formal; es decir, de una declaración hecha por

1 Véase el tomo V de estos *Principios*, pág. 203, pfo. 165.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 265, pfo. 337.

palabras cualesquiera. Es lo que el art. 1,338 llama un acto confirmativo. ¿Quiere decir esto que se necesita una acta? Pudiera creerse, según los términos de la ley que hablan de una "acta de confirmación." Sin embargo, la negativa es segura, y resulta del texto del Código. Si un escrito fuera necesario, la confirmación sería un acto solemne, de donde resultaría que sin escrito no hubiera confirmación. Pero el art. 1,338 dice que á falta de acta de confirmación basta que la obligación haya sido ejecutada voluntariamente. La ley admite, pues, la confirmación tácita, lo que excluye toda idea de solemnidad. Pudiera decirse que la ley no admite otra prueba más que el acta para establecer la confirmación expresa; pero el Código no dice que la confirmación no puede ser probada sino por un escrito, ella determina solamente las menciones que deben contener el escrito confirmativo para ser válido como tal, lo que es muy diferente. Por lo demás, no hay ninguna razón para hacer de la confirmación un acto solemne, ni para exigir que se pruebe necesariamente por un escrito. (1) La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. Así, la confirmación expresa se prueba según el derecho común. Pudiera pues, ser probada por testigos en el caso en que la ley admite pruebas testimoniales. (2) Por lo mismo, aquel que pretende que la obligación sea confirmada, puede pedir que la parte contraria sea interrogada sobre los hechos y artículos, y puede diferirle el juramento decisorio.

614. Si aquel que confirma, redacta un escrito, debe observar las formas prescriptas para la validez del acta confirmativa. El art. 1,338 dice, que el acta confirmativa

1 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 31 de Marzo de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 1, 287).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 585, núm. 309 bis III, y página 309 bis IV.

no es válida sino cuando en ella se halla la substancia de obligación que está manchada de una nulidad que la confirmación está destinada á borrar ¿Qué se entiende por substancia de la obligación? Aquello en que ella consiste, dice Toullier, y sin lo que no existiría; lo que la distingue de toda otra obligación. No es necesario que el acta confirmativa, relate todas las cláusulas del contrato, se trata de confirmar; el art. 1,338, á diferencia del art. 1,337, no exige que el escrito contenga la substancia de la obligación. Si se trata de una venta, por ejemplo, bastará designar la cosa vendida, y mencionar el precio, pues lo que constituye la substancia de la venta, es el consentimiento sobre la cosa y el precio. El objeto de la confirmación siendo todo especial, es inútil transcribir ó reasumir todas las estipulaciones del contrato. Si la ley exige que la substancia del contrato sea rememoriada en el acta confirmativa, es con el fin de evitar todo equívoco; aquel que confirma, puede haber subscripto varias obligaciones igualmente nulas en un solo y mismo día, por ejemplo, un arrendamiento, debe darse cuenta del contrato que pretende confirmar; precisa, por consiguiente, diga si es una venta ó un arrendamiento. (1)

615. El art. 1,338 quiere, en segundo lugar, que el acta confirmativa contenga la mención del motivo de la acción en nulidad; es decir, que el acta declare cuál es el vicio que se quiere borrar. Para que haya voluntad expresa de confirmar, es naturalmente necesario que el acta haga conocer el objeto de la confirmación. Si se trata de una renunciación es, pues, preciso que la parte interesada declare y sepa á lo que pretenda renunciar. Puede suceder que existan varios vicios; debe declararse cuál es el vicio que se pretende purgar. Un menor subscribe una partición

1 Toullier, t. IV. 2. pág. 451, núm, 496, Colmet de Santerre, tomo V, pág. 585, 3.º

sin observar las formalidades prescriptas por la ley; queda perjudicado por más de un cuarto. Tendrá, en este caso, una acción en nulidad fundada sobre el vicio de forma, y una acción en rescisión por causa de lesión. Si redacta una acta confirmativa, debe decir cuál es el vicio que quiere borrar; las renunciaciones son por su esencia de derecho estricto; para que la confirmación se haga con conocimiento de causa, es menester que el acta declare á qué quiere renunciar el autor del escrito. (1)

La Corte de Limoges aplicó este principio á una cesión de derechos hereditarios hecha por un menor, sin observación de las formas que la ley requiere para la validez del reparto. El acta era nula en la forma; después de su mayor edad, el menor redactó una acta confirmativa, por la que renunciaba á prevalecerse del vicio de forma. Después atacó la cesión por causa de lesión. Se le opuso un acto de no haber lugar al acta de confirmación. La Corte decidió que cuando una obligación puede ser rescindida por varias causas, el acta confirmativa que no menciona más que una de ellas, deja subsistir el derecho de demandar la rescisión por las otras que no han sido mencionadas. La Corte dice, en el caso, que el menor podía atacar el acta ya por vicio de forma, ya por causa de lesión; renunció á la primera causa de nulidad, pero no á la segunda. (2) El principio que sirve á la sentencia de fundamento, es incontestable. ¿Pero debe decirse que el menor tenía dos acciones, la una en nulidad y la otra en rescisión? Sí, si él estaba lesionado por más de un cuarto. No, si su lesión era menor; en este caso, estaba protegido por la acción en nulidad, la acción de rescindir, no perteneciendo sino á los actos que no están sometidos á formas particulares: el me-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 582, 2.<sup>o</sup> Toullier, t. IV, 2, página 452, núm. 498.

2 Limoges, 13 de Diciembre de 1847 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,506, 2.<sup>o</sup>)

nor no puede tener dos acciones por razón de su menor edad.

616. El art. 1,338 exige la mención del "motivo" de nulidad, que el confirmante quiere cubrir. Se ha pretendido que esta condición se aplicaba solo á los motivos de hecho de manera que, los vicios de derecho, no debían ser mencionados. La Corte de Casación rechazó esta falsa interpretación. El texto no distingue y no hay lugar á distinguir. Aquel que confirma, debe saber á lo que renuncia. Esto es necesario, sobre todo, cuando se trata de un motivo de derecho; los que confirman son ordinariamente extraños á la ciencia de las leyes, razón más para que se den cuenta de las violaciones de la ley que hace nulo el acto. (1)

617. Hay una tercera condición requerida para la validez del acta confirmativa; la ley quiere que exprese la intención de reparar el vicio sobre el que se funda la acción en nulidad. Es esta intención lo que constituye la esencia de la confirmación, pues la confirmación no es otra cosa que la voluntad de borrar el vicio que hace el acto nulo, renunciando á la acción en nulidad. Cuando la confirmación es expresa, es preciso que la intención de confirmar esté expresada en el acta. No es menester decir que no son necesarios términos sacramentales, puesto que no los hay en nuestro derecho.

Un menor escribe una letra en provecho de una señorita para indemnizarla de los perjuicios que le ha causado por sus promesas que le impidieron casarse. Llegado á su mayor edad, confirmó la obligación escribiendo en el pagaré: "Ratifico el presente pagaré." Estas obligaciones sagradas son frecuentemente menospreciadas. El suscriptor del pagaré opuso la nulidad del acto confirmativo. Fué juzgado que el acto llenaba todas las condiciones prescriptas por la ley. La substancia del acto confirmado no po-

1 Denegada, 20 de Abril de 1859 (Daloz, 2859, 1, 509.

drá ser mejor enunciado que por el acto mismo que se hallaba arriba de la confirmación. La enunciación del motivo de nulidad se hallaba igualmente en el pagaré, puesto que este contenía la prueba de haber sido subscripto durante la menor edad. En fin, la intención de reparar el vicio, resultaba de los términos de la confirmación. La Corte agregó, para prevenir toda objeción, que el pagaré y la ratificación formaban una misma acta, y que la tal acta probaba la deuda. (1)

618. Las tres condiciones enumeradas por el art. 1,338 son prescriptas so pena de nulidad. Si, pues, el deudor declaraba simplemente, que confirma tal acto sucedido tal día, el acto confirmativo sería nulo. (2) Se sigue de esto que los jueces del hecho que admiten la confirmación, no deben limitarse á decir que el deudor ha confirmado. Se mejante decisión sería casada, porque no permitiría verificar si el acto reúne las condiciones que la ley prescribe para su validez. (3)

619. La nulidad del escrito no trae consigo la nulidad de la confirmación, el acta no siendo redactada más que como prueba. Todo lo que resulta es que no había prueba literal de la confirmación. Aquel que sostendrá que la obligación nula ha sido confirmada, podrá ministrar la prueba según el derecho común. Se pregunta si puede invocar el acta confirmativa irregular como un principio de prueba escrita, á efecto de poder probar la confirmación por medio de testigos. La afirmativa está enseñada, y no nos parece dudosa. Es constante, y lo suponemos, que el escrito proceda de aquél á quien se le opondrá, pero no contiene la esencia de la obligación, ó no menciona el vicio que lo hace nulo,

1 Poitiers, 7 de Julio de 1825 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 635).

2 Angers, 25 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 2, 36).

3 Casación, 19 de Agosto de 1857 (Daloz, 1857, 1, 339).

dice solo que el subscriptor confirma el contrato que hizo tal día. Segun el derecho común, el escrito hace prueba completa de la confirmación; con mayor razón debe formar un principio de prueba escrita, puesto que hace ciertamente probable el hecho que hace constar. (1)

*Núm. 2. De la confirmación tácita.*

*I. Principio.*

620. "A falta de acta de confirmación, basta que la obligación se ejecute voluntariamente," para que el vicio que la hacía nula esté borrado (art. 1,338). Se supone que aquel que ejecuta la obligación, tenía capacidad para renunciar la acción en nulidad; se supone también que conocía el vicio que le daba el derecho de demandar la nulidad del acto. Si en semejantes circunstancias, ejecuta la obligación, la ejecución implica necesariamente la intención de no atacar el acta; es decir, de confirmarla. No se ejecuta un acto nulo cuando se propone pedir su nulidad: ejecutar es, pues, renunciar al derecho que se tiene para obrar.

Esto es lo que se llama confirmación tácita, porque la voluntad de confirmar resulta de un hecho, en lugar de ser declarada por la palabra. ¿Es este el único caso de confirmación tácita? No lo dice la ley. En los términos del art. 1,117, toda confirmación "tácita" produce un fin de no ha lugar contra aquel que ha borrado el vicio de violencia; el art. 1,311 habla de la confirmación en términos generales que admiten toda especie de confirmación. En cuanto al art. 1,338, dice que la confirmación tiene lugar por la ejecución voluntaria, y no dice que sea el único medio

1 Larombière, t. IV, pág. 621, núms. 31 y 32 (Ed. B., t. III, página 131 y siguientes); Colmet de Santerre, t. V, pág. 585, núm. 309 is IV.

de confirmar tácitamente. Hay, en este respecto, una diferencia de redacción entre el primero y segundo párrafo. Cuando la confirmación consta por una acta confirmativa, la ley dice que dicha acta no es válida más que si se halla en ella la mención que ella prescribe. En seguida, cuando la ley dice que la ejecución voluntaria implica confirmación tácita, no dice que la confirmación tácita es válida solo cuando está ejecutada voluntariamente. Nada hay, pues, restrictivo ni en los términos ni en el espíritu de la ley. Esta es la opinión general, menos la de Zachariæ. (1)

621. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que la ejecución valga confirmación? La ley dice que la ejecución debe ser "voluntaria," y agrega que la obligación debe ser ejecutada después de la época en la cual la obligación podía ser válidamente confirmada.

¿Qué es la ejecución "voluntaria?" La palabra "voluntariamente" se encuentra también en otra disposición que habla de la "ejecución" de una obligación y que produce un fin de no ha lugar contra aquel que la ejecuta. En los términos del art. 1,235, lo que ha sido pagado sin deberse está sujeto á repetición, pero la repetición no está admitida con relación á las deudas naturales que han sido "voluntariamente" saldadas. ¿Qué quiere decir esta palabra "voluntariamente?" En el art. 1,235 no es muy dudosa; la ley no entiende reprobar el pago que se hubiere efectuado bajo el imperio de la violencia; inútil hubiera sido haberlo dicho, puesto que esto resulta de los principios generales. El deudor de una deuda natural paga voluntariamente, en este sentido que sabe que la deuda es natural, y la paga sabiendo que no puede ser obligado á pagarla. Creemos que, en el caso del art. 1,338, la palabra "voluntariamen-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4518. En sentido contrario, Zachariæ, edición de Mascé y Vergé, t. III, página 385, nota 18.

te," tiene un sentido análogo. ¿Aquel que ejecuta una obligación entiende que la confirma? Sí, si sabe que el acto es nulo y á pesar de saberlo lo ejecuta; no se podía obligarlo á hacerlo, porque pudiera oponer al acreedor una excepción perentoria; ejecuta, pues, sabiendo que no está obligado á ejecutar, lo que implica la intención de renunciar la acción de nulidad, tanto como la excepción de nulidad. Ejecutar voluntariamente, es pues, ejecutar con la intención de confirmar.

622. Se da generalmente otro sentido á la palabra "voluntariamente." El consentimiento, se dice, debe ser exento de todo vicio. (1) Esto es evidente, pero lo es demasiado para que fuese necesario decirlo. En efecto, confirmar es manifestar la voluntad de renunciar á la acción de nulidad; y toda manifestación de voluntad está viciada por las causas que vician el consentimiento; luego la confirmación es también nula cuando tiene lugar por error, cuando es obligada por la violencia á sorprendida por dolo. Es de derecho común; ¿á que conduce reproducir un principio del derecho común para la confirmación tácita de preferencia que para la confirmación expresa? Si la ejecución está viciada por el dolo, es nula, y ¿cómo podría un acto nulo confirmar otro nulo también? (2) Sería preciso comenzar por confirmar la confirmación. Era, ciertamente útil, decir que un acto nulo por dolo no puede ser confirmado por la ejecución, lo que es fruto de maniobras fraudulentas.

Se dice también que la ejecución no es "voluntaria," y que, por consiguiente, no equivale á la confirmación, cuando el deudor ejecutó para evitar el ser perseguido por el

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 269, nota 31, pfo. 337.

2 Denogada, 5 de Junio de 1829 (Dalloz, en la palabra *Requisición Civil*, núm. 62, 1.º) Gand, 5 de Julio de 1852 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 316).

acreedor. (1) Esta explicación se parece mucho á la nuestra; para mejor decir, es una consecuencia del principio, que la ejecución no puede equivaler á la confirmación, sino cuando implica la voluntad de renunciar á la acción de nulidad; y no se puede suponer que tal sea la intención del deudor que quiere evitar ó suspender las gestiones de su acreedor; desde que el hecho puede recibir otra interpretación que la de voluntad de renunciar, no debe admitirse la renunciación; esto es de derecho común. (2)

623. Todavía hay otra interpretación de la palabra "voluntariamente." Los actos que son una consecuencia necesaria de la convención, en el sentido que el deudor no podía substraerse á ellos, no son una ejecución voluntaria, dice Duranton, y no llevan consigo la confirmación tácita. El comprador da en pago un pagaré á la orden; el vendedor lo endosa á un tercero. Si el comprador paga el documento, ¿se dirá que ejecuta voluntariamente la venta? Nó, porque estaba obligado á su vencimiento, á pagar al tenedor. Esto es, pues, una ejecución que no implica la voluntad de renunciar á sus derechos. Esto es claro; es una consecuencia de nuestro principio y de la interpretación que hemos dado á la ley. La ejecución material no basta, es preciso la "intención;" es decir, un hecho que demuestre la intención del que ejecuta y una intención segura, pues las renunciaciones no se presumen. Al juez toca distinguir el hecho intencional del hecho material. Se dice que el menor en mayoría, liberta un bien raiz que vendió durante su menor edad, no ejecuta voluntariamente, porque la liberación es un acto dependiente del otro de venta. Duranton contesta con razón, que así pasa con todos los hechos de ejecución; es, pues, preciso volver siempre

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 462, núm. 512.

2 Compárese por analogía: Lyon, 5 de Junio de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 234).

al principio que el hecho debe manifestar la intención de confirmar, es en este sentido como debe ser voluntario. (1)

624. De esto se sigue que la confirmación tácita, está regida generalmente por los mismos principios que la confirmación expresa, lo que es lógico, pues la confirmación es uno solo y mismo hecho jurídico, es una renuncia á la acción en nulidad; la renuncia debe tener los mismos caracteres ya sea que se haga por palabras, ó que se induzca de un hecho formulado por aquel que tenía el derecho de obrar en nulidad. Esto resulta del texto mismo de la ley; en efecto, el art. 1,338, asimila la confirmación expresa, la que se hace por la ejecución voluntaria de la obligación, á la confirmación que el art. 1,117 llama tácita. (2) La única diferencia que existe entre ambas especies de confirmación, es que una se hace por declaración formal voluntaria, y que, además, el acto confirmativo debe reunir ciertas condiciones especiales; la otra se hace sin declaración de palabra, puesto que consiste en un hecho de ejecución; no es menester decir que no se puede exigir que haya habido intención explícitamente manifestada de reparar el vicio, esta intención se induce del mismo hecho. (3) Aun cuando el hecho consta en un escrito, este escrito no debe contener ninguna mención ordenada por el art. 1,338 para la validez del acto confirmativo; por su misma naturaleza, la confirmación tácita excluye toda clase de mención; es decir, palabras, términos ó expresiones; todas las condiciones que en un acto confirmativo se expresan por menciones, resultan en la confirmación tácita, del hecho mismo. Así, la ejecución consiste en el pago que se hace en virtud de una obligación nula, el pago consta del recibo; este escrito no debe contener ninguna de las menciones prescrip-

1 Durantou, t. XII, pág. 295, núm. 232 y pág. 296, núm. 284.

2 Besançon, 27 de Noviembre de 1862, (Daloz, 1862, 2, 214).

3 Nimes, 10 de Marzo de 1847 (Daloz, 1848, 2, 214).

tas por el art. 1,338; lo que constituye la confirmación es el hecho de pagar en ejecución de una obligación que el deudor conocía como nula. (1)

Si, en principio, no hay ninguna diferencia entre la confirmación expresa y la confirmación tácita, no pasa lo mismo de hecho. La ventaja de la obligación expresa es de no dejar duda alguna sobre la intención de aquel que tiene el cuidado de declarar formalmente su voluntad. Al contrario, la intención del ejecutante puede ser y es casi siempre mas ó menos incierta: no es seguro que conozca la existencia del acto y del vicio que lo hace nulo; es, pues, incierto que tenga la intención de repararlo. De esto hacen numerosas contradicciones, á propósito de la confirmación tácita. Vamos á ensayar de atraerlos á principios seguros.

625. ¿Quién puede tácitamente confirmar? No puede haber duda en este punto. La confirmación tácita es una renuncia, es, pues, preciso que aquel que ejecuta la obligación tenga derecho para renunciar. Hemos dicho que las comunidades podían confirmar. Esta confirmación se hace casi siempre tácitamente. Una ordenanza real ordena trabajos de mejora, la apertura de una calle; los gastos que esto originara, debían de ser pagados por la municipalidad, sin que el consejo haya dado su previo consentimiento. La orden era nula, pero cuando después de diez y siete años de ejecución, la ciudad de París se opuso en nulidad, fué declarado que no había lugar, porque había renunciado á su derecho de obrar en nulidad ejecutando voluntariamente la orden, continuando los trabajos y dando para estas disposiciones, varias conformas á los planos y determinación de la orden. La confirmación tácita era evidente. (2)

626. ¿Quién debe confirmar? Aquel que tiene derecho

1 Tolosa, 3 de Febrero de 1838 (Daloz, *Obligaciones*, número 4,523, 1°).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 4 de Diciembre de 1839 (Daloz, en la palabra *Expropiación por causa de utilidad pública*, núm. 55, 1°)

para obrar en nulidad. La renuncia no puede partir más que de aquel que tiene derecho para renunciar. Así, los recibos dados por el marido, pueden ser opuestos á la esposa como actos de ejecución, cuando es solo la mujer la que tiene el derecho de obrar en nulidad. (1) Ha sido juzgado que el consejo de familia no puede confirmar una venta hecha por un menor sin autorización ni homologación del Tribunal, y sin observancia de las formas legales. (2) A decir verdad, no ha lugar á la confirmación propiamente dicha, no pudiendo partir esta más que de aquel que tiene el derecho de pedir en nulidad. Hemos dicho que la aprobación, la que regularmente debe preceder el acto, puede darse posteriormente. Esto supone que la aprobación sola es suficiente, y para la venta de inmuebles pertenecientes á un menor, es necesario más que la autorización del consejo de familia y homologación del Tribunal, es preciso que la venta se haga en las formas legales; evidentemente esas formas pueden ser cumplidas después de consumar la venta.

627. Es casi inútil decir que una obligación inexistente no puede ser confirmada por ningún acto de ejecución. (3) Si el comprador paga el precio en virtud de una venta sin objeto, no ejecuta su venta, pues no la hay; no paga el precio porque no lo hay; paga lo que no debe pagar, y puede repetir lo que ha pagado. Hacemos notar esto, solo para recordar que hay casos en los cuales la ley admite por excepción la confirmación de una obligación inexistente; es el caso del art. 1,340 que hemos ya explicado y sobre el que volveremos más adelante.

628. Para la validez de acto confirmativo, es preciso

1 Limoges, 24 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 2, 40).

2 Riom, 16 de Mayo de 1842 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,483).

3 Durantou, t. XIII, pág. 295, núm. 281.

que el escrito mencione la substancia del acto. Es preciso decidir por vía de analogía que la confirmación tácita supone el conocimiento de la existencia del contrato que se pretende confirmar por hecho de ejecución. La razón nos dice que no se puede ejecutar ni confirmar una obligación cuya existencia se ignora. (1) Este caso fué presentado ante la Corte de Casación. La Corte gratifica hechos extraños; afortunadamente no se presentan muy á menudo. Basta decir que actos fraudulentos habían despojado de sus bienes á unos menores. Se pretendió después, que habían confirmado estos actos de despojo. Para confirmar un acto, dijo la Corte, es necesario conocerlo; los niños ignoraban la transmisión fraudulenta de los dominios que su padre poseía á su muerte. No teniendo ni aun conocimiento del acto que había operado la transmisión, ¿cómo hubieran podido haber tenido la intención de reparar el vicio de fraude que lo hacía nulo? Solo fué en el curso de una instancia judicial, como los actos fraudulentos fueron revelados, y los niños, lejos de confirmarlos, pidieron su anulación. La Corte de Dijon los anuló, y la Corte de Casación desechó el pedido que los espoliadores se habían atrevido á formular. Sus tramas habían sido tan bien urdidas, que el debate llegó hasta la Sala de lo Civil. (2)

629. El conocimiento del acto nulo no basta. Es necesario que aquel que ejecuta la obligación, tenga conocimiento del vicio que lo hace nulo. Este es un punto esencial. Hemos deducido esta condición del texto del artículo 1,338 (número 621). El buen sentido basta para admitirlo; confirmar es renunciar, y no se renuncia á un derecho que se ignora. El principio está admitido por la doctrina (3)

1 Rennes, 28 de Abril de 1,830 (Daloz, en la palabra *Menor edad*, núm. 485, 2°).

2 Denegada, 12 de Julio de 1837 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,520, 2°).

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 385, núm. 310 bis.

la jurisprudencia. (1) Este punto es esencial; así, las dificultades abundan. En la confirmación expresa, la mención del vicio es requerida para que sea seguro que aquel que confirma tenía un conocimiento pleno del vicio que le daba el derecho de obrar en nulidad. Esta misma servidumbre debe existir en la confirmación tácita. Existe sobre este punto, una sentencia muy importante de la Corte de Casación, pronunciada sobre el informe de Laborie, y sobre las conclusiones del Procurador general, Nicias Gaillard; creemos que asienta los verdaderos principios.

La confirmación es una renuncia, y es de principio general, que la renuncia á un derecho no se presume; que debe resultar de un acto ó de un hecho que no deje ninguna duda acerca de la intención del renunciante. El art. 1,338 aplica este principio á la confirmación. Ya sea expresa ó tácita, dice el tercer párrafo, ella levanta la renuncia á los medios y excepciones que se podían oponer á la obligación viciada y la renuncia á la acción de nulidad que resulta del vicio, implica el consentimiento del mismo y la intención de repararlo. El primer párrafo, lo dice del acto confirmativo; lo que la ley dice de la confirmación expresa, se aplica por identidad de razón á la confirmación tácita para la una como para la otra, el conocimiento del vicio del acto es la condición necesaria de la confirmación y el fin de no ha lugar que resulta de ello contra la acción de nulidad. De esas premisas que son incontestables, la Corte deduce una consecuencia que no puede ser disentida: "No basta que los vicios del acto hayan *podido ser conocidos* de aquel que pide anulación; debe ser constante que éste *tuvo realmente conocimiento* de ello, para inducir de la ejecu-

1 Denegada, 27 de Marzo de 1812 (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 3,619) y 24 de Enero de 1833 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,521). Casación, 24 de Julio de 1839 (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 3,216, 2º). Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 20 de Abril de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 1, 168).

ción una renuncia de su parte á sus medios de nulidad.” En un caso, se pretendía que los herederos del donante habían confirmado la donación ejecutándola. La donación hecha en un contrato matrimonial era nula, primero porque el contrato tenía fecha posterior á la celebración del matrimonio, lo que entrañaba la nulidad del acto y de las liberalidades que encerraba, y segundo por defecto de los testigos cuyo concurso es necesario para la solemnidad y validez del contrato. La Corte de Riom, asentando en principio que la ejecución no implica la renunciación á los medios de nulidad sino cuando ha sido hecha con el conocimiento de los vicios de que adolece la donación, admitió la confirmación, porque los herederos habían conocido, ó “debe haber conocido,” los vicios que habían “podido ó debido” como probarlos, que de ellos había dependido el haberlos conocido. La Corte de Casación dijo con razón, que la sentencia de que se trata había formalmente violentado el art. 1,338. (1)

630. Ya que la confirmación tácita implica el conocimiento pleno del vicio que nulifica la obligación, es preciso decir con la Corte de Casación, que el conocimiento probable no es suficiente; la probabilidad no es sino una conjetura y la ley no se contenta con un conocimiento conjetural. Una venta es atacada por los herederos del vendedor, por causa de lesión. El vendedor había sobrevivido más de veintiun mes á la venta por él consentida; el término de dos años que el art. 1,076 da para promover en rescisión, estaba para terminar. Durante aquel tiempo, dice la Corte de Poitiers, el vendedor en lugar de anunciar de un modo cualquiera la intención de atacar la venta, manifestó continuamente la voluntad de mantenerla; entregó la cosa vendida, ejecutó los trabajos que el contrato le imponía, exigió del comprador el pago de la parte exigible del precio de la venta. La sentencia agrega que estos he-

1 Casación, 29 de Julio de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 292).

chos de ejecución no son de una fecha bastante cercana de la época del contrato para que el tiempo haya faltado al vendedor para descubrir la lesión. Hay aquí un error; la ley exige un conocimiento cierto del vicio, y la Corte se conforma con un conocimiento conjetural. Esto era infringir la ley. La sentencia fué casada. (1)

631. La Corte de Casación dedujo del mismo principio, otra consecuencia. ¿Es suficiente que el juez del hecho compruebe que hay confirmación por ejecución voluntaria del acto? NÓ, dice la Corte, porque la ejecución voluntaria no implica confirmación, sino bajo dos condiciones; es preciso que los actos de ejecución hagan suponer por parte de aquel á quien se oponen, primero el conocimiento del motivo que da cabida á la acción de rescisión, y luego la intención de reparar el vicio que entraña la nulidad. La sentencia atacada se limitaba á decir que el acto había sido "voluntariamente ejecutado." Esto no basta, dice la Corte; era necesario hacer constar que la ejecución había sido acompañada del conocimiento de los vicios y de la intención de repararlos. En consecuencia, la Corte casó la sentencia de la Corte de Nimes, por violación del artículo 1,338. (2)

¿Esta decisión no exagera el rigor de la ley? Todo lo que el art. 1,338 exige para que halla confirmación tácita, es que la ejecución de la obligación viciada sea voluntaria y tenga lugar en una época en que la obligación pueda ser válidamente confirmada. De esto resulta que aquel que ejecuta el acto, debe conocer los vicios de que adolece; pero al decir que ha ejecutado el acto voluntariamente, se dice, por esto mismo, que tuvo conocimiento de esos vicios, pues una ejecución hecha, ignorándolos, no es una

1 Casación, 19 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 31).

2 Casación, 25 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1857, 1, 425).

ejecución voluntaria. Basta, pues, según el texto, hacer constar que el acto ha sido voluntariamente ejecutado para que esté establecido que la ejecución ha sido acompañada del conocimiento de los vicios. Si es preciso apegar-se rigurosamente á la ley, es necesario, sin embargo, no exagerar su rigor.

632. ¿Puede decirse que hay ejecución voluntaria del acto viciado cuando consiste el vicio en una violación de la ley, sin que esté comprobado que aquel que ejecutó el acto conocía la ley? La jurisprudencia admite que los repartos de ascendientes son nulos cuando los arts. 826 y 832 no han sido observados. En un caso juzgado por la Corte de Burdeos, todos los bienes raíces habían sido considerados en la parte del hijo, mientras que el lote de la hija, solo se componía de valores muebles. El reparto era, pues, nulo según la jurisprudencia. Pero la hija lo había ejecutado, ¿valía la ejecución una confirmación? La Corte concede en principio, que la parte que ejercita voluntariamente un acto, no puede ser reputada con voluntad de confirmar más que á la condición de haber conocido el vicio en el momento de la ejecución. Pero, dice la sentencia, el vicio que manchaba el reparto, es un hecho material y patente de que la hija tuvo pleno conocimiento en el momento del acto. Sin duda, ella sabía que en su lote solo existían valores muebles y que su hermano recibía todos los bienes raíces. ¿Pero sabía también que este hecho viciaba la partición? No podría asegurarse, dice la Corte, que la hija ignorase las consecuencias legales de este hecho, porque todo el mundo deba conocer la ley. Por esta vez nos veríamos tentados de maldecir el adagio romano. ¡Una joven debe conocer la ley y esta ley es tan oscura, que los mismos jurisconsultos no están de acuerdo sobre el sentido que hay que darle! La Corte agrega que la co-participante estaba rodeada de consejos. Esos consejeros

debieron haberle dicho que la cuestión de saber si la partición es nula en caso de inobservancia del art. 832, es muy controvertida. La Corte acaba por decir que tocaba probar al legatario universal, lo que no había hecho, la ignorancia ó el error de derecho, que según él impiden que la ejecución del reparto valga como confirmación. (1) Volvemos sobre esta cuestión. Por el momento, nos limitamos á concluir que la ejecución no entraña la confirmación cuando el vicio es de derecho y que aquel que la ejecuta no tenía conocimiento de él. El pretendido axioma que nadie debe ignorar la ley, es á nuestros debates, extraño; no recibe aplicación como lo hemos dicho muchas veces, sino cuando el interés público está en causa.

633 No basta que aquel que ejecute un acto nulo conozca el vicio, es también necesario que tenga intención de repararlo. Se podrá creer que aquel que ejecuta un acto que él sabe está viciado, no puede tener otra intención que la de renunciar al derecho que tiene de promover en nulidad. Lo que la ley dice del acto confirmativo, prueba que esto no es exacto; el art. 1,338 exige desde luego, que el acto contenga la mención del motivo de la acción en rescisión, pero no se contenta con la prueba que el autor del acto conocía el vicio que lo tachaba; exige, además, que declare que su intención es reparar ese vicio. Es esta intención la que constituye la esencia de la confirmación; y como implica la confirmación una renuncia á la acción en nulidad, la ley no quiso que hubiese la menor duda sobre la voluntad de aquel que abdica un derecho. Con mayor razón, es preciso que el acto de ejecución pruebe, no solamente el conocimiento del acto y el vicio que lo mancha, sino además la intención de reparar este vicio. Es lo que la Corte de Casación decidió en un caso en que los herederos del donante habían concurrido y ejecutado los ac-

1 Bar leos, 23 de Marzo de 1853 (Daloz, 1853, 2, 223).

tos que atacaron después de largo silencio; la Corte Metz había declarado un no ha lugar, y la Corte de Casación juzgó que la sentencia atacada, no se fundaba sino sobre el conocimiento que los herederos habían tenido de las donaciones; que se necesitaba, además, que tuviesen la voluntad de renunciar á su acción en nulidad. (1)

634. ¿Cuáles son los actos de ejecución que implican renuncia al derecho de obrar en nulidad? Es imposible contestar á esta pregunta en términos generales; se trata de la voluntad; luego de un punto de hecho. Nos limitamos á citar algunos ejemplos tomados en la jurisprudencia, la que es muy numerosa en esta materia.

La obligación es nula; el deudor lo sabe, y, sin embargo, pide un plazo para pagar. ¿Esto indica la intención de confirmar? Puede decirse que aquel que quiere pedir la nulidad, no necesita plazo; tiene un medio más enérgico de ponerse al abrigo de una acción, es el de provocar la nulidad de la obligación. Pero puede decirse también, que el deudor solicita un plazo únicamente para prevenir las promociones mientras tenga reunidos los elementos necesarios á su acción. Queda, pues, una duda; desde que la voluntad de renunciar no es segura, no hay confirmación, pues no se admite renuncia por vía de probabilidad ó de conjetura; hay dos sentencias en este sentido. (2)

Ha sido juzgado que, consentir una hipoteca para seguridad de una obligación tachada de dolo y de fraude, no es una confirmación. (3) En teoría, habríamos decidido lo contrario; dar una garantía real á una obligación, es darle nueva fuerza. ¿Le fortifica una obligación cuando se sabe

1 Casación, 12 de Junio de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,589, 3°)

2 Rennes, 8 de Abril de 1835 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,538, 1°). Lyon, 24 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1855, 5, 295).

3 Denegada, 20 de Diciembre de 1872 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,043, 8°)

que es nula y que se tiene la intención de demandar su nulidad? De hecho, la Corte puede haber juzgado bien. Aquel que constituye hipoteca, puede decirse que nada arriesga, que si la obligación principal es nula, también lo será la hipoteca; si la consiente, es sin duda porque el acreedor lo exige; es, pues, para impedir promociones que consiente en hipotecar, lo que excluye la intención de confirmar. Puede decirse además, y parece que este es el motivo que determinó la Corte de Casación, que considera una hipoteca la que no estaba convenida, cuando el acto principal no es "ejecutar" el acto, es "agregarle algo." Pero este motivo no satisface, porque puede haber otros medios de confirmar una convención que no sean ejecutarla.

635. ¿La ejecución puede invocarse como confirmación tácita? Domat dice formalmente que el menor confirma una obligación consentida durante su menoría: si llegado á la mayor edad, hace el pago á su acreedor por el "todo" ó por una parte. La Corte de Casación ha juzgado en en el mismo sentido en vista de las conclusiones de Merlin pero el debate no portaba sobre la ejecución parcial; este punto no fué ni discutido, sin duda porque pareció incontestable. (1) Esta es la opinión de los autores modernos. La intención de confirmar es la misma; la ejecución sea parcia ó total, y desde que hay voluntad de confirmar, la confirmación existe, y la obligación es válida.

636. ¿Ofertas hechas por el deudor para ejecutar la obligación entrañan confirmación tácita? La Corte de Casación juzgó que ofertas no aceptadas, no eran una ejecución de contrato y, por consiguiente, no implicaban la renuncia á la acción en nulidad. (2)

1 Denegada, 4 thermidor año IX (Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Menor*, pfo. III, t. X, pág. 210).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 8 de Abril de 1835 [Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 547]. Casación, 18 de Enero de 1870, [Daloz, 1870, 1, 127].

¿No es esto demasiado absoluto? sin duda los ofrecimientos de ejecutar no son una ejecución, pero allí no está la cuestión. ¿No puede haber otros casos de confirmación tácita? Todo acto manifestando con certeza la voluntad de confirmar. ¿No es una confirmación? (núm. 521) ¿y la oferta sería de ejecutar un contrato, no es una prueba de la voluntad de ejecutar? La Corte de Apelación, en el caso, había motivado diferentemente la decisión que fué confirmada por la Corte de Casación. En el momento en que la oferta había sido hecha, el deudor ignoraba el vicio de que adolecía el acto; desde luego, la oferta de ejecutar no podía manifestar intención de repararlo.

637. Se ve que los hechos de ejecución pueden ser dudosos, en este sentido, que es incierto si aquel que los asentó tuvo la intención de confirmar el acto. De esto nace la cuestión de saber si aquel que ejecuta puede, haciendo reservas, conservar el derecho de promover en nulidad. La Corte de Casación casó una sentencia en la que se admitieron reservas. "Es el principio, dijo, consagrado por la antigua y moderna jurisprudencia, que las reservas y protestas contra un acto que se ejecuta voluntariamente y que por tanto se podía haber evitado ejecutar, son sin fuerzas y sin eficacia, como inconciliables é incompatibles con la ejecución que se ataca." (1) Esta decisión es demasiado absoluta, y sobrepasa seguramente la intención de la corte. En el caso, los hechos de ejecución eran tales, que no dejaban duda alguna acerca de la voluntad de confirmar el acto nulo. Se podía, pues, aplicar el antiguo adagio que la protesta es inoperante cuando está en contradicción con el hecho contra las consecuencias del cual se protesta; no se puede á la vez confirmar y protestar que no se confirma.

Pero se presentan muchos casos en los que la intención

1 Casación, 28 de Julio de 1829 [Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,528, 1°].

de confirmar es dudosa; ¿por qué no poder declarar, en esos casos que no se pretende confirmar? Es lo que la Corte de Casación decidió en otro caso. Se trataba de la venta, de cosa ajena; el dueño había recibido las cuentas y valores y los había transmitido después de la venta, pero protestando formalmente contra la venta y haciendo reservas expresas de una demanda en nulidad y reivindicación. A pesar de esas reservas, la Corte de Apelación declaró no haber lugar á la demanda en nulidad; la decisión fué casada. (1)

638. Se pregunta si los actos de ejecución pueden ser apreciados por la Corte de Casación, ó si la apreciación del juez del hecho es soberana. Ordinariamente la Corte pronuncia sentencias de denegada, declarando que al juez del hecho toca decidir, según las circunstancias de la causa, y que su sentencia en este punto es soberana. (2) Pero es menester no tomar estas decisiones en el sentido de que la Corte de Casación no puede apreciar los caracteres legales de hechos comprobados por la Corte de Apelación: las sentencias de casación que la Corte ha pronunciado en esta materia, prueba que no pretende la Corte abdicar el derecho que le pertenece de apreciar el carácter legal de los hechos y de juzgar, en consecuencia, si hay ó nó confirmación. Nos limitamos á citar una sentencia reciente, por la que se establece claramente el derecho de la Suprema Corte. La Corte de Rennes había admitido la confirmación de una venta nula, fundándose en los hechos siguientes: El comprador había adquirido un inmueble de mano de uno solo de los copropietarios, el cual había contratado en nombre de los demás. Se pretendía que estos últimos habían confirmado la venta, que era nula como venta de

1 Casación, 18 de Enero de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 127).

2 Denegada, 28 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 81) y las sentencias citadas por Dalloz en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,549.

cosa ajena. El comprador había tomado posesión de la cosa en presencia de todos los copropietarios; había procedido á una vista de ojos, con estimación por perifos, de las superficies y edificios comprendidos en la venta; había pagado el precio, parte á antiguos dueños con descarga de los copropietarios del vendedor, y parte á estos últimos por cuenta suya y por la de los demás interesados no legalmente representados en el recibo. Además, el inmueble no había sido comprendido en una declaración de mutación hecha después de la muerte de uno de los copropietarios al que los otros habían sucedido. La Corte de Casación comenzó por recordar el principio de que no se presume que nadie renuncie á su derecho; es por aplicación de este principio que la ejecución voluntaria de un acto no entraña un fin de no ha lugar contra la acción de nulidad de que es objeto sino cuando la ejecución alegada implica "directa y necesariamente," contra aquel que la opondrá, la prueba de que tuvo conocimiento del vicio y "la intención formal" de cubrirlo y repararlo. Cuando la Corte de Apelación decide que las partes interesadas han conocido, aprobado y confirmado el acto, esta confirmación no puede sacar fuerza legal más que de los mismos hechos que le sirven de fundamento. A este respecto, la Corte de Casación es competente para comprobar y revisar, al punto de vista jurídico, la apreciación de los hechos. Y, dice la sentencia, los hechos relatados no son personales al demandante en nulidad; además, se relacionan todos con hechos exteriores que constituyen á lo más una cierta notoriedad más ó menos vaga; no se puede ni aun inducir la prueba de que los demandantes han conocido la nulidad de la venta, y mucho menos aún que quisieron cubrirla, pues no existe un solo hecho propio y directo á su cargo que tienda á justificar que tal era su intención. (1)

1 Casación, 28 de Noviembre de 1866, (Dalloz, 1866, 1, 469).

*Núm. 2. Aplicación del principio.**1. De los menores.*

639. El art. 1,311 dice que el menor ya no puede admitirse á volver contra sus obligaciones que suscribió en su menor edad, cuando lo ratificó en su mayoría. ¿Puede esta confirmación ser tácita? No es dudosa la afirmativa; es verdad que el art. 1,311 nada dice de la confirmación tácita, pero la palabra “ratificar” de que se sirve la ley, se aplica á la confirmación tácita, tanto como á la confirmación expresa; una y otra tienen por objeto ratificar el acto nulo, renunciando la acción en nulidad. El art. 1,311 solo asienta el principio; y hallamos su aplicación en el artículo 1,338, que pone la ejecución en la misma línea que la confirmación expresa por un acto confirmativo. Esto es de jurisprudencia. (1)

Las condiciones de la confirmación tácita son idénticas para el menor como para el mayor de edad. Es preciso que los hechos asentados por el menor expresen después de su mayor edad clara y necesariamente la intención de confirmar el acto nulo que hizo en su menoría. La Corte de Lyon dice muy bien, es una aplicación particular de la regla general que nadie es considerado como renunciante á su derecho cuando no hay pruebas en contra. (2) Se sigue de esto que el silencio y la inacción del menor llegado á mayor edad no bastan para entrañar su renuncia. Ha sido juzgado que el menor que continúa poseyendo los bienes puestos en su lote en una partición irregular, no confirma tácitamente esta partición. El silencio del menor debe continuar durante todo el tiempo requerido por la prescripción

1 Bruselas, 10 de Enero de 1822 (*Pasicrisis*, 1822, pág. 19). Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 4 de Abril de 1844, (*Pasicrisis*, 1844, 1, 179).

2 Lyon 3 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1854, 5, 634 y siguientes).

para que la ley induzca la confirmación tácita del acto nulo. (1) Pero si el menor, llegado á su mayor edad, ejecuta una venta irregular hecha en su menoría, esta ejecución, que no está obligado á ejecutar, no puede explicarse más que por su voluntad de aprobarla. Así fué juzgado por la Corte de Bruselas. Se objeta que el comprador no había intervenido en el acto de ejecución. La objeción descansaba en un error. La confirmación no es una convención que exige el concurso de ambas partes contratantes, es una renuncia dada por aquel que tiene derecho de atacar el acto en razón de su incapacidad; en cuanto á la otra parte, la venta siendo válida á su respecto, no es necesario que concurra á la ejecución del acto. (2)

640. Hay actos interesando al menor que dan lugar á particulares dificultades. Tal es la cuenta de tutela. El tutor cede todos los derechos del menor á favor de una sociedad de la que su autor era socio; menciona el precio de la cesión en su cuenta de tutela. ¿Hay confirmación del acto nulo cuando el menor, llegado á su mayor edad, aprueba la cuenta después de haber conocido todos los títulos relativos á la sucesión? La Corte de Dijon admitió la confirmación, é intentada la casación ésta fué denegada. (3) La decisión nos parece dudosa. La cuenta de tutela no daba á conocer al menor la nulidad de la cesión; hubiérase necesitado hacer constar que había tenido conocimiento de este acto así como del vicio que lo manchaba. ¿Y qué sabe un menor sin conocer sus negocios, ignorando lo más á menudo las más simples nociones de derecho, qué sabe, decimos, de los vicios que hacen nula la cesión de sus derechos en favor de una sociedad?

641. Las particiones hechas por el tutor sin observar las

1 Bruselas, 21 de Enero de 1843 (*Psicrisia*, 1843, 2, 300).

2 Bruselas, 19 de Abril de 1844 (*Psicrisia*, 1844, 2, 149; Dalloz, núm. 2,988, 4.º)

2 Denegada, 9 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 165).

formas legales, ¿pueden ser confirmadas? Esas particiones son provisionales; es decir, que solo son válidas para el usufructo. La cuestión es, pues, saber si una partición de usufructo puede ser transformada en partición definitiva por una confirmación expresa ó tácita. Hemos resuelto la cuestión negativamente (t. X núm. 283); es la opinión contraria la que domina en la jurisprudencia. Los principios que acabamos de exponer parécenos vienen en apoyo de nuestra opinión. Confirmar es renunciar al derecho de promover en nulidad. Pues bien, la partición provisional no es nula, la acción que pertenece al menor, no es acción en nulidad; ¿á qué, pues, renunciaría? Tiene el derecho de pedir una nueva partición, pero una nueva partición es una nueva convención, y para la validez de esta convención se necesita más que la voluntad del menor, es preciso un concurso de voluntades, lo que nos coloca fuera de los principios que rigen la confirmación.

642. Hay un acto y es uno de los más importantes, el contrato de matrimonio, que el menor puede hacer durante su menor edad, con la condición de estar asistido de aquellos cuyo consentimiento es necesario para la validez de su matrimonio. Es una disposición esencial y excepcional que solo recibe su aplicación en las convenciones matrimoniales propiamente dichas; volverémos sobre ese punto en el título que es el sitio de la materia. Se sigue de esto que el menor no puede hacer ninguna renuncia extraña al objeto del contrato matrimonial; luego no puede confirmar una venta nula. Es preciso, á este respecto, mantener el principio establecido por el art. 1,311; los actos hechos en la menoría no pueden ser confirmados por el menor sino cuando alcanzó su mayor edad. La jurisprudencia está dividida. (1)

1 Grenoble, 5 de Agosto de 1859. Limoges, 29 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 39). En sentido contrario, Grenoble, 10 de Julio de 1860 (*ibid.*, pág. 40).

643. El menor puede tener dos acciones; ¿la renuncia á la una entraña también la renuncia á la otra? Nó, sin ninguna duda, puesto que las renunciaciones son de derecho estricto. La Corte de Casación lo juzgó así en el caso de una partición irregular, por consiguiente, nula en la forma; además, el menor estaba ligado por más de un cuarto. Esas dos acciones no tienen nada de común, una pertenece solo al menor, la otra pertenece al menor y al mayor. Se sigue de allí que la reparación de uno de los vicios no repara el otro. (1)

2. *Confirmación de las donaciones nulas en la forma.*

644. El donante no puede confirmar la donación nula en la forma; pero la ley permite á sus herederos hacerlo expresa ó tácitamente. Hemos dado las razones de esas singulares disposiciones (arts. 1,339 y 1,340). Cuanto á la confirmación tácita, el art. 1,340 se sirve de la expresión que se halla en el art. 1,338: la "ejecución voluntaria" de la donación. Es preciso aplicar á la confirmación tácita hecha por los herederos del donante, lo que acabamos de decir de la confirmación en lo general.

¿Qué es la ejecución voluntaria? Hemos dicho que se entiende por ejecución voluntaria, la que se hace con conocimiento del vicio y con intención de repararlo. La Corte de Casación ha consagrado esta interpretación. Se pretendía que los herederos habían confirmado la donación hecha por el difunto. Para que la ejecución, dice la Corte, produzca el mismo efecto que el acto confirmativo, es necesario que sea voluntaria. Y en la sentencia atacada, constaba que la viuda había obrado sin conocimiento de causa, ignorando los medios de nulidad que podía hacer valer contra la donación. Luego la ejecución no era voluntaria en el sentido

1 Denegada, Sala de lo Civil, 8 de Febrero de 1841 (Daloz, en la palabra *Prescripción*, núm. 637, 2º).

de la ley; no puede renunciarse á un derecho que se ignora. (1) Claro está que los herederos deben conocer el vicio en el momento mismo en que ejecutan el acto; su conocimiento posterior no les impediría para obrar en nulidad; es preciso decir que este conocimiento es el que les da la facultad de promover. (2)

645. Merlin admite que los herederos se presuponen conocedores de los vicios de forma, porque estos son aparentes y que basta leer el acta para conocerlos. La Corte de Riom habia aplicado este principio; su sentencia fué casada, como debía de ser. (3) Nadie se presume renunciante de su derecho: Tal es el punto de partida de la teoría del Código acerca de la confirmación; no puede, pues, tratarse de una renuncia ni, por tanto, de una confirmación que no tenga otro fundamento que la "presunción" del conocimiento del vicio de que adolece el acta; se necesita un conocimiento real y cierto, y una intención muy segura de reparar el vicio. El pretendido principio de Merlin, es pues, una oposición á la doctrina que el Código tiene consagrada. Se relaciona á esta antigua máxima que nadie debe ignorar el derecho. Nos referimos á lo que se dijo en el número 632.

646. La jurisprudencia está en este sentido. Se pretendió que unos herederos habian confirmado una institución contractual, por solo haber pagado los derechos de mutación debidos por aquella donación. Todo lo que puede inducirse de esto, dijo la Corte de Metz, es que los herederos aun no se habian resuelto á atacar el acto de donación, pero no se puede concluir que tengan voluntad de ejecutarla. Es preciso para esto un hecho positivo y que

1 Denegada, 25 de Noviembre de 1824 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,596). Compárese Bourges, 23 de Mayo de 1840 (Daloz, núm. 4,591, 4°).

2 Amiens, 2 de Abril de 1840 (Daloz, núm. 4,591, 3°).

3 Riom, 13 de Marzo de 1855 (Daloz 1855, 2, 183).

no deje ninguna duda. (1) Poco importa que se traté de vicios de forma. Se necesitaría, cuando menos, dice la Corte de Casación, que los herederos hubiesen tenido conocimiento del acta; (2) se necesitaría más; puede leerse una acta sin apercibirse de los vicios de forma que tiene; el juez del hecho debe, pues, comprobar que los herederos conocían el vicio de la donación. El silencio de los herederos no basta: es de derecho común. (núm. 639). (3)

### 3. *Partición de ascendientes.*

647. Las particiones dan lugar á dificultades especiales, en lo que concierne á su confirmación. Hemos explicado en el título "De las Sucesiones," la disposición del art. 892 y nos referimos á lo que se dijo en el título "De las Donaciones y Testamentos," sobre la partición de ascendientes. La gran dificultad consiste en saber si la partición entre vivos, puede ser confirmada durante la vida del ascendiente. Cuanto á la confirmación misma, está sometida al derecho común; es preciso el conocimiento del vicio y la intención de repararlo. (4) La confirmación tácita se hace por ejecución del reparto; es preciso que esta ejecución sea voluntaria, en el sentido de que los copartidores tengan la voluntad de confirmar. (5)

### § V. —PRUEBA DE LA CONFIRMACION.

648. Desde que se trata de la prueba de un hecho jurídico, las incertidumbres abundan. Cuando la confirmación

1 Metz, 2 de Mayo de 1840 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 4,593, 2°)

2 Denegada, Sala de lo Civil 31 de Marzo de 1844 (Daloz, número 4,594, 2°)

3 Casación, 12 de Enero de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,589). Burdeos, 6 de Agosto de 1834 (Daloz, en la palabra *Bienes*, núm. 236),

4 Agen, 28 de Mayo de 1850 (Daloz, 1852, 2, 8).

5 Angers, 25 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 2, 56).

es expresa, las partes redactan, de ordinario, un acto; nos referimos á lo que acaba de decirse á propósito del acto confirmativo. ¿Si es un escrito privado deberán hacerse varios originales? No, á no ser que la confirmación se haga por vía de transacción de manera que haya una convención sinalagmática. Por sí misma, la confirmación es un hecho unilateral al que no se puede aplicar el art. 1,325 ni el artículo 1,326. Basta, pues, la firma requerida para todo acto y las formas prescriptas por el art. 1,338.

649. Cuando la confirmación se hace por la ejecución de acto, la prueba se rige por el derecho común, puesto que el Código no dice lo contrario. ¿Cuál es ese derecho común? Trátase de saber si la prueba testimonial y las presunciones son admitidas. Aquel que invoca la confirmación, debe, desde luego, preveer los hechos de ejecución. Si los hechos, son hechos puros y simples, puede probarlos por testigos, y, por lo tanto, por presunciones; si son hechos jurídicos, la prueba testimonial y las presunciones no son ya admisibles á enajenar; recibir un pago son hechos jurídicos que no se prueban por testigos sino cuando el monto del litigio no pasa de 150 francos. Hacer construcciones ó trabajos cualquiera en un inmueble, son hechos materiales cuya prueba testimonial es admitida indefinidamente.

La Corte de Casación consagró estos principios. Recibir arrendamientos, es un hecho jurídico; el uso y la simple prudencia quieren que aquel que paga exija un recibo; sin embargo, el Tribunal había admitido por presunción que los arrendamientos habían sido saldados y había concluido que la nulidad estaba cubierta por la confirmación. El error era evidente; la sentencia fué casada. (1) La sentencia de la Corte solo aplica los principios elementales,

1 Casación, 9 de Mayo de 1842 (Daloz, en la palabra *Organización de la Argelia*, núm. 853).

como prueba. Esto es precisamente el conocimiento de esos principios que hace falta y que es la causa de tantos errores. (1)

650. El conocimiento del vicio y la intención de repararlo, deben también ser probados. Es siempre el derecho común el que rige la prueba. Estos hechos no son de naturaleza que puedan constar por escrito. Puede haber prueba literal, la correspondencia de las partes, por ejemplo. Pero no se puede exigir un escrito porque no ha dependido de aquel que prueba el conocimiento del vicio y la intención de repararlo, el procurarse una prueba literal de estos hechos. Puede, pues, invocar el art. 1,348: la prueba se hace lo más á menudo por presunciones; es decir, que se induce de las circunstancias de la causa.

Ha sido juzgado que un marido que no autoriza á su mujer, debe conocer el vicio, de donde concluye la sentencia que nada hay que probar. (2) El hecho lo conoce, pero puede ignorar sus consecuencias legales; es decir, que puede ignorar el derecho. La Corte implícitamente admite que nadie es considerado como ignorante del derecho. Falsa máxima en nuestra opinión, cuando se trata de intereses puramente privados. Es, pues, preciso, que el marido tenga conocimiento del vicio; es decir, que él sepa que el defecto de autorización viciaba el acto consentido por la mujer.

651. El deudor ejecuta un acto nulo. ¿Quién debe probar que conocía el vicio y que tenía la intención de repararlo? Ha habido alguna vacilación en este punto, en la doctrina y en la jurisprudencia. Es menester aplicar los principios elementales que imponen la carga de la prueba á aquel que formula una demanda, y á aquel que opone una excepción. El demandante en nulidad debe probar el fun-

1 Véase la crítica que Dalloz hace de la sentencia, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,525.

2 Denegada, 1.º de Febrero de 1843 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,530, 1º).

damento de su demanda; es decir, la causa de nulidad, el vicio de que adolece el acto litigioso. A esta demanda el demandado opone que el vicio está cubierto por la confirmación tácita, resultado de la ejecución del acto. ¿Basta para esto, que pruebe un hecho cualquiera de ejecución? Nó, porque la ejecución debe ser voluntaria para que haya confirmación, lo que quiere decir que aquel que ejecuta debe haber conocido el vicio y haber tenido la intención de repararlo. Luego toca á aquel que opone la confirmación, probar todos los elementos constitutivos de la misma.

La cuestión es, sin embargo, controvertida. Merlin había al principio, sostenido que aquel que se prevalece de la confirmación, debe probar que la parte obligada al "ejecutar el acto, tenía conocimiento del vicio, y por tanto, intención de repararlo. Toullier critica esta opinión; es contraria, según él, al art. 1,338 que expresamente dice, que á falta de acta de confirmación, "basta" que la obligación sea ejecutada voluntariamente. Si la ejecución voluntaria "basta" aquel en provecho de quien el contrato es confirmado por la ejecución, no tiene nada más que probar. No está obligado á probar que el deudor conocía el vicio del contrato cuando voluntariamente lo ejecutó; al contrario, a este último toca probar que no lo conocía. Toullier olvida que la ejecución debe ser voluntaria y que es la ejecución "voluntaria" la que debe ser probada; pues bien, para que la ejecución sea voluntaria, es preciso que el deudor conozca el vicio, y que tenga la intención de repararlo. El texto textifica, pues, en contra de la interpretación de Toullier. Toda vez la argumentación de Toullier indujo á Merlin á retractarse de su opinión; agregó, que el error no presumiéndose, toca probarlo á aquel que lo invo-

ca. (1) El nuevo argumento no vale más que el de Toullier. Sin duda, si un acto es atacado por vicio de error, aquel que funda su demanda ó su excepción sobre el error, debe probarlo. Pero en el caso, el demandante en nulidad, no invoca el error en que se hallaba el deudor que ejecutó el acto, no debe probar que el acto no ha sido confirmado; la confirmación es una excepción que el demandado opone á la demanda; el demandado que alega la confirmación, debe, pues, probar su existencia. (2)

La jurisprudencia se pronunció en contra de la opinión de Merlin y de Toullier. Una mujer demanda la nulidad de una obligación contratada sin autorización marital. ¿Qué debe probar? que era casada y que no ha sido autorizada. Si los terceros que han tratado con ella, le reconocieron la calidad de mujer casada en la misma acta, entonces la mujer nada tiene que probar. Se le opone la confirmación por ejecución voluntaria de la convención; ¿qué deben probar los demandados? que la mujer ha ejecutado voluntariamente en una época en que era capaz para confirmar; es decir, después de la muerte de su marido. El debate tocaba este punto último: la Corte resolvió que tocaba la prueba á los demandados. (3)

652. Los autores admiten una excepción á estos principios para el error de derecho. Cuando el demandante ha establecido el hecho de la ejecución y ha probado que el deudor conocía el vicio, es al deudor, que pretende ignorar las consecuencias jurídicas de este hecho, á quien to-

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 467, núm. 519. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ratificación*, núm. 9; *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Ratificación*, pfo. V, núm. 5.

2 Larombière, t. IV, 2, pág. 627, núm. 27 del art. 1,333 (Ed., tomo III, pág. 133). Aubry y Rau, t. IV, pág. 267, nota 22, pfo. 337.

3 Alger, 27 de Junio de 1855 (Daloz, 1856, 2, 275). Compárese, Bruselas, 8 de Febrero de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 2, 57). En Cameración, la requisitoria del Procurador general Dewandre; la Corte no decidió la cuestión (*Pasicrisia*, 1841, 1, 170 y siguientes).

ca justificar el error de derecho, porque ninguno se presume ignorante de la ley. (1) No admitimos esta máxima en las relaciones de intereses privados; por tanto, desechamos la aplicación que de ella se hace á la confirmación. La distinción que se establece entre la ignorancia de derecho y la ignorancia de hecho, no es consagrada por ningún texto, está en oposición con las disposiciones generales del Código, como lo hemos probado al tratar del error (t. XV. núm. 507).

### § VI.—EFECTO DE LA CONFIRMACION.

#### *Núm. 1. Entre las partes.*

653. La confirmación retrotrae al día en que la obligación ha sido contratada. Esto resulta de la misma esencia de la confirmación. Es una simple renuncia á los medios y excepciones que se pudieran oponer contra un acto nulo. Tales son los términos del art. 1,338. La renuncia purga el acto del vicio de que adolecía; es pues, la misma obligación la que siempre subsiste y que produce naturalmente sus efectos desde el día en que fué contraída. El principio es admitido por todo el mundo; es, pues, inútil insistir. (2)

654. La confirmación entraña la renuncia á los medios y excepciones, dice el art. 1,338. Esta disposición es concebida en los términos los más generales, se aplica, pues, á toda excepción, aun á la de falta de pago. La Corte de Casación lo juzgó así en un caso en que el acto auténtico llevaba recibo y liberación. Oponer la excepción de falta de pago, dice la Corte, sería en el fondo, demandar la nulidad

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 367, nota 23, pfo. 337. Denegada, 11 de Julio de 1859, (Dalloz, 1859, 1. 323).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 269, nota 34, pfo. 337 y los autores que allí se citan.

ó la rescisión parcial del acto en lo que concierne al recibo que contiene; pero esta excepción está cubierta, como todas las otras, por la ejecución voluntaria que el acto recibió, pues el art. 1,338 es general, envuelve todos los medios de nulidad ó de rescisión, sean absolutos ó parciales, que una de las partes hubiera podido oponer al acto antes de haberlo voluntariamente ejecutado. (1) Este decreto nos deja alguna duda. No es exacto decir que la excepción de falta de pago tiende á nulificar el acto. La falta de pago no es un vicio que tache el acto, éste puede ser perfectamente válido, aunque el deudor no pague. Si el escrito que comprueba la convención, comprueba también el pago, este recibo hace fé en la deliberación, sin perjuicio de atacar el acto por la inscripción en falso ó por la prueba contraria.

655. La redacción del art. 1,338 es demasiado absoluta. No es exacto decir que aquel que confirma renuncia á todos los medios de nulidad que pudiera oponer al acto. Cuando hay varias causas de nulidad, es preciso ver si aquel que confirma tenía conocimiento de todos los vicios y si tuvo la intención de repararlos todos. Si no conoce más que uno de esos vicios en el momento en que confirma, es bien claro que los otros no han sido borrados. Y suponiendo que los conozca todos, es preciso, además, ver si su intención fué cubrirlos á todos también. En la confirmación que consta por acto confirmativo, esto es de evidencia, porque el acto debe indicar la causa de nulidad que el deudor quiere cubrir, si hay otro vicio no quedará reparado por el solo hecho de no ser mencionado. En la confirmación tácita, es más difícil decir cuales son los vicios que el deudor quiso borrar al ejecutar la convención; pe-

1 Casación, 5 de Enero de 1830 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,551).

ro no son sino dificultades de hecho; el principio es idéntico. (1)

La jurisprudencia está en este sentido. Una madre ejecuta el contrato de matrimonio en que figuró; pide más tarde su nulidad. Se le opone la confirmación resultando de la ejecución voluntaria. La madre contesta que en la época en que ella hizo los actos de ejecución, solo tenía derechos de ejercer por sí; es solo á esos derechos á los que renunció al ejecutar el acto. Más tarde heredó de su hija y tuvo derechos que ejercitar por parte de su hija. ¿Puede decirse que al ejecutar el contrato de matrimonio, renunciaba derechos que aun no estaban abiertos? La Corte de Casación juzgó bien que no se pueden renunciar derechos que no se tienen. Cita por analogía el art. 2,050 en los términos del que aquél que habiendo transigido sobre un derecho que tenía por sí, adquiere después un derecho semejante de parte de otra persona, no está ligado, en cuanto á este nuevo derecho, por la transacción anterior: Hay igual razón de decidir para la confirmación. (2)

Un menor compra un inmueble conjuntamente con otras personas, y se somete á la solidaridad para el pago del precio. Tiene dos acciones: desde luego puede promover en reducción de su obligación, probando que es excesivo. Puede, además, atacar la cláusula de solidaridad, como excediendo los límites de su capacidad. Son dos acciones distintas, una en reducción, la otra en nulidad. La Corte de Tolosa, ha juzgado que la intención del menor, confirmando la venta, fué únicamente de renunciar á la acción en reducción; de suerte que consideraba el derecho para

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 269, nota 33, pfo. 337. Larombière, t. IV, pág. 623, núm. 34 (Ed. B., t. III, pág. 132). Orléans, 9 de Enero de 1845 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,583).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 18 de Agosto de 1840 (Daloz, en la palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 312).

atacar la cláusula de solidaridad. Se pidió la casación y fué denegada; la cuestión concernía á la intención de aquel que confirmó, y el derecho de escudriñar esta intención pertenecía al Juez del fondo, cuya apreciación, en este punto, es soberana. (1)

656. La confirmación puede también ser condicional. En este caso, se aplican los principios que rigen la condición; si desfallece, no habrá habido confirmación; el deudor, por consiguiente, conserva todos los medios y excepciones que puede hacer valer contra el acto. El marido como administrador de los bienes dotales, puede recibir los capitales debidos á su mujer, pero no puede obligarla con terceros, sin su expreso consentimiento. Si recibe por cuenta de su mujer, fondos que no le son debidos, la mujer no será constituida deudora. En el caso, la mujer habrá recibido sumas sin autorización marital. La Corte Rouen, validó todos esos pagos dando por motivo que la mujer había sido asistida por su marido en los diversos actos que habían tenido por objeto los pagos á ella hechos. Pero la Corte había descuidado de especificar esos actos; de suerte que era imposible verificar si reunían las condiciones exigidas por la ley para operar la confirmación. Se objetaba que en primera Instancia, la mujer había admitido formalmente á su débito, las sumas que había irregularmente recibido. La Corte de Casación, contesta: que esto era en el supuesto que por el resultado de las cuentas, y hecha toda compensación, ella resultaría acreedora. Esto era, pues, una confirmación condicional. La condición no se realizó; en lugar de ser acreedora, se volvió deudora; la condición bajo la que ella había renunciado á sus derechos haciendo falta, quedaba con todos sus derechos. (2)

1 Denegada, 29 de Junio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 33).

2 Casación, 19 de Agosto de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 839).

*II. Con relación á terceros.**1. Principio.*

657. Después de haber dicho que la confirmación ó la ejecución voluntaria entraña la renuncia á los medios y excepciones que se podían oponer contra el acto, el artículo 1,338 agrega: "Sin perjuicio del derecho de tercero." Esta restricción ha sido por las observaciones del Tribunal. "Si alguno, dice la Sección de Legislación, otra que las partes contratantes es perjudicado por el acto de confirmación, reclamará y, en el caso en que su reclamación esté fundada, la justicia le será impartida." (1) La explicación es tan incierta como el texto. Es menester precisar mejor el principio, porque la explicación da lugar á numerosas dificultades. ¿Qué se entiende por terceros, y por qué la confirmación no retrotrae con relación á ellos?

El art. 1,338 supone que los terceros tienen un derecho en el momento en que se hace la confirmación; la confirmación si retrotraía, les quitaría este derecho; y ellos lo tienen de aquel que confirma, después de haberles acordado este derecho; puede muy bien renunciar á la facultad que tiene de promover en nulidad, pero no puede quitar á los terceros al confirmar, un derecho que él mismo les ha dado. Así, un menor vende un inmueble; esta venta es nula. Llegado á mayor edad, vende el inmueble á un tercero, y después confirma la venta hecha en menoría; ¿es que esta confirmación retrotraerá con relación al segundo adquirente? Nó, pues si ella retrotraía, quitaría al segundo comprador el derecho que el menor le concedió; y la confirmación no puede perjudicar á terceros, dice el art. 1,338.

Esta restricción que la ley hace al efecto retroactivo de la confirmación, está fundado en el derecho y en la equi-

1 Observaciones del Tribunal, núm. 74 )Loaré, t. VI, pág. 136).

dad. Confirmar es renunciar; y bien podemos renunciar á nuestros derechos, pero no podemos renunciar á los derechos de terceros. La cuestión es, pues, saber si la conven- ción hecha con el tercero antes de la confirmación, le dió un derecho que la confirmación no puede quitarle. En el ejemplo que hemos dado, la afirmativa es segura. Yo ven- do un inmueble siendo menor; la venta es nula. Llegada mi mayor edad, vuelvo á vender á un tercero. Como ven- dedor me obligo á transferir la propiedad al comprador; para transferirla tengo de ser dueño; lo soy todavía si la venta que hice en memoria es nula, y si entiendo hacer va- ler esta nulidad. Vender el inmueble á un tercero, después de haberlo vendido en memoria, es, pues, renunciar con re- lación al tercero, al derecho que tenía de confirmar la ven- ta; luego no puedo ya con relación al tercero, confirmar la venta, porque sería violar la obligación que contraje ven- diendo; de hacer propietario al comprador soy libre para confirmar, porque no renuncié al derecho de confirmación de una manera absoluta, solo renuncié en favor del tercer comprador. Si, pues, confirmo después de haber vendido, la primera venta hecha en mi memoria, la confirmación se- rá válida, pero no podrá ser opuesta al tercero. Lo que decimos de una venta, se aplica á la concesión de todo de- recho real. El principio es idéntico: no pertenece á aquel que tiene conferido un derecho sobre una cosa el quitar este derecho adquirido. La buena fe y la equidad, están de acuerdo con el derecho. Cuando vendo un inmueble que ya tengo vendido, no lo hago con la intención de con- firmar después la primera venta hecha en memoria, esto se- ría una intención dolosa que no se debe suponer en el ven- dedor. La buena fe se presume; debe, pues, admitirse que la venta hecha en mayor edad, implica la renuncia al de- recho que tenía para confirmar la venta que tenía hecha en memoria se dirá que esto es apartar la mala fe en favor

del segundo comprador, para hacer víctima de ella al primer adquirente. Nó, la primera venta había sido hecha en menoría, luego por un incapaz. Si á algúien podía reprocharse una falta, es á aquel que trató con el menor; y si el vendedor tenía un escrúpulo, no debía vender la misma cosa en la mayor edad. Podrá, además, dar satisfacción á este escrúpulo, confirmando posteriormente, pero á condición de mantener los derechos de su segundo adquirente. (1)

658. La jurisprudencia ha consagrado estos principios. Se lee en un decreto de la Corte de Bruselas, que la confirmación no puede quitar un derecho adquirido. (2) ¿Qué derechos se adquirieren, en el sentido que aquel que confirma no puede quitarlos? Un menor emancipado, vende el 23 de Octubre de 1806, asistido por su curador, pero sin ninguna otra formalidad, varios inmuebles á Pedro; el 12 de Noviembre de 1809, vende esos bienes á Pablo, el 14 de Noviembre confirma la venta que hizo en la menor edad. ¿Esta confirmación retrotrae al día de la primera venta? En este caso, la segunda sería nula, quitaría, pues, al segundo adquirente el derecho que tenía; lo que según el art. 1,338 no puede ser. Luego la confirmación no debe retrotraer á perjuicio del segundo comprador. ¿Es esto decir que la segunda venta no será válida? Lo será con relación al vendedor, pero no lo será con relación al segundo comprador. ¿Pero el segundo comprador, no es parte con relación al vendedor? La Corte responde que al vender á Pablo después de su mayor edad los inmuebles que habían vendido á Pedro en su menoría, cedió al segundo adquirente sus derechos y acciones para hacer va-

1 Bruselas, 6 de Marzo de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 316).

2 Larombière, t. IV, pág. 653 y siguientes, núm. 58 del art. 1,338 [Ed. B., t. III, pág. 141]. Marcadé, t. V, pág. 201, núm. 5 del artículo 1,338.

ler la nulidad de la primera venta: si no, la segunda venta hubiera sido decisoria. (1) La explicación no es la que hemos dado, y no nos parece justa. Si el vendedor cedía su acción en nulidad, no podía confirmar la primera venta, y es incontestable que lo podía. Mejor es atenerse al texto del art. 1,338 y decir que el menor al volver á vender en su mayor edad, renunciaba el derecho de confirmar la primera venta al perjuicio del segundo adquirente; sin renunciar la segunda venta sería decisoria. (2)

La Corte de Casación de Bélgica ha juzgado que la confirmación de la obligación nula consentida por el deudor principal, no quita á la caución el derecho de oponer su nulidad. (3) ¿Es esto una aplicación al principio asentado por el art. 1,338? La Corte no cita esta disposición; cita el art. 2,036, en los términos del que la caución puede oponer al acreedor todas las excepciones que pertenecen al deudor principal y que son inherentes á la deuda; el deudor bien puede renunciar los beneficios de esas excepciones, en lo que le toca, pero no puede renunciar al derecho de la caución; el caucionamiento es nulo, y la caución debe tener el derecho de oponer la nulidad de la obligación, que se impuso. Pero no puede prevalerse de la excepción de menoría, porque puede caucionarse la duda de un menor (artículo 2,012). La cuestión se decide, pues, según los principios que rigen el caucionamiento. En el art. 1,338, se supone que hay conflicto entre dos derechos concedidos por una misma persona acerca de la misma cosa. Este conflicto se termina por el principio que los derechos adquiridos no pueden ser quitados por aquel que los concedió.

1 Besançon, 17 de Julio de 1811 (Dalloz, en la palabra *Menor edad*, núm. 349, 2°).

2 Casación, 16 de Enero de 1837 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 364, 2°).

3 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 18 de Noviembre de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 1, 176).

659. En virtud de este principio, es necesario decir que la transmisión de la propiedad ó de un desmembramiento de la propiedad confiere solo un derecho adquirido. Solo los terceros tienen un derecho real que puede prevalecerse del art. 1,338. Los terceros acreedores quirografarios, no tienen derechos adquiridos; luego á su respecto, la confirmación retrotrae. No pueden quejarse que se les quita un derecho de gage que la ley les da sobre los bienes de su deudor; éste puede comprometer sus bienes, puede, pues, quitarles el derecho de gage sobre los bienes que hizo el objeto del contrato nulo; por lo tanto, puede confirmar este contrato sin perjudicar un derecho adquirido, lo que hace el art. 1,338 inaplicable. (1) Según el Código Civil, solo tienen los acreedores el derecho de obrar en nulidad cuando el deudor hace un acto de frude de sus derechos. Se ha preguntado si los acreedores pueden atacar la confirmación por acción pauliana. La afirmativa no es dudosa, el art. 1,167 les da un derecho general y absoluto. Se entiende que no pueden atacar la confirmación por causa de fraude sino bajo las condiciones determinadas por la ley. Ha sido juzgado que los acreedores no pueden pedir la nulidad de la confirmación en el caso en que, cuando la confirmación, el deudor era todavía solventable; de suerte que la confirmación no causaba ningún perjuicio á sus acreedores; y la primera condición requerida para que haya lugar á la acción pauliana, es que el acto atacado como fraudulento haya producido ó aumentado la insolvabilidad del deudor. (2)

Segun nuestra ley hipotecaria, los acreedores pueden ade-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 588, núm. 311 bis IV. Marcadé, t. V, pág. 101, núm. 5 del art. 1,338. Larombière, t. V, pág. 646, número 55 del art. 1,338 (Ed. B, t. III, pág. 141). Denegada, 8 de Marzo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 191).

2 Denegada, 8 de Marzo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 191).

más prevalerse de la falta de transcripción. Para que el acto confirmado pueda serles opuesto, es preciso, pues, que este acto haya sido transcripto. Volveremos sobre este principio en el título "De las Hipotecas."

## II. *Aplicación del principio.*

### I. *De las nulidades absolutas y relativas.*

660. Los que tienen un derecho real, objeto de la acta confirmada, tienen solo un derecho adquirido al abrigo de la confirmación. ¿Es preciso concluir de esto, que todos aquellos que tienen derecho real son terceros en el sentido del art. 1,338? Hay autores, y de los más notables, que distinguen entre las nulidades absolutas y las relativas; enseñan que la confirmación, en caso de nulidad absoluta, no retrotrae á perjuicio de terceros, mientras que si la nulidad es relativa, la confirmación puede serles opuesta. (1)

Merlin dice que cuando el acto es nulo, de una nulidad absoluta, la ley lo considera como no existente; toda parte interesada puede prevalerse de la nulidad; luego también aquel que adquiere derechos sobre la cosa que hace el objeto del acta nula. No pasa así con las nulidades relativas, las que no pueden ser invocadas por aquel en el interés del cual son establecidas; los actos considerados con nulidad relativa, existen, pues, y son válidos para todos, menos para aquel que no puede demandar la nulidad; aquel que adquiere un derecho real sobre una cosa, no puede prevalerse de la nulidad; luego el acto confirmado no puede oponérsele. Tal es, también, la opinión de Toullier, la que fué adoptada por Troplong. En nuestra opinión, ella es contraria á los principios que rigen las nulidades y la confirmación.

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 469, núm. 523. Merlin, *Cuestiones*, en la palabra *Hipotecas*, pfo. IV, núms. 2, 6 y 7. Troplong, *Hipotecas*, números 493 y siguientes.

No es exacto decir que el acto nulo de una nulidad absoluta debe ser considerado por la ley como no existente; si el acto no existía, no se le pudiera confirmar, pues no se confirma la nada. Es tan evidente que este acto existe, que produce todos los efectos de un acto válido hasta el momento de ser nulificado por una sentencia. No hay, á este respecto, ninguna diferencia entre las nulidades relativas y las absolutas. La única diferencia que existe entre estas dos clases de nulidades es que las unas no pueden ser invocadas por ciertas personas en el interés de las cuales han sido establecidas, mientras que las otras aprovechan á todas las partes interesadas. Queda por saber si este carácter de las nulidades relativas ejerce una influencia sobre la confirmación.

La teoría de la confirmación, tal como resulta del texto de la ley, distingue entre las partes y los terceros. El deudor es libre para confirmar la obligación nula que contrajo, pero no lo puede quitando á los terceros un derecho que él mismo les confirió sobre la cosa que hace el objeto del acta confirmada. ¿Hay, á este respecto, diferencia entre las nulidades relativas y las absolutas? Nó, por cierto. Cuando un menor, llegado á su mayor edad compromete, vende en provecho de un segundo adquirente, un bien que ya había vendido en su mayoría, ¿no confiere al segundo adquirente un derecho en la cosa, que ya no le puede quitar? El carácter de nulidad está aquí fuera de causa, es el acto hecho en su mayoría que es el decisivo; ahora, este acto, lo suponemos, es un acto translativo de un derecho real, pues es un acto que da al acreedor un derecho del que no puede ser despojado por aquel que se lo concedió. Esta es la naturaleza del derecho concebido que es necesario considerar, y no la naturaleza de la nulidad: esta está enteramente extraña al debate.

661. Nó, se dice, ella es decisiva, porque la nulidad no

puede ser invocada sino por aquel en el interés del que la estableció la ley; luego por el menor si se trata de un acto hecho por un menor; el tercero, á quien el menor vendió por segunda vez en su mayor edad lo que ya tenía vendido durante su menoría á otro adquirente, no puede oponer la nulidad de esta primera venta, el menor solo puede hacerlo; y como renunció á su derecho al confirmar el acto, nadie, después de esto, puede invocar la nulidad de la primera venta. El primer adquirente debe, pues, llevarse al segundo en vista de la anterioridad de su título.

Esta argumentación descarga sobre una singular confusión de ideas. La nulidad de los actos hechos por el menor es, sin duda, relativa, pero ¿en qué sentido? El artículo 1,125 contesta que las personas capaces para contraer, no pueden oponer la incapacidad de un menor con el que han contraído. Y cuando el menor, llegado á mayor edad, confirma el acto hecho en la menoría, ¿puede darse á la persona que con él contrató el derecho de pedir la nulidad del acto? La cuestión no tiene sentido. ¿De qué se trata? El menor vuelve á vender en la mayor edad el inmueble que vendió en la menoría, en seguida confirma la primera venta. ¿Con relación á quién fué hecha la confirmación? ¿Puede quitar al segundo adquirente la propiedad que le transmitió? Tal es la cuestión. Se decide por el principio de los derechos adquiridos. ¿El segundo comprador es propietario? ¿como deudor de ello? El vendedor ha podido y debido transmitirle la propiedad; debió hacerlo; es su obligación de vendedor; pudo hacerlo, pues la primera venta era nula y puede renunciar el derecho de confirmar. Vendiendo, renuncia necesariamente, si no la venta sería ilusoria. Hé aquí la teoría de la confirmación en la que concierne á los terceros. Ella recibe su aplicación en los actos hechos por menores, como en todas las otras nulidades.

662. Se insiste y se dice que el acto hecho por el me-

nor durante su menoría, no es nulo de pleno derecho; es al contrario, válido hasta que haya sido nulificado. ¿Quién pide la nulidad? No será el menor puesto que confirma; será, pues, el segundo adquirente, y á este se le puede oponer que la nulidad es relativa. La objeción está, pues, siempre en un círculo vicioso. Se invoca el principio de la nulidad relativa, y el art. 1,125 que la formuló, no dice que el menor solo puede atacar el acto, dice solamente que aquel que trató con el menor, no puede atacar el acto. El menor que confirma, no puede ya promover en nulidad; renuncia á este derecho; pero antes de confirmar, ha dado á un tercero un derecho en la cosa; para que ese derecho sea válido, es preciso que el acto hecho en menoría sea nulo; luego el menor se prevalece de la nulidad al vender y está obligado á mantener esta nulidad para dar efecto al acto que hizo en su mayor edad. En otros términos, se obliga hácia el adquirente, á prevalecerse de la nulidad; si el segundo comprador fuese accionado por el primero, pondría á su autor en causa, y éste, á pesar de la confirmación, estaría obligado á oponer la nulidad de la primera venta; es, pues, siempre el menor el que se prevalece de la nulidad. ¿Se prefiere la explicación dada por la jurisprudencia? Conduce á la misma consecuencia. El menor, al volver á vender á un segundo adquirente, le cede su acción de nulidad; es, pues, como cesionario del menor, como el segundo adquirente opone la nulidad; por tanto, la confirmación no está en oposició con el art. 1,125. (1)

663. La jurisprudencia está dividida. Un decreto de la Corte de Douai, desecha la distinción que Toullier y Merlin hacen entre las nulidades absolutas y las relativas. La decisión dice, con razón, que esta distinción está rechazada

1 Larombière, t. IV, pág. 640, núms. 1 y 2 del art. 1,338, páginas 651-653 (Ed. B., t. III, pág. 119). Marcadé, t. V, pág. 100, artículo 1,338, núm. 5.

por los términos generales del art. 1,338. Desde que un tercero adquirió un derecho, la ley lo mantiene contra la confirmación, á reserva de dar efecto á esta última, con relación á las partes. La distinción es, además, contraria al espíritu de la ley. El Tribunalado pone en principio, que nunca pueden sufrir los terceros por la confirmación y los terceros serían perjudicados por la confirmación de una nulidad absoluta. (1) Esto decide la cuestión.

La Corte de Metz ha consagrado la distinción de Merlin. Cuando un meor contrae, dice la Corte, se obliga verdaderamente; cuando confirma, confirma una obligación que existe, por tanto, ella debe retrotraer; mientras que las nulidades absolutas no se cubren por la confirmación verdadera; una confirmación que retrotraiga. La Corte aplica este principio al caso en que el tutor no autorizado contraiga por el menor; este contrato, dice, no tiene ningún efecto con relación al menor, no debe pedir su nulidad en los diez años; si confirma, contrae nueva obligación, porque hasta ese momento no existía ninguna. (2) En nuestra opinión, todas estas proposiciones son erróneas; es inútil probarlo, lo hemos hecho de antemano al exponer los principios que rigen la acción de nulidad.

## II. Hipotecas y enajenaciones.

664. Se hace otra distinción. La mayor parte de los autores admiten los principios que acabamos de exponer en su aplicación á los actos conteniendo enajenación; desechan la distinción que Toullier y Merlin hacen entre las nulidades absolutas y las relativas; la confirmación de una

1 Douai, 20 de Junio de 1838 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,562). Compárese Montpellier, 6 de Enero de 1866 (Daloz, 1866. 2, 41).

2 Metz, 2 de Abril de 1824 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 4,557).

venta no retrotrae jamás á perjuicio de un segundo adquirente. La razón está, se dice, en que dos ventas de una misma cosa no pueden existir; si lo que el menor hizo en mayoría debe ser mantenido, lo que hizo en menoría debe caer; y la ley lo mantiene, puesto que dice que la confirmación no puede perjudicar derechos de terceros. Lo mismo sucede con las hipotecas; varios acreedores pueden tener una hipoteca sobre el mismo inmueble. Cuando un menor hipoteca un inmueble y que, llegado á mayor edad, hipoteca el mismo inmueble á un segundo acreedor y confirma después el acto hecho en menoría, las dos hipotecas son válidas, pero la segunda tendrá el segundo lugar. (1) Esta distinción nos parece tan inadmisibile como la primera. Ella es contraria al texto del art. 1,338. así como á los principios que rigen la confirmación. El texto del Código mantiene todos los derechos adquiridos. ¿Cuál es el derecho del acreedor que estipula una hipoteca de un mayor, cuando el inmueble está ya gravado de una hipoteca nula consentida por el menor? ¿entiende adquirir una segunda hipoteca? no por cierto, pues es preciso suponer que el inmueble no tiene valor suficiente para garantir á los dos acreedores, si nó, no hubiera conflicto; luego tampoco cuestión. El derecho adquirido por el acreedor es, pues, una hipoteca en primer lugar; hé aquí el derecho que sostiene el art. 1,338. Puede aplicarse á aquel que consiente en mayoría una hipoteca, después de haber consentido una primera en menoría, todo lo que hemos dicho de la segunda venta que haría. Al consentir la segunda hipoteca, entiende acordar una garantía seria; para que así sea, es preciso que renuncie al derecho que tiene de confirmar, á perjuicio del nuevo acreedor hipotecario, la hipoteca con-

1 Aubry y Rau, t. III, pág: 270, nota 31, pfo. 266, y los autores que allí se citan.

cedida en menor edad. El principio, siendo el mismo, la consecuencia debe ser idéntica: la ley quiere que se respeten los derechos adquiridos, y el segundo acreedor tiene un derecho adquirido. (1)

La jurisprudencia está dividida, bien que tienda á pronunciarse á favor de la opinión que hemos adoptado: ofrece, por lo demás, poco interés en esta materia, pues apenas si se puede decir que las sentencias están motivadas. (2)

665. M. Colmet de Santerre hace otra distinción. Es una cuestión de intención. Es preciso ver lo que quieren las partes cuando el segundo contrato interviene. Suponemos que se trata de una hipoteca. Si el nuevo acreedor quiere conformarse con el segundo lugar, nada impedirá al deudor de confirmar la hipoteca consentida en menor edad, con efecto retroactivo; no perjudica un derecho adquirido, puesto que en la intención de las partes contratantes, el segundo acreedor solo tiene una hipoteca en segundo lugar. (3) Esto es incontestable, si hay una convención en este sentido; pero también, en esta hipótesis, nunca habrá contestaciones, puesto que la cuestión está decidida de ante mano. La dificultad no se presenta sino en ausencia de toda convención, y entonces no es una dificultad de hecho, es una dificultad de derecho; se trata de saber si el segundo acreedor es tercero, si tiene un derecho adquirido á una hipoteca en primer lugar. La cuestión queda, pues, por enteró.

666. Hemos supuesto una hipoteca consentida por un menor. Igual cuestión puede presentarse para los otros incapaces; los principios son idénticos. Si la mujer, después

1 Larombière, t. IV, págs. 649, y siguientes (Ed. B., t. III, página 141).

2 Naney, 1<sup>o</sup> de Mayo de 1812. Paris, 23 de Julio de 1838; Douai 18 de Marzo de 1840 (Daloz, en la palabra *Hipotecas*; núm. 1,234) En sentido contrario, Paris, 15 de Diciembre de 1830 (Daloz, *ibid* núm. 1,234).

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 587, núm. 311 bis II y III.

de haber consentido una hipoteca sin autorización, concede una nueva hipoteca sobre el mismo inmueble, después de la disolución del matrimonio, y confirma en seguida la primera, la confirmación no retrotraerá al perjuicio del segundo acreedor. (1)

667. Va de suyo, que si las hipotecas nuevas son consentidas después que las primeras han sido confirmadas, los nuevos acreedores serán pospuestos á los primeros; en efecto, en este caso, éstos tendrán un derecho adquirido en virtud de la confirmación, derecho que las nuevas hipotecas no pueden quitarle. Es de suponer naturalmente que las primeras hipotecas han sido registradas; esta inscripción valdrá á partir del día en que se había hecho si la hipoteca está confirmada. El acreedor no tiene necesidad de registrar segunda vez, porque no adquiere un nuevo derecho; es su derecho primitivo el que se halla validado y la confirmación de la hipoteca equivale á la confirmación de la inscripción. La Corte de Casación ha juzgado así y no vemos en este punto la menor duda. (2)

668. Hay una cuestión preliminar que es dudosa. ¿Puede confirmarse una hipoteca nula en la forma? O, ¿es necesario aplicar á la hipoteca, que es un contrato solemne, lo que dice el art. 1,339 á propósito de la donación: ¿nula en la forma, debe volverse á hacer en la forma legal? Trataremos la cuestión en el título "De las Hipotecas."

FIN DEL TOMO DECIMO OCTAVO.

1 Compárese Denegada, 24 de Enero de 1825 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,559).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 25 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1856, 1, 335).