

ce "inexistente" el contrato, en tanto que el segundo lo hace solamente nulo ó anulable.

Muchas veces se podría concluir, sin razón, que Pothier rechaza la distinción que es la base de nuestra teoría, pero la admite formalmente. La violencia es también un vicio del consentimiento, pero hay diferencia entre este vicio y el error, pues el que consiente por violencia, consiente; siendo este un consentimiento tal que, dice Pothier, basta para que haya contrato, salvo el derecho de pedir la rescisión; y el error, por el contrario, hace que no haya absolutamente convenio ó contrato. (1) Esta es nuestra teoría: cuando absolutamente no hay contrato, no hay nada, como dice D'Argentré. Hé aquí nuestra distinción que si se admite, la teoría de los actos inexistentes, emana de ella por vía de consecuencia. Pothier admite todavía la consecuencia de nuestra doctrina que ha sido consagrada por él (artículo 1,339.) Es "nula" una donación en el sentido de este artículo; es decir, es inexistente. ¿Puede ser confirmada? Nó, responde Pothier, porque lo que es nulo no puede ser confirmado, pues si la confirmación fuese revestida de las formas necesarias para una donación, valdría, no como confirmación, sino como nueva donación. Así, pues, Pothier admite nuestra teoría, aunque jamás la ha formulado de una manera precisa.

461. ¿Cuál será nuestra conclusión sobre el antiguo derecho? No es absoluta, pues todo lo que se puede afirmar es que el principio sobre que reposa nuestra teoría era generalmente admitido. Los autores concedían, y es difícil no reconocerlo, que hay diferencia entre la falta de consentimiento y el consentimiento viciado, porque hay casos en que un convenio no existe absolutamente, ni aun siquiera de nombre, como lo dice D'Argentré, en tanto que

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 17, 18, 19 y 21. Citarémos todavía otros pasajes en el curso de nuestro trabajo.

hay convenios nulos que son verdaderos contratos y que producen todos sus efectos mientras el juez no declara la nulidad. Pero no estando formulado el principio por ninguna ley, queda indeciso. Cuando se procedió á la redacción del Código Civil debieron haberse establecido ciertos principios, pero los redactores del Código eran todos prácticos y deben felicitarse, pues no escribieron un manual sino un Código que basta para las necesidades de la práctica, y el interés práctico de nuestra teoría se revela sobre todo en su aplicación. Vamos á ver nosotros que al llegar á la acción de nulidad, los autores del Código encontrarán la dificultad y la resolverán en el sentido de nuestra doctrina.

Cuando se admite que hay contratos inexistentes no puede ser cuestión de pedir la nulidad, y, por consiguiente, fijar un plazo en el cual la acción debe ser intentada, pues la prescripción supone actos que existen y de los cuales se debe provocar la anulación antes de que se cumpla la acción de prescripción. Esto es lo que dice la Corte de Casación en sus observaciones acerca del Código Civil que le fué sometido: "Los convenios contrarios á las buenas costumbres ó á la prohibición de la ley, no son obligatorios, y no es necesario atacarlos por acción de nulidad, sino que bastará oponer esta nulidad á quien pida su ejecución, bajo la forma de excepción, y ésta es perpetua." ¿Cuándo, pues, debe intentarse una acción de nulidad en un plazo determinado? Cuando se quiere obtener la anulación de un convenio nulo ó anulable. La Corte de Casación propone una disposición en este sentido, enumerando los casos más usuales en los cuales es viciado el convenio. "La acción de nulidad, sea por causa de incapacidad de la persona que está obligada, sea por omisión de las formalidades prescriptas para la enajenación de los bienes de menores, ó ya por causa de error, violencia ó dolo, dura diez años." El Con-

sejo de Estado adoptó esta disposición, apartando la enumeración que era inútil ó perjudicial, y de aquí que el art. 1,304 fija en diez años la prescripción de la acción de nulidad. Este artículo consagra implícitamente la distinción que hace la Corte de Casación y que es la base de nuestra teoría (1); para convencerse de ello basta leer la memoria que Jaubert presentó al Tribuado, el cual profesó el derecho en Burdeos, y era un jurisconsulto, de lo que proviene que exige más vigor en establecer la distinción entre los actos nulos ó anulables, y los actos inexistentes.

Jaubert rechaza la disposición del art. 1,108, según el cual son cuatro las condiciones esenciales para la validez de un convenio: el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa. Parece que el Código confunde los convenios inexistentes y los nulos, y Jaubert establece la distinción en su aplicación de la acción de nulidad.

Hay condiciones cuya ausencia hace que no haya contrato, y Jaubert cita como ejemplo la causa ilícita y el objeto. "Una causa ilícita; es decir, contraria á la ley, á las buenas costumbres y al orden público, viciaría de tal modo el convenio, que ningún lapso de tiempo lo podría hacer válido, pues *no hay contrato*, porque el convenio no tiene objeto, ó si es imposible que produzca obligación en ningún tiempo, *éste no sería convenio*. ¿Qué resulta respecto de la acción de nulidad? Que no hay lugar á esta acción mientras el contrato no existe. "Cuando se trata de una obligación contraída sin objeto ó sin causa, ó para una causa ilícita, es muy sencillo que quien ha subscripto la obligación no tiene necesidad de recurrir á la justicia para hacer nulificar su obligación, pues en cualquiera época en

1 Fenet, *Colección de los Trabajos Preparatorios del Código Civil*, tomo 2º, pág. 597. De Paepe, *Requisitoria (Bélgica Judicial, 1873, páginas 141 y siguientes)*.

que se le exigiera, podría responder que *no ha contraído obligación*."

Hay otras condiciones cuya falta no impide que se forme el contrato, y Jaubert cita como ejemplo la capacidad. ¿Qué efecto produce la obligación contraída por un incapaz. Este no puede ser forzado á cumplir su obligación, á pesar de que tiene el derecho de hacerla anular; pero esto no es más que una facultad cuyo ejercicio está limitado por la ley, pues si renuncia el derecho de ejercerla ó si no lo hace en las formas y plazos prescriptos por la ley, la obligación debe ser ejecutada. Lo mismo sucede cuando el consentimiento esté viciado por error, violencia ó dolo, pues estos vicios dan también lugar á una acción de nulidad que debe intentarse en el término de diez años, y si el contrato no es anulado en este plazo, tiene toda su fuerza.

Jaubert concluye que la acción de nulidad no se aplica más que á los casos en que el convenio puede producir una acción; es decir: primera, en el caso de la incapacidad; segundo, por falta de consentimiento. El relator del Tribuado entiende por esto los vicios de consentimiento de que acabamos de hablar, y agrega que esta doctrina es de tradición: "Es imposible no conservar la *antigua distinción* entre las actas *falsamente calificadas de contratos* que no producen acción jamás, y los contratos que han contenido una obligación, y, por consiguiente, el principio de una acción. En este último caso no se puede decir que no hay obligación, debiendo limitarse á declarar que el que contrajo la obligación puede pedir la nulidad. (1)

462. Nosotros insistimos en los trabajos preparatorios del Código, porque se ha pretendido que los autores de dicha obra ignoraban la distinción que hace la doctrina entre los actos nulos y los actos inexistentes. La verdad es que la han formulado con gran precisión en las materias

1 Informe de Jaubert, núm. 218 (Loaré, t. 6º, págs. 218 y 219).

en que había para hacerlo algún interés práctico. Tal es la nulidad de los convenios y su confirmación, y ésta, sobre todo, es un hecho usual que da lugar á numerosas controversias. En el proyecto detenido por el Consejo de Estado, se decía que la confirmación de un acto "radicalmente nulo," no era válido sino cuando se encontraba en la substancia del acta la mención de la nulidad y la intención de repararla. La expresión de "acto radicalmente nulo" era empleada por los autores antiguos para distinguir los contratos que nosotros llamamos inexistentes. Así, pues, el proyecto comunicado al Tribunalado parecía decir que la confirmación se aplicaría aun en los casos en que, según la expresión de Jaubert, no hubiera ningún convenio; y precisamente en este caso no se concibe la confirmación, pues no puede confirmarse la nada. La Sección de Legislación del Tribunalado pidió que fuese cambiada la redacción. "Se necesita, dice, una disposición concebida de manera que la línea de separación esté claramente trazada entre las *nulidades irreparables* y las que *pueden repararse*."

¿Cuáles son estas "nulidades irreparables?" El Tribunalado entiende por esto los casos en que el convenio no existe, y en los que, por consiguiente, no puede haber confirmación, y cita desde luego como ejemplo, las obligaciones contraídas por los impúberos, pues según el proyecto del Código, estas obligaciones no eran, en ningún caso, ni para ninguna de las partes, obligatorias, siendo la nulidad absoluta é irreparable. El Tribunalado da la razón diciendo que la ley considera semejante acto como si jamás hubiese existido. Hé aquí el término mismo de un acto inexistente de que actualmente se sirve para designar los contratos que no tienen ninguna existencia ante los ojos de la ley, porque se puede decir respecto de estos contratos que la nada no puede confirmarse. La Sección de Legislación

coloca en la misma línea las obligaciones contraídas por una causa ilícita: el carácter de reprobación de que han sido marcadas antes de borrarse. Estas dos especies de obligaciones tienen un vicio intrínseco que no permite que puedan ser revalidadas. La confirmación no recibe, pues, aplicación más que en los casos en que el contrato existe; pero inficionado de un vicio que permite pedir la nulidad. (1)

La Sección de Legislación del Tribunalado proponía formular la distinción de las nulidades irreparables y de las que podían repararse, en estos términos: "Las obligaciones contraídas por los impúberos ó por una causa ilícita no pueden ser confirmadas ni tácita ni expresamente. Respecto de otros actos que podrían ser atacados de algunas de las nulidades marcadas por la ley, la confirmación de ellos importa la renuncia de los medios y excepciones que podrían oponérseles." Esta redacción no fué admitida, pero poco después de la conferencia que tuvo lugar entre las secciones de legislación del Consejo de Estado y del Tribunalado, se modificó el proyecto primitivo en el sentido del artículo 1,338 del Código Civil. La redacción definitiva no habla de actos "radicalmente nulos," pues reemplaza esta expresión por los términos tomados de la proposición del Tribunalado: la confirmación no se aplica más que á las obligaciones "contra las que la ley admite la acción de nulidad; lo que implica un acto anulable:" en donde no hay convenio no puede haber acción de nulidad, ni, por consiguiente, confirmación.

En este sentido explica el art. 1,338 el Orador Informante del Tribunalado. Jaubert formula el pensamiento de la ley con una precisión notable: "Una idea verdadera y sencilla, dice él, es que no se puede confirmar sino lo que ha

1 Observaciones del Tribunalado, núm. 73 (Loché, t. 6°, pág. 136).
P. de D. TOMO XV.—75

existido realmente, aunque carezca de fuerza por algún vicio; de donde resulta que de ningún modo se pueden confirmar los pretendidos convenios á los que la ley jamás ha reconocido existencia. La ley ha declarado que no podía haber convenio sin objeto ó sin causa lícita; y en este caso, pues, no puede haber lugar á la confirmación. Por esto es que los actos contra los cuales la ley no admite más que la vía de rescisión, son susceptibles de ser confirmados. Mouricault, el Orador del Tribunado, es muy explícito. "La confirmación jamás puede revalidar los convenios á los que la ley no reconoce existencia y que, en consecuencia, no ligan á la persona: tales son los convenios que tienen por objeto una cosa que está fuera del comercio, y los que no tienen causa ó que si la tienen es falsa ó ilícita. En cuanto á los actos respecto de los cuales solamente se tiene la facultad de atacarlos por vía de nulidad y que obligan por lo menos á una de las partes, pueden ser válidamente confirmados." (1)

463. No concedemos gran importancia á los discursos pronunciados ante el cuerpo legislativo, pues es una obra individual del orador y no expresa verdaderamente el pensamiento de la ley. Los informes presentados al Tribunado tienen más grande autoridad porque son presentados en nombre de la Sección de Legislación, y, en el caso, hay algo más que discursos, pues el art. 1,338 ha sido modificado en el sentido de las observaciones del Tribunado, y el mismo texto del Código toma el sello de la distinción entre los actos inexistentes y los nulos. Y aunque es verdad que la distinción no ha sido formulada en términos expresos, como lo pedía el Tribunado, esto es, sin duda, porque ha parecido que es pura teoría y el Código no es un manual. Por lo demás, la redacción propuesta por la

1 Jaubert, Informe núm. 24 (Loché, t. 7º, pág. 231). Mouricault, Discursos, núm. 52 (Loché, t. 6º, pág. 256).

Sección de Legislación del Tribunado era incompleta, pues no comprendía todos los casos en los que un contrato es inexistente, y, por lo mismo, valía más abandonar esta materia á la doctrina. No siempre es exacto decir que el Código ignora la teoría de los actos inexistentes, pues la consagra formalmente respecto de la causa, el objeto y las solemnidades.

Dice el art. 1,131: "La obligación contraída sin causa, ó respecto de una causa falsa ó ilícita, *no puede tener ningún efecto.*" Esto equivale á decir, en términos enérgicos, que semejante obligación no existe, que no da lugar á una acción de nulidad, que no puede ser confirmada y que no puede venir á convertirse en válida por ninguna prescripción, quedando siempre sin efecto. Más adelante diremos lo que se entiende por causa. Una venta es nula por falta de causa cuando carece de objeto, porque, en este caso, la obligación de pagar el precio contraída por el comprador, no se concibe; y es sin causa, puesto que el solo motivo jurídico por el cual el comprador se obliga á pagar el precio, es la obligación contraída por el vendedor de transmitirle la propiedad de la cosa que constituye el objeto del contrato. Ante los ojos de la ley una obligación desprovista de causa no tiene existencia, porque si el legislador sanciona los contratos es en razón de la utilidad de las partes contratantes, y sería inútil una venta que careciera de objeto. En este sentido es en el que el art. 1,601 dice que la venta sería "nula" si, en el momento de celebrarse, la cosa vendida se hubiese perdido totalmente. La palabra "nula" significa aquí "inexistente," y lo prueba el art. 1,131, porque la venta no tendría objeto cuando la cosa vendida estuviese totalmente destruida en el momento del contrato, y una venta sin objeto es una venta sin causa; es decir, que no puede producir ningún efecto y que, por lo mismo, es inexistente.

El art. 1,139 consagra la teoría de actos inexistentes en lo relativo á los contratos solemnes, pues después de haber dicho en el art. 1,338 que las obligaciones contra las que la ley admite la acción de nulidad pueden ser confirmadas, el legislador agrega: "El donante no puede reparar, por ningún acto confirmativo, los vicios de una donación entre vivos que haya sido nula en la forma, pues debe hacerse de nuevo en la forma legal." Todos los actos que existen, aunque viciados, pueden ser confirmados. ¿Por qué el vicio que encierra la donación, nula en la forma, no puede ser borrado? Porque hay un vicio que no se repara, puesto que confirmar es revalidar el convenio en su origen, en el momento mismo que se forma, y no se concibe que se revalide un convenio que no existe. Así, pues, decir que un convenio no puede ser confirmado, es tanto como decir que no hay convenio, y en este sentido el art. 1,338 dice que el donante que quiera dar efecto á su liberalidad, cuando el acta es nula en la forma, debe hacer una nueva, pues la primera queda inexistente. Así, pues, las formas que constituyen la solemnidad son necesarias para que exista el acta. Se objeta el art. 1,340 que permite á los herederos del donante confirmar la donación nula en la forma; pero nosotros diremos, tratando de actos confirmativos, cuál es la razón de esta aparente anomalía, que no prueba más que una cosa, y es que el legislador no es un teórico sino que se decide por motivos de utilidad y no retrocede ante una inconsecuencia cuando la exige el interés práctico.

Resta el consentimiento. En el título "De las Obligaciones" no hay ninguna disposición que declare inexistente el contrato por falta de consentimiento. El artículo relativo á las obligaciones contraídas por impúberos ha sido excluido. Se cita de ordinario el art. 446, según el cual, no hay matrimonio cuando no hay consentimiento, pudien-

do decirse lo mismo de todo convenio: no hay convenio sin consentimiento, por la sencilla razón de que el contrato no es otra cosa que un concurso de consentimientos, y en donde la persona no consiente no hay obligación; esto es, no hay nada. En teoría, esto es evidente; pero nosotros preguntamos por el momento si el Código consagra nuestra teoría. No osamos invocar el art. 146 en apoyo de la distinción de actos inexistentes, porque si el texto es claro, el sentido de la ley viene á ser obscuro y dudoso cuando se lee la discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado y que hemos analizado muchas veces; (1) y la convicción que resulta es que el Consejo de Estado no entendió, al formular el art. 1,146, consagrar una teoría respecto de la que estuviesen divididas las opiniones hasta el punto de no saber cuál fuera la del Consejo.

¿Equivale esto á decir que, en el pensamiento de los autores del Código, no es el consentimiento una condición indispensable para la existencia de los convenios? ¿Un contrato sin consentimiento sería simplemente un contrato nulo, es decir, anulable? Jaubert dice lo contrario en su Informe al Tribuna do sobre el art. 1,338, y el texto mismo del proyecto decía lo contrario declarando sin ningún efecto la obligación contraída por un impúber. Hay más: el art. 1,339 decide implícitamente que en donde no hay consentimiento no hay contrato. ¿Por qué razón las formas son una condición indispensable para la existencia de la donación? No se puede dar otra razón, sino que el consentimiento del donante se considera como si no existiese cuando no se ha manifestado en la forma legal. Por esto es que la falta de consentimiento que hace inexistentes los convenios, debe también hacer inexistente la donación que concede solemnidades. Se dirá que el art. 1,108 rechaza

¹ Véase el tomo 2º de estos *Principios*, págs. 325 y siguientes, números 277 y siguientes.