

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 tribunos 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 oponga. 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? No, 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 (Daloz, 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. Tratabase 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 (Daloz, 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 oscura y la doctrina de la no existencia de las obligaciones es siempre incierta. Esta oscuridad 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 convencerse 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 (*Dalloz*, 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 (Dalloz, 1854, 1, 217). Negación, 13 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 431) Compárense las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, 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