

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

3 Denegada, Cámara Civil, sobre la conclusión de Delangle, 11 de Noviembre de 1845 (Dalloz, 1846, 1, 25). Compárense las decisiones citadas en el *Repertorio* de Dalloz, 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 (Dallos, en la palabra *Sucesión*, núm. 618); Grenoble, 25 de Marzo de 1831 (Dallos, 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 Dallos, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,867, y en la palabra *Sucesión*, núm. 622.

de nulidad que resulta del pacto sucesorio; (1) esto es decir, en el fondo, que el pacto sucesorio puede ser confirmado, pues la prescripción del art. 1,304 es una confirmación tácita, como más adelante lo diremos; existen, sin embargo, argumentos especiales que se relacionan con la redacción del art. 1,304; las dejaremos por ahora para ocuparnos de los que conciernen á la confirmación en lo general.

La Corte de Casación de Francia, dice que el pacto sucesorio no existe y que los actos inexistentes no pueden ser confirmados. Este es el principio fundamental de nuestra teoría. La Corte de Casación de Bélgica, combate este principio invocando el art. 502. En los términos de este artículo, todos los actos pasados por el interdicto posteriormente á la interdicción, son nulos "de derecho." Hé aquí, se dirá, un acto que la ley declara inexistente; sin embargo, él da lugar á una acción de nulidad (art. 1,304); puede ser confirmado por la prescripción de diez años; luego también lo puede ser por un acto confirmativo. No titubeamos en asentar que el argumento descansa en un error. La Corte ha confundido la expresión "nulos de derecho" con la expresión nulos de "pleno derecho." Lo hemos probado en otro lugar; es, pues, inútil insistir ya que todo el mundo está de acuerdo en este punto. Por cuanto que los actos del interdicto son simplemente nulificables, es por lo que se les somete á la prescripción de diez años y que la nulidad puede ser cubierta por la confirmación. El argumento que la Corte de Casación toma en el art. 502, se resuelve, pues, en su contra.

La decisión invoca la distinción que se hacía en el derecho antiguo entre la "ratificación" y la "confirmación;" la una retrotraía y la otra nó. Y si la confirmación no retrotrae, 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 révalidado, 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 ilícito.

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 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 herejía, 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 testifica 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, trátase 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 más 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 había profesado ante la Corte, error palpable, puesto que confunde la convención con el escrito que se trazó únicamente 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. IX, y Dalloz, núm. 3,619).

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" pues-

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, 2º)