

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 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 habia 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, 2°).

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. Quéda 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 (Daloz, 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. Pudiera 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-Préameneu 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. ¿Por qué? “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 lo que agrega. “Esos signos exteriores y públicos, al consumar 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 del art. 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, 2º 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 Tribunalado 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, por qué 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 Tribunal, 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 (Daloz, 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.