

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. Duranton t. XIII, pág. 303, 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. Volveremos 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 dada. 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 levante 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^o). Tolosa, 1^o 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 llevándola 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 (*Pasicrisia*, 1866, 1, 190).

2 Casación, 5 de Junio de 1821 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 202, 1°) y 12 de Junio de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,589, 1° y 3°) 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 (Dalloz, 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, nó 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 (Dalloz, 1858, 1, 308) y 24 de Abril de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 211), compárese el tomo XIV de estos *Principios*, pág. 682, núm. 520.

2 Casación, 24 de Julio de 1854 (Dalloz, 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, (*Pasicrisia*, 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-