

dad. Confirmar es renunciar; y bien podemos renunciar á nuestros derechos, pero no podemos renunciar á los derechos de terceros. La cuestión es, pues, saber si la convención hecha con el tercero antes de la confirmación, le dió un derecho que la confirmación no puede quitarle. En el ejemplo que hemos dado, la afirmativa es segura. Yo vendiendo un inmueble siendo menor; la venta es nula. Llegada mi mayor edad, vuelvo á vender á un tercero. Como vendedor me obligo á transferir la propiedad al comprador; para transferirla tengo de ser dueño; lo soy todavía si la venta que hice en menoría es nula, y si entiendo hacer valer esta nulidad. Vender el inmueble á un tercero, después de haberlo vendido en menoría, es, pues, renunciar con relación al tercero, al derecho que tenía de confirmar la venta; luego no puedo ya con relación al tercero, confirmar la venta, porque sería violar la obligación que contraí vendiendo; de hacer propietario al comprador soy libre para confirmar, porque no renuncié al derecho de confirmación de una manera absoluta, solo renuncié en favor del tercer comprador. Si, pues, confirmo después de haber vendido, la primera venta hecha en mi menoría, la confirmación será válida, pero no podrá ser opuesta al tercero. Lo que decimos de una venta, se aplica á la concesión de todo derecho real. El principio es idéntico: no pertenece á aquel que tiene conferido un derecho sobre una cosa el quitar este derecho adquirido. La buena fe y la equidad, están de acuerdo con el derecho. Cuando vendo un inmueble que ya tengo vendido, no lo hago con la intención de confirmar después la primera venta hecha en menoría, esto sería una intención dolosa que no se debe suponer en el vendedor. La buena fe se presume; debe, pues, admitirse que la venta hecha en mayor edad, implica la renuncia al derecho que tenía para confirmar la venta que tenía hecha en menoría se dirá que esto es apartar la mala fe en favor

del segundo comprador, para hacer víctima de ella al primer adquirente. Nó, la primera venta había sido hecha en menoría, luego por un incapaz. Si á alguien podía reprocharse una falta, es á aquel que trató con el menor; y si el vendedor tenía un escrúpulo, no debía vender la misma cosa en la mayor edad. Podrá, además, dar satisfacción á este escrúpulo, confirmando posteriormente, pero á condición de mantener los derechos de su segundo adquirente. (1)

658. La jurisprudencia ha consagrado estos principios. Se lee en un decreto de la Corte de Bruselas, que la confirmación no puede quitar un derecho adquirido. (2) ¿Qué derechos se adquirieren, en el sentido que aquel que confirma no puede quitarlos? Un menor emancipado, vende el 23 de Octubre de 1806, asistido por su curador, pero sin ninguna otra formalidad, varios inmuebles á Pedro; el 12 de Noviembre de 1809, vende esos bienes á Pablo, el 14 de Noviembre confirma la venta que hizo en la menor edad. ¿Esta confirmación retrotrae al día de la primera venta? En este caso, la segunda sería nula, quitaría, pues, al segundo adquirente el derecho que tenía; lo que según el art. 1,338 no puede ser. Luego la confirmación no debe retrotraer á perjuicio del segundo comprador. ¿Es esto decir que la segunda venta no será válida? Lo será con relación al vendedor, pero no lo será con relación al segundo comprador. ¿Pero el segundo comprador, no es parte con relación al vendedor? La Corte responde que al vender á Pablo después de su mayor edad los inmuebles que habían vendido á Pedro en su menoría, cedió al segundo adquirente sus derechos y acciones para hacer va-

1 Bruselas, 6 de Marzo de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 346).

2 Larombière, t. IV, pág. 653 y siguientes, núm. 58 del art. 1,338 [Ed. B., t. III, pág. 141]. Marcadé, t. V, pág. 201, núm. 5 del artículo 1,338.

ler la nulidad de la primera venta: si no, la segunda venta hubiera sido decisoria. (1) La explicación no es la que hemos dado, y no nos parece justa. Si el vendedor cedía su acción en nulidad, no podía confirmar la primera venta, y es incontestable que lo podía. Mejor es atenerse al texto del art. 1,338 y decir que el menor al volver á vender en su mayor edad, renunciaba el derecho de confirmar la primera venta al perjuicio del segundo adquirente; sin renunciar la segunda venta sería decisoria. (2)

La Corte de Casación de Bélgica ha juzgado que la confirmación de la obligación nula consentida por el deudor principal, no quita á la caución el derecho de oponer su nulidad. (3) ¿Es esto una aplicación al principio asentado por el art. 1,338? La Corte no cita esta disposición; cita el art. 2,036, en los términos del que la caución puede oponer al acreedor todas las excepciones que pertenecen al deudor principal y que son inherentes á la deuda; el deudor bien puede renunciar los beneficios de esas excepciones, en lo que le toca, pero no puede renunciar al derecho de la caución; el caucionamiento es nulo, y la caución debe tener el derecho de oponer la nulidad de la obligación, que se impuso. Pero no puede prevaleerse de la excepción de memoria, porque puede caucionarse la deuda de un menor (artículo 2,012). La cuestión se decide, pues, según los principios que rigen el caucionamiento. En el art. 1,338, se supone que hay conflicto entre dos derechos concedidos por una misma persona acerca de la misma cosa. Este conflicto se termina por el principio que los derechos adquiridos no pueden ser quitados por aquel que los concedió.

1 Besançon, 17 de Julio de 1811 (Daloz, en la palabra *Menor edad*, núm. 349, 2°).

2 Casación, 16 de Enero de 1837 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 364, 2°).

3 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 18 de Noviembre de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 1, 176).

659. En virtud de este principio, es necesario decir que la transmisión de la propiedad ó de un desmembramiento de la propiedad confiere solo un derecho adquirido. Solo los terceros tienen un derecho real que puede prevaleerse del art. 1,338. Los terceros acreedores quirografarios, no tienen derechos adquiridos; luego á su respecto, la confirmación retrotrae. No pueden quejarse que se les quita un derecho de gage que la ley les da sobre los bienes de su deudor; éste puede comprometer sus bienes, puede, pues, quitarles el derecho de gage sobre los bienes que hizo el objeto del contrato nulo; por lo tanto, puede confirmar este contrato sin perjudicar un derecho adquirido, lo que hace el art. 1,338 inaplicable. (1) Según el Código Civil, solo tienen los acreedores el derecho de obrar en nulidad cuando el deudor hace un acto de fraude de sus derechos. Se ha preguntado si los acreedores pueden atacar la confirmación por acción pauliana. La afirmativa no es dudosa, el art. 1,167 les da un derecho general y absoluto. Se entiende que no pueden atacar la confirmación por causa de fraude sino bajo las condiciones determinadas por la ley. Ha sido juzgado que los acreedores no pueden pedir la nulidad de la confirmación en el caso en que, cuando la confirmación, el deudor era todavía solventable; de suerte que la confirmación no causaba ningún perjuicio á sus acreedores; y la primera condición requerida para que haya lugar á la acción pauliana, es que el acto atacado como fraudulento haya producido ó aumentado la insolvabilidad del deudor. (2)

Segun nuestra ley hipotecaria, los acreedores pueden ade-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 588, núm. 311 bis IV. Marcadé, t. V, pág. 101, núm. 5 del art. 1,338. Larombière, t. V, pág. 646, número 55 del art. 1,338 (Ed. B, t. III, pág. 141). Denegada, 8 de Marzo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 191).

2 Denegada, 8 de Marzo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 191).

más prevalecerse de la falta de transcripción. Para que el acto confirmado pueda serles opuesto, es preciso, pues, que este acto haya sido transcripto. Volveremos sobre este principio en el título "De las Hipotecas."

II. Aplicación del principio.

I. De las nulidades absolutas y relativas.

660. Los que tienen un derecho real, objeto de la acta confirmada, tienen solo un derecho adquirido al abrigo de la confirmación. ¿Es preciso concluir de esto, que todos aquellos que tienen derecho real son terceros en el sentido del art. 1,338? Hay autores, y de los más notables, que distinguen entre las nulidades absolutas y las relativas; enseñan que la confirmación, en caso de nulidad absoluta, no retrotrae á perjuicio de terceros, mientras que si la nulidad es relativa, la confirmación puede serles opuesta. (1)

Merlin dice que cuando el acto es nulo, de una nulidad absoluta, la ley lo considera como no existente; toda parte interesada puede prevalecerse de la nulidad; luego también aquel que adquiere derechos sobre la cosa que hace el objeto del acta nula. No pasa así con las nulidades relativas, las que no pueden ser invocadas por aquel en el interés del cual son establecidas; los actos considerados con nulidad relativa, existen, pues, y son válidos para todos, menos para aquel que no puede demandar la nulidad; aquel que adquiere un derecho real sobre una cosa, no puede prevalecerse de la nulidad; luego el acto confirmado no puede oponérsele. Tal es, también, la opinión de Toullier, la que fué adoptada por Troplong. En nuestra opinión, ella es contraria á los principios que rigen las nulidades y la confirmación.

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 469, núm. 523. Merlin, *Cuestiones*, en la palabra *Hipotecas*, pfo. IV, núms. 2, 6 y 7. Troplong, *Hipotecas*, números 493 y siguientes.

No es exacto decir que el acto nulo de una nulidad absoluta debe ser considerado por la ley como no existente; si el acto no existía, no se le pudiera confirmar, pues no se confirma la nada. Es tan evidente que este acto existe, que produce todos los efectos de un acto válido hasta el momento de ser nulificado por una sentencia. No hay, á este respecto, ninguna diferencia entre las nulidades relativas y las absolutas. La única diferencia que existe entre estas dos clases de nulidades es que las unas no pueden ser invocadas por ciertas personas en el interés de las cuales han sido establecidas, mientras que las otras aprovechan á todas las partes interesadas. Queda por saber si este carácter de las nulidades relativas ejerce una influencia sobre la confirmación.

La teoría de la confirmación, tal como resulta del texto de la ley, distingue entre las partes y los terceros. El deudor es libre para confirmar la obligación nula que contrajo, pero no lo puede quitando á los terceros un derecho que él mismo les confirió sobre la cosa que hace el objeto del acta confirmada. ¿Hay, á este respecto, diferencia entre las nulidades relativas y las absolutas? Nó, por cierto. Cuando un menor, llegado á su mayor edad compromete, vende en provecho de un segundo adquirente, un bien que ya había vendido en su mayoría, ¿no confiere al segundo adquirente un derecho en la cosa, que ya no le puede quitar? El carácter de nulidad está aquí fuera de causa, es el acto hecho en su mayoría que es el decisivo; ahora, este acto, lo suponemos, es un acto translativo de un derecho real, pues es un acto que da al acreedor un derecho del que no puede ser despojado por aquel que se lo concedió. Esta es la naturaleza del derecho concebido que es necesario considerar, y no la naturaleza de la nulidad: esta está enteramente extraña al debate.

661. Nó, se dice, ella es decisiva, porque la nulidad no

puede ser invocada sino por aquel en el interés del que la estableció la ley; luego por el menor si se trata de un acto hecho por un menor; el tercero, á quien el menor vendió por segunda vez en su mayor edad lo que ya tenía vendido durante su minoría á otro adquirente, no puede oponer la nulidad de esta primera venta, el menor solo puede hacerlo; y como renunció á su derecho al confirmar el acto, nadie, después de esto, puede invocar la nulidad de la primera venta. El primer adquirente debe, pues, llevarse al segundo en vista de la anterioridad de su título.

Esta argumentación descarga sobre una singular confusión de ideas. La nulidad de los actos hechos por el menor es, sin duda, relativa, pero ¿en qué sentido? El artículo 1,125 contesta que las personas capaces para contraer, no pueden oponer la incapacidad de un menor con el que han contraído. Y cuando el menor, llegado á mayor edad, confirma el acto hecho en la minoría, ¿puede darse á la persona que con él contrató el derecho de pedir la nulidad del acto? La cuestión no tiene sentido. ¿De qué se trata? El menor vuelve á vender en la mayor edad el inmueble que vendió en la minoría, en seguida confirma la primera venta. ¿Con relación á quién fué hecha la confirmación? ¿Puede quitar al segundo adquirente la propiedad que le transmitió? Tal es la cuestión. Se decide por el principio de los derechos adquiridos. ¿El segundo comprador es propietario? ¿como deudor de ello? El vendedor ha podido y debido transmitirle la propiedad; debió hacerlo; es su obligación de vendedor; pudo hacerlo, pues la primera venta era nula y puede renunciar el derecho de confirmar. Vendiendo, renuncia necesariamente, si no la venta sería ilusoria. Hé aquí la teoría de la confirmación en la que concierne á los terceros. Ella recibe su aplicación en los actos hechos por menores, como en todas las otras nulidades.

662. Se insiste y se dice que el acto hecho por el me-

nor durante su minoría, no es nulo de pleno derecho; es al contrario, válido hasta que haya sido nulificado. ¿Quién pide la nulidad? No será el menor puesto que confirma; será, pues, el segundo adquirente, y á este se le puede oponer que la nulidad es relativa. La objeción está, pues, siempre en un círculo vicioso. Se invoca el principio de la nulidad relativa, y el art. 1,125 que la formuló, no dice que el menor solo puede atacar el acto, dice solamente que aquel que trató con el menor, no puede atacar el acto. El menor que confirma, no puede ya promover en nulidad, renuncia á este derecho; pero antes de confirmar, ha dado á un tercero un derecho en la cosa; para que ese derecho sea válido, es preciso que el acto hecho en minoría sea nulo; luego el menor se prevalece de la nulidad al vender y está obligado á mantener esta nulidad para dar efecto al acto que hizo en su mayor edad. En otros términos, se obliga hácia el adquirente, á prevalecerse de la nulidad; si el segundo comprador fuese accionado por el primero, pondría á su autor en causa, y éste, á pesar de la confirmación, estaría obligado á oponer la nulidad de la primera venta; es, pues, siempre el menor el que se prevalece de la nulidad. ¿Se prefiere la explicación dada por la jurisprudencia? Conduce á la misma consecuencia. El menor, al volver á vender á un segundo adquirente, le cede su acción de nulidad; es, pues, como cesionario del menor, como el segundo adquirente opone la nulidad; por tanto, la confirmación no está en oposición con el art. 1,125. (1)

663. La jurisprudencia está dividida. Un decreto de la Corte de Douai, desecha la distinción que Toullier y Merlin hacen entre las nulidades absolutas y las relativas. La decisión dice, con razón, que esta distinción está rechazada

1 Larombière, t. IV, pág. 640, núms. 1 y 2 del art. 1,338, páginas 651-653 (Ed. B., t. III, pág. 119). Marcadé, t. V, pág. 100, artículo 1,338, núm. 5.

por los términos generales del art. 1,338. Desde que un tercero adquirió un derecho, la ley lo mantiene contra la confirmación, á reserva de dar efecto á esta última, con relación á las partes. La distinción es, además, contraria al espíritu de la ley. El Tribunado pone en principio, que nunca pueden sufrir los terceros por la confirmación y los terceros serían perjudicados por la confirmación de una nulidad absoluta. (1) Esto decide la cuestión.

La Corte de Metz ha consagrado la distinción de Merlin. Cuando un menor contrae, dice la Corte, se obliga verdaderamente; cuando confirma, confirma una obligación que existe, por tanto, ella debe retrotraer; mientras que las nulidades absolutas no se cubren por la confirmación verdadera, una confirmación que retrotraiga. La Corte aplica este principio al caso en que el tutor no autorizado contraiga por el menor; este contrato, dice, no tiene ningún efecto con relación al menor, no debe pedir su nulidad en los diez años; si confirma, contrae nueva obligación, porque hasta ese momento no existía ninguna. (2) En nuestra opinión, todas estas proposiciones son erróneas; es inútil probarlo, lo hemos hecho de antemano al exponer los principios que rigen la acción de nulidad.

II. Hipotecas y enajenaciones.

664. Se hace otra distinción. La mayor parte de los autores admiten los principios que acabamos de exponer en su aplicación á los actos conteniendo enajenación; desechan la distinción que Toullier y Merlin hacen entre las nulidades absolutas y las relativas; la confirmación de una

1 Douai, 20 de Junio de 1838 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,562). Compárese Montpellier, 6 de Enero de 1866 (Daloz, 1866. 2, 41).

2 Metz, 2 de Abril de 1824 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 4,557).

venta no retrotrae jamás á perjuicio de un segundo adquirente. La razón está, se dice, en que dos ventas de una misma cosa no pueden existir; si lo que el menor hizo en mayoría debe ser mantenido, lo que hizo en menoría debe caer; y la ley lo mantiene, puesto que dice que la confirmación no puede perjudicar derechos de terceros. Lo mismo sucede con las hipotecas; varios acreedores pueden tener una hipoteca sobre el mismo inmueble. Cuando un menor hipoteca un inmueble y que, llegado á mayor edad, hipoteca el mismo inmueble á un segundo acreedor y confirma después el acto hecho en menoría, las dos hipotecas son válidas, pero la segunda tendrá el segundo lugar. (1) Esta distinción nos parece tan inadmisibile como la primera. Ella es contraria al texto del art. 1,338. así como á los principios que rigen la confirmación. El texto del Código mantiene todos los derechos adquiridos. ¿Cuál es el derecho del acreedor que estipula una hipoteca de un mayor, cuando el inmueble está ya gravado de una hipoteca nula consentida por el menor? ¿entiende adquirir una segunda hipoteca? no por cierto, pues es preciso suponer que el inmueble no tiene valor suficiente para garantir á los dos acreedores, si nó, no hubiera conflicto; luego tampoco cuestión. El derecho adquirido por el acreedor es, pues, una hipoteca en primer lugar; hé aquí el derecho que sostiene el art. 1,338. Puede aplicarse á aquel que consiente en mayoría una hipoteca, después de haber consentido una primera en menoría, todo lo que hemos dicho de la segunda venta que haría. Al consentir la segunda hipoteca, entiende acordar una garantía seria; para que así sea, es preciso que renuncie al derecho que tiene de confirmar, á perjuicio del nuevo acreedor hipotecario, la hipoteca con-

1 Aubry y Rau, t. III, pág. 270, nota 31, pfo. 266, y los autores que allí se citan.

cedida en menor edad. El principio, siendo el mismo, la consecuencia debe ser idéntica: la ley quiere que se respeten los derechos adquiridos, y el segundo acreedor tiene un derecho adquirido. (1)

La jurisprudencia está dividida, bien que tienda á pronunciarse á favor de la opinión que hemos adoptado: ofrece, por lo demás, poco interés en esta materia, pues apenas si se puede decir que las sentencias están motivadas. (2)

665. M. Colmet de Santerre hace otra distinción. Es una cuestión de intención. Es preciso ver lo que quieren las partes cuando el segundo contrato interviene. Suponemos que se trata de una hipoteca. Si el nuevo acreedor quiere conformarse con el segundo lugar, nada impedirá al deudor de confirmar la hipoteca consentida en menor edad, con efecto retroactivo; no perjudica un derecho adquirido, puesto que en la intención de las partes contratantes, el segundo acreedor solo tiene una hipoteca en segundo lugar. (3) Esto es incontestable, si hay una convención en este sentido; pero también, en esta hipótesis, nunca habrá contestaciones, puesto que la cuestión está decidida de ante mano. La dificultad no se presenta sino en ausencia de toda convención, y entonces no es una dificultad de hecho, es una dificultad de derecho; se trata de saber si el segundo acreedor es tercero, si tiene un derecho adquirido á una hipoteca en primer lugar. La cuestión queda, pues, por entero.

666. Hemos supuesto una hipoteca consentida por un menor. Igual cuestión puede presentarse para los otros incapaces; los principios son idénticos. Si la mujer, después

1 Larombière, t. IV, págs. 649, y siguientes (Ed. B., t. III, página 141).

2 Nancy, 1º de Mayo de 1812. Paris, 23 de Julio de 1838; Douai 18 de Marzo de 1840 (Daloz, en la palabra *Hipotecas*; núm. 1,234) En sentido contrario, Paris, 15 de Diciembre de 1830 (Daloz, *ibid* núm. 1,234).

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 587, núm. 311 bis II y III.

de haber consentido una hipoteca sin autorización, concede una nueva hipoteca sobre el mismo inmueble, después de la disolución del matrimonio, y confirma en seguida la primera, la confirmación no retrotraerá al perjuicio del segundo acreedor. (1)

667. Va de suyo, que si las hipotecas nuevas son consentidas después que las primeras han sido confirmadas, los nuevos acreedores serán pospuestos á los primeros; en efecto, en este caso, éstos tendrán un derecho adquirido en virtud de la confirmación, derecho que las nuevas hipotecas no pueden quitarle. Es de suponer naturalmente que las primeras hipotecas han sido registradas; esta inscripción valdrá á partir del día en que se había hecho si la hipoteca está confirmada. El acreedor no tiene necesidad de registrar segunda vez, porque no adquiere un nuevo derecho; es su derecho primitivo el que se halla validado y la confirmación de la hipoteca equivale á la confirmación de la inscripción. La Corte de Casación ha juzgado así y no vemos en este punto la menor duda. (2)

668. Hay una cuestión preliminar que es dudosa. ¿Puede confirmarse una hipoteca nula en la forma? O, ¿es necesario aplicar á la hipoteca, que es un contrato solemne, lo que dice el art. 1,339 á propósito de la donación: ¿nula en la forma, debe volverse á hacer en la forma legal? Trataremos la cuestión en el título "De las Hipotecas."

FIN DEL TOMO DECIMO OCTAVO.

1 Compárese Denegada, 24 de Enero de 1825 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,559).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 25 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1856, 1, 335).