

# La confirmación

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto de Derecho  
Civil en la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. La confirmación: Concepto y diferencias con la ratificación.—2. La convalidación del testamento nulo.—3. Explicación técnica de la convalidación.—4. Casos de convalidación.—5. Construcción de la confirmación.—6. Clases de confirmación.—7. Momento en que se puede confirmar.—8. Objeto de la confirmación.—9. Efectos de la confirmación.

## LA CONFIRMACION: CONCEPTO Y DIFERENCIAS CON LA RATIFICACION

La institución jurídica de la confirmación sólo es de aplicación, según el artículo 1.310 del Código civil, a los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261, es decir, de acuerdo con la terminología tradicional, a los contratos anulables.

Por ello, su definición se puede dar sintéticamente: es un negocio jurídico que sana a otro negocio anulable. Existe una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos consistentes en la purificación de los vicios de que adoleciera aquel último desde el momento de la celebración (art. 1.313) (1).

Presenta la confirmación unas analogías con otra figura jurídica de la que es necesario deslindar, y con la que en el mismo lenguaje corriente se confunde: la ratificación. Esta hace siempre referencia a un contrato concluído por quien no tiene poder o representación de un tercero, cosa que es ajena a la esencia de la confirmación.

Por otra parte, dicen Ripert y Boulanger que la ratificación supone un contrato válido en sí mismo, mientras que la confirmación se aplica a un contrato nulo (2). Por lo que respecta a las partes intervinientes en los negocios en cuestión, Núñez Lagos afirma que la confirmación se otorga por las mismas partes o sus

---

(1) El problema fundamental que se plantea en relación con los defectos que purga la convalidación, es la posibilidad de que el menor pueda prestar un consentimiento válido, aunque viciado. La moderna doctrina española, junto con la jurisprudencia, acepta este criterio. Vid. CASTRO, *Derecha Civil de España*, II, I, págs. 182 y sigs.

(2) *Traité de Droit civil, d'après le traité de PLANIOL*, tomo 2, París, 1957, pág. 274.

causalhientes que intervinieron en el acto o contrato confirmado, mientras que la ratificación únicamente se refiere al *dominus*, quien antes todavía no es parte (3).

¿Puede afirmarse, sin embargo, que la ratificación se refiera a un contrato válido en sí y no a un contrato nulo? Nuestro Tribunal Supremo lo considera inexistente en un principio, en cuanto falta el consentimiento de una de las partes (sentencia de 7 de julio de 1944).

Como señala Hernández Gil, si bien es verdad que en ellos, objetivo y materialmente considerados, existe un consentimiento—el de quien atribuyéndose una representación o autorización que no tiene celebra el contrato a nombre de otro—, no lo es menos que el consentimiento requerido para la validez de los contratos es precisamente el procedente de las partes y el mismo no se da en el caso del artículo 1.259 (4). No obstante, la diferenciación propuesta por los tratadistas franceses es posible aceptarla, siempre que distingamos la validez del contrato entre las partes y frente al *dominus*. En el primer aspecto es posible afirmar que el contrato existe y es susceptible de producir efectos entre los sujetos contratantes, mientras que frente al *dominus* no se puede predicar esto (4 bis).

Una semejanza se observa entre los dos institutos si tenemos en cuenta la doctrina reiterada por el mismo Tribunal Supremo (sentencias de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944 y 29 de enero de 1945) de que la ratificación hace que se considere válido y eficaz desde un primer momento el negocio (cfr. art. 1.313). Pero ello no debe inducir a engaño. Mientras en la confirmación hasta el momento en que la misma se produce ha surtido efectos el negocio jurídico, aunque provisionales, en la ratificación no se da ninguno en tanto no tiene lugar, de modo que si no llega a nacer a la vida jurídica, el negocio será ineficaz totalmente, al contrario de la confirmación, en la cual transcurriendo el tiempo marcado por la ley para el ejercicio de la acción de nulidad, puede sanarse definitivamente aquél. Únicamente, pues, se confunden ratificación y confirmación en la vertiente del efecto retroactivo que tienen.

Otros autores han pretendido ver un encuentro sustancial entre ambas instituciones, configurando la ratificación como una renuncia por parte del ratificante a la *acción de nulidad* (5). No creemos posible tal postura. Como ha puesto de relieve Cariota Fe-

(3) La ratificación, en «Revista de Derecho Notarial», 1956, pág. 21.

(4) Comentario a la sentencia de 29 de enero de 1945, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1946, tomo 180, pág. 615.

(4 bis) Vid. MESSINEO, *La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente* (adalsus procurator), en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1956, págs. 394 y sigs.

(5) LABBÉ, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gerant d'affaires*, pág. 8; POLIGNANI, *La ratihabito*, págs. 7 y sig.

rrara (6), el contrato celebrado por quien no tiene la representación del *dominus* es irrelevante frente a éste. No es un negocio nulo, dice, porque la nulidad absoluta se refiere a un vicio que obra destructoramente entre los sujetos del negocio. Si se admitiese la tesis criticada, se llegaría al absurdo de que sería nulo frente al tercero o *dominus* y anulable o válido entre las partes, y el Juez declararía la nulidad negocial, obrando contra su índole y su valor entre las partes, que podrían tener interés en mantenerlo vivo entre ellas, o debería limitarse a declarar el negocio nulo frente al tercero solamente, teniéndose así, por tanto, un concepto *relativo* de la nulidad *absoluta*.

Dijimos al comienzo de este epígrafe que la confirmación tiene su campo de aplicación en los negocios anulables. Una excepción a esta regla está representada por la posibilidad de subsanación del testamento nulo.

## LA CONVALIDACION DEL TESTAMENTO NULO

Uno de los caracteres más salientes de la regulación del negocio jurídico testamentario lo constituye el aspecto relativo a su nulidad. En estas líneas no nos vamos a fijar en los problemas de interpretación que se suscitan a propósito del término «nulidad» empleado en los artículos 673 y 678 del Código civil. Vamos a llamar la atención sobre una doctrina legal que de forma reiterada ha manifestado nuestro Tribunal Supremo a propósito de la susodicha nulidad.

Sabido es que el testamento, como negocio jurídico solemne por antonomasia, requiere para su validez el cumplimiento de las solemnidades legales expresamente establecidas. La falta de las mismas da lugar, por principio, a su absoluta nulidad. No basta que sea conocida la voluntad del testador, sino que es preciso que aparezca en alguna de las formas y con los requisitos esenciales que en cada testamento han de concurrir, sin que sea lícito prescindir de ninguno de ellos (sentencias de 30 de noviembre de 1906, 1 de febrero de 1927, 7 de junio de 1923, etc.).

Sin embargo, el mismo Tribunal Supremo mitiga el rigor de esta doctrina, estableciendo que cualquiera que sea la sustancialidad y trascendencia de los defectos formales atribuidos al testamento, no puede invocar su nulidad quien ha prestado o trae causa de quien prestó su conformidad a la disposición o ha ejecutado la misma (sentencias de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1908, 15 de marzo de 1951). Únicamente se concede la posibilidad de convalidar el testamento nulo a los herederos y legatarios.

Esta regla, que no se encuentra recogida en ningún artículo

---

(6) *I negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936, págs. 144 y sigs.

del Código civil, supone una evidente derogación del régimen establecido para los negocios jurídicos *inter vivos*, en los que no opera la confirmación más que en el supuesto de anulabilidad (art. 1.310). Merece, a nuestro juicio, un examen atento tal posición jurisprudencial, que viene a llenar una evidente laguna legal de nuestro ordenamiento sucesorio, en contraste con la tradición histórica y las legislaciones extranjeras, modelo de la nuestra y el proyecto de 1851, que en su artículo 1.187, párrafo 3.º, decía: La ratificación o cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad en cualquier tiempo que se haga, extingue la acción de nulidad; salvo los casos en que la ley especialmente dispone lo contrario.

La doctrina de la confirmación del negocio testamentario *nulo* tiene una honda repercusión en ciertos Códigos (francés, italiano) debida indudablemente al Derecho común. En éste, por influencia de uno de sus elementos componentes (el Derecho canónico), adquiere una máxima relevancia el principio del respeto a la voluntad del difunto, salvándola siempre que fuere posible (6 bis). Dicha norma tiene una clara ascendencia en el Derecho romano, donde existen textos (C. 6, 23, 16, 1; 6, 42, 2) en los que se dice que aun no estando basada en las leyes la voluntad del difunto por lo que respecta a legados, fideicomisos y manumisiones, tiene, sin embargo, obligación de cumplirla el heredero testamentario o legítimo que por su propia voluntad la ha aceptado.

El Código de Napoleón recogió esta posibilidad de su subsanación del negocio nulo en el artículo 1.340, a tenor del cual: «La confirmación o ratificación o ejecución voluntaria de una donación por los herederos o los causahabientes del donante, después de su muerte, lleva consigo su renuncia a oponer bien los vicios de forma, o cualquiera otra excepción». Este precepto, aunque referido únicamente a la donación, se extiende a los testamentos, por estimarse existentes idénticas razones para que la regla obre en un supuesto y en el otro (7). La misma disposición recoge el artículo 1.311 del Código italiano de 1865, pero aplicándola al testamento. La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria de una donación o disposición testamentaria por parte de los herederos o los causahabientes del donante o testador, después de la muerte de éste, incluye su renuncia a oponer los vicios de forma o cualquier

(6 bis) A esta idea responde el famoso apotegma «*Ultima voluntas defuncti modis omnibus conservari debet*», recogida en el Decreto de Graciano París 1872, págs. 292 y sigs. Dicen BAUDRY-LACANTINIERE y BARDE (*Des Parte II, Causa XIII, C. II*).

(7) Vid. TROPLONG, *Des donations entre vifs et des testaments*, tomo 3, París 1872, págs. 292 y sigs. Dicen BAUDRY-LACANTINIERE y BARDE (*Des Obligations*, en su «*Traité de Droit civil*», tomo 3, París 1908, pág. 352), que todos los autores y jurisprudencia, a excepción de LAURENT, aplican el artículo 1.340 a los testamentos. LAURENT (*Principes de Droit civil*, tomo 13, Bruselas 1878, pág. 521) dice que los testamentos nulos en su forma no expresan la voluntad del difunto.

otra excepción. El nuevo Código ha variado un tanto la forma de redacción del precepto citado. Así, dice que: La nulidad de la disposición testamentaria, cualquiera sea la causa de la que dependa, no puede ser hecha valer por quien, conociendo la causa de nulidad, ha, después de la muerte del testador, confirmado la disposición o dado a la misma voluntaria ejecución (art. 590). En otro lugar (art. 799) se consigna idéntico criterio para la donación.

Vemos, pues, cómo la posibilidad de subsanación del testamento nulo no se limita únicamente a la forma, es decir, a la falta de existencia de este requisito esencial, sino a otras causas distintas. En páginas siguientes estudiaremos la cuestión en nuestro derecho, para deducir consecuencias que completen la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.

### EXPLICACION TECNICA DE LA CONVALIDACION

¿Cuál puede ser la causa de esta excepción a la regla tradicional *Quod nullum est, nullum producit effectum*?

Finzi (8) piensa que el testamento ha de ser considerado como un negocio incompleto en este caso. Su cometido pleno se tendrá o se conseguirá cuando los herederos hayan manifestado su voluntad de una manera expresa o tácita. Es dicha voluntad la que suple la forma defectuosa de aquél. Al conjunto voluntad del difunto más forma, sucede o sustituye el de voluntad del difunto más confirmación, ratificación o ejecución. La voluntad del heredero tiene eficacia integrativa, es una condición de eficacia de la del difunto.

Esta postura no resiste una crítica seria. La voluntad del heredero no supone por sí misma la forma del testamento. No puede decirse que obre sobre la estructura de la declaración de voluntad testamentaria formando un hecho jurídico nuevo. Con razón observa Allara que esta forma así creada por la voluntad de los herederos contrasta con la diversidad de dos actos tanto en orden al autor de los mismos como en los momentos en que se realiza (9). La voluntad del testador requiere el cumplimiento de las formalidades necesarias en el momento en que se emite, y no posteriormente, por obra, además, de un tercero extraño a aquélla.

Por otra parte, ¿hasta qué punto puede hablarse de una integración de un negocio jurídico nulo? La integración supone la existencia de un supuesto de hecho incompleto. Corresponde, señala Oppo (10) a un proceso formativo abierto, no cerrado, y se caracteriza por la posibilidad futura de efectos jurídicos, no por

(8) *Studi sulle nullità del negozio giuridico*. L'art. 1.311 Cod. civ. Bologna, 1920, págs. 72 y sigs.

(9) *Il testamento*, Padua, 1934, pág. 262.

(10) *Note sull'istituzioni di non concepti*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1948, pág. 97.

su exclusión definitiva. Del acto inexistente puede decirse que el ciclo formativo se interrumpe sin dar lugar al nacimiento. Del acto nulo, que el ciclo se ha llevado a cabo sin tener vida aquél. Del acto en formación, que el ciclo está en vía de complemento.

El testamento, sin embargo, es calificado desde un principio como *nulo*, por lo que si se quiere, puede ser atacado con posibilidad de éxito. No tendrían ningún derecho a dicha impugnación las partes, si la declaración de voluntad fuese incompleta. Pasetti (11) apunta también como objeción, que en el supuesto de acoger la tesis de la integración, habría que dar relevancia al negocio antes de la confirmación, dado que normalmente la falta de integridad de un negocio implica la relevancia jurídica de las singulares fases a través de las cuales el acto se forma.

Allara (12) sigue en el fondo la tesis de Finzi, del cual se separa a la hora de precisar las consecuencias que produce la declaración de voluntad de los herederos. Para él, la confirmación opera en el sentido de resolver la nulidad del negocio. Pero con razón podemos objetar, siguiendo a Enrietti (13), que nos encontramos en presencia de una fuerza meramente negativa (la disolución de la nulidad), cuando en realidad lo que hace falta es una fuerza creadora. Se halla también en contradicción el mismo Allara, cuando sostiene esta tesis, después de haber afirmado, criticando a Finzi, que la declaración adhesiva no contribuye una directa contribución positiva a la eficacia del negocio (14). Pero, si bien nos fijamos, no puede haber nulidad que produce efectos por la confirmación o ejecución de la disposición testamentaria, porque la nulidad de por sí no los produce. Si siguiésemos la teoría de Allara, deberíamos afirmar que los actos del heredero levantan la no producción de efectos jurídicos del testamento o disposición testamentaria nula, pero nos quedamos en la misma situación anterior: la disposición o testamento en cuestión seguirá sin producir efectos por su naturaleza radicalmente viciada. Únicamente podríamos admitir lo contrario, si Allara diese una explicación acerca de la incidencia de la actuación del heredero en la voluntad del difunto, pero ello es cosa que omite en absoluto.

Enrietti (15) dice que la confirmación o ejecución voluntaria de la disposición opera como condición resolutoria de la exclusión de la disposición testamentaria del mundo del derecho, y, al mismo tiempo, opera como condición suspensiva de su atracción a la esfera jurídica. Dicha confirmación o ejecución puede ser

(11) *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padua, 1953, pág. 54.

(12) *Ob. cit.*, pág. 262. En igual sentido, vid. MONTI, *Il possesso di buona fede*, Padua, 1935, pág. 83.

(13) *Appunti sull'articolo 1.311 del Codice civile*, en «Rivista di Diritto Civile», 1939, págs. 253 y sigs.

(14) *Ob. y loc. cit. supra.*

(15) *Ob. y loc. cit. supra.*

calificada como condición, ya que supone un algo extraño a la disposición originaria, es posterior a la misma, y es incierta en cuanto a su realización.

Esta teoría se encuentra en contraposición con una realidad eminente: si la disposición testamentaria estaba fuera del mundo del derecho, ¿cómo se explica que la confirmación la atraiga hacia él? Enrietti incurre, en realidad, en el mismo error de la doctrina de Allara. Explica la norma del artículo 1.311 del Código italiano de 1865 con la misma norma, porque lo que hace falta saber no es la configuración de su precepto en una figura o institución jurídica determinada (condición en este caso) sino explicar qué efectos produce en la voluntad del testador para que ésta cobre una vida de la que carece.

Rocco (16) niega que la convalidación sea una figura aplicable a los negocios meramente anulables. Por el contrario, dice, tiene su campo de aplicación tanto en los nulos como en los anulables. En un cierto sentido, la convalidación posterior de una declaración de voluntad defectuosa jurídicamente no es concebible. La declaración de voluntad sigue siendo aquella que fue, en el momento en que se formó o emitió. Lo único que ocurre es que adquiere una relevancia por un hecho posterior. La declaración permanece como estaba, pero el derecho le otorga efectos jurídicos *como si* hubiese sido formada de un modo completamente libre de vicios. La ratificación impide solamente que el defecto produzca la ineficacia del negocio. Si éste producía efectos, eran meramente provisionales, que llegan a ser definitivos por la renuncia del interesado a hacer valer el efecto. En los negocios nulos, dice Rocco, existe un medio de eliminar, no el vicio, sino los efectos jurídicos del vicio. La convalidación en este caso representa el que el concurso necesario de la voluntad del *tercero*, sobrevenido después de la perfección, se considera como existente en el momento de la perfección del negocio y produce efectos jurídicos como si fuese anterior o contemporáneo. Y ello en virtud de la misma declaración de voluntad del ratificante, el cual quiere que su aceptación posterior tenga eficacia retroactiva.

Prácticamente Rocco está aludiendo a la integración del negocio, al decir que la nueva declaración no es necesario que contenga, por sí sola, todos los requisitos del negocio; basta que la vieja y la nueva, puestas juntas, constituyan un negocio válido; necesaria es, por el contrario, la voluntad de dar efecto jurídico a la primera declaración inválida (17). Por ello, nos remitimos a lo que anteriormente expusimos acerca del ciclo del negocio nulo e incompleto, para la refutación de su tesis, y al mismo tiempo, no compartimos la objeción de Degni a la tesis de Rocco. Dice

---

(16) *La convalescenza dei negozi giuridici*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1910, II, págs. 178 y sigs.

(17) *Ob. cit.*, pág. 186.

el primer autor (18) que el efecto retroactivo debe surgir de la nueva declaración, pero no como una consecuencia de la convalidación, ya que el negocio se constituye *ex novo*. Pasa por alto Degni que no se reproduce el negocio testamentario, sino que se completa el originario. Dentro de su postura, tiene razón lo que dice Rocco acerca de la retroactividad de la declaración de voluntad. Como traslada para el negocio nulo el mismo esquema legal del negocio anulable, no hay ningún obstáculo para la aplicación del artículo 1.313

Chironi (19) sostiene la existencia de una *conversión* de la voluntad antigua por obra de la confirmación de los herederos. A aquélla se le otorga valor por el hecho de que se agregue a la misma, se integre, la confirmación autedicha. La ejecución de la voluntad testamentaria o su ratificación sería un acto que recompondría los miembros separados del acto a que se refiere, y por vía de cohesión, nuevamente operada, viviría como hubiera podido vivir si la voluntad no hubiera sido anulada.

En realidad, la conversión, instituto que supone la sustitución de un negocio jurídico nulo por otro válido, y que reemplaza al mismo tiempo la voluntad real de los sujetos del negocio nulo por otra abstracta, presumible en aquéllos (20), no puede servir de base a la doctrina legal que estudiamos. Macchia alega que el negocio sustituto en nuestro caso no es *diverso*, sino el mismo, además de que interviene una voluntad *distinta* de la originaria; la de los herederos (21). Ascoli nota la diferencia entre la típica conversión y la pretendida por Chironi. La voluntad del heredero puede valer como la del difunto. En la conversión, la ley, encontrando en el negocio nulo todos los elementos de un diverso acto, sustituye aquél por éste. Los elementos del negocio sustituido se encuentran todos en la única declaración de voluntad originaria, mientras que en la conversión de Chironi es necesario añadir una nueva declaración de voluntad (22).

Barassi (23) sostiene que se produce una renuncia por parte de

(18) *Infermità di menti nella teoria del negozio giuridico*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1911, I, pág. 213, nota 1.

(19) *L'inesistenza del negozio giuridico e la possibilità di sanarla*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1914, II, págs. 182 y sigs.

(20) Vid. ALBADALEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, págs. 407 y sigs.

(21) MACCHIA, *La conferma dei negozi giuridici*, en «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», 1929, pág. 442.

(22) *Esecuzione di disposizione testamentaria o donazione nulla de parte degli credi*, en «Rivista di Diritto Civile», 1914, pág. 247.

(23) *Teoria de la ratifica del contratto anulabile*, Milán, 1898, págs. 388 y sigs. Un precedente importante de esta tesis puede verse en DE CRES- CENZIO, *La doctrina della conferma e della ratifica degli atti nulli per difetto di forma secondo il Codice civile italiano*, Nápoles, 1885; *Della ratifica e conferma degli atti nulli in modo assoluto per difetto di forma secondo il Codice civile italiano*, en «Filangieri», 1885, I.



los herederos legítimos si se trata de un testamento inexistente, a valerse de la nulidad. Estos herederos, a los que correspondería la propiedad de los bienes, realizan un verdadero acto de renuncia transmisora de propiedad. El contenido de la renuncia sería precisamente la voluntad *de cuius*. Sin embargo, esta tesis parte del error de considerar en primer término a la renuncia de la acción de nulidad como productora de efectos jurídicos de la situación con que habría de destruirse si se propusiese ante el órgano jurisdiccional para hacer desaparecer la apariencia de acto válido que puede tener el testamento otorgado sin las solemnidades requeridas por la ley, siendo así que el vicio radical del mismo sigue subsistiendo, aunque se prescinda de la acción de nulidad.

Por otra parte, creemos que los herederos legítimos no pueden transmitir absolutamente nada porque nada han aceptado, ni, por tanto, pueden renunciar a la herencia de esa forma, que, aun admitiendo la tesis de Barassi, se encontraría en completa discordancia (cuando la renuncia a la acción de nulidad fuese tácita) con el artículo 1.008 del Código civil.

Por último, si considerásemos la renuncia de los herederos legítimos como traslativa (cosa que se desprende de la tesis de Barassi), ¿dónde consta el consentimiento o la aceptación de los beneficiados?

No menos repudiable es aquella otra doctrina, mantenida por un sector de la doctrina francesa (24), que ve en el testamento (donación de acuerdo con la terminología del Código de Napoleón), un acto nulo que se convierte en meramente anulable a la muerte de su autor. Así no hay ningún inconveniente para que opere la confirmación. Si se admitiese esta posibilidad habría que concluir diciendo que el testamento surtiría todos sus efectos, aun a pesar del vicio que contiene de la misma manera que ocurre en los contratos anulables hasta su confirmación.

A juicio de Pasetti (25), en presencia del artículo 590 del Código civil italiano de 1942 (equivalente a nuestra doctrina jurisprudencial como ya hemos dicho), al intérprete no le queda más solución que afirmar la producción de efectos jurídicos del testamento nulo. Ahora bien, puesto que dichos efectos se conectan a un supuesto de hecho concreto, una de dos: o el supuesto de hecho abstracto previsto por el legislador se reduce en alguno de sus elementos o el concreto viene integrado. Hay que ver, dice, por lo que respecta al testamento nulo una reducción del supuesto de hecho abstracto, que requiere como *conditio iuris* la confirmación

---

(24) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, *Traité pratique de Droit civil français*, París, 1933, tomo V, pág. 366. CROME, *Parte generale del Diritto privato francese*, trad. italiana, Milán, 1906, pág. 304.

(25) *Ob. cit.*, págs. 55-56. Con anterioridad había ya apuntado esta tesis DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nulo*, Nápoles, 1946, páginas 85 y sigs.

o ratificación de la disposición testamentaria. Btti (26) dice que las partes no pueden disponer nunca de los requisitos de un negocio, que son reservados a la exclusiva competencia de la ley. Por lo tanto, una renuncia a hacer valer la nulidad del testamento estaría privada de valor vinculante. No obstante, cree que uno de los casos en que se admite excepcionalmente la derogación de esa competencia del poder legislativo a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, es la posibilidad de producción de efectos jurídicos de un testamento nulo que se ejecuta voluntariamente.

Otros autores se refugian en el campo de las obligaciones naturales, diciendo que existe un deber moral de cumplir la voluntad del testador, y por tanto, quien ha hecho tal cosa no puede dirigirse posteriormente para impugnarle (irrepetibilidad de lo pagado, efecto propio de las obligaciones naturales) (27).

Es esta postura incompatible con la misma esencia de la confirmación y de la obligación natural. Lo primero sólo se puede predicar de los negocios anulables, y si acaso, en determinados casos, de los nulos. Sin embargo, estos conceptos de nulidad y anulabilidad son extraños por completo al campo de las obligaciones naturales. Ni siquiera es posible acoger la tesis de Macchia, para quien por hablar el Código italiano de 1865 en su artículo 1.311 de confirmación, había que repudiar la idea de obligación natural, aplicable, por el contrario, si se precisase la ejecución de la voluntad (28), ya que se olvida que la ejecución es una forma de confirmación tácita. Por otra parte, no poseemos en nuestro Derecho estas limitaciones conceptuales que nos prohiban, por sí mismas, encuadrar la confirmación del testamento en la obligación natural (29).

Es rechazable también la tesis que estudiamos, porque el heredero legítimo carece de obligación moral de cumplir el testamento frente al heredero testamentario porque éste sucede al *de cuius*

(26) *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. de Martín Pérez, págs. 71 y sigs.

(27) *Oppo, Adempimento e liberalità*, Milán, 1947, pág. 367. ROMANO, *Note sulle obbligazione naturali*, Firenze, 1945, págs. 15 y sigs. CHIRONI, *Ob. y loc. cit., supra*.

(28) *Ob. cit.*, págs. 442-443.

(29) Podría tal vez estimarse acogible este deber moral que produce efectos jurídicos, al amparo de la famosa «justa causa» del 1.901 del C. c. Pero, prescindiendo de lo discutible que es encontrar ese asiento positivo en nuestro derecho para la teoría de la obligación natural, habría siempre la dificultad del claro y terminante precepto del 687 para que el Juez diese efectos a lo que va contra una norma legal, a menos que no hubiese una excepción (legal o jurisprudencial) de su rigidez. En tal caso, hay que explicar la razón por la que se da vida a la voluntad del testador. La obligación natural, a lo más, serviría para impedir que los herederos quisiesen destruir los efectos de los actos que han realizado basados en un testamento nulo, pero lo que no aclararía es por qué adquiere valor la voluntad del difunto.

directamente, y no a aquél. Así se pronuncia Finzi (29 bis). Pero no acertamos a ver qué relación puede tener ello con la cuestión que nos ocupa, porque no se trata de saber si sucede al testador o al heredero legítimo, sino en ver si su actitud arranca de la previa existencia de una obligación moral.

A nuestro juicio acierta Polacco en su crítica a la teoría de la obligación natural. La misma, dice, no produce otro efecto que la *solutio retentio*, esto es, la validez e irretractibilidad de la ejecución voluntaria por parte del deudor, mientras que, en cambio, el artículo 1.311 habla también de válida *confirmación y ratificación*, además de hablar de ejecución voluntaria (30).

En nuestro Derecho, hemos advertido hace unos momentos que no tenemos los términos específicos de confirmación y ratificación, aunque la doctrina jurisprudencial parece responder a la misma idea. Sin perjuicio de que más adelante insistamos sobre la cuestión, queremos exponer la tesis que nos parece más adecuada para explicar el fundamento de la doctrina en examen.

Si observamos las sentencias del Tribunal Supremo que al principio hemos señalado, veremos que en todas ellas se habla de vicios o defectos de *forma*. Ahora bien, si este requisito en los testamentos, como tradicionalmente se ha considerado, se ha establecido en interés principal de los particulares, no hay duda de que consintiendo éstos el acto defectuoso, puede pensarse en una suspensión por parte del ordenamiento jurídico de la irrelevancia del testamento, hasta que se verifique la conformidad antedicha (31). El ordenamiento jurídico protege entonces la voluntad testamentaria, como si hubiese sido proclamada de acuerdo a sus normas.

En algunas sentencias, el Tribunal Supremo parece desmentir la regla tradicional de *confirmación* de los testamentos nulos, basando el mismo efecto jurídico en el principio de que no es lícito *venire contra proprium* (ss. de 8-11-1895, 8-11-1901, 15-3-1951). No creemos que a la doctrina de los actos propios se le pueda dar un alcance anulador de la confirmación. Si se observan detenidamente las sentencias citadas, vemos que en ellas se hace referencia a una manifestación de voluntad de carácter expreso o tácito, referente a la intención de querer que valga la voluntad testamentaria defectuosa. La postura de nuestro Alto Tribunal puede obedecer a la confusión que señala Puig Brutau entre la renuncia de derechos y la doctrina de los actos propios. La primera (base sobre la que se edifica la confirmación) supone una manifestación de voluntad, mientras que el acto propio ofrece la particularidad de que paraliza la actuación de una persona sin que por parte de ésta se haya manifestado la voluntad de renunciar, por

(29 bis) *Ob. cit.*, pág. 35.

(30) *De las Sucesiones*, trad esp. tomo 1, pág. 620.

(31) Vid. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Ob. cit.*, pág. 351. LAURENT, *Ob. cit.*, págs. 611-612. DE SIMONE, *Ob. cit.*, págs. 175 y sigs.

la protección a la apariencia jurídica que pueda derivarse de un comportamiento anterior (32). Sin entrar en estos momentos en el análisis de tan sutil distinción (notemos tan sólo cómo el acto propio no es algo «aseptico» que tenga que vivir con independencia del querer del sujeto, sino, que por el contrario, puede responder a una intención determinada, algunas veces idéntica a la que se produce en la renuncia), vemos que estamos en presencia de una voluntad de confirmación. Únicamente podría acogerse la tesis del *acto propio* puro, si la conducta de los herederos significase una actividad contra la que posteriormente no se pudiera actuar *ann hecha sin conocimiento de las causas de nulidad*. Es decir, que no tendría aplicación la necesidad del «conocimiento de la causa de nulidad» del que habla el artículo 1.311 para sentar sobre el mismo la posibilidad de confirmación. La sentencia de 28 de febrero de 1908 parece prescindir de dicho conocimiento para llegar a la conclusión de la improcedencia de la acción de nulidad, mientras que la de 15 de marzo de 1951, por el contrario, lo exige. En realidad, creemos más ajustada a la técnica jurídica la doctrina última. Además, si bien se observa la doctrina de la primera sentencia citada, no prescinde del consentimiento, sino que más bien lo da por supuesto al declarar que si la recurrente no tuvo noticias de los defectos de solemnidad atribuidos al testamento, *ningún obstáculo legal ni de otra índole existió para que desde un principio pudiera enterarse*. Más adelante veremos cómo el no ejercicio de la acción de nulidad puede englobarse en el campo de la confirmación tácita al amparo de la doctrina del silencio.

Por otra parte, la doctrina de los actos propios sería inoperante si no se partiese de la posibilidad de convalidación de la nulidad, ya que exige la validez de aquéllos *ante la ley*, lo que no ocurriría si el defecto formal hiciese siempre nulo el testamento.

### CASAS DE CONVALIDACION

La regla de la confirmación tiene su ámbito propio, volvemos a repetir que de acuerdo con las sentencias del Tribunal Supremo, en los vicios de *forma* del testamento. No podemos acoger la tesis de aquellos autores que distinguían entre *vicios* de forma (es decir, la falta de requisitos formales menos esenciales, como la incompetencia del Notario), y los *defectos* de forma (que se referían, por el contrario, a la falta de solemnidades legales esenciales, como la inexistencia del acto notarial cuando es obligado) para aplicar la doctrina a los primeros (33). Nuestra jurisprudencia es ter-

(32) Estudios de Derecho comparado, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951, pág. 126.

(33) CAMPARI, *Della capacità di contrattare*, Turín, 1887, págs. 68 y siguientes. MAROT, *Delle donazioni*, Turín, 1936, pág. 259. AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciaria nel Diritto civile moderno*, Roma, 1917.

minante en reconocer el mismo efecto convalidador a los testamentos de los que existan tantos vicios como defectos formales (empleando la misma terminología anterior).

¿Pueden confirmarse otros testamentos en los que el vicio no sea de forma, sino estructural, sustancial? Ya hemos visto que los Códigos francés e italiano son muy amplios, al menos en la enunciación de los preceptos legales oportunos en esta materia. La duda se encuentra en la posibilidad de pensar lo mismo para nuestro Derecho. La jurisprudencia no lo prohíbe, ya que sólo se limita a sentar doctrina sobre los casos en los que existía una nulidad formal. Por otra parte, si nos atuviésemos a los puros precedentes históricos, habría que circunscribir la regla a la nulidades formales simplemente (34).

Unos autores fundamentan en la distinción entre inexistencia y nulidad del negocio la exclusión de la confirmación en los primeros (35), con lo que plantean el espinoso problema del criterio distintivo entre ambas formas de invalidez negocial (36). Nosotros creemos, con Albaladejo, que si bien puede predicarse la inexistencia de un negocio en el que faltan los elementos que exige su naturaleza, siendo, en realidad, un «no negocio», nuestra ley, jurisprudencia y doctrina aplica la expresión «negocio inexistente» a aquel en que hay una apariencia exterior, faltando, además, en el Código una diferencia, en cuanto a sus consecuencias, que permita agrupar, por un lado, los casos de inexistencia y, por otro, los de nulidad (37). Lacruz, a propósito de la nulidad de testamento, sólo habla de nulidad absoluta y anulabilidad (38).

En realidad, fuera del campo de la forma creemos imposible la confirmación de un testamento *nulo*. Así, por ejemplo, la falta de voluntad del testador no puede ser suplida nunca por los herederos. Se ha sostenido, sin embargo, lo contrario (39), apoyándose principalmente en la voluntad de la ley, punto en que lo mismo que descansa en ella la eliminación del requisito *ab substantiam* de la forma, puede también ser la base de la doctrina antedicha. Finzi alega que mientras la falta de forma implicaría la inexistencia de la relación creada por el acto jurídico, la falta de acto de voluntad, existiendo la forma no impediría el nacimiento de los efectos jurídicos (40). Esta doctrina la estimamos válida siempre y cuando la circunscribamos a su campo natural: la apariencia. Mientras que la misma no se destruya, demostrando la falta de vo-

(34) Vid. TROPLONG, *Ob. y loc. cit. supra*.

(35) DE SIMONE, *Ob. cit.*, págs. 86 y sigs.

(36) Una exposición reciente sobre la doctrina en la materia, vid. en FERRARI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1958, págs. 514 y sigs.

(37) Notas a su trad. esp. del Negocio Jurídico de CARIOTA FERRARA, *cit.*, pág. 278.

(38) Notas a su trad. esp. del Derecho de Sucesiones de Binder, pág. 117.

(39) FINZI, *Ob. cit.*, pág. 90. FEDELE, *Ob. cit.*, pág. 105.

(40) *Ob. cit.*, pág. 83.

luntad por violencia física, v. gr., tendrá una realidad el testamento productor de efectos jurídicos. Ahora bien, cuando hemos hablado de falta de voluntad al principio, nos referíamos a la existencia de aquélla que no reúne los requisitos legales para ser estimada como voluntad testamentaria. Es decir, no es que ésta se haya producido con vicios más o menos sustanciales en cuanto a la forma que la envuelve, sino que no se ha manifestado en ninguna de aquéllas que el Derecho tolera solamente. No olvidemos que la confirmación que es objeto de nuestro examen se refiere a *disposiciones testamentarias en sentido legal*.

Tampoco podrá ser salvado el testamento hecho por un menor de edad (en el sentido del artículo 663), que carezca de la capacidad *natural* para la realización del acto. Su voluntad no existe, y la confirmación o ejecución por parte de los herederos no sería más que una arbitraria sustitución de aquélla, en desacuerdo con el artículo 670 del Código civil. Igual solución negativa se ha de mantener cuando existiendo una voluntad testamentaria, falte la atribución concreta a herederos o beneficiarios determinados, o cuando se haya dejado indeterminados a éstos (arts. 670 y 671). Estos casos, junto con el indicado en el párrafo anterior, se oponen expresamente a la ley, son ilícitos, por lo que la misma ilicitud se reflejaría sobre el negocio confirmativo haciéndolo nulo a su vez.

¿Puede predicarse la misma imposibilidad de confirmación en materia de legítimas? Toda violación de las normas legales sobre la misma supone una nulidad absoluta. Ahora bien, ¿cabe, no obstante, que el legitimario, con conocimiento de la causa de nulidad, ejecute el acto que supone necesariamente la voluntad de aceptar la disposición del causante? Tal ocurrirá en la llamada «cautela sociniana». La sentencia de 29 de diciembre de 1939 admitió el que el legitimario pudiese optar por recibir su legítima estricta o tolerar un gravamen (en el caso de autos una sustitución) sobre la misma compensada por una mayor participación en la herencia. No creemos que dicha posición jurisprudencial pudiese tener únicamente como fundamento la doctrina del acto propio (en cuanto el heredero aceptó la sustitución que después impugnó) como se ha pretendido (40 bis). La misma se basa en la absoluta validez de la disposición testamentaria, en cuanto se permite al legitimario optar o escoger entre *dos disposiciones*. Si la referente a la sustitución en la legítima se hubiese estimado nula, el Tribunal Supremo lo hubiera declarado así, no dando valor ninguno entonces a la aceptación anterior de aquél, dado que para la aplicación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos es preciso que éstos sean válidos ante la ley (senten-

---

(40 bis) DONDERIS, *De la cautela gualdense o de Socini*, en «Revista General del Derecho», 1945, pág. 17. FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1947, pág. 71.

cia de 31-12-1931). No cabe, pues, hablar de confirmación en el supuesto de cautela sociniana por no darse la nulidad. Fuera del mismo, que tiene un fundamento en la propia ley (art. 820, párrafo 3.º), no podrán ser confirmables las disposiciones que ataquen la integridad de la legítima.

¿Podrá aplicarse la regla jurisprudencial a los testamentos anulables? Creemos que, en tal caso, no hay lugar a la misma en puros principios, por referirse en su esencia a supuestos de auténtica nulidad. En los de anulabilidad, es decir, cuando existen vicios en la declaración de voluntad testamentaria, entra en juego el genuino instituto de la confirmación. No obstante, hay que advertir que tanto en un caso como en otro es esta misma institución de la que se hace uso.

Ha de tenerse en cuenta, por último, que la confirmación de la nulidad puede no ser total. Cabe que sean varios los sujetos que puedan actuar con la acción de nulidad, y que todos ellos confirmen la disposición de voluntad nula. Pero es posible que no sean todos, sino uno o varios, los que hagan esto último. En tal caso, creemos que se producirá una convalidación, pero limitada objetivamente por el número de sujetos confirmantes. Como dice Passetti (41), la fracción de la disposición testamentaria confirmada se determina en función de la relación entre el número de confirmantes y el número de legitimados para la confirmación. Así, si son tres los legitimados para ésta y uno solo es el que en realidad ha consentido o ejecutado la disposición testamentaria, éste habrá confirmado por un tercio. No creemos que pueda aceptarse la opinión de De Simone, según la cual la confirmación de una disposición testamentaria particular debe necesariamente extenderse a todo el objeto, o sea, si a unas personas les ha sido legado con juntamente un objeto en la misma disposición, el heredero, después de haberla confirmado en relación con una de ellas, no puede impugnarla con respecto a las otras (42). Y no es aceptable, por que la convalidación de la disposición se efectuará siempre que la voluntad del heredero se refiera a la *totalidad* de ella, importando poco a quien se dirija aquélla. Ahora bien, si su intención es convalidar la parte que pueda corresponder a uno de los colegatarios los demás no podrán alegar la confirmación de la entera disposición.

## CONSTRUCCION DE LA CONFIRMACION

Ante todo, interesa destacar que la confirmación significa una pura y simple renuncia a la acción de nulidad, como puede desprenderse del artículo 1.309, 1.311 y 1.312. Hablamos también de una renuncia tácita deducida del no ejercicio de la nulidad, y que la renuncia de esta acción se entenderá siempre como conse-

(41) *Ob. cit.*, pág. 177.

(42) *Ob. cit.*, pág. 194.

cuencia de la confirmación en las clases que atendiendo al significado literal del artículo 1.311 pueden distinguirse.

La falta de actuación de la impugnación del negocio jurídico anulable hace que, llegado el término de vida fijado por la ley para que los interesados puedan proponer la acción de nulidad, el negocio tenga unos efectos definitivos, lo mismo que si hubiese existido una confirmación auténtica. Está, pues, en un error Macchia (42 bis), cuando afirma que la confirmación no es pura y simple renuncia al derecho de anulación, puesto que a través de la primera se consigue un resultado positivo, cual es quitar al negocio el vicio de que adolecía. Aquí estamos en el terreno del negocio jurídico *inter vivos*, en el que el problema tiene un cariz distinto del que hemos visto en los *mortis causa*. Si en éstos la renuncia a la nulidad no era causa suficiente para explicar que un testamento nulo adquiriera efectos jurídicos, en aquéllos hay que tener en cuenta que los mismos se han producido desde el momento de la celebración, y que lo único que se hace con la confirmación es convertir estos efectos provisionales en definitivos, cosa que ocurre con el transcurso del tiempo fijado para la actuación de la causa de nulidad.

Anteriormente hemos distinguido, a primera vista, el no ejercicio de la nulidad de las clases de confirmación que parecen desprenderse del artículo 1.311: la expresa y tácita. Nosotros creemos que no obstante la expresión «ejecutarse un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarla» utilizada en dicho precepto con referencia a la confirmación tácita, puede englobarse en ella el silencio del titular de la acción. La misma doctrina del silencio (43) junto con la voluntad manifestada en esa forma negativa permite apoyar esta conclusión. En último término la confirmación, en su base, no es más que una renuncia cualificada por referirse a una acción de nulidad. Como señala Laurent (44), si toda confirmación es una renuncia, no toda renuncia es una confirmación; se puede renunciar un derecho sin que el mismo tenga un vicio al que pueda estar ligado una obligación.

Pescatore, consecuente con su criterio radical en torno a la

(42 bis) *Ob. cit.*, «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», 1930, página 530.

(43) La sentencia de 24 de noviembre de 1943 dice que si se acepta el antiguo punto de vista de que el silencio vale como declaración de voluntad cuando, dada una determinada relación entre dos personas, el modo corriente de proceder implica el deber de hablar, será necesaria para la estimación del silencio estas dos condiciones: una, que el que calla «queda contradecir», lo cual presupone, ante todo, que haya tenido conocimiento de los hechos que motiven la posibilidad de la protesta (*en nuestro caso, la causa de nulidad*); y otra, que el que calle «tuviera obligación de contestar», o, cuando menos fuere natural y lógico que manifestase su disconformidad, si no quería aprobar los hechos de la otra parte (*es decir, el perjudicado por la nulidad, es lógico que, pasada la causa que la motiva, quiera dar efectos definitivos o, por el contrario, niegue los mismos al contrato anulable*).

(44) *Ob. cit.*, pág. 565.



teoría de la invalidez del negocio jurídico, según la cual no existiría el acto anulable como categoría *per se*, sino que el acto jurídico existe o no, ve en la confirmación una renovación de aquél, que no poseía con anterioridad existencia jurídica (45). Esta tesis es plenamente rechazable, no sólo por fundarse en la inexistencia de la anulabilidad como categoría jurídica (la refutación desde el punto de vista positivo es sobradamente conocida), sino por acudir a una renovación negocial que no tiene razón de ser. Como dice Betti, la confirmación no cumple el cometido de dar vida a la regulación de intereses querida con un nuevo negocio de primer grado, sino, simplemente, el de impedir la anulación por virtud de un acto integrador o complementario—negocio de segundo grado—para el cual únicamente tiene la legitimación la parte a que pertenece el poder de provocar tal anulación (46). Discrepamos, sin embargo, modestamente de la opinión del ilustre jurista italiano en lo que se refiere al *acto integrador*, ya que creemos aplicable en esa materia lo que en relación con el testamento nulo hemos indicado: la inexistencia de un acto jurídico *incompleto* tanto en los casos de nulidad como de anulabilidad. El ciclo de su formación se encuentra enteramente cerrado.

Estimamos que la construcción más aceptable de la confirmación es la que Rocco (47) apunta. Hemos rechazado su doctrina en relación con el testamento nulo, por las particularidades de esta figura jurídica, pero la admitimos para el negocio jurídico *inter vivos*. En efecto, la declaración de voluntad viciada seguirá siempre existiendo; la convalidación no la *configura de otra manera*, sino lo único que hace es declarar el negocio jurídico defectuoso como si no lo hubiese sido nunca, mediante la renuncia a la facultad de eliminar los efectos jurídicos que el negocio produzca. Esta doctrina puede resumirse en dos términos, como expresa Rocco: confirmación-renuncia. Sería, por tanto, dicha renuncia una *condictio iuris* de eficiencia definitiva del negocio, y como tal, sólo se necesita una voluntad unilateral, como se deduce también del artículo 1.312.

## CLASES DE CONFIRMACION

La confirmación puede ser expresa o tácita. El Código civil nos dice únicamente que la última consiste en la ejecución de algún acto que implique necesariamente la voluntad de renuncia a la acción de nulidad, pero calla de modo absoluto en cuanto a la primera. En ello sigue al Proyecto de 1851 que contenía en su

(45) *Filosofia e dottrina giuridiche*, pág. 230, cit. por MACCHIA, *Ob.* ; *loc. cit. supra*.

(46) *Ob. cit.* pág. 366.

(47) *Ob. y loc. cit. supra*.

artículo 1.187 sólo una mención menos técnica de la tácita (48). Contrasta este silencio con los expresivos preceptos que los Códigos francés e italiano de 1865 dedican a la confirmación expresa (49). Con relación a ésta, Scaevola dice que basta con que se formule directa y externamente el propósito de convalidar el acto, hágase en documento o ante testigos, y contenga mayores o menores referencias al primer contrato, fuera de las *puramente necesarias para asegurar la realidad del propósito* (50). Con ello, pese a su repulsa a admitir las condiciones requeridas por el legislador francés, se coloca en la misma línea. Este rechazo antedicho está provocado nada más que por una defectuosa comprensión de la renovación contractual, pues estima que el otorgar documento en el que ha de contenerse la sustancia misma de la obligación, el motivo que la hace viciosa y la declaración que se quiere corregir el vicio sobre el que se funda la acción de nulidad, equivale a otorgar *nuevo contrato* (51). Es erróneo este parecer porque la doctrina francesa antigua veía la necesidad de expresar la sustancia de la obligación, no en el sentido de transcribir todas las cláusulas del contrato que se convalidaba (52), además de que la confirmación tiene un riguroso carácter *unilateral* (53). Manresa parece aceptar también el criterio del legislador francés, cuando dice que en la confirmación expresa puede mencionarse el contrato antes celebrado, el defecto del que adolece y se declare la voluntad de convalidarlo, o, lo que a ello equivale, se consigne la renuncia de la acción para reclamar la nulidad de que aquél se deriva (54).

Pudiera pensarse que, en realidad, la certeza del hecho de la confirmación requerirá en general su constancia en documento. Precisamente tenemos una demostración de ello en el artículo 999 del Código civil, el cual dice que es *expresa* la aceptación de herencia cuando se hace en *documento público o privado*, y al prohibir la

(48) Art. 1.187, párrafo 2.º: El cumplimiento voluntario, por medio de pago, novación o cualquier modo, ejecutado con las mismas circunstancias, se tiene por ratificación, y no puede ser reclamado.

(49) Art. 1.338, párrafo 1.º del Código francés: El acto de confirmación o ratificación de una obligación contra la cual la ley admite la acción de nulidad o rescisión, no es válido más que cuando en él se expresa la sustancia de esta obligación, el motivo de la acción de rescisión, y la intención de reparar el vicio sobre el que esta acción se funda.

Art. 1.309, párrafo 1.º del Código italiano de 1865: El acto de confirmación o ratificación de una obligación contra la que la ley admite la acción de nulidad no es válido, si no contiene la sustancia de esa misma obligación, el motivo que la hace viciosa y la declaración de que se quiere corregir el vicio sobre el cual tal acción se sustenta.

(50) Código civil, tomo 2, Madrid, 1904, pág. 1.017.

(51) *Ob. y loc. cit. supra.*

(52) LAURENT, *Ob. cit.*, pág. 627-628; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tomo 29, núms. 762 y 763; AUBRY y RAU, *Ob. cit.*, pág. 441.

(53) La existencia de un nuevo contrato requeriría un consentimiento bilateral.

(54) Comentarios al Código civil español, tomo 8, Madrid, 1918, página 829.

repudiación tácita de la misma, y acoger sólo la *expresa*, requiere el oportuno documento. No se ocultó esto a la fina intuición de García Goyena, cuando al justificar la regulación de la confirmación tácita dice: «Y no es necesario que la ratificación sea expresa y *solemne*; basta que sea tácita...» (55). Como bien es sabido, la ley asocia frecuentemente la escritura a la solemnidad. Pero no hay nada que nos autorice, fuera de estas razones de analogía, a estimar obligatoria la forma escrita. Si así fuera, diríamos con Laurent (56), la confirmación sería un acto solemne, de donde se seguiría que sin escritura no hay confirmación, cosa que por su transcendencia y gravedad la misma ley lo hubiera indicado. En cuanto a la necesidad de los requisitos, la misma doctrina francesa, tan rigurosa por la influencia del Código civil en la exigencia de los mismos, afirma la posibilidad de una confirmación válida aun no existiendo alguno de esos, por estimar que son exigidos para la *prueba* sin excluir que ésta también se pueda realizar sin que consten todos (57). No vemos ningún inconveniente para sostener en nuestro derecho que la constancia de los mismos será prueba suficiente de la confirmación expresa.

El artículo 1.311 requiere, sin embargo, la necesidad de que el confirmante tenga conocimiento de la causa de nulidad. Parece que dada su colocación en el inciso referente a la confirmación tácita, sólo se requiere en ésta, y no en la expresa. En realidad como dice acertadamente Albaladejo (58), «en la confirmación expresa, apareciendo la voluntad de confirmar de la sola declaración confirmatoria, sin necesidad de relacionarla con el previo conocimiento de la causa de impugnación, dicho conocimiento de ésta sólo aparece exigido por la necesidad lógica de que no puede ser querido lo que no es conocido: no se puede querer confirmar aquello que no se sabe que es impugnabile».

Nuestro Código es más correcto que sus modelos al exigir la necesidad del conocimiento previo. El proyecto de 1851, como el Código francés sólo hablaba de «cumplimiento voluntario», por referirse a la confirmación tácita. Aunque la voluntariedad es entendida por la doctrina en el sentido de falta de ignorancia acerca del vicio determinante de la nulidad, creemos más aceptable la dicción del artículo 1.311. Esta necesidad de conocer la causa de nulidad puede, en determinados casos, hacer pensar que hay que apartar del campo de la confirmación tácita el no ejercicio de la acción de nulidad durante el plazo señalado en la ley. Pero no merece la pena insistir sobre este punto, ya que, prác-

(55) Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español Madrid, 1852, tomo 3, pág. 196.

(56) *Ob. y loc. cit. supra.*

(57) Vid. AUBRY et RAU, *Ob. y loc. cit. supra.* RUPERT et BOULANGER *Ob. cit.* pág. 275.

(58) *Ineficacia e invalidez de la declaración de voluntad*, en «Revi de Derecho Privado, 1958, pág. 614.

camente, los efectos son idénticos; los provisionales que ha pronunciado de la *causa* de nulidad», dice el artículo 1.311, y no dudado el negocio anulable se han convertido en definitivos. Por otra parte, si tenemos en cuenta lo dicho anteriormente acerca de la doctrina jurisprudencial del silencio como manifestación de voluntad, justificaremos el encuadre teórico de esta falta de actuación de la nulidad en el marco del instituto que estudiamos.

Por último, creemos que el conocimiento que se exige no es de ningún modo el técnico-jurídico de que se es titular de la acción de nulidad, nacida de la realización del acto jurídico con determinadas faltas, sino únicamente de que éstas han tenido lugar: «conocimiento de la nulidad», en cuyo caso la opinión rechazada podría tener un punto de apoyo.

Este conocimiento previo, tratándose de confirmación tácita, puede presumirse desde el momento en que se realiza el acto que es incompatible con la continuación de la confirmación, como parece deducirse de la expresión «que implique necesariamente la *voluntad* de renunciarlo». Puede interpretarse también como sinónima de que entre el acto concluido y la posibilidad del ejercicio del derecho de anulación exista una relación para deducir la intención de no llevar a la práctica éste. Sin embargo, cualquiera que fuere la tesis que se estime, una cosa queda en pie: la imposibilidad de probar que, aun realizado, no existía el conocimiento de la nulidad. Existirá una presunción casi *inuris et de iure*, reforzada con la doctrina del acto propio, de que aquél tuvo lugar.

### MOMENTO EN QUE SE PUEDE CONFIRMAR

El mismo artículo 1.311 lo preceptúa: después de haber cesado la causa de nulidad. Y ello, tanto para la confirmación tácita como para la expresa, a pesar de colocarse este requisito en el inciso que trata de la confirmación tácita. Se dan las mismas razones en pro de esta extensión. Por una parte, como dice Albaladejo, si no fuese así, estaríamos frente a un nuevo negocio (la confirmación), tan impugnabile como el confirmado, por razón de la misma causa que hizo precisamente impugnabile éste (59). Por otra, si no se puede renunciar más que a lo que se tiene, y siendo la confirmación en su esencia una renuncia a la acción de nulidad, no puede existir más que cuando nazca ésta.

### OBJETO DE LA CONFIRMACION

Sólo tienen aptitud para ser confirmados los actos que reúnen los requisitos exigidos en el artículo 1.261. El proyecto de Código civil francés que se presentó al Tribunalado hablaba de los actos

(59) *Ob. y loc. cit. supra.*

radicalmente nulos como los únicos susceptibles de confirmación. La crítica que formuló este alto organismo a la expresión citada, fué la causa de que el artículo 1.338 del Código de Napoleón exigiese que el acto confirmable pudiese ser combatido por una acción de  *nulidad o rescisión*. Como puede apreciarse, con más exactitud y tecnicismo se manifiesta nuestro artículo 1.310.

Las obligaciones naturales ya hemos visto al hablar de la convalidación del testamento nulo, que no podían confirmarse.

Son también inhábiles para la confirmación, no sólo aquellas obligaciones contraídas en contra de preceptos concretos del ordenamiento jurídico (v. gr., la venta de una sucesión no abierta aún) sino aquellos otros actos que, no obstante ajustarse en sus requisitos al artículo 1.261, carecen de una forma especial exigida por la ley, ya que los particulares pueden renunciar a lo que está establecido en su favor, pero no en interés general (60).

¿ Cabe que el objeto de la confirmación sea parcial, es decir, que un mismo acto haya sido confirmado respecto a una parte y para la otra se pueda ejercitar la acción de nulidad? Se han sostenido varios criterios sobre la materia. Uno, en total contraposición con la disposición que estatuye la relevancia de la confirmación sin el concurso de la otra parte (art. 1.312) afirmativo de la confirmación parcial, cuando la otra parte da su conformidad (61). Otro, que distingue arbitrariamente entre negocios a título oneroso y gratuito para admitir la parcialidad en los últimos (62). Por último, un criterio que parece ajustado a la realidad es el mantenido por Barassi (63) y Macchia (64). Según este autor, ha de verse no sólo la naturaleza jurídica del acto, sino la económica. Si un negocio consta de partes entre sí independientes jurídica y económicamente, sin que la anulación de una de ellas repercuta sobre la otra, puede aceptarse la confirmación parcial. Por el contrario no se producirá cuando tenga varias partes que, materialmente divisibles, son económica y jurídicamente indivisibles, vinculadas al ejercicio de una función económico-jurídica única. Barassi admite la confirmación parcial cuando no se ataque la inalterabilidad de la naturaleza jurídica y económica del contrato.

No poseemos legislativamente un concepto de la  *nulidad parcial* que nos permita encontrar un criterio para saber cuándo un negocio puede escindirse al objeto de su confirmación parcial. En el moderno Código italiano de 1942 se dice (art. 1.419) que aquél

(60) DEMOLOMBE, *Ob. cit.*, núm. 751. LAURENT, *Ob. cit.*, pág. 61. AUBRY et RAY, *Ob. cit.*, pág. 434.

(61) SINTENIS, *Des praktische gemeine civilrecht*, Leipzig, 1860, p. gina 158 y sigs.

(62) BREKKE, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886, p. gina 22.

(63) *Ob. cit.*, págs. 292 y sigs.

(64) *Ob. cit.*, en «*Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 19, págs. 538 y sigs.

(65) *Ob. cit.*, pág. 615. °

existirá cuando los contratantes habrían lo mismo concluído el negocio sin aquella parte tachada de nulidad. Albaladejo sostiene que hay que partir siempre de la nulidad parcial, salvo que por la naturaleza del negocio no pueda existir la parte válida sin la inválida, habiendo de probar el que invoca la nulidad total que el negocio no fué querido sin la parte inválida (65). Es decir, que la confirmación parcial será la regla (debido a que la nulidad parcial se presupondrá si la otra parte no alega la total y la necesidad de la total, la excepción).

## EFFECTOS DE LA CONFIRMACION

Distinguiremos los efectos que la misma produce entre las partes y en relación con los terceros.

Frente a los sujetos del acto confirmado, ¿tendrá efectos retroactivos la confirmación. Si nos atenemos al texto del artículo 1.313 diríamos que tal efecto se da. Ahora bien, consecuentes con nuestra concepción de la confirmación, hemos de afirmar que la misma no supone el que el contrato se libre de vicios, sino solamente que los efectos producidos hasta entonces no podrán ser *atacados con posterioridad*, además de que los surgidos con posterioridad al momento del acto confirmatorio serán definitivos de modo absoluto (salvo, naturalmente, que la confirmación haya sido condicional, cosa admisible por ser un negocio jurídico, en cuyo caso los mismos no nacerán hasta que la condición se cumpla).

¿*Quid* respecto a terceros? Frente a la clara disposición del artículo 1.338 del Código francés, que salva siempre los derechos de terceros y el italiano de 1865, nuestro Código no contiene ni la más mínima referencia a este punto importantísimo. Por tanto, hemos de averiguar si la confirmación posterior de un contrato anulable puede representar un perjuicio para un tercero que ha realizado un acto jurídico con el que tiene derecho a la confirmación por el que ha adquirido un derecho real sobre el objeto del contrato anulable.

La doctrina ha pensado en diversas justificaciones para evitar que la confirmación perjudique al tercero. Se parte de la base que el sujeto con derecho a aquélla, al contratar con el tercero renuncia al mismo tiempo a utilizar los artículos 1.309 y siguientes (66), o bien, le cede la acción de nulidad, con lo que se incapacita para una confirmación posterior al no poder renunciar a algo que ya no tiene (67). Estas posiciones nos parecen acertadas siempre y cuando se *traduzcan en respectivas cláusulas contractuales*. Pero aun así, no estimamos que tengan una trascendencia mayor que

(66) MOURMION, *Repetitions écrites sur le Code Napoléon*, vol. II, número 1.594.

(67) LAURENT, *Ob. cit.*, pág. 660.

las de meras obligaciones personales. La primera no significaría más que una repetición de la obligación de responder por evicción, y, la segunda, una representación en el ejercicio de la acción de nulidad que tiene un marcado carácter personal, según el artículo 1.302 (68). Además, hay que tener en cuenta que estas construcciones pueden servir, no obstante sus defectos intrínsecos, para explicar la regla consagrada por el legislador francés, ya que la misma se impone siempre, pero no parece que puedan tener vitalidad para sostener una retroactividad limitada en nuestro Derecho.

Una posible solución favorable a la retroactividad limitada puede surgir de la analogía entre confirmación y ratificación desde el punto de vista de la retroactividad de ambas instituciones, según tiene declarado para la ratificación la jurisprudencia (vid sentencia de 25 de septiembre de 1946 y resolución de 3 de marzo de 1954). Según señala la resolución de 3 de marzo de 1954 «los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el interin por terceros, como declaran la sentencia de 25 de junio y la resolución de 29 de octubre de 1946, reconocen gran parte de los comentaristas, se deduce también del artículo 184 del Código civil alemán y prescribe el artículo 1.309 del vigente Código italiano, acordes con la naturaleza y el juego propio de la institución». Por tanto, concluiríamos, si la confirmación produce ese mismo efecto retroactivo, habrá que salvar los derechos adquiridos durante el intervalo por terceros. Pero esta posición tiene el enorme inconveniente de basarse sobre una aparente analogía entre dos instituciones, radicalmente diversas entre sí, como vimos al comienzo. No cabe duda de que la ratificación ha de salvar forzosamente derecho de terceros, toda vez que el contrato celebrado con anterioridad a la adquisición por éstos de un derecho era irrelevante para el *dominus*, el cual tenía poder de disposición sobre el objeto propio del contrato celebrado sin su autorización. Derivado del mismo, hizo actos jurídicos válidos que no pueden destruirse al ratificar con posterioridad a aquel acto inexistente frente a él en el momento de la perfección del contrato celebrado con el tercero que ha de ser protegido. En cambio, en la confirmación nos encontramos con un acto jurídico que ha producido sus efectos normales desde un principio, solament-

---

(68) Aunque es principio reiteradamente afirmado por la jurisprudencia que la nulidad pueden hacerla valer también los terceros a quienes la obligación perjudique (en cuyo caso, el tercero podría pedir la nulidad de contrato cuya convalidación haga decaer sus derechos adquiridos posteriormente), dada la confusión existente en el Código entre nulidad y anulabilidad, no se puede extender esta regla a los casos de anulabilidad. Not CASTÁN (*Derecho civil*, tomo 3, Madrid, 1958, pág. 475), que la jurisprudencia legítima al tercero en fallos recaídos sobre inexistencia de contrato. Pero aun aceptando la extensión, siempre quedaría perjudicado el tercer que no ejercitase la acción de nulidad antes de que se produjese la convalidación.

amenazados por el ejercicio de la acción de nulidad, peligro que desaparece con la renuncia de esta última.

El moderno Código italiano de 1942, a diferencia del precedente de 1865, no consigna ninguna disposición que ampare los derechos de tercero. La razón la da la Exposición de Motivos del Libro de Obligaciones: si la adquisición de derechos en virtud de un contrato anulable está subordinada a que no se ejercite por su titular la acción de nulidad, éste, en el supuesto de que ínterin haya contratado con un tercero, y después convalide aquel negocio primitivo, ha destruído la base en la que se podía apoyar el segundo contrato: la desaparición de los efectos que producía el acto anulable, cosa que haría restablecer la situación anterior a la realización de dicho contrato anulable y, por tanto, plena validez de los derechos por el tercero con posterioridad.

Esta regla de la retroactividad absoluta puede ser acogida en nuestro derecho ante el silencio del Código civil. En efecto, cuando el titular de la acción de nulidad celebra un contrato incompatible con el anulable con un tercero, se coloca en la misma situación que veíamos en la ratificación; el tercero ajeno a esta última relación jurídica, pero ligado con el legitimado para hacer valer la nulidad con otro vínculo anterior incompatible no tiene nada que ver con aquella relación. Es la misma, en terminología de Cariota Ferrara, un negocio sobre el patrimonio ajeno, irrelevante como tal frente al titular de éste. Por consiguiente, únicamente puede adquirir plena virtualidad este negocio calificado de irrelevante, cuando ejercitada la acción de nulidad, se destruya el mismo con efectos retroactivos hasta el momento de su celebración, y el objeto pase a manos del actor victorioso para, en un momento posterior, adquirirlo el segundo contratante. Pero si lo que en realidad ha ocurrido ha sido precisamente lo contrario, es decir, la renuncia a la acción de nulidad, no existe medio jurídico para que se dé ese efecto retroactivo negativo en favor del tercero, quedando siempre éste perjudicado. No obstante, poseerá siempre el derecho de pedir el resarcimiento del daño al convalidante, si le ha ocultado el primitivo negocio (es decir, no ha subordinado la eficacia del segundo a la anulación del primero, cediéndole incluso para este fin su representación) y por haber realizado un acto o negocio jurídico unilateral en su perjuicio (69). Puede suceder también que, tratándose de derechos reales, el tercer adquirente se encuentre plenamente protegido, a pesar de la convalidación. Ello ocurrirá solamente por la aplicación del artículo 34 de la L. II., cuando el adquirente de un derecho real mediante negocio anulable no lo haya inscrito en el Registro y si el

---

(69) Vid. nuestro trabajo *En torno a los llamados contratos en daño de tercero*, en «Revista de Derecho Notarial», abril-junio de 1958, páginas III y s'gs.



tercero. El principio de fe pública prevalece entonces sobre el de prioridad (entendido en un sentido general, no específicamente hipotecario, es decir, como emanación de la idea según la cual quien ha dispuesto una vez no puede disponer la segunda, porque la facultad de disponer se ha consumado con la primera disposición) (70).

---

(70) Vid. RIEZLER, *Konkurrirendes und Kollidirendes Handeln des Vertretenen*, en *Archiv. für civ. u. Praxis*, 1906, págs. 372 y sigs.

