

SECCION II.—De la prueba literal.

96. La prueba literal es la que resulta de un escrito auténtico ó privado. Cuando el escrito ha sido redactado para servir de prueba, se le llama *acta* ó *título*. Esas dos pa-

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 12, núms. 17 y 18. Colmet de Santerre t. V, pág. 524, núm. 276 *bis* VIII. Aubry y Ran, t. VI, pág. 326, y notas 16, 18, pfo. 749 (tercera edición).

labras tienen también otro sentido, de donde viene el peligro de confusión. Importa evitarlo en una materia por sí misma tan difícil ya.

El escrito que está destinado por las partes á servir de prueba se llama indiferentemente acta ó título; la sección primera de nuestro capítulo está titulada: *De la prueba literal*. El párrafo primero trata *Del título auténtico*, el párrafo segundo *Del acta privada*, el párrafo cuarto es titulado *De las copias de los títulos*. Y no se trata en él sino de los títulos auténticos. Según esto, se podría creer que la ley emplea de preferencia la palabra título para designar escrituras auténticas. No es así; los arts. 1,317 y 1,319 que hablan de las escrituras auténticas, se sirven de la palabra *acta*, y el 1,320 dice: "El acta sea auténtica, sea privada."

Tal es la primera significación de la palabra *acta* ó *título*. Los escritos que no son redactados para servir de prueba, no son actas; el art. 1,332 les da el nombre de *escritura*. Sin embargo, el art. 1,331 emplea también la palabra *título* hablando de escrituras que no son formadas para servir de prueba.

97. La palabra *título* tiene todavía otro sentido. Designa el hecho jurídico, por ejemplo, la convención de ser el escrito destinado á probar. El art. 893 dice: "No se podrá disponer de sus bienes á *título gratuito* sino por donación entre vivos ó por testamento." En esta disposición, el *título gratuito* es opuesto al *título oneroso*; comprende hechos jurídicos que no son convenciones, los testamentos, que el art. 895 califica de *actas*; es también el nombre que la ley da á las donaciones que son verdaderamente contratos (art. 894) es en el sentido de la palabra *título* por lo que el art. 2,265 exige un *justo título* como condición de la prescripción de diez ó veinte años, que se llama usucapión; el *justo título* es aquél que hubiere transferido propiedad al adquirente, si aquél de quien emana hubiera sido propietario; es, pues, un

hecho jurídico, convención ó testamento que tiene por objeto transferir la propiedad. Es todavía en este sentido, dice el art. 2,267, por lo que el *título* nulo, por defecto de forma, no puede servir de base á la prescripción de diez y veinte años; no se trata, en este caso, del escrito, pero sí del hecho jurídico que exige una solemnidad para su perfección, como lo dirémos en el título *De la Prescripción*.

La palabra *acta* designa también un hecho jurídico; acabamos de citar los artículos que emplean esta expresión para designar la donación y el testamento. En el art. 778 la ley se sirve de la palabra *acta*, primero como sinónimo de escrito, diciendo que la aceptación de una sucesión es expresa cuando se toma la calidad de heredero en una *acta auténtica* ó *privada*. En seguida la ley dice que la aceptación es tácita cuando el heredero hace una acta que supone necesariamente la intención de aceptarla. Tales son la donación, venta ó transporte que el heredero hace de sus derechos sucesorios en los términos del art. 780; luego son convenios.

98. Así, las palabras *acta* y *título* significan ya el hecho jurídico que debe ser probado, ya el escrito que sirve de prueba. Es preciso, sin embargo, no confundir esas dos órdenes de ideas. Unas son las condiciones requeridas para la validez del hecho jurídico, de la convención; y otras las condiciones prescriptas para la validez del escrito que sirve de prueba literal. Puede, pues, suceder que el escrito jurídico sea nulo, bien que el hecho jurídico sea válido; la validez del escrito no ejerce, en lo general, ninguna influencia sobre la validez del hecho jurídico. Así sucede con todos los contratos solemnes. El escrito que las partes formulan de sus convenciones, solo sirve de prueba en esos contratos; si es nulo, todo lo que resulta es que la prueba literal falta; pero si la convención reune las condiciones requeridas por la ley, las partes interesadas serán admitidas á probar sus convencio-

nes por otras vías de pruebas legales. En contra, la validez del escrito no valida el hecho jurídico que en él consta; la convención será nula ó inexistente si el consentimiento está viciado ó si no hubo consentimiento, bien que exista el escrito, válido en la forma, en que consta la convención.

No hay excepción á estos principios, sino cuando el hecho jurídico es un acto ó un contrato solemne: la solemnidad, en este caso, es substancial: nula en la forma, la convención es, por esto solo, nula ó inexistente. Tal es la donación nula en la forma; esta nulidad es tan radical, que la ley no permite ni al donante de confirmar la liberalidad que hizo; si quiere mantenerla, debe volver á hacerla en la forma legal (art. 1,339).

La ley determina cuáles son los contratos que deben ser solemnes; los que exigen una acta auténtica para su existencia ó á lo menos, para ser válidos, son: la donación, el contrato de matrimonio y la hipoteca. En los diversos títulos de los contratos, examinarémos si hay otras convenciones para la validez de los que la ley exige un escrito privado. Las partes podrían hacer del escrito una condición de sus convenciones, en el sentido de que la convención solo existiría si el acto fuere formulado. (1) En este caso, la existencia de la convención dependerá de la redacción del escrito; mientras tanto las partes no están ligadas, pueden todavía rehusar tratar en el momento en que va á suceder la redacción del acto. ¿Si el acto está redactado, pero nulo, la convención caerá con el acto? Esto depende de la voluntad de las partes contratantes; pueden volver su contrato solemne al mismo título que la donación; lo que ellos quieran hace ley, á la condición que su voluntad no sea contraria al orden público y á las buenas costumbres. Pero si tal es su intención, es preciso que esté manifestada de una manera

1 Transladamos en cuanto al principio, á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*, (t. XV, págs. 566-567, núms. 448 y 449).

expresa, pues es una excepción al derecho común, y una excepción que no puede admitirse fácilmente, puesto que no está en las costumbres de los contratantes. Cuando las partes formulaan el acto de sus convenciones, es únicamente para tener una prueba literal de ello; el acto cambia de naturaleza cuando cesa de ser una prueba para hacerse una condición sin la que la convención no existirá. Para que así sea, es necesario que las partes lo hayan terminantemente estipulado. (1) Tal es el principio; volveremos sus aplicaciones en el título *De la Venta*.

99. La confusión entre el acto y el hecho jurídico que ella hace constar es fácil; se encuentra en un gran número de sentencias. Es preciso evitarlas, aunque no fuera más que para conservar á nuestra ciencia el rigor lógico que la distingue; el error, por otra parte, es futil en falsas consecuencias; tendrímos cesación de señalarlas. Por el momento nós limitámos á los principios, desecharlo todo lo que pudiera obscurecerlos. Los autores del Código no están al abrigo de todo reproche: no hay artículos más mal redactados que aquellos que conciernen á la prueba literal. Uno de los espíritus más preciso entre los que tomaron parte á los trabajos preparatorios del Código, Jaubert ha confundido el hecho jurídico con la prueba. Se lee en su segundo informe: "Respectivamente á las partes contratantes, una obligación es igualmente válida del acreedor al deudor, sea que haya sido consentida por acto público, sea que lo haya sido por escrito privado." Una obligación no *consiente por acta*: el acta solo hace constar el consentimiento, y una obligación no es *válida* porque conste en acta auténtica ó privada; es válido ó puede serlo, aun cuando no hubiera acta y cuando el acta

1 Duranton, t. XIII, pág. 67, núm. 79. Toullier, t. IV, 2, pág. 135, núm. 140. Laronbière, t. IV, pág. 243, núm. 13 del art. 1,318 (Ed. B., t. III, pág. 502). Toto a. 19 de Agosto de 1806 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,006, 1º). Rennes, 7 de Julio de 1845 (*ibid.*).

fuera nula. Jaubert agrega: "Un *recibo* privado libera al deudor hacia el acreedor, tanto como un *recibo* ante notario." (1) No es el *recibo* el que libera, es el *pago*; el *recibo* solo hace constar el *pago*; de suerte que el *recibo* notariado, podría ser nulo y el *pago*, sin embargo, válido, y la obligación quedaría extinguida.

Lo que favorece esta confusión, es que la falta de prueba literal, puede poner al acreedor en la imposibilidad de seguir su derecho. Pero la dificultad de probar, aun cuando fuese imposibilidad, no impediría la validez de la convención. Escuchémos á Merlin, es de una precisión admirable. "Desde luego que las partes han dado su consentimiento, la obligación está formada; y sea que se pueda probar ó no, no por eso deja de ser la virtud intrínseca la que liga á los contratantes. En buena lógica, la falta de prueba de una acta no puede llevarse su nulidad, solo puede resultar un impedimento de hecho á su ejecución; y si se llega á suplir este defecto, á levantar este impedimento por pruebas sacadas de otra cosa, ¿por qué el acto no sería plenamente ejecutado? Se diría en vano que en el principio y según la misma acta, la obligación no era susceptible de ejecución forzada; la obligación era válida en el principio, y esto basta para que tenga todo su efecto desde el momento en que la prueba se adquiere." (2) Toullier agrega: "No se puede repetir demasiado que es preciso no confundir las actas con las convenciones que en ellas se hallan escritas. Las convenciones existen independientemente de las actas que las contienen; ellas existen aun necesariamente antes que las actas que solo se hacen para hacer la prueba más fácil y más duradera. (3)

100. Puesto que es necesario respetar una verdad, que es, sin embargo, de toda evidencia, citaremos una sentencia

1 Jaubert, 2º Informe, núm. 4 (Loctré, t. VI, pág. 224).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Doble escrito*, núm. 7.

3 Toullier, t. IV, 2, pág. 131, núm. 133.

de la Corte de Bruselas que consagra los principios que acabamos de exponer. En el caso, el acta era nula como auténtica, y no podía valer como acta privada por falta de firmas. Pero, dijo la Corte: si una acta es nula en la forma y no puede servir de prueba, la convención no deja de subsistir y debe surtir sus efectos independientemente de la acta que la formuló, cuando la prueba de la existencia de la convención es adquirida de otro modo de una manera legal. La Corte establece en seguida que la venta litigiosa había recibido su perfección por el consentimiento de las partes y que era probada por la confesión de las partes y por la ejecución que había recibido. (1) Hé aquí al contrario una decisión de un tribunal de primera instancia que confunde enteramente la convención y el acta en que consta. "En la ausencia del acta que establece el concurso simultáneo de la voluntad de las partes, acta que implicando obligaciones reciprocas debía en los términos del art. 1,325 ser duplicada tantas veces como partes interesadas, no pudo formarse un contrato legal entre las partes." El error es tan palpable que es inútil insistir. A pedimento de casación intervino, sin embargo, una sentencia de denegada. La Corte ensaya excusar el error del primer juez, diciendo que el considerando que acabamos de transcribir debe ser entendido en el sentido que el juez halló el obstáculo á la formación del contrato, no en la ausencia de una acta destinada á la prueba de su existencia, sino en la falta de concurso de las voluntades de las partes. Aun así interpretada la decisión quedaría incorrecta, porque de la falta de acta no se puede inducir la inexistencia de la convención. La Corte de Casación misma no se expresa de otra manera cuando agrega: "Admitiendo que el Tribunal hubiera confundido la prueba de la convención con los elementos de ésta, esta confusión hubiera sido

1. B. ascas, 21 de Mayo de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 76; Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,693).

afirmativa no es dudosa. Si el notario tiene derecho para instrumentar, no es en razón de las cualidades que la ley exige para su nombramiento de notario, es porque un decreto real lo nombra notario y que prestó el juramento; luego la nominación y la protesta bastan para que pueda ejercer sus funciones de notario.

Se decide generalmente así, invocando el adagio romano: *Error communis facit jus*. Esta máxima está muy controvertible, como lo hemos dicho en otro lugar. La ley célebre que se cita de ordinario no dice lo que se le hace decir. Un esclavo, Barbarius Philippus, que dió su nombre á la ley, había sido electo pretor; el error fué reconocido. Se pregunta si los actos que había hecho como pretor eran válidos. Ulpiano decide la afirmativa y da para esto una excelente razón. El esclavo tenía sus derechos del pueblo soberano; y el pueblo hubiera podido darle la libertad; luego podía nombrarlo pretor. No se puede decir que el rey tenga el derecho de nombrar un notario; pero si lo nombró, el notario ilegalmente nombrado, no por esto deja de estar investido de funciones que le dan el poder de instrumentar. (1)

Fué juzgado, en sentido contrario, que el error común validaba, en caso necesario, los testamentos recibidos en Argelia por los secretarios de los comisarios civiles, en las localidades en que no existen notarios. (2) Repugna atribuir al error aun común, un efecto jurídico.

108. El oficial público suspenso ó destituido, no tiene ya derecho para instrumentar; luego las actas que recibe no tienen ninguna fuerza probante. Pero para que así sea, es preciso, según la ley de ventoso (arts. 52, 68), que la suspensión ó la destitución haya sido notificada al notario; antes de esta notificación, tiene derecho para instrumentar; la ley lo ha de-

1 Duranton, t. XIII, pág. 65, núm. 77. Larombière, t. IV, página 206, núm. 7 del art. 1,317 (Ed. B., t. II, pág. 490). Aubry y Rau, t. VI, pág. 359, nota 4, pfo. 755. Bonnier, t. II, pág. 25, núm. 471.

2 *Alger*, 22 de Febrero de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 143).

cidido así en el interés de los terceros que pueden ignorar que el notario esté suspenso ó destituido; la significación del juicio da una notoriedad de hecho á la incapacidad del notario. El principio se aplica por analogía á los demás oficiales públicos. Así ha sido juzgado para actas hechas por un diligenciario suspenso. (1)

II. Capacidad.

109. El oficial público, capaz para instrumentar, puede ser incapaz por razón de un impedimento particular y relativo. Así, los notarios no pueden recibir actas en las que están personalmente interesados ó que considere uno de sus parientes, ó emparentado en un grado prohibido por la ley.

Transladamos, para pormenores, á la ley de 25 ventoso año XI (arts. 8, 10 y 68). (2)

110. La Corte de Casación ha concluido de esto, que el notario no podía figurar como fiador en una acta de préstamo que recibe. En la especie, un notario había consentido por el prestamista, él fué quien contó los fondos al solicitante; había, pues, obrado á la vez como oficial público y como parte, sea á título de mandatario, sea á título de gerente de negocios. La nulidad de la acta implicaba la nulidad de la hipoteca que había sido constituida. (3) Este último punto es de una gran importancia, teniendo muchos notarios la costumbre de formar actas de hipotecas en ausencia del prestamista, y sin su mandato. Volveremos sobre este punto en el título *De las Hipotecas*.

III. Competencia.

111. El art. 1,317 exige que para que haya autenticidad,

1 Denegada, 25 de Noviembre de 1813 (Daloz, en la palabra *Diligenciario*, núm. 120).

2 Denegada, 20 de Enero de 1874 (Daloz, 1874, 1, 171).

3 Denegada, Sala de lo Civil, 3 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 1, 305). Compárese Aubry y Rau, t. VI, pág. 361, nota 12, pfo. 755 (tercera edición).

ria es más generalmente seguida. Se asienta, en principio, que el acta privada reviste de una manera absoluta el carácter de acta auténtica cuando está depositada en el estudio de un notario por todas las partes que la han firmado, y que el depósito ha sido regularmente comprobado. (1) ¿En qué descansa este principio? ¿Es en la tradición? Pothier enseña: "que las actas privadas se vuelven provistas de la autoridad pública y producen hipotecas desde el día del *reconocimiento* hecho de ellas ante notario por el deudor, ó desde el día que el reconocimiento es hecho ó pronunciado por el juez. (2)

Este es el principio formulado por la ley hipotecaria belga. Los autores no están tan unánimes como se pretende, lo mismo sucede con las sentencias, que dicen algunas veces lo contrario de lo que se les hace decir. La verdad es que la doctrina está indecisa, así como la jurisprudencia. Toullier comienza por decir que en *nuestras costumbres*, las actas privadas depositadas en mano de notario para anexarse al protocolo, se hacen auténticas por el acta del depósito que se redacta, siempre *que se haga el reconocimiento de ellas* en el momento del depósito, por aquellos contra quienes hacen prueba. Es el principio de Pothier y es el nuestro. Pero la aplicación que Toullier hace del principio, prueba que entiende por *reconocimiento* una simple declaración que el acta proviene de los depositores. Cita la declaración del testador que testa en forma mística, que el papel, aun no firmado ni escrito por él, contiene sus voluntades. Esta declaración según él, hace fe, lo mismo que el testamento auténtico. Hemos enseñado lo contrario; en todo caso no es esto un reconocimiento tal cual lo entendemos. M. Larombière va más allá y dice que el acta privada se hace auténtica por el depósito, porque éste equivale al reconocimiento de escritura

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 360 y nota 8, pfo. 755.

2 Pothier, *Introducción à la Coutume de Orléans*, tit. XX, núm. 13.

y firma. (1) ¿Basta que un escrito privado sea reconocido por aquel á quien se opone, para hacerse auténtico? No por cierto; el acta queda acta privada; únicamente tiene la misma fe que la auténtica, con relación á ciertas circunstancias. Y por ahora no se trata de la fe que tiene el acta, se trata de saber si una escritura privada se hace auténtica por el solo hecho de ser depositada en el estudio de un notario. Existen sentencias que deciden que el acta de depósito imprime al escrito privado la autenticidad, pero no se sabe lo que entienden por depósito; ¿es un simple depósito, ó un reconocimiento? Se ignora. Creemos inútil entrar en la discusión de esas sentencias; sería difícil porque no están motivadas; unas son decisión de especie y no de principios. (2)

115. ¿En qué lengua las actas auténticas deben ser redactadas? La constitución belga dice (art. 23) que el empleo de las lenguas usadas en Bélgica es facultativo. En Francia, las actas notariadas deben ser redactadas en Francés. No hay, sin embargo, disposiciones formales que prescriban esta condición so pena de nulidad. Pero la Corte de Casación ha juzgado que: "la pena de nulidad es una sanción necesaria á la regla y se liga por sí á la infracción, porque se trata de un principio esencial y de derecho público que importa en alto grado á la buena administración de justicia." (3)

§ II.—DE LAS ACTAS NULAS COMO AUTENTICAS.

Núm. 1. Principio.

116. El art. 1,318 dice: "El acta que no es auténtica por

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 189, núm. 200. Larombière, t. IV, página 229, núm. 40 del art. 1,317 (Ed. B., t. II, pág. 497).

2 Caen, 22 de Junio de 1824 (Dalloz, en la palabra *Privilegios e hipotecas*, núm. 1,246). Denegada, 7 de Noviembre de 1843 (Dalloz, en la palabra *Registro*, núm. 2,583).

3 Denegada, 4 de Agosto de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 453). En sentido contrario, Denegada, 1º de Marzo de 1830 (Dalloz, en la palabra *Arbitrage*, núm. 1,306).

condición para que el acta nula como auténtica, valga como escritura privada, es la firma de las partes. Queda por saber por qué la ley se conforma con la firma en el caso previsto por el art. 1,318, cuando se trata de una convención bilateral ó de una promesa de dinero, aunque el artículo 1,325 y el art. 1,326 exigen, además de la firma, otras formalidades. Es que estas formalidades no tienen razón de ser cuando el acta está recibida por un oficial público. Si la ley exige un doble original y la mención del duplicado para los contratos bilaterales, es porque cada una de las partes debe tener una prueba de la obligación contraída á su respecto, y que la posición bajo este punto de vista debe ser igual. Pero cuando las partes hacen una acta auténtica, la minuta de la acta queda depositada en el protocolo del notario; allí queda depositada aunque el acta sea nula; las partes pueden siempre procurarse una copia y pedir su presentación; no hay, pues, ninguna razón para exigir un doble original ni su doble mención. Así mismo, cuando el deudor firma una promesa de dinero, la escritura de la acta por el signatario y lo *bueno* ó *aprobado* son inútiles porque no hay que temer sorpresa; las partes no firman en blanco, no firman sin leer, puesto que no lo hacen sino después de redactada el acta y que se les da lectura de ella.

La ley pudo, pues, sin inconsecuencia, contentarse con la simple firma de las partes, cuando el acta nula como auténtica se transforma en escritura privada, y debió conformarse con esto, so pena de hacer ilusoria la disposición del art. 1,318. Un escrito no puede á la vez ser redactado en la forma auténtica y en la forma prescripta por los artículos 1,325 y 1,326 para los escritos privados. Si, pues, el artículo 1,318 entendía que el acta nula como auténtica no valdría como privada sino bajo la condición que las partes llenasen las formalidades de esos artículos, la ley diría una cosa absurda, y quedaría también absurda en sus consecuen-

cias, porque jamás recibiría aplicación. Si las partes hubieran pensado en llenar simultáneamente las formas del acta auténtica y las del acta privada, y si el notario se hubiera prestado á esta amalgamación, el art. 1,318 consagraría un contrasentido, pues convendría en que el escrito redactado en las formas de los arts. 1,325 y 1,326, vale como escritura privada. Es necesario no suponer que el legislador diga semejantes necedades. Concluiremos que el acta nula como auténtica vale como escritura privada, por el solo hecho de ser firmada por las partes, aun cuando contenga una convención bilateral. Esto fué dicho en el Consejo de Estado por Tronchet; (1) la doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. Solos Delvincourt y Zachariae han emitido una opinión contraria, y puede decirse sin presunción que se han equivocado. (2)

118. El art. 1,318 dice que el acta vale como escritura privada si ha sido firmada por las partes. Hay otra condición que resulta implícitamente del texto y del espíritu de la ley. Se trata de una acta nula como auténtica; luego de una acta que ha sido recibida por un oficial público teniendo misión de recibir dicha acta; pero sucede que el acta es nula porque el oficial público no está competente por razón del lugar en que el acta fué formada, ó que era incapaz, ó que no llenó las formas prescriptas so pena de nulidad. Así, el acta tiene apariencia de una acta auténtica, porque lleva la firma de un notario que tiene calidad para recibirla. Se puede decir, aplicando á las formas lo que hemos dicho de las condiciones requeridas para la existencia de las convenciones: el acta existe por la ley como acta auténtica, porque fué recibida por un oficial facultado para ello, pero es-

1 Sesión del 2 febrero año XII, núm. 11 (Loeré, t. VI, pág. 109).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 374, y notas 56 y 57, pfo. 755, y los autores que citan. Es necesario agregar, Mourlon, Colinet de Santeurre y Larombière. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Daloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3 785.

acta en el protocolo del notario permite á cada una de las partes de ocurrir á él según sus intereses; de donde resulta que las partes tienen la misma seguridad que si el acta se hubiera hecho por duplicado. (1) Decimos que la razon que decidió á la Corte es mala; en efecto, se aplicaría al caso en que el notario hubiera depositado en el protocolo un escrito privado que sería completamente extraño y que no tendría ni siquiera la aplicación de la autenticidad; ¡acaso una acta que desde el principio no es más que una acta privada, puede ser calificada de acta nula como auténtica? No por cierto, esta acta ha sido siempre una acta privada; no existe como auténtica, es la nada, y la ley no puede transformar la nada en una acta válida. Se necesitaría un texto expreso para poder admitir semejante anomalía. A decir verdad, la Corte de Casación hace la ley al suponer que el depósito en el apéndice da á una acta recibida sin intervención del notario un carácter de autenticidad.

119. En los términos del art. 1,318, el acta debe ser firmada por las partes para valer como escritura privada. El art. 68 de la ley de ventoso, año XII, contiene una disposición análoga, exige la firma de *todas las partes contratantes*. ¿Qué debe entenderse por *partes ó partes contratantes*? ¿Sarán todas las personas que figuran en el contrato? Debe interpretarse la ley en el sentido de la condición exigida para la prueba. El acta nula como auténtica se transforma en escritura privada; es necesario para esto que esté firmada. ¿Firmada por quién? Por los que contraen una obligación. Un préstamo que consta en acta privada solo debe ser firmada por el que pidió prestado; el acta es entregada al prestamista, y es perfectamente inútil que éste firme. Así mismo, si el préstamo consta por acta auténtica, nula como tal, basta con la firma del que pidió prestado. Hay, á este respecto, una diferencia entre el acta auténtica y el acta privada; el

1 Casación, 27 de Enero de 1869 (Daloz, 1869, 1, 152).

acta notariada sería nula por falta de firma de una de las partes que comparecieron ante el notario. No puede decirse otro tanto del acta privada; la ley no prescribe ni siquiera la firma. Si la doctrina y la jurisprudencia la exigen, es que la firma es la substancia del acta, pero solo es substancial para hacer constar la obligación del deudor. (1)

La Corte de Casación aplicó este principio al caso siguiente: Dos esposos venden un inmueble, la mujer figura en el acta como covendedora. Sigue que el acta es nula como auténtica. ¿Vale como escritura privada? Esto depende del papel que la mujer desempeña en el acta. Si ella es copropietaria, es claro que deberá firmar, puesto que es parte obligada al igual título que su marido. Pero, en el caso juzgado por la Corte de Casación, el inmueble pertenecía sólo al marido; la mujer no figuraba más que como garantizando solidariamente la venta. El acta hacia constar, pues, dos hechos jurídicos, la venta á la que la mujer era extraña, y la garantía solidaria de la mujer. No debía firmar como vedadora, puesto que en realidad no lo era. La firma del marido bastaba, pues, para la validez del acta considerada como venta. Pero el acta no probaba la garantía solidaria de la mujer, puesto que no llevaba su firma. (2)

120. Una de las partes obligadas no firma, pero el notario declara que no sabía ó no podía firmar. ¿Esta declaración equivale á la firma en el caso del art. 1,318? Cuando el acta es válida como auténtica, la declaración del notario suple la firma. Es una de las ventajas de las actas notariadas; esto permite á las partes que no saben ó no pueden firmar, el obtener una prueba literal. Pero el acta nula como auténtica, no puede gozar del privilegio de la autenticidad;

1 Duranton, t. XIII, pág. 59, núm. 73. Colmet de Santerre, t. V, pág. 531, núm. 280 bis IV.

2 Denegada, 26 de Enero de 1870 (Daloz, 1870, I, 101). En el mismo sentido, Colmar, 12 de Diciembre de 1821 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,785).

¡una acta que no es ni auténtica ni privada, puede invocarse como prueba de la venta? Nó, ni contra los signatarios ni contra los no firmantes; qué importa la firma de algunas de las partes cuando no hay acta? Si, pues, los no signatarios han rehusado firmar, en este sentido que no querían tratar, no hay convención, porque no hay concurso de consentimientos. ¡Qué importa, lo repetimos, la firma de algunos de los compradores?

Toullier, quien distinguió tan bien la convención de la prueba, confunde igualmente, en el caso, la imperfección del acta con la imperfección de la convención. El *acta* será nula, dice, por falta de firma de uno de los obligados solidarios, aun cuando se tratase de un marido y de una esposa solidariamente obligados. Sería nula por falta de *liga*, pues el acreedor quiso tener dos ó más obligados solidarios. Esto es muy justo cuando se trata de la validez del contrato, pero solo se trata de la validez del escrito; hay, pues, que dejar á un lado todo lo que concierne á la *liga*, pues la falta de firma no implica la falta de obligación. Después de esto, Toullier dice que el acreedor podría pedir la *ejecución del contrato* contra uno de los deudores solidarios, aunque los demás no lo hubiesen firmado, pues bien que al contratar haya querido tener dos ó varios deudores solidarios, estaba libre para conformarse con uno solo. (1) Toda esta argumentación se relaciona con la *liga de la obligación* que el *contrato* crea entre el acreedor y los deudores, mientras que la cuestión de *firma* concierne únicamente á la prueba y á la validez del *acta*. No insistirémos en la contradicción que existe entre estas dos decisiones de Toullier, y Marcadé dice que el error es evidente. (2) La confusión, cuando menos, entre la *convención* y el *acta*, es clara, y dirémos más adelante que Marcadé es culpable del mismo error.

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 133, núm. 135 y 136.

2 Marcadé, t. V, pág. 18, núm. 4 del art. 1,318.

122. La jurisprudencia es tan confusa como la doctrina. En un caso sentenciado por la Corte de Casación de Paris, una adquisición había sido hecha por el marido y la mujer como compradores solidarios; la mujer había muerto antes de haber firmado el acta. El *contrato*, por lo demás, dice la sentencia, había quedado *imperfecto* y no fechado. Así es que el *acta* estaba *imperfecta*, por no estar ni *firmada* ni *fechada*; la Corte concluye que el *contrato* está *imperfecto*. La Corte continúa en el mismo orden de ideas, diciendo que el marido no había querido comprar sino *conjuntamente con* su mujer, y ayudándose con sus medios; por su lado, el vendedor que no podía ser obligado á ejecutar el *contrato*, no podía, por la misma razón, obligar á uno solo de los adquirentes para su ejecución. (1) Esto es evidente si el *contrato* está *imperfecto*; pero lo repetimos, porque nunca basta repetirlo, la imperfección del *acta* nada tiene de común con la imperfección de la *condición*. La sentencia de casación que intervino en este negocio versa en el mismo error; aun se la formula como principio. "A falta de confesión de las partes, dice la Corte, los tribunales no pueden considerar como *válida* la *venta* de una cosa excediendo el valor de 150 francos, sino cuando se ha hecho *acta por escrito*." (2) Hé aquí el *acta* que se hace una condición requerida para la *validad* de la *convención*, cuando el *acta* sólo sirve de *prueba* en los contratos no solemnes. Sin duda, cuando las partes interesadas no llegan á probar la existencia del contrato, los tribunales no pueden ordenar su ejecución. ¿Es esto decir que por falta de la *confesión* no hay contrato? ¿En el caso, no debía el comprador diferir el juramento al vendedor? Aun cuando no hubiese habido ninguna prueba, la Corte no debía decidir que á falta de prueba el contrato no es *vá-*

1 Paris, 24 de Julio de 1820 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm., 3,811).

2 Casación, 12 de Diciembre de 1819 (Dalloz, núm., 1,831, página 810).

lido; debería haber dicho que los jueces no pueden ordenar la ejecución de un contrato cuya existencia no está establecida.

Cuando el defecto de firma de uno de los adquirentes proviene de falta de voluntad para tratar, entonces es seguro que no hay contrato. La Corte de Casación tiene razón en decir que la falta de firma de alguno de los adjudicatarios no puede ser invocada como prueba de una venta para dos, cuando las partes no querían tratar sino entre cinco; que una venta entre dos es otro contrato, exigiendo un nuevo concurso de consentimiento y una nueva prueba. (1) Pero cuando no hay falta de voluntad para tratar, no se puede inducir la no existencia de la convención solo por falta de firma; todo lo que resulta, es que el acta es irregular y no puede servir como prueba. (2)

Núm. 2. A cuáles actas se aplica el art. 1,318.

123. El art. 1,318 dice que el acta que no es auténtica por la *incompetencia* del oficial público, vale como escritura privada, si está firmada por las partes. ¿A qué incompetencia se refiere el art. 1,318? Es preciso combinar esta disposición con la del art. 1,317. La única incompetencia que el Código, así como la ley de ventoso preveen, es la que resulta del *lugar* en que el acta se redacta; es decir, que el notario ha recibido una acta en el lugar en que no tenía derecho para instrumentar; esta acta es nula, pero puede valer como escritura privada porque fué recibida por un oficial público; existe, pues, aunque viciada, lo que basta para que pueda ser transformada en acta privada. Pero si el oficial era incompetente por razón de la naturaleza de la convención, el acta sería sin ningún valor; una acta de venta hecha por un

1 Denegada, 26 de Julio de 1832 (Daloz en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,809, 2º).

2 Compárense las sentencias citadas en el *Repertorio de Daloz*, núm. 3,809.

diligenciario ó un alcalde municipal no sería una acta; luego no produciría ningún efecto (núm. 112). La ley no lo dice, pero esto resulta de la definición que el artículo 1,317 da del acta auténtica; la condición esencial exigida por la ley es que la reciba un oficial público; y un oficial público incompetente, no teniendo calidad para recibir el acta, no es un oficial público; luego no hay acta y, por tanto, el art. 1,318 es inaplicable, pues este artículo supone que existe una acta. (1)

124. El art. 1,318 se aplica, en segundo lugar, á las actas que no son auténticas por la incapacidad del oficial. ¿En cuáles casos es incapaz el oficial? Si se supone que una acta es recibida por una persona que no tiene calidad de oficial público, es preciso decir que aquella acta no tiene existencia en cuanto á la ley, lo que hace al art. 1,318 inaplicable, salvo el validar las actas en virtud del error común, en la opinión general que admite esta doctrina. El artículo 1,318 supone una incapacidad que, sola, hace el acta nula; tal sería el caso en que el notario fuese pariente ó socio de una de las partes en un grado prohibido por la ley. La Corte de Casación lo juzgó así invocando el art. 68 de la ley de ventoso que contiene la misma disposición que el art. 1,318; y el art. 69 se relaciona con el art. 8 que establece la incapacidad relativa al notario por causa de protocolo ó de ligazón: lo que es decisivo. (2)

125. ¿Qué debe decidirse si el notario mismo es parte interesada? Los autores enseñan que el notario que recibe una acta en que consta una convención en la que está personalmente interesado, ó conteniendo en su favor estipulaciones cualquiera, no puede prevalecerse de la disposición del artícu-

1 Duranton, t. XIII, pág. 54, núm. 71, pág. 61, núm. 74, y todos los autores.

2 Denegada, 25 de Enero de 1871 (Dalloz, 1871, 1, 101).

lo 1,318. (1) La jurisprudencia está dividida, y á nuestro juicio, hay duda.

La Corte de Casación se ha pronunciado por la opinión la más severa, y estamos tentados de preferirla, porque es la más moral. Los notarios, dice la Corte, son establecidos por la ley para recibir los contratos á los que las partes deben ó quieren dar el carácter de auténticos; tienen por este mismo por misión ser los consejeros desinteresados de las personas que necesitan de su ministerio y deben ser los redactores imparciales de sus voluntades, encargados de hacer conocer á las partes toda la extensión de las obligaciones que contraen. Estos deberes constituyen una incompatibilidad absoluta entre las funciones notariales y la calidad de parte en las actas que los oficiales están llamados á recibir. Por esto solo que son notarios, la ley los hace incapaces para hacer actas por sí y nunca de nulidad de orden público á las que hubieren hecho en contradicción con el principio de su institución. El motivo que invoca la Corte es evidente en teoría. ¿Pero se funda en algún texto? Aquí está la duda. La sentencia está en el art. 68 de la ley de ventoso y en el art. 1,318. La ley mantiene nula el acta como auténtica, dejándole la fuerza de escritura privada, pero el texto no se refiere sino á *las partes contratantes* cuya firma consta en el acta. ¿Puede decirse que la firma del notario es de una parte contratante? Nó, porque si firma el acta es como oficial público; y esta firma no ha sido dada sino para hacer solemne el acta; es necesariamente nulificada con el carácter auténtico del acta. La Corte invoca además la disposición de la ley de ventoso la que reserva á las partes una acción en daños y perjuicios contra el notario; ¿no debe mejor inducirse que la ley se refiere no al interés del notario, pero exclusivamente al de las partes que comparecen ante él?

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 375, y nota 60, pfo. 755. Larombière t. IV, pág. 235, númer. 5 del art. 1,318 (Ed. B., t. II, pág. 499).

Una sentencia más reciente, dice que la ley no reconoce ya al notario el carácter de funcionario público, teniendo misión de imprimir autenticidad á las actas que recibe, cuando esas actas contienen disposiciones en su favor. (1) ¿Cuál es la ley que dice esto? La Corte cita el art. 8 de la ley de ventoso. Sucede que este artículo no contiene una sola disposición terminante que impida á los notarios recibir actas en las que sean parte; se está obligado á ocurrir á un argumento *á fortiori* para inducirse la incapacidad del notario. Luego ningún texto que pronuncie la nulidad, por tanto, el art. 1,318 tampoco puede ser invocado, puesto que supone una acta nula como auténtica. No hay, pues, que invocar la ley; no la hay. Todo lo que puede decirse es que el notario deja de serlo cuando es parte; no se necesita ley para afirmar que el notario no puede comparecer ante sí; de donde puede concluirse que el acta es inexistente, porque no hay ya oficial público; solo hay partes contratantes, lo que excluye el art. 1,318. (2)

126. El notario es también incapaz cuando está suspenso; á contar del momento en que la suspensión les está notificada, no puede ya instrumentar. Con mayor razón está incapaz cuando está destituido. ¿Si hace actas después que su destitución ó su suspensión le han sido notificadas, las partes contratantes podrán invocar el beneficio del artículo 1,318? Si se pudiera decidir la cuestión según los principios hubiera que contestar negativamente y sin titubear. El notario suspenso ó destituido no es ya un funcionario público, es un particular; luego las actas que redacte no tienen nin-

1 Denegada, 29 de Julio de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 465).

2 Compárense dos sentencias de la Corte de Orléans, 31 de Mayo de 1845 y 5 de Mayo de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 106 y 115). Hay sentencias en sentido contrario (Dalloz, núm. 3,791). La Corte de Douai que se había pronunciado en este sentido, 10 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 61) se adhirió á la opinión de la Corte de Casación, 11 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 5, 218).

guna apariencia de autenticidad; es igual que si un particular las hubiera recibido; el art. 1,318 es, pues, inaplicable, porque supone que el acta es obra de un oficial público; si el acta es inexistente como auténtica, esta acta no existe, y lo que no existe no puede producir ningún efecto.

Se enseña la opinión contraria (1) resultando del texto de la ley de 25 ventoso, año XI. El art. 68 de esa ley dice que toda acta hecha en contravención de las disposiciones de los artículos que se citan en ella, es nula si no está firmada por todas las partes, y que cuando está firmada por ellas no valdrá sino como acta privada. Entre los artículos relacionados con el 68, se encuentra el art. 52 que está concebido en los siguientes términos: "Todo notario suspenso, destituido ó reemplazado deberá, luego que se le haya notificado, dejar de ejercer su profesión." Se puede suponer que á despecho de la ley, el notario continúa recibiendo actas; estas actas son nulas, pero gozan del beneficio del art. 68 y, por consiguiente, el art. 1,318 es aplicable. Esto es una derogación al rigor de los principios, que se justifica por interés de las partes contratantes que pueden ignorar la suspensión ó destitución del notario, y viéndolo continuar sus negocios, pueden de muy buena fe dirigirse á él como si estuviese en el ejercicio de su profesión. Sin embargo, es de notarse que la ley no hace con la buena fe de las partes contratantes una condición requerida para la aplicación del art. 1,318; el acta sería, pues, válida como escritura privada, aun cuando las partes tuvieran conocimiento de la suspensión ó destitución del notario, lo que no es lógico; pero tal es la ley. (2)

127. El acta que no es auténtica por defecto de forma, vale también como escrito privado si ha sido firmada por las partes. Es la la aplicación la más usual que recibe el artícu-

1 Duranton, t. XIII, pág. 63, núm. 76. Mourlon, t. II, pág. 810' núm. 1,538.

2 Compárese Marcadé, t. V, pág. 21, núm. 5 del art. 1,318.

lo 1,318. Supone que se trata de un contrato no solemne. Si el acta nula como auténtica, contiene una donación, un contrato de matrimonio ó una hipoteca, el art. 1,318 es inaplicable porque en estos contratos la forma auténtica es substancial, las actas no pueden valer como escritura privada porque los contratos solemnes exigen la autenticidad para su existencia. Esto es de jurisprudencia y no puede haber en ello duda alguna. (1) Aun aquellos que desechan la teoría de las actas inexistentes, admiten que la donación no puede valer cuando consta por acta privada, lo que basta para decidir la cuestión. Lo mismo pasa con el contrato de matrimonio y la hipoteca.

El art. 1,318 se aplica á todos los contratos no solemnes cualesquiera que sean los vicios de forma que hagan el acta nula. Ha sido juzgado que el acta nula por falta de fecha vale como escritura privada cuando está firmada por las partes. (2) La ley no exige que las actas privadas sean fechadas, nada impide, pues, que las actas nulas por falta de fecha no valgan como actas privadas. Lo mismo sucedería si la fecha fuese errónea. La Corte de Orléans así lo decidió; citamos los términos de la sentencia porque se halla en ella la eterna confusión de la convención con la prueba. "El acta, dice la Corte, siendo firmada por todas las partes, valdría como escritura privada, pero no por eso dejaría menos de subsistir la *liga de derecho*." (3) Nó, aunque firmada, el acta no prueba que hay *liga de derecho*, porque la convención puede ser nula, aunque el acta sea válida; no debía haberse hablado de *liga de derecho*, no estando en discusión la validez de la convención.

128. El art. 1,318 dice que el acta vale como *escritura*

1 Véanse las sentencias en el *Reptorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, vdm. 3,782.

2 La Haya, 7 de Julio de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, pág. 420).

3 Orléans, 18 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1859, 2, 127).

privada. Son, pues, de aplicarse los principios que rigen la fe que tienen las actas privadas; y según el art. 1,322, el acta privada solo hace fe cuando ha sido reconocida ó comprobada en justicia. En el caso, es la firma la que debe ser reconocida ó comprobada en justicia; en cuanto á la escritura, no depende de aquel á quien el acta es opuesta, puesto que es la obra del notario ó de su escribiente. Se podría creer que la firma no necesita ser reconocida, puesto que se halla en una acta auténtica, pero el acta no es ya auténtica; luego la firma no puede gozar de los privilegios de la autenticidad, en salvo una firma privada y sometida como tal al artículo 1,322. (1)

129. Si el acta no está firmada, ó si la firma no es reconocida ni legalmente declarada como tal, no hay ya acta ni privada ni auténtica. ¿Sería nula la convención? Nó, á no ser que las partes, por una cláusula especial, hayan subordinado la existencia legal de la convención á la validez del acta (núm. 98). (2) Transladamos á lo que se ha dicho antes.

§ III.—DE LA FUERZA PROBANTE DE LAS ACTAS AUTENTICAS.

130. Pothier dice que el acta auténtica hace fe por sí, y no está sujeta á ningún reconocimiento; mientras que el acta privada debe ser reconocida, ó á falta de reconocimiento, comprobada en justicia. (3) El Código consagra implícitamente el principio; prescribe el reconocimiento del acta privada y no lo exige para el acta auténtica. Esta es una diferencia capital entre las dos categorías de actas. ¿cuál es su razón? Se dice ordinariamente que el acta auténtica es obra de un funcionario público, mientras que las escrituras privadas son redactadas por particulares sin carácter ni misión. La contestación no satisface. Sin duda,

1 La Haya, 7 de Julio de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, pág. 420).

2 Duranton, t. XII, pág. 66, núm. 78.

3 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 742.

si fuera cierto que la firma que calza el acta es la del notario ante quien han comparecido las partes, esta acta debería hacer fe sin reconocimiento alguno, pues sería absurdo exigir reconocimiento de lo que es seguro y no necesita ser reconocido. ¿Pero quién certifica que la firma sea la del notario que declara en el acta haber instrumentado? El acta lleva su sello, esto es ya una garantía, pero no equivale al conocimiento; un falsario puede tener un sello ó imitarlo. Lo mismo sucede con las legalizaciones, son unas garantías, pero están lejos de ser decisivas. Si la ley no prescribe el reconocimiento de la firma que lleva una acta auténtica en apariencia, la razón se halla en la apariencia misma, pues ésta ofrece una garantía suficiente. Para que el acta auténtica en apariencia, no lo sea, es preciso suponer una falsedad, y una falsedad es rara y excepcional; puede, pues, admitirse como regla, que el acta auténtica en apariencia lo es también en realidad. La doctrina contraria enervaría la autoridad que se lega á las actas notariadas. Si las partes se veían obligadas á mandar reconocer la firma del notario, no tendrían ya ningún interés en dirigirse á él, puesto que el acta privada reconocida tiene la misma fe que el acta auténtica. Si, pues, el legislador quiere que las partes hagan constar sus convenciones en acta auténtica, debe dispensarlas de las formalidades molestas y costosas del reconocimiento y de comprobación. (1)

131. De esto nace el adagio que dice que: *previsión es debida al título*. Lo que quiere decir que el juez debe respetar el título auténtico y prestar ayuda á su ejecución. (2) Regularmente la ejecución del acta auténtica no puede ser suspendida, como lo dirémos más adelante, sino por la inscripción en falso (art. 1,319). No obstante, ha sido juzga-

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 60, úms. 56 y 57. Mourlon, t. II, página 802, núm. 1,523. Colmet de Santerre, t. V, pág. 533, núm. 282 bis II y III.

2 París, 24 de Agosto de 1872 (Dalioz, 1874, 5, 401 y signientes).

do que la máxima según la que *previsión es debida al título*, no es absoluta. Si el acreedor tiene un título auténtico, el deudor debe ser sentenciado mientras no destruya la fe debida al título. Pero, si por su lado, el deudor produce títulos igualmente auténticos, el juez se halla en la imposibilidad de dar previsión al título del demandante porque perjudicaría al título del demandado; el juez debe entonces tomar conocimiento de las pretensiones de las partes, lo que quiere decir que previsoramente el título del acreedor no será ejecutado. (1) Pero esto no es admisible sino cuando hay conflicto de títulos contradictorios. Fuera de este caso, es preciso aplicar el principio que rige la inscripción en falso.

132. En los términos del art. 1,319, el acta auténtica hace plena fe de la convención que encierra. Esto es muy indefinido y demasiado absoluto. La cuestión es saber de qué hace fe el acta auténtica. ¿Hace fe de cuanto en ella está escrito? No; si el acta auténtica hace fe, es porque un oficial público intervino en ella; precisa ver, pues, si la mención del oficial público es indefinida e ilimitada. Es al contrario, en lo que toca á los notarios, á los hechos jurídicos que las partes deben ó quieren hacer constar en la forma auténtica. Todo lo que no es hecho jurídico, está fuera de la misión del notario. Si un notario, á requisición de un particular, hacía constar en las formas prescriptas por la ley de ventoso un hecho no jurídico, el acta que redactaría no haría fe como auténtica. Esto es de evidencia. Toullier recuerda á este propósito, los numerosos procesos verbales redactados en el siglo pasado para hacer constar los milagros del diácono Paris: no solo, dice, estas actas no prueban la verdad del hecho que constan á pesar del numero y de la calidad de las personas que las subscriven, pero además, la crítica

1 Bruselas, 18 de Marzo de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 25) y Dene-gada, 5 de Febrero de 1853 (*ibid*, 1853, 1, 54).

supo apreciarlos á su justo valor. (1) Esto es decir que el testimonio de un oficial público no puede transformar en verdad hechos que no son sino una ilusión de fe ó supercherías del fraude.

Por hechos jurídicos entendemos las actas y los contratos que confieren un derecho ó imponen una obligación; lo que en el lenguaje ordinario, se llama transacción civil. ¿El notario tiene calidad para hacer constar auténticamente todo lo que concierne á los hechos jurídicos? Nō, el notario hace constar hechos exteriores, lo que oye, lo que ve, ó lo que él mismo hace, lo que impresiona los sentidos: estas son las expresiones de Dumoulin. (2) Hay hechos morales de una capital importancia de los que el notario no tiene ni puede tener conocimiento por el órgano de los sentidos; no tiene ninguna misión de hacerlos constar, ni calidad para hacerlo. Ya lo hemos hecho notar al tratar de los testamentos. Los notarios tienen la costumbre de hacer constar que han encontrado al testador sano de espíritu. Esta declaración no hace ninguna fe, porque los notarios no tienen capacidad ni misión de hacer constar el estado de las facultades intelectuales del testador; lo que dicen á este respecto, no es, pues, sino un testimonio hecho sin la observación de las formas prescriptas por la ley; luego sus declaraciones no hacen ninguna fe. Lo mismo sucedería con una declaración análoga que el notario hiciese á ocasión de un contrato. Se ha presentado el caso. Se decía en una acta que la parte contratante se hallaba en un intervalo lúcido; aquel que no está interdicto, puede contraer en esos momentos en que goza de su razón; pero no pertenece al notario el hacerlo constar; su declaración no hace ninguna fe; sugiere, al con-

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 142, núm. 145.

2 Dumoulin, *comentario acerca de las costumbres de Paris*, tít. I, párrafo VIII, nám. 64 (Obras, t. I, pág. 169); “*Cujus notitiam et scientiam habet, propriis sensibus, visus et auditus.*”

trario, una duda respecto al estado moral de la persona que compareció ante él; este estado podrá ser probado sin tener en cuenta lo que dijo el notario. (1)

Por identidad de razones, es preciso decidir que las partes interesadas son admitidas á probar que uno de los contratantes estaba en la imposibilidad de consentir, sea por enfermedad, (2) sea por embriaguez. (3) En vano se diría que el notario al hacer constar el consentimiento, comprobó, por esto mismo, que la parte estaba capaz para consentir. La capacidad para consentir no es un hecho material que caiga bajo los sentidos, es un hecho moral que el notario no tiene ni misión ni calidad de comprobar. Se limita á actuar el consentimiento que las partes dan; si mencionaba un consentimiento que no ha sido dado, su declaración haría fe pero se podría atacarla por inscripción de falsedad. Si la parte ha declarado consentir, no se acusa al notario de haber cometido una falsedad al hacer constar el hecho, aunque en parte no estuviese en estado de manifestar su voluntad; el notario no dijo que tuviese capacidad; luego no se ataca la veracidad del notario al pedir que se pruebe que la parte estaba incapaz para consentir.

133. ¿Cuál es la extensión de la fuerza probante de las actas auténticas? Sobre este punto tenemos dos disposiciones, la una y la otra inexactas. El art. 1,319, dice que el acta auténtica hace *fe plena*. ¿Qué se entiende por esto? El segundo inciso da la explicación del primero, dice que la ejecución del acta auténtica, será ó podrá ser suspendida en caso de inscripción en falso, y como el inciso comienza por la palabra *no obstante*, es preciso concluir que la regla es

1 Pau, 18 de Noviembre de 1807 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,093).

2 Burdeos, 12 de Agosto de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,093, 2º).

3 Lyon, 9 de Febrero de 1837 (Dalloz, núm. 3,096). Colmar, 27 de Agosto de 1819 y Angers, 12 de Diciembre de 1823 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 348, 1º).

que el acta auténtica no puede ser atacada sino por queja de falsedad, criminal ó civil; lo que excluiría siempre toda otra prueba contraria. El art. 45 aplica esta regla á las actas del estado civil; asienta en principio que los extractos de los registros, y, por consiguiente, los registros del estado civil, hacen fe hasta inscripción de falsedad. El principio sería, pues, que el acta auténtica hace *fe plena* en el sentido de no poder ser combatida por ninguna prueba contraria si no es la demanda de falsedad.

La doctrina y la jurisprudencia rechazan esta pretendida regla. Está en oposición con el principio tal como Dumoulin lo formuló, principio que resulta de la naturaleza misma de la acta auténtica. ¿De qué da *plena fe* el acta? De lo que hace constar el notario como habiéndolo visto ó oído, y por consiguiente, de lo que menciona haber hecho él también. Se comprende que esas declaraciones y menciones del oficial público hagan ley hasta inscripción por falsedad, pues no pueden combatirse sino acusando al notario de haber cometido una falsedad, ó pretendido que el acta ha sido falsificada. Cuando el notario hace constar lo que las partes le han declarado ¿qué es lo que declara haber *oído*? Oyó á las partes declarar sus voluntades y menciona esta declaración. Luego quedará probado, hasta inscripción por falsedad, que tal declaración le fué hecha, porque el notario declara haberla *oído*. Pero esta declaración puede ser simulada falsa. ¿Certifica el notario al recibirla que era sincera la declaración? La sinceridad no cae bajo los sentidos, el notario no la ve y no la oye; luego, según el principio de Dumoulin, el acta no hace *fe plena* de la sinceridad de las declaraciones que relata el notario. Por ejemplo, el uno entrega al otro efectos, muebles, dinero ó valores; el notario comprueba esta entrega. ¿Hará esta mención plena fe? Sí, en lo que concierne al hecho material de la entrega, porque el notario la *vió*; testifica, pues, de aquello de que sus sentidos tuvieron conocimiento.

bo simulación debe probarlo. En principio, esto es incontestable, solo que el legislador debiera haberlo dicho, pues hay en el fondo de esta doctrina una presunción de sinceridad, presunción muy natural, pero que solo la ley tiene derecho de establecer como regla legal.

134. La cuestión de la fuerza probante de las actas auténticas presenta todavía otra dificultad que se liga, no con los principios, pero sí con la mala redacción de la ley. Se pregunta si el acta auténtica hace la misma fe respecto á los terceros como para las partes. En teoría, no hay ninguna duda. ¿Por qué el acta auténtica hace plena fe? Porque está recibida por un oficial público, instituido por la ley para dar autenticidad á las actas que las partes deben ó quieren formar auténticamente. Esta misión, el oficial público la tiene de un modo absoluto, en el sentido que el acta que recibe tiene el carácter de autenticidad respecto á la sociedad entera; luego para con los terceros tanto como para las partes. Ni siquiera se concibe que pueda ser de otro modo. ¿Se comprendría que una acta fuese auténtica para las partes y no lo fuese para los terceros? ¿Puede una sola y misma acta ser á la vez auténtica y no auténtica? Esto no se entiende. Tampoco se entendería la razón de la diferencia. Las actas auténticas no hacen fe por causa de las partes, la hacen porque un oficial público las recibe en presencia de testigos, los cuales testificarán contra todos lo que ha sucedido y que ellos vieron y oyeron. El motivo por el que las actas auténticas hacen fe, es, pues, un motivo general y, por tanto, la prueba debe también ser general y extendérse á todos los que invocan el acta, ó á los que contra quienes se invoca.

Sin embargo, el art. 1,319 parece decir lo contrario; no se limita á disponer en términos absolutos que el acta auténtica hace plena fe de la convención que contiene; agrega: "*Entre las partes contratantes y sus herederos.*" Lo que parece limitar la fuerza probante del acta á las partes que

figuran en ella y á sus herederos; luego la ley excluye á los terceros. ¿Debe decidirse que el acta auténtica no hace fe para los terceros ni en su contra? Esto sería sacar del silencio de la ley una conclusión contraria á todo principio, y á la esencia misma del acta auténtica. Esto es inadmisible y jamás lo sostuvo nadie. Se sabe cuán peligrosas son las inducciones sacadas del silencio de la ley; es arriesgar hacer decir al legislador lo contrario de lo que quiso. En el caso, esto es seguro. No hay ningún motivo que pudiera justificar la distinción que se pretendería hacer entre la fuerza probante del acta con relación á las partes y á la fe que es debida al acta con relación á los terceros. No hay una palabra en los trabajos preparatorios, que indique la intención de establecer una distinción en lo que no hay motivo alguno para distinguir. La fuerza probante de las actas, es una materia tradicional. ¿Y qué dice la tradición? Pothier, quien en este asunto no está al abrigo de la crítica, no pensó en distinguir entre los terceros y las partes, al menos en cuanto al principio. Trata en dos párrafos diferentes, de la fe de las actas auténticas contra las partes, y de la fe de las mismas contra los terceros. En principio, dice, (núm. 734) el acta auténtica hace plena fe por sí de lo que contiene: contra los terceros, el acta prueba *rep. ipsam*; es decir, que la convención que contiene está intervenida (núm. 738). Son poco más ó menos los términos del art. 1,319, que también hablan de la convención. En principio, pues, el acta auténtica hace fe de la convención con relación á los terceros, tanto como para las partes; omitimos los pormenores por ahora, con el fin de no obscurecer una materia ya bastante obscura por sí. (1) Volveremos á ella.

¿Por qué los autores de Código, que reprodujeron el principio de Pothier en lo que toca á la forma probante de las

1 Compárese Marcadé, t. V, pág. 25, núm. 2 del art. 1,319. Toullier, t. IV, 2, pág. 144, núm. 148.

actas auténticas entre las partes, por qué decimos, no reproducieron el principio, idéntico en el fondo, que Pothier establece sobre la fe que tiene el acta con relación á terceros? No se sabe. ¿Será por olvido, como se ha supuesto? (1) Dirémos más adelante que los intérpretes del Código formulan un reproche más grave contra el legislador. Conste desde luego que, cuando los trabajos preparatorios, no se vió el vacío de la ley. Jaubert, el informante del Tribunado, establece precisamente los principios. Comienza por distinguir lo que se reprocha á los autores del Código de haber confundido la diferencia entre el *efecto de las obligaciones*, en lo que concierne á los *terceros* y á la *prueba de las obligaciones* con relación á los *terceros*. Hemos ya visto, dice, (artículo 1,165) que las convenciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes y no perjudican ni aprovechan á los *terceros*. Pero no se trata aquí del efecto de las convenciones, solo se trata de las *pruebas*, y de las pruebas que pueden resultar de un título auténtico. La cuestión es saber como la regla: *El acta auténtica hace fe plena*, debe entenderse para con los *terceros*. Nuestro proyecto establece, ó mejor dicho, consagra una antigua máxima que la fe pública hizo admitir; y es que cuando una convención ha sido establecida por una acta auténtica y que las partes contratantes solo la han derogado entre sí por una acta privada, el efecto de la contraletra se limita á las partes contratantes, sin tener nunca influencia contra los *terceros*. Así, las actas auténticas hacen plena fe, no solo entre las partes contratantes, pero también pasa con los *terceros*. ¿Puede hacer fe contra ellos? Es preciso distinguir lo *material* y lo *moral* del acta. En cuanto á lo *material*; es decir, la fecha y los hechos físicos comprobados por el oficial público, los *terceros* no pueden contestar la prueba que resulta de la autenticidad del acta. Dumoulin, quien ha tratado esta materia con

1 Arntz, *Curso de derecho civil*, t. II, pág. 129, núm. 308.

su erudición y segacidad ordinarias, habrá reducido la teoría de esta parte del derecho á este principio que el acta pública prueba contra los terceros *rem ipsum*; términos precisos, enérgicos que nos han conducido á la distinción que adoptamos entre lo *material* y lo moral del acta.

Hemos transcripto este trozo, porque es capital para la inteligencia del Código Civil. Se reprocha, y no sis razón a los autores del Código haber confundido, cuando menos en la redacción, *el efecto de las obligaciones para con los terceros*, con la *prueba* que hacen las actas para ó contra los mismos. Jaubert establece claramente la diferencia; no vió, pues, en la ley, la confusión que tanto choca á los intérpretes. Hemos dicho que los autores del Código no hablan de la prueba que hace el acta auténtica con relación á los terceros, y que el art. 1,319 parece aun decir que el acta auténtica no hace fe sino entre las partes y sus herederos. Jaubert dice que el acta auténtica hace fe con relación á los terceros como entre las partes, y encuentra esta doctrina implícitamente en el art. 1,319. En cuanto á la distinción que él hace entre lo *material* y lo *moral* del acta, la hemos deducido también de la teoría de Dumoulin; solo que es necesario agregar que se aplica á los terceros tanto como á las partes.

Hé aquí el espíritu del Código expuesto por el informante del Tribunal. Da luz á lo que el texto tenía de obscuro. Es la forma la que es mala. Los principios son los que Dumoulin ha expuesto con notable lucidez, y que Jaubert tomó de él. Es á esta tradición á la que debemos atenernos, rechazando lo que tiene de incorrecto el lenguaje de la ley, ó para mejor decir, interpretando el texto mediante la tradición.

Núm. 2. *¿Cuándo hace fe el acta auténtica hasta inscripción por falsedad?*

I. De los hechos cumplidos por el notario.

135. En las actas en que constan convenciones, el papel

del notario se limita al de un testigo que relata lo que sucede ante él; los hechos que él mismo cumple son poco numerosos. Declara que las partes contratantes se han presentado ante él y han tomado tal ó cual disposición; menciona la lectura que dió de la acta, la firma de las partes y la suya, y en seguida fecha la misma acta. Todos estos hechos quedan probados hasta inscripción por falsedad. Fijémonos en la fecha, hecho jurídico el más importante que hace constar el notario; por aplicación del principio general (número 102), la fecha de las actas auténticas hacen fe hasta inscripción en falso; el acta prueba la fecha que lleva, por sí, independientemente del registro. El acta tiene fecha cierta, no desde el día de su registro, pero si desde el día en que la recibió el notario. Esto resulta del art. 1,328, en los términos de que las actas privadas tienen fecha en contra de terceros, desde el día en que su substancia consta en las actas formadas por los oficiales públicos, como cédulas ó inventarios. Los notarios que forman esas actas dan por este solo hecho fecha cierta al acta privada de que relatan la substancia. De donde se sigue que no puede contestarse la fecha puesta por el notario en el acta sin inscribirse por falsedad. (1) La ley le impone la obligación de fechar sus actas; luego de poner en ellas la verdadera fecha. Sostener que antefechó ó postdató una acta, es acusarlo de haber cometido una falsificación, ó pretender que la fecha fué falsificada, por lo tanto, demandar por falsedad. Ha sido juzgado, en consecuencia, que la sentencia de los árbitros hace fe de su fecha hasta su inscripción de falso, contra las partes entre las que ha sido pronunciada, aunque haya sido depositada ó registrada posteriormente á la expiración de sus poderes, lo que asegura su validez. (2) La Corte no habla de la fecha con re-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 537, núm. 282 bis VII.

2 Bourges, 13 de Agosto de 1828, y Donegada, 30 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra *Arbitrage*, núm. 1,122).

lación á terceros porque el debate solo existe entre las partes. Inútil es decir que la fecha es cierta con relación á todos; el art. 1,328 lo dice.

136. En los testamentos por acta pública, hay una serie de formalidades que debe cumplir el notario y de las que debe hacer mención. El testamento le es dictado por el testador; le da lectura al testador en presencia de testigos. La ley agrega que debe hacerse mención del todo expresamente. Si el testador declara que no sabe ó no puede firmar, se hace mención en el acta de esta circunstancia así como de la causa que le impide firmar. Todas estas menciones hacen fe hasta inscripción en falso. El notario hace mención de lo que hizo él mismo en ejecución de la ley; imprime, pues, carácter de autenticidad y da plena fe de todo lo que declara haber hecho; no se puede contestar sin acusar al notario de haber cometido una falsedad ó sin pretender que el acta ha sido falsificada. Hemos examinado en otra parte, las numerosas dificultades á las que esas menciones dan lugar. Ha sido juzgado, por aplicación de la fuerza probante del acta, que no se puede, á menos de inscribirse en falsedad, atacar el testamento por el motivo de que algunas causas hubieren sido agregadas después de la mención de la lectura del testamento. (1)

II. Mención de lo que ve el notario.

137. Según el principio de Dumoulin, el acta auténtica hace fe hasta inscripción en falsedad de todo lo que sucede á la vista del notario, de lo que percibe por sus sentidos. Hay, sin embargo, un caso particular en el que la declaración del notario no hace fe hasta inscripción en falso. Hemos dicho en otro lugar que un sordomudo de nacimiento, es capaz

1 Limoges, 14 de Agosto de 1810 y Denegada, 12 de Junio de 1811 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,994, 2º)

para dar entre vivos, aun cuando sea analfabeto, siempre que pueda manifestar su voluntad. ¿Pero qué hará el notario para hacer constar su voluntad? ¿Y cuál es la fe ligada á las declaraciones que hará? El caso se ha presentado ante la Corte de Burdeos. Para asegurar que entendía las intenciones de la donante, el notario recurrió á la asistencia de las personas que veían habitualmente á la sordamuda y que conocían su manera de ser y su modo de obrar; el oficial público hizo constar que la donante le había enseñado su casa, las construcciones que le eran anexas, los muebles que la adornaban; que lo había conducido á ver á cada una de sus lotes de terreno; que había claramente expresado por signos muy característicos que quería darlo todo haciendo el gesto de una persona que escribe; que le había indicado por una pantomima expresiva que redactara una acta; que estos hechos le habían dado al notario, así como á los asistentes y testigos, la prueba evidente que la donante quería dar sus bienes á determinada persona. ¿Pero cuál era la fuerza probante del acta redactada por el notario? La Corte dice muy bien que en los casos ordinarios en que las partes hablan un idioma cuyos términos tienen una significación fija y perfectamente inteligible, el acta debe hacer fe hasta inscripción de falsedad; pero no sucede así cuando una de las partes no puede expresarse sino por medio de signos, no tienen un sentido determinado y convenido. En este caso, la interpretación que le da el notario no es más que una simple aplicación. El notario no dice lo que vió y oyó por medio de sus sentidos, dice lo que entendió por medio de un trabajo intelectual. De donde resulta que las declaraciones que hace constar no hacen fe hasta inscripción en falso; se las puede combatir por toda prueba contraria y especialmente por la testimonial. (1)

138. Una acta de venta auténtica hace constar que el pre-

¹ Burdeos, 29 de Diciembre de 1813 (Dáiez, 1837, 2, 773).

cio ha sido pagado al contado, pero sin que se diga que el dinero haya sido contado y entregado al vendedor en presencia del notario. Esta declaración no hace fe en justicia hasta inscripción de falsedad, porque el notario no hace constar lo que ha visto, solo hace constar la declaración que oyó; así, el hecho material que el comprador declaró haber pagado el precio al vendedor y que éste declaró haber recibido, está probado hasta inscripción de falsedad; pero la verdad de esta declaración no está probada sino hasta prueba de lo contrario. Ha sido juzgado que el vendedor debe ser admitido á probar por presunciones apoyadas sobre un principio de prueba por escrito, que el pago no tuvo lugar y que debía efectuarse poco á poco conforme á sus necesidades. Al hacer esta prueba, el vendedor no ataca de falsedad la declaración de haber sido pagado el precio; reconoce al contrario que dicha declaración se hizo, pero sostiene que por una razón cualquiera, tal declaración fué simulada; luego no debe demandar por falsedad. (1) La única dificultad es saber cómo se hará la prueba de la simulación; volveremos sobre este punto.

Pero si el acta hace constar que una suma ha sido recibida, contada por el acreedor en presencia del notario y que el acreedor ha tomado el dinero y se lo guardó, en este caso, el notario hace constar haber visto el hecho y la mención que de él hace para fe hasta inscripción en falso; porque decir que el acreedor no recibió el dinero, cuando el notario declara que lo recibió en su presencia, equivale á acusar al oficial público de haber asentado un hecho falso; luego hay necesidad de demandar por falsedad. En un caso, había una consideración de hecho que equivocó al primer juez. Una parte del dinero recibido por la acreedora había servido para pagar una deuda de su marido al deudor; el Tribunal concluyó que debía haber quitado los 780 fran-

1 Douai, 5 de Enero de 1846 (Daloz, 1846, 2, 202).

cos pagados por el marido de los 12,000 francos que la mujer había recibido. La suma era dotal y el favor de la dote había inclinado al primer juez á quitar del pago que constaba en el acta la suma que se había aplicado á su provecho. Esto era perjudicar el acta que hacía constar que la mujer había recibido la suma de 1,200, francos lo que liberaba al acreedor. (1)

En el caso, no se podía decir que la numeración del dinero que hacía constar el notario, había sido simulada; la entrega había sido muy real; si, al contrario, el acta hubiera dicho que la suma había sido contada y entregada en presencia del notario y que se pretendiese que la remesa había sido ficticia, estaría uno admitido á probar la simulación; es el derecho común, como lo dirémos más adelante. Lo mismo cuando el acta hace constar que la mujer ha recibido el precio de un bien parafernado, puede probar que todo ó parte del precio ha sido aprovechado por el marido y que de esto resulta para ella un crédito contra su marido, y por consiguiente, una hipoteca legal. La Corte de Casación juzgó muy bien que esto no es atacar la fe que hace el acta auténtica; la mujer no negaba haber recibido el precio, reconocía que el deudor estaba liberado, no atacaba, pues, el acta; el debate versaba solo sobre lo que había sucedido después del acta, y la mujer estaba siempre admitida á probar que el dinero que le pertenecía había sido empleado en provecho de su marido. (2)

139. Hemos asentado como principio, según Dumoulin, que el acta auténtica hace fe lo mismo para los terceros como para las partes. La Corte de Bruselas aplicó la regla al recibo que consta por acta notariada. Se decía en un contrato de matrimonio que la futura esposa aportaba en dote una suma de 100,000 francos que había entregado en dine-

1 Agen, 8 de Marzo de 1846 (D. de L. 1849, 2, 131).

2 Denegada, 9 de Agosto de 1862 (Daloz, 1852, 1, 155).

ro, á la vista del notario, á su futuro esposo quien lo reconocía y se encargaba de esta suma. La mujer hizo pronunciar sentencia de separación de bienes y obtubo un juicio que condenaba al marido á restituirle su dote. Después prosiguió la expropiación de una casa adquirida durante la comunidad, á la que había renunciado. En la orden abierta para el precio pidió ser admitida por el valor de su dote de 100,000 francos; este pedimento fué combatido por los acreedores hipotecarios, todos posteriores al matrimonio; éstos sostuvieron que el aporto del dote era simulado y que la declaración era fraudulenta. La Corte de Bruselas decidió que la fe debía de ser dada al acta, hasta inscripción por falso-dad, pero confessando que existían sospechas de dolo y se fundaba respecto al recibo dado en el contrato de matrimonio. Es de notarse que los acreedores no habían articulado ningún hecho preciso en apoyo de su acusación de dolo y de fraude. (1) El principio aplicado por la Corte es incontestable; el recibo hacia fe respecto á terceros, puesto que el notario hacía constar que había sido hecho en su presencia. Pero en el caso, los acreedores no atacaban la declaración del notario; reconocían que los 100,000 francos habían sido entregados al marido en presencia del notario; pero sostienen que la numeración del dinero era simulada; los acreedores debieron, pues, ser admitidos á la prueba de la simulación por toda vía legal. (2)

140. El notario puede también hacer constar como habiéndolo visto, la puesta en posesión del comprador. En los términos del art. 1,605, la entrega de los muebles se hace por medio de la entrega de sus llaves, si se trata de una casa, ó por la remesa de los títulos de su propiedad; la entrega de efectos muebles se opera por la tradición de la cosa, ó por la entrega de las llaves de la casa que los contiene. La

1 Bruselas, 26 de Julio de 1817 (*Passcrisia, 1817*, pág. 473).

2 Aubry y Rau, t. VI, págs. 367 y 369, pfo. 755.

tradición de derechos incorpóreos puede también hacerse por la remesa de los títulos (arts. 1,606 y 1,607). Cuando el notario hace constar los hechos de entrega que han precedido á su venta, el acta hace fe de ellos hasta inscripción en falso. Esto es la aplicación del principio de Dumoulin. Una acta de venta auténtica hace constar la puesta en posesión al adquirente. Este es vencido y condenado á restituir los frutos. La Corte ordena que los frutos serán restituidos desde una época anterior al acta, porque fué probado que una venta hecha por acta privada había precedido á la que constaba por el acta notariada y que el adquirente había sido puesto en posesión desde entonces. (1) ¿No era esto atacar el acta auténtica en su fuerza probante? Se probaba contra el acta puesto que, según ella, la posesión del comprador no había comenzado sino en 1809, mientras que la Corte hacia remontar la posesión desde el año de 1808. Pero al probar contra el acta no se atacaban los hechos materiales que en ella constaban; se probaba, no lo que había decidido cuando el acta, pero sí lo que había pasado anteriormente á ella. Volveremos sobre este punto más adelante.

141. El inventario está hecho por entero según lo que el notario ve, puesto que describe lo que ve. Luego todo lo que consta hace fe hasta inscripción de falsedad. Es la aplicación del principio de Dumoulin.

En un inventario de los bienes de una comunidad entre esposos, se dice que encontró en dinero contante, billetes, monedas de 20 y de 5 francos, una suma de 100,000 francos, la que, por consiguiente, hacía parte del activo de dicha comunidad. El primer juez decidió, fundándose en presunciones resultando de los hechos y circunstancias de la causa, que esta suma no se había encontrado en el inventario, que era la representación de igual suma debida á los espo-

1 Denegada. Sala de lo Civil, 12 de Julio de 1837 (Dallez, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,520).

sos por un tercero. Esta decisión fué casada, violentaba el art. 1,319. El notario había hecho constar lo que había visto, no se podía negar que hubiese visto la suma litigiosa, en dinero y billetes, sin acusarlo de haber cometido una falsedad; luego la sola prueba contra el acta que debiese admitir el juez era la inscripción por falsedad. No podía destruir la fe debida al acta por simples presunciones, pues las presunciones no son admisibles sino en el caso en que la ley admite la prueba testimonial, y la prueba por testigos no puede ser invocada contra el acta auténtica cuando un oficial público hace constar en ella lo que vió. (1)

III. Mención de lo que oye el notario.

142. Según el principio de Domoulin, el acta hace fe plena de lo que el notario hace constar como habiéndolo oído; es decir, de lo que las partes comparecientes le declaran concerniente á sus convenciones. Es lo que el art. 1,319 marca diciendo: que el acta auténtica hace plena fe de la *convención* que encierra. Debe tomarse la palabra *convención* en su sentido más lato: comprende no solo á los contratos propiamente dichos, pero también á los conferidos, pagos y todo hecho jurídico que sea de naturaleza á ser constado en una acta. El hecho jurídico está probado, tal como las partes lo formulan, no solo para los que aparecen en el contrato, sino también para los terceros. Pero el principio solo se aplica á los hechos materiales que el notario percibe por medio de los sentidos, no se aplica á la verdad de las declaraciones. La sinceridad del hecho jurídico no está probada hasta inscripción en falso, el acta no hace fe de ellos sino hasta prueba contraria. El principio es admitido por todos, pero en la aplicación se confunde alguna vez la fuer-

1 Casación, 2 de Diciembre de 1840 (Daloz, en la palabra *Cédula*, núm. 227).

za probante hasta inscripción en falso, con la fuerza probante hasta prueba contraria. Es, pues, preciso, dar aplicación del principio que es más usual en materia de prueba auténtica.

143. El acta auténtica hace constar una venta. ¿Qué es lo que prueba esta subscripción de falso, y con relación á quién? Pedro declara vender á Pablo un dominio en 50,000 francos. Está probado hasta inscripción en falso que Pedro declaró vender tal dominio á Pablo, que este último declaró comprarlo y que ambos han declarado que 50,000 francos es el precio; así, el hecho de venta queda establecido hasta inscripción de falsedad, en el sentido que nadie puede contestar que Pedro y Pablo no hayan declarado hacer una venta, lo que comprende el consentimiento en la cosa y el precio. El hecho material de la declaración está probado entre las partes, y con relación á terceros, sea para ellos, sea contra ellos; aquel que contesta que la declaración de venta ha sido hecha, debe subscribirse en falsedad, porque acusa al notario de haber hecho constar lo que no le fué declarado; es decir, de haber cometido una falsedad, y si no acusa al oficial público, pretende, cuando menos, que el acta ha sido falsificada; luego en toda hipótesis sostiene que el acta es falsa; debe, pues, inscribirse por falsedad.

Existe una sentencia de la Corte de Lyon sobre este punto. (1) El acta de venta contiene recibo del precio; los vendedores la atacaron, primero por falta de consentimiento. Esto era formular mal la demanda, porque las partes no entendían no haber consentido, decían que sus declaraciones eran simuladas: habían, pues, consentido; habían declarado vender y comprar, solo que su declaración no era seria. La Corte engañada quizá por la demanda, dijo que las partes

1 Lyon, 18 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,110).

no podían ser admitidas sino por inscripción en falsedad; esto era un error. En efecto, los vendedores no contestaban haber declarado vender, no aticaban, pues, el hecho material que había hecho constar el notario, negaban su sinceridad; la Corte hubiera debido, pues, admitirlo á la prueba contraria, á reserva de decidir qué prueba era esta; es lo que dirémos más adelante. En el caso, las partes confesaban que se hallaban en la imposibilidad para probar la simulación mediante escrito; alegaban solo presunciones; la Corte decidió muy bien que las presunciones no eran de admitirse, puesto que la prueba testimonial no lo era tampoco; las partes debieran procurarse una prueba literal redactando una contra letra; no habiéndolo hecho, quedaban bajo el imperio del art. 1,341, en los términos del que debe levantarse acta de toda cosa, excediendo la suma ó valor de 150 francos.

Los vendedores sostenían, además, que ningún precio había sido pagado. ¿Debían inscribirse en falso para probarlo? No por cierto, pues el acta no hacía constar que el precio había sido pagado en presencia del notario; era pues, una simple declaración haciendo fe hasta inscripción en falso, en cuanto al hecho material que constaba por haberlo oído el notario, y solo hasta prueba contraria en lo que concernía á la verdad de la declaración. Los vendedores debían, pues, ser admitidos á la prueba contraria, pero no la podían hacer por medio de testigos, debían, pues, sucumbir por falta de prueba. Es lo que decidió la Corte; la sentencia está bien pronunciada en el fondo, pero no distingue bastante bien la fuerza probante del acta hasta inscripción en falso y la fe que hace hasta prueba contraria.

144. ¿Cuál es la fe que hace el acta de venta con relación á terceros? Prueba el hecho de la venta, en el sentido que acabamos de explicar, contra los terceros y en su favor. El acta hace fe contra ellos, suponiendo que la cosa vendida

no pertenezca al vendedor, el comprador no se hace propietario, pero podía prescribir si tiene título y buena fe. ¿Cómo podrá probar su título? Invocando el acta auténtica de venta. Esta acta prueba, pues, contra el propietario que es un tercero, que el dominio ha sido vendido y que el adquirente tiene justo título. Se ve aquí la diferencia entre el *efecto de la venta*, y el *efecto del acta*. La venta no tiene ningún efecto para el propietario, no le puede ser opuesta, pues las convenciones no perjudican ni aprovechan á terceros. Pero el *acta* tiene efecto con relación al propietario, prueba contra él que el dominio fué vendido. (1) Y esta prueba tiene la misma extensión para con los terceros como para las partes, el acta hace fe hasta inscripción en falsedad del hecho material de la venta.

La venta fué hecha por un sucesible; lo que se lleva la aceptación tácita de la sucesión. Los acreedores del difunto están admitidos á probar que el sucesible ha hecho acto de heredero al vender una cosa perteneciente á la heredad. ¿Podrán hacer esta prueba produciendo el acta auténtica de venta? La afirmativa no es dudosa. Está probado auténticamente con relación á todos, que hubo una venta; esto está probado hasta inscripción en falso, en lo que concierne al hecho material de la venta; luego los terceros pueden invocar el acta auténtica contra las partes contratantes. (2)

El art. 1,319 aparenta decir que el acta hace fe solo entre las partes y sus herederos. Hemos de antemano apartado la objeción explicando la mala redacción de la ley por el informante del Tribunado, y por los principios generales del derecho; más adelante volveremos sobre la redacción viciosa del art. 1,319 en lo que concierne á la fe que el acta hace con relación á terceros.

1 Duranton, t. XIII, pág. 70, núm. 81.

2 Mourlon, t. II, pág. 804, núm. 1,561.

145. En una acta auténtica en que consta un préstamo de dinero se dice que varias personas se obligaron *solidariamente* para con el prestamista. El primer juez decidió que algunas no eran sino simples cauciones, fundándose en el conjunto de hechos y actas posteriores; luego sin inscripción en falsedad. Pedimento de casación por violación del artículo 1,319. La ley dice que el acta auténtica hace fe plena de la convención solidaria que encierra; luego estaba probada la solidaridad hasta inscripción en falso. El pedimento fué admitido por la sala de requisiciones y la sala civil no lo desechó sino después de liberación de la sala del consejo. La sentencia dice que el acta al estipular la solidaridad del padre y la madre, no declaraba que eran deudores principales, ni que los dineros emprestados les habían sido entregados, en todo ó en parte, en presencia del notario. La Corte de Casación concluyó de esto que el primer juez, al decidir que el padre y la madre no se hallaban obligados sino como simples cauciones, nada había dicho contrario á los hechos que constaban en el acta y, por consiguiente, no había desconocido la fe debida al acta auténtica. (1) La decisión está fundada en el principio de Dumoulin y, á nuestro juicio, no ofrece duda alguna. Sigue con la estipulación de solidaridad lo que con la convención misma, el acta hace fe hasta inscripción en falso que los que pidieron prestado se obligaron solidariamente. Esta declaración no se desconocía por el padre ni la madre, pero sostenían que eran cauciones solidarias; reconocían, pues, que eran deudores solidarios con relación del acreedor, pero que, en relación de los que pidieron prestado entre sí, no eran sino cauciones como lo admite el art. 1,216. El acta nada decía en este punto; no se podía decir que hubiera simulación, pues el compromiso solidario era real, pero el acta está incompleta; la cuestión era,

1 Denegada, Sala de lo Civil, 4 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 58).

pues, saber si podía completarse por la prueba contraria; es decir, si se puede probar contra el contenido del acta. Volveremos sobre este punto. La sentencia está bien pronunciada, solo que no precisa con bastante claridad el verdadero punto de la dificultad; ¿por medio de qué pruebas puede establecerse lo que no consta en el acta auténtica? La prueba testimonial no se admite; el art. 1,341 lo dice terminantemente; queda uno, pues, bajo el imperio del derecho común, como lo dirémos más adelante.

146. Una acta de venta dice que una de las partes no tiene en aquel momento más que veinte años y nueve meses; en consecuencia, los covendedores se obligan á hacerle ratificar la venta el día que alcanzará su mayor edad. ¿Esta declaración de minoría, hacía fe, y cuál era la extinción de la fuerza probante? La Corte de Casación juzgó que la minoría no estaba probada, visto que, en las actas del notario, no hay autenticidad más que para lo que el oficial público pudo juzgar por el testimonio de sus sentidos, y en el caso, el notario solo había relatado lo que las partes habían juzgado á propósito decirle; esto no bastaba para probar un hecho que no puede ser establecido sino por el acta de nacimiento. (1) ¿No era demasiado absoluta la decisión de la Corte? Existía cuando menos un hecho probado hasta la inscripción en falso, era la declaración de minoría; en el caso, esta declaración era inoperante, pues podía resultar la prueba de la menor edad.

IV. De la inscripción en falsedad.

147. Acabamos de decir en qué casos el acta auténtica hace fe plena; es decir, hasta inscripción en falsedad. ¿Qué quiere decir hacer fe hasta inscripción en falso? En general,

1 Denegada, 14 de Febrero de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3.097).

toda prueba puede ser combatida por la prueba contraria. La ley admite el principio aun para el acta auténtica, cuando hace plena fe, pero con una grave restricción. Se puede atacar la fe debida al acta auténtica, pero no se puede sino por la inscripción en falso. Así no se es admitido á combatir la fe debida al acta por la prueba testimonial, aun cuando existiera un principio de prueba contraria. Hé aquí una importante derogación al derecho común. De la misma manera, la confesión no puede ser invocada aunque haga fe plena en toda materia (art. 1,356) y tampoco puede diferirse el juramento á aquel que produce una acta auténtica, bien que, según el art. 1,358, el juramento decisorio puede ser diferido en cualquiera contestación. Tal es la ventaja de la autenticidad; lo que le consta al notario por haberlo visto, oido ó hecho, hace fe plena; solo hay un medio de combatir el acta auténtica, es demandar por falsedad, procedimiento difícil, largo y peligroso. (1)

148. Por lo mismo que el art. 1,319 deroga el derecho común, es necesario restringirlo en los límites del texto. No concierne más que al acta auténtica; es decir, al escrito formado por el notario y destinado á probar el hecho jurídico que consta en él. El art. 1,319 es extraño á la convención relatada en el acta; la convención puede ser válida, aunque el acta sea nula, y la convención puede ser nula y el acta válida en la forma. Supongamos que la convención está viviada y nula en razón al vicio. Las partes interesadas pueden, ciertamente, pedir su nulidad, aunque sea auténticamente establecida, los que la atacan no lo harán con el acta, pedirán que la convención se anule; si lo está, el acta caerá de por sí. ¿Deben inscribirse en falsedad contra el acta? No, pues no pretenden que el acta sea falsa ó falsificada, pretenden que la convención es inexistente, porque la cosa que

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 368, notas 40 y 41, pfo. 755.

debía hacer objeto de ella pereció cuando el contrato, pidiendo que el juez declare la convención inexistente no atacando la fuerza probante del acta, pues el acta no hace constar que la cosa existiese en el momento en que fué redactada.

Esto es incontestable; volveremos á ocuparnos de ello más adelante al tratar del dolo. Toullier dice á este propósito: "No puede demasiado repetirse que jamás debe confundirse el contrato ó la convención con el acta que está destinada á servirle de prueba." (1) La verdadera dificultad no está en esto. Se trata de saber si el acta conservará toda su fuerza, cuando la convención sea atacada, sea como inexistente, sea como nula. Si se atiene uno á los términos del art. 1,319, podía creerse. Después de haber dicho que el acta auténtica hace plena fe, la ley agrega que la ejecución del acta será suspendida ó podía serlo cuando exista una queja de falsedad; de donde se podría concluir que se necesita necesariamente una queja de falsedad para que la ejecución fuese suspendida. Esta interpretación debe ser desecharada, porque confunde el acta con la convención. El acta auténtica es ejecutoria y conserva esta fuerza hasta que exista una queja de falsedad. Pero si la convención es atacada porque es inexistente ó nula, ¿no puede el juez decidir que mientras finalice el proceso el acreedor no podrá proceder á la ejecución? Ha sido juzgado que el juez puede hacerlo; (2) la decisión, por cierto, está fundada en la razón: ¿Puede acaso concebirse que se pueda ejecutar una convención cuya existencia ó validez está en tela de juicio? Como el acreedor pudiera prevalecerse del art. 1,319, el juez debe tener derecho para suspender la ejecución hasta que concluya el debate. ¿Se dirá que esto es contrario al

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 72, núm. 65. Compárese Duranton, tomo XIII, pág. 74, núm. 85.

2 Gand, 14 de Enero de 1853 (*Passcrisia*, 1853, 2, 94)

art. 1,319? Contestarémos con la Corte de Gand, que el artículo 1,319 prevee un caso muy diferente, aquel en que el acta es atacada como falsa ó falsificada; si la ejecución del acta puede ser suspendida por el juez cuando solo se trata de la prueba, con más razón debe admitirse que el juez puede suspenderla cuando la existencia ó la validez de la convención está seriamente contestada. Decimos contestada seriamente; el juez debe apreciar los motivos que hace valer el demandante; si no es más que una chicana para escapar á la ejecución de sus obligaciones, el juez no la tendrá en cuenta.

Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Bruselas y juzgó que el art. 1,319 era excepcional y limitativo; de suerte que, fuera del caso de queja en falsedad criminal ó civil, el acta debía recibir su ejecución. (1) Contestamos que los términos del artículo no son restrictivos, y la ley no es excepcional sino en lo que concierne á la fe debida al acta. Y en el caso, no se trata de la fuerza probante del acta, sino de la validez ó de la existencia de la convención.

149. ¿Bastará que exista una queja en falsedad para que la ejecución se suspenda? El art. 1,319 distingue entre la queja por falsedad *principal* y la queja de falsedad *incidente*. La distinción está mal formulada. Se entiende por queja de falsedad, una denuncia hecha á la justicia, por la que una persona pretende que una acta ha sido fabricada ó falsificada á su perjuicio y pide que se la suprima en todo ó en parte. La queja puede ser formulada contra el autor de la falsedad, y en ese caso da lugar á un procedimiento criminal; esto es lo que el art. 1,319 llama queja de falsedad principal; la expresión no es exacta, pues la queja puede hacerse incidentalmente. Si el quejoso no ataca al autor de la falsedad, la queja es civil y se lleva ante los tribunales civiles.

1 Bruselas, 31 de Octubre de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 512).

les; es solo el acta que se ataca, *salvo* el que el Ministerio Público persiga de oficio si el procedimiento comprueba la falsedad y hace conocer al culpable. Esto es lo que el artículo 1,319 llama inscripción de falsedad *incidente*, porque de ordinario, se hace *incidentemente*; es decir, durante el curso de una instancia civil; pero nada impide intentar una acción principal ante un tribunal civil, tendiendo á que una acta se declare falsa ó falsificada. No se debe, pues, distinguir las quejas de falsedad según que son principales ó incidentes, es preciso distinguirlas, según que la queja es dirigida al criminal contra el autor del acta, ó al civil contra el acta.

El art. 1,319 dispone que en caso de queja en falsedad criminal, la ejecución del acta argüida de falsedad, *será suspendida* por la acusación; es decir, por la sentencia de la Sala de la puesta en acusación que manda al reo ante la Corte de "Assises." Esto es una innovación; en el derecho antiguo, la ejecución del acta no se suspendía, se exigía una condena, y en este caso, el acta era suprimida. Bigot-Prémeneu expone los motivos de esta innovación: "No debe depender, dice, de la persona obligada á suspender sus obligaciones por queja de falsedad; pero si el reo ha sido acusado, existen inconvenientes demasiados para una ejecución provisoria cuyo efecto puede ser irreparable." Hay, es verdad, una grave probabilidad de falsedad, cuando después de concluida una instrucción por el primer juez y una ordenanza dada por la Sala del Consejo, la Corte de Apelación pronuncia una sentencia depuesta en acusación. Esta probabilidad de falsedad, es más fuerte que la fe debida al acta. "En caso de inscripción por falsedad hecha *incidentemente* (es decir, por queja civil) los tribunales podrán, *según las circunstancias*, suspender provisoriamente la ejecución del acto." Los tribunales tienen un poder discrecional; pueden suspender la ejecución si existen apariencias de false-

dad; esta es la expresión del orador del Gobierno: la probabilidad de la falsedad debe arrastrar la suspención provisoria de la ejecución del acta. (1)

150. Se admite que los jueces pueden, sin previa inscripción por falsedad, declarar falsa y desechar como tal una acta auténtica cuya forma presenta caracteres de evidente falsedad tales que el juez pueda decidir que está falsificada. Esta es la doctrina de Merlin, y está consagrada por la jurisprudencia. (2) No obstante, Merlin distingue entre la falsedad *formal* y la falsedad *material*. La falsedad formal se comete cuando se fabrican actas falsas á las que el falsoario pone la firma del notario que imitó. Hay falsedad material cuando se altera una acta verdadera por adiciones, interpelaciones, etc. Merlin dice que la inscripción de falsedad es indispensable cuando se trata de una falsedad formal, porque es la única vía por la que se puede llegar á la prueba de la falsedad; mientras que la falsificación de una acta puede ser visible y hacer inútil la inscripción. Nos parece que esta doctrina deroga al poder discrecional del juez. (3) El art. 214 del Código de Procedimientos, dice que aquel que pretende que una pieza es falsa puede, *si lo pide*, ser recibido para inscribir en falsedad. El juez tiene, pues, un poder absoluto, puede admitir ó desechar la inscripción; si la desecha, puede declarar que el acta es desechara por falsa sin necesidad de ocurrir al procedimiento de la inscripción por falsedad. ¿Para qué ordenar una instrucción cuando el juez está convencido de la existencia de la falsedad por los he-

1 Duranton, t. XIII, pág. 88, núm. 93 y 94, y pág. 71, núm. 82 y 83. Toullier, t. IV, 2, pág. 70, núm. 62. Colmet de Santerre, t. V, pág. 542, núm. 82 *bis* XVII). Larombière, t. IV, pág. 265, núm. 23 del art. 1,319 (Ed. B. t. II, pág. 511).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 368, y nota 42 del pfo. 755. Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Inscripción en falso*, pfo. 1 (t. VIII, pág. 263).

3 Compárese Larombière, t. IV, págs. 262-264, núm. 21 del artículo 1,319 (Ed. B., t. II, pág. 510).

chos y circunstancias de la causa? (1) La jurisprudencia parece exigir por lo menos una queja, sin perjuicio que el juez deseche el acta sin continuar el procedimiento. Hay una razón que testifica esta restricción; en los términos del artículo 215 (Cod. de Proc.) aquel que quiera inscribirse por falsedad, estará obligado préviamente á preguntar á la otra parte si quiere ó no servirse de la pieza. ¿Para qué inscribirse en falsedad y obligar al juez á pronunciar una sentencia, si la parte interesada no quiere servirse del acta?

Núm. 3. Cuando el acta auténtica, hace fe hasta prueba contraria.

I. De los hechos que se pueden probar por la contraria.

151. La Corte de Casación ha asentado el principio en estos términos: "Si se debe fe al acta auténtica, hasta inscripción de falsedad, solo es para los hechos que hace constar en ella el oficial público, como habiendo sucedido en su presencia; pero la sinceridad ó la verdad de las declaraciones de las partes *pueden siempre* ser combatidas por la prueba contraria, y esta prueba puede resultar aun de simples presunciones, cuando se trata de establecer un fraude á la persona ó á la ley". (2) La doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia; solo que los autores hacen mal cuando dicen que esta fe hasta prueba contraria es una *fe plena*. (3) Estos son, es verdad, los términos del art. 1,319; pero se critica precisamente la ley por haber confundido en una misma expresión la fe debida al acta en dos casos bien diferentes. La expresión es exacta cuando el acta hace fe hasta inscrip-

1 Denegada, 17 de Diciembre de 1835 (Dalloz, en la palabra *Falso incidente*, núm. 212).

2 Denegada, 22 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 273).

3 Aubry y Rau, t. VI, págs. 368 y siguientes, pfo. 755. Comparese Toullier, t. IX, 2, pág. 147, núm. 150.

ción en falso; esta se es plena, en este sentido que raramente puede ser combatida, puesto que la inscripción por falso-dad supone un crimen, y los crímenes afortunadamente son escasas excepciones. Pero cuando solo hace fe hasta prueba contraria, ¿puede decirse que el acta hace fe plena, cuando puede ser distinguida, como lo dice la Corte, por simples presunciones? Lo que es la regla con relación á terceros como lo dirémos más adelante. Debe, pues, limitarse á decir qué fe es debida al acta hasta prueba contraria. De donde se deduce una consecuencia muy importante; es que aquel que alega, sea contra la persona con quien trató, sea contra un tercero, nada tiene que probar si alega un hecho jurídico que consta en el acta notariada; de suerte que el juez debe tener el hecho por constante hasta que la parte adversa haya ministrado la prueba contraria.

152. Se ha hecho varias veces ante los tribunales una objeción contra esta doctrina. El acta auténtica dice que el dinero ha sido contado ante el notario, el hecho de la entrega está probado hasta inscripción en falso. No obstante, aquel á quien se hizo el pago es admitido á probar que la numeración del dinero, así como la entrega han sido simuladas: ¿no es esto probar contra el acta? El art. 1,341 dice que no se recibe ninguna prueba por testigos contra el contenido de las actas, pero la ley no dice que ninguna prueba deba ser admitida. Se hace, pues, decir á la ley lo contrario de lo que dice, asentando el principio que ninguna prueba es recibida contra lo que consta en el acta auténtica; la ley reproduce simplemente el antiguo adagio que: *letras son mejores que testigos*. Pero la regla que consagra este adagio no es absoluta, ni tampoco la prohibición de la prueba testimonial, cuando el monto pecuniario al hecho contestado pasa de 150 francos; las dos reglas establecidas por el art. 1,341 reciben dos excepciones y una de estas dos excepciones dice que la prueba testimonial y, por con-

siguiente, las presunciones son indefinidamente admisibles en todos los casos en que el acreedor no pudo procurarse una prueba literal, (arts. 1,348 y 1,353) y la otra excepción le permite probar por testigos y por presunciones los hechos para los que existe un principio de prueba por escrito (art. 1,347). Estas dos excepciones limitan las reglas consagradas por el art. 1,341 y dan al demandante el derecho de probar contra el contenido de las actas auténticas.

La Corte de Bruselas aplicó estos principios al caso en que el acta hace constar la numeración de los fondos en presencia del notario; autorizó el interrogatorio sobre hechos y artículos de aquel que invocaba el acta como haciendo fe del pago hasta inscripción por falsedad. So oponía el art. 1,341; la Corte contestó que esta disposición que prohíbe, en principio, la prueba testimonial contra el contenido de la acta, no recibe aplicación al interrogatorio sobre hechos y artículos; en efecto, el art. 324 del Código de Procedimientos estatua que las partes pueden siempre en toda materia, hacerse interrogar respectivamente sobre hechos y artículos pertinentes. Por otra parte, esta prueba no ataca en nada á la fe debida al acta auténtica. El acta prueba hasta inscripción en falso que el dinero ha sido contado y entregado en presencia del notario: aquel que pide probar que la entrega ha sido simulada no contesta el hecho que consta en acta, no prueba, pues, contra el acta, hace prueba de un hecho que el acta no puede hacer constar, porque el notario no tiene ni la misión ni calidad para hacer constar la sinceridad de los hechos que pasan ante él, ni tampoco la sinceridad de las declaraciones que le hacen las partes. (1) De donde se deduce que el adagio formulado por el art. 1,341 no es aplicable al caso. Si *letras* *sobrepasan* *testigos*, es que las partes han podido y debido procurar-

1 Bruselas, 30 de Mayo de 1840 (*Pasicrinia*, 1841, 2, 88).

una prueba literal de sus convenciones. Pero no se puede, sin falsear la justicia, impedirles probar contra el acta, cuando se trata de un hecho que el oficial público no puede hacer constar porque no puede hacer saber si los hechos ó declaraciones que hace constar son sinceras ó no lo son.

Es menester generalizar la sentencia de la Corte de Bruselas y sentar como principio que una de las partes puede probar contra el contenido del acta, en el caso en que esta prueba no ataque la fuerza probante de la misma, pero no se puede hacer esta prueba por medio de testigos, excepto el caso en que la ley admite por excepción la prueba testimonial. Si el notario hizo constar exactamente las declaraciones que le fueron hechas, se puede completar la prueba resultando del acta, probando hechos que no han sido declarados por el notario; pero si la prueba versa sobre un hecho de los que las partes debieron haberse procurado una prueba literal al declararlo al notario, entonces se le podrá oponer el art. 1,341; serán admitidos á la prueba, pero no la podrán hacer por testigos. Así, el acta de venta dice que ésta fué pura y simple. ¿Puede una de las partes pedir probar que fué hecha bajo condición suspensiva ó resolutoria? Si, pues no es atacar la fe debida al acta, el notario no habiendo podido hacer constar lo que no le fué declarado. Pero esto es probar un hecho que las partes debían y podían declarar al notario para obtener de él una prueba literal; luego no podrán ser admitidas á probarlo por medio de testigos. (1)

153. La jurisprudencia consagra estos principios. En una acta de préstamo, consta que la suma pedida ha sido entregada previamente á los pedidores, en monedas de oro y de plata. Los pedidores sostienen que el pretendido préstamo so-

1. Aubry y Rau, t. IV, págs. 369 y siguientes, pfo. 755. Larombière, t. IV, pág. 255, núm. 11 del artículo 1,319 (Ed. B., t. II, página 608). En sentido contrario Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 3,112.

precio que el adquirente había dado por ellos. En 1824, el notario pide la nulificación de la cesión por el motivo de que los habitantes de la comunidad habían suscitado actos de violencia contra él para arrancarle su consentimiento. La cesión fué nulificada por la Corte de Tolosa. Pedimento de casación por violación de los arts. 1,319 y 1,353. El artículo 1,353, decían los demandantes, permite atacar una acta por causa de dolo, fundándose en presunciones; en el caso, no se trataba de dolo, pero sí de violencia. La Corte contestó invocando una teoría romana: lo que conviene que el dolo no siempre es acompañado de violencia, pero, dice, la violencia ejecutada para arrancar un consentimiento tiene siempre el carácter de dolo. Falsa teoría que era inútil resucitar. Es de principio, como lo dirémos más adelante, que la violencia siempre puede probarse por testigos, por la excelente razón que es imposible para la víctima de la violencia el procurarse una prueba literal; era, pues, el art. 1,348 el que debía aplicarse, y no el art. 1,352 cuya disposición concerniente al dolo y al fraude, no es sino una aplicación del art. 1,348. La Corte dice después contestando al daño tomado de la pretendida violación del art. 1,319: No se trata de un hecho testificado por el notario *de visu et auditu*. Era mejor haber dicho que el art. 1,319 estaba fuera de cuestión, porque no concierne sino *al escrito*, y en el caso se trataba de la *convención*.

157. La jurisprudencia está unánime en proclamar que el dolo puede siempre ser establecido por la prueba contraria. (1) ¿Cuál es la razón de ello? Porque, dice la Corte de Casación, el fraude hace excepción á todas las reglas, luego también el art. 1,319. (2) El principio está mal motivado. ¿Se trata

1 Denegada, 17 de Agosto de 1853 (Daloz, 1,854, 5, 584). Bruselas, 14 de Agosto de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 168).

2 Denegada, 12 de Mayo de 1835 y 2 de Marzo de 1737 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,104, 1.^o y 5^o).

de prueba *contraria* en caso de dolo y de fraude? ¿*Contra-ria* á qué? Al acta sin duda, puesto que se trata de su fuerza probante. Esto no tiene sentido común. El notario al testificar el consentimiento de las partes contratantes, no testifica que el consentimiento está exento de todo vicio; esto no es un hecho que pase ante él, *é* que declaren las partes; esto no interesa al acta, el acta no puede hacer ningún género de fe en cuanto á hechos que el oficial no tiene misión de testificar y que realmente no testifica. ¿De qué se trata? De la validez de la *convención*. Se pretende que es nula por falta de consentimiento pues éste fué sorprendido por dolo. La parte que pretende que su consentimiento está viciado, debe ser admitida á hacer la prueba de su dicho, y esta prueba siempre se hace por testigos y por presunciones, sin que pueda decirse que esto es probar contra el acta; en ésta no consta que no haya dolo y las partes no pueden ni pensar en declarárselo al notario, puesto que aquel que es engañado no sospecha las maniobras fraudulentas que se emplean para inducirlo á error, y aquel que emplea estas maniobras, se guardará muy bien de hablar de ellas, porque diciendo que no hay dolo, despertaría la sospecha que interesa esconder. No se trata, pues, del dolo ante el notario; es solo después de haber sido engañada cuando la parte se presenta ante el oficial público para declarar su consentimiento. No sabe que el dolo existe y tampoco lo sabe el notario. Desde luego, el artículo 1,319 está sin aplicación posible. Solo se trata de saber cómo se probará el dolo, y esto no es dudoso; los arts. 1,348 y 1,353 deciden la cuestión.

158. Estos principios reciben su aplicación cuando los hechos de dolo alegados por el demandante conciernen al mismo notario; es decir, cuando resultaría si se probaran, que el notario cometió una falsedad. Desde el momento en que se acusa directa ó indirectamente á un oficial público de haber cometido una falsedad, debe uno inscribirse por fal-

sedad contra el acta; en cuyo caso, el acta está en causa y, por consiguiente, hay lugar á aplicar el art. 1,319. La Corte de Casación lo juzgó así sobre la requisitoria de Daniels, y esto no es dudoso. (1)

159. La simulación, á diferencia del dolo, concierne al acta; el notario hace constar una convención simulada, mientras hay una convención real que las partes disfrazan. ¿Puede probarse la simulación sin inscribirse por falso? La afirmativa es cierta, y sin que haya lugar á distinguir, como se hace de ordinario entre partes y terceros, todos son admitidos para establecer la realidad de las cosas disfrazadas bajo la simulación. Poco importa que el notario haga constar el contrato simulado, no se puede deducir que haga el acta plena fe del contrato simulado. El notario atestigua el contrato simulado basándose en las declaraciones que le hacen las partes contratantes, aun conociendo la simulación, no por eso dejaría de formular el acta, porque no es juez, es testigo. Cuando las partes vienen después atacando el acta como simulada, no contestan que el notario haya testificado lo que le fué declarado, su acción implica al contrario, que lo que atestigua el notario le fué declarado, pero piden probar que esas declaraciones no eran sinceras. Esta prueba es siempre admitida, como lo dice la Corte de Casación (núm. 151). ¿Pero cómo se hará? Aquí viene la distinción entre las partes y los terceros; en lo que toca al derecho de hacer la prueba contraria, no se hace bien en distinguir entre las partes y los terceros, pero se debe hacer en cuanto al modo de prueba; dirémos más adelante que los terceros pueden siempre probar la simulación por medio de testigos, mientras las partes, en principio, no deben ser admitidas á la prueba testimonial, salvo el caso en que la simulación es fraudulenta.

160. La jurisprudencia no hizo esta distinción que resulta

1 Denegada, 27 de Agosto de 1814 (Dalloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 565).

de la naturaleza de las cosas. De donde una confusión extrema. Si se trata de terceros, el derecho que tienen de atacar la convención como simulada no es dudoso, y tampoco lo es que puedan probar la simulación por toda especie de prueba. Una madre vende á su hijo todos sus bienes por 32,810 francos; 30,000 francos por los inmuebles y 2,816 francos por los muebles. El acta notariada dice que los 2,816 francos han sido pagados contantes en presencia del notario y de los testigos, lo mismo que 10,000 francos en cuenta del precio del inmueble, y en cuanto á los 20,000 francos restantes, el adquirente los pagó con letras negociables. Por una acta posterior, la vendedora da recibo á su hijo por aquella suma, declarando que la recibió en luises y en escudos. Después de su muerte, sus hijos atacan la venta como siendo una donación disfrazada. El primer juez la nulificó, la Corte de Apelación la declaró válida; los hechos testificados por el acta de venta y la de recibo, dice la sentencia, siendo establecidos por actas auténticas, deben ser considerados como ciertos hasta que las actas que los testifiquen sean destruidos por vía legal. La Corte desecha las presunciones como inadmisibles; la prueba testimonial no siendo admitida contra el contenido de las actas, con mayor razón deben desecharse las presunciones, simples conjeturas que lo más á menudo conducen al error. Hay en esta decisión casi tantos errores como palabras. Los pagos hechos en presencia del notario estaban sin duda probados hasta inscripción por falsedad; pero los demandantes no contestaban el hecho material de la entrega de los fondos, pretendían que el pago había sido simulado, y la prueba de la simulación está siempre admitida cuando el acta es atacada por terceros. Esta prueba puede ser hecha mediante testigos por aplicación del principio del art. 1,348; los hijos despojados por la pretendida venta estaban por cierto en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de la simulación cuyo ob-

jeto era despojarlos; luego el art. 1,341 no era aplicable (núm. 152); y la prueba mediante testigos siendo admitida, las presunciones debían serlo igualmente (art. 1,353).

La sentencia fué casada y debía serlo. Pero la sentencia de casación tampoco está al abrigo de la crítica. Establece una diferencia entre las partes contratantes y los terceros, confundiendo el derecho de obrar en nulidad por causa de simulación y la prueba de la simulación. La Corte agrega, lo que es evidente, que el art. 1,353 permite establecer el fraude por simples presunciones, pero no hace bien en limitar este principio á los terceros; el art. 1,353 no hace esta distinción, y dirémos más adelante que no hay lugar á hacerla. (1) Nos permitimos esta crítica, porque la Corte de Casación debería dar el ejemplo de la precisión en el lenguaje, sobre todo, cuando casa una sentencia que confunde todos los principios. La Corte de Burdeos, cuya decisión fué casada, ha consagrado en una decisión posterior, los verdaderos principios, juzgando que los terceros pueden atacar una acta auténtica por causa de simulación, sin estar obligados á inscribir por falsedad. (2)

Una reciente sentencia de la Corte de las Requisiciones, dice que en caso de simulación, la sinceridad ó la verdad de las declaraciones de las partes, puede ser siempre combatida por la prueba contraria y aun por presunciones ofreciendo carácter de prueba. (3) La primera parte de esta proposición es exacta, (4) la segunda es demasiado absolu-

1 Casación, 10 de Julio de 1816 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,114, 3º).

2 Burdeos, 22 de Enero de 1828 (Dalloz, núm. 3,114, 3º).

3 Denegada, 14 de Julio de 1874 (Dalloz, 1874, 1, 87).

4 Denegada, 13 de Julio de 1874 (Dalloz, 1875, 1, 106). "Si en los términos del art. 1,319 las actas auténticas hacen fe hasta inscripción en falso de las convenciones que encierran, solo es relativamente á los hechos que en ella se enuncian por el oficial público como habiendo sucedido en su presencia, pero la sinceridad de las declaraciones hechas por las partes puede siempre ser combatida por la prueba contraria."

ta; verdadera para con los terceros, no lo es entre las partes á no ser que la simulación sea fraudulenta. Es lo que dijo muy bien la Corte de Gand, invocando la autoridad de los editores de *Zachariæ*. (1)

161. Por aplicación de los mismos principios, ha sido juzgado que la mención hecha por el notario, que unos niños viviendo en casa de sus parientes han comprado bienes con su dinero, puede ser combatida por la prueba contraria. Esta mención es una simple declaración hecha por las partes y testificada por el oficial público; el acta prueba hasta inscripción en falso que la declaración ha sido hecha, pero no hace fe sino hasta prueba contraria de la sinceridad de esta declaración, lo que, en las circunstancias de la sentencia, es ordinariamente simulada y destrozada una liberalidad que los padres hacen á aquellos de sus hijos que viven con ellos, á perjuicio de los otros. (2)

162. Hay sentencias en sentido contrario; las mencionamos para enseñar cuánta incertidumbre hay respecto á los verdaderos principios. La Corte de Casación juzgó que: "la simulación bien puede ser alegada por un tercero extraño al acta, lo que, según el, perjudicaría sus intereses, pero que no se puede permitir á ninguna de las partes tergiver sar sus propios hechos bajo pretexto de simulación." (3) Esto es una afirmación, pero bueno sería probarla y la Corte no da motivos. La Corte ha decidido mil veces que se puede hacer una donación bajo la forma de una venta, siempre que las partes sean capaces para dar y para recibir. Esto es una simulación; es preciso que se pueda probarla cuando se trata de saber si esta liberalidad está sujeta á beneficios ó á reducción, si es que es revocable, y en la acción en

1 Gand, 20 de Noviembre de 1874 (*Pasicrisia*, 1875, 2, 88).

2 Bruselas, 20 de Abril de 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 304),

3 Denegada, 5 de Diciembre de 1826 (*Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3.111) y 29 de Junio de 1837 (*Dalloz*, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3.878, 3º).

revocación, las partes están en causa; luego las partes tienen derecho para promover. Esto es por lo demás, fundado en razón. La verdad debe prevalecer á la simulación; luego las partes deben siempre tener derecho para probar cuáles son sus verdaderas convenciones. Cuando por una razón cualquiera, las partes disfrazan sus intenciones, el contrato simulado no tiene ningún valor porque no es la expresión de la voluntad de las partes contratantes, no hace realmente consentido, la venta disfrazada no es una venta, pues las partes no han querido vender y no hay precio. Según el principio de la Corte de Casación, se mantendría en pie un contrato que no tiene existencia, porque le faltan condiciones esenciales requeridas para que haya contrato.

En una acta notariada, se dice que los dos acreedores ceden sus créditos á un tercero por 80,000 francos, y reconocen haber recibido esta suma que forma el precio de la cesión. Los cedentes pretenden que la cesión es simulada. La Corte de Paris desecha su acción. Comienza por asentar en principio que los cedentes, siendo parte en la cesión, son inadmisibles á probar la simulación ó toda otra obligación contra el contenido del acta. Este principio, así formulado, es contrario al texto sobre que se apoya. Lo hemos dicho más arriba (núm. 152). Es inútil insistir, porque se ve por lo que sigue de la sentencia, que el pensamiento de la Corte está lejos de ser tan absoluto como la mala redacción de la decisión lo deja apparentar. Dice que la prueba testimonial no es admisible porque no hay principio de prueba por escrito. (1) Esto es verdad en general, entre las partes, según el art. 1,341, pero este principio es también demasiado absoluto, porque recibe excepción cuando la simulación es fraudulenta. La decisión de la Corte está, en el fondo, bien pronunciada pero muy mal motivada.

1 Paris, 26 de Noviembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,111).

Hay una sentencia análoga pronunciada por la Corte de Lieja. Por acta auténtica el demandante se confesaba deudor por una suma de 5,000 francos que se le había prestado anteriormente. El demandante sostenía que el acta estaba simulada, que tenía por objeto substraer sus bienes á la acción de sus acreedores. Esto era un caso de simulación fraudulenta, la parte culpable de fraude ¿podía ser admitida á probarla? La Corte comienza por recordar el principio que rige la fuerza probante de las actas auténticas; hacen fe hasta inscripción por falsedad, de todo lo que sucede á la vista del notario quien por sus funciones lo hace constar así; en cuanto á los actos que han sucedido fuera de su presencia, el acta puede hacer constar auténticamente la declaración de las partes pero no hace fe de ella hasta inscripción por falsedad. La Corte establece después, en principio, que no pueden las partes, como lo podrían los terceros, tergiversar sus propios hechos bajo pretexto de simulación. Son los términos de la sentencia de la Corte de Casación de 1826 los que acabamos de criticar. Pero los términos absolutos de la redacción, sobrepasan el pensamiento de la Corte de Lieja. Agrega la Corte que las partes habiendo suscripto voluntariamente sus convenciones, tienen que imputarse el no haberse procurado una prueba escrita de la simulación, y que no pueden ser admitidas á ministrar dicha prueba, salvo el caso de dolo ó de fraude, ó un principio de prueba escrita. (1) El final de la sentencia corrige lo que tiene de demasiado absoluto ó inexistente el principio. Si las partes pueden probar la simulación por escrito y aun por testigos en ciertos casos, no se puede decir como lo hace la Corte, que no les es permitido de tergiversar sus propios hechos bajo pretexto de simulación. El derecho de atacar

1 Lieja, 12 de Agosto de 1868 (*Paracrisia*, 1869, 2, 60).

una acta por causa de simulación es incontestable; la dificultad de aplicación solo concierne á la prueba.

II. De la prueba contraria.

163. Las actas auténticas solo hacen fe hasta prueba contraria de la verdad de las declaraciones que las partes contratantes hacen al notario, y que éste hace constar. ¿Cuál es esta prueba contraria? ¿Quiere esto decir que toda especie de prueba es admitida? No; cuando la ley admite la prueba contraria, como en el art. 1,322, entiéndese que se trata de la prueba de derecho común; él es, en efecto, el que debe recibir su aplicación en todos los casos en que la ley no lo deroga, y no es derogarlo decir en términos generales que la prueba contraria se admite; esta prueba es la que la ley admite. La ley no admite toda clase de prueba; las hay que desecha en principio y no las admite sino como excepción: tales son la prueba testimonial y las presunciones.

Sucediente así cuando la ley admite formalmente la prueba contraria, con mayor razón debe ser así cuando es la doctrina quien la admite. El intérprete jamás se puede apartar del derecho común; está legado por los principios generales que rigen á la prueba; de donde resulta que, sentando en principio que el acta auténtica no hace fe de la sinceridad de las declaraciones sino hasta prueba contraria, no puede la doctrina entender por prueba contraria sino la que define y limita el Código. La prueba contraria solo podrá, pues, hacerse según las reglas que rigen las diversas clases de prueba. ¿Cuáles son esas pruebas?

164. Existe sobre este punto, una excelente sentencia de la Corte de Casación, pronunciada sobre el informe de M. Rau, uno de los editores de *Zachariæ*. (1) La decisión

1 Denegada, 31 de Julio de 1872 (*Dalloz*, 1873, 1, 340).

distingue entre las partes y los terceros. En cuanto á los terceros, no hay duda, pueden invocar la prueba testimonial y, por tanto, las presunciones, porque tal es el derecho común. En efecto, el art. 1,348 pone por regla, que la prueba testimonial es admitida por excepción á las prohibiciones establecidas por el art. 1,641, todas las veces que no es posible para el acreedor el procurarse una prueba literal del hecho jurídico que es objeto del litigio, y los terceros extraños al acta, no pudiendo tener conocimiento de ella, se encuentran en la imposibilidad absoluta de procurarse una prueba literal de la simulación que es obra de las partes contratantes. Luego se hallan en los términos y en el espíritu del art. 1,348. No se puede oponer el antiguo adagio consagrado por el art. 1,341: *Letras sobrepasan testigos*, pues este adagio supone que una parte promueve contra la otra, que pudo y debió hacer constar en el escrito que fué formado, todo lo que estuvo convenido. Los terceros no han podido procurarse una prueba literal de la simulación que cometieron las partes; luego se hallan, no en el caso del artículo 1,341, pero sí en el del art. 1,348. La Corte de Casación agrega que los terceros no pueden hacer la prueba de la simulación por testigos, cuando no es fraudulenta; más adelante dirémos que se exige esta condición á las partes contratantes, pero no á los terceros; éstos toman sus derechos en el art. 1,348, el cual está concebido en los términos más generales. Es verdad que el art. 1,353 solo habla del fraude y del dolo y no menciona la simulación; contiene una aplicación del art. 1,348, pero el art. 1,353 no limita al caso de fraude y de dolo la disposición general y absoluta del art. 1,348; esta última forma la regla, y debe ser aplicada á la simulación, lo mismo que al dolo y al fraude; para que no fuera admitida la prueba testimonial en caso de simulación, se necesitaría una disposición terminante que hiciera excepción al art. 1,348. Y esta excepción no existe en el

Código. La Corte agrega que los terceros pueden probar la simulación por testigos sin estar obligados á justificar la anterioridad de sus derechos; esta justificación no se requiere sino para el ejercicio de la acción pauliana, y, en el caso, los terceros no atacan la convención como en fraude de sus derechos, piden solo probar cuál es la verdadera convención intervenida entre las partes. En fin, la Corte dice lo que es claro, que los terceros pueden probar la simulación por presunciones; esto es también de derecho común, puesto que según el art. 1,353, las simples presunciones son admitidas en los casos en que la ley admite la prueba testimonial.

En cuanto á las partes contratantes, la Corte de Casación formula el principio en los siguientes términos: "Entre las partes que figuraron en una acta, la simulación de que se quejaría una de ellas no puede, en ausencia de todo principio de prueba por escrito, y fuera del caso de fraude establecido por la ley, ser probado por testigos ó con ayuda de simples presunciones." Tal es, en efecto, el derecho común. La prueba testimonial y las presunciones se desechan en principio; el art. 1,341 las desecha aunque el monto pecuniario del hecho litigioso no pase de 150 francos, cuando las partes han hecho una acta de sus convenciones; se aplica entonces la máxima: *Letras sobrepasan testigos*: "No se recibe ninguna prueba contra ni además de lo contenido en acta." La razón de esto es sencilla: puesto que las partes redactaron una acta, podían y debían procurarse una prueba literal de cuanto declararon al notario. Si la convención tal cual la redactó el oficial público fué simulada, podían y debían, según los términos del art. 1,341, procurarse una prueba literal de ella, haciendo una contraacta, lo que la ley permite (art. 1,321). Pero el art. 1,341 tiene sus excepciones. La ley admite la prueba testimonial cuando existe un principio de prueba por escrito (art. 1,347); luego la simulación puede ser probada contra el contenido del acta cuan-

do el demandante tiene un principio de prueba literal. Si la simulación es fraudulenta, la parte que invoca el fraude puede también probarla por testigos; pero aquí, debe hacerse una restricción. Para que haya lugar á aplicar el art. 1,348, es menester que la parte que se queja del fraude no haya podido procurarse una prueba literal: tal es el caso en que el fraude ha sido cometido contra ella; se encontraba entonces en la imposibilidad moral de procurarse una prueba por contraletra, pues aquel que cometió el fraude, muy bien se guardaría de facilitársela. La Corte de Casación no entra en esas distinciones, porque en el caso que le fué sometido no había por qué hacerlas; dice en términos generales que la prueba testimonial es admisible en caso de fraude á la ley. Cuando la ley es de orden público, la prueba testimonial debe siempre ser admitida, porque jamás está permitido á las partes barrenar las leyes que han sido hechas por interés general.

165. Los principios que la Corte de Casación ha formulado están admitidos por la doctrina; el honorable informante solo escribió en la sentencia lo que *había* dicho ya en su curso de derecho civil. (1) Una decisión de la Corte de Metz decide que la simulación simple no puede ser opuesta por las partes contratantes contra lo que se dijo en el acta auténtica. La Corte invoca la antigua máxima: *Contra testimonium scriptum, non fertur, testimonium non scriptum*, máxima que consagra el Código en su art. 1,341. Hemos muchas veces contestado esta objeción. La sentencia de la Corte de Metz, débilmente motivada, considera el adagio: "*Letra sobrepasa testigos*," como una base del orden social. Nosotros no vemos lo que tenga que ver el orden social en el asunto: si se quiere remontar tan alto, es preciso decir que el orden moral y, por consecuencia, el orden social, están interesados á que las verdaderas convenciones de las partes

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 370, notas 45 y 46, pfo. 755.

sean respetadas, con el fin de que la verdad triunfe de una apariencia mentirosa. (1)

Otras sentencias hacen constar que existe un principio de prueba por escrito y parecen hacer de esto una condición para admitir la prueba testimonial. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación, "que la fe debida á las actas auténticas puede ser destruida por la prueba testimonial y por simples presunciones, cuando existe un principio de prueba escrito." (2) Esto es incontestable, pero de ello podría deducirse que la prueba por testigos y las presunciones no son admisibles cuando no hay principio de prueba por escrito; es lo que la Corte de Paris ha decidido. (3) El error se nos hace evidente. El Código asienta dos reglas (art. 1,341), que prohíben la prueba testimonial; esas reglas reciben dos excepciones: la una cuando existe un principio de prueba escrita (art. 1,347), y la otra cuando no ha sido posible al demandante procurarse una prueba literal (art. 1,348). ¿Por qué admitir una de esas excepciones y no la otra?

Se dirá que si la simulación es cometida entre partes contratantes y con su consentimiento de ellas, depende procurarse una prueba literal, redactando una contraacta. Esto no es exacto. La simulación puede tener lugar con perjuicio de una de las partes, la que consiente en ella por encontrarse en una situación que la obliga á pasar por todas las condiciones que la otra le impone. Tal es el caso en que una venta es rescindible por causa de lesiones; el acta dice que se hizo por 7,200 francos, mientras que el precio real fué de 4,200. La simulación tiene lugar, en este caso, para impe-

1 Metz, 3 de Enero de 1811 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,033, 4º).

2 Denegada, 7 de Marzo de 1820 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,113, 1º). Paris, 26 de Noviembre de 1836 (Dalloz, número 3,111).

3 Paris, 7 de Diciembre de 1814 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,104, 2º).

dir al vendedor de obrar en rescisión; y el comprador tendrá buen cuidado de no suscribir una contraacta que pruebe la lesión y, en consecuencia, la nulidad del contrato. Es, pues, necesario permitir al vendedor probar por testigos y por presunciones que el precio dicho en el acta no es el verdadero. Esto es lo que decidió la Corte de Casación asentando en principio que la prueba contraria, admitida en caso de simulación, puede resultar de una simple presunción, cuando se trata de establecer un fraude á la persona ó á la ley. (1)

166. Hay otras pruebas que son de derecho común, la confesión y el juramento. La ley las admite en todos los juzgios, á menos que exista un motivo de orden público que se oponga á ello. Cada parte puede siempre interrogar á la otra sobre hechos y artículos; si la parte interpelada hace una confesión, ésta hará plena fe contra ella; luego la confesión puede ser invocada para probar la simulación. (2) En vano se podría decir que esto es probar contra lo contenido en una acta; el art. 1,341 está fuera de causa puesto que no se invoca la prueba testimonial.

El juramento puede también admitirse en cualquier juicio. Luego se le puede invocar para probar la simulación contra lo contenido en el acta. (3)

Núm. 4. De las enunciaciones.

I. Fuerza probante de las enunciaciones entre las partes.

167. El art. 1,320 distingue entre la *disposición* y las *enunciaciones*. Se entiende por *disposiciones ó dispositivo* el hecho jurídico que las partes quieren que conste por una acta auténtica ó privada con el fin de tener de él una prueba lite-

1 Denegada, 22 de Noviembre de 1869 (Dalioz, 1870, 1, 273).

2 Bruselas, 19 de Septiembre de 1828 (*Panocrisia*, 1828, pág. 282); 30 de Mayo de 1840 (*ibid*, 1841, pág. 88).

3 Aubry y Rac, t. VI, pág. 370 y nota 45.

ral. Se llaman *enunciaciones* las declaraciones que constan en una acta, que no son un elemento del dispositivo, de suerte que pudieran ser quitadas sin que el acta fuese incompleta. ¿Cuál es la fuerza probante de las *enunciaciones*? El artículo 1,320 distingue: "El acta, ya auténtica, ya privada, hace fe entre las partes, aun de aquello que no está expresado en ella sino en términos enunciativos, á condición que la enunciación tenga relación directa con la disposición. Las enunciaciones extrañas á la disposición no pueden servir sino para un principio de prueba."

¿Cuáles son los motivos de esta distinción? Existe una diferencia entre las declaraciones incidentes que las partes hacen, y las declaraciones principales; éstas tienen una fuerza probante que sería imprudente desconocer. Las partes ponen necesariamente cuidado á las declaraciones principales que el acta tiene por objeto hacer constar, puesto que es para tener de ellas una prueba literal por lo que se redacta el acta. Pero las declaraciones incidentes pueden muy bien no tener tanta importancia. De esto, la necesidad de distinguir. Cuando la declaración tiene relación directa con la disposición, es claro que llamará la atención de las partes interesadas; se puede asegurar que no permitiría que se hiciera constar una declaración, aun incidente, que los perjudicase. Si al contrario, la declaración es extraña á la disposición, las partes no le prestarán mucha atención, porque les será indiferente, á lo menos por el momento. Habría peligro en reconocer á estas declaraciones indirectas, la misma fe que se da á las enunciaciones directas y al dispositivo. Hé aquí por qué la ley ordena que las *enunciaciones* directas hagan fe como la disposición principal, mientras que las indirectas no sirven sino como un principio de prueba por escrito; es decir, que permiten probar por medio de testigos el hecho litigioso.

168. El Código tomó esta teoría de Pothier. Citarémos

para hacerla entender los ejemplos que da Pothier para explicar y justificarla.

Una acta cuyo objeto era el reconocimiento de una renta, dice: "Declaro que tal cosa, por mí poseída reconoce á Pedro una renta de 1,000 francos anuales." Hé aquí el dispositivo; sigue luego la enunciación siguiente: "cuya renta ha sido pagada hasta este día." Esto es una enunciación, pues aunque se le quitase del acta, no por eso dejaría de quedar probado el hecho jurídico que tiene por objeto hacer constar la existencia de una renta de la que está gravada la cosa en provecho de Pedro. Esta enunciación tiene una relación directa con la disposición, puesto que hace constar que el pago de la renta ha sido hecho; sin embargo, no es un recibo, pues Pedro no declara haberla recibido; no obstante, la enunciación hará fe en justicia de que Pedro la recibió. ¿Por qué? Si la renta no hubiera sido pagada, Pedro se hubiera opuesto á que se mencionara el pago en el acta, pues estaba demasiado interesado para que pudiera suponerse que estó pasó desapercibido. Luego, al firmar el acta, Pedro se apropió esta enunciación, en el sentido de hacer fe contra él, como si hubiera extendido un recibo.

Una acta de venta dice que la herencia que vendo, la tuve por la sucesión de mi tío, del que fui heredero único. Hé aquí una enunciación; es indirecta porque es extraña al dispositivo; no hace fe por consiguiente. Pothier supone que un tercero quiere prevalecerse de ella para intentar en mí contra una petición de herencia. Para quedar en la teoría del Código, debe suponerse que es el comprador quien quisiera después intentar una acción en petición de herencia contra el vendedor. Suposición tan improbable, que sin duda por eso no la quiso hacer Pothier. El comprador intenta, pues, contra mí, vendedor: ¿Puede invocar la declaración que hice de que la sucesión me vino de mi tío? No,

solo á título de principio de prueba. ¿Por qué no como confesión y prueba completa? Transcribimos la contestación de Colmet de Santerre tomada en el fondo de Pothier. El comprador no reparó cuando la redacción del acta de venta, el interés que tendría más tarde en contestar las pretensiones del vendedor; no notó ó no contestó la declaración porque entonces le era indiferente; por tanto, la enunciación no puede ser invocada como un reconocimiento que hiciera el vendedor de los derechos de su adversario. La enunciación solo puede hacer verosímil el hecho alegado, servirá como principio de prueba por escrito. (1)

169. La jurisprudencia en esta materia está muy escasa. Un contrato de matrimonio pasó en presencia y con consentimiento de la madre del futuro. Los contrayentes están varias veces calificados en el acta de futuros esposos; fué enunciado que en vista del matrimonio propuesto, las partes han fijado sus convenciones del siguiente modo: "El régimen dotal se adopta; la futura se constituye como dote un menaje con declaración que el valúo no vale como venta y varios muebles; los futuros se hacen una donación en usufructos." La mujer muere sin hijos nombrando á su madre legataria universal. Se presentan dificultades acerca del régimen bajo el que los esposos se habían casado. La legataria sostiene que el contrato de matrimonio había sido firmado después de la celebración del matrimonio que había tenido lugar á las ocho de la mañana, lo que hacía el contrato nulo, y, por tanto, los esposos no se hallaban casados bajo el régimen de la comunidad legal. De ahí la cuestión de saber cuál era la fuerza probante de las enunciaciones que decían que los contrayentes eran futuros esposos y que las convenciones se tomaban en vista del matrimonio proyectado. ¿Hacían fe hasta inscripción por falsedad? Nō, dijo la

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 736 y 737. Colmet de Santerre, t. V, pág. 540, núms. 282 bis XII y XIII.

Corte de Riom, son enunciaciones extrañas á la disposición, porque no tienen ninguna relación directa con las convenciones matrimoniales ni con las obligaciones contraídas por las partes. Pedimento de casación. La Corte confirma la sentencia. El notario, dice la Corte, no hizo constar la hora en la que las convenciones matrimoniales fueron firmadas; luego la legataria, al pedir probar que la firma había tenido lugar después de la celebración del matrimonio, ¿no pedía probar que el notario había cometido una falsedad? No debía, pues, inscribirse por falsedad. ¿Quién era el autor de las enunciaciones atacadas? El acta no lo decía. ¿Era el notario? No tenía calidad para hacer constar el hecho; luego la enunciación no hacía fe alguna. ¿Eran las partes, y se limitó el notario á recibir sus declaraciones? En este caso, el acta hacia fe hasta inscripción en falso, pero el acta no probaba la verdad de las declaraciones; podían, pues, combatirse por la prueba contraria. (1) Se ve que la Corte se coloca en el terreno de los principios generales acerca de la fuerza probante del acta auténtica; no examina si las enunciaciones son directas ó indirectas, decide el asunto según el derecho común.

170. Un vale á la orden tiene valor recibido contado por *un reconocimiento del 16 corriente*. ¿Esta enunciación es extraña á la disposición principal, en el sentido del art. 1,320? El vale, como tal, está completo con solo decir *valor recibido al contado*. Luego las palabras que siguen, inútiles para la validez del vale, no tienen ninguna relación directa con su dispositivo. En consecuencia, es preciso aplicar el artículo 1,320 en lo que concierne á la fuerza de las enunciaciones indirectas. A pedimento de casación, intervino una sentencia de denegada; la Corte dijo que el primer juez solo usó del derecho que tenía para apreciar el sentido y, por

1 Denegada, Sala de lo Civil, 18 de Agosto de 1840 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 312).

coniguiente, los efectos de las actas. (1) Esta es la única sentencia que conocemos en la que se invoque terminantemente el art. 1,320. El crítico de las sentencias la critica con razón, creemos, al punto de vista de la apreciación; es decir, del sentido y del efecto de la enunciación litigiosa. No entraremos en estos debates porque versan sobre cuestión de hechos.

171. Tal es la teoría del Código respecto de la fuerza probante de las enunciaciones entre las partes. Esta teoría es tomada de Pothier; dirémos más adelante que este jurisconsulto interpretó mal la doctrina que Dumoulin expuso sobre esta materia. Dumoulin no habla de la fuerza probante de las enunciaciones, en el sentido de que no distingue las enunciaciones del dispositivo, las pone en la misma linea. Esta es la verdadera teoría. Una convención es una declaración nacida de una de las partes. ¿Por qué no la hace la misma fe que las demás declaraciones? Cuando es directa, la ley la asimila al dispositivo. En realidad; la enunciación directa es una disposición incidente. En el ejemplo dado por Pothier, la enunciación aceptada por el acreedor y firmada por él, en la que se dicían pagadas las rentas, era un verdadero reconocimiento del pago efectuado; es decir, un verdadero recibo; así, el acta contenía dos declaraciones dispositivas; desde luego, el reconocimiento de la renta, y en seguida el reconocimiento del pago hecho hasta la fecha. No hay, pues, lugar á distinguir la enunciación directa de la disposición.

En cuanto á la enunciación indirecta, no forma una disposición. Es una declaración puramente unilateral hecha por una de las partes, extraña á la otra; esta última, firmando el acta, no se apropiá dicha declaración que no viene de ella y que está en la imposibilidad de comprobar. De esto se

1 Denegada, 4 de Marzo de 1834 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,128, y la crítica de Dalloz).

sigue que esta declaración no debiera hacer fe sino contra la parte que la hizo, y debiera hacerlo como toda declaración, hasta inscripción por falso en cuanto al hecho material, y hasta prueba contraria respecto á la sinceridad. Con respecto á la otra parte, la enunciación indirecta no debiera hacer ninguna fe porque la declaración es extraña. El Código dice que esta declaración solo puede servir como un principio de prueba por escrito. Un principio de prueba supone una declaración hecha por la parte á quien se la opone (artículo 1,348), y ¿puede decirse que una enunciación hecha por una de las partes, extraña para la otra, nace de esta última? Nó, su firma testifica que la declaración ha sido hecha por la otra parte, pero no resulta de esto que la declaración le pertenezca ni que pretenda apropiársela.

*II. De la fuerza probante de las enunciaciones con
relación á terceros.*

172. ¿Hacen fe las enunciaciones con relación á terceros? El art. 1,320 parece decidir negativamente, diciendo que el acta hace fe *entre las partes* por las enunciaciones directas. ¿No es esto decir implícitamente que la enunciación no hace fe con relación á terceros? Toullier interpreta la ley en este sentido; pero basta leer lo que dice para convencerse que confunde la fe debida á la acta con el efecto que producen las convenciones. Las enunciaciones, dice, son con relación á terceros una cosa absolutamente extraña. ¿Por qué más que el dispositivo? ¿Por qué en el ejemplo de Pothier, el reconocimiento del pago es extraño á terceros, mientras que el reconocimiento de la renta no lo es? La expresión que la enunciación es extraña á los terceros implica ya que Toullier entiende hablar del efecto de la enunciación, mientras que solo se trata de su fuerza probante. Toullier continúa y dice, que la enunciación no puede *perjudicar*

car á terceros, ni *obligarlos*, ni hacer prueba en ningún grado contra ellos. Aquí la confusión es completa. Diciendo que la enunciación no puede *obligar* á los terceros, Toullier reproduce el principio formulado por el art. 1,165; es decir, el principio que rige el *efecto de las obligaciones*. No por cierto, las enunciaciones no *obligan* á los terceros; pero, ¿no sucede lo mismo con el dispositivo? Toullier cita en apoyo de su interpretación un trozo de Dumoulin; y Dumoulin habla no de la *fe* debida á las enunciaciones, pero sí del *efecto* que producen, como lo dirémos más adelante. Toullier cita, pues, á Dumoulin al revés como también al revés interpreta el Código. Acaba por decir: "La razón está en que no se podría presumir que los terceros hayan dado ninguna aprobación á *esas enunciaciones*." (1) Se trata de la *fe* debida á las enunciaciones; ¡acaso hacen las actas *fe* para con los terceros, porque éstos dan en ellas su aprobación? ¿Es que los terceros *aprueban* el dispositivo que se invoca en su contra? Así Toullier confunde la fuerza probante de las actas y el efecto de los contratos con relación á los terceros. Sin embargo, él mismo escribe que no se podría repetir demasiado que no debe confundirse la *fe* debida á las actas con los efectos de las obligaciones. Esto prueba cuán fácil es la confusión en esta materia. Es nuestra excusa por lo que hemos insistido tanto en ella.

Duranton es también muy confuso: "Las enunciaciones, dice, aun directas no prueban la *verdad* del hecho enunciado respecto á los que no fueron parte en el acta." ¿Acaso el acta hace *fe* de la *verdad* de las declaraciones, ya con relación á terceros ya con relación á las partes? Hasta prueba contraria, sí, pero no hasta inscripción por falsedad. ¿Y por qué no sucedería lo mismo con las enunciaciones que también son declaraciones? Duranton cita el siguiente ejemplo: "En la acta de venta de una casa se enuncia que dicha

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 153, núm. 161.

casa tiene un derecho de vista en la casa vecina. Esta enunciación aunque directa á la disposición, no hace fe ninguna contra el propietario de la casa, puesto que no tomó participación en el acta y que no dependió del vendedor gravar la dicha casa con una servidumbre.” (1)

Hé aquí una mera confusión. Nô, evidentemente aquél que no es dueño de una cosa no la puede gravar con una servidumbre; pero la cuestión de saber si una servidumbre está válidamente establecida es una cuestión que concierne al efecto de los *contratos*, y se trata aquí de la *fe* debida á la *acta*. El acta prueba para con todos, que el vendedor hizo tal declaración, pero la declaración no puede, ciertamente, crear á cargo de un tercero, ni una obligación ni un derecho real.

173. La interpretación que Toullier y Duranton dan al art. 1,320, es desechada por la mayor parte de los autores modernos. Estos últimos dicen que la enunciación directa hace la misma fe con relación á terceros que con las partes. Así, en el ejemplo dado por Pothier, el pago de la renta enunciada en el acta de reconocimiento, está probada con relación á los terceros; el deudor puede oponerla á un acreedor que embargase la renta lo mismo que al cesionario de la misma. En teoría, no es dudosa esta opinión; la hemos justificado de antemano diciendo que la enunciación directa no difiere de la disposición; hace, pues, la misma fe. ¿Cómo, pues, conciliar esta doctrina con el texto que parece limitar á las partes la fuerza probante de las enunciaciones? Se contesta que el texto está mal redactado. El art. 1,319 dice también que el acta auténtica hace fe de la convención *entre las partes contratantes y sus herederos*; lo que no impide á todos los autores el enseñar que el acta auténtica hace fe con relación á los terceros. Si se considera el art. 1,319 como mal redactado, ¿por qué creerse obligado á seguir la redac-

1 Durauton, t. XIII, pág. 93, nñ. 98.

ción del art. 1,320? El error es el mismo en ambos artículos; es, pues, preciso hacer abstracción del defecto y atenerse á los verdaderos principios. (1)

¿Cuál es la fuerza probante de las enunciaciones indirectas con relación á los terceros? Entre las partes, sirven de principio de prueba. ¿Tienen la misma fe con relación á terceros? Aubry y Rau contestan que las enunciaciones indirectas no pueden servir de principio de prueba respecto á los terceros, porque no provienen de ellos. (2) Que las partes contratantes no puedan prevalecerse de ellas contra terceros, esto es evidente. Pero que los terceros no puedan invocarlos, es diferente. En nuestra opinión (núm. 171), es preciso distinguir. La enunciación indirecta es una declaración unilateral hecha por una de las partes; respecto de ella, el artículo 1,347 es aplicable; los terceros pueden prevalecerse de la declaración nacida de la parte y que consta en el acta, con esta restricción que en el sistema del Código la enunciación indirecta no puede servir á los terceros sino de un principio de prueba: es la fe que hace contra las partes, y no se puede pretender que haga más fe para con ellos que para con las partes. Pero los terceros no podían operar esta declaración á la parte que no la hizo puesto que no sale de ella.

174. La jurisprudencia solo sirve para aumentar la incertidumbre que reina en esta materia. Solo conocemos una sentencia acerca de la fuerza probante de las enunciaciones con relación á los terceros; está pronunciada en favor de la interpretación de Toullier y Duranton. La Corte de Cassación pone como principio que el acta auténtica no hace fe sino por las enunciaciones directas entre las partes contratantes y que para con los terceros el acta no prueba sino el hecho de la convención de que es instrumento. Esta es la

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 371 y notas 47 y 48, pfo. 755. Marzáde, t. V, págs. 25 y 26, núm. 2 del art. 1,319.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 372, nota 50, pfo. 755.

teoria de Pothier, y vamos á demostrar su falsedad. La Corte, por lo demás, no discute, no prueba, afirma como si se tratara de un axioma. En una acta auténtica constando de una sucesión materna, se declara que un inmueble que había sido recogido en la herencia paterna, hacía parte de la sucesión materna. La enunciación era directa. Esta enunciación, dice la sentencia, nace de las partes únicamente, y resiriéndose á un hecho anterior, cumplido fuera de la vista y sin participación del notario, y no puede hacer fe contra un tercero, ni tampoco ser invocado con perjuicio de sus derechos. (1) No por cierto, no puede el notario testificar la verdad del hecho enunciado. ¿Pero no pasa lo mismo con las demás declaraciones que le hacen las partes? La Corte confunde dos cuestiones muy diversas: ¿hace fe el acta por la enunciación con relación á terceros? ¿La hace hasta inscripción en falso, ó solo hasta prueba contraria? En el caso, todo lo que probaba la enunciación, era que los coparticipantes la habían hecho, no podía tratarse de dar fuerza obligatoria á esa declaración contra terceros. Estos, dice la Corte, tenían un derecho adquirido, lo conservaban, salvo probar su derecho adquirido; lo que podían hacer á pesar de la enunciación, no haciendo esto fe sino hasta prueba contraria. Se ve que la Corte de Casación confunde la fe debida á la acta con el efecto de la declaración. Esta confesión es la que se reprocha al Código, y este reproche, como lo vamos á decir, viene desde Pothier.

175. Los arts. 1,319 y 1,320 están mal redactados; todos convienen en esto en cuanto al art. 1,319, y acabamos de decir que en opinión de los autores modernos, lo mismo sucede con el art. 1,320. Puede corregirse el art. 1,319 interpretándolo según el informe de Jaubert (núm. 134), pero

1 Denegada, Sala de lo Civil, 21 de Enero de 1857 (Daloz, 1857, I, 66).

no por eso deja su redacción de ser defectuosa, puesto que se hace preciso corregirle. En el art. 1,319 es preciso borrar las palabras: *Entre las partes* contratantes y *sus herederos*; y en el art. 1,320 hay que quitar las palabras: *entre las partes*. ¿Por qué restringen los autores del Código la fuerza probante del acta auténtica á las partes, cuando el acta notariada por su esencia hace la misma fe con relación á todos? El Código confunde la fuerza probante del acta con el efecto de la convención. Hemos muy á menudo hecho esta distinción, la que está netamente formulada por Jaubert en su informe al Tribunado, y es elemental. ¿De donde proviene la mala redacción de la ley? Se acusa á Pothier; y aunque los reproches que se le dirigen son exagerados, es preciso confesar que los merece por lo menos, por lo que se relaciona con la fuerza probante del acta para con los terceros particularmente en cuanto á las enunciaciones que pueda tener. El error de Pothier es tanto más de extrañarse cuanto que toma á la vista el trozo de Dumoulin que establece los principios con su claridad habitual, pero precisa confesarlo, en un latín obscuro. (1) Si hubiera escrito en francés, hubiera sido imposible equivocarse y muchas controversias hubieran sido evitadas.

Dumoulin acusa, en términos muy oscuros, á los doctores, de confundir la *prueba* de las *actas* con el *efecto* de las *convenciones* que constan en ellas; llaman *probar*, dice, lo que en realidad significa *hacer justicia*; en este sentido las actas no prueban con relación á terceros, puesto que las convenciones solo crean obligaciones y derechos entre las partes; pero el hecho que estas convenciones han sido contraídas está probado para todos, puesto que es de la esencia de las actas auténticas hacer fe para todos, sean partes, sean terceros. Al poner como principio que el acta auténtica hace fe

1 Dumoulin, *Comentario sobre la costumbre de París*, tít. I, de los imputados, pfo. VIII, núms. 8-10 (t. I, págs. 156 y siguientes).

con relación á todos, Dumoulin entiende distinguir entre el dispositivo y las enunciaciones. Comienza por hacer la distinción que desdeñan la mayor parte de los prácticos: la *prueba* de las convenciones y los hechos que constan en el *acta* con el *efecto de las convenciones*. Si se trata de *prueba* no hay para qué distinguir los terceros de las partes, el *acta* auténtica haciendo fe para todos. Si se trata del *efecto de las convenciones*, es preciso distinguir las partes, sus herederos y los terceros; la convención no tiene *efecto* sino entre las partes; no tiene ninguno para con los terceros. En el desarrollo de este pensamiento, Dumoulin tiene un lenguaje obscuro, porque trata á la vez de la *prueba* del *acta* y de los *efectos* de las *convenciones*. Entre las partes, el *acta* hace fe plena y las obliga; con relación á terceros, prueba, pero los terceros no están obligados. Sobre este punto habla de las enunciaciones de que nada había dicho mientras solo trataba de la prueba; lo que demuestra es que, en su pensamiento, no había lugar á distinguir las enunciaciones haciendo parte del *acta* y el *acta* haciendo fe igual para todo lo que en ella consta. Entre las partes, Dumoulin hace una restricción para las enunciaciones, pero lo que dice de ellas solo concierne á las pruebas; no admite que las enunciaciones tengan una fuerza probante tan grande como la disposición principal: Si se invocan las enunciaciones separadamente de la disposición principal, no hacen sino media prueba; esto confirma lo que acabamos de decir, que en general, las enunciaciones, consideradas como dependencia de la disposición, hacen la misma fe que esta última. Difícil es precisar lo que entiende Dumoulin por enunciaciones consideradas separadamente de la disposición principal, quizá las enunciaciones indirectas que no tienen relación con el dispositivo; Dumoulin les atribuye una fe menor, solo hacen media prueba, dice. Esto es poco más ó menos la teoría del art. 1,320.

Dumoulin habla después, de los terceros, se trata siem-

pre del efecto de las *convenciones*. Decide, naturalmente, que las convenciones no tienen ningún efecto con relación á terceros. Son estas palabras que Pothier y después de él Toullier, han tomado para inducir que las actas no hacen fe para con los terceros; particularmente las enunciaciones. Dumoulin no habla ya de las enunciaciones cuando trata del efecto de las convenciones, porque es demasiado evidente que si las *convenciones* no tienen efecto para los terceros, lo mismo sucede con las *enunciaciones*. Acaba por decir que el acta auténtica lo es con relación á todos, y, por consiguiente, hace fe para todos.

En cuanto á la fuerza probante de las enunciaciones, Dumoulin no habla de ella sino incidentemente; asentando el principio que rige la fuerza probante, hace una reserva para las enunciaciones que son extrañas á la disposición. Las enunciaciones en general, quedan, pues, dentro de la regla; se confunden con el dispositivo, y hacen la misma fe con relación á partes y terceros.

176. Pothier, y luego Toullier, se han, pues, equivocado al decir que el acta auténtica no hace fe para las enunciaciones directas con relación á terceros. Se han equivocado invocando la autoridad de Dumoulin para establecer ese pretendido principio. Nada dice Dumoulin de las enunciaciones en lo que concierne á su fuerza probante para con los terceros; todo cuanto puede inducirse de sus palabras, es que las enunciaciones extrañas al acta, no hacen fe plena con relación á terceros, pero solo media prueba.

Hemos dicho que los reproches dirigidos á Pothier, son exagerados. (1) Pothier no enseña que las actas auténticas no hacen fe alguna con relación á terceros. Al tratar de las enunciaciones, Pothier dice que las actas hacen fe *principalmente* contra las personas que son partes en ellas y sus he-

1 Marcadé, t. V, pág. 25, núm. 2 del art. 1,319.

rederos; pero no dice: *exclusivamente*. Según él, las actas hacen fe de la convención.

Entiende por esto que el acta no hace fe contra terceros, por lo que en ella se enuncia. Pero el ejemplo que da, deja suponer que entiende que el acta no da ningún *derecho* á las partes contra los terceros, es el ejemplo reproducido por Duranton (núm. 172). A este respecto, hay confusión de la *fe* debida á la acta con el *derecho* que resulta de ella para las partes. Después Pothier dice que las enunciaciones no hacen una prueba completa, aun contra las personas que fueron partes en el acta. El ejemplo que da, es el que los autores modernos han repetido (núm. 168), pero Pothier lo aplica á los terceros. "En el contrato de venta de una herencia que me hizo Pedro, se enuncia que dicha herencia le resulta de la sucesión de Jacobo; un *tercero* que como heredero parcial de Jacobo, hubiese entablado contra mí demanda de reivindicación por su parte en esta herencia, no podrá, para fundar una demanda, probar *por esta única enunciación* que se halla en mi contrato, que esa herencia era efectivamente de la sucesión de Jacobo." Pothier reconoce, pues, una cierta fuerza probante á esta enunciación, aunque indirecta, en favor de los terceros. Con mayor razón, la enunciación directa debe probar en favor de terceros. Si más adelante dice Pothier que el acta no hace *fe contra* terceros por lo que está en ella enunciado, esto significa, según el ejemplo citado, que esta enunciación no da ningún derecho á los terceros. (1) Interpretada así la doctrina de Pothier, es poco más ó menos igual á la de Dumoulin; solo comete una falta, la de decir en términos absolutos que la enunciación no hace fe contra terceros, lo que Dumoulin no dice, y Pothier hace mal en dar como ejemplo de la prueba que hace el acta, un caso en que se trata del *derecho* que resultaría en favor de las partes contra los terceros.

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 735, 737 y 738

177. Los autores del Código han llevado aun más allá la confusión que acabamos de señalar en Pothier. (1) Nada dicen de la fuerza probante del acta auténtica para con los terceros; y los arts. 1,319 y 1,320 que tratan de la fuerza probante del acta entre las partes, están concebidos en tales términos que debe creerse que, en la mente del legislador, el acta auténtica no hace fe sino entre las partes. Es por lo que se dice que el Código confunde la fe debida al acta con el efecto de las convenciones. Pothier al contrario, dice que el acta prueba contra terceros que la convención tuvo lugar. En cuanto á las enunciaciones, el art. 1,320 parece no dárles fuerza alguna para con los terceros. Pothier no dice esto, se limita á decir que las enunciaciones no hacen fe para ellos, en el sentido que no resulta de ellas ningún derecho contra los terceros; este es el único punto en el que Pothier entendió mal á Dumoulin, y es probablemente esta proposición errónea, la que indujo á error á los autores del Código: Leyendo en Pothier que el acta no hace fe por lo que se enuncia en ella en cuanto á terceros, habrán creido que la enunciación ni la disposición no hacen fe con relación á terceros. De donde la redacción restrictiva de los arts. 1,319 y 1,320. En definitiva, Pothier interpretó mal á Dumoulin y los autores del Código interpretaron á Pothier de un modo peor; lo que prueba cuán difícil es esta materia.

III. De la máxima: In antiquis enuntiativa probant.

178. Después de haber dicho que las enunciaciones no hacen fe contra los terceros que no han sido parte en el acta, Pothier agrega que esta regla tiene una excepción para las enunciaciones antiguas, en virtud de la máxima: *In antiquis enuntiativa probant*. Estas enunciaciones hacen fe

1 Marcadé, t. V, págs. 25 y 27. Aubry y Rau, t. VI, pág. 367, nota 36, pfo. 755. Colmet de Sauterre, t. V, pág. 537, núm. 282 bis VIII.

contra los terceros cuando los sostiene una larga posesión. Hé aquí el ejemplo que da Pothier: "Aunque el uso no atribuya derecho de servidumbre, no obstante, si mi casa tiene desde hace mucho tiempo una abertura para otra casa vecina, y que, en los antiguos contratos de adquisición hechos por mis autores, está enunciado que tiene este derecho de ventana para la casa vecina, aunque su dueño sea un tercero y que sus autores no hayan sido parte en las citadas actas, la enunciación hará fe para mí contra él." (1)

Se ve por este ejemplo que la máxima *In antiquis enunciativa probant deroga á los principios*, no en cuanto á la prueba de las obligaciones, pero sí en cuanto á los efectos que producen. La palabra *probar* ha sido tomada en la acepción falsa que Dumoulin señalaba al acusar á los prácticos de ignorancia suma; significaba *hacer derecho*; de manera que la *enunciación* dicha en el acta por el vendedor de una servidumbre, daba al comprador *derecho* á esta servidumbre contra el dueño del fondo. Esto no es derogar á los principios que rigen la prueba; puede muy bien hacer *fe* una enunciación contra los terceros sin tener un *efecto* contra ellos; darle *efecto* por razón de que hacia *fe*, sería caer en la confusión que Dumoulin reprochaba á los viejos doctores y que también puede reprocharse al Código y á los intérpretes modernos.

179. La máxima aun se invoca hoy para los derechos nacidos antes de la publicación del Código: se ha aplicado en 1869. Es, pues, necesario, detenernos en ella un momento, y precisar las condiciones que la jurisprudencia exige para su aplicación. Desde luego, el acta ha de ser antigua. Esta primera condición es muy vaga: ¿cuándo es antigua el acta? Ha sido juzgado que las razones que hicieron admitir la máxima no permiten su aplicación sino cuando las actas tienen fecha bastante antigua para que los medios

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 739.

de prueba ordinaria no estén ya practicables para comprobar las enunciaciones que contienen. La Corte rehusó aplicarla en un caso en que el acta no tenía más que treinta años de fecha en el momento de la iniciación de la causa. (1) Hacemos constar la jurisprudencia sin justificar ni combatirla; en una materia esencialmente tradicional, la jurisprudencia reemplaza á la ley.

La enunciación no bastaba, por antigua que fuese, solo resultaba una presunción que no tenía valor sino cuando se apoyaba con una larga posesión. (2) La posesión explica y corrige lo que la máxima tiene de contrario á los principios. La posesión crea derechos, la enunciación solo los hacia constar. Queda por fijar la duración de la posesión. Los tribunales gozan á este respecto de un poder discrecional.

180. Darémos algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia. Una acta antigua dice que los hijos han renunciado á la sucesión de su padre. ¿Hace fe esta enunciación contra sus descendientes? En el caso, todos los hechos y circunstancias anteriores y posteriores al acta estaban concordantes con la enunciación. En este sentido había posesión conforme con la enunciación; luego era el caso de aplicar la máxima que en las actas antiguas las enunciaciones hacen fe de su contenido, salvo la prueba contraria que es de derecho. La Corte hace constar que la parte contraria ni siquiera ofreció ministrar la prueba contraria. (3)

La Corte de Nancy hizo una aplicación más importante de la máxima, porque puede presentarse muy seguido. En el caso, los demandantes reivindicaban un derecho de pastura en unos bosques. Invocaban las actas de confesión y de

1 Bruselas, 27 de Julio de 1827, (*Pasicrisia* 1827, pág. 262).

2 Gand, 26 de Noviembre de 1870 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 198) y la sabia requisitoria del abogado general M. De Paepe.

3 Bruselas, 9 de Noviembre de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 239). Véase otro ejemplo en una sentencia de Gand, 5 de Junio de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 224).

denombramiento intervenido entre sus autores y el Obispo de Metz, su señor, actas que enunciaban el derecho por ellos reivindicado, derecho sostenido por una posesión conforme. Se entendía por *confesión* una acta por la que se reconocían vasallos de un señor por un “*fief*” que se tenía por él; el acta se acompañaba con un *denombramiento* ó descripción pormenorizada de la consistencia del “*fief*.” El vasallo enunciaba derechos que eran una dependencia de su “*fief*.” así en las tres actas de 1701, 1741 y 1772 que invocabía el demandante ante la Corte de Nancy, se leía: “Tengo el derecho de pasturas en los bosques de Rechicourt.” Estas eran verdaderas enunciaciones que, en principio, no hacían constar sino las pretensiones del vasallo; pero esas pretensiones eran en realidad un hecho, pues el vasallo no pretendía reclamar un nuevo derecho, solo mencionaba los que eran una dependencia del “*fief*.” La Corte de Nancy acogió la demanda. Dijo que las actas de *confesión* y de *denombramiento* tenían en el derecho antiguo una autoridad considerable por su forma solemne, la publicidad que se les daba, las comprobaciones y el registro á que estaban sometidas. Estas actas hacían fe de su contenido, no solo entre el vasallo y el señor, pero también contra terceros, cuando se repetían varias veces á largos intervalos, uniformes en sus enunciaciones y sostenidos por una posesión conforme. Esto no era suficiente: la cuestión en debate ante la Corte no era una cuestión de fuerza probante, se trataba de saber si las enunciaciones tenían *efecto* contra terceros que fuesen extraños á las actas de *confesión* y de *denombramiento*. Siempre es la *confesión* de la fe debida al acta, y del derecho que confería contra un tercero. La *confesión* está en la máxima tradicional formando su esencia. Una vez admitida la máxima, su aplicación no era dudosa; las *confesiones* y *denombramientos* producidos por los demandantes, reu-

nían todas las condiciones que la tradición exige; resultaba, pues, un derecho contra los terceros. (1)

Una sentencia de la Corte de Casación establece bien los principios en esta materia y las consecuencias que resultan de ellos. La villa de Langeac reivindicaba la propiedad de un bosque. Invocababa la confesión de 1477 en la que el señor de Langeac declaraba tener del rey la justicia y la propiedad del bosque de Pourcheresses, así como confesiones y denominamientos de 1634, 1669, 1685 y 1767, en los que este bosque está muy explícitamente declarado ser propiedad de los habitantes de Langeac. La apelación negaba todo valor legal á esos títulos contra las municipalidades demandadas, por motivo que esas actas les eran extrañas, que no estaban representadas en ellas y que en lo que les tocaba, debían de reputarse *res inter alios acta*. Bajo el punto de vista de los principios, esto es incontestable; pero, dice la Corte, estos principios dejan de ser aplicables cuando se trata de actas antiguas; en tales títulos las simples enunciaciones cuando están sostenidas por una posesión conforme, *hacen fe* aun contra terceros. La expresión *hacer fe* ó *probar* debe ser entendida como acabamos de decirlo; la máxima deroga el art. 1,165 dando efecto á las convenciones contra los terceros. La Corte hace además constar la posesión de la ciudad de Langeac, mientras que las pretensiones de los municipios demandados no se habían producido sino por vías de hechos y devastaciones. Desechó la apelación, aplicando á la causa la máxima tradicional que da efecto á las enunciaciones contra los terceros. (2)

181. El Código Civil abrogó la máxima, y si aun se aplica por los tribunales es solo á derechos que tomaron nacimiento antes de la publicación del Código. No comprende-

1 Nancy, 24 de Julio de 1869 (Daloz, 1869, 2, 234) y la requisitoria del abogado general.

2 Denegada, 18 de Noviembre de 1868 (Daloz, 1869, 1, 128).

mos como Toullier haya podido sostener lo contrario. Se le contestó mal citando el art. 695 que desecha la posesión por la adquisición de las servidumbres discontinuadas y no aparentes. La máxima no solo se aplica á las servidumbres, es general y recibe su aplicación en toda especie de derechos; acabamos de relatar una notable aplicación hecha por la Corte de Casación, á los principios antiguos de reivindicación. También se contestó mal á Toullier oponiéndole el artículo 1,320. No se trata de una cuestión de prueba. (1) La máxima deroga á un principio esencial de derecho al artículo 1,165 en los términos de que las convenciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes y no perjudican á los terceros así como no les aprovechan. Y la máxima *In antiquis enuntiativa probant*; daba efecto á simples enunciaci-ones contra los terceros. Fué derogada con todo el derecho antiguo, y estando en oposición con un texto terminante, no puede ya tener valor alguno.

Núm. 5. De las contraletras.

I. El principio.

182. Se entiende por contraleta una acta destinada á quedar secreta y que deroga una acta pública; es de esta derogación de la que nace la expresión: El acta secreta es *contraria á la letra* del acta pública. El Código contiene dos disposiciones relativas á las contraletras: en el título *Del contrato de Matrimonio*, expondrémos las reglas especiales que rigen los cambios que las partes pueden hacer á sus convenciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio (arts. 1,396 y 1,397). El art. 1,321 contiene una dis-

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 156, núms. 164-167. En sentido contrario, Marcadé, t. V, pág. 34, núm. 5 del art. 1,320. Aubry y Rau, tomo VI, pág. 372, nota 49, pfo. 755. Colmet de Santerre, t. V, página 541, núm. 282 bis XIV. Larombière, t. IV, pág. 277, núm. 10 del artículo 1,320 (Ed. B., t. II, pág. 513).

posición general así concebida: "Las contraletras no pueden tener efecto sino entre las partes contratantes, no lo tienen contra terceros." ¿Cuál es el objeto de esta disposición? El texto de la ley contesta la pregunta. No se habla en él de la fe debida á las contralétras, nada se tiene que decir. La contraleta es una convención secreta que deroga una convención pública; el acta en que consta la contraleta hace la misma fe que todas las demás actas. Ordinariamente las contraletras son actas privadas, puesto que se quieren conservar secretas; en este caso, tienen la misma fuerza probante que las escrituras privadas. También podrían ser redactadas por actas auténticas; harían fe, en este caso, con relación á todos, como las actas auténticas. (1) Otra es la cuestión de saber si el cambio que la contraleta lleva á la convención primera, *tiene efecto* con relación á los terceros; ninguna convención tiene *efecto* contra ellos; al decir que las contraletras no tienen *efecto* contra los terceros, la ley parece, pues, decir una cosa inútil, es la repetición del artículo 1,165: já qué repetir para las contraletras lo que la ley dice en términos generales de toda convención? Esto es lo que dirémos más adelante al explicar lo que la ley entiende por terceros.

183. Por ahora importa hacer constar que existe una gran diferencia entre las convenciones ordinarias y las contraletras. Estas últimas siempre tienen por objeto modificar ó derogar una convención primera, en el sentido que determinan su verdadero carácter; hacen constar la intención de las partes contratantes que el acta pública disfraza. Quiero hacer una donación á uno de mis sucesibles por medio de una tercera persona; comienzo por transmitir la propiedad de la cosa que quiero dar á la persona interpuesta que debe servir de intermedio; después hacemos una contraleta por la que

1 Larombière, t. IV, pág. 587, núm. 3 del artículo 1,321 (Ed. B., t. II, pág. 514).

restablecemos la verdad, declarando que el pretendido adquirente solo es un intermediario encargado de transmitir la cosa á aquel á quien quiero gratificar. La contraleta secreta y el acta de enajenación pública son una sola convención, pero la convención pública es una acta simulada destinada á engañar á los demás sucesibles, con objeto de substraer la liberalidad á la ley de la reducción. Ordinariamente las contraletas se hacen con objeto de defraudar al fisco; el acta pública en que se registra, dice que una casa se vende en 10,000 francos, la contraleta dice el verdadero precio de 14,000 francos.

La contraleta implica siempre un fraude ó una simulación á perjuicio de tercero; si no fuese así, no se escondería. Es claro que las partes pueden modificar sus convenciones como les convenga, pero esas modificaciones no son contraletas en el sentido del art. 1,321, son nuevos convenios; mientras que la contraleta no es una convención nueva, hace parte del acta pública, acta simulada de la que restablece el verdadero carácter y las verdaderas cláusulas.

Se comprende por qué la ley da efecto á las contraletas entre las partes, mientras que se lo niega para con los terceros. Lo tiene entre las partes porque contiene las verdaderas convenciones de las partes contratantes, y las verdaderas convenciones deben ser preferidas á las convenciones simuladas. No tienen ningún efecto contra terceros, porque si se les daba, los terceros serían engañados; solo conocen el acta pública, no se les puede oponer otra. De esto resulta una consecuencia singular, es que el acta simulada tiene más efecto que el acta verdadera; la ficción es más fuerte que la verdad. Si vendo un bien á Pedro con la intención que consta en la contraleta que Pedro solo sea un propietario nominal encargado de transmitir la cosa á Pablo, Pedro aparece como el verdadero dueño con relación á los terceros y, por consiguiente, las actas de disposiciones que haga serán

perfectamente válidas. Intermedio infiel, en lugar de dar la cosa á Pablo, la vendo á un tercero; éste será propietario; en vano el verdadero dueño, el donante, reivindicará el bien contra el tercer adquirente, éste rechazará la acción en virtud del art. 1,321; el donante dejó de ser propietario, es Pedro quien lo es en virtud del título público; la contraleta que el donante invoca no puede ser opuesta al adquirente porque no tiene efecto contra él; tendrá una acción en daños y perjuicios contra Pedro, pero ninguna acción contra el tercer adquirente. (1)

184. La ley de 22 frimario, año VII, derogaba estos principios en cuanto á las contraletas que tenían por objeto defraudar al fisco; el art. 40 decía: "Toda contraleta hecha por acta privada que tenga por objeto un argumento del precio estipulado en una acta pública ó en acta privada, primitivamente registrada, es declarada nula y de ningún efecto." Se entendía esta disposición en este sentido que la contraleta era nula, no solo con relación á la recaudación, pero también entre las partes. (2) ¿El Código Civil derogó la ley de frimario en su art. 40? Merlin y otros autores sostuvieron la negativa: el art. 40 contiene, dicen, una disposición especial relativa á ciertas contraletas, teniendo especial objeto, mientras que el art. 1,321 contiene una regla general que no deroga las leyes especiales. (3) La opinión contraria ha prevalecido en la doctrina y la jurisprudencia. La cuestión de saber si una nueva ley deroga una ley antigua, es esencialmente una cuestión de intención; cuando el legislador no la ha manifestado, se puede decir que una disposición general siendo compatible con una disposición es-

1 Duranton, t. XIII, pág. 102, núm. 104. Compárese Denegada, 29 de Abril de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 130).

2 Duranton, t. XIII, pág. 96, núms. 102 y 103.

3 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Contraleta*, pfo. III. Rolland de Villargues, en la palabra *Contraleta*. Plasman, *De las contraletas*, pfo. 15.

pecial y excepcional, la intención del legislador no fué la de derogar la ley especial por la general, pero puede manifestar la intención contraria, y en el caso, la voluntad de los autores del Código no ha sido dudosa. Cuando la distinción del proyecto del Código Civil, el director general del registro público pidió que se prohibiera de un modo absoluto, el uso de las contraletras, porque favorecían el fraude contra los particulares algunas veces y siempre contra el fisco. Todos los miembros del Consejo que tomaron la palabra, se pronunciaron contra esta disposición. Cambacères recordó la disposición del art. 40 y dijo que no le parecía justo; según él, las contraletras debían producir su efecto entre las partes contratantes. Tronchet establece claramente la distinción, aplicándola al fisco. "Una contraleta debe ser válida entre las partes y nula con relación á terceros, y el fisco es un tercero con relación al acta." La proposición fué mandada á la sección de legislación, quien formuló la opinión de Tronchet en el art. 1,321, disposición nueva que no existía en el proyecto. (1) Hubo, pues, decisión terminante; el legislador estableció un nuevo principio más justo que la ley de frimario; luego en su pensamiento, el art. 1,320 es aplicable á todas las contraletras. (2)

185. Toda contraleta es, pues, válida entre las partes contratantes. Una obligación que consta en acta auténtica, es motivada por préstamo; las partes reconocen en una contraleta que la obligación tiene por causa real el saldo previo de una cuenta aun no cortada. Sin embargo, el prestamista ejecuta el acta pública contra el pedidor. Esto opone la

1 Sesión del Consejo de Estado, del 2 frimario, año XII, núm. 7 (Locré, t. VI, pág. 109).

2 Duranton, t. XIII, pág. 96, núms. 101-108. Aubry y Rau, tomo VI, pág. 273, notas 54 y 55, pfo. 755. Colnet de Santerre, t. V, pág. 547, núm. 283 bis IX. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,187; las sentencias están apenas motivadas.

contralettra que prueba que aun no es deudor, puesto que no hay cuenta formada. El prestamista llega hasta la casación pretendiendo que el demandado debía inscribirse en falsoedad. Esta pretensión singular fué desechada, el art. 1,321 permitiendo derogar una acta auténtica por una contralettra. (1)

Una contralettra dice que una sociedad solo fué pactada nominalmente con uno de los socios, y que realmente fué contratada con otra persona. No obstante, el socio que subsciribió la contralettra promueve contra el socio aparente en liquidación. Había un motivo de duda, es que no había habido convención propiamente dicha derogando el acta pública de sociedad; uno de los socios había reconocido por una carta dirigida al socio no mencionado en el acta, que el socio nominal que figuraba en ella, había siempre sido extraño á la sociedad; esto basta, dice la Corte, para establecer la contralettra; el concurso de consentimiento era tácito, pues en el momento en que el acta de sociedad había sido redactada, se había pactado que uno de los socios solo lo sería nominalmente; la convención existía, pues, y estaba probada por la carta escrita por el socio demandante. (2)

186. El art. 1,321 dice que las contraletras no tienen efecto contra los terceros. ¿Cuál es el sentido de esta expresión: *no tienen efecto*? La palabra *efecto* no se aplica á la fuerza probante del acta; los arts. 1,319 y 1,320 que fundan el principio en la fuerza probante del acta auténtica, dicen que esta acta hace *fe* por las convenciones ó enunciaciones que contiene. Lo mismo sucede con el art. 1,322 que trata de la fuerza probante del acta privada. El legislador emplea la palabra *efecto* cuando habla de las convenciones, de los derechos y de las obligaciones que de ella resultan.

1 Denegada, 21 de Diciembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, n.º 3,191).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 20 de Noviembre de 1852 (Dalloz, 1853, 1, 96).

Es así como el art. 1,165 dice que las convenciones no tienen *efecto* sino entre las partes contratantes, que no perjudican ni aprovechan á los terceros. ¿Es también este el sentido de la palabra *efecto* en el art. 1,321? ¿quiere decir el legislador que las contraletras no perjudican á terceros? ¿que no dan derechos á las partes contra ellos? Esto es evidente. Así interpretado el art. 1,321 no sería la repetición del artículo 1,165. Creemos que el art. 1,321 al decir que las contraletras no tienen efecto contra los terceros, quiere decir que no pueden ser *opuestas* á los terceros; en otros términos, que no se consideran como existentes respecto á ellos. Así pasa, según nuestra ley hipotecaria (art. 1.º), con las actas translativas de derechos reales inmobiliarios; mientras no han sido registradas no pueden ser *opuestas* á los terceros de buena fe. Ciento es que las actas auténticas que están sujetas á registro hacen fe con relación á terceros, pero no siendo públicas, las convenciones que contienen no pueden serles *opuestas*, se consideran como no existentes para con ellos. ¿Por qué? porque no siendo registradas, los terceros no pueden conocerlas. Lo mismo sucede con la contraletra. Es secreta, escondida, la convención que contiene modifica ó altera, destruye á menudo la convención hecha en acta pública, pública en el sentido que es la que producen las partes interesadas, que enseñan á los terceros. Los terceros solo pueden conocer la convención patente, es la única que existe para ellos y que puede serles *opuesta*, la convención secreta que se haga en la contraletra, no les puede ser *opuesta*, es como si no existiera para ellos.

Así cuando las partes redactan una acta patente en que consta que una de ellas vende á la otra una cosa, y que por una contraletra declaran que dicha venta no es sino aparente, que el comprador pretendido se encarga de transmitir la cosa á una tercera persona á quien el pretendido vendedor

quiere gratificar, hay una convención pública y una secreta que destruye la primera. En virtud de la convención pública, hay un comprador; luego un propietario; en virtud de la convención secreta, este comprador no es propietario, en el sentido de tener que disponer de la cosa en provecho de otra persona, es un fiduciario. Esta convención secreta no puede ser opuesta á los que tratan con el propietario aparente, por lo mismo que es propietario aparente se le considera como propietario real. En cuanto á la verdadera convención intervenida entre las partes, es considerada para con los terceros como no existente. Pero producirá sus efectos entre las partes, el adquirente solo será un fiduciario con relación al vendedor. La relación que establecemos entre el art. 1,321 y el art. 1.º de nuestra ley hipotecaria no pudiera ser contestada. Al negar á la contraleta todo efecto contra tercero, el Código Civil supone que la contraleta queda secreta, que los terceros no la conocen ni pueden conocerla; de hecho así sucederá lo mas á menudo, puesto que la contraleta es ordinariamente una acta privada fácil de esconder á los terceros. La convención que deroga la contraleta al contrario, es pública en el sentido que las partes la hacen conocer y la producen. A decir verdad, no hay publicidad legal, sino una publicidad de hecho; la ley hipotecaria introdujo la verdadera publicidad, ordenando la inscripción en los registros públicos para las actas translativas de derechos reales inmobiliarios. Esta disposición aplica todas las convenciones translativas de propiedad inmobiliaria, lo que el art. 1,321 dice de las que las partes guardan secretas. Toda acta no registrada, es una acta secreta y no puede oponerse á terceros. Así, en el ejemplo que acabamos de dar, la convención patente podrá ser opuesta á los terceros si está registrada, mientras que la convención hecha por contraleta no podrá serles opuesta, puesto que no se registró y puede registrarse en nuestra hipótesis, puesto que hemos

supuesto que la contraletra es una acta privada; y según la ley, esas actas no se admiten al registro. El principio del registro basta para evitar todo efecto á las contraletras que hacen constar translaciones de derechos reales inmobiliarios. Bajo este aspecto, la disposición del art. 1,321 se hace inútil, queda reemplazada por la disposición general de la ley hipotecaria. No quiere esto decir que el art. 1,321 está derogado, está concebido en términos más amplios que el art. 1.º de la ley hipotecaria; ésta no concierne sino á las actas translativas de propiedad inmobiliaria, mientras que el art. 1,521 se relaciona con todas las actas. (1) Lo seguro es que de hecho el art. 1,321 perdió su interés, pues las contraletras se hacen habitualmente para las convenciones translativas de propiedad inmobiliaria, las que no pueden ser opuestas á los terceros cuando no están registradas.

187. Existe aun otra diferencia entre el art. 1.º de la ley hipotecaria y el art. 1,321. El Código Civil quita á las contraletras todo efecto contra los terceros, porque supone que implican fraude á su perjuicio; mientras que la ley hipotecaria somete á la publicidad toda especie de convenciones translativas de propiedad inmobiliaria aunque nada tengan de fraudulento. La formalidad del registro tiene por objeto resguardar el interés de los terceros; el art. 1,321 tiene un objeto especial, el de poner á los terceros al abrigo de las convenciones secretas y fraudulentas.

Resulta de esto que el art. 1,321 deja de ser aplicable cuando una convención interviene entre las partes para explicar ó completar la primera, sin ninguna derogación, y, por consiguiente, sin ninguna sospecha de fraude. El acta notariada hace constar un préstamo hecho á varias personas que se obligan solidariamente á pagar la suma pedida. Por acta privada con fecha del día siguiente, uno de los pedido-

1 Colmet de Sauterre, t. V, pág. 545, núm. 283 bis IV, y pág. 546, núm. 283 bis V.

res, notario quebrado después, declara que dicho préstamo fué hecho únicamente para protegerlo, que solo él recibió su monto y se obliga á devolverlo de manera que sus co-deudores no puedan ser solicitados á este propósito. ¿Es esto una contraleta que no se pueda oponer á terceros, por ejemplo, á la masa de la quiebra? Nó, dice la Corte de Douai, porque la contraleta de la que trata el art. 1,321, es el acta por la que las partes contratantes hacen constar que una convención incerta en otra acta, no es sincera y real, y restituyen á dicha convención el verdadero carácter que le pertenece; la contraleta supone, por consiguiente, una primera acta arreglando de un modo ficticio, derechos que la nueva acta destruye en todo ó en parte. Y en el caso, el acta de préstamo fijaba bien la posición de los pedidores con relación al prestamista, pero no arreglaba la de los pedidores entre sí y no determinaba la parte que cada uno tenía que soportar en la deuda solidaria. Es verdad que según el art. 1,213, la obligación solidaria se divide de derecho pleno entre los deudores, pero la ley no entiende decir que la parte de cada uno sea siempre y necesariamente una parte viril; el art. 1,216 prevee, al contrario, el caso en que la deuda es contraída en el exclusivo interés de uno de los deudores solidarios y decide que las otras entonces con relación á ésta son simples cauciones. Así, en toda obligación solidaria, hay que arreglar las relaciones de los codeudores con el acreedor y las relaciones de los codeudores entre sí; esto puede hacerse en una sola acta, y también puede hacerse por actas separadas y distintas. Para decir mejor, la posición de los codeudores está arreglada en el momento en que la deuda es contraída, solo se trata saber de qué manera deberá probarse; la prueba se hace según el derecho común, puesto que la ley no lo impide; luego puede hacerse mediante una acta privada, la que solo hace una con el acta notariada que le precedió; ambas actas se completan la una con

la otra. No hay en esto ni sombra de fraude. Es un préstamo solidario que puede, como todas las convenciones, ser opuesto á los terceros, en el sentido que las actas hagan constar la posición de las diversas partes con relación á otros acreedores del deudor quebrado. (1)

188. ¿En el art. 1,321, qué se entiende por la palabra *terceros*? El punto tiene sus dificultades. Se contesta ordinariamente que debe interpretarse el art. 1,321 por el artículo 1,328, en los términos del que las actas privadas no tienen fecha contra *terceros*, sino en los casos determinados por la ley. (2) Hay cierta analogía entre ambas disposiciones, puesto que el art. 1,328, al prohibir las antefechas, previene los fraudes que pudieran cometer las partes contratantes con perjuicio de los terceros, al antefechar las actas en que constan sus convenciones. Pero existen también diferencias. El art. 1,328 decide un punto de prueba, mientras que el art. 1,321 es extraño á ella; aunque el acta privada fuera reconocida, aunque tuviese una fecha cierta, no podría ser opuesta á los terceros si contenía una contraletra. En el art. 1,321 se trata de saber si una convención existe con relación á terceros cuando consta por una contraletra que deroga una acta pública. En el art. 1,328 se trata de un punto de prueba: ¿el acta privada hace fe de su fecha? Ambas cuestiones son diferentes, lo que basta para rechazar la argumentación de analogía.

Creemos que la verdadera analogía existe entre el artículo 1,321 y el art. 1.º de nuestra ley hipotecaria. Esta dice que las actas no hechas públicas por el registro no pueden ser opuestas á los *terceros*; y el art. 1,321 decide que las actas secretas no pueden ser opuestas á los *terceros*. En una

1 Douai, 1.º de Marzo de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 189). Compárese Denegada, 15 de Junio de 1843 (Dalloz, en la palabra *Quiebra*, número 613, 7º).

2 Aubry y Ran, t. IV, pág. 373, nota 53 del pfo. 755, y los autores citados.

y otra ley, las actas que los terceros no han podido conocer no les pueden ser opuestas. ¿Cuáles son esos terceros? Aquellos que no conocen el acta que se les quisiera oponer y no la conocen por el solo hecho de no figurar en ella. Es, pues, preciso, decir con la Corte de Casación que son terceros en el art. 1,321, aquellos que no han firmado el acta. (1) Esta interpretación nace de la esencia misma de la contraleta. Se trata de una convención que no puede ser opuesta á terceros, porque se tiene secreta para ellos; luego deben considerarse como terceros á todos aquellos que no figuran en el acta, que no la han subscripto. No hay que distinguir como se hace en el caso del art. 1,328 entre los terceros y los legatarios; los legatarios son también terceros puesto que no subscribieron el acta. Solo que hay personas que son consideradas como figurando en el acta aunque no la hayan firmado. Tales son los herederos universales; están obligados á las convenciones del difunto y suceden á sus derechos, y la verdadera convención que engendra derechos y obligaciones es la que la contraleta hace constar; luego la contraleta tiene efecto para con ellos como todas las convenciones. Así mismo el poderdante se considera como habiendo subscripto las convenciones para las que dió poder á su mandatario, pues el poderdante contrae por intermedio del apoderado. Esto fué juzgado así por la Corte de Burdeos y no deja ninguna duda. (2)

189. Se deduce de esto que todos los legatarios á título particular son terceros en el sentido del art. 1,321. Esto no es dudoso para aquellos que han adquirido la propiedad de

1 Casación, 23 de Febrero de 1825 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,204, 1º); 20 de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, I, 185). Denegada, 29 de Abril de 1872 (Dalloz, 1873, I, 130). Compárese Mourlon, t. II, pág. 811, núm. 1,540; Colmet de Santerre, t. V, página 545, núm. 243 *bis* III.

2 Burdeos, 21 de Junio de 1825 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 402, 4º). Marcadé, t. V, pág. 38, núm. 6 del artículo 1,321.

la cosa, ó un derecho real, aunque los codentes no hayan sido verdaderos dueños. Son propietarios con relación á los terceros en virtud del acta patente que les transfirió la propiedad; en cuanto á la convención secreta que destruye la convención pública, no puede ser opuesta á los terceros, y lo son aquellos que no subscribieron la contraletra. La doctrina y la jurisprudencia están unánimes en este punto. (1) Citarémos una sentencia de la Corte de Casación que contesta á las objeciones que se sacan de la contrariedad, resultando del acta pública y del acta secreta.

Una señora vende á un notario fictivamente, una hacienda considerable. La ficción es reconocida por una contraletra. A pesar de su compromiso, el notario vende varias partes de la hacienda é hipoteca otras. La vendedora aparente comienza por hacer sentenciar al notario de que la propiedad no dejó jamás de pertenecerle, en seguida promueve contra los terceros detentores pidiendo su lanzamiento y contra los acreedores promueve en nulidad por sus hipotecas. La demanda aceptada por el primer juez, fué desechada en apelación. Pedimento de casación. La Corte, dice la demanda, ha barrenado el art. 1599, validando la venta hecha por aquel que no era propietario de la cosa. Con relación á la demandante, es verdad que el notario no era propietario, puesto que la contraletra reconocía que la venta era ficticia, pero la contraletra no podía ser opuesta á los terceros, y los adquirentes y acreedores hipotecarios son terceros, puesto que no han subscripto el acta de contraletra. Esto está en oposición, decía el pedimento, con el principio elemental que no nos permite transmitir á otro más derechos que los que nosotros tenemos. Nada más verdadero si la contraletra fuera oponible á los terceros, pues ella era quien establecía que el notario no era propietario, pero la contraletra debien-

1 Duranton, t. XIII, pág. 102, núm. 104. Mourlon, t. II, pág. 811, núm. 1,539. Colmet de Santerre, t. V, pág. 546, núm. 283 bis V.

do considerarse como si no existiera para con los terceros, el notario era propietario respecto á ellos y podía, por consiguiente, vender é hipotecar válidamente. El pedimento insistía diciendo que el título del notario no era sino aparente y que tal título no confiere derechos para disponer de la cosa, aunque los terceros adquirentes fuesen de buena fe; la buena fe de los adquirentes no pudiendo transformar un propietario en dueño verdadero. La respuesta es siempre la misma. ¿Qué es lo que establecía que el notario era propietario aparente? La contraletra; y con relación á los terceros adquirentes y acreedores hipotecarios, la contraletra era reputada no existente; para ellos solo existía la convención pública que constaba por acta notariada y en virtud de la cual el notario era real propietario. Cuando menos, decía la demanda, la contraletra existía con relación al notario; luego existía también con relación á sus legatarios posteriores á la contraletra. Los adquirentes y los acreedores representaban á su autor, por tanto podía oponérseles la contraletra. Nô, contesta la Corte, pues los legatarios á título particular son terceros en el sentido del art. 1,321, porque no han subscrito la contraletra; precisamente es con el fin de ponerlos al abrigo de la simulación y del fraude por lo que la ley niega todo efecto á la contraletra contra ellos. En fin, decía la demanda, la Corte de Bourges ha violentado la cosa juzgada, puesto que decidió que el notario no era propietario. La contestación era simple y perentoria; la cosa juzgada no tiene efecto sino con relación á los que son partes en una causa; luego no puede ser opuesta á los terceros adquirentes y acreedores hipotecarios que no fueron parte en el proceso. (1)

1 Denegada, 25 de Abril de 1826 (Dalloz, en la palabra *Venta*, número 150, 4º). Compárese Orléans, 16 de Mayo de 1846 (Dalloz, en la palabra *Privilegios e Hipotecas*, núm. 941). Igual decisión para los acreedores hipotecarios. Casación, 30 de Marzo de 1836 (Dalloz, en la palabra *Privilegios e Hipotecas*, núm. 1,206, 2º), y para los cesionarios de derechos mobiliarios. Denegada, 25 de Julio de 1832 (Dalloz, en la palabra *Documentos mercantiles*, núm. 422, 2º).

190. ¿Son terceros los acreedores quirografarios? En el caso del art. 1,328, los acreedores no son terceros cuando solo ejercen derechos de su deudor. No pasa lo mismo en el caso del art. 1,321; los acreedores quirografarios son terceros por el hecho solo de no haber subscrito la contraletra. Es verdad que los acreedores no tienen derecho sino contra los bienes de su deudor, y se podría decir que un bien del que el deudor no es propietario sino aparente, no es de su dominio y que, por consiguiente, no hace parte del gaje de los acreedores.

Se ha hecho la misma objeción al artículo primero de la ley hipotecaria. ¿Cuáles son los terceros á los que las actas no registradas no pueden ser opuestas? Se ha pretendido que por terceros solo debían entenderse á aquellos que tienen un derecho real á la cosa; luego los acreedores quirografarios no son terceros. Dirémos en el título *De las Hipotecas*, que la Corte de Casación condenó esta interpretación.

Ha sido también juzgado que los acreedores quirografarios son terceros cuando se trata de contraletra. Existen tres sentencias en este sentido. En una de esas cosas el vendedor promovía en resolución de la venta por falta de pago del precio; una contraletra fijaba el verdadero precio, superior al precio ficticio estipulado en el acta auténtica. Los acreedores del comprador intervinieron y ofrecieron al vendedor el precio que marcaba el acta notariada. Su solicitud fué descachada por la Corte de Grenoble. A primera vista se siente uno inclinado á adherirse á su opinión. Los acreedores promovían en representación de su deudor, no podían, pues, tener otro derecho sino el del comprador, y éste estaba ligado por la contraletra; luego lo mismo debía suceder con los acreedores. Sin embargo, la sentencia fué casada y debía de serlo. Existían dos convenciones relativas al precio, la convención pública y la convención secreta; la primera únicamente

mente podía ser opuesta á los terceros, la segunda siendo á su respecto como inexistente. Y los acreedores quirografarios son terceros, puesto que no han subscripto el acta. (1) Esto es decisivo. Los acreedores quirografarios quedarían engañados como los acreedores hipotecarios si se les pudiera oponer el acta que no han subscripto y, por consiguiente, ignoran. Cuentan con la fortuna aparente de su deudor, tal como les consta por las actas públicas, si las actas secretas la disminuyen, no se les puede oponer esas actas sin que estén engañados, y el objeto del art. 1,321 es precisamente impedir todo fraude en perjuicio de aquellos que no conocen la contraletra.

Existe una sentencia en sentido contrario de la Sala de las Requisiciones. (2) Ella juzgó que las contraletras son oponibles á los acreedores quirografarios que piden en nombre de sus deudores la ejecución de las convenciones patentes, cuando éstas han sido modificadas por una contraletra. En el caso, el acreedor quirografario promovía contra los socios de su deudor; éstos habían disminuido su parte contributiva en la deuda, mediante una contraletra, tal como quedaba fijada por el acta de constitución social. Los acreedores, dijo la Corte, no pueden tener más derecho que el de aquel á quien representan. Esto es desconocer el art. 1,321. Es verdad que los acreedores no tienen otros derechos sino los que tiene su deudor, pero queda por saber cuáles son esos derechos, y en virtud del artículo 1,321, los derechos del deudor con relación á los terceros están determinados en el acta pública que subscribió, y no por el acta secreta; es-

1 Casación, 23 de Febrero de 1835 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,204, 1º). Compárese Casación, 13 de Marzo de 1840 (Dalloz, núm. 3,204, 3º) y 20 de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 183). La Sala de las Requisiciones ha juzgado recientemente que la palabra *terceros* en el art. 1,321 comprende á todos aquellos que no han sido partes en la contraletra, por consiguiente, también los acreedores quirografarios de las partes contratantes. Denegada, 18 de Agosto de 1874 (Dalloz, 1875, 1, 123).

2 Denegada, 23 de Mayo de 1870 (Dalloz, 1871, 1, 109).

ta última le es personal y no puede oponerse á terceros. No entendemos esta sentencia de la Sala de las Requisiciones. ¿Es que quiere establecer nueva jurisprudencia? Nō, pues en la sentencia posterior volvía hacia la opinión general, (1) que es la de todos los autores. (2)

191. Fué sentenciado, con razón, que el art. 1,321 es aplicable cuando la contraletra tiene una fecha cierta. El acta de venta de un castillo decía que el mobiliario que adornaba el castillo y sus dependencias, quedaba comprendido en la venta; pero por una contraletra subscripta el mismo día, se estipulaba que los muebles quedaban en propiedad de la vendedora. Un acreedor del adquirente embargó el mobiliario; se le opuso la contraletra. La Corte de Paris anuló el embargo, porque la contraletra había adquirido fecha cierta por la muerte de uno de sus subscriptores. Esta decisión fué casada, debiendo haberlo sido. Nada importa que la contraletra adquiera fecha cierta, no por esto deja de existir una acta pública en virtud de cuya fe, acreedores quirografarios habian tratado con el poseedor de los muebles; luego debieron suponerlo propietario; y hubieran sido engañados si se les pudiera oponer una convención que ignoraban; se encuentran, pues, protegidos por la disposición del art. 1,321; son terceros, dice la Corte de Casación, porque no han sido partes contratantes en la contraletra y no han personalmente concurrido á su ejecución. (3)

192. ¿Pueden los terceros invocar el art. 1,321 cuando conocen la simulación? La ley no exige buena fe de su parte, pero esta condición resulta del mismo principio que la ley establece. ¿Por qué la contraletra no tiene efecto contra terceros. Porque no la pudieron conocer; si saben que el contrato patente está simulado, si conocen la verdadera con-

1 Denegada, 5 de Julio de 1870 (Daloz, 1872, 1, 71).

2 Colmet de Santerre, t. V. pág. 546, núm. 283 bis VII.

3 Casación, 20 de Abril de 1863 (Daloz, 1863, 1, 185). Compártase Tolosa, 28 de Mayo de 1874 (Daloz, 1875, 2, 63).

vención, no pueden quejarse de haber sido engañados; esto sería contradictorio. En apoyo de esta opinión que ha consagrado la jurisprudencia, (1) citaremos por analogía el art. 1.º de nuestra ley hipotecaria, en los términos de que las actas no registradas no pueden ser opuestas á terceros de buena fe; si son de mala fe; es decir, que hayan tratado á pesar de conocer el acta que no fué publicada, no pueden prevalecerse de la falta del registro.

193. El art. 1,321 dice que las contraletras no tienen efecto contra los terceros. ¿Debe de esto deducirse que no puedan invocarlas si tienen interés en ello? El punto es dudoso. Si se aplicaba con rigor el principio que la contraleta es como no existente, debería decidirse que no aprovecha á terceros, como no les perjudica. Pero la ley no pone el principio tan absolutamente: Si declara á las contraletras inexistentes, es solo por interés de los terceros y no se puede invocar contra los terceros una disposición que ha sido establecida para favorecerlos. Esta es la doctrina de los autores, y está consagrada por la jurisprudencia. (2)

Núm. 6. De la fuerza ejecutoria del acta auténtica.

194. La ley de 25 ventoso año XI dice que todas las actas notariadas son ejecutorias de pleno derecho en toda la extensión del imperio. Esto supone que contienen la fórmula ejecutoria. La fórmula es la que da principio y fin á las leyes: "Leopoldo, rey de los belgas." Sigue luego el acta, y después termina: "mandamos y ordenamos, ect." Es la orden dada á los oficiales de justicia y á los agentes de la autoridad para prestar auxilio á la ejecución del acta. Las

1 Bourges, 18 de Diciembre de 1924, y Denegada, 25 de Abril de 1826 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 150, 5º).

2 Marcadé, t. V, pág. 40, núm. 4 del artículo 1,321. Mourlon, t. II, pág. 811, núm. 1,540. París, 2 germinal, año XIII (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,184).

actas auténticas se colocan, á este respecto, en la misma línea que las sentencias. Pero la fórmula ejecutoria no se agrega á todas las actas notariadas. La minuta del acta es auténtica pero no es ejecutoria y no debe serlo, puesto que está destinada á quedarse para siempre en poder del oficial público que recibe el acta, ó del notario que es depositario de esas minutas. La glosa es la que contiene la fórmula ejecutoria y que sirve de original al acreedor. Hasta existen actas que son auténticas por lo que toca á la fe que hacen y que no son, sin embargo, ejecutorias: tal es el juicio verbal en conciliación redactado por un juez de paz (Cód. de Proc. art 54).

195. Cuando la glosa debe recibir su ejecución fuera del recurso de la Corte de Apelación ó en provincias, debe ser legalizada, ya sea que sea expedida por un notario residente en la ciudad en que actué la Corte de Apelación, ya por cualquier otro notario. La legalización la hace el presidente del Tribunal de Primera Instancia de la residencia del notario. Consiste en una certificación puesta al calce del acta, por la que el presidente certifica que la firma que se halla en el acta es la del notario. Se supone que la firma del notario no es conocida fuera del lugar en que el acta puede ser ejecutada sin legalización. (1)

ARTICULO 2.—De las actas privadas. (2)

§ I.—DE LA FORMA DE LAS ACTAS PRIVADAS.

Núm. 1. Nociones generales.

196. El acta privada es la que redactan las partes ó hacen redactar sin que intervenga un oficial público. El Cód.

1 Duranton, t. XIII, pág. 53, núm. 65. Mourlon, t. II, pág. 807, núm. 1,529.

2 *Teoría legal de las actas privadas*, por Bras, vicepresidente del Tribunal de Namur. Bruselas, 1870.

digo no prescribe forma especial para la validez de las actas privadas; los arts. 1,325 y 1,326 contienen disposiciones especiales concernientes á ciertas actas privadas, pero no hay disposiciones generales. La ley no exige siquiera de un modo terminante, la firma de las partes contratantes. Si se exige es porque pertenece á la esencia misma de toda acta que está firmada por todos aquellos que figuran en ella como partes. Esto es lo que distingue al acta de la escritura que no es una acta. El acta es un escrito redactado para hacer constar un hecho jurídico, y como la firma es la que certifica lo que hacen constar las partes, no hay acta sin firma. Las escrituras no firmadas no son actas; pueden, sin embargo, hacer fe, como lo dirémos al explicar los arts. 1,329 y siguientes.

La firma es requerida para la existencia del acta privada. Jaubert lo dice en su informe al Tribunado. "No puede haber acta privada sino á la condición que la firma de las partes se halle en ella. La calificación de acta bajo *firma privada* lo dice claramente. Una pieza escrita cualquiera que fuese su dispositivo no podría ser considerada como acta privada, si la firma del que se pretende obligado no estuviera estampada en ella, aunque la pieza fuese escrita de su puño y letra. (1) Existe un texto en favor de esta doctrina que, por lo demás, pudiera pasarse de él, es el art. 1,318. Una acta auténtica nula como tal, valdrá como acta privada. ¿Bajo qué condición? Si fué firmada por las partes, dice el art. 1,318. Si no está firmada, no valdrá ni como escritura privada, ni como escritura auténtica; es decir, que es inexistente, que no hace ninguna fe. Luego si no hay firma no hay acta. (2)

197. La jurisprudencia está en este sentido. Inútil sería

1 Jaubert, 2.^a Informe, núm. 9 (Locré, t. V, pág. 226).

2 Toullier, t. IV, 2, pág. 271, núm. 260. Colmet de Santerre, t. V, pág. 548, núm. 284 bis.

decirlo si no se encontrase á cada paso con sentencias que confunden el acta con la convención, y la prueba con el hecho jurídico. Una acta de arrendamiento no está firmada por el arrendatario; la Corte la desecha y con justicia, pero no debió decir que esta acta no tiene *ninguna fuerza obligatoria*. La *convención* es la que tiene *fuerza obligatoria*; el *acta* tiene *fuerza probante*. Tampoco debió decir la Corte que el acta en que consta un contrato sinalagmático y que no está firmada por una de las partes "no contiene entre las partes, la *liga de derecho* que da *esencia al contrato*." (1) ¿Acaso es el *acta* la *prueba* que forma la *liga de derecho*?

Todavía más incorrecto es el lenguaje de la Corte de Casación, si esto es posible. En materia de *prueba*, cita el artículo 1,102, según el cual es de esencia del *contrato* sinalagmático que los contratantes se *obliguen* los unos hacia los otros, y de esto induce que, para ser *obligatoria* una *convención sinalagmática*, debe estar *firmada* por todas las *partes*. (2)

¿Es la *firma* la que hace la *convención obligatoria*? ¿Es la *convención* la que está *firmada* ó es el *acta*? Ateniéndose á la letra de la sentencia se diría que el *acta* y la *convención* se confunden y que el *acta* es de la *esencia del contrato*: tantas proposiciones, cuantas herejías jurídicas.

Entre papeles de una señorita que dejaba una fortuna de 800,000 francos á parientes lejanos, se encuentra un paquete en el que la difunta había escrito: "Esta suma pertenece....." (sigue el nombre con una dirección). Fué juzgado que esta declaración no constitúa ni testamento ni donación manual, lo que es evidente, pero la difunta no decía lo mismo. La Corte decía que la escritura en tal estado de imperfección, no puede *engendrar una obligación*. (3) No discuti-

1 Bourges, 24 de Febrero de 1832 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,890, 1º).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 8 de Noviembre de 1812 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 2,866, 3º).

3 París, 6 de Marzo de 1854 [Daloz, 1854, 2, 211]

rémos el fondo: pero ¿cómo puede una Corte decir que un escrito *engendra* ó no *engendra* una obligación? Al pedimento de casación intervino una sentencia de denegada la que reprodujo esta extraña proposición. (1)

198. Visto el silencio de la ley, la firma es la única forma que se puede exigir para las actas privadas. No se requiere que el acta esté escrita por aquellos que la firman; al firmar se apropián lo escrito y esto basta para que el acta sea bajo *firma* privada. En el antiguo derecho, se prohibía á los notarios escribir ninguna acta privada, so pena de interdicción, de nulidad del acto y de 200 libras de multa. (2) Ha sido juzgado que las declaraciones de 1696 y 1699 quedan abolidas; y un aviso del Consejo de Estado de 26 de Marzo de 1808, aprobado por el Emperador, contiene una decisión semejante: permite á todo oficial público escribir y firmar como testigo actas privadas. (3)

Cuando se dice que las actas privadas pueden ser escritas por un tercero, esto supone que esas actas están concebidas en términos y formas de escrituras privadas. No se permite á un particular el ofertar formas que usan los notarios para la autenticidad, porque esto sería, según las circunstancias, una usurpación de las funciones notariales que caerían bajo la aplicación del Código Penal. La Corte de Casación lo decidió así en un caso en el que un agente de negocios se sirvió del protocolo notarial, haciendo creer á los habitantes de una aldea que las actas que él redactaba tenían el mismo valor que las de un notario; engañaba á los que se le dirigían, haciendo actas que solo los notarios pueden recibir, donaciones é inventarios. Fué sentenciado que el art. 258 del Código Penal de 1810 (art. 227 del nuevo Código belga) le era aplicable.

1 Denegada, Sala de lo Civil, 30 de Julio de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 332).

2 Toullier, t. IV, 2, pág. 273, núm. 261.

3 Duranton, t. XIII, pág. 129, núm. 128.

199. ¿Qué se entiende por firma? La cuestión se presenta, sobre todo, en materia de testamento. Transladamos á lo que fué dicho en otro lugar. Ha sido juzgado que la firma de la parte opuesta á un tercero, es sin valor, lo que es de evidencia. Pero ¿por qué agrega la Corte: "que una tal firma no puede servir para formar *la liga de una obligación*? (1) ¿Es la firma la que *forma la liga*? ¡ó si la firma hace constar la liga que se formó por el consentimiento de las partes contratantes?

¿Es nula una firma irregular, y entraña la nulidad del acta? Transladamos á lo que fué dicho en el título *De los Testamentos*, haciendo notar que la ley y, por tanto, los intérpretes, son más severos para las actas de testamentos que para las actas entre vivos, lo que es natural; en las primeras, la firma es de la esencia del acta solemne, y sin solemnidad no hay disposiciones testamentarias, mientras que en los contratos, la firma, así como el acta, no son sino asunto de prueba. Ha sido juzgado que la firma en la que hay omisión ó transposición de una letra, es, sin embargo, válida. En el caso, no podía ser dudoso, puesto que el signatario confesaba que había tenido la intención de firmar, pero se preveía la rigurosa jurisprudencia en asunto de testamento; y aun en esta materia, esto es un exceso de rigor, con mucha más razón en los contratos. (2)

200. ¿Una cruz puesta ante testigos, vale como firma? La Corte de Bruselas dice que según la antigua jurisprudencia de Flandre, una cruz equivalía á la firma, habiendo-se impuesto la ignorancia general á la disposición terminante del edicto perpétuo que exigía una verdadera firma; la Corte agrega que en Francia esto no se admitía y que allí

1 Ròuen, 25 de Marzo de 1807 (Dallez, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,837).

2 Bruselas, 30 de Enero de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 309).

se debía atenerse á la ordenanza de 1667 que prescribía una firma propiamente dicha. (1)

Inútil es decir que esta jurisprudencia ha quedado derogada por el Código Civil. Una cruz ó una marca cualquiera puesta en presencia de testigos, no tiene ningún valor y no hace fe alguna; el acta así marcada, no es una acta, debe ser considerada como no existente, dice la Corte de Lieja. (2) Tenemos desgraciadamente, sobre este punto, mucha jurisprudencia, lo que prueba la ignorancia de la población de Bélgica; según parece, no es mucho menor en Francia. No citaremos las sentencias, porque en derecho, el asunto no es dudoso. Bastará mencionar, por curiosidad, una decisión pronunciada en 1871, la que decidió que la cruz opuesta en una acta, no puede ser considerada como el equivalente de una firma, y que, por consiguiente, la tal acta ni siquiera puede servir como principio de prueba por escrito. Sin embargo, se trataba de comerciantes, dice la sentencia, la que concluye de esta circunstancia que la prueba por testigos y presunciones, era admisible. (3) ¡Así en 1871 existían negociantes que no sabían firmar!

201. ¡La firma puede entregarse en blanco; es decir, antes que se escriban las convenciones fijadas por las partes contratantes? Puede decirse que siendo la firma la aprobación del escrito, debe hacerse después que el acta ha sido redactada; sin embargo, nada dice la ley á este respecto; y el intérprete no puede exigir más de lo que resulta de la esencia de toda acta; es decir, la firma. El Código Penal levanta la dificultad, castigando el abuso de la firma en blanco, lo que deja suponer que la firma en blanco es válida, pues si fuera nula, no se podría abusar de ella. La

1 Bruselas, 23 de Febrero de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 34). Comparese Bruselas, 16 de Noviembre de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, página 226), y Lieja, 14 de julio de 1843 (*ibid.*, 1843, 2, 353).

2 Lieja, 17 de Mayo de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 384).

3 Bourges, 21 de Noviembre de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 146).

doctrina y la jurisprudencia están unánimes en este sentido. (1) Se entiende que el acta con firma en blanco puede ser combatida según el derecho común; luego en caso de simulación, por la prueba testimonial apoyada en un principio de prueba por escrito, cuando una de las partes promueve contra la otra. Así ha sido juzgado por la Corte de Casación. (2) Volveremos á ocuparnos de los principios al hablar de la prueba testimonial.

Suponiendo que haya abuso en la firma en blanco, se pregunta si el signatario quedará obligado para con los terceros que, en vista del acta, habrán tratado de buena fe con aquél que la poseía. La afirmativa no es dudosa. Un poder está firmado en blanco, aquél á quien fué dado, suscribe poder para pedir prestado en nombre del signatario. Este quedará obligado en cuanto á los préstamos que el tenedor del poder habrá contratado, sin ser admitido á probar contra terceros que hubo abuso de la firma en blanco. Esto es la consecuencia de la firma y aquel que firmó en blanco, responde por su imprudencia; en cuanto á los terceros de buena fe no se les puede hacer cargo alguno, sucedería distintamente si la firma en blanco había sido substraida á la persona á quien el signatario la hubiese entregado, y luego hubiera sido llenada fraudulentamente por tercero. El signatario no es responsable de la substracción ni de sus consecuencias; para él esto es un caso fortuito que nada tiene de común con su firma, las consecuencias del delito recaen, en este caso, como siempre, en aquel que es la víctima. (3)

202. Ya que la firma es la esencia del acta, resulta que todas las partes contratantes deben firmar para que el acta sea válida. El art. 1,318 lo dice así en cuanto al acta au-

1 Toullier, t. IV, pág. 273. Aubry y Rau, t. VI, pág. 376 y nota 5, pfo. 766 (3^a edición).

2 Denegada, 5 de Abril de 1864 (*Passicrisis*, 1864, 1, 291).

3 Toullier, t. IV, 2, pág. 275, núms. 267 y 268 Aubry y Rau, tomo VI, pág. 377, notas 6-8 y las autoridades allí citadas.

téntica, nula como tal, cuando debe valer como escritura privada; debe, pues, aplicarse al acta privada lo que hemos dicho acerca del art. 1,318. El acta es nula si no está firmada por todas las partes. ¿Es esto decir que la convención es nula? No, pues en los contratos no solemnes la escritura solo sirve como prueba; lo que resulta de la nulidad del acta es que las partes no tienen prueba literal. No sucedería lo mismo si la falta de firma implicaba la falta de voluntad para tratar. En este caso, no habría consentimiento y, por tanto, no existiría el contrato. Si fué por olvido ó por ignorancia por lo que las partes no firmaron, el acta será sencillamente nula, pero la convención puede ser válida siempre que las partes lo prueben por otros medios, tales como la confesión de las partes ó el juramento. (1)

La Corte de Douai lo juzgó así en una sentencia muy bien motivada. En el caso, el acta no llevaba ninguna firma; esta acta es más que nula, dijo la Corte, no tiene existencia. Se pretendía que la nulidad estaba cubierta por la ejecución de la convención constada en el acta no firmada; la sentencia contesta que las actas que no existen no pueden ser confirmadas, se necesitaría una nueva acta válida en la forma. Pero, en el caso, la cosa vendida tenía un valor menor de 150 francos, lo que permitía probar por medio de testigos, y para establecer la existencia de la venta, se podían invocar los hechos de ejecución, pues no se trataba de confirmar una convención inexistente, sino de probar que ésta existía. (2)

203. ¿Si el acta está firmada por alguna de las partes, hará prueba respecto de ella? Transladamos á lo que hemos dicho acerca del art. 1,318 (núm. 121). Existe acerca de esta cuestión una sentencia de la Corte de Casación que

1 Colmar, 10 de Julio de 1837 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,835).

2 Douai, 7 de Enero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Venta*, número 62, 2º).

da lugar á más de una crítica. Se decide en ella en términos absolutos que la firma es la condición esencial de las actas privadas, de lo que concluye que el acta no firmada ó no válidamente firmada por todas las partes contratantes es nula, aun para las que la han firmado. Esto es demasiado absoluto; la misma Corte corrige su decisión, agregando que el acta litigiosa contenía una convención que, por su naturaleza y la intención de las partes, no era susceptible de una ejecución parcial. Si la convención fuese susceptible de ejecución parcial, el acta pudiera valer con relación á los signatarios; no es, pues, exacto el decir que el acta no firmada por todas las partes contratantes es nula aun con relación á las que la firmaron. En el caso, el acta estaba firmada por las partes, pero una de ellas, mujer casada no había sido autorizada; había pedido y obtenido la nulidad de su compromiso. La Corte indujo de esto que el acta no era válidamente firmada y que, por tanto, era nula. (1) ¿No es esto confundir el acta con la convención? El acta, tal como tal, era válida, puesto que estaba firmada por todas las partes; si uno de los signatarios había consentido por error, doce ó violencia, ó aun no podía consentir, no por eso el acta era menos válida, pero la convención era nula ó inexistente; la convención era la que debía ser atacada pero no el acta, y la diferencia es grande. Si el acta era nula por tener una firma dada no válidamente, no podía servir como prueba de la convención y, por consiguiente, ésta quedaba sin ejecución para todas sus partes, si no existían otras pruebas; mientras que si la convención estaba consentida por un incapaz, el incapaz solo tenía derecho para promover en nulidad, quedando válida la convención para las otras partes.

204. Cuando por su naturaleza la convención no puede valer con relación á una de las partes, si es nula para con las demás, la cuestión de validez del acta no firmada por to-

1 Denegada, 9 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1870, 1, 215).

das las partes, es indiferente. Se trata de una partición: es de la esencia de esta convención que todos los copartícipes intervengan en ella, si, como lo suponemos, la intención de las partes es hacer el reparto definitivo y completo. Si una de las partes no firmó porque no podía, el acta será nula en el sentido de que no probará la partición, aun respecto á los signatarios, puesto que éstos no quisieron hacer un reparto parcial. (1) Es siempre necesario agregar la reserva de no tratarse sino de una cuestión de prueba, no había prueba literal de la partición, pero las partes quedarán admitidas á probar por medio de las demás pruebas legales.

Una sociedad está formada entre tres personas, la madre, la hija y su futuro esposo. El acta dice que los tres asocianos contraen conjunta y solidariamente: la madre aparta á la sociedad sus muebles, un arrendamiento de un rancho, y ganados; los otros, su trabajo é industria. Resulta que en la intención de las partes, la convención debe existir entre los tres socios; ninguno de ellos entendió obligarse si los restantes no se obligan igualmente; ninguno de ellos quiso una sociedad entre dos, todos la han querido entre tres. Pero sucede que una de las partes no firmó. El acta era, pues, nula; la Corte concluyó de ello que la sociedad quedó al estado de proyecto y no existe para con ninguna de las partes contrayentes. (2) De hecho, así podía suceder, pero repetimos lo que hemos ya dicho, y es que la falta de firma no podía probar necesariamente la falta de consentimiento para tratar (núm. 121).

205. La ley de 25 ventoso, año XI, prescribe varias formas para la redacción de las actas notariadas, y la mayor parte de ellas debe ser observada so pena de nulidad. ¿Se aplican esas formas á las actas privadas? La negativa es

1 Bruselas, 16 de Noviembre de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 226). Compárese Bruselas, 31 de Octubre de 1871 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 55).

2 Bruselas, 5 de Enero de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 271).

segura: no puede haber forma so pena de nulidad sin texto expreso. Pero se pregunta por qué la ley no extiende las formas prescriptas á las escrituras privadas á título de garantía, como en las actas notariadas. Es que en las actas recibidas por un notario, la ley ha debido contar con la inteligencia y el saber del oficial público; y hasta se puede reprochar al legislador el haber prodigado las formas, de tal manera que la garantía perjudica á menudo á los que pretendió garantir; lo hemos hecho notar á propósito de las formas testamentarias. La ley no hubiese alcanzado su objeto si hubiese prescripto formas so pena de nulidad para las actas privadas. Toullier dice que hubiera sido peligroso someter esas actas que lo más á menudo hacen hombres sencillos y de buena fe, á disposiciones reglamentarias que casi siempre dan lugar á litigios más bien que prevenir abusos. Hé aquí por qué el legislador ha sometido las actas privadas, en general, á ninguna forma particular. Ni siquiera es requerida la fecha. (1) Se alega que hubiera sido útil conocerla para saber si las partes eran capaces para contratar. (2) Pero la incapacidad de los contrayentes es una excepción rara: toca á aquel que la alega el probarla. ¿Deberán nulificarse todas las actas no fechadas, porque en algunos casos raros, la fecha hubiera sido útil?

206. La ley de 25 de ventoso, año XI, prohíbe las llamadas y las interlineas, bajo pena de nulidad de las palabras llamadas ó de las interlineadas (art. 16). Esta disposición no es aplicable á las actas privadas, en este sentido que las palabras interlineadas no son nulas en virtud de la ley. Esto no es decir que sean siempre válidas, esto es una cuestión de hecho que el juez decide según las circunstancias de la causa; si los firmantes del acta han aprobado las palabras interlineadas con su firma, la validez no será dudosa; pero se

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 270, núms. 257-259.

2 Durantou, t. XIII, pág. 128, núm. 127.

les adúntate para probar que las dichas palabras no existían en el acta en el momento en que la firmaron. (1)

La jurisprudencia está en este sentido. En una acta de venta privada la palabra *nó* (negación), está escrita fuera de línea y arriba de las palabras á las que se la quiso agregar. Si la palabra entraba en el acta, la cosa litigiosa no pertenecía al comprador; si al contrario, la palabra no valía por interlineada, la cosa le pertenecía. La Corte de Bruselas decidió, en principio, que ninguna ley exigía que las palabras interlineadas estén aprobadas en las actas privadas. De hecho, la sentencia dice que claramente resulta de la misma acta y de las circunstancias de la causa que la intención de las partes no había sido comprender en ella el bien litigioso. (2)

Cuando las palabras interlineadas están escritas del puño y letra del signatario que escribió el cuerpo del acta, un recibo por ejemplo, la validez de las palabras interlineadas no puede ser contestada, á no ser que dicho signatario pretenda que esas palabras no han sido escritas por él; puede pedir la prueba pericial de escritura, pero no puede solicitar la nulidad de lo interlineado por no aprobarlo. Como muy bien lo dice la Corte de Burdeos, aquel que escribe las palabras interlineadas no necesita aprobarlas: escribir de su puño y letra es una aprobación tan eficaz como la que pudiera dar la firma al pie del acta. Pero la Corte no tiene razón cuando asienta en principio que las palabras interlineadas son nulas cuando no hay aprobación: ninguna ley lo exige así, y no puede haber nulidad cuando no hay ni siquiera texto que establezca esta formalidad. (3)

Lo que hemos dicho de las interlineas, se aplica igual-

1 Compárese Aubry y Rau, t. VI, pág. 378, nota 11, pfo. 756 (3^a edición).

2 Bruselas, 10 de Enero de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 11).

3 Burdeos, 17 de Junio de 1829 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,847).

mente á las llamadas. En las actas notariadas, las palabras recargadas á las llamadas son nulas; en las actas privadas la validez ó nulidad es una cuestión de hecho. La Corte de Caen anuló palabras recargadas porque no habían sido aprobadas; la razón no era exacta, porque no hay ley que exija la aprobación. Pero la Corte agrega un motivo de hecho que es perentorio: todo anuncia, dice la Corte, que lo recargado no fué con consentimiento mútuo. (1)

La ley de ventoso exige también que las llamadas sean firmadas ó rubricadas (art. 15) so pena de nulidad. Debe aplicarse á esta formalidad lo que acabamos de decir relativo á lo interlineado.

Núm. 2. Artículo 1,325.

I. Principio.

207. “Las actas privadas que contienen convenciones sinalagmáticas sólo son válidas cuando han sido hechas en tantos originales cuantas partes existan con interés distinto. Cada original debe contener la mención del número de originales que han sido hechos” (art. 1,325). Estas disposiciones han sido introducidas por sentencias del Parlamento de París, de las que la primera tiene fecha de 1,736: Se les llama la formalidad del doble escrito. Toullier critica enérgicamente la antigua jurisprudencia que descansaba en un error evidente. El Parlamento asentaba, en principio, que solo por una acta puede formarse convención: “*Una acta, decíase, es absolutamente necesaria para establecer que hubo una convención entre las partes.*” Toullier contesta que esta doctrina está en oposición con los más sencillos elementos de derecho. Las convenciones son perfectas por solo el consentimiento de las partes; se las redacta por escrito para tener

1 Caen, 29 de Enero de 1845 (Daloz, 1845. 4, 417).

de ellas una prueba fácil y segura, pero no por eso dejan de ser menos válidas y obligatorias sin la escritura. (1) Es inútil insistir sobre un principio que tantas veces hemos establecido. Notemos únicamente que Toullier, quien los demuestra muy bien lo ha olvidado alguna vez; de suerte que no se debe ser demasiado severo con los magistrados que lo desconocieron en el último siglo; prácticos ante todo, no tenían en cuenta sino los hechos; y cuando falta prueba literal y que la testimonial no es admisible, ¿qué le queda al demandante? La confesión y el juramento. Pruebas decisorias cuando se tiene que habérselas con un hombre de mala fe, y preciso es creer, que el adversario es de mala fe cuando niega la convención; su conciencia en este caso es de poco valor. Y cuando es imposible probar un contrato, necesariamente queda sin ejecución. En este sentido es como el Parlamento de París decía que una acta es necesaria para establecer que hubo convención.

208. Los autores del Código han mantenido la formalidad introducida por el Parlamento de París, pero no la prescriben como condición de validez de la convención. Delvincourt lo hizo ya notar: "el art. 1,325, dice, no pronuncia la nulidad de la convención pero solo la de las actas; es decir, que no se puede servirse de la acta para probar la convención; pero si ésta puede ser probada por todo otro medio aprobado por la ley, la ejecución deberá ser ordenada." Toullier establece este punto con un verdadero lujo de evidencia; (2) hemos hecho tan á menudo la distinción entre el acta y la convención que creemos inútil repetirla. Pero es bueno hacer constar que los autores del Código á la vez que desechan la falsa doctrina del Parlamento de París, hacen la misma confusión cuando tratan de motivar la disposición del

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 310, núm. 313.

2 También Colmet de Santerre, t. V, pág. 554, núm. 288 bis I. Aubry y Rau, t. VI, pág. 383, nota 32, pfo. 756 (3^a edición).

art. 1,325. Escuchemos al orador del Gobierno: "Para que una *acta* privada pueda *formar* un *compromiso* reciproco, es preciso que cada uno de aquellos que lo contrajeron pueda pedir su ejecución." ¿Es que es el *acta* la que *forma* el *compromiso*? ¿Y aunque una de las partes no pudiera pedir la ejecución por falta de prueba, esto impediría que el contrato fuese válido? Bigot-Préameneu habla como práctico; y desde el tiempo de Dumoulin los prácticos confundían la prueba con la convención, porque para ellas no hay convención cuando no puede ser probada por el acta. En el fondo, Bigot-Préameneu no niega principios que son incontestables; quizás los reconoce implicitamente: "Si no existe más que una copia del acta, dice, no puede servir de título sino á la parte que la posee." De título; es decir, de prueba, es, pues, aquí asunto de prueba. "Las demás partes quedan *como si no tuvieran derecho*, puesto que no tienen título para ejercerlo." Tienen un derecho, pero al sentir de los prácticos este derecho es ilusorio, puesto que es inesfincaz. "Cuando las partes no tienen un derecho que puedan realizar, el *compromiso* debe ser considerado como si no fuere reciproco, y desde luego, *es nulo*." Se ve aquí el peligro de un lenguaje inexacto; no, el *compromiso no es nulo*, es el *acta* que lo es, es la prueba literal que hace falta. Pero ¿acaso nos sucede todos los días probar convenciones por medio de testigos, con un principio de prueba por escrito y alguna vez por la confesión?" Despues de haber dicho que los *compromisos son nulos*, el orador del Gobierno concluye sirviéndose de los términos exactos del art. 1,325: "Es preciso, pues, para la validez de las actas privadas que contienen condiciones sinalagnáticas, que estén hechas por tantos originales cuantas partes, teniendo distinto interés." (1) La formalidad del duplicado no está, pues, exigida para la validez del acta; por tanto, el acta es la nula cuando no está hecha por du-

1 Exposición de los motivos, núm. 193 (LoCré t. VI, pág. 184).

plicado; la convención puede ser perfectamente válida ó a pesar de la nulidad del acta, aparte de la dificultad de la prueba.

Jaubert, el informante del Tribunado, comete la misma falta. Después de haber dicho que el acta privada no es válida sino cuando ha sido hecha por tantas originales cuantas partes hay con interés distinto, agrega: "Los motivos son evidentes; es porque no puede haber contrato sinalagmático sino cuando las partes se *ligan* igualmente, y que la igualdad de la *liga* no existe cuando depende de uno de los contratantes el substraerse á su antojo á la ejecución del acta ó el pedir su cumplimiento." (1)

209. Citamos las palabras de Jaubert, no para renovar nuestra crítica, sino porque nos ponen en la verdadera vía del motivo que hizo establecer la formalidad del duplicado. Este punto está muy controvertido; importa, sin embargo, precisar los motivos del art. 1,325, porque la interpretación de la ley depende de ellos. ¿Qué desean las partes que redactan un escrito de sus convenciones? Quieren tener una prueba literal de sus derechos y de sus obligaciones. Cuando cada una de ellas es deudora ó acreedora, les importa tener una prueba de sus estipulaciones y de sus compromisos; es, pues, necesario, que cada una de ellas tenga un original del acta, pues la que no lo tuviere quedaría á merced de las otras que podrían producir el acta ó suprimirla. La igualdad que debe reinar entre los contratantes exige, pues, que se redacten tantos originales del acta como partes teniendo distinto interés.

Tal es el motivo que los autores del Código dan de la formalidad del duplicado. ¿Por qué no se conforman con él los intérpretes? Se dice que si una de las partes se atiende á la buena fe de la otra, debe soportar las consecuencias de su imprudencia, pero que no es esta una razón para que el

1 Informe al Tribunado, núm. 11 (Looré, t. VI, pág. 226).

legislador nulifique la prueba escrita que existe. (1) La objeción nos parece ser de una extrema debilidad. ¡No es aca-
so para garantir los intereses de las partes por lo que el le-
gislador prescribe las formas? Debe, pues, organizarlas de tal
modo que todos los derechos sean igualmente resguardados.
Esta consideración basta para justificar la formalidad del ar-
tículo 1,325

Los motivos que han sido substituidos a los del legislador no tienen ni con mucho la misma fuerza. Desde luego, son sospechosos porque los ignoraba el legislador; son inventados por los intérpretes; descansan, pues, en una pura supo-
sición. Según Zachariæ, la circunstancia de que una acta
conteniendo una convención sinalagmática, no se hubiere re-
dactado sino con un solo original implicaría *presunción legal*
que dicha convención ha quedado en estado de simple pro-
yecto. ¿Puede haber una *presunción legal sin ley*? El artí-
culo 1,350 contesta que la presunción legal es la que se li-
ga por una *ley especial* a ciertas actas ó ciertos hechos. ¿Dónde
está la ley especial que establece la presunción imaginada
por Zachariæ? Buen cuidado tuvo el legislador de no esta-
blecerla. ¿Dónde está la probabilidad que las partes redac-
ten un *acta* y la *firmen*, cuando no han fijado sus conven-
ciones? ¿Se firma acaaso una *acta*, si ésta no contiene sino pre-
liminares que no sirven? Es inútil insistir; los editores de
Zachariæ se han apartado en este punto de la opinión del
jurisconsulto alemán, pero lo que ellos han aceptado no nos
parece más aceptable. Cuando solo existe un solo original,
dicen, aunque firmado por ambas partes, aquella contra la
que la ejecución de la convención es demandada puede sos-
tener que la convención es un simple proyecto, porque si
hubiere entendido obligarse definitivamente, hubiera pedido
un duplicado para tener una prueba de su obligación. Es te-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 379, nota 13, pfo. 736 (3^a edición). En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, pág. 554, núm. 288 bis II.

niendo en cuenta esta intención, como el legislador deniega al acta levantada por solo un original, el efecto de probar la conclusión definitiva de una convención sinalagmática. (1) Se puede ver que esto es siempre la opinión gratuita de Zachariæ; solo la *presunción legal* es lo que ha desaparecido. Hay otra suposición mucho más natural: es la que un solo original fué hecho por ignorancia, por olvido y alguna vez por cálculo, para reservarse el derecho de valer sobre el contrato, quitándose la única prueba que pudiera ministrarse. La convención está, pues, formalizada y definitiva; solo hace falta la prueba literal. Pero de que la prueba sea irregular no puede concluirse que no hubo convención. El buen sentido basta para asentar que mientras no hay convención, no se redacta acta alguna.

II. De las formas prescriptas por el art. 1,325.

I. Del duplicado.

210. "Las actas privadas que contienen convenciones sinalagmáticas, no son válidas sino cuando han sido hechas por tantos originales como partes teniendo distintos intereses" (art. 1,325). Cuando solo hay dos personas en una convención, un vendedor y un comprador, un prestamista y un deudor, cada una debe tener un original del acta, puesto que cada una tiene acción contra la otra en virtud del contrato. Tal es el caso ordinario, y es por esta razón por lo que la formalidad de la ley se llama del *duplicado*. Cuando figuran más de dos personas en un contrato, no debe necesariamente haber tantos originales como personas. Si cada una tiene interés distinto, cada una debe tener el suyo, pero si

¹ Aubry y Rau, t. VI, pág. 379, nota 13, pfo. 736. Esta es la opinión de Merlin y Marcadé. Debe agregarse a Mourlon quien combatiendo la opinión la admite, sin embargo (t. II, pág. 815, número 1,550). En sentido contrario, Larombière, t. IV, pág. 385, núm. 10 del art. 1,325 (Ed. B., t. III, pág. 20).

varias personas tienen interés común, basta que tengan un solo original. La ley lo dice terminantemente. ¿Cuándo puede decirse que varias personas tienen interés distinto, y cuándo lo tienen común? El asunto es importante, pues si una persona teniendo interés distinto no tiene original, el acta es nula y la nulidad del acta trae á menudo la imposibilidad de probar la convención.

Tomando como punto de partida una convención en la que figuran dos personas, puede decirse que aquella de las partes contratantes que en virtud del contrato tiene acción contra la otra, debe tener un original; si no lo tenía, quedaba en la imposibilidad de probar su derecho, y esto es precisamente lo que quiso impedir el legislador. Pero si dos personas tienen una sola y misma acción, es inútil que tengan dos originales, porque habiendo solo una acción basta un solo escrito para probarla. Tales serían dos copropietarios que vendiesen la casa que tienen en común; como covendedores tienen el mismo interés, porque no tienen sino una sola y misma acción; luego un solo original les basta para formar su demanda. Y si la demanda es formada por el comprador, será dirigida igualmente contra ambos vendedores; luego un solo original les bastará también para defenderse. Se dirá que puede presentarse un debate entre los copropietarios que vendieron para la liquidación de sus derechos. Sin duda, pero esta acción no nace del contrato de venta y si del hecho jurídico que produce la copropiedad; es extraña á la acta de venta y es, pues, inútil que los dos covendedores tengan cada uno un original de esa acta. (1)

La ley dice que cada una de las partes teniendo distinto

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 382, pfo, 756. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 556, núm. 286 bis IV. Larombière, t. IV, pág. 347, número 23 del artículo 1,525 (Ed. B., t. III, pág. 24). Ademas, 24 práctico, año XIII (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,036).

interés, debe tener un original del acta. Se entiende por original un ejemplar auténtico y portando todas las firmas de las partes que deben firmar; dirémos más adelante quién debe firmar. Es claro que una copia conteniendo la reproducción de las firmas no llenaría el deseo de la ley; esta copia sería perfectamente inútil a aquel que la tuviese, puesto que no tendría ninguna fuerza probante y es una prueba lo que el legislador quiso asegurar a cada una de las partes interesadas. (1)

211. Tal es el principio, la aplicación ha promovido muchas dificultades; citaremos algunos ejemplos de la jurisprudencia. En un contrato de venta, un acreedor del vendedor intervino en el acta y aceptó la delegación de una parte del precio que le hizo su deudor. ¿Tiene interés distinto y, por consiguiente, deben hacerse tres originales del acta? El acta no fué redactada sino por duplicado; el vendedor se prevaleció de ello para demandar la nulidad del acta. Fue juzgado que el acreedor tenía interés distinto, lo que no era dudoso. En efecto, el acta comprendía dos convenciones, una venta y una delegación del precio al acreedor del vendedor; la delegación no era una simple indicación de tercera persona encargada de recibir el precio, era una delegación perfecta implicando novación, lo que era decisivo. El acta de venta fué anulada. (2)

Un marido divide la comunidad con sus hijos después de muerta su esposa; todas las actas están redactadas privadamente y duplicadas. Uno de los hijos pidió la nulidad del reparto fundándose en la nulidad del acta de partición, la que había sido hecha por duplicado cuando debieron haberse escrito tres originales, puesto que tres eran los copartícipes. Esta demanda fué desechada. No había manifestamente más que dos intereses distintos, dijo la Corte de

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 555, núm. 288 ss. III.

2 Bruselas, 18 de Diciembre de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 539).

Bruselas, el del padre y el de los hijos que era igual para ambos. Luego bastaba una acta por duplicado. (1) En tesis general tiene razón la Corte; en una partición de comunidad solo hay dos intereses en presencia. El del conjunto viudo y el del los herederos muertos. Así es como la Corte de Casación ha validado una acta hecha por duplicado en la que la madre viuda cedia á sus hijos todos sus derechos, mediante un usufructo y una renta vitalicia; aunque hubiere varios hijos su interés era idéntico; luego un solo original bastaba para sostener sus derechos, ya demandando ya defendiéndolos. (2) Pero en el caso juzgado por la Corte de Bruselas había circunstancia particular que daba á uno de los hijos un interés distinto; era menor y la partición no había sido hecha en las formas requeridas por la ley, circunstancia que le daba una acción en nulidad que no tenía el otro hijo. En derecho, sus intereses eran, pues, distintos, necesitaban un original cada uno.

Una mujer casada interviene en un contrato sinalagmático como caucionante de los compromisos contraídos por su marido. ¿Tiene un interés distinto de aquel del deudor principal? La Corte de Casación decidió la cuestión afirmativamente. No había mucha duda; el interés de la mujer caución no se comprende con el del marido deudor; en efecto, la caución da á la mujer una hipoteca legal sobre los bienes de su marido; hé aquí dos intereses distintos y aun opuestos. No habiendo sido hecha el acta sino por duplicado, la Corte de París la anuló, y á pedimento de casación, la decisión fué confirmada por una sentencia de denegada. (3)

Dos hermanos instituidos legatarios por su tía con exclu-

1 Bruselas, 29 de Enero de 1818 (*Pasterisia*, 1818, pág. 23).

2 Denegada, 2 de Marzo de 1808 (Dallez, en la palabra *Obligaciones*, n.º 3,009).

3 Denegada, 23 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 115).

sión de su hermano mayor, subscriven un arreglo de familia por el que renuncian el beneficio del testamento y consienten en dividir la sucesión por partes iguales. ¿Debían de hacerse tres actas iguales? Uno de los hermanos avenajados lo pretendió así; pidió en apelación y casación; los dos hermanos instituidos legatarios tenían idéntico interés al que renunciaban sin estipular compensación alguna; podía, pues, sostenerse que la convención por ellos subscripta era una acta unilateral, lo que hacía el art. 1,321 inaplicable. (1) Con mayor razón no se necesitaba un original para cada legatario; en vano decía uno de los hermanos que el testamento le daba los muebles de su tía; si se hubiera reservado sus derechos habría sido necesario un original, para resguardar sus intereses, pero habiendo renunciado esos derechos, nada importaba que fuese legatario preferido. (2)

212. Las actas, en principio, deben ser formadas por todas las partes contratantes. Cuando solo hay un original esto es de evidencia, pero cuando hay varios, es necesario que cada una de ellos sea firmado por todos. Es de uso que aquel á quien es entregado el original no lo firme, y la jurisprudencia consagró este uso. ¿Para qué firmará el intríngante el duplicado que le es entregado? No lo necesita sino para probar las obligaciones de su contrario y basta con que éste firme; es inútil que aquel á quien entregarán las firmas porque no le hace falta una prueba contra sí mismo. Esto es tradicional. (3)

213. Ha sucedido que dos originales no concordaban. Se pregunta si el acta era válida y lo que deberá hacerse con

1 Compárese París, 27 de Enero de 1806 (Dalloz, núm. 4,005, 2º)

2 Bruselas, 1º de Agosto de 1837, y Denegada, 19 de Noviembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 195, y 1838, 1, 390).

3 Duranton, t. XIII, pág. 163, núm. 156, y todos los autores. Véanse las sentencias en el *Reportorio de Dalloz*, núm. 4,026. Es necesario agregar Bruselas, 16 de Noviembre de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 319); Renner, 15 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1874, 5,403, N° 10).

la cláusula inserta en uno de los originales y no en el otro. Ambos originales deben ser de una concordancia perfecta, pues es una sola y misma prueba de un solo y mismo hecho jurídico. De donde debe concluirse, á nuestro sentir, que la cláusula que no se halla insertada sino en un original, no hace fe por ser irregular; no está hecha por duplicado; luego es nula, toca á aquel que pretenda que hubo error, el probarlo. En el original del dador, se dice que el tomador debe pagar los derechos, mientras que esta cláusula no se halla en el original del tomador. El primer juez que decidió la cuestión, dijo que la cláusula no constando en ambos originales, no tenía ninguna fuerza probante; rehusó admitir la prueba contraria, porque el art. 1,341 no admite la prueba testimonial contra las actas y porque no había principio de prueba por escrito. Sobre este punto, la Corte de Apelación reformó la sentencia de primera instancia; no es probar contra el acta el probar el error ó el dolo. Después de instrucción y contra instrucción, la Corte de Caen decidió que la cláusula debía mantenerse porque el arrendatario había convenido en pagar la contribución. (1)

Cuando haya duda, ¿deberá aplicarse la regla según la que la convención se interpreta contra quien la estipuló y en favor del que contrajo la obligación? Así se pretende. (2) Nosotros creemos que el art. 1,162 es inaplicable; supone que la convención está probada y que no se trata sino de interpretarla, y en el caso, se trata no de interpretar una cláusula pero sí de establecer si existe. El juez puede decidir en favor del acreedor, como lo hizo la Corte de Caen. Igual decisión de parte de la Corte de Bruselas. (3)

1 Caen, 1º de Mayo de 1812. Compárese Rennes, 18 de Febrero de 1813 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4057).

2 Larombière, t. IV, pág. 369, núm. 45 del artículo 1,325 (Ed. B., t. III, pág. 32).

3 Bruselas, 8 de Diciembre de 1824, y Denegada, 25 de Febrero de 1833 (Pasicrisia, 1833, 1, pág. 44).

Excusado es decir que en caso de fraude toda prueba es admitida y que la cláusula agregada ó alterada fraudulentamente, debe ser borrada. En una acta de reemplazo, el agente de la compañía se había hecho *caucionante*; así lo decía el original del reemplazado; mientras que el original del agente decía que se comprometía. La Corte de Burdeos combatió el fraude y decidió en consencia que la cláusula de la caución sería mantenida. Hubo, sin embargo, casación seguida como se espera de una denegada. “Sí, dice la Corte, no hay conformidad absoluta entre ambos originales, la sentencia atacada reconoció y declaró formalmente que la diferencia era el resultado de un fraude y que este fraude era obra del demandante en casación, el cual, desde luego, no podía prevalecerse de la pretendida irregularidad. (1)

2. De la mención de los duplicados.

214. “Cada original debe contener la mención del número de originales que se sacan” (art. 1,325). Esta formalidad tiene por objeto impedir la mala fe, que siempre debe temerse cuando versan intereses pecuniarios. La parte que quisiera romper una convención podía suprimir el original que recibió ó negarlo; lo que obligaría á la parte adversa á probar que el acta fué duplicada; prueba difícil, y si no se podía hacer el acta, quedaría irregular y no podía servir de prueba. La mención prevee este fraude, puesto que cada una de las partes posee un original en que se inscribe la declaración; es decir, la confesión de la parte contraria que la formalidad de duplicado ha sido cumplida. (2)

215. La mención dice que el acta fué hecha por tantos originales como partes teniendo interés distinto; pero no hace conocer el número de los originales que han sido sacados. Se pregunta si la mención basta. La jurisprudencia y la ma-

1 Denegada, 16 de Mayo de 1859 (Dalloz, 1859, I, 373).

2 Mourlon, t. II, pág. 813, n.º 1,544.

yor parte de los autores se pronuncian por la afirmativa. (1)

Esto nos parece muy dudoso. Hagamos desde luego constar que la mención así formulada no está conforme al texto de la ley; el art. 1,325 dice que "cada original *debe* contener la mención de *número* del originales que se hacen." Y decir que el acta fué hecha por tantos originales como partes teniendo interés distinto, no es mencionar el *número* de originales; luego la formalidad no se ha cumplido. Se dirá que esto es apegarse demasiado servilmente al texto. Contestaremos que el espíritu de la ley exige este rigor. Existen varias partes interesadas: la una pretende que no ha recibido su original, aunque tiene un interés distinto del de los demás. ¿Se le opondrá la mención? No prueba nada en su contra porque los redactores del acta pudieron creer que una de las partes no tenía interés distinto. Luego pudiera suceder que una de las partes después de recibir su original lo negase, y no se podría probar su mala fe oponiéndole la mención. Esto es decir que la mención no prevee la mala fe, y que por consiguiente, no llena el objeto que se propuso el legislador.

Solo existe un caso en que la mención litigiosa sería equivalente; es cuando solo hay dos partes, por ejemplo un dador y un tomador. En efecto, la mención de haberse hecho el acta en tantos originales, como partes teniendo distinto interés, prueba que fué hecha por varios originales; y, en el caso, basta con que existan dos. (2) En otro caso, la Corte de Apelación decidió que la mención bastaba, pero agregó que el contrato había sido confesado y ejecutado, lo que cubría la irregularidad del acta, y es en este motivo en el que la sentencia funda su denegada. (3) La Corte de Burdeos pa-

1 Aubry y Ran, t. VI, pág. 333, pfo. 756. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,049.

2 Orléans, 11 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1861, 5, 382).

3 Iyón, 18 de Febrero de 1832, y Denegada, 4 de Julio de 1833 (Dalloz, núm. 3,833).

rece haberse decidido por la consideración de haber confesado las partes interesadas haber recibido un original. (1) Esta confesión sería insuficiente para cubrir la falta de la mención; en nuestro sentir lo sería también para cubrir su irregularidad, pues si las partes confiesan, también pueden negar, y es para impedir la negación fraudulenta por lo que la ley prescribe la formalidad.

216. La mención de haberse hecho el escrito por duplicado puede ser falsa; si la falsedad está probada, la formalidad legal no está cumplida y, por consiguiente, el acta será nula. En este punto no hay ninguna duda. (2) Pero ¿cómo establecer la falsedad de la mención? ¿Deberá inscribirse por falsedad? No. No se trata de una mención por la que un oficial público hace constar que llenó una formalidad prescripta por la ley. Son particulares los que mencionan el cumplimiento de una formalidad, y en las actas privadas todas las enunciaciones, todas las menciones, no son sino declaraciones; hacen fe hasta inscripción por falsedad del hecho material que las partes insertan en el acta, no hacen fe hasta inscripción por falsedad sino hasta prueba contraria de la sinceridad de lo que se dice en el acta. Luego la falsedad de la mención podrá ser establecida por la prueba contraria. La dificultad consiste en saber qué prueba será esta. El artículo 1,341 contesta la pregunta; no admite la prueba testimonial contra lo dicho en el acta; luego las partes no serán admitidas a probar por testigos que la mención del duplicado del acta es falsa. Estableceremos el principio y la restricción que recibe al tratar de la prueba testimonial. Se sigue de esto que la falsedad de la mención no podrá ser establecida sino por la prueba literal, por la confesión ó el juramento. (3)

1 Burdeos, 22 de Mayo de 1832 (Daloz, núm. 4,080, 4º).

2 Aubry y Ran, t. VI, pág. 383, nota 30, pfo. 756.

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 556, núm. 288 bis VII. Larombière, t. IV, pág. 352, núm. 28 del art. 1,325 (Ed. B., t. III, pág. 26).

La jurisprudencia está en este sentido. Cuando las partes interesadas alegan solo que la mención es falsa, sin ofrecer probar sus obligaciones, se comprende que el acta sigue haciendo fe; en justicia no basta afirmar, es preciso probar. (1) Decimos que se da fe al acta, en lo que toca á la mención, como por todo lo que en ella se dice en el sentido de que la prueba testimonial no es admitida. Esta es la disposición del art. 1,341; la jurisprudencia la aplica á las partes que sostienen que la mención es falsa. (2) En cuanto á los terceros, dirémos más adelante que el art. 1,341 recibe excepción cuando existe un principio de prueba por escrito; en este caso puede probarse por medio de testigos que no hubo duplicado, puesto que ningún original ha sido entregado á la parte que demanda la nulidad del acta. (3)

217. Se supone que no hay mención, pero consta que el acta ha sido duplicada; la formalidad ha sido, pues, llenada. ¿Resultará de esto que el acta sea válida? La negativa es segura. Jaubert lo dice en su informe al Tribunal y tal es la opinión de todos los autores. La ley exige dos condiciones para la validez del acta que encierra convenciones sinalagmáticas: primero que el acta se haga por duplicado y luego que se haga la mención del número de estos duplicados. Cada una de estas condiciones es de rigor; luego no basta con que se llene la primera para que el acta sea válida. Esta decisión está también en armonía con los principios generales. Cuando la ley prescribe so pena de nulidad, la mención del cumplimiento de una formalidad, el acta es nu-

1 Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,051. Bruselas, 12 de Agosto de 1867 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 420).

2 Bruselas, 14 de Marzo de 1864 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 243). Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 19 de Noviembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 1, 390).

3 Bruselas, 5 de Mayo de 1854, *Pasicrisia*, 1854, 2, 331. Compárense Gant, 19 de Enero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 75). Lieja, 6 de Noviembre de 1858 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 121).

la por el solo hecho de no existir la mención aunque la formalidad haya sido llenada. Hay una razón por tanta severidad; la mención es la garantía del cumplimiento de la formalidad; es, pues, menester de la mención, para que se alcance el objeto de la ley. (1)

III. A qué actas se aplica el art. 1,325.

218. El art. 1,325 se aplica á las "actas privadas que contienen convenciones sinalagmáticas." Tal es el texto; la formalidad del duplicado es, pues, prescripta solo para los contratos sinalagmáticos. El art. 1,102 define el contrato sinalagmático, aquel en que los contrayentes se obligan los unos hacia los otros, en el momento en que se forma la convención. Es lo que en lenguaje escolar se llama contrato sinalagmático perfecto; mala locución como ya lo hemos dicho, pues supone que existen otros contratos sinalagmáticos además de los definidos por el art. 1,102, contratos bilaterales imperfectos. Esta incorrección de lenguaje ha entrado tanto en nuestras costumbres, que Toullier critica la redacción del art. 1,325; el legislador, dice, hubiera debido decir "convenciones sinalagmáticas perfectas." (2) Nó, porque la ley ignora esta terminología; los autores son los que hacen mal con servirse de ella.

En el art. 1,325, es absoluto suponer que la ley pueda aplicarse á otras convenciones que las sinalagmáticas dichas perfectas. ¿Cuándo se redactan las actas? En el acto en que contraen las partes, si en ese momento cada una de ellas está obligada, cada una debe tener la prueba de la obligación que la otra parte contrae; luego el acta debe ser

1. Jaubert, 2º Informe, núm. 11 (Loeré, t. VI, pág. 227). Aubry y Rau, t. VI, pág. 333 y nota 31, pfo. 756. Larombière t. IV, página 352, núm. 29 del artículo 1,325 (Ed. B., t. III, pág. 26). Colmet de Santerre, t. V, pág. 556, núm. 338 bis VI.

2. Toullier, t. IV, 2, pág. 328, núm. 326.

doble. Pero si en aquel momento una sola parte queda obligada, la formalidad del duplicado no tiene razón de ser. ¿Qué importa que más tarde la parte que no está obligada se encuentre con obligación? ¿Pueden las partes prever un puro accidente, y en vista de esta eventualidad deberán redactar un duplicado lo más á menudo inútil? Esto no tendría sentido. Es en el momento del contrato cuando las partes deben saber en qué forma han de redactar su acta; si en aquel momento no hay convención sinalagmática en el sentido legal de la palabra, no habrá lugar á aplicar el artículo 1,325; el acta no necesitará duplicarse. (1)

219. La aplicación del principio no sufre dificultades varias; los caracteres que distinguen las convenciones sinalagmáticas y las convenciones unilateral esson características, si se atiende á las definiciones de la ley. Entre los contratos para los que la ley ha formulado los principios, solo hay cuatro que sean bilaterales por su naturaleza; la venta, el arrendamiento, la sociedad, y la transacción, á los que debe agregarse la partición. Es el más usual de los contratos, la venta, el que dió lugar á una controversia, aunque no había lugar á controversia. ¿En qué forma deben constar las subcripciones á obras de una librería? Esas subcripciones no son sino una promesa bilateral de venta, y esas promesas valen por la venta, puesto que hay consentimiento es reciprocó de ambas partes respecto á la cosa y á su precio; to es decisivo. De hecho, las cosas no pasan así; los libreros se contentan con un boletín firmado por el subscriptor. Estos boletines ¿hacen fe de la venta? La negativa es segura, puesto que está escrita en el art. 1.325. En vano se invoca el uso contrario, pues el uso no tiene fuerza para

1 Casación, 26 de Octubre de 1808 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,005, 3º)

derogar la ley. La jurisprudencia y la doctrina se han pronunciado por la aplicación del art. 1,325.

220. El contrato es unilateral cuando solo una de las partes está obligada hacia la otra en virtud de la convención. Tales son las promesas unilaterales de venta; la palabra indica que se trata de un contrato unilateral; la venta propiamente dicha no se realiza sino cuando la parte que aun no se había comprometido consiente después en vender ó en comprar. La promesa unilateral de comprar ó de vender no está, pues, sometida á la formalidad del duplicado. (1)

La caución es un contrato unilateral porque el caucionante solo se obliga hacia el acreedor; el acreedor no se obliga hacia el caucionante. Esta cuestión tan sencilla ha sido, sin embargo, llevada á menudo ante los tribunales. Lo que ilusiona á las personas poco familiarizadas con el derecho, es que el caucionante tiene derechos que ejercitar; goza del beneficio de división y de discusión, tiene recurso contra el deudor. Esto es verdad, pero para ejercer estos derechos, no necesita de duplicado; por el solo hecho de que se le persigue como caución, puede oponer los beneficios que la ley le concede, pues los tiene por la ley. En cuanto á su recurso basta probar que el pago ha sido hecho. Es, pues, inútil que tenga un doble del contrato al que accedió. (2) Poco importa que intervenga en el acta en que consta la deuda, ó que se obligue separadamente; en toda hipótesis el caucionante solo contrae una obligación hacia el acreedor, y éste no se obliga hacia él; luego no hay convención bilateral, lo que excluye la aplicación del art. 1,325. (3)

1 Bourges, 15 de Junio de 1841 [Dalloz, 1847, 1, 347].

2 Deuegada, 22 de Noviembre de 1825 (Dalloz, en la palabra *Cau-*
ción, núm. 365). Orléans, 29 de Mayo de 1815 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4007). Denegada, 3 de Abril de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 165).

3 Bruselas, 24 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 197) 28 de Diciembre de 1823 (*ibid.*, 1823, pág. 559) y Lieja, 24 de Junio de 1820 (*ibid.*, 1820, pág. 167).

Las cuentas que el deudor hace á su acreedor son igualmente actas unilaterales. En efecto, el acreedor no contrae obligación hacia el deudor: si la cuenta deja un saldo pendiente, el relictario solo será el obligado; si la cuenta se salda por completo el acreedor descargará al deudor con un recibo; en este último caso nadie queda obligado; luego en toda hipótesis el art. 1,325 es inaplicable. (1) Ha sucedido, sin embargo, para los finiquitos, lo que acabamos de decir de las cauciones; han dado lugar á frecuentes debates en lo que concierne á la firma. Se cree que el finiquito es una acta bilateral, porque la cuenta es rendida en virtud de un contrato bilateral; es un ranchero, por ejemplo, que arregla sus cuentas con su propietario. De que el arrendamiento es un contrato bilateral no debe concluirse que la cuenta cortada entre las partes es también un contrato sinalagmático. Nó, uno es el contrato de arrendamiento y otro es el contrato de finiquito. Cuando las partes interesadas cortan sus cuentas es para informarse de quién es deudor y quién acreedor y para determinar el monto de la deuda; cuando un arrendatario reconoce ser deudor por la suma fijada en el acta, no hay compromiso bilateral. El arrendatario solo se obliga á pagar la suma de que es deudor, ni siquiera existe la apariencia de una convención sinalagmática (2) así como no la hay en las cuentas que rinde un mandatario á su mandante. (3)

221. Hay contratos que son unilaterales por su naturaleza: ¿Pueden volverse bilaterales por la voluntad de las partes contratantes, es decir, cuando la parte que de ordinario no está obligada contrae una obligación en virtud de la con-

1 Larombière, t. IV, pág. 340, núm. 14 del artículo 1,325 [Ed. B., t. III, pág. 21]. Véase la jurisprudencia francesa en el *Repertorio de Dalloz*, núm. 4,009.

2 Lieja, 23 de Enero de 1824 (*Pasicrisia*, 1824 pág. 150).

3 Bruselas, 20 de Mayo de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 157). Comparese Sala de Casación de Bruselas, 18 de Julio de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 208).

vención? Hemos enseñado la afirmativa. La cuestión es controvertida, sobre todo en lo que concierne á la aplicación del art. 1,325. Cuando el mandato ó el depósito son gratuitos, el contrato es unilateral. ¿Se hace sinalagmático cuando el mandatario tiene sueldo? En nuestra opinión, sí; hay una convención sinalagmática; luego el texto del art. 1,325 es aplicable; cada una de las partes tiene acción contra la otra; luego cada una debe tener una prueba de la obligación contraída hacia ella. ¿Qué se dice en la contraria opinión? Duranton confiesa que la estipulación de un salario da al contrato el carácter de un *verdadero contrato sinalagmático*, puesto que ambas partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. La confesión es decisiva; desde que el contrato se hace bilateral, el art. 1,325 debe recibir aplicación. Duranton cita el art. 1,985 según el que el mandato puede ser dado aun por carta. Contestamos que lo mismo pasa en opinión general, con la venta, lo que no impide que cuando las partes redactan una *acta* estén obligadas á conformarse al art. 1,325. La objeción tiene mayor fuerza en la opinión que ensayamos defender; no admitimos que la venta en materia civil pueda probarse por correspondencia. ¿Cómo conciliar esta doctrina con el art. 1,985 en lo que concierne al mandato asalariado? ¿No deberá decirse que el art. 1,985 deroga al art. 1,325? Es difícil admitir que en una misma ley un artículo derogue á otro; hay otra interpretación, la más sencilla y, por consiguiente, la mejor. El legislador prevee el caso ordinario, y el mandato es gratuito por naturaleza; es, pues, al mandato gratuito, al que es preciso restringir la disposición del art. 1,985. Volveremos sobre este punto. En cuanto al depósito, Duranton se limita á decir que hay paridad de motivos.

Se da otra razón que es peor que la que acabamos de contestar. Se dice que el mandato y el depósito cesan según la voluntad del mandante y del depositante; y se concluye que

la obligación de pagar el salario no tendrá sino la duración que éstos quieran darle. ¿Y qué importa? Sin duda, cuando el mandato ó el depósito son revocados, el mandatario y el depositario no pueden reclamar salario por venir, pero lo pueden reclamar por lo pasado; luego tienen acción, y desde luego que la tienen deben tener un duplicado según el texto y según el espíritu de la ley. Hay otros contratos bilaterales que cesan por la voluntad de una de las partes: esto es de derecho para la sociedad y puede ser estipulado por el arrendamiento. ¿Es decir que estos contratos dejan de ser bilaterales y que no debe aplicárseles el art. 1,325? (1)

222. Los autores que enseñan que el mandato y el depósito son contratos unilaterales aunque el mandante y el depositante contraten obligaciones, admiten, sin embargo, que los contratos unilaterales por naturaleza pueden volverse señalagmáticos, si cuando el contrato á la parte no obligada, se compromete hacia la otra. Nos parece que la contradicción es evidente. La caución, según el parecer de todos, se vuelve contrato bilateral cuando un tercero se hace responsable por una deuda ya exigible, bajo compromiso tomado por el acreedor de no exigir el pago sino en un plazo convenido ó bajo otra condición que implica una obligación del acreedor. (2) A nuestro juicio, no cabe la menor duda, puesto que se está en el texto y en el espíritu de la ley. La jurisprudencia está en el mismo sentido. (3) Una venta se efectúa con cláusula para volver á comprar; los vendedores quedan en posesión á título de inquilinos; un tercero caucciona en su favor bajo la cláusula siguiente: si la facultad de compra no se efectúa en los dos años, el comprador no quedará

1 Durantou, t. XIII, pág. 157, núm. 150. Aubry y Rau, (t. VI, página 380, nota 26) se limitan á transladar á Duranton sin dar ningún motivo.

2 Duranton, t. XIII, pág. 159, núm. 152; Aubry y Rau, t. VI, página 380, y nota 21, pfo. 756.

3 Véanse las sentencias en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,007, 1º).

como propietario pero recibirá del caucionante el reembolso del precio que pagó y subrogará al caucionante todos los derechos del vendedor para recobrar la cosa. El acta no habiéndose hecho por duplicada el caucionante opuso la nulidad. Esta excepción fué desechada por la Corte de Dijon quien decidió que la caución era una acta esencialmente unilateral y que no cambiaba de naturaleza por las condiciones agregadas por el caucionante. Esta decisión fué casada. La cláusula agregada al acta se oponía al art. 1,662 el cual consagra definitivamente la adquisición, cuando la liberación no se ha hecho en el tiempo fijado; la cláusula modificaba, pues, la venta en el principal efecto que debía producir por la circunstancia de la cláusula de liberación; el comprador renunciaba sus derechos de propiedad, mediante la restitución del precio con obligación de ceder todos sus derechos al caucionante. De donde se deduce que el acta de caución encerraba de parte del acreedor un compromiso formal hágase el caucionante, aunque fuese la condición de la caución. Así, el caucionante se obligaba y el acreedor contrae á su respecto obligaciones correlativas. Desde luego el art. 1,325 era aplicable. (1)

Lo mismo sucedería, por identidad de motivos, si el deudor contrafá un nuevo compromiso hágase el acreedor por el acta de caución. (2) El acreedor consiente en prorrogar el plazo del pago y á cancelar la inscripción hipotecaria que había tomado, bajo la condición de caución que le ofrece el deudor; hé aquí obligaciones sinalagmáticas resultando de la caucion; desde luego el acta cae bajo la aplicación del artículo 1,325. (3)

223. Si en el momento en que se redacta el acta, la convención ha dejado de ser sinalagmática, ¿deberá sin embargo

1 Casación, 14 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 244).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 381, nota 22, pfo. 756.

3 Burdeos, 10 de Diciembre de 1830. Compárese Bastia, 4 de Julio de 1838 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, nám. 4,007, 2º y 3º).

go, redactarse el acta por duplicado? Así presentada, la cuestión debe decidirse negativamente; desde luego que ya no hay obligaciones reciprocas, se está fuera del texto y del espíritu del art. 1,325. (1) Se encuentra un ejemplo en una sentencia reciente de la Corte de Casación. El socio de una sociedad en comandita, se compromete á dejar su parte en las utilidades, si éstas exceden una cantidad determinada, á condición que la otra parte le reembolse su parte social; esta condición ha sido cumplida mediante remesa de valores pagados á su término, de suerte que el acta que fué redactada, tuvo únicamente por objeto el compromiso tomado por el comanditario; y esta obligación era puramente unilateral; luego no había lugar á aplicar el art. 1,325. (2) La decisión no es dudosa, si la entrega de valores tiene por objeto liberar al deudor, pero si no había sido aceptada sino salvo pago, lo que es lo ordinario, ya no sería exacto decir que la obligación del deudor se había extinguido; realmente, subsistía hasta el momento del pago de los valores; luego el acta, en esta hipótesis, debió ser hecha por duplicado.

Los autores aplican el principio á la venta cuando una de las partes ha ejecutado la obligación que le impone el contrato. Esto es incontestable cuando es el comprador el que paga su precio; no hay ya, en este caso, obligación sino á cargo del vendedor; luego es una obligación unilateral lo que coloca á las partes fuera del texto del art. 1,325; en el momento del acta, solo hay una convención unilateral que hace constar; luego el doble es inútil. (3)

Generalmente se aplica este principio al caso en que el

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 557, númer. 288 *bis* VIII.

2 Denegada, Sala de lo Civil, 21 de Junio de 1870 [Dalloz, 1871, 1, 294].

3 Aubry y Rau, t. VI, pág. 381 y nota 23, pfo. 756. Gand, 25 de Marzo de 1834 y 20 de Diciembre de 1839 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 84, y 1840, 2, 108). Bruselas, 9 de Junio de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 135). Lieja, 6 de Enero de 1836 (*ibid.*, 1836, 2, 2).

vendedor ha entregado la cosa antes de la redacción del acta. El comprador queda solo obligado, por consiguiente, el art. 1,325 no es ya aplicable. Esto nos parece muy dudoso. No es exacto decir que el vendedor no tiene otra obligación que la entrega de la cosa, está, además, obligado á garantirla; luego aun después de la entrega, las partes están obligadas recíprocamente, y, por consiguiente, cada una está interesada á tener un original del acta. ¿Qué se contesta á esta objeción? Que la garantía no es la obligación *directa* y *principal* del contrato. (1) Toullier olvidó lo que dice el art. 1,602, y es que el vendedor tiene dos obligaciones *principales*; la de entregar y la de garantir la cosa que vende. Por otra parte, en ninguna parte se dice que las obligaciones reciprocas deben ser directas y principales. M. Larombière confiesa que el comprador tiene un interés manifiesto en tener un original del acta que le sirva para ejercer su recurso en garantía contra el vendedor. La confesión es decisiva y testifica en contra de la opinión general. En vano M. Larombière agrega que el interés del comprador no basta, y que debe fundarse en la existencia de una convención sinalagmática. (2) ¡Razón singular! Precisamente porque el contrato es sinalagmático y así permanece después de la entrega de la cosa, es por lo que el comprador está interesado en tener un duplicado.

La jurisprudencia es tan inconsecuente como la doctrina. Hay una sentencia de la Corte de Casación que decide que el art. 1,325 no es ya aplicable cuando el vendedor ha entregado el objeto vendido al comprador, en el momento en que se escribe el acta. La sentencia está apenas motivada. (3) La misma Corte ha juzgado que no había lugar á

1 Toullier; t. IV, 2, pág. 330, núm. 328.

2 Larombière, t. IV, pág. 347, núm. 21 del artículo 1,325 (Ed. B., t. III, pág. 24).

3 Denegada, 8 de Mayo de 1821 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,017, 1º) Compárese Montpellier, 10 de Junio de 1823 (Dalloz, en la palabra *Venta*, nám. 77, 2º)

aplicar el art. 1,325 cuando el vendedor se reserva el usufructo de los bienes que son objeto de la venta. La Corte de Burdeos, habrá decidido lo contrario invocando el argumento de Toullier: ninguna obligación principal ó inmediata no pudiendo nacer de la reserva de usufructo, pero solo una acción secundaria ó incidente. Este argumento no impresionó á la Corte de Casación. Dice que la venta con reserva de usufructo es un contrato que engendra obligaciones recíprocas, importando poco que cada una de las partes esté en la necesidad actual de promover contra la otra para obtener la ejecución de sus compromisos; basta que esta necesidad pueda manifestarse en cualquier momento para que el duplicado sea necesario. (1) Esta argumentación se aplica en el caso en que el vendedor ha hecho entrega y ha quedado obligado por la garantía. Notemos, además, la mala redacción de la sentencia de casación. Cuando la venta con reserva de usufructo, dice la Corte, se hace privadamente, es necesario, *para formar la liga de derecho*, que cada una de las partes esté provista de un título con ayuda del cual pueda obligar á la otra parte á la ejecución de los compromisos que nacen del contrato. Nō, no es la redacción del escrito lo que forma la *liga de derecho*; el contrato existe cuando el escrito está redactado. Señalamos las expresiones inexactas porque nuestra ciencia exige la precisión del lenguaje, tanto como la de las ideas.

La cuestión que disentimos no tiene sino un interés de teoría; la ejecución de un contrato de venta por la entrega que el vendedor hace de la cosa vendida, cubre la nulidad de la acta, como lo vamos á ver. (2) Por esto es que no insistimos en otras dificultades que se presentan en la opinión generalmente seguida.

1 Casación, 31 de Enero de 1817 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, n.º 405).

2 Duranton, (t. XIII, pág. 152, n.º 146) lo hace notar.

224. Hay una cuestión de prueba más difícil. Se pregunta si el art. 1,325 se opone á que los contratos se hagan por correspondencia. La cuestión no está claramente presentada. Se puede, seguramente, tratar por correspondencia en lo que concierne á la validez de la convención; desde que hay concurso de consentimiento, el contrato existirá; pero las cartas cambiadas, ¿harán fe de las convenciones fijadas entre las partes? Tal es la verdadera dificultad. En asunto de comercio, las ventas así como los contratos, se prueban por la correspondencia; pero el Código Civil no contiene disposición análoga á la del art. 109 del Código de Comercio. El art. 1,985 es el único que trata de las cartas como medio de prueba; dispone que el mandato puede ser dado por acta pública, ó por escrito privado, *y aun por carta*. Esta expresión marca que la prueba por carta es enteramente excepcional, no figura en el capítulo que trata de las pruebas. El art. 1,341 nos parece decisivo. "*Debe levantarse acta* ante el notario ó bajo firma privada por toda cosa excediendo la suma ó el valor de 150 francos." No hay, pues, otra prueba literal sino la de las actas; y cuando se trata de redactar una acta por una convención bilateral, es necesario observar las formas prescriptas por el art. 1,325, so pena de nulidad, y esas formas son incompatibles con la correspondencia.

La opinión contraria es generalmente la que se sigue. Toullier profesó al principio la opinión que acabamos de enunciar. Merlin habiéndola combatido, pasó más tarde á la del ilustre magistrado. ¿Cuál es, pues, la argumentación invencible que convirtió á Toullier? Toullier no gusta del art. 1,325, y Merlin lo detesta; hé aquí el sentimiento que aproxima á los dos adversarios: "Toda ley contraria al derecho común y sobre todo á la razón, debe ser entendida en el más estrecho sentido." Y tal es el art. 1,325. No comprende textualmente en su disposición las convenciones si-

nalagmáticas formadas por correspondencia; luego la prueba por correspondencia es admisible. Troplong reproduce este raciocinio en otros términos: El art. 1,325 es un error legislativo; luego no debe extenderse á la correspondencia. Admitamos todo lo malo que se dice del art. 1,325; ¿qué prueba todo esto? La cuestión es saber si la correspondencia es una prueba legal; y el silencio de la ley basta para decidirlo negativamente. Troplong cita además un trozo del jurisconsulto romano Paul, y luego dice que las cartas no son actas. Eh! es precisamente porque no son actas por lo que no pueden dar la misma fe que dan las actas. Se dice que la ley no puede exigir lo imposible: ¿pero en qué consiste la imposibilidad para que dos correspondentes cambien duplicados? Y si no tienen confianza el uno para el otro, ¿dónde está la imposibilidad para que den poderes para consentir la convención y redactar una acta? (1)

Merlin cita una sentencia de la Corte de Casación que, según él, hubiera declarado en términos expresos que el artículo 1,325 era sin aplicación á las convenciones sinalagmáticas formadas por cartas misivas. La sentencia está lejos de ser tan explícita; la Corte se limita á hacer constar que la sentencia atacada se decidió según las piezas y una correspondencia escrita; (2) no interpretó el art. 1,325, puesto que el proceso estaba regido según el derecho antiguo. La cuestión volvió á presentarse ante la Corte de Casación en 1846; la sentencia de denegada que pronunció, no sanja la dificultad de derecho. La sentencia procede de la Sala de lo Civil y ha sido pronunciada después de deliberación en la Sala de Consejo. La Corte comienza por asentar en principio "que

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 326, númer 325. Merlin, *Reportorio*, en la palabra *Duplicado*, númer 11 (t. IX, pág. 249). Troplong, *Venta*, número 21, pag. 27, Ed. B. Larombiere, t. IV, pág. 363, númer 44 del artículo 1,325 (Ed. B., t III, pág. 31).

2 Denegada, 14 febrero, año XIV. (Merlin, *Reportorio*, en la palabra *Duplicado*, númer 9).

la venta es una convención sinalagmática que, fuera de algunos casos en que la ley admite la prueba testimonial, debe ser redactada por escrito y hecha en los términos del art. 1,325, por tantos originales como partes teniendo interés distinto.” Este principio basta para sanjar la cuestión en el sentido de nuestra opinión. En el caso, se trataba de una pretendida promesa de venta bilateral; la Corte decide que es regida por el principio que acabamos de asentar. La promesa de venta estaba hecha por carta, y no constaba que hubiese sido aceptada antes de la revocación de la oferta; luego la convención no estaba formada, la correspondencia solo probaba simplemente la oferta; es decir, una policiación que no es una convención y que, por consiguiente, no caía bajo la aplicación del art. 1,325. (1)

IV. Consecuencia de la irregularidad.

225. Cuando el acta no ha sido hecha por duplicado no es válida, según lo prescripto por el art. 1,325; es decir, que no hace prueba de la convención. ¿Qué debe decirse si el acta no contiene la mención del número de originales que han sido redactados? La ley no dice que el acta sea nula por falta de esta mención; pero la nulidad resulta de los principios generales de derecho; la formalidad es esencial, puesto que sin la mención, la garantía del duplicado sería decisoria; hay, pues, nulidad virtual por la doctrina consagrada en jurisprudencia. Este punto no es dudoso. (2)

226. ¿Cuál es el carácter de esta nulidad? Cada parte puede prevalecerse de ella, pues es para resguardar el interés y el derecho de cada una de las partes por lo que la ley ha prescripto la mención. En cuanto á los terceros ha sido juzgado que no pueden invocar la nulidad cuando las partes con-

1 Denegada, 21 de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 1, 19).

2 Bruselas, 2 de Diciembre de 1807 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 78).

tratantes declaran estar suficientemente ligadas. (1) Esto es de toda evidencia. La mención solo es una cuestión de prueba, así como la formalidad del duplicado. Si las partes reconocen el contrato, éste se haya probado por este hecho; los terceros no tienen, pues, ningún derecho ni interés en prevalecerse en un vicio de forma.

227. La nulidad del acta no implica la nulidad del contrato. Hemos dicho adelante (núms. 98, 99 y 121), que Toullier estableció este principio con una evidencia matemática. Tal es también la opinión de los demás autores. La jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido, pero no sin titubear; es extraño ver á menudo suscitarse una cuestión sobre un principio elemental que para todo jurisconsulto debería considerarse como fuera de toda discusión. Las cortes de Bélgica jamás han variado. Desde los primeros años que siguieron la publicación del Código Civil, la Corte de Bruselas estableció muy bien que las formalidades del art. 1,325 solo tenían por objeto la prueba literal, lo que resulta del mismo lugar que ocupa; si el acta es nula no habrá prueba literal; esto no impide la convención de ser válida á reserva de que las partes lo prueban por una de las vías legalmente admitidas por el Código. (2) En 1841, la cuestión fué llevada ante la Corte de Casación. Se invocaba la Exposición de los motivos de Bigot-Préameneu y el informe de Jaubert; hemos dicho que los autores del Código al consagrar los verdaderos principios, los motivaron muy mal. Hé aquí como una relación inexacta llega á ser una autoridad que se voltea en contra de la ley. El Procurador General De Cuyper, aquel excelente jurisconsulto muerto demasiado temprano, contesta á las malas razones de la apelación; los discursos de los oradores del Gobierno y del Tribunalado

1 París, 23 de Agosto de 1823 (Dalloz, núm. 4,048).

2 Bruselas, 9 de Enero de 1813 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,052, 1º). Compárese 2 de Agosto de 1837 (*Posterioris*, 1837, 2, 1,999).

no hacen ley; y la ley es precisa y los principios no dejan ninguna duda; el Procurador General castiga la inmoralidad de la opinión contraria que consiste en decir: no estoy ligado aun cuando haya consentido porque el acta no fué hecha por duplicado. La Corte de Casación, se comprende, desechó el pedimento y concretó en su sentencia las fuertes conclusiones del Ministerio Público. (1) A pesar de esta decisión irrefutable, la opinión contraria volvió á ser presentada ante la Corte de Bruselas en 1857; la Corte la desechó sin hacerle el honor de una refutación. (2)

El intérprete debe combatir el error donde quiera que lo encuentre, y sobre todo en las decisiones judiciales porque gozan de mayor autoridad. La Corte de Caen ha negado el principio que Toullier estableció con tanta evidencia sin pretender que las convenciones de las partes dependiesen de la validez de la prueba; pero cuando las partes han redactado convenciones por escrito, se presume con razón que entendieron hacer depender de ellas, la validez del acta por medio de la cual las han hecho constar; y esta validez presumida es una parte esencial de la convención, sin la cual ésta dejaría de existir. (3) ¿Quién es ese que presume? ¿Es el legislador? Habló y dijo que no hay presunción legal sino ley especial (artículo 1,350), y la ley especial que presume que el escrito es de la substancia del escrito no existe. ¿Es el magistrado el que promueve? El art. 1,353 le enseña que no tiene el derecho de juzgar por presunciones, excepto en el caso que la ley admite la prueba testimonial. No debe decirse como lo hace Dalloz, que este rigor formalista está en oposición con los principios de la legislación moderna; esto es combatir una doctrina falsa por una venalidad; es menester decir, y lo

1 Denegada, 12 de Junio de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 1, 223).

2 Bruselas, 7 de Abril de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 381).

3 Caen, 23 de Abril de 1822, y 20 de Noviembre de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 4,097 y 4,053, 2º).

hemos probado hasta saciedad, que la doctrina de la Corte de Caen está en oposición con los principios los más elementales y esenciales del derecho.

Existen sentencias más peligrosas; no contradicen abiertamente la ley pero evitan su aplicación fundándose en las circunstancias de la causa. (1)

Esto es una manera cómoda de juzgar y que dispensa todo conocimiento de derecho. ¿Qué son esas *circunstancias de la causa*? No pueden ser sino las presunciones, cuando la Corte no invoca escritos ni testimonios. ¿Puede establecerse un contrato en presunciones cuando ni la prueba testimonial es admisible? Todo lo que puede sostenerse es que el acta irregular y nula en la forma, constituya, sin embargo, un principio de prueba por escrito y autoriza, por consiguiente, la prueba testimonial. Volveremos sobre este punto.

228. Ya hemos discutido la razón en derecho. De hecho, es cierto que las partes pueden convenir que la validez del contrato dependerá de la redacción de un escrito hecho conforme á la ley. Ya lo hemos dicho, pero para que esto sea así, es preciso que las partes contratantes declaren expresamente que tal ha sido su voluntad; esto es una excepción al derecho común y las excepciones nunca se presumen. Esto es tan verdadero así que se halla apenas un ejemplo en la jurisprudencia: es una cuestión de escuela en la que es inútil detenerse.

229. ¿La parte que produce el acta irregular en justicia, puede prevalecerse de la falta de mención? Nó, por la muy sencilla razón que produce una acta en justicia, es solicitar su ejecución; y la ejecución, como vamos á decirlo, cubre la nulidad del acta. La doctrina y la jurisprudencia es-

1 París, 14 de Diciembre de 1833 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,072).

ser. (1) Se pregunta por qué el legislador solo prevee la falta de la mención cuando el artículo prescribe dos formalidades distintas, el duplicado y la mención. Es que la falta de la mención implica la falta del duplicado, y aunque éste existiera, es como si así no fuera. En efecto, desde el momento en que el duplicado no se menciona, depende de las partes interesadas suprimir el original que les fué entregado y sostener que el acta es nula por no haberse hecho por duplicado; el interés práctico de la inobservación de las formas que la ley prescribe, se concentra, pues, en la falta de la mención.

232. La ejecución implica una renuncia al derecho de promover, aunque no sea más que parcial. En este punto todos están de acuerdo. Poco importa por ejemplo que el comprador no pague sino una parte del precio, este pago parcial es una confirmación ó una confesión; luego se está en el texto y en el espíritu de la ley. Se ve por este ejemplo cuál es el interés de la disposición que no permite oponer la irregularidad del acta cuando hay ejecución de la convención; se puede estar de acuerdo sobre la existencia de la convención sin estarlo sobre las cláusulas y las condiciones que han sido suspendidas. Si hay una acta aunque irregular, probará cuáles son las obligaciones de las partes contratantes, puesto que aquel que ha ejecutado la convención no puede oponer la irregularidad del acta; el escrito hará, pues, fe como si fuera regular. (2)

233. ¿Cuál es el efecto de la ejecución de la convención por una de las partes? No hay ninguna duda cuando esta ejecu-

1 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, núm. 4,060. Es necesario agregar: Bruselas, 27 de Noviembre de 1^{er}24 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 231); Lieja 21 de Marzo de 1834 (*ibid.*, 1834, pág. 79) y 5 de Julio de 1871 (*ibid.*, 1^{er}71, 2, 354).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 385, nota 36, pfo. 756. Denegada, 7 de Octubre de 1813 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,063) y 29 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1854, 1, 392). Lieja, 24 de Junio de 1820 y 24 de Marzo de 1834 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 167 y 1834, 2, 80).

ción implica también ejecución de parte del otro contratante, lo que ordinariamente tiene lugar en los contratos sin-
alagmáticos. El comprador ejecuta contrato pagando su precio al vendedor; también lo ejecuta recibiéndolo; hay, pues, ejecución por parte de ambos contratantes, por consiguiente, ninguno de ellos puede oponer la irregularidad del acta. Pero puede suceder que la ejecución por una de las partes no implique ejecución por parte de la otra. Tal sería el caso en que el comprador pagaría el precio ó parte de él á un tercero acreedor á quien el vendedor hubiera hecho delegación el arrendador queda, en este caso, extraño al pago, no es él quien lo recibe; resultará que el comprador no podía oponer la irregularidad del acta pero nada impediría que el vendedor pueda prevalecerse de ella. (1)

234. Puede suceder que la ejecución conste en acta. Dice por ejemplo que el comprador ha pagado el precio ó parte de él; es este el caso de aplicar el art. 1,325? Nó, cualquiera que sea la aplicación que se le dé á nuestro juicio (núm. 230) el acta irregular no hace prueba; si no prueba la convención, tampoco puede probar la ejecución que en ella consta, y por consiguiente, la ejecución no cubre la nulidad del acta. (2) Según la opinión de Merlin, se da otra explicación. El acta ejecutada no prueba la conclusión definitiva de la convención, luego cuando hace constar el pago de una cuenta, es preciso que este pago haya sido hecho á cuenta de la convención que las partes se proponían hacer, previsión que no se realizó. (3) Citamos esta explicación porque á nuestro sentir ella es la mejor prueba de que el sistema de Merlin no es sino pura sutiliza. ¿Acaso se paga á cuenta de un proyecto? La

1 Duranton, t. XIII, pág. 168, núm. 162, Marcadé, t. V, pág. 48, núm. 4 del art. 1,325. Aubry y Rau, t. VI, pág. 386, pfo. 756. Lacombière, t. IV, pág. 352, núm. 30 del art. 1,325 (Ed. B, t. III, página 17).

2 Toullier, t. IV, 2, pág. 337, núm. 337. Bruselas, 8 de Diciembre de 1807 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 78).

3 Aubry y Rau, t. VI, pág. 386, nota 38, pfo. 756.

vida real ignora esas hipótesis de escuela, y nuestra ciencia es una faz de la vida.

235. Las partes no ejecutan la convención, pero la confiesan. ¿Pueden aún prevalecerse de la irregularidad del acta? Ha sido juzgado que las partes promovientes que reconocen la convención no pueden ya oponer el vicio de forma. (1) Esto es de evidencia cuando la confesión se hizo en justicia, puesto que la confesión judicial hace plena fe (artículo 1,356). No sucederá lo mismo con una confesión extrajudicial, á no ser que conste por escrito; si la confesión es verbal, no puede hacer fe sino en el caso de que, por excepción, la prueba testimonial es admisible (art. 1,355).

236. Las partes depositan el acta irregular en casa de un notario. ¿Cubre este depósito los vicios del acta? La afirmativa es admitida por todos, pero existe una gran divergencia de parecer en cuanto á los motivos para decidirlo así. Mas parece que el depósito constado por el notario, es una confesión de las partes que depositan el escrito en sus manos; es un reconocimiento auténtico de la existencia de la convención; debe, pues, decirse de la confesión lo que el art. 1,325 dice de la ejecución: las partes no son de admitirse á oponer la irregularidad del acta cuando confiesan la convención. El espíritu de la ley no deja ninguna duda. ¿Por qué el art. 1,325 prescribe duplicados y mención del número de originales? Es para que una de las partes que no tenga acta, no se halle á la merced de la mala fe de la que tiene un original y podría destruirlo ó negar su existencia. Este motivo desaparece cuando las partes han depositado el acta en el estudio del notario público. Ya no depende de ellas destruir la prueba de la convención, puesto que su confesión escrita, hace prueba de la existencia de la convención; además, el acta que han depositado, no está ya á disposición suya, se ha hecho irrevocable e independiente de su voluntad.

1 Denegada, 16 de Mayo de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 373).

tad, tanto como si hubiera duplicado: Estos son los términos de una sentencia de la Corte de Paris. La Corte de Burdeos agrega que el depósito asegura el derecho de todas las partes y garantiza la igualdad de posición que la ley quiso asegurarles. Hé aquí más motivos de los que se necesitan para justificar la decisión. Se han buscado otros. (1) MM. Aubry y Rau, dicen que el depósito es una acta de ejecución y entra, por consiguiente, en el texto y en el espíritu del art. 1,325. (2) Esto no es exacto. El vendedor y el comprador que depositan el acta, aun no han entregado la cosa y pagado el precio; luego no hay ninguna ejecución. Tampoco puede decirse, como parecen hacerlo las sentencias que acabamos de citar, que la formalidad del depósito equivale á las del art. 1,325; es de principio que no hay equivalencia en materia de formalidades: si el legislador lo hubiese establecido el intérprete no lo puede hacer. Debe, pues, dejarse á un lado el art. 1,325. A nuestro juicio, el principio de la confesión da una explicación satisfactoria.

Resulta que el depósito no tiene efecto sino con relación á las partes que lo han consentido; para que el acta, aunque irregular, haga fe con relación á todas las partes interesadas, es preciso que todas hayan concurrido al depósito. Si solo una de ellas ha concurrido al depósito, no podrá, es verdad, oponer la nulidad del acta, pero la que no concurriera, conserva todos sus derechos. (3) Si se admite el principio de la confesión, esto es incontestable, puesto que ésta no hace fe sino para con aquel de quien sale.

237. Hemos supuesto que el depósito ha sido hecho en la notaría, lugar en que se levantó acta de él. ¿Qué debe de-

1 Paris, 27 de Enero de 1806; Burdeos, 13 de Diciembre de 1843 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,005, 2º y 4,073, 2º) Dene-gada, 29 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1854, 1, 392).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 386, nota 39, pfo. 756 (3º edición).

3 Burdeos, 13 de Marzo de 1849 (Dalloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 1,123).

cidirse si las partes depositan el acta en manos de un particular? Si se admite el principio de la confesión que acabamos de aplicar al depósito hecho ante notario, es preciso aplicar la misma decisión al depósito que se hace en manos de un particular, siempre que las partes redacten una acta de depósito.

Esto sería una confesión escrita, y semejante confesión hace fe por la convención. Es verdad que hay una diferencia entre el depósito recibido por un oficial público y el que recibe un particular. El notario garantiza la conservación del acta y le imprime así esa *irrevocabilidad* que el legislador quiso asegurar á cada una de las partes contratantes; mientras que el depósito en casa de un particular no presenta esa ventaja. Pero esta objeción no toca al fundamento del principio que invocamos. ¿Hay confesión, y prueba escrita de ella? Tal es la verdadera dificultad, y nos parece que así planteada, la solución no es dudosa. La Corte de Casación se pronunció en favor de esta opinión, pero sin motivar su decisión. (1)

Núm. 3. Artículo 1,326.

I. Principio.

238. El art. 1,326 prescribe una formalidad particular para las actas que contienen una promesa unilateral de planta ó cosa fungible. Estas actas deben ser escritas por entero de puño y letra de aquel que las subscrive, ó cuando menos, que además de su firma escriba la palabra *bueno* ó *aprobado*, más la suma ó cantidad de la cosa escrita en letras. Es lo que la ley llama pagarés. Esta formalidad fué introduci-

1 Denegada, Sala de lo Civil, 11 de Diciembre de 1871 (Daloz, 1872, 1, 91). Compárese Grenoble, 2 de Agosto de 1839; en sentido contrario, Caen, 24 de Abril de 1822 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,077).

da por una declaración del rey el 22 de Septiembre de 1733. La Exposición de los motivos dice que las promesas privadas por valor en efectivo han sido siempre un motivo de fraude y de trampas. Se abusa de la firma en blanco para escribir una convención que no fué determinada por las partes; se altera fácilmente la cifra de la suma que el deudor se obliga á pagar, ó se le sorprende con una firma que da en confianza sobre lectura supuesta, ó aun sin lectura alguna. El temor de las penas impuestas á la falsedad no siempre intimida á la maldad; el legislador quiso, dice el orador del Gobierno, paralizar el mal en su fuente. (1) Toullier critica acremente esta formalidad. No llena su objeto, dice, pues no previene eficazmente el abuso de las firmas en blanco ni las sorpresas de firmas. Y cuando el acta es sincera, aunque la formalidad no se haya llenado, la ley favorece á los deudores de mala fe en perjuicio de los acreedores de buena fe. (2) Se le ha contestado que no hay ley que llegue á prevenir siempre el fraude. ¿Es esto una razón para dejar amplio camino á la mala fe, y el legislador no debe hacer nada porque no lo puede hacer todo? De que el acreedor no cuide que se llene la formalidad, sucede que debe pagar la consecuencia de su descuido; las leyes se hacen para aquellos que vigilan sus derechos. (3)

239. El art. 1,326 no es una disposición general aplicable á todos los compromisos unilaterales, es una disposición especial que solo recibe aplicación á las promesas de efectivo ó de cosas *apreciables*. Esta última palabra está mal escogida pues todo es apreciable; la ley se aplicará, pues, á todas las cosas; el final del art. 1,326 limita lo que la expre-

1 Exposición de motivos, núm. 194 (Loeré, t. VI, pág. 181). Comparese el informe de Joubert, núm. 12 (Loeré, pág. 227).

2 Toullier, t. IV, 2, pág. 279, núms. 277-279. Duranton, t. XIII, pág. 178 núm. 163.

3 Larrumbière, t. IV, pág. 374, núm. 3 del artícuo 1,326 (Ed. B., t. III, pág. 35).

sión *apreciable* tiene de demasiado vago. El *bono* debe contener en toda letra la *cantidad* de la cosa, lo que supone cosas fungibles; es en este sentido en el que el informante del Tribunado explica la ley: "Nuestro proyecto, dice, extiende la declaración de 1733 al compromiso de entregar una cosa apreciable. Hay para esto la misma razón que para las cantidades de dinero. Si, pues, se trata de una promesa de entregar una cantidad de trigo, si aquel que subscribe una promesa no la escribió de su puño y letra, es necesario que además de su firma escriba un *bueno por*, ó un *aprobado por*, y en seguida la cantidad de trigo escrita en letras." Tan fácil sería alterar una cifra por una cantidad de cosa fungible, como una cifra marcando una suma de dinero. (1)

La ley no se aplica á las obligaciones unilaterales. Es de uso agregar á los poderes dados en blanco las palabras: *Bueno para poder*. Basta leer el art. 1,326 para convencerse de que no recibe aplicación á los poderes; la ley no quiere que el vale exprese en toda letra la suma ó la cantidad de la cosa que el deudor se obliga á prestar; esto nada tiene de común con el poder, aunque el mandato diera poder para pedir prestado una suma determinada, pues el mandato no hace constar una deuda. (2) Para que haya lugar á aplicar el art. 1,325 es menester que la obligación se resuma en una cifra; es preciso además, que esta cifra indique una suma de dinero ó una cantidad de cosas fungibles; de manera que la formalidad del *vale* no sería aplicable á una promesa de objetos ciertos y determinados. El legislador no entendió reprimir sino á los casos usuales de fraude, y éste solo se practica para las obligaciones de dinero.

240. El art. 1,326 dice: "el vale ó la promesa probada por los que una sola parte se obliga hacia la otra á pagar

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 239, y nota 48, pfo. 756, y todos los autores.

2 Compárese Dénegada, 6 de Febrero de 1861 [Daloz, 1861, 1, 367].

una suma de dinero," ¿Qué debe entenderse por las palabras *una sola parte*. Se ha pretendido que esto quiere decir que una sola persona; de manera que la ley no se aplicaría al caso en que hubiere codeudores conjuntos ó solidarios. Esta interpretación es contraria al texto y al espíritu de la ley. El art. 1,326 debebe ser aislado del art. 1,325: uno de estos actos prevee el caso de las convenciones *sinalagmáticas*, y por oposición á estas convenciones en las que las *dos partes* contratantes están obligadas, el art. 1,326 habla de la promesa en la que una de las partes se obliga hácia la otra á pagar una suma de dinero sin que esta última contraiga por su lado obligación. Estas palabras *una sola parte* indican, pues, un compromiso unilateral; poco importa que lo subscriba una ó varias personas, y poco importa que los deudores sean ó no solidarios. Esta es la opinión de todos los autores. (1)

Decimos que la formalidad del vale es aplicable cuando los deudores son solidarios. Si uno de ellos escribe el bono, el otro deberá poner un *aprobado* en toda letra. Así se hará con un vale subscripto por los esposos. La jurisprudencia, despues de titubear, se ha pronunciado en este sentido. (2) No vemos en ello ninguna duda seria. Se dice que no hay sorpresa que temer cuando el marido ha escrito el vale y que la mujer lo firma. De hecho, esto es posible, pero puede suceder que haya sorpresa por lo que toca á la mujer quien firmará siempre por confianza. Esto basta para que la ley deba recibir su aplicación. Creemos inútil insistir. Note- mos solamente la formalidad del vale que concierne solo al acta; queda extraña la validez de la obligación; no hay,

1 Toullier, t. t. IV, 2, pág. 300, núm. 301 y todos los autores.

2 Bruselas, 23 de Julio de 1811 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 4,116. 2 de Mayo de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 61). Comparense las sentencias citadas por Dalloz, núms. 4,116 y 4,117 y las sentencias de la Corte de Casación, núm. 4,118.

pues, que decir como la Corte de Grenoble que la *obligaciónes imperfecta* y que aquel que la subscirió sin agregar un valúo, no está *obligado*; (1) es confundir la *obligación con la prueba*.

241. Si las partes ya por ignorancia, ya por defraudar la ley, no cumplen con la formalidad del vale pero hacen una acta por varios originales con mención del duplicado, ¿el acta será válida? La negativa es segura. Es la naturaleza de la obligación la que determina las formas que las partes deben observar; su ignorancia no les puede servir de excusa y mucho menos se les puede permitir eludir la ley. (2) Una sencilla promesa de dinero fué hecha por duplicado; el acreedor declara aceptar sin contraer ninguna obligación; el vale fué anulado. (3)

242. Lo mismo sucedería si un compromiso unilateral fuese contraído á la vez que una convención bilateral; por ejemplo, un préstamo hecho por un arrendatario al propietario ó por el propietario al arrendatario. En este caso, las partes deben cumplir con las formalidades del art. 1,325 en cuanto al arrendamiento, y las del 1,326 en cuanto al préstamo. Si, pues, el que pide prestado no pone el *bueno ó el aprobado* exigido por la ley, el acta será nula por lo que toca al préstamo. (4)

243. Cuando ambas convenciones son independientes una de otra como en el caso de arrendamiento, la cuestión no es dudosa, puesto que hay dos contratos regidos por principios diferentes. No sucede así cuando el compromiso unilateral es accesorio al contrato bilateral. La cuestión se ha presentado frecuentemente á propósito de caución.

1 (Grenoble, 29 de Mayo de 1822 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, n.º 4, 118, 2º).

2 Toullier, t. IV, 2, pág. 306, n.º 307 y todos los autores.

3 Bruselas, 22 de Octubre de 1829, *Pasicritia*, 1829, pág. 265). Compárense las sentencias citadas en el *Repetorio* de Daloz, número 4,689.

4 Aubry y Rau, t. V, pág. 391, nota 63, pfo. 756. Paris, 15 ventoso, año XIII (Daloz, n.º 4,990).

Aquel que firmó como caucionante la promesa privada de una suma de dinero ó de una cosa fungible escrita de puño y letra del deudor principal, ¿puede invocar la disposición del art. 1,326 del Código Civil, cuando no agregó á su firma la aprobación en letra de la suma ó de la cantidad de la cosa? Es en estos términos como Merlin propone la cuestión, y contesta: ¿Por qué no lo podría? El caucionante se obliga solidaria ó accesoriamente. Si se obliga solidariamente se aplica textualmente el art. 1,326; promete pagar una suma de dinero ó de cosas fungibles como todo deudor solidario; luego si no escribió el acta debe agregar á su firma el bueno ó el aprobado exigido por la ley. Si el caucionante no se obligó solidariamente, promete pagar á falta del deudor principal, su obligación es condicional, pero como tiene por objeto una suma de dinero ó de cosas fungibles, el texto del art. 1,326 le es aplicable. (1) Y el espíritu de la ley no deja ninguna duda; precisamente es porque su obligación solo es eventual y porque no esperan que se les persiga, es como los caucionantes firman á la ligera; razón más para ponerlos al abrigo de toda sorpresa en lo que concierne al monto de la obligación que contraen.

La jurisprudencia se ha pronunciado en favor de esta opinión que es la de todos los autores. Hay, sin embargo, sentencias en el sentido contrario. Se objeta la tradición. (2) La declaración de 1,793 estaba concebida en términos más restrictivos que el art. 1,326; ordenaba al que rehusaba pagar el contenido de un vale el afirmar que no había recibido su valor. Estos últimos términos parecían excluir el compromiso del caucionante, no se aplican sino al deudor principal que reintegra lo que ha recibido, mientras que el

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Vale*, pfo. 1º, núm. 8 (t. III, página 367). Duranton, t. XIII, pág. 185, núm. 175 y todos los autores.

2 Compárese Paris, 8 pluvial, año X (Dalloz, en la palabra *Cau-
cion*, núm. 157).

caucionante no recibe nada. Los autores del Código Civil no reprodujeron esta disposición de la declaración de 1733; debe, pues, esta materia apartarse de la tradición; queda sin valor porque el derecho ha cambiado.

Se ha hecho otra objeción; la obligación del caucionante solo es accesoria, dícese; y qué importa. La Corte de Casación contesta y la respuesta es perentoria, que el art. 1,326 está concebido en términos generales y abarca, por consiguiente, toda especie de promesa la que es accesoria, como la que es principal, y cuando la ley es general los tribunales no tienen el derecho de crear excepciones. (1) Porque la obligación del caucionante es accesoria y la Corte de Lyon ha tocado otra consecuencia evidentemente errónea; la obligación accesoria del caucionante toma el mismo carácter. (2) Hé aquí una singular aplicación del adagio según el cual lo accesorio sigue lo principal. ¿Acaso un compromiso unilateral por esencia puede cambiar por naturaleza por estar ligado á una obligación principal? Sin duda; puede suceder que la caución se vuelva una convención bilateral; lo hemos dicho adelante (n.º 223), es cuando el acreedor contrae un compromiso hágase el caucionante, entonces el art. 1,326. deja de ser aplicable, á reserva de aplicarse el art. 1,325. Pero cuando el caucionante solo se obliga, su obligación no puede ser bilateral.

244. ¿Es aplicable el art. 1,326 cuando la suma ó cantidad prometida no puede ser determinada ó valuada en el momento en que el acta se firma? La negativa nos parece segura. Basta leer el texto de la ley para convencerse de que no puede recibir aplicación cuando el monto del com-

1 Casación, 21 de Agosto de 1827 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,099, 1º) Compárese Denegada, 1º de Febrero de 1836 (*ibid.*, núm. 4,099, 2º) y 1º de Marzo de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 342) y las sentencias citadas en el *Repertorio de Dalloz*, núm. 4,099.

2 Lyon, 12 de Abril de 1832 (Dalloz, en la palabra *Caución*, número 157).

promiso es indeterminado. El art. 1,326 quiere que aquel que subscribe un vale escrito por otra mano agregue su *bueno* ó *aprobado*, seguido en toda letra de la *suma* ó *cantidad* de la cosa. ¿Cómo se pondrá en el vale la suma ó la cantidad cuando éstas se ignoran? Es un caucionante que se obliga á pagar todas las deudas que contraerá el deudor: imposible en este caso es escribir un vale tal como la ley lo prescribe. Si se quería poner un *bueno*, el deudor debería agregar que es para una suma indeterminada. ¿Puede entenderse así la ley? M. Larombière contesta muy bien que la ley es excepcional; extenderla sería hacer la ley en lugar de interpretarla. Esto es decisivo. (1) ¡Pero, cosa rara! después de haber establecido tan bien el principio, Larombière se desvía de él, y hace la ley. Dice que al menos es preciso que el deudor exprese en el *bueno*, la naturaleza del compromiso que contrae; si es una caución será preciso que se diga: *Bueno para caución*; no siendo suficiente decir: *Aprobado lo arriba escrito*. Es necesaria una aprobación tal, que se esté seguro que el deudor conocía la naturaleza del compromiso que contrajo. Preguntamos á Larombière dónde se dijo esto. Esto se encuentra en las sentencias, pero ciertamente que no se haya en el art. 1,326. Luego la doctrina y la jurisprudencia hacen la ley, y se nos acaba de decir que el intérprete no tiene ese derecho.

Escuchémos á la Corte de Casación. La indeterminación actual de la deuda, dice, no crea una imposibilidad de satisfacer á las exigencias del art. 1,326, puesto que le es siempre posible á la parte que se obliga, sea escribir el acta por entero, sea, cuando menos, expresar con un *bueno* ó un *aprobado* la *naturaleza* del compromiso que ha contraído. Respondamos y decisivamente, que no se trata del caso cuando el deudor escribe la letra de su puño; la dificultad se presen-

1 Larombière, t. IV, pág. 382, núm. 8 del artículo 1,326 (Ed. B., t. III, pág. 38). Aubry y Rau, t. VI, pág. 392, nota 64, pfo. 756.

ta cuando no la escribe. El monto del compromiso es indeterminado: *debe* él, escribir un bueno de su puño y letra, ¿y qué contendrá este bueno? La Corte exige un bueno, pero es un *bueno* diferente al que la ley prescribe; el art. 1,326 quiere que el bueno exprese la *suma debida*; el *bueno* de la Corte se limita á expresar la *naturaleza del compromiso*; en donde la Corte reemplaza una forma por otra forma, hace la ley. La Corte añade: "si las obligaciones actualmente indeterminadas fuesen exceptuadas del art. 1,326, los compromisos los más amenazantes para la fortuna de los deudores, quedarían substraídos á las garantías que la sabiduría del legislador ha instituido para prever el error y las sorpresas á las que los deudores pudieran ser expuestos." (1)

A nuestro juicio el espíritu de la ley es tan contrario á la doctrina de la Corte como el texto. ¿Cuál es la garantía que el art. 1,326 quiere asegurar á los deudores? Bigot-Préameneu lo dijo: la ley quiere ponerlo al abrigo del fraude y de las trampas del acreedor que abusa de la firma en blanco ó hace que el deudor firme un escrito que no le fué leído. ¿Y cuál es la garantía que le da la Corte de Casación? Todo lo que sabe el deudor es que se obliga como caucionante, por ejemplo: por cierto el más peligroso de los compromisos ¿pero por qué es peligroso? porque es ilimitado. Y el caucionante bien podrá firmar: *Bueno para caución*, no por eso conocerá más la extensión de la obligación que contrae. Luego la garantía es nula ¿diráse que sabe por lo menos que se obliga como caucionante? Contestarémos que no es la *naturaleza del compromiso*, lo que tiene en vista el legislador es su monto. A menos de suponer que el deudor no goza de su razón, es preciso admitir que es deudor á título de caucionante; cuando se trate de una caución y de he-

1 Denegada, 1º de Marzo de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 342). Compárese París, 24 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 196). Lyon, 17 de Junio de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 192).

cho, en todas las especies que se han presentado, el deudor sabrá muy bien que era caucionante, solo que sostenía que el escrito en que constaba su obligación era nulo, porque no llevaba el bueno prescripto por la ley. Luego la garantía que la Corte quiere asegurar al deudor no es la que la ley quiso darle; la Corte se pone fuera de la ley, y agrega, la hace al extenderla, y el juez no tiene derecho de extender una ley excepcional.

La opinión que sostenemos está consagrada por la jurisprudencia de las cortes de Bélgica; descansa en una base inquebrantable, el texto y el espíritu de la ley. (1) Hay casos en que un deudor de mala fe opone un vicio de forma para desprenderse de la obligación que ellos conocían muy bien su alcance y extensión, aunque fuese indeterminada y que no hubiese tenido ningún bueno. En nuestra opinión, el acta es válida desde el momento que se trata de un compromiso indeterminado. En la opinión consagrada por la jurisprudencia francesa, la acta debería ser declarada nula. La Corte de Montpellier la declaró válida porque el caucionante era un hombre inteligente que no había firmado el escrito sin leerlo y que conocía perfectamente la extensión de las obligaciones que contraía. (2) En efecto, la Corte juzgó bien, ¿pero en derecho? ¿En qué se convierte el derecho cuando las consideraciones de hecho sobresalen á la ley? ¿Es necesario aplicar estos principios á la caución de una apertura de crédito? La caución es indeterminada en el sentido de que el préstamo no se realice sino poco á poco y á medida que el creditado toma una suma en el Banco; además, no se puede decir que el deudor y el caucionante ignoran la extensión de sus compromisos; el acta determina la suma hasta con-

1 Bruselas, 11 de Agosto de 1849 y Denegada, 1º de Mayo de 1850 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 387, y 1850, 1, 301). Compárese Douai, 25 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1855, 2, 333).

2 Montpellier, 6 de Diciembre de 1865 (Daloz, 1867, 2, 39).

currencia de que el crédito está abierto. Por lo que nada impide aplicar el art. 1,326: el caucionante expresará en el bueno la suma que se menciona en el cuerpo del acta, este es el maximum de sus compromisos. Importa si, que ella lo exprese en el *bueno*; el texto y el espíritu de la ley lo quieren. La jurisprudencia es, sin embargo, contraria. (1)

245. Se pregunta si el bueno debe mencionar los intereses cuando la deuda los implica. La Corte de Orléans ha juzgado negativamente, y no nos parece dudoso, al menos para lo que concierne á los intereses para vencer. Según el art. 1,326, el *bueno* debe enunciar con todas sus letras el monto de la suma debida. Esto supone una deuda cuyo monto está determinado en el cuerpo del acta; y cuando la deuda implica interés, el cuerpo del acta no menciona los intereses que se deberán fuera del pago del capital; esto es imposible; regularmente los intereses se pagan cada año, y si el deudor no los paga igualmente, puede haber un gran número de años acumulados; en el caso juzgado por la Corte de Orléans, se debían veintidos años de intereses. En cuanto á los intereses vencidos, la ley podría exigir que fuesen enunciados en la letra; pero no lo hace, lo que es decisivo; una disposición excepcional no se extiende. (2)

II. Aplicación.

246. El art. 1,923 dice que el depósito voluntario debe ser probado por escrito; la ley añade que la prueba testimonial no puede ser recibida por valor excedente á 150 francos. Un tribunal había interpretado esta disposición en el sentido de que cualquier escrito basta para probar el depósito; de manera que el art. 1,923 deroga al art. 1,326. El error es evidente. Lejos de derogar al derecho común, el artícu-

1 Bruselas, 2 de Julio de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 444).

2 Hay, sin embargo, una sentencia en sentido contrario de Bruselas, 19 de Noviembre de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, pág. 215).

lo 1,923 lo confirma, puesto que no hace sino repetir lo que dice el art. 1,341. No había, por otra parte, razón alguna de hacer excepción á la regla establecida por el art. 1,326. Si, pues, el depósito tiene por objeto una suma de plata ó de cosas fungibles, será preciso que el acta que es redactada sea escrita por el depositario ó contenga un buen enunciado la suma ó la cantidad de la cosa. La aplicación de la ley puede algunas veces herir la equidad; y se concibe que el juez escuche la equidad mejor que el derecho estricto cuando el depositario se prevalece de un vicio de forma para rehusar la restitución de un depósito: pero el conflicto entre el derecho y la equidad, no autoriza al juez á ponerse encima de la ley. La decisión contraria de un tribunal ha sido casada. (1)

247. ¿El acta implicando constitución de renta, está sometida al art. 1,326? Toullier dice que la negativa no es dudosa, porque en el lenguaje jurídico, jamás se ha calificado letra ó compromiso á una acta constitutiva de renta. La razón está muy lejos de ser decisiva. Es preciso poner en principio que el art. 1,326 es aplicable á todo contrato unilateral que tiene por objeto una suma de plata ó de cosas fungibles. Tal es el contrato de renta; Pothier, del que Toullier invoca la autoridad, dice formalmente que este contrato es unilateral, porque no hay más que el deudor de la renta que contrae una obligación, el acreedor no contrae ninguna. Esto es decisivo. (2)

La Corte de Casación ha dado sobre este punto dos sentencias contradictorias, una aplicando la declaración de

1 Casación, 10 de Enero de 1814 (Dalloz, en la palabra *Depósito*, núm. 136, 2º). Compárese Toullier, t. IV, 2, pág. 304. Duranton tomo XIII, pág. 180, núm. 171.

2 Duvergier sobre toullier, t. IV, 2, pág. 303, núm. 305. Pothier, *Tratado del contrato de la constitución de renta*, núms. 3 y 4. Larouzière, t. IV, pág. 384, núm. 10 del artículo 1,326 (Ed. B., t. III, página 39).

1733 y otra no aplicándola. (1) Es inútil detenerse aquí; los principios no dejan ninguna duda. La Corte de Burdeos ha juzgado que el art. 1,326 debe recibir su aplicación de la constitución de renta cuando este contrato es sinalagmático. (2) Esto no es dudoso. Queda por saber cuándo el contrato se vuelve sinalagmático; transladamos la cuestión en el título *Del Préstamo*.

248. La misma incertidumbre reina en la doctrina y en la jurisprudencia relativa á las actas que contienen un corte de cuenta, (3) ¿es necesario aplicar el art. 1,326, ó el 1,325? ¿No lo es aplicar alguna de sus disposiciones? Hay decisiones en todos sentidos. Es que la palabra vaga de *corte de cuentas* designa actas de una naturaleza muy distinta. Es necesario aplicar los principios tal como acabamos de establecerlos. Si el acta contiene compromisos recíprocos, el art. 1,325 es aplicable; de manera que el escrito sería nulo si fuera hecho en la forma del art. 1,326. Si el acta contiene no reconocimiento de deuda, saldo de cuenta, y obligación de pagarla, deberá ser hecho en la forma prescripta por el artículo 1,326, y, por tanto, sería nulo si se hiciere por duplicado. En fin, si la cuenta no contiene ninguna obligación, no debe aplicarse ni el art. 1,326 ni el 1,325. En apoyo de estas distinciones que resultan del texto de la ley, daremos aplicaciones tomadas de la jurisprudencia de las cortes de Bélgica.

Un tutor encarga á un mandatario girar las subcripciones pertenecientes á sus pupilos. Las partes redactan un corte de cuentas concerniente á la liquidación de la sucesión; el

1. Véanse las sentencias en el *Reportorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,104.

2. Burdeos, 21 de Agosto de 1833 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 269).

3. Aubry y Rau, t. VI, pág. 391, nota 57, pfo. 756. Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,094 y la jurisprudencia (*idem, ibid.*, números 4,095 y 4,097).

acta lleva sencillamente el descargo del mandatario, sin enunciar derecho ni obligación. Fué juzgado que no debía aplicarse el art. 1,325, lo que es evidente, ni el art. 1,326, puesto que el mandatario descargado no tenía ya ninguna deuda. (1)

Una persona debía en 1.º de Enero de 1840 una suma de 3,591 francos á un hotelero por alojamiento y alimentos. Las partes redactan una acta por duplicado porque el deudor se compromete á pagar dicha suma á los seis meses después de la muerte de su padre; el acreedor acepta este plazo y se compromete á no exigir nada del deudor antes del vencimiento, bajo la condición que los intereses del capital correran en provecho suyo desde la fecha 1.º de Enero de 1839, á razón de tres por ciento. Así, el acreedor contraía compromiso hágia el deudor, renunciaba el derecho de reclamar el pago de un crédito exigible y los intereses legales á partir de la demanda. Desde luego había obligaciones recíprocas; el art. 1,326 está fuera de causa, el acta debía de ser hecha por duplicado. (2)

El corte de cuentas dice simplemente que el deudor se obliga á pagar el saldo. ¡Esta acta cae bajo la aplicación del art. 1,326. Poco importa que el saldo resulte de una convención sinalagmática. No se trata de probar la convención, se trata de fijar la suma que el deudor debe á su acreedor; el escrito en que consta esta obligación es una promesa de suma de dinero; luego el art. 1,236 es aplicable. (3)

249. Los recibos no entran evidentemente en aplicación del art. 1,326, puesto que no hacen constar ningún compromiso. (4) Resulta que el imperio del derecho común no prescribe ninguna forma para las actas privadas; la firma basta.

1 Bruselas, 20 de Mayo de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 157).

2 Bruselas, 20 de Noviembre de 1855 (*Pasicrisia*, 1-55, 2, 226).

3 Lieja, 6 de Mayo de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 226).

4 Duranton, t. XIII, pág. 179, númer. 169 y todos los autores.

III. Formas.

250. En los términos del art. 1,326, el acta debe ser escrita del puño de aquel que la subscribe. En este caso, no se necesita ni bueno ni aprobación ninguna, porque no hay temor de sorpresa. Si aquel que escribe el acta no sabía lo que hacía, el consentimiento estaría viciado, para decir mejor, no había consentimiento, y el acta sería inexistente; y pues, al exigir la escritura, la ley supone que quien la redacta sabe escribir y sabe lo que hace.

Cuando el subscriptor de un vale no ha escrito el cuerpo del acta, es necesario que su firma sea precedida de un *bueno* ó un *aprobado* escrito de su puño y además la suma ó la cantidad de la cosa escrita en letras. Es de uso que aquel que firma un acta que no escribió, agregue estas palabras: *aprobada la escritura presente*. Esta fórmula es completamente inoperante. Jaubert lo hace notar en su informe al Tribunado. Si se trata de una obligación unilateral teniendo por objeto una suma de dinero ó de cosas fungibles, la aprobación de la escritura no basta, es menester una aprobación de la suma ó de la cantidad de la cosa. Si se trata de otras obligaciones, la simple forma basta, la ley no exige más, y las formalidades son necesariamente de estricta interpretación. (1) Es inútil citar autoridades, la de la ley y de los autores de la ley es decisiva. (2)

251. El *bueno* debe decir en letras la suma ó la cantidad de la cosa. Esta disposición del art. 1,326 indica cuál es el objeto de la ley; quiere impedir que el acreedor de mala fe engañe á un deudor demasiado confiado. Hay un punto en el que la ley no se aplica; es si en el cuerpo del acta la suma ó la cantidad debe ser enumerada y escrita en letras. Cuando el subscriptor de un vale no lo escribe y que el bono contiene la enunciación en todas letras de la suma ó de

1 Jaubert, 2º Informe, nám. 11 (Loiré, t. VI, pág. 227).

2 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*; nám. 4,157)

la cantidad, es seguro que en el cuerpo del acta puede ser mencionada en cifras; ya no hay que temer sorpresas, aunque el acreedor alterase las cifras, el deudor le opondría el art. 1,327, del que vamos á hablar. ¿Pero, qué debe decidirse si el deudor escribe el vale de su puño sin agregar un *bueno* en letras? ¿Deberá en este caso escribir la suma en letras en el cuerpo del acta? La ley no lo exige, lo que es decisivo; el intérprete no puede crear formas so pena de nulidad. En vano se invoca el espíritu de la ley, siempre sería agregar á la ley una formalidad que no establece. La prudencia exige, sin duda, que el deudor escriba la suma en letras, porque las cifras son muy fáciles de alterar; pero la prudencia bien puede dar consejos, pero no puede prescribir formas so pena de nulidad. (1)

252. El art. 1,327 prevee el caso en que la suma expresada en el cuerpo del acta es diferente de la expresada en el *bueno*, lo que puede ser efecto del descuido ó de la mala fe; la ley admite á las partes interesadas á probar cuál es el error. Esta prueba puede resultar de las indicaciones del acta: si dice por ejemplo que el deudor debe tal número de piezas de algodón á tanto la pieza, el precio de la pieza servirá para reedificar la suma debida; la prueba podrá también hacerse por testigos, puesto que el acta ministra un principio de prueba por escrito para una y otra suma. Si alguna de las partes interesadas no puede probar de que lado está el error, el art. 1,327 decide que la obligación se presume ser solo por la suma menor. Esta presunción nace de los principios que rigen la prueba; el cuerpo del acta dice que la suma es de 1,500 francos, el *bueno* enuncia la suma de 1,400; en cuanto al excedente de 100 francos el escrito no lo puede probar puesto que las partes están en desacuerdo en este punto; si pues el acreedor no llega á probar que

1 Duranton, t. XIII, pág. 191, núm. 183. En sentido contrario, Marcadé, t. V, pág. 52, núm. 1 del artículo 1,326.

a cifra la más alta es la verdadera, el deudor por este solo hecho obtendrá ganancia en la causa: *actore non probante reus absolvitur.* (1)

La ley lo decide así, aun en el caso en que el acto y el bueno estén escritos por entero de puño del deudor; existe entonces una probabilidad en favor del acreedor, pero combatido por otra de igual fuerza en favor del deudor. Luego en definitiva hay duda y la ley interpreta la duda en favor del deudor, no pudiendo existir la obligación desde que es dudosa. En ningún caso hay lugar a distinguir si la suma menor se halla en el cuerpo del acta ó en el bueno, pues la ley no distingue y siempre hay error ó duda, lo que justifica la declaración de la ley. El orador del Gobierno explicó el art. 1,327 en este sentido. "No hay, dice, motivo para suponer que aquel que se obliga tenga su atención fija y sea menos susceptible de error cuando escribe el cuerpo del vale que cuando pone el *bueno*. Queda, en este caso, como en los otros, una duda suficiente para que el favor de la deliberación deba prevalecer. (2)

IV. Excepciones.

253. El art. 1,326 tiene excepción "en el caso en que el acta salga de vendedores artesanos, labriegos y jornaleros." Se ha criticado la excepción, diciendo que destruye el beneficio de la regla. Es fácil contestar la objeción. Cuando se trata de vendedores, las sorpresas no son mucho de temerse; son hombres de negocio, y no firman sin leer un vale; el legislador hubiera podido extender la excepción a todos los hombres de negocios. El uso, por otra parte, que desempeña un papel tan importante en el comercio, no es de poner un *bueno* en los escritos firmados por los mercaderes; es en es-

1 Colomé de Santerre, t. V, pág. 532, n.º 280 bis. Duranton, tomo XIII, pág. 204, n.º 192 y 183. Mourion, t. II, pág. 817, n.º 1,553.

2 Bigot. *Préameneu, Exposición de los motivos*, n.º 195 (Loctr. t. VI, pág. 181).

tesentido en el que el relator del Tribunado dice que la rapidez de las operaciones de comercio exigía una modificación de la regla. Las otras excepciones admitidas por la ley, parecen á primera vista, en oposición con el espíritu que la dictó. Se quiere poner á los deudores al abrigo de las sorpresas, y se hace una excepción para las personas que por su posesión social y su ignorancia, son las más expuestas á ser engañadas. Jaubert ha contestado de antemano á la crítica. "El legislador debe siempre ocuparse, dice, de las precauciones que pueden proteger la buena fe y alejar las sorpresas. Pero está también obligado á conformarse á las necesidades de la sociedad y á tolerar un inconveniente más bien que introducir uno mayor. La regla que sujeta á la aprobación de la suma ó de la cantidad de la cosa, si debiera de ser seguida en todos los casos indistintamente, traería la necesidad de ocurrir á una acta pública para las obligaciones de todos aquellos que no pueden escribir su nombre. Ha sido, pues, necesario admitir una modificación á favor de individuos que por su estado se presume no saben firmar: de otro modo estarían obligados, para los menores intereses, á tener que hacer escrituras públicas, lo que les ocasionaría grandes gastos que á menudo excederían el monto de la obligación." (1)

Marcade agrega que es verdad "que se quita la protección de la regla á aquellas que más necesitan ser protegidas, visto su poca instrucción; pero, dice, este resultado no debe ser reprochado al legislador, porque se deduce de la naturaleza misma de las causas." Sin duda, el legislador debe tener en cuenta la ignorancia de las clases inferiores. Pero ¿no es á suculpable indiferencia á lo que es debida esta ignorancia? Pronto pasará un siglo desde que la resolución de 1789 inauguró la era de la democracia y la que fuó hecha por el pueblo y para él; es el soberano, y este soberano per-

1 Jauber, Informe, n.º 12 (Loeré, t. VI, pág. 227).

manece en la más vergonzosa ignorancia. Bellos informes, comenzando por el de Talleyrand, se han publicado, pero no han pasado de ser bellas palabras. ¿Cuándo comprenderá el legislador que su primer deber consiste en dar instrucción y educación á todos los niños? Nuestros códigos están llenos de testimonios de la ignorancia que aún reina, no dirémos que en las clases obreras, pero aún en las clases acomodadas (arts. 1,326, 973, 974, 977, 978); y cuando se consultan los monumentos de la jurisprudencia, se encuentra á cada paso la prueba de una ignorancia inereíble. ¡Es verdad, razón tenemos para vanagloriarnos de nuestra civilización!

254. ¿Qué se entiende por mercader? Se ha dicho en la discusión del proyecto del Código, en el Consejo de Estado, que mercaderes debían entenderse no solo á los comerciantes, sino también á los banqueros. (1) Luego la palabra debe ser tomada en su más lata acepción. En el lenguaje ordinario no se da el nombre de mercaderes á los cantineros y á los hoteleros; fué, sin embargo, juzgado con razón que el artículo 1,326 les es aplicable. (2)

Pueden los mercaderes prevalecerse de la acepción solo cuando el vale tiene por objeto un negocio mercantil si se atiene uno á los motivos dados por el relator del Tribunado la rapidez de los negocios mercantiles, debería decidirse que el art. 1,326 no es aplicable cuando se trata de negocios civiles, extraños al comercio. Esta interpretación que cuenta con partidarios, (3) nos parece inadmisible; ésta limita á una excepción que la ley formuló en los términos más generales:

1 Sesión del Consejo de Estado del 2 frimario, año XII (LoCré tomo VI, pág. 110).

2 Metz, 21 de Junio de 1815 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,128).

3 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. III, pág. 502, nota 22. Colmet de Saunterre, t. V, pág. 561, núm. 289 bis IV. En sentido contrario, Massé sobre Zachariæ y Larembière, t. IV, pág. 390, número 19 del artículo 1,326 (Ed. B., t. III, pág. 41).

el art. 1,326 nada dice de las actas de comercio; habla de los vales subscriptos por mercaderes. Y la disposición así entendida se explica muy bien. Los mercaderes teniendo costumbre de leer los vales que firman llevarán estas costumbres á los negocios civiles: la prudencia no se divide de manera que no se es prudente para tal negocio é imprudente para tal otro; el hombre de negocios pone la misma prudencia en todo lo que hace.

255. La excepción se aplica en segundo lugar á los *artesanos*. Según el Diccionario de la Academia se entiende por artesano “aquel que ejerce un arte mecánico, un oficio.” La ley es general y se aplica por consiguiente aun á los artesanos que por la naturaleza de su profesión deben poseer una cierta instrucción; era imposible entrar en esas distinciones á menos de dar al juez un poder discrecional. La Corte de Lieja juzgó que la excepción se aplicaba á un obrero mecánico que había firmado en provecho de un abogado, un vale por una aprobación de escritura, pero sin indicar la suma en letras. De hecho, este obrero no era de aquellos que solo saben firmar su nombre; sin embargo, la Corte juzgó bien en derecho. (1)

256. La ley aceptó en tercer lugar á los *labriegos*; todo el mundo está de acuerdo en entender por labriegos aquellos que cultivan la tierra ya como pequeños propietarios, ya como pequeños arrendatarios; trabajan como el artesano para ganar su vida y son ordinariamente los menos letrados de la clase obrera, siendo la educación mucho menos esparcida en el campo que en las ciudades, y los labriegos no teniendo mucho tiempo para leer ni ocasión de escribir.

No hay que distinguir si son propietarios ó no de los terrenos que cultivan; por lo que toca á la instrucción es poca la diferencia entre el pequeño propietario y el pequeño arren-

1 Lieja, 19 de Febrero de 1824 (*Pasicrisia, 1824*, pág. 49).

datario. Por la misma razón la excepción es aplicable al caso en que el labriego se hace ayudar por sus domésticos pero cultivando por sí y trabajando personalmente en el campo; él es siempre labriego según el texto y espíritu de la ley.

Diferentemente sucedería si el arrendatario ó propietario fuere cabeza de una gran explotación que dirigiría sin trabajar manualmente.

Esto es una condición social muy distinta de la del labriego: aquel que dirige una explotación agrícola, tiene regularmente una instrucción suficiente para escribir un bueno ó un aprobado con letras; no hay á este respecto razón para exceptuarlo de la regla. (1)

Se ve que el juez tiene una cierta latitud de apreciación cuando se trata de aplicar la excepción concerniente á los labriegos.

Decidirá según la circunstancia de la causa, si el labriego es un operario que por la naturaleza de sus ocupaciones no tiene instrucción ó si es un hombre de condición social en la que la instrucción es ordinaria. Este poder es arbitrario, es verdad, pero inevitable y resulta de la expresión misma de que la ley se sirve: nadie dirá que el rico hacendado ó el gran propietario es un labriego. Toca, pues, al juez decidir si el subscriptor de la letra está en la excepción ó si es preciso aplicarle la regla.

La jurisprudencia está en este sentido. Se juzgó que una sentencia atacada, había hecho una justa aplicación del artículo 1,326, decidiendo, según las circunstancias de la causa, que el subscriptor de un vale que tenía propiedades arrendadas y cultivaba ciertas obras para distraerse y utilizar, no podía ser considerado como labriego en el sentido de la ley. (2)

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 393, nota 69, pfo. 756. Larombière, t. IV, pág. 393, núm. 23 del art. 1,326 (Ed. B., t. III, pág. 42).

2 Denegada, 17 de Febrero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,133).

Cuando se trata de saber si el signatario de un vale es un labriego es preciso, dice la Corte de Caen, tener en consideración la posición del deudor, el rango que ocupa en la sociedad, su educación, la importancia de la explotación en la ocupación en que se ocupa y los domésticos que emplea en el cultivo de sus dominios. (1)

Para los arrendatarios, la jurisprudencia hace la misma distinción. Hay países de cultura donde las fincas dan apenas al arrendatario el medio de vivir miserablemente; mientras que en otras provincias hay grandes fincas cuya extensión supone la holganza y la riqueza. Cada país tiene sus costumbres y aun sus denominaciones particulares; no debe uno apegarse al nombre; es sobre todo á la posición social que ocupa el labriego arrendatario y lo coloca en la clase las personas letradas ó iletradas. (2)

La circunstancia de que el labriego es ayudado por domésticos parece á primera vista colocarlo más arriba de la clase inferior é ignorante de la sociedad; se asemeja á un patrón más que á un obrero. Pero estas analogías son engañosas. Hay una gran diferencia en el trabajo del agricultor y el del industrial; casi es imposible explotar la menor cantidad de tierra sin ayudante; cuando no tiene hijos en edad de trabajar le es necesario un doméstico lo que distingue en este caso al labriego propiamente dicho, es que trabaja con sus domésticos y como ellos. La jurisprudencia le aplica la excepción del art. 1,326. (3)

La misma distinción se hace para los que trabajan los viñedos. En derecho, dice la Corte de Casación, no hay distin-

1 Caen, 14 de Abril de 1847 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,133, segunda especie).

2 Bonrges, 21 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 120). Nancy 20 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 89).

3 Grenoble, 22 de Agosto de 1829. Burdeos, 22 de Julio de 1819 Nancy, 4 de Enero de 1830 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 4,136). Gaute, 20 de Junio de 1836 (Pasicrisia, 1836, 2, 166).

cosas no se extiende á la mujer. En vano se dice que la mujer sigue la condición de su marido. El argumento nada significa; la mujer extranjera se hace francesa si su marido es francés; pero no se hará abogado si su marido es abogado; por la misma razón no será nunca mercader, labriega, artesana, jornalera ó doméstica porque su marido ejerza una de estas profesiones. Esto decide la cuestión del principio. (1)

La Corte de Casación asentó el principio aplicándolo á la mujer de un mercader. Dice: si la mujer sigue la condición de su marido no resulta de esto que la profesión del marido sea necesariamente común á la mujer. En cuanto á la mujer de un mercader no hay ninguna duda porque hay un texto. Según el Código de Comercio de 1888 (arts. 4 y 5 y Código B. de 1,872, arts. 9, 10 y 11) la mujer no se reputa mercader pública sino cuando ejerce con consentimiento de su marido un comercio por separado; la sentencia atacada había considerado á la mujer como comerciante por solo el hecho de tener participación en el comercio de su marido; al decidirlo así la Corte violaba las disposiciones del Código de Comercio que determina las condiciones legales bajo las que la mujer es comerciante público. Su sentencia fué cassada. (2)

La Corte de Casación aplicó el mismo principio á la mujer de un labriego. Aquí es diferente la cuestión. No hay texto que defina las condiciones bajo las que pueda ser considerada una mujer como labriega. Es, pues, un punto de hecho. La Corte de Casación decidió en principio, que las mujeres de los labriegos, cultivadores, jornaleros y sirvientes no están comprendidas en la excepción que la ley hace á la regla para los hombres que ejercen esas profesiones. En

1 Larombière, t. IV, pág. 395, n.º 26 del artículo 1,326 (Ed. B., t. III, pág. 43).

2 Casación, 1º de Mayo de 1820 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, n.º 4.148). Compárese Bruselas, 3 de Mayo de 1832 (*Pasierria*, 1832, pág. 60).

efecto, dice la Corte, los mismos motivos no existen para ellas; dejándolas en la regla general el legislador ha protegido su buena fe y alejó las sorpresas de que pudieran ser víctimas. (1)

¿No es esta decisión demasiado absoluta? La Sala de lo Civil al asentar el mismo principio había agregado una restricción y es que la profesión del marido no es necesariamente común á la mujer, lo que implica que de hecho sí puede serle común. Esto es verdad, sobre todo para las mujeres de los labriegos. La Corte de Caen cuya decisión fué confirmada por la de Casación, dice que aunque la mujer del labriego tomase parte en los trabajos de agricultura que se hacen en la casa, esto no constitúa sino actos de economía doméstica que no le imprimen ninguna cualidad particular; nos parece que la Corte de Caen hace mal en tomar como regla general lo que solo es un hecho. La Corte de Lieja juzgó en sentido contrario confirmando el juicio del Tribunal d'Arlon. El primer juez dijo muy bien que en *nuestras* aldeas las mujeres de los labriegos participan casi siempre en la medida de sus fuerzas, en los trabajos agrícolas y que tienen por consecuencia, la misma cualidad de sus maridos. (2) Ciento es que la mujer puede ser cultivadora cuando no está casada ó que es viuda; y en este caso, se le aplicará ciertamente la excepción que la ley hace para los labriegos. (3)

¿Por qué no podría ser cultivadora como su marido? Esto es en definitiva una cuestión de hecho.

El espíritu de la ley está en armonía con el hecho. ¿Por qué el Código hace una excepción á la regla del *bueno* para los labriegos, artesanos, gentes de jornal y de servicio? Porque son iletrados, y ¿la ignorancia de las mujeres no es

1 Denegada, 28 de Julio de 1828 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4, 149, 1º).

2 Lieja, 8 de Marzo de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 221).

3 Bruselas, 17 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 237).

Paris, y los principios que profesamos en esta obra, nos ponen en el caso de asociarnos en dicha crítica. Los jueces se colocan arriba de la ley para juzgar con equidad. Toullier les recuerda que el deber riguroso del magistrado es aplicar la ley aunque sea dura y mala. El deseara que semejantes sentencias no fuesen insertadas en las recopilaciones; en efecto, las precedentes tienen una gran autoridad en la práctica, y desgraciadamente al decidir cuestiones de derecho por consideraciones de hecho, la Corte entrega armas de la chicana siempre segura de encontrar una sentencia en su favor. Hé aquí por qué insistimos tanto en la jurisprudencia, aprobando las decisiones que están conformes á los principios, criticando las que las violentan. (1)

Sin embargo, los autores admiten una modificación al rigor de los principios. Se supone que un mercader abandone su comercio y firme un vale sin ponerle el *bueno*, en una época cercana de la en que ejercía aún el comercio, y antes que su cambio de estado fuese generalmente conocido; este vale, dícese, pudiera ser mantenido si los terceros habrían tratado con el firmante creyéndolo aun comerciante. (2) Esto es muy equitativo, ¿pero es jurídico? En el espíritu de nuestra legislación moderna, ¿cabe dar al juez un poder discrecional, y no se necesita una disposición expresa para reconocerle dicho poder? Este es nuestro parecer. La jurisprudencia que gusta decidir con equidad, se pronuncia por la opinión la más equitativa. (3)

V. Consecuencias de la irregularidad.

262. ¿Es nulo el vale irregular? Hay un motivo de duda

1 Véase en el sentido de nuestra opinión, Bruselas, 28 de Febrero de 1810 y Caen, 15 de Diciembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones* núm. 4,139 y 4,144, 1º).

2 Aubry y Ran, t. VI, pág. 393, nota 71, pfo. 756. Larombiére, t. IV, pág. 395, núm. 25 del artículo 1,326 (Ed. B., t. III, pág. 43).

3 Caen, 15 de Diciembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,144, 1º). Rennes, 24 de Enero de 1818 (Dalloz, *ibid.*, número 4,146). Lieja, 13 de Febrero de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 2, 61).

y es que el texto no pronuncia la nulidad. Pero la doctrina y la jurisprudencia admiten la nulidad para el vicio de formas, aunque la ley no declare el acta nula, cuando la nulidad es virtual; es decir, cuando la formalidad es esencial. Tal es la formalidad del *bueno*: puede decirse que concierne al orden público, puesto que tiene por objeto garantizar la buena fe contra las sorpresas y el fraude. El art. 1,325 tampoco pronuncia la pena de nulidad para la inobservación de la formalidad del duplicado, ó cuando menos de la mención del duplicado; sin embargo, todos están de acuerdo en que la falta de mención hace nula el acta. Debe suceder lo mismo para la formalidad del *bueno*.

La jurisprudencia está en este sentido. Una sentencia de la Corte de Casación decide que el vale irregular está sin efecto; es decir, que no hace prueba literal. (1) La Corte de Lieja dice que el vale es nulo en la forma. (2) Hay decisiones menos precisas; se lee en una sentencia de la Corte de Bruselas que el vale no revestido del *bueno* no basta por *sí solo* para dar prueba completa de la obligación. (3) Si la Corte se expresa así es para marcar que el vale no es absolutamente sin efecto, como parece decirlo la Corte de Casación. Está generalmente admitido como lo dirímos más adelante, que el vale irregular puede servir de principio de prueba por escrito; es esta restricción la que quiso hacer la Corte de Bruselas al abstenerse de decir que el vale es nulo. Los autores están de acuerdo con la jurisprudencia. (4)

263. La nulidad del vale no impide la obligación de ser válida. Esta es la aplicación del principio que rige esta materia, la distinción de la prueba y del hecho jurídico que

1 Casación, 3 de Noviembre de 1812 (Dilloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,072, 1º).

2 Lieja, 3 de Marzo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 64).

3 Bruselas, 3 de Marzo de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 61).

4 Duranton, t. XIII, pág. 192, núm. 185. Aubry y Rau, t. VI, página 394, pfo. 756.

el escrito está destinado á hacer constar. No pudiendo servir de prueba el escrito irregular ¿cómo se probará la obligación? Es también el derecho común el que recibe su aplicación: cuando el objeto en litigio tiene un valor mayor de 150 francos no hay otras pruebas sino la confesión y el juramento; es decir, que el demandante no tiene más prueba que la buena fe del demandado; en la opinión general el vale irregular puede servir de principio de prueba por escrito, lo que hace admisible la prueba testimonial. Volveremos sobre este punto que tiene sus dificultades.

264. Si el vale no revestido del duplicado está firmado por varias personas, puede ser válido con relación á unas y nulo para con las otras. Un mercader firma un vale con su mujer, sin bueno ni aprobado. El vale es válido en cuanto al marido puesto que está en el número de las personas exceptuadas á las que no se aplica la formalidad del bueno, y el vale será nulo para con la mujer. Los autores preguntan cómo quedará obligado el signatario para con el cual es válido el vale. La cuestión está mal presentada; parece implicar que el signatario para con el que el vale es nulo, no está obligado, lo que sería un error evidente. Si la obligación puede ser probada contra él, será considerado como deudor, según los principios del derecho común, y por su parte estricta si solo es deudor conjunto, y en fin, por el todo, si es codeudor solidario. Pero puede suceder que la deuda no pueda ser probada contra aquel de los signatarios que invoca la nulidad del vale. Se pregunta cómo queda obligado el signatario con relación del que es válido el escrito; también esta cuestión está mal presentada, ó mejor dicho, fuera de lugar. No es una cuestión de prueba, es una cuestión de obligación; será considerado tal como se obligó; es decir, por su parte estricta ó solidariamente. (1)

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 98, nám. 300. Duranton, t. XIII, página 290, nám. 181. Larombière, t. IV, pág. 297, nám. 27 del artículo 1,326 (Ed. B., t. III, pág. 44).

265. Dispone el art. 1,325 que aquel que ejecuta una convención sinalagmática, no puede ya oponer la falta de mención que hace nula el acta. Lo mismo sucede cuando el acta no ha sido hecha por duplicado (núms. 230 y 231). El art. 1,326 no contiene disposición análoga para el vale irregular; se supone que el signatario paga una parte de la suma marcada en el vale ó que paga los intereses. ¿Podrá invocar la irregularidad del vale? La negativa es segura. Poco importa que la ley no lo diga porque no se necesitaba. En efecto, el art. 1,325 que declara al deudor no admisible a oponer la nulidad del acta cuando tiene ejecutada la convención, no es sino la aplicación de los principios generales, y éstos deben recibir su aplicación en el caso prescripto por el art. 1,326. Existe, no obstante, una dificultad, y es la de precisar el principio de que contiene una aplicación el artículo 1,326. En la opinión que hemos enseñado, la parte que ejecuta una obligación confiesa, por esto mismo, que existe; desde luego, poco importa que la prueba literal sea nula en la forma. En principio, lo mismo sucede en el caso del art. 1,326. Sin embargo, es preciso admitir una restricción; es que la ejecución parcial haga conocer el monto de la promesa. Tal sería el caso en el que el deudor pagase el interés de la suma del vale ó pagase algo á buena cuenta del capital expresando el monto de éste. Pero si el deudor pagase un tanto sin que se pudiera conocer el monto de la suma debida, la confesión sería una prueba insuficiente, en este sentido, que no daría al acreedor la prueba del monto de la deuda. Si se partía del principio de que la ejecución aun parcial, confirma el acto borrando el vicio que la hace nula, se podría sostener que el vale se hace válido, y, por consiguiente, hace prueba de la obligación que en él se enuncia. (1)

1. Compárese Toullier, t. IV, 2, pág. 301, núm. 202. Aubry y Rau, t. VI, pág. 395, nota 78. Larombière, t. IV, pág. 399, núm. 29 del artículo 1,326 (Ed. B., t. III, pág. 45). Agen, 7 de Agosto de 1813 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4, 187).

266. Se presentan otras cuestiones acerca del art. 1,326, análogas á las que ya hemos examinado acerca del artículo 1,325 y que reciben la misma solución. ¿La prescripción de diez años cubre la irregularidad del acta? Nó, por los motivos que ya tenemos desarrollados. (1) ¿La confesión de la obligación da lugar á la no admisión contra aquel que reconoció la obligación en el sentido de que no puede oponer el vicio del escrito? La afirmativa es segura (núm. 235). Se entiende que deben aplicarse los principios que rigen la confesión. La confesión judicial hace por sí plena fe. En cuanto á la confesión extrajudicial, debe distinguirse si es verbal ó escrita. Volveremos sobre este punto al tratar de la confesión.

§ II.—FUERZA PROBANTE DEL ACTA PRIVADA.

Núm. 1. *Nociones generales.*

267. En los términos del art. 1,322, “el acta privada *reconocida* por aquel á quien se la opone ó *legalmente considerada* por *reconocida*, tiene la misma fe que el acta auténtica.” A diferencia de acta auténtica, la privada no hace, pues, fe por sí, no tiene fuerza probante sino cuando está reconocida ó legalmente tenida como tal en virtud de una sentencia de verificación. Hemos dicho ya cuál es la razón de esta diferencia; el acta auténtica lleva la firma de un oficial público quien tiene misión de dar autenticidad; es decir, fuerza probante á las actas que recibe, y su firma es conocida ó certificada por una legalización; todas las probabilidades están para que el acta firmada por un notario haya sido realmente redactada por él y quede auténtica; luego debe hacer fe por si no sucede así con el acta privada. Lleva firmas desconocidas de las que nada garantiza la verdad; no puede,

pues, hacer fe por sí, mientras que no es seguro que las firmas que se hallan en ella son realmente las de las personas que designan. ¿Cómo obtener esta certidumbre? Solo hay un medio y es el reconocimiento, sea voluntario si aquel á quien se opone el acta reconoce haberla firmado, sea obligado si aquel á quien se la opone no reconoce la firma, lo que exige una verificación de escritura en justicia. (1)

268. Aquel que produce en justicia una acta privada, hace un alegato del que nada prueba la verdad, pues la obligación de la que pide la ejecución no está probada al sentir del juez por una firma que no conoce. De esto resulta que el signatario deba ser llamado á reconocer ó contestar la verdad del acta. En el derecho antiguo, se concluía que aquel que quiere servirse de una acta privada debía comenzar por citar al pretendido signatario á verificación de escritura. A este pedimento, el signatario debía reconocer su firma ó contestarla; si lo último, la escritura era verificada en justicia; y era solo después del reconocimiento ó de la verificación, como el acta podía ser producida como prueba. (2) El Código Civil no ha mantenido este rigor; no exige que el portador del acta cite previamente al signatario en verificación; y por el solo hecho de no imponer esta condición, no se puede exigir. La Corte de Casación ha decidido la cuestión en este sentido por varias sentencias que están apenas motivadas; no necesitaba otro motivo que el silencio de la ley. (3) La doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia. (4) Está, pues, de principio que el demandante no está obligado á citar al signatario del acta en lo que

1 Bigot-Préameneu, *Exposición de los motivos*, núm. 191 (Loqué, t. VI, pág. 189).

2 Edicto de 1684, y Declaración de 15 de Mayo de 1703.

3 Véanse las sentencias en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3 860.

4 Toullier, t. IV, 2, pág. 212, núm. 229. Duranton, t. XIII, página 117, núm. 114. Mourlon, t. II, pág. 818, núm. 1,558.

mados á explicarse, los demandados contestan que no están obligados á reconocer ni á desconocerlas. Esto era jugar con las palabras; es verdad que los herederos, á diferencia del signatario, no deben confesar ó desaprobar formalmente los escritos que se les oponen, pero si no quieren reconocerlos deben declarar que no conocen la letra ó la firma de su autor. La Corte de Bruselas concluyó que el demandado, rehusando explicarse, las cartas producidas pueden ser tenidas como reconocidas, y que había lugar, en las circunstancias de la causa, á tenerlas por reconocidas. (1)

Hemos relatado en otro lugar un negocio más escandaloso: Un hombre casado, ocupando cierta posición social, sedujo á una niña de catorce años. La seducción y las promesas del seductor estaban testificadas por numerosas cartas, testigos flagrantes de la inmoralidad de nuestro tiempo, escondidos tras hermosas frases; la caída de una joven pura se llama un sacrificio sublime. Esta verbosidad da nauseas. Intimado de reconocer ó negar si las cartas que se le presentaban eran suyas, el seductor contestó que no reconocía ser autor de ellas. Era una mentira, pero no estaba formulada en los términos de la ley; el art. 1,323 quiere que el demandado *confiese ó niegue formalmente* su firma. La Corte hubiera podido conformarse con la ilegalidad de la declaración para decidir que las cartas serían tenidas por reconocidas; prefirió confundir al hombre culpable que trataba de engañar á la justicia, después de haber engañado á su hijo. La Corte le opuso las respuestas embarasadas y las últimas confesiones hechas en su interrogatorio; agregó á su vergüenza, procediendo ella misma á la verificación mediante piezas que tenía á la vista. La Corte llegó á la conclusión de que las cartas producidas en el proceso estaban evidentemente escritas por el demandado. (2)

1 Bruselas, 3 de Agosto de 1860 (*Paricrisia*, 1860, 2, 376).

2 Caen, 10 de Junio de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 129).

270. ¿Cuándo hay lugar á la verificación de escritura? El art. 1,324 contesta: "En el caso en que la parte niegue su escritura ó su firma y en el caso en que sus herederos declaren no conocerlas, la verificación es ordenada en justicia." ¿Esto quiere decir que el juez debe proceder á la verificación en las formas prescriptas por el Código de Procedimientos? Nó. Todo lo que exige la ley es que haya verificación judicial; es decir, sentencia que decida si el escrito litigioso está ó no está tenido como reconocido; pero la ley no dice cómo debe hacerse esta verificación. Los términos de la *verificación en justicia* parecen, es verdad, indicar que la escritura debe ser verificada por expertos; pero, así entendido, el art. 1,324 estaría en oposición con una regla fundamental de procedimientos, y es que el juez es experto por la naturaleza de sus funciones. Hé aquí por qué el artículo 323 del Código de Procedimientos dispone que el juez no esté obligado á seguir la oposición de los expertos. Puede, pues, formarse una convicción independientemente de la experticia; desde luego sería absurdo obligarlos á ordenar una experticia si su convicción está formada de antemano y resulta de los documentos del proceso, como en el escandaloso negocio que acabamos de recordar. El art. 195 del Código de Procedimientos corrigió lo que tiene de demasiado absoluto la redacción del art. 1,324; está así concebido: "Si el demandado niega la firma que le es atribuida, ó declara no conocer lo que se atribuye á un tercero, la verificación, *podrá ser ordenada* tanto por título, como por expertos y testigos." Lo que el Código Civil parecía imponer como una obligación, es, pues, una facultad de la que el juez usará sólo cuando el procedimiento de la verificación por experto es el único medio para descubrir la verdad.

La jurisprudencia (1) está en este sentido así como la

1 Nancy, 11 de Agosto de 1869 (Daloz, 1871, 2, 212.) Denegada, 3 de Julio de 1850 (Daloz, 1850, 1, 210).

doctrina. (1) Una sentencia de la Corte de Casación juzgó muy bien que no hay contradicción entre el art. 1,324 del Código Civil y el art. 195 del de Procedimientos. El modo de verificación es facultativo; hé aquí por qué *podrá hacerse tanto por título como por expertos ó testigos*. Pero la verificación en sí no es facultativa; el art. 1,324 dice que debe ser ordenada por el juez. Poco importa que las partes no la hayan solicitado en sus conclusiones; desde que una escritura está contestada en los términos del art. 1,323, el juez está obligado, de oficio, á ordenar la verificación, ó á hacer por sí mismo con ayuda de las piezas y documentos del proceso, ó apelar á la verificación por expertos ó testigos. (2)

Núm. 2. Fe del acta privada.

I. Entre las partes.

271. Suponemos que el acta privada es válida en la forma; está reconocida ó verificada. ¿Cuál es su fuerza probante? En los términos del art. 1,322, tiene entre aquellos que la han subscripto y entre sus herederos y legatarios, la misma fe que el acta auténtica. El art. 1,320 asimila generalmente el acta privada al acta auténtica en lo que concierne á la fe debida á las enunciaciaciones. Según el texto de la ley, parece, pues, que no existe diferencia entre la fuerza probante del acta auténtica y la fuerza probante del acta privada reconocida ó legalmente tenida por tal. El relator del Tribunado se expresa en términos aun más absolutos: "Por lo que toca á la fe debida al acta, dice Jaubert, *no hay absolutamente ninguna diferencia entre las actas privadas y las auténticas.*" (3) Jaubert agrega una sola restricción; limi-

¹ Aubry y Rau, t. VI, pág. 396, nota 84, pfo. 756. Larombière, tomo IV, pág. 320, núm. 10 del artículo 1,323 (Ed. B., t. III, página 43).

² Casación, 1º de Mayo de 1872 (Dalloz, 1872, I, 191).
³ Jaubert, 2º Informe, núm. 14 (Loeré, t. VI, pág. 228).

ta la identidad de ambas especies de actas á la fe que hacen entre aquello, que las han subscripto, sus herederos y sus legatarios. Volverémos sobre este punto.

Los autores se expresan igualmente de un modo absoluto, y procuran explicar la identidad de fe que hacen las dos categorias de actas. Marcadé llega hasta decir que el acta privada tiene el mismo *efecto* que el acta auténtica; es decir, que *crea derechos á obligaciones* entre las partes, lo mismo que pudiera hacerlo una acta pública. (1) ¿Es que una *acta*, cualquiera que sea, *crea derechos y obligaciones*? Hé aquí otra vez la confusión entre el *escrito* y el *hecho jurídico* que hace constar. La *convención* es la que *crea los derechos y las obligaciones*, no es el *acta*. Esto es un descuido de redacción. Dejemos al *efecto* que nada tiene que ver con el *acta* y hablemos de la *prueba* que resulta del escrito. ¿Será verdad que la fuerza probante de las actas privadas y de las actas auténticas es la misma? Larombière ha intentado justificar la identidad que admite entre ambas actas. "El reconocimiento y la confesión de lo escrito y de la firma por parte de aquel que tiene interés en negarlos ó desconocerlos, tiene por efecto el darle una fuerza plenamente probante." Esta es una afirmación, pero ¿la razón? ¿Qué se entiende por *fuerza plenamente probante*? "Desde el momento, dice Larombière, que está legalmente establecido que el escrito procede de aquel á quien se opone, ó de su autor, se hallan en la verificación previa de este hecho, todos los elementos posibles de certidumbre judicial." ¡Siempre afirmaciones, cuando lo que pedimos son motivos! Continuemos transcribiendo: "Las actas verificadas aparecen entonces con el carácter de una realidad tan incontestable como si se tratase de una acta procedente de un oficial público, cuya autenticidad se funda también en presunciones legales de infalibilidad por parte de

1. Marcadé, t. V, pág. 43, núm. 1 del artículo 1,322.

su redactor.” Hé aquí la tercera afirmación de la misma proposición hecha en diferentes términos, sin que el autor que pretende motivar la identidad de la acta privada con la de la auténtica haya dado un solo motivo en apoyo de su alegación. Agrega: “El acta privada, legalmente reconocida, tiene á su favor una presunción naturalmente más fuerte de sinceridad y de exactitud, puesto que es más difícil admitir una sospecha de inexactitud ó de error por parte de los interesados que han escrito y firmado, que por parte de los oficiales públicos. Tal es el fundamento de la fe debida á las actas privadas.” (1)

272. Estas últimas palabras tocan apenas la dificultad de que el autor parece tener conciencia. Hay entre las actas privadas y las actas auténticas una diferencia tan elemental que no llama la atención de los jurisconsultos magistrados, y por la misma razón el legislador no la ha notado. En el acta auténtica interviene un oficial público, en las actas privadas, solo figuran particulares. El notario tiene misión de imprimir autenticidad y dar fuerza probante, no solo á las declaraciones que le hacen las partes, también está encargado de hacer constar ciertos hechos que él mismo cumple, y esas menciones hacen fe hasta inscripción por falso-dad. ¿Es que las partes contratantes que redactan una acta privada tienen también misión de cumplir con ciertos hechos y de dar plena fe á la mención en que consta su cumplimiento? Es seguro que no. Luego hay una diferencia entre las actas privadas y las actas auténticas, en lo que concierne á los hechos que el notario tiene encargo de cumplir, mientras que la ley no inviste á las partes con esta misión. ¿Es la diferencia de pura teoría é interesa solo á la escuela? Tiene una consecuencia práctica muy importante. ¿Cuál es la fe debida á la fecha en las actas auténticas y en las actas privadas? En las primeras, la fecha hace fe hasta inscripción

1 Larombière, t. IV, pág. 302, núm. 4 del artículo 1,322.

ción por falsedad; lo que quiere decir que el acta prueba la verdad de la fecha y que no se puede sostener que la fecha es inexacta; es decir, que el notario *antefechó* ó *posdató* el acta, sino inscribiéndose por falsedad. ¿Qué razón hay para esto? Es que el notario está obligado á fechar sus actas; esto es uno de aquellos hechos que la ley le encarga que cumpla y de los que debe mencionar el cumplimiento. ¡Encarga también la ley á las partes fechar sus actas privadas y les da misión para imprimir plena fe á la mención de la fecha? No por cierto; las actas privadas ni siquiera deben ser fechadas y la ley no da ninguna misión á las partes contratantes. ¿Qué es, pues, la fecha en las actas privadas? Es la declaración que hacen las partes de haber redactado el acta el día indicado. ¿Cuál es la fe de esta declaración? Es la de toda declaración procedente de las partes.

Es necesario distinguir el hecho material de la declaración y la verdad ó sinceridad de la misma. El acta prueba hasta inscripción por falsedad que las partes contratantes han puesto tal fecha en su acta, pues decir que no han puesto la fecha que lleva sería sostener que el acta ha sido fabricada ó falsificada, á lo menos en cuanto á la fecha. Pero el acta no hace fe de su fecha hasta inscripción por falsedad en lo que concierne á la verdad de la fecha. A este respecto, hay una diferencia esencial entre el acta privada y el acta auténtica. El notario no puede, sin cometer una falsedad, antefechar ni posdatar el acta que recibe; luego aquellos que atacan la verdad de la fecha solo pueden hacerlo inscribiéndose por falsedad; mientras que las partes contratantes no tienen ninguna misión, ni en cuanto á la fecha, ni para las demás declaraciones que constan en sus escritos; pueden de común acuerdo, antefechar ó posdatar el acta; si, pues, una de ellas pretende que la fecha que han puesto en el acta no es la verdadera, no necesita inscribirse por falsedad, puede probarlo por la prueba contraria.

cia de las partes, los hechos y circunstancias de la causa, y no pertenecía á la Corte de Casación revisar la aplicación. (1) El negocio levantaba, sin embargo, una cuestión de derecho; ¿qué prueba es admisible para probar el error? Verémos más lejos que el error puede probarse siempre por testigos.

La Corte de Agen ha juzgado que no se podía juzgar por testigos la falsedad de la fecha; la fecha que se pretenda substituir por la que tenía el acta, priva al acta de todo efecto. Se trataba, pues, de probar contra el acta; lo que no se puede hacer con testigos, según el art. 1,841, á menos que haya fraude, y no se ve en la sentencia que el fraude haya sido invocado. (2) La Corte de Agen no juzgó, pues, como se le hace decir, que la sinceridad de la fecha no puede ser atacada cuando el escrito es reconocido, lo que sería una herejía jurídica, á nuestro juicio; la Corte decidió, lo que es muy diferente, que no se puede atacar la sinceridad de la fecha por la prueba testimonial.

274. El art. 1,322 dice que el acta firmada privadamente reconocida hace la misma fe que el acta auténtica entre aquellos que la han firmado y entre sus herederos y legatarios. Seguirémos con los legatarios; en cuanto á los herederos, el principio no tiene alguna dificultad; suceden á los derechos y obligaciones del difunto, pues el acta que hace fe con relación al difunto, la hace también con relación á los herederos. Este principio se aplica á la fecha, pero con la restricción que hemos expuesto tratando de la fe debida en las actas firmadas privadamente. Las actas firmadas así no tienen fecha segura, y en este sentido las partes pueden atacarlas por la prueba contraria. Y lo que es verdad para las

1 Denegada, 24 de Agosto de 1829 (Dalloz, en la palabra *Arbitrages*, núm. 422).

2 Agen, 15 de Noviembre de 1813 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,871)

partes, también lo es para los herederos. Cuando se dice que las actas bajo firma privada prueban su fecha con relación á los herederos, es preciso entender en el sentido que no tiene fecha segura; se les admite á estos últimos el probar que el acta ha sido posdatada ó antefechada.

Un propietario vendió por acta bajo firma privada, el 15 de Junio de 1,829, cierta cantidad de tierra á tomar además de las que fuesen designadas en el contrato; (estos son los términos de la sentencia). El mismo día vende por acta auténtica á un comprador 1 hectara, 74 aras, 36 centiaras, á tomar también entre los mismos terrenos. Estas dos ventas hechas el mismo día, debían ser ejecutadas por los herederos, puesto que la fecha del acta bajo firma privada hacia fe con relación á ellos, tanto como la fecha del acta auténtica. Pero el vendedor había vendido más terrenos de los que poseía. La Corte decidió que esto no impedía á las dos ventas ser válidas; y como habían tenido lugar en un mismo y solo día, precisaba hacer sobre las dos compras una disminución proporcional. (1) Bajo el imperio de nuestra ley hipotecaria (art. 123), la dificultad sería cortada por la fecha de la transcripción, suponiendo que las dos actas hubiesen sido transcriptas inmediatamente, lo que implica que ambas son auténticas; que si una es privada, como en este caso, no puede ser transcripta y no podría, por esto mismo, ser opuesta al que adquiría que hubiera transcripto la auténtica de venta.

La cuestión de la fecha tiene una gran importancia cuando se halla firmada por una persona herida de incapacidad después de la fecha aparente puesta al acta. Un general del Imperio, de Vaudoncourt, firma en Wilna, el 16 de Febrero de 1813, un vale por una suma de 4,000 escudos de Rusia. Condenado el 15 de Septiembre de 1816 á una pena

1 Lieja, 3 de Agosto de 1850 (*Paracrisis*, 1851, 2, 251).

que llevaba muerte civil, la cumplió definitivamente el 21 de Septiembre de 1821 á la expiración de cinco años dados para purgar la contumacia. Por consecuencia, su sucesión fué abierta en provecho de sus herederos, y quedaban obligados con sus deudas. El portador del vale se presenta para exigir el pago; se le opone el art. 1,328. Esto era un error evidente; los herederos no son terceros, era preciso aplicar el art. 1,322; el acta hacía fe de su fecha con relación á los herederos, también como con la del firmante del acta. (1) La forma de las actas se determinan por la ley del país donde el acta se levantó. Un contrato de casamiento se hizo en Inglaterra por acta privada; la parte interesada muere en Francia. El acta es válida si hubiere sido hecha en Inglaterra y nula si en Francia. La fecha es la que decide la dificultad. ¿Hace fe con relación á los herederos? El artículo 1,322 contesta á la cuestión. (2)

Un individuo contrae sucesivamente dos casamientos; muere dejando niños en ambos matrimonios y dos comunidades á liquidar. Se producen dos actas privadas probando los empréstitos que fueron contraídos durante la primera comunidad, si se atiene uno á la fecha aparente de las actas. El hijo nacido en el primer matrimonio contesta la fecha. Se juzgó que la fecha hacía fe contra él como heredero de su padre y aunque fuese heredero de su madre también: El no podía, dice la Corte de Casación de Bélgica, contestar como heredero de su madre una acta que él estaba obligado á respetar como heredero de su padre. (3)

¿Es preciso deducir de esto que los herederos jamás son terceros en el sentido del art. 1,328? Volveremos á tratar sobre la cuestión (núm. 298).

1 Colmar, 30 de Julio de 1731 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,878, 1º).

2 París, 11 de Mayo de 1816 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 271).

3 Denegada, 21 de Enero de 1864 (*París crítico*, 1864, 1, 151).

275. Hemos insistido sobre la cuestión de fecha; ésta es la única que da dificultad. Nuestra conclusión es que el artículo 1,322 está concebido en términos absolutos cuando dice que el acta privada hace la misma fe que el acta auténtica. Esto no es verdad sino para las declaraciones que hacen las partes; es decir, para sus convenciones, y la fecha hace parte de éstas. Bajo este punto de vista, hay identidad entre el acta bajo firma privada y el acta auténtica; el hecho material de las declaraciones contestadas en el acta, se prueba hasta inscripción por falsedad, pero la veracidad de las declaraciones no hace fe sino hasta prueba contraria. Es preciso aplicar al acta privada todo lo que hemos dicho de la fuerza probante del acta auténtica en lo que concierne á la fe debida á las convenciones (núm. 133). La diferencia es esta, que en el acta auténtica el notario prueba ciertos hechos en su calidad de oficial público e imprime por esto á la mención que redacta fe de ellos hasta inscripción de falsedad; tales es la fecha. Bajo este respecto, no puede ser cuestión de asimilar el acta bajo firma privada al acta auténtica. Esta hace fe de su fecha por sí misma y hasta inscripción de falsedad; mientras que el acta privada no tiene fecha cierta por sí misma; y no la adquiere sino en el caso previsto por el art. 1,328. El art. 1,322 es, pues, extraño á la fecha.

276. Hay además otra diferencia entre el acta privada y la auténtica, en lo que concierne á la fuerza ejecutoria. El relator del Tribunal lo ha hecho notar: el art. 1,322 que asimila el acta privada á la auténtica es extraño á la fuerza ejecutoria. “Es muy seguro, dice Jaubert, que el acreedor que es portador de una acta privada cuya firma ó escritura son reconocidas, no podría permitirse el promover contra el deudor por vía ejecutiva y que se vería obligado á ocurrir á la justicia para obligar al deudor á llenar sus compromisos.” (1) Existen aun actas auténticas que no tienen

1. Jaubert, 2º informe, núm. 14 (Loçré, t. VI, pág. 228).

fuerza ejecutoria; transladamos á lo que fué dicho más arriba (núm. 104). Las sentencias y las actas notariadas son las únicas que se hallan revestidas de un mandato ejecutorio, en nombre del rey, jefe del poder ejecutivo. No hay, pues, más que un medio para el acreedor, portador de una acta privada, para obtener la ejecución forzosa de la obligación; es el de perseguir al deudor en justicia.

Basta aun que el acta privada esté relatada en una sentencia para hacerse ejecutoria, pues toda obligación que consta en la sentencia aprovecha del mandato que los agentes de la fuerza pública deberán ayudar para su ejecución. La cuestión se llevó ante la Corte de Casación y no sufrió mucha duda. (1) En Bélgica la cuestión está decidida por un texto formal. La ley hipotecaria permite constituir hipoteca por una acta privada reconocida en justicia (art. 76), y las hipotecas son esencialmente actas ejecutorias. El acta privada adquiriría también fuerza ejecutoria si fuera reconocida ante el notario. En este caso, deja de ser una escritura privada para hacerse pública y goza de todas las ventajas de la autenticidad.

II. Con relación á terceros.

277. ¿Las actas privadas tienen con relación á terceros la misma fuerza probante que para las partes? Se admite generalmente la afirmativa: es la doctrina y la jurisprudencia. Los textos no deciden la cuestión, y bajo el punto de vista de los principios es muy dudosa. Solo hay un artículo que trata de la fuerza probante de las actas privadas, es el artículo 1,322, y nada dice de los terceros; si se atenía uno al texto de la ley debería decirse que el acta privada no hace fe sino entre los que la han subscripto, entre los herederos y

1 Dijon, 4 de Junio de 1873, y Denegada, 26 de Mayo de 1873 (Dalloz, 1872, 2, 97, y 1873, 1, 480).

los legatarios: estos son los términos de la ley; nada se dice de los terceros. Es únicamente al hablar de la fecha de la acta cuando la ley se ocupa de los terceros, disponiendo que el acta privada no hace fe por su fecha con relación á terceros, sino en los tres casos previstos por el art. 1,328.

Hé aquí los textos; y á decir verdad no se puede prevaricar, puesto que no se preve la dificultad. Lo hemos dicho al explicar el art. 1,319; el Código no se ocupa de la fuerza probante de las actas respecto á los terceros. Nada se puede decir. El art. 1,322 da á las actas privadas la fe que hacen las auténticas, y éstas hacen con respecto á los terceros la misma fe que entre las partes, pues debe ser lo mismo con las actas privadas. Esto sería razonar muy mal, puesto que la ley no dice que las actas auténticas hacen fe con relación á los terceros; por tanto, la asimilación que hace el artículo 1,322 entre ambas actas, no puede concernir á los terceros; la ley se refiere al art. 1,319, y en este artículo no se trata sino de las partes contratantes, sus herederos y legatarios. ¿Por qué á pesar del silencio de la ley se reconoce á las actas auténticas la misma fe con relación á los terceros, que á las partes? Es porque son obra de un oficial público que tiene por misión imprimir la autenticidad á las actas que recibe: el notario les da la fuerza probante con relación á la sociedad entera, pues en cuanto á las actas notariadas no hay diferencia que establecer entre las partes y los terceros. Tal es el único motivo por el cual se admite que las actas auténticas hacen, con relación á terceros, la misma fe que entre las partes. Y este motivo es falso cuando se trata de las actas privadas; no interviniendo el oficial público, las partes no tienen ciertamente la misión de dar fuerza probante á lo que ellas dicen con relación á la sociedad, ni por consecuencia, con respecto á los terceros.

Aun hay otra dificultad que levanta una nueva duda. El acta privada no hace fe por sí misma; en los términos del

art. 1,322 no hace fe sino cuando es reconocida por aquel que la opone, ó que se tenga legalmente reconocida. Saca su fuerza probante del reconocimiento ó de la verificación que se hace en justicia. ¿Y qué cosa es el reconocimiento? Es una confesión, y la confesión como toda manifestación de la voluntad, no tiene efecto sino entre las partes que intervienen en el hecho jurídico; si el acta es opuesta al signatario y si confiesa que la firma es suya, esta confesión es la verdad absoluta con respecto al signatario, pero no tiene efecto con relación á los terceros. Si se me opone una acta que el signatario haya reconocido; es decir, que esté yo ligado por este reconocimiento, yo responderé: que no he reconocido el acta que se me opone, que, por consecuencia, no hace ninguna fe á mi respecto. ¿El portador del acta invocaría la verificación judicial? La misma duda reaparece. En este caso, el acta debe su fe á una sentencia, y la sentencia hace constar que el acta ha sido verificada para con el signatario, pero no lo ha sido para con los terceros que no han sido parte en la causa; la verificación no existe, pues, con relación á ellos.

Hé aquí lo que se puede objetar al punto de vista de los principios á la opinión generalmente admitida. Lo que nos lleva no obstante á unirnos á ella, es la autoridad de la tradición y el espíritu de la ley. Pothier enseña textualmente que las actas privadas y auténticas, prueban contra los terceros *rem ipsam*. Esta es la expresión de Dumoulin; marca que la convención está probada con relación á terceros por acta que se levantó de la misma, sin distinguir si esta acta es auténtica ó privada. Pothier agrega que las actas auténticas hacen fe por su fecha con relación á terceros, mientras que por sí mismas las actas privadas no tienen fecha cierta. (1) Así, con excepción de la fecha, pone las actas priva-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 749.

das en la misma fila que las auténticas en lo que concierne á su fuerza probante. ¿Es que el Código ha pretendido derogar á la tradición? En esta materia debe hacerse abstracción de los textos por incompletos y mal redactados. En cuanto á los trabajos preparatorios no se ve que haya cambio alguno que el legislador quisiese llevar al derecho antiguo. Hemos citado las palabras de Jaubert acerca de la fuerza probante de las actas auténticas con relación á terceros; reproduce la doctrina de Dumoulin y decide que las actas auténticas prueban contra tercero *rem ipsam*; al hablar de las actas privadas, el relator del Tribunado dice: que debe distinguirse la fe que les es debida entre las partes y las que ellas hacen con relación á terceros. En cuanto á las partes, no hay ninguna diferencia entre el acta privada reconocida y el acta auténtica. ¿Qué debe ser con relación á terceros? A esta cuestión Jaubert responde, por una distinción que prueba que no tenía idea muy clara de la dificultad, y él es, sin embargo, quien se expresa con mayor exactitud. Dos cosas hay que considerar, dice, la *convención en sí* y la *fecha*. Las convenciones solo tienen efecto entre las partes contratantes; á este respecto no hay ninguna diferencia entre las convenciones, cualquiera que sea el acta que las contiene. Esto es evidente, pero esto nada tiene que ver con la prueba, y cosa singular, Jaubert nada dice de ella, solo justifica la disposición del Código que niega la fecha cierta á las actas privadas con relación á los terceros, excepto en determinados casos marcados por el art. 1,328. En medio de las incertidumbres, un punto es seguro, y es que los autores del Código no quisieron derogar al antiguo derecho, pues Jaubert reproduce los términos de Dumoulin y de Pothier; solo que guarda silencio acerca de la fuerza probante del acta privada con relación á los terceros. ¿Qué dice el Código? Consagra implícitamente la distinción de Pothier, disponiendo que el

acta privada prueba la convención; es decir, *rem ipsam*, como decía Pothier; si no da fuerza probante á la fecha en las actas privadas, es una excepción; la regla es, pues, que estas actas hacen fe de sus disposiciones con relación á terceros como entre las partes, en este sentido que prueban *rem ipsam*, según el lenguaje de Pothier y de Dumoulin.

278. Hemos dicho que la jurisprudencia y la doctrina están en este sentido. Apenas si puede decirse que haya jurisprudencia; las sentencias establecen el principio como si fuera un axioma. (1) Los autores no discuten la cuestión. Duranton deduce algunas consecuencias del principio. (2) El acta privada, desde el día en que adquirió fecha cierta, prueba el hecho mismo de la convención, tanto como una acta auténtica; puede, pues, servir de base á la *usucapión*; la cuestión ha sido decidida en este sentido, en el derecho antiguo, por un decreto del Parlamento de Paris. A este respecto, la ley hipotecaria belga deroga al Código Civil, como lo dirémos en el título *De las Hipotecas*; es necesario una acta auténtica transcripta para que pueda haber título pudiendo servir de base á la usucapión.

Lo mismo pasa con la segunda aplicación que Duranton hace del principio de que las actas privadas tienen fuerza probante con relación á terceros. Cuando la venta de un inmueble consta por acta privada, el comprador puede oponer su título, si tiene fecha cierta, á un adquirente que tuviere acta auténtica. No sucede así bajo el régimen de las nuevas leyes que han establecido la transcripción en Francia y Bélgica. Si el mismo inmueble es vendido sucesivamente á dos personas, es la que tiene acta registrada quien será propietaria, aunque fuere el acta posterior, y según nuestra ley, las actas privadas no son admisibles al registro público. Lo mis-

1 Gand, 10 de Abril de 1849 (*Passicrisia*, 1850, 2, 310). Pau, 18 de Febrero de 1857 (*Dalloz*, 1858, 2, 140).

2 Duranton, t. XIII, pág. 114, núm. 112, y pág. 130, núm. 130.

mo pasaría con la cesión de un crédito privilegiado ó hipotecario. Se ve que la cuestión de la fuerza probante de las actas privadas con relación á terceros, ha perdido en su interés práctico desde las nuevas leyes. Por esto es que no insistirémos.

Núm. 3. De la fecha cierta.

279. El principio de que el acta privada reconocida hace fe con relación á terceros como el acta auténtica, recibe una excepción importante en lo que concierne á la fecha. En los términos del art. 1,328, las actas privadas no tienen fecha para con los terceros sino en los tres casos previstos por esta disposición; de donde se sigue que, en regla general, las actas privadas no tienen fecha cierta, á pesar del reconocimiento que de ellas se hace. La razón es que dicho reconocimiento hace constar que las partes han puesto la fecha que lleva, pero no prueba la verdad de la misma, puesto que de común acuerdo las partes pueden antefectar ó posdatarla. Desde luego el reconocimiento no puede dar fecha cierta al acta, ni siquiera entre las partes; están admitidas á probar que el acta ha sido antefechada ó posdatada (núm. 272.) Con más razón no puede haber fecha cierta con relación á terceros; para que esto sea, es preciso que la verdad de la fecha esté asegurada, y no lo es sino cuando la antefecha ó la posdata se hacen imposibles. La ley determina los casos en los que la fecha se hace cierta; vamos luego á exponerlos, y en seguida verémos si estos casos son los únicos en los que las actas tienen fecha cierta.

Conste, ante todo, que el principio del art. 1,328, está establecido en interés de los terceros. El relator del Tribunal lo hizo notar é importa recordarlo, pues esto nos ayudará á explicar la ley. Jaubert supone que un acreedor de Pedro haga un embargo en mano de un deudor de su deudor;

esto en virtud de una acta auténtica. Aparece un nuevo acreedor portador de una acta privada. ¿Concurrirá con el primer acreedor? Se le objeta que su crédito no tiene fecha cierta, anterior al embargo, y que nada prueba, por consiguiente, que el acta haya sido antefechada por solución fraudulenta del deudor con el pretendido acreedor. Se ve, dice Jaubert, que si las actas privadas hacían igual fe que las auténticas, contra esto sería abrir la puerta á todo género de fraudes. Para poner á los terceros al abrigo de esos fraudes, el legislador ha mantenido la antigua regla según la cual las actas privadas no tienen por sí fecha contra terceros. (1)

280. Las actas privadas adquieren fecha cierta, desde luego por el registro. Se entiende por esto una mención del acta que el registrador hace en su libro; haciendo constar en él la substancia del acta, le da una fecha cierta desde este día del registro. La ley prescribe formas para llevar el registro, con el fin de impedir toda intercalación, y por consiguiente, toda falsa fecha. Según el art. 1328, el acta tiene fecha cierta desde el día en que fué registrada; se entiende que el registro no garantiza que el acta haya sido hecha en la fecha que lleva, solo hace constar una cosa, y es que esta acta existía en el momento en que fué presentada para ser registrada; hará, pues, fe por su fecha á partir del día del registro. (2)

El art. 1,328 dice que el acta privada no tiene fecha cierta sino desde *el día* en que se registró. ¿Qué deberá decidirse si dos actas constando de concesión del mismo derecho han sido registradas en el mismo día? ¿Se tendrá en cuenta la *hora* en que habrá tenido lugar el registro, ó el *momento* en que el acta fué entregada al registrador? Nó, pues por una parte el Código dice que la fecha cierta existe desde el *día* de su registro, y por la otra, la ley no obliga al regis-

1 Jaubert, 2º Informe, n.º 15 (Loeré, t. VI, pág. 223).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 556 n.º 29 bis VI.

trador á hacer constar el *momento* en que el acta le es presentada, ni siquiera le obliga á inscribir las actas por su orden de presentación. ¿Qué debe concluirse? Es que ambas actas tienen la misma fecha. En un caso juzgado por la Corte de Douai, se trataba de un contrato de arrendamiento que el mismo propietario consintió sucesivamente con dos personas; ambos contratos habían sido registrados el mismo día; la Corte dió preferencia al arrendatario que había tomado posesión. (1) Esta disposición nos parece contraria al art. 1,328; ambos concesionarios tienen un derecho idéntico, de igual fecha y debe, pues, tener el derecho de ejercerlo uno y otro, á reserva de reclamar los daños y perjuicios contra el propietario, si hay lugar.

281. ¿El registro hecho en el extranjero, da fecha cierta a la acta? Ha sido juzgado que una acta registrada en Francia tiene fecha cierta en Bélgica. (2) Esto nos parece muy dudoso. La fecha cierta es un efecto que la ley liga al registro hecho por un funcionario investido con esta misión, y la ley no puede dar á un funcionario ningún poder fuera del territorio en que ejerce sus funciones; se necesitaría una disposición formal del legislador belga para reconocer en Bélgica un efecto á una acta hecha en Francia por un funcionario francés, y esto no se hace por medio de leyes sino por medio de tratados, con el fin de asegurar la reciprocidad á las actas hechas en Bélgica. Esto es una cuestión de soberanía y de igualdad de naciones soberanas. Reconocer efecto á una acta recibida por un funcionario francés, cuando nada asegura que los tribunales franceses reconocerían efecto á una acta hecha en Bélgica, sería colocar nuestra soberanía nacional en un pie de inferioridad con respecto á Francia.

El motivo dado por el Tribunal del Mons y por la Corte de Bruselas en apoyo de la decisión contraria, no toca el

1 Douai, 3 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 115).

2 Bruselas, 12 de Marzo de 1849 (Pasicrisia, 1850, 1, 230 y 235).

verdadero punto de la dificultad. Se dice que la ley orgánica del registro no dice que una acta regularmente registrada en el extranjero no adquiere la fecha cierta en Bélgica. Esto es presentar mal la cuestión. Se trata de saber si una acta puesta en virtud de una autoridad extranjera tiene un efecto cualquiera en Bélgica. La negativa nos parece segura, y desde luego el silencio de la ley es insignificante; se necesitaría, por el contrario, una ley formal ó un tratado que reconociera á las actas hechas en el extranjero, un efecto en Bélgica; el silencio de la ley atestigua, pues, contra los que lo invocan. Al punto de vista fiscal, es claro que el registro hecho en Francia es inoperante en Bélgica; las actas deben de nuevo ser registradas. Pero, dícese, esto es una medida fiscal, una cuestión de impuestos. No se reflexiona que la fecha cierta y el impuesto están estrechamente ligados; lo uno es consecuencia de lo otro. Luego, si una acta ya registrada en Francia está de nuevo registrada en Bélgica, resulta que esta acta no tiene fecha cierta en Bélgica sino la del último registro, á no ser que se diga que esta acta tiene dos fechas ciertas, una en virtud del registro francés y otra por el registro belga, lo que es absurdo.

La Corte de Bruselas da además otro motivo: invoca la regla según la cual la forma de las actas está determinada por la ley del país en que se hace: *Locus regit actum*. Esto es hacer una muy falsa interpretación de la máxima. Ella concierne únicamente á las formas instrumentales y no al efecto ligado á formalidades que son extrañas á la redacción de las actas, tales como el registro y la transcripción. Esto es tan evidente que nos parece inútil insistir. La misma Corte no parece estar muy segura del motivo que alega, puesto que tiene necesidad de agregar para escapar de la casación, que importa poco que el registro hecho en Francia dé ó no fecha cierta al acta; que aquel á quien se oponía dicha acta habiéndola formalmente reconocido no podía ser admitido á con-

testar su fecha. La Corte de Casación se apoderó de esta consideración de hecho para denegar el pedimento, y lo hizo en términos que permiten duda, que la Corte participa de la opinión de la sentencia atacada, en cuanto á la cuestión de derecho. (1)

282. El registro perdió mucho en importancia desde que las nuevas leyes exigen que las actas translativas ó declarativas de propiedad inmobiliarias sean transcriptas para que se puedan oponer á terceros. Según el Código Civil, el adquirente que había registrado el acta de venta privada se consideraba como propietario con relación á terceros y, por consiguiente, con relación á un segundo comprador, desde el momento del registro, y el segundo adquirente hubiera sido preferido al primero si el acta de venta hubiera sido registrada primero. Bajo el imperio de las nuevas leyes, no se tiene en cuenta el registro; es únicamente la transcripción lo que permite oponer el acta de venta á los terceros; de manera que si hay varios adquirentes de un mismo inmueble, es aquel que transcribe primero su acta quien será propietario, con preferencia á un adquirente anterior que no habrá transcripto la suya.

283. Las actas privadas adquieren, en segundo lugar, fecha cierta desde el dia de la muerte de aquel ó aquellos que la han suscripto (art. 1,828). Es seguro que, en este caso, el acta ha sido hecha lo más tarde el dia de la muerte del signatario; desde aquel momento, la antefecha ó la posdata se hacen imposibles por el concurso de las voluntades de las partes, aunque los que aun vivan quisieran modificar la fecha; de nada les serviría alterar la fecha, puesto que ésta solo es cierta desde el dia de la muerte del firmante; en cuanto á la posdata, tan solo pueden hacerla sin incurrir en inútil falsedad, puesto que la firma de aquel que murió atestiguaría que la fecha posterior á la muerte era falsa.

1 Denegada, 15 de Marzo de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 1, 237).

La Corte de Casación dedujo de este principio una consecuencia muy jurídica en el caso siguiente. Un individuo casado bajo el régimen de la comunidad dió á su acreedor una renta dependiente de la comunidad; el acta no fué registrada. Sucede la muerte del marido. De ahí la cuestión de saber si el acta era válida. Existía una primera dificultad, de la que volveremos á hablar. El art. 2,074 quiere que el acta que constituye sueldo esté registrada. La Corte decidió que el único objeto de la ley era asegurar una fecha cierta al acta, de donde se sigue que el acta constitutiva de un sueldo puede ser opuesta á terceros si adquirió fecha cierta por la muerte de uno de los signatarios. El acta de sueldo tenía, pues, fecha cierta por la muerte del marido; pero ¿á contar de qué momento? El art. 1,328 dice: desde el día de la muerte; luego después de la muerte; es decir, después de la disolución de la comunidad, cuando ya no puede ser cuestión de una acta de disposición del marido. La Corte de Casación contesta que si el acta tiene fecha cierta desde el día de la muerte, es seguro que tuvo una existencia anterior á la defunción; luego es seguro que esta acta fué hecha durante la comunidad, lo que asegura la validez del sueldo consentido por el marido, teniendo éste un poder absoluto para disponer á título oneroso de los bienes de la comunidad. (1)

284. El art. 1,328 dice que las actas privadas tienen fecha cierta desde el día de la muerte de aquel ó de uno de *aquellos que las subscribieron*. ¿Es preciso entender por esto las partes contratantes, ó comprender á todos los que las han subscripto, sean como partes sean como testigos? La cuestión puede presentarse para las actas privadas cuando en ella intervienen testigos. Se ha presentado varias veces en las actas auténticas, nulas como tales, pero válidas como

1 Dijon, 18 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 185), y Denedada, Sala de lo Civil, 17 de Febrero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 125).

privadas, porque fueron firmadas por las partes contratantes. No tienen fecha cierta en virtud de la autenticidad de la acta, puesto que es nula como auténtica; no puede adquirir fecha cierta sino en virtud del art. 1,328. Uno de los testigos que firmó, muere: ¿tendrá fecha cierta el acta á partir de su muerte? La afirmativa es cierta. En efecto, la ley está concebida en términos generales, dice: *aquellos que han subscripto el acta*, pues se aplica á los testigos lo mismo que al notario. El espíritu de la ley es del todo evidente; lo que desea es un hecho que dé la fecha cierta; y la muerte de cualquier signatario da la fecha cierta en el día de la defunción, ya sea un testigo signatario, una parte contratante ó el oficial público, quien muera. (1)

284 bis. Hay un tercer caso en el que las actas privadas adquieren fecha cierta: según el art. 1,328 tienen fecha contra los terceros "el dia en que su *substancia* es probada en actas redactadas por oficiales públicos, tales como procesos verbales, cédulas ó inventarios." ¿Qué es necesario entender por prueba de la *substancia del acta*? Una simple mención no basta; esto resulta del texto y del espíritu de la ley. El art. 1,328 no se satisface con una mención; una cosa es mencionar una acta y otra relatar la *substancia*; la substancia de una acta consiste en los elementos substanciales del acta, las cláusulas y disposiciones que la distinguen de otra acta; por consecuencia, la hacen conocer. En una acta de venta, la substancia consiste en los tres elementos esenciales: el objeto, el precio y los nombres de las partes que consienten en vender y comprar. No es indispensable que el oficial público analice todas las cláusulas del acta, esto sería inútil, pues que el objeto de la ley no es hacer conocer las diversas cláu-

1 Denegada, 8 de Mayo de 1827 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, num. 3,785). Casación, 11 de Enero de 1847 (Daloz, *ibid.*, número 3,893).

sulas del acta; quiere que el notario pruebe su existencia en el día que las eleva á escrito público. Por lo que una simple mención sería insuficiente; se ha hecho la observación en el Consejo de Estado; una mención de una acta de venta, por ejemplo, no indicando ni las partes, ni el objeto, ni el precio, no permitiría distinguir la venta; podía haber muchas: ¿cuál sería? No se sabría desde luego, habría incertidumbre, y es la certeza lo que la ley exige. (1)

Se juzgó en el sentido de que la mención de la fecha de una acta no basta para asegurar la fecha cierta; en la especie, se trataba de una notificación expedida por el registrador; la fecha del acta, en virtud de la que se debían los derechos, solo se hallaba mencionada en la notificación. Suponiendo, dice la Corte de Casación, que una notificación esté comprendida en las actas de que habla el art. 1,328, sería preciso, al menos, que la substancia del acta privada hubiese sido relatada; y la simple mención de la fecha de una acta, no forma su substancia. (2)

285. ¿Cuáles son las actas que aseguran fecha cierta al escrito privado cuya substancia se ha relatado? El art. 1,328 dice que son "las actas redactadas por los oficiales públicos tales como procesos verbales de cédulas é inventarios." El ejemplo que la ley da lo explíca limitándolo. No basta un acta cualquiera, redactada por un oficial público, es necesario que éste tenga el escrito á su vista, que tome conocimiento de él, puesto que reasume la substancia en el acta que él va á redactar. No es sino bajo esta condición por lo que la relación que él hace del escrito, tiene fuerza probante; el oficial prueba lo que ha visto y leido; sucede lo mis-

1 Sesión del Consejo de Estado del 2 febrero, año XII, núm. 21 (Looré, t. VI, pág. 111). Aubry y Bau, t. VI, pág. 107, nota 116, pfo. 756. Larombière, t. IV, pág. 446, núm. 46 del art. 1,328 (Ed. B., t. III, pág. 64).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 23 de Noviembre de 1841 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,549, 1º).

mo con el notario que redacta un inventario, y lo mismo debe ser con cualquier acta, para que asegure una fecha cierta al escrito que se relata allí. (1)

Es según este principio por lo que es necesario decidir la cuestión de saber si una acta privada probada por una acta de escribano, adquiere por esto fecha cierta. El escribano no prueba lo que ha visto ó leído; redacta su acta sobre el dicho y los alegatos de las partes; no se asegura, y lo más á menudo no se puede asegurar de la exactitud de lo que las partes dicen. No es tal su objeto: hace constar las pretensiones de la parte que ocurre á su ministerio; no es esto una acta equivalente á un inventario. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Grenoble. (2)

El proceso verbal redactado por el secretario del juez de paz sobre una citación en conciliación, relata un escrito privado. ¿Adquirirá este escrito fecha cierta? La afirmativa no es dudosa. En efecto, se está de acuerdo en admitir que este proceso verbal es una acta auténtica; el juez de paz ha visto el acta, la ha leído, la analiza y menciona su substancia en su proceso verbal; es seguramente ésta, el acta que el legislador tuvo presente en el art. 1,328. Se opone una sentencia de la Corte de Pau, pero basta leerla para convencerse que, en la especie, el magistrado no tuvo acta á la vista. La relación decía que después de varios preámbulos y una larga correspondencia, las partes habían quedado de acuerdo sobre la venta; las cartas no se citaron y el acta de venta no había sido redactada. Sobre el pedimento, intervino una sentencia de denegada; la Corte dijo, como acabamos de hacerlo, que en el proceso verbal de la conciliación no constaba sino una cosa, las pretensiones de una de las partes. ¿Se podía, en semejantes circunstancias, que la substancia del ac-

1 Autry y R. u, t. VI, pág. 407, nota 117, pfo. 756.

2 Grenoble, 26 de Agosto de 1849 (Daloz, 1851, 2, 23). Comparese Larombière, t. IV, pág. 447, n.º 47 del artículo 1,328 (Ed. B., t. III, pág. 64).

ta privada estaba relatada en el acta formada por el oficial público? (1)

286. ¿El art. 1,328 es restrictivo, ó hay otras circunstancias en las que una acta privada adquiere fecha cierta? Nos parece que el cuerpo y el espíritu de la ley deciden terminantemente la cuestión; si hay algún texto restrictivo es seguramente el del art. 1,328: "Las actas privadas no tienen fecha contra terceros sino *desde el día*, etc." Esta redacción restrictiva era inútil: las disposiciones del art. 1,328 son excepcionales por naturaleza; luego de estricta interpretación. En efecto, ¿cuál es el principio? Es que el acta privada no tiene fecha cierta por; la adquiere contra terceros solo en los casos determinados por la ley; cuando no se está en uno de esos casos, queda uno por esto mismo bajo el imperio de la regla. ¿Cuál fué el objeto del legislador? Dar la certeza á la fecha de las actas privadas; y si se permitía al juez reconocer fecha cierta al acta, fuera de las circunstancias previstas por la ley, se volvería á caer en absoluta incertidumbre; los terceros jamás sabrían si el acta tiene ó no fecha cierta ya que esto dependería de la apreciación del juez; en igualdad de circunstancias, tal juez decidiría que hay fecha cierta, y tal otro que no la hay.

¿Es esto lo que quiso el legislador, diciendo que el acta privada no tiene fecha contra los terceros sino en los tres casos enumerados en el art. 1,328? En apoyo del texto y del espíritu de la ley, se puede aún invocar lo que ha pasado en el Consejo de Estado. El proyecto no admitía sino dos casos en los cuales una acta privada adquiría fecha cierta, el registro y la muerte de uno de los signatarios. Se observa que la disposición es incompleta. Si, en el pensamiento del legislador, la cuestión de la fecha cierta fuera abandonada á la apreciación del juez, los casos indicados por la ley no se-

1 Pau, 18 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 139), y Denegada, 22 de Junio de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 243).

rián sino ejemplos y, por tanto, no se podría tratar de completarla, pues que no se haría sino añadir un nuevo ejemplo. (1) Es también en un caso restrictivo en el que Jaubert explica el art. 1,328. (2) Creemos inútil reproducir sus palabras.

Tal es también la opinión de todos los autores, salvo el disentimiento de Toullier, cuya opinión ha quedado aislada. (3) La jurisprudencia de los cursos de Bélgica se ha pronunciado en el mismo sentido. Una vieja sentencia de la Corte de Bruselas reasume la cuestión en algunas palabras; resulta de la redacción del art. 1,328, de la discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado y de la intención del legislador de evitar cualquier arbitrage, que las condiciones de la ley son limitantes. (4) La Corte de Casación de Francia se limita á citar el texto (5) y el argumento bastaría si se tuviese más respeto á la ley. Las cortes de apelación invocan la redacción restrictiva de la ley y el informe de Jaubert al Tribunado. (6) Cuando el espíritu de la ley está de acuerdo con el texto, todo debate debería cesar. Sin embargo, se ha renovado. No comprendemos las titubaciones que sufren los jueces del hecho cuando están convencidos de que la fecha es cierta y que no hubo fraude en perjuicio de terceros, se les ve dispuestos á moderar el rigor de la ley. Vía funesta que conduce á colocarse encima de la ley. Hé aquí por qué hemos insistido tanto en el principio; es nece-

1 Sesión del 2 Febrero, año XII, núm. 21 (Loeré, t. VI, pág. 111).

2 Jaubert, 2º Informe, núm. 15 (Loeré, t. IV, pág. 229).

3 Duranton, t. XIII, pág. 131, núm. 131. Aubry y Rau, t. VI, página 407, nota 118, pfo, 756. Marcadé, t. V, pág. 58, núm. 4 del artículo 1,328. En sentido contrario, Toullier, t. IV, 2, pág. 231, números 242, 243.

4 Bruselas, 28 de Diciembre de 1839 (*Passcrisis*, 1839, 2, 230) y 30 de Agosto de 1844 (*ibid.*, 1844, 2, 323).

5 Denegada, Sala de lo Civil, 23 de Noviembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,549, 1º).

6 Burdeos, 27 de Enero de 1829 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,913. Agen, 4 de Diciembre de 1841 (Dalloz, *ibid.*, número 3,880, 2º). Ronen, 22 de Junio de 1872 (Dalloz, 1874, 2, 38).

sario atenerse á él sin dejarse influenciar por las circunstancias de la causa.

287. Hay hechos que parecen asegurar la fecha del escrito alejando toda idea de fraude. Si un escrito está revestido de un timbre postal ¿adquiere fecha cierta? Sí, según la Corte de Pau, nó, según la de Aix. (1) Aunque hubiera certeza completa, debería apartarse, porque no es una certeza legal; y en el caso, la certeza que no admite la ley es inoperante.

La certeza de la fecha parece, pues, estar asegurada cuando el acta está marcada con una estampilla. Hay una sentencia en este sentido; á nuestro sentir, está sin autoridad, porque parte de un principio falso, y es que el art. 1,328, no es limitativo. (2)

La legalización de la firma por un magistrado parece igualmente dar certeza completa; sin embargo, se ha juzgado con razon que el acta aunque legalizada no tiene fecha cierta; el texto del art. 1,328 contesta á todas las objeciones. (3)

288. Hay circunstancias que hacen la cuestión más dudosa; se contesta la fecha de una acta de venta ó de arrendamiento y sucede que el adquirente está en posesión, que el locatario ocupa los lugares arrendados. Hé aquí hechos materiales que testifican la existencia de la convención. ¿Puede tratarse de antefecha y de fraude cuando el acta ha recibido su ejecución? Sin embargo, la Corte de Casación decidió que los hechos de ejecución y de posesión no daban fecha cierta al acta. La Corte de Agen había juzgado en sentido contrario; en el caso, habido trabajos ejecutados pa-

1 Pau, 4 de Julio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Venta*, número 1,831, 2º). Aix, 27 de Mayo de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 118).

2 Grenoble, 10 de Junio de 1825 (Dalloz, en la palabra *Caucción*, núm. 67).

3 Bruselas, 13 de Agosto de 1844 (*Passerista*, 1844, 2, 281). Alta Corte de los Países Bajos, 7 de Enero de 1853 (*Bélgica judicial* tomo XII, pág. 177).

ra el establecimiento de una servidumbre; éstos habían sido autorizados por la administración. Estos hechos no dejaban ninguna duda á los magistrados en cuanto á la certeza de la fecha, pero olvidaban una cosa, el texto de la ley. El art. 1,328 no dice que el acta tenga fecha cierta en los casos en que la antefecha ó el fraude se hacen imposibles, determina los hechos que únicamente hacen prueba de **esta imposibilidad**, y no pertenece á los jueces el admitir otros; y el Código no admite los hechos de ejecución y posesión, lo que es decisivo. (1)

Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Gand: la citamos para enseñar cuanto hay de incierto en la pretendida certeza que se cree hallar fuera de la ley. Unos comunistas convienen en liquidar su comunidad, redactan una acta que pone las bases de su liquidación, en seguida hacen una venta de muebles. Esta venta ¿dá fecha cierta al acta privada firmada por los comuneros? Sí, dice la Corte de Gand, la venta de los muebles tuvo lugar en ejecución de la convención y dió necesariamente al acta fecha cierta de ella. (2) ¿Será verdad que haya una relación *necesaria* entre la venta de muebles y la convención de la liquidación? ¿Han podido posteriormente á la venta redactar una acta que determina las bases de la liquidación y antefechar ésta? Luego la ejecución pretendida del acta no probaba que ésta existiese, y aunque la ejecución testificase la existencia del acta, deberían desecharse los hechos de ejecución, puesto que la certeza que resulta de ellos, que no es legal, es la única que asegura fecha cierta al acta.

289. Se presenta otra dificultad que á nuestro juicio no está subsanada por el art. 1,328. El tercero que contesta la fecha cierta del acta tiene conocimiento de ella en el momento en que contrajo: ¿Puede, sin embargo, prevalecerse

1 Casación, 28 de Julio de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 216).

2 Gand, 3 de Enero de 1844 (*Pasicrini*, 1844, 2, 335).

del artículo y sostener que esta acta no tiene fecha cierta con relación á él? La afirmativa se ha enseñado y consagrado por la jurisprudencia. Vamos á exponer las dudas que nos deja la opinión general. El tercero opone que el acta no tiene fecha cierta á su respecto. ¿Qué quiere decir esto? Oponer que el acta no tiene fecha cierta es decir que pudo ser antefechada á su perjuicio, cuando conocía la existencia del acta cuando contrató? Hay en esto una contradicción en los términos. Se objeta, y es el único argumento que se halla en las sentencias, que reconocer fecha cierta al acta privada con relación á aquél que tiene conocimiento de su existencia, es agregar al art. 1,328 un cuarto caso en el que el acta privada adquiere fecha cierta contra terceros. Hay aquí un error. Nó, esta acta no tiene fecha cierta contra terceros; todo tercero podrá desechar el acta como no teniendo fecha cierta contra él; solo el tercero que conocía el acta es quien puede rechazarle por una excepción de dolo, si quiere prevalecerse de la incertidumbre de la fecha, de la que conocía la existencia. (1)

Decimos que hay dolo de parte del tercero que rechaza el acta por no tener fecha cierta para con él, aunque tenga conocimiento de ella. Este es el lenguaje y la doctrina de nuestra ley hipotecaria. El tercero que conoce la existencia de una acta no transcripta, no puede prevalecerse de la falta de transcripción (art. 1.º); la ley dice que no tiene buena fe, y la publicidad está destinada á garantizar de todo perjuicio á los terceros de buena fe contra las antefechas; es decir, contra la mala fe y el fraude. Pero si el tercero es el mismo de mala fe, ¿de qué puede quejarse? ¿De que sufre un perjuicio? Nó, puesto que trató con conocimiento de causa.

1 En sentido contrario, Larombière, t. IV, pág. 439, núm. 39 del artículo 1,328 (Ed. B., t. III, pág. 62). Tolosa, 7 de Julio de 1831, y Grenoble, 9 de Mayo de 1833 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,947, 1º y 3,960, 4º).

La jurisprudencia y la doctrina admiten la excepción del dolo contra un tercero que conocía la existencia del acta, pero en el caso en que quiera hacer fraude á aquel que tiene una acta sin fecha cierta. (1) Es necesario que haya intención de perjudicar, y aquel que contrata cuando conocía el acta anterior, lo hace, no por fraude de los derechos del primer acreedor, lo hace por interés propio. Sin duda, hay una diferencia entre la mala fe y el fraude; pero en el caso, no veímos en qué descansa esta distinción. La distinción es extraña al art. 1,328; esta disposición, así como la de nuestra ley hipotecaria, (art. 1.º²) están hechas en el interés de los terceros de buena fe; luego los de mala fe no pueden prevalecerse de ella. La Corte de Casación de Bélgica, ha juzgado también que el dolo hace excepción, pero los términos de la sentencia parecen aproximarse á nuestra opinión, más bien que á la que reina en Francia; el art. 1328, dice la Corte, solo puede ser invocado por los terceros de buena fe, y de ninguna manera por aquellos que se han hecho culpables de colusión con el deudor con la intención de frustrar los derechos de un acreedor legítimo. (2) En el caso, había fraude característico, pero la sentencia no se limita á decir que el *fraude* hace excepción. Asienta en principio que el artículo 1,328 no puede ser invocado sino por los terceros de buena fe; lo que está conforme á nuestra opinión.

290. Ha sido juzgado que el tercero que reconoce la sinceridad de la fecha puesta en el acta privada, no puede ser ya admitido á oponer el art. 1,328. Cuando el reconocimiento es terminante, esto es claro. El reconocimiento puede también ser tácito, como toda expresión de voluntad. El principio es incontestable; la aplicación es entregada á la

1 Denegada, 14 de Diciembre de 1829 (Balloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3886, 3º) y 8 de Febrero de 1837 (Balloz en la palabra *Tercera oposición*, núm. 187, 4º).

2 Denegada, 21 de Marzo de 1845 (*Pasicristia*, 1845, 1, 243).

apreciación del juez. Un deudor, por medio de una declaración no registrada, se obliga á no invocar una prescripción en curso; el acreedor en lugar de contestar la fecha de la declaración, pide probar que en aquella fecha la prescripción estaba adquirida; esto es reconocer implícitamente la sinceridad del acta. (1)

291. ¿El art. 1,328 se aplica á todo escrito privado? Es seguro que se aplica á las actas unilaterales, tanto como á las bilaterales. La Corte de Pau, que lo juzgó así, agrega que se aplica igualmente á las cartas misivas. (2) En este punto hay duda. Referimos una decisión en sentido contrario de la Corte de Bruselas. El texto de la ley solo habla de las *actas* privadas; es decir, de los escritos que han sido redactados para hacer constar un hecho jurídico, y las *cartas* no son *actas*. No es esto una disputa de palabras; hay una razón por la diferencia que admitimos entre las *actas* y las *cartas*. Una acta está destinada á ser producida en justicia; las partes interesadas pueden y deben, por consiguiente, cuidar de asegurarles una fecha cierta; mientras que es excepcional que se produzca una carta ante los tribunales; se registran las cartas en el momento en que va á hacerse uso de ellas ante los tribunales. Además, como lo hace notar la Corte de Bruselas, es generalmente fácil determinar la fecha de una carta por las particularidades que contiene; el fraude es, pues, menos de temerse. Por esto mismo que las cartas no son actas, no se precisa mucho en antefecharlas. Luego el espíritu de la ley, tanto como su texto, se oponen á que se aplique el art. 1,328 á la correspondencia. (3)

Núm. 4. De los legatarios y de los terceros.

292. El art. 1,322 dice que el acta privada reconocida por

1. Denegada, 24 de Julio de 1871 [Dalloz, 1871, 1, 152].

2 Pau, 18 de Febrero de 1857 [Dalloz, 1858, 2, 139].

3 Bruselas, 29 de Octubre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 273).

aquel á quien se opone ó legalmente tenida como tal, tiene la misma fe que una acta auténtica entre los que la han subscripto y entre sus *herederos* y *legatarios*. Y en los términos del art. 1,328, las actas privadas no tienen fecha cierta contra *terceros* sino en tres casos ahí determinados. Estas dos disposiciones contienen toda la teoría de la ley acerca de la fuerza probante del acta privada. Según el art. 1,322, hacen fe no solo entre aquellos que la han subscripto, pero también entre sus *herederos* y *legatarios*. Este artículo nada dice de la fuerza probante de las actas privadas con relación á terceros; esto es un vacío que la doctrina y la jurisprudencia han llenado: es admitido que las actas privadas tienen la misma fe para con los terceros como para las partes. La redacción de la ley es, pues, mala; debe ser generalizada en este sentido que las actas privadas reconocidas hacen fe entre las partes y con relación á los terceros, por las declaraciones que contienen. Este principio recibe una excepción en lo que se refiere á la fecha; las actas privadas no tienen fecha con relación á terceros, es lo que dice el art. 1,328. Este artículo es, pues, una excepción al art. 1,322, tal como está completado por los intérpretes. Hay excepción en este sentido que las actas privadas no hacen ninguna fe por su fecha con relación á terceros, ni siquiera hasta prueba contraria. Se concibe que, entre las partes, el acta prueba la fecha hasta prueba contraria, puesto que resulta de la declaración de las mismas partes; pero como es fácil antefectar ó posdatar el acta, la ley quiso que los terceros no fuesen obligados á probar la antefecha ó la posdata. La fecha no tiene ninguna fe respecto de ellos.

Queda por saber lo que deba entenderse por *terceros* y por *legatarios* en el art. 1,322. Importa sobre todo fijar la significación de la palabra *terceros*. Se ha dado demasiada importancia á la palabra *legatarios* del art. 1,322; en realidad, esta palabra es inútil en el art. 1,322 como lo es también en el

art. 1,319, así como la palabra *herederos*, pues en definitiva, las actas ya auténticas, ya privadas, tienen la misma fe con relación á los *herederos, legatarios y terceros* que entre las partes. Este principio es verdadero aun para la fecha cuando se trata de actas auténticas, pero recibe una excepción cuando se trata de actas privadas las que no tienen fecha contra terceros. Si los autores del Código hubiesen formulado de una manera completa la teoría de la fuerza probante de las actas, jamás hubiera controversia, pues la palabra *legatarios* no se encontraría en la ley. Pero se está en ella, y resulta de esto una contradicción aparente entre el art. 1,322 y el art. 1,328 como lo dirémos más adelante (núm. 305).

293. Se entiende por *legatarios* aquellos que ejercen derechos nacidos de otra persona, aquellos cuyos derechos tienen su causa por el legado de otra persona. Los hay á título universal y á título particular. Los primeros son sucesores universales, son herederos legítimos los donatarios universales, los sucesores irregulares á título universal; todos los demás son legatarios á título particular. En los artículos 1,322 y 1,319 la ley habla de los *herederos y legatarios*; no da nunca el título de herederos á los sucesores irregulares, ni á los donatarios, aunque sean á título universal. Si se toma la palabra *herederos* en su acepción estrecha, solo comprende á los sucesores legítimos. La palabra *legatarios* que los arts. 1,322 y 1,319 emplean, comprende, pues, á los sucesores particulares, pues la ley está concebida en términos absolutos, no limita la significación general de la palabra *legatarios* agregando universales.

Como se ve, la redacción misma de la ley deja que desear aun por lo que toca á la terminología. Si entendía hablar de todos los legatarios, era inútil citar á los herederos, pues esos son legatarios universales. Si no entendía hablar sino de los legatarios universales, bastaba haberse servido de esta expresión. La ley tal cual está redactada comprende,

pues, á todos los legatarios, ya á título universal, ya á título particular. ¿En qué categoría deben colocarse á los acreedores? Lo dirémos más tarde.

294. En cuanto á la palabra *terceros* del art. 1,328, se la considera en general como opuesta á la palabra *legatarios* del art. 1,322; de manera que la ley entendería por *terceros* á los que no son legatarios. Esto es exagerar la relación que existe entre el art. 1,322 y el art. 1,328. La interpretación sería exacta si el art. 1,322, así como el art. 1,319, fueran bien redactados, pero todos convienen que la redacción es incompleta y que es preciso extender á los terceros lo que el art. 1,319 y el art. 1,322 dicen de las partes, herederos y legatarios. Así completado é interpretado, el artículo 1,322 comprende á los terceros. Desde luego no puede haber ya oposición entre los arts. 1,328 y 1,322, en lo que concierne á los terceros y á los legatarios. La relación que existe entre ambos artículos es la de la regla establecida por el art. 1,322, y la excepción establecida por el art. 1,328.

¿Qué se entiende por *terceros*? Verémos más tarde que una larga controversia se ha levantado acerca del sentido que tiene esta palabra en el art. 1,328. La palabra *terceros* no se entiende como opuesta á la palabra *legatarios*; para convencerse de ello, basta leer el art. 1.º de nuestra ley hipotecaria; las actas translativas de propiedades inmuebles no pueden ser opuestas á los terceros; es decir, que no existen con relación á éstos sino cuando han sido transcriptas. ¿Quiénes son esos terceros? Son los adquirentes, los acreedores hipotecarios, todos los que han adquirido derechos reales en la cosa y aun los acreedores quirografarios, según la jurisprudencia de la Corte de Casación; sin embargo, todos estos *terceros* son *interesados*. Se ve que en materia de transcripción, los *interesados* á *título particular* son *terceros*. ¿Por qué? Porque la ley quiere garantizar los derechos de todos aquellos que no han podido conocer el acta, no hecha pública por

vía de la transcripción. ¿No pudiera ser esto el sentido de la palabra *terceros* en el art. 1,328? La ley quiere garantizar los derechos y los intereses de aquellos á los que una antefecha pudiera perjudicar; luego los terceros son precisamente los legatarios á título particular, pues es particularmente por interés suyo por lo que la ley ha establecido el principio de la fecha cierta.

Solo tratamos de explicar el sentido de las palabras empleadas por el legislador. Por lo que acabamos de decir, el art. 1,328 comprendería bajo el nombre de *terceros* á todos los legatarios á título particular. La doctrina del Código en lo que concierne á la fecha sería, pues, esta. El acta privada no tiene fecha para con los terceros; es decir, para los interesados á título particular. En cuanto á los legatarios universales, el acta hace fe por su fecha, como hace fe de ella entre las partes. De esto nace la distinción entre los legatarios universales y los interesados á título particular.

I. De los legatarios universales.

295. Los legatarios universales son aquellos que suceden á los derechos y obligaciones de su autor: son los herederos legítimos, los sucesores irregulares y los donatarios á título universal. Entre estos sucesores hay unos que representan la persona del difunto: estos son los herederos legítimos; como se confunden con la personalidad del difunto, se comprende que el acta privada subscripta por su autor, tenga con relación á ellos la misma fe que tuviera con relación al difunto; hacen, pues, fe por su fecha para ellos y contra ellos. ¿Cuál es esta fe? Lo hemos dicho (núm. 272); no es la fe plena del acta auténtica, es únicamente la fe hasta prueba contraria. Las partes pueden, sin inscribirse por falsedad, atacar la sinceridad de la fecha; sus herederos legítimos tienen el mismo derecho.

Hay sucesores universales que no tienen la posesión; los donatarios á título universal jamás están en posesión; los legatarios y donatarios universales, no lo son cuando concurren con herederos á reserva. Los sucesores no poseídos, no representan la personalidad del difunto; en la doctrina que acabamos de enseñar, son simples sucesores de bienes; pero siendo sucesores universales suceden á los derechos del difunto y también á sus obligaciones. Luego si una acta hace fe con relación al difunto, debe también hacerla para con sus sucesores universales, pero hace fe de la misma manera; es decir, solo hasta prueba contraria.

296. En este punto no hay duda, pero la inseguridad comienza cuando se trata de aplicar el principio á los sucesores universales de los que han cambiado de estado, ya que siendo capaces hayan sido heridos de incapacidad como los interdictos, ya que siendo incapaces se hayan hecho capaces como los menores. La cuestión se ha presentado muy á menudo en lo que concierne á los herederos del interdicto. En el título *De la Interdicción* hemos establecido que el acta privada subscripta por el interdicto hace fe de su fecha con relación á él á reserva de que pruebe haber sido redactada durante su interdicción y que se le ha dado una fecha anterior; hemos expuesto las titubaciones de la jurisprudencia y criticado las malas razones que la Corte de Casación da en apoyo de la doctrina que creemos sea buena. (1) Admitido este punto, la consecuencia es evidente en lo que concierne á los herederos del interdicto; el acta hace fe de la fecha para con ellos, como para el mismo interdicto. Esto es de derecho común y la ley no lo deroga. (2) Solo hay una dificultad; se pregunta cuál es la prueba contraria que el

1 Véase el tomo V de estos *Principios*, págs. 451-455, números 320-322.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 399, nota 93, pfo. 756. Colmet de Santeire, t. V, pág. 375, núm. 291 bis V. Bennier, *De las Pruebas*, t. II, pág. 281, núm. 636.

interdicto y sus herederos están admitidos á hacer contra la fecha que lleva el acta. ¿Es admisible la prueba testimonial? La afirmativa no nos parece dudosa. En principio, las partes no son admitidas á probar con testigos contra el acta (artículo 1,341). Pero esta regla recibe excepción en el caso en que la parte interesada no pudo procurarse una prueba literal, y tal es seguramente el caso del interdicto; aquel que trata con él, al antefectar el acta comete un fraude á la ley y en perjuicio del interdicto; buen cuidado tendrá de no ministrarle una prueba literal del fraude. Luego la prueba testimonial, y, por consiguiente, las presunciones, serán admitidas; y lo que es verdad para el interdicto lo es también para sus herederos. Volveremos sobre el principio al tratar de la prueba testimonial; y una vez admitido el principio, su aplicación no es dudosa.

297. Una acta privada trata de la constitución de una renta vitalicia. La persona favorecida muere después de veinte días de la fecha aparente del contrato; ¿hace fe esta acta con relación á los herederos ó se les admite probar que el acta ha sido antefechada? La solución es la misma que la que acabamos de dar para el interdicto. Sí, le hace fe de su fecha contra el que es acreedor rentista que firmó y contra sus sucesores universales; pero se puede que el acta haya sido antifechada á fin de substraerla de la aplicación del art. 1,975, en cuyos términos el contrato es nulo cuando la renta ha sido creada á cargo de una persona atacada de la enfermedad de que ha muerto á los veinte días de la fecha del contrato. ¿El acreedor rentista y sus legatarios universales se les admite á hacer la prueba de la antefecha? Sí, porque tal es el derecho común. ¿Cuál es esta prueba contraria? Podrían probar por testigos y por presunciones que el acta ha sido antefechada para hacer fraude á la ley. (1) Esta es la aplicación de los principios generales.

1 Larombière, t. IV, pág. 307, núm. 9 del artículo 1,328.

298. ¿Hay excepciones al principio en virtud del cual el acta hace fe de su fecha con relación á los terceros como á la del difunto? ¿Se consideran algunas veces como terceros, en el sentido que el acta no hace fe de su fecha á su respecto sino en los tres casos previstos por el art. 1,328? La afirmativa es generalmente admitida: se pone como principio que los herederos son terceros cuando obran en virtud de un derecho que no les viene de su autor y que está comprometido por una acta que su autor ha hecho contra ellos y en perjuicio del derecho que la ley les da. Tal es el caso de los reservatarios cuando atacan una acta conteniendo ventajas indirectas que exceden la cantidad disponible; no son los legatarios del difunto, son los terceros, y por consecuencia, pueden prevalecerse del art. 1,328. (1)

Se ha criticado esta doctrina como implicando una imposibilidad jurídica. ¿Se concibe que un reservatario, heredero legítimo, no haciendo sino *uno* con la personalidad del difunto, sea un tercero? Esto es como si se dijera que el difunto es un tercero en el acta en que forma parte. (2) Ciertamente esto parece absurdo, imposible. Pero aquellos que critican la opinión general, admiten que los herederos reservatarios pueden atacar las actas que su autor ha hecho en perjuicio de su reserva. Esto parece absurdo. ¿No son los representantes del difunto y pueden como tales, atacar las actas que el difunto no hubiera podido criticar? La contradicción se explica en este sentido: que ha habido una regla y una excepción, la excepción no puede ser tasada de absurda cuando tiene un fundamento racional. Y nada es más racional que no considerar al heredero reservatario como representante del difunto, mientras que el difunto no ataca la

1. Autry y Rau, t. VI, pág. 400, y nota 96, pfo. 756. Larombière, t. IV, pág. 432, n.ºm. 31 del artículo 1,328 (Ed. B., t. III, pág. 58).

2. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Obligaciones*, n.ºm. 2,931.

reserva. Hay aquí un conflicto de intereses que permiten ver al heredero como un tercero.

Creemos que la cuestión está mal expuesta y, por consecuencia, mal resuelta. En nuestro concepto, el art. 1,328 está fuera de causa en el caso en que el heredero reservatario ataca una acta por la que el difunto ha podido atacar á su reserva, lo que es fácil demostrar recurriendo á la jurisprudencia. Se lee en una sentencia de la Corte de Paris: "Las actas privadas hacen fe plena contra aquellos que las han subscrito y sus herederos. Este principio no recibe la excepción sino con relación á los herederos en provecho de los cuales la ley reserva una porción de bienes del difunto y cuando se trata de disposiciones presumidas hechas contra la prohibición de la ley; en este caso únicamente, los herederos pueden ser considerados como terceros con relación á los que las actas privadas no hacen fe sino cuando han adquirido fecha cierta." Hé aquí la doctrina de los intérpretes. ¡Pero qué confusión é inexactitud en la forma de este pretendido principio! Desde luego, no es exacto decir que las actas privadas hacen fe *plenaria* de su fecha, como la Corte parece decir, pues el derecho de los reservatarios no tiene nada de común con la fecha de las actas que su autor subscrive; poco importa la fecha que llevan estas actas, los herederos reservatarios pueden siempre atacarlas. La Corte confunde el efecto de las actas con la prueba que hacen. Que los herederos sean reservatarios ó no, esto no tiene ninguna influencia sobre la fuerza probante del acta firmada por su autor, esta acta hace fe para con ellos; si el acta no hacía ninguna fe no necesitaría promover en justicia para atacarla. Pero poco importa que el acta haga fe, los herederos no por esto tienen menos derecho de pedir su nulidad, como hecho en fraude de la reserva. En fin, lo que pone en colmo á la confusión en esta extraña sentencia, es que no se trataba de herederos reservatarios ni de sus derechos. Una dona-

ción había sido hecha por contrato de matrimonio contraído en Londres bajo firma privada. ¿Esta fecha hacía fe para con los herederos de la donante? Tal es la cuestión. La Corte de París juzgó que la fecha hacía fe para con los herederos. (1) Esto es elemental pero ¿qué es lo que tiene de común con el art. 1,328?

Se lee en una sentencia de la Corte de Casación que "el heredero con reserva no está considerado como legatario de su autor, cuando ataca las actas fraudulentamente suscriptas por éste, con el objeto de quitarle su herencia." (2) La palabra *legatario* parece recordar el art. 1,322; si tal es el pensamiento de la Corte, se engaña. No se trataba, en el caso, de la fecha del acta ni de su fuerza probante: se trataba del derecho que tienen los herederos reservatarios para atacar las actas hechas en fraude de su reserva. Este derecho existe aunque el acta fraudulenta sea auténtica; esto es decisivo. La cuestión se ha presentado para una acta auténtica, comprobando una venta hecha en fraude de los herederos en provecho de un hijo natural. Se contestaba á los herederos el derecho de atacar el acta; la Corte de Gand reconoció el derecho de los herederos, incontestable en el caso. Para motivar su decisión, la Corte dice que, "los herederos ejerciendo aquí derechos personales que tienen por la ley y no por el difunto, son con relación á las actas que atacan, *verdaderos terceros*." (3) Estas últimas palabras están por demás; se podría inducir que las actas, ya auténticas, ya privadas, no hacen fe para con los herederos cuando promueven en virtud de un derecho que les es propio; las actas siempre hacen fe con relación á ellos, lo que no impide á los herederos atacarlas por fraude y simulación.

1 París, 11 de Mayo de 1816 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 271).

2 Denegada, 6 de Febrero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 739).

3 Gand, 21 de Diciembre de 1838 (*Pasicrisia*, 18.8, 2, 272).

299. ¿Los herederos beneficiarios son terceros en cuanto á las actas hechas por el difunto? Hemos dicho en el título *De las Sucesiones*, que los herederos beneficiarios son representantes del difunto, tanto como los herederos puros y simples. (1) En efecto, la aceptación bajo beneficio de inventario no les impide estar en posesión; y todo sucesor universal en posesión, representa á la persona del difunto; la aceptación bajo beneficio de inventario no modifica este principio en lo que concierne á las obligaciones del heredero. De donde resulta que las actas que hacen fe con relación al difunto, la hacen también con relación á sus herederos beneficiarios; solo que si estas actas comprueban una deuda, el heredero no está obligado sino hasta concurrencia de su emolumento. Cuando decimos que las fechas de las actas hacen fe con relación á los herederos, esto no quiere decir, como se dice frecuentemente, que tengan plena fe; la prueba contraria está siempre admitida; el interés práctico de la cuestión es saber á quién incumbe la prueba. En nuestra opinión, toca al heredero beneficiario por el solo hecho de ser heredero.

La jurisprudencia está incierta. Unos hijos aceptan la sucesión de su padre bajo beneficio de inventario; se les opone una obligación que subscribió; ¿pueden sostener, como representantes de su madre, que dicha acta no tiene fecha cierta respecto á ellos? Nós, dice la Corte de Bruselas; los hijos, representantes de su padre, no pueden oponer á sí mismos la falta de fecha cierta de una acta que lleva su firma, aunque sean representantes de su madre. (2) Se ve que la Corte considera á los hijos como representantes de su padre aunque sean beneficiarios; esta es la doctrina, á nuestro juicio.

La Corte de Casación de Francia ha juzgado que el acta

1. Véase el tomo X de estos *Principios*, pág. 146, n.º 97).

2. Bruselas, 10 de Julio de 1850, (*Passcrisia*, 1851, 2, 10; Dalloz; n.º 3,932)

subscripta por el difunto no hace fe de su fecha con relación al heredero beneficiario, cuando éste es acreedor de la sucesión y que promueve contra ella sobre pago de lo que es debido. (1) Esto nos parece dudoso. Si el heredero beneficiario puede promover contra la sucesión, es porque el patrimonio de la edad no se confunde con el suyo; pero esto no le impide ser heredero. Si el acta tiene fecha cierta cuando el heredero es deudor, debe tenerla también cuando es acreedor, á reserva de hacer la prueba contraria.

300. Una contestación se levanta entre hijos de dos matrimonios acerca de la cuestión de saber si una adquisición inmobiliaria fué hecha antes ó después de la primera comunidad y si, por consiguiente, el inmueble es herencia parcial ó total. La Corte de Metz juzgó que, en este caso, los herederos son terceros entre sí; es decir, que pueden invocar el art. 1,328, lo que no nos parece dudoso, pues la calidad del representante del difunto no está en causa en este debate. (2)

301. Se presenta una dificultad análoga en el caso en que uno de los subscriptores del acta es mandatario: el mandato forma parte en el acta, y, por consecuencia, la ha firmado; de manera que el acta tiene fecha con relación á él, como si personalmente hubiese figurado. (3) Se supone que el acta es privada y que solo adquirió fecha cierta después de la sentencia ó de la revocación del mandato. Los autores están de acuerdo para admitir que el acta firmada por el mandatario tiene fecha cierta con relación al mandante. Aplican este principio al mandato legal; el acta hecha por el marido como administrador de los bienes de su mujer, tiene fecha cierta con relación á ésta; el acta subscripta por el tutor

1 Denegada, 22 de Janio de 1818 (Dalloz, en la palabra *Privilegios e Hipotecas*, núm. 2,682, 1^a)

2 Metz, 28 de Mayo de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 175).

3 Aubry y Rau, t. VI, págs. 406, pfo. 756. Larombiére, t. IV, página 438, núm. 38 del artículo 1,328 (Ed. B., t. III, págs. 61).

tiene fecha cierta contra el menor. El acta tiene fecha cierta para el mandante en el sentido de que es como si la hubiera firmado, á reserva de que él pruebe que el acta es posterior á la invocación ó la cesación del mandato. (1)

La jurisprudencia francesa está conforme con esta doctrina. Una sentencia de la Corte de Casación decide que el art. 1,328 está sin aplicación en el caso, no pronunciando el mandante ser considerado como tercero con relación al mandatario. La Corte de Burdeos desarrolla este motivo en términos poco jurídicos: "El mandatario, dice, es la imagen del mandante; en la órbita de sus poderes, puede todo lo que pudiere hacer el mismo mandante. Si, pues, el mandante puede dar, mediante su firma, una fecha cierta respecto de él á las actas privadas que subscribe, el mandatario que lo representa tiene la misma facultad." Esto es de toda evidencia cuando está comprobado que el acta ha sido subscripta antes de que concluya el mandato; pero el mandante sostiene precisamente que el mandato había cesado y que el acta había sido antefechada, ¿tócale á él dar la prueba de la antefecha? Tal es la verdadera dificultad. La Corte de Burdeos contesta que el mandante está libre para sostener que las actas del mandatario han sido realmente hechas en otra época que la de su fecha aparente; para demandar en esta excepción, á él toca establecerla con pruebas positivas. Se objetan los abusos y la dificultad de probar el fraude; la Corte de Burdeos contesta que el mandato está bajo la voluntad del mandante, el mandatario puede ser escogido por él y no puede repudiar las obligaciones que proceden del contrato del que aprovechó las ventajas. (2) ¿Es esta una obligación procedente del mandato, reconocer la fecha de

1 Denegada, 19 de Noviembre de 1834 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 402, 3º).

2 Burdeos, 22 de Enero de 1827 (Dalloz, en la palabra *Mandato*, núm. 412, 2º).

las actas subscriptas por el mandatario cuando no está seguro si el mandato existía aún?

Las cortes de Bélgica se pronuncian, en general, por la opinión contraria; no reconocen fecha cierta al acta subscrita por el mandatario cuando sucede la muerte del mandante; imponen, pues, el fardo de la prueba á aquel que sostiene que el acta ha sido hecha antes de la muerte del mandante. (1) Al punto de vista de los hechos, esta es quizá la más sabia doctrina. ¿Pero es legal? Lo dudamos mucho: El acta firmada por el mandatario es como firmada por el mandante, salvo que el mandante pruebe la antefecha; tal es el principio de la jurisprudencia francesa, y en derecho, lo juzgamos inatacable.

Si se admite el principio la aplicación al mandato legal, no presenta ninguna duda. Se juzgó que las actas privadas subscriptas por el tutor pueden ser opuestas al pupilo, aunque no hayan adquirido fecha cierta antes del fin de la tutela. En el caso, se trataba de un contrato de arrendamiento consentido por el tutor; la Corte de Casación casó la sentencia que desconocía fecha cierta al contrato con relación al menor. La Corte pone, en principio, que el menor es de tal manera representado por su tutor que el hecho de este último debe considerarse como el hecho del otro; en cuanto á las actas que el tutor hace en los límites del mandato que tiene por la ley, el menor se halla en la posesión del mandante relativamente á las actas que hace el mandatario en la órbita de su poder; lejos de ser terceros en el sentido del art. 1,323, son como partes en las dichas actas en el sentido del art. 1,322. Pueden sostener que el acta ha sido hecha después de la cesación de la tutela, pero á ellos toca minis-

1 Bruselas, 5 de Septiembre de 1818, 28 de Abril de 1830, 29 de Marzo de 1847 (*Passicrisia*, 1818, pág. 176; 1830, pág. 115; 1847, 2, 351). Hay, sin embargo, un considerando en sentido contrario en una sentencia de Bruselas de 10 de Julio de 1850 (*Passicrisia*, 1851, 2, 10).

trar la prueba de la falsedad de la fecha. (1) ¿Cómo se hará esta prueba? La Corte de Caen invoca las circunstancias de la causa; es decir, presunciones; (2) lo que implica la admisión de la prueba testimonial y que el acta está atacada por causa de fraude. En efecto, hay fraude cuando el tutor antefecha una acta en perjuicio de su pupilo y éste ha estado seguramente en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del fraude del que sería víctima si el acta era mantenida.

302. Una cuestión se presentó también para el Estado sucesor de corporaciones religiosas, cuyos bienes han sido nacionalizados. El Estado es sucesor universal. ¿En calidad de qué? No es como heredero; el Estado no tiene el derecho por las corporaciones; son éstas, al contrario, las que tenían un derecho por el Estado. Mejor dicho, las corporaciones están sin derecho, el verdadero derecho pertenece al Estado; era virtualmente dueño de los bienes cuya posesión permitía á las corporaciones poseerlo en vista de un servicio público. En este sentido se puede decir que las corporaciones tenían un cargo, un mandato; estaban encargadas del servicio del culto en virtud de una delegación del Estado. Puede, pues, compararse el Estado á un mandante. Como tal, era parte en las actas hechas legalmente por las corporaciones religiosas. El Estado más de una vez ha contestado la fecha que llevaban las actas subscriptas por las antiguas corporaciones, sosteniendo que la fecha aparente era falsa, y que en realidad habían sido hechas después de la supresión de las corporaciones. La dificultad consiste siempre en saber á quién incumbe la prueba. Las cortes de Bélgica han decidido que las actas hacen fe de su fecha con relación al Estado, salvo que el Estado pruebe la antefecha. Creemos que han juzgado bien, pero los motivos dejan mucho que desear. Las sen-

1 Casación, 8 de Junio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 250).

2 Caen, 29 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 291).

tencias dicen que el Estado es un legatario de las corporaciones suprimidas, ó que es su sucesor universal. (1) A nuestro juicio, su derecho es superior. No es como legatario ó sucesor, como tomó los bienes de la Iglesia. Las personas dichas civiles, no tienen verdadera propiedad; si poseen, es como llenando una misión social; es, pues, la sociedad ó su órgano el Estado, quien posee. Si cree que los establecimientos públicos deban ser suprimidos, tiene el derecho y el deber de pronunciar la supresión. ¿Qué sucede entonces con los bienes? permanecen lo que eran ya, bienes del Estado; éste no es, pues, un sucesor, es un propietario que vuelve á tomar la gestión de su patrimonio, del que tenía confiada la administración á un cuerpo que creó necesario suprimir. De donde se sigue que él es parte en las actas hechas por las antiguas corporaciones; en este sentido, las actas hacen fe de su fecha para con él, como las del mandatario con relación al mandante, salvo el probar que el mandatario las *antefechó* para engañar al mandante.

II. De los legatarios á título particular.

1. El Principio.

303. Hay legatarios á título particular, tales son los adquirentes, donatarios, arrendatarios y todos aquellos que no suceden de sus autores, sino por derechos determinados; por ejemplo, los acreedores hipotecarios ó aquellos que tienen un derecho determinado para ejercer contra una persona, como acreedor quirografario. Por el momento, dejemos á un lado á los acreedores quirografarios; verémos más tarde si el principio general que vamos á sentar les es aplicable. Se

1. Bruselas, 30 de Octubre de 1823. Sala de Casación de Bruselas, 30 de Enero de 1824; Bruselas, 5 de Abril de 1837 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 519; 1824, pág. 8; 1837, pág. 83).

pregunta si los legatarios á título particular son terceros en el sentido del art. 1,328. El comprador, el donatario, el acreedor hipotecario, el arrendatario, son legatarios en el sentido más lato de esta palabra; parecen, pues, comprendidos en el art. 1,322, que habla de los legatarios en términos generales sin distinguir los universales y particulares. Y si estos sucesores están comprendidos en el art. 1,322, debe decirse que las actas hechas por su autor, hacen fe para con ellos, pues este artículo dice que el acta privada reconocida tiene entre los que la subscribieron, sus herederos ó legatarios, la misma fe que el acta auténtica. Si tiene la misma fe que ésta, la tiene por su fecha para con todos los legatarios á título particular. Desde luego, parece imposible considerar á estos legatarios como terceros, y decir que las actas privadas no tienen fecha contra ellos.

Tal es la interpretación que Toullier ha dado de los artículos 1,322 y 1,328. Hé aquí la aplicación que hace de su principio. Vendo á Pedro una casa por acta privada, llevando fecha de 1.º de Enero de 1817. El 1.º de Marzo siguiente, vendo la misma casa á Juan por acta auténtica. ¿Cuál de ellos será propietario? El primero, sin contradicción, según Toullier. En efecto, se convirtió en propietario con respecto á todos por efecto de la venta que el propietario le hizo, y la segunda venta es nula con relación á Pedro, es la venta de una cosa agena (art. 1,599). Vanamente el segundo adquirente opondrá á Pedro que el acta de venta que invoca no tiene fecha cierta contra los *terceros*, y que él es un tercero. Pedro contestará con el art. 1,322, que los adquirentes no son *terceros*, son los legatarios del vendedor, y entre legatarios el acta privada reconoció la misma fe que la auténtica, por lo que hace fe de su fecha. (1)

El argumento de Toullier parece tener una base inque-

1 Toullier, t. IV, 2, págs. 236-254, núms. 245 y 246, y la nota,

brantable, el texto de la ley. Sin embargo, su opinión casi está ó se encuentra aislada; los autores la rechazan (1) y la jurisprudencia la condena. (2) Se puede decir que la cuestión está definitivamente decidida y parece que es perder el tiempo tratarla aún; está expulsada en doctrina, dice M. Larombière, y fija en jurisprudencia, basta, añade, reasumir los principios. (3) Esta mancha no es tan fácil como se creyera, según las palabras de Larombière. ¿Son ciertos los principios como se pretende? Hay un punto sobre el cual los autores y las sentencias están de acuerdo; es que los legatarios á título particular son terceros. Proposición contraria del todo, á la que Toullier ha fundado sobre el texto del artículo 1.322. Pero no es suficiente enunciar una proposición, es preciso probarla: y cuando se leen las críticas que han sido hechas de las teorías de Toullier, se encuentran tantas opiniones distintas como autores. Hay algunos que dijeron, y fueron la mayor parte, que la palabra *legatario* en el artículo 1.322, no comprende sino á los legatarios universales; otros objetan, y no sin razón, que esto es introducir en el texto una distinción que no existe. Y ¿quién autoriza á los intérpretes á distinguir esto, cuando la ley no lo hace? (4) Hé aquí un grave disentimiento y que atañe al mismo principio. Esto no es todo. Es preciso probar que los legatarios á título particular, son terceros. Acerca de este punto, Merlin tiene su aplicación. Ducaurroy tiene la suya; cada autor, para de-

1. Aubry y Rau, t. VI, pág. 400, nota 97 y las autoridades que allí se citan. Es preciso añadir Duvergier sobre Toullier, t. IV, 2, páginas 254-258, nota; Larombière, t. IV, pág. 405, núms. 3 y 4 del artículo 1.328 (Ed. B., t. III, pág. 48).

2. Denegada, 20 de Febrero de 1827 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,945, 2º). Casación 21 de Julio de 1846 (Daloz, 1846, 1, 289). Compárense las sentencias de las cortes de apelación citadas por Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,947.

3. Larombière, t. IV, pág. 404, núm. 2 del artículo 1.328 (Ed. B., t. III, pág. 47).

4. Compárese Marcadé, t. V, págs. 57 y siguientes, núm. 2 del artículo 1.328.

cir mejor, trata de explicar á su modo la antinomia aparente, que existe entre el art. 1,322 y el 1,328 (1)

Hémos aquí muy lejos de estos principios ciertos que bastaría reasumir, según Larombière. El principio está aún por establecerse; ensayémos hacerlo á nuestra vez: creemos que la dificultad reside en la mala redacción de la ley, y que si se logra apartarla, cualquier duda desaparece.

304. A nuestro juicio, el art. 1,322 es extraño á la cuestión. En la opinión general, se supone que este artículo determina la fuerza probante del acta privada en lo que concierne á la fecha. Creemos que no sea tal el objeto del artículo 1,322, y basta para convencerse, aplicar el texto de la ley á la fecha que lleva el acta privada. El texto dice: "El acta privada reconocida hace la misma fe que el acta auténtica" y, el acta auténtica hace fe de la verdad de la fecha hasta inscripción de falsedad; luego el acta privada probaría también hasta inscripción de falsedad la sinceridad de la fecha que han puesto. Sin embargo, es seguro que no es así; lo hemos demostrado y nos parece inconcuso: el acta privada no hace fe de su fecha sino hasta prueba contraria (núm. 272), pues el texto del art. 1,322, tal como fué concebido, no puede recibir aplicación á la fecha. Esto prueba ya que la antinomia entre el art. 1,322 y el art. 1,328 no existe. ¿Qué dice el art. 1,328? Que el acta privada no tiene fecha contra los terceros sino en los tres casos enumerados; es decir, que fuera de estos tres casos, el acta privada no tiene fecha cierta con relación á los terceros. Decimos que el acta no tiene fecha cierta; esto significa, según lo confiesan todos, que la fecha aparente no se presume sincera, en el sentido de que no toca á aquel á quien se opone el acta el probar que la fecha es falsa; es á aquel que se prevalece del acta á quien toca probar la sinceridad de la fecha, no puede hacerlo sino es-

1. Véanse los autores citados en el *Repertorio de Dalloz*, números 3,919-3,923.

tableciendo que el acta ha adquirido una fecha cierta, por uno de los hechos, que según el art. 1,328, aseguran la certeza de la fecha. Tal es el sistema del Código en lo que concierne á la fuerza probante de la fecha con relación á los terceros. Entre las partes, el acta privada carece de fecha cierta en el sentido del art. 1,328. Aunque el acta esté reconocida, la fecha que lleva no es una fecha cierta; es decir, una fecha cuya sinceridad no puede ser atacada, sino por la inscripción de falsedad; la fecha no es más que una declaración, y ésta puede combatirse por la prueba contraria. (1) Luego entre las partes, el acta no tiene fecha cierta, están admitidas á probar que el acta está antefechada, que la fecha no es sincera. Lo que es verdad para las partes, lo es también para los herederos, y esto sería igualmente verdadero para los legatarios á título particular y aun para los terceros si el art. 1,322 se aplicase á la fecha. Aquí tocamos la mala redacción de la ley, que ha embrollado todo.

305. La ley no dice nada de la fuerza probante de las actas con relación á los terceros, ya sean auténticas como privadas. Sin embargo, es de principio y de jurisprudencia que las actas hacen la misma fe con relación á los terceros que entre las partes. ¿Cuál es ésta fe? Las actas auténticas hacen fe de las declaraciones de las partes, por el hecho material hasta inscripción de falsedad, y por el hecho moral ó por la sinceridad del hecho hasta prueba contraria. Este principio es común á las actas auténticas y á las privadas, y es bajo este respecto por lo que el art. 1,322 asimila las actas privadas á las auténticas.

¿Es necesaria esta asimilación á la fecha? No, y esto prueba que el art. 1,322 no se aplica á la fecha de las actas pri-

1 Tonllier (t. IV, 2, pág. 234, núm. 245) dice lo contrario: "Una consecuencia necesaria del art. 1,322 es que la fecha de las actas reconocidas es *plenamente asegurada* entre y contra aquellos que las han suscripto." Es un error, y este ha arrastrado todos los demás errores que se reprochan á Tonllier.

vadas. Si se aplicase á la fecha el principio del art. 1,322, sería preciso decir que el acta hace fe de su fecha con relación á todos, como prueba la convención con relación á todos; es decir, hasta prueba contraria; y esta prueba contraria podría hacerse por testigos y por presunciones cuando aquel que contesta la sinceridad de la fecha no ha podido procurarse una prueba literal de la verdadera fecha. ¿Es este el sistema del Código? Evidentemente no. Por causa de la facilidad de la antefecha y por consecuencia, por razón de la facilidad que habría de engañar á aquellos que no figuran en el acta y que ignoran la verdadera fecha, el legislador pone como principio que el acta privada no tiene fecha cierta; es decir, fecha verdadera y sincera, sino en los tres casos determinados por la ley. Hé aquí un principio de todo diferente á lo que el art. 1,322 establece al tratar de la prueba de la convención: el acta prueba la convención con relación á todos hasta prueba contraria, mientras que no hace fe de su fecha con relación á todos hasta prueba contraria; luego el art. 1,322 no es aplicable á la fecha.

¿Cuál es, pues, la teoría del Código en lo que concierne á la fuerza probante de la fecha? El acta auténtica hace fe de la sinceridad de la fecha en las partes con relación á los terceros. La acta privada no hace fe de la sinceridad de su fecha sino en los casos determinados por el art. 1,328. Este artículo lo dice para los *terceros*; es preciso decirlo también para las partes, puesto que el acta no hace fe de la sinceridad de su fecha entre las partes por el único motivo que está reconocido.

A pesar del reconocimiento del escrito y de la firma, las partes pueden hacer constar la veracidad de la firma, mientras que no lo pueden hacer cuando el acta ha adquirido fecha cierta en uno de los tres casos previstos en el art. 1,328. Luego es necesario formular el principio del Código, como sigue: El acta privada no tiene fecha. Si se opone á un ter-

cero, puede limitarse á decir que el acta no tiene fecha, á no ser que esté registrada, relatada en una acta auténtica ó que uno de los signatarios haya muerto. Si se opone el acta á una de las partes que la reconoció, al reconocerla confiesa que la fecha que lleva fué puesta por ella de concierto con las otras partes contratantes, si las hay; pero su reconocimiento no prueba la sinceridad de la fecha; podía, pues, atacarla dando la prueba contraria.

Queda por saber en qué posición se hallan los herederos y los legatarios con relación de los que el acta hace fe, según el art. 1,322. Se busca la solución de esta cuestión en el art. 1,322, y es al art. 1,328 á quien debe pedírsela. En efecto, el art. 1,322 no habla sino de la fe debida á la *convención*, como lo dice el art. 1,319 al que se refiere el artículo 1,322; nada dice de la *fecha*, y según lo que acabamos de decir, la fe debida á la fecha no está regida por los principios que rigen la fe debida á la convención. Luego hay que apartar el art. 1,322 para atenerse al art. 1,328.

¿Qué dice el art. 1,328? El acta privada no tiene fecha cierta sincera con relación á *terceros*, sino en los tres casos en que la antefecha se ha hecho imposible según la ley. ¿Cuáles son esos *terceros*? Cuando se consulta solo el art. 1,328, la contestación no es dudosa; la ley quiere garantizar los intereses y los derechos de aquellos que han quedado extraños al acta, que no saben y no pueden saber que hubo antefecha. Luego son *terceros* los que no han figurado en el acta. Los herederos y otros sucesores universales, no son *terceros*, porque sucediendo á los derechos y obligaciones de las partes, se consideran como figurando en el acta. ¿Son *terceros* los sucesores á título particular? Si, porque no figuran en el acta, por sí ni por su autor. Por tanto, los legatarios á título particular, no son *terceros*; pueden, por consiguiente, invocar el art. 1,328.

306. ¿Se dirá que es preciso interpretar el art. 1,328 por

el art. 1,322, de donde resultaría que los legatarios á título particular no serían terceros? Ya hemos contestado á esta objeción. No se puede interpretar el art. 1,328 por el artículo 1,322 porque este último es extraño á la cuestión decidida por el art. 1,328. El art. 1,328 decide la cuestión de saber en qué casos el acta privada hace fe de la *sinceridad* de su fecha, con relación á los que han figurado en ella. El artículo 1,322 decide la cuestión de saber si el acta privada hace fe de la convención, ya sea entre las partes, ya implícitamente con relación á los terceros. ¿Puede acaso interpretarse una disposición por otra que le es extraña y que pone un principio diferente?

La dificultad puede reducirse á estos términos. El artículo 1,328 habla de la *sinceridad* de la *fecha*; el art. 1,322 no habla de la sinceridad del acta privada. Según el art. 1,328, la *sinceridad* de la *fecha* está probada por los medios legales que la ley indica; según el art. 1,322 el acta por sí, nunca hace fe de su sinceridad, ni siquiera entre aquellos que figuran en ella, siendo siempre admitida la prueba contraria. El art. 1,328 dice de qué modo una *acta* adquiere fecha cierta, y cuando la fecha es cierta, no hay ya prueba contraria posible; el art. 1,322 dice que el acta hace fe de la convención pero no certifica su verdad.

307. Se dirá que, en esta interpretación, la palabra *legatarios* del art. 1,322 no tiene sentido y que se la debe borrar. Tal es, también, nuestra manera de ver. La palabra *legatarios* se halla en los artículos que tratan de la fuerza probante de las actas. En el art. 1,319 no tiene sentido, según confesión de todos; es decir, que debe ser borrada. Es seguro que el acta auténtica hace la misma fe para con los terceros que para con las partes; luego la ley no debiera hablar de los legatarios; por tanto, esta palabra es inútil y pudiera conducir á error; en realidad, no se la tiene en cuenta, y es como si estubiera borrada. ¡Qué dice el art. 1,322,

sitio de la dificultad? Reproduce el principio formulado por el art. 1,319, y lo hace en iguales términos. ¿Cuál es la fuerza probante del acta privada? El art. 1,322 dice que tiene la misma fe que el acta auténtica. ¿Con relación á quién hace fe? La ley dice: entre aquellos que han subscrito el acta y entre sus herederos y *legatarios*. Es la misma forma y el mismo principio; hay, pues, que decir del artículo 1,322, lo que todos dicen del art. 1,319, y es que la palabra *legatarios* es inútil, no tiene sentido y debe borrarse. Todos confiesan que la ley está mal redactada. Que se formulen los principios, tales como los enseñó Dumoulin, tales como los autores han querido consagrarlos según el testimonio de Jaubert, y toda dificultad desaparece; no queda ninguna duda.

Dejemos á un lado los principios que rigen la fuerza probante de las actas en general, para ocuparnos de la fecha.

El acta auténtica hace fe por su fecha hasta inscripción por falsedad. ¿Con relación á quién? El art. 1,319 no habla de la fecha; no puede aplicarse á la *fecha* lo que la ley dice de la convención. En efecto, el acta auténtica hace fe de su fecha entre las partes y para con los terceros; es decir, para con todos hasta inscripción por falsedad. Luego no hay para qué distinguir, como se hace en el art. 1,319, entre las partes, sus herederos y los *legatarios* y terceros; debe decirse en dos palabras, que el acta auténtica hace fe de su fecha para con todos, hasta inscripción por falsedad. En el principio así formulado, la palabra *legatarios* desaparece, desaparece también la palabra *herederos*, y lo mismo sucede con las palabras *partes contratantes*; todas ellas no tienen razón de ser, son inútiles y pueden inducir á error.

¿Cuál es la fe que hace el acta privada por su fecha? ¿Debe aplicarse á la fecha la asimilación que el art. 1,322 hace entre el acta privada y la auténtica? Nô; lo hemos demos-

trado, y esto puede ser contestado. Luego deben hacer abstracción del art. 1,322 cuando se quiere formular el principio concerniente á la fe debida á la fecha del acta privada. Es necesario apartar lo que dice la ley, para atenerse á lo que quiso decir. Si se quiere comparar el acta privada al acta auténtica en lo que concierne á su fecha, debe decirse que el acta privada no hace fe de su fecha ni siquiera para con los que la subscribieron. En efecto, la sinceridad de la fecha no puede ser contestada cuando se trata de una acta auténtica, salvo falsedad. ¿Las partes deben inscribirse por falsedad para contestar la fecha que han puesto en el acta privada? Nó; pueden probar por todas las vias de derecho que la fecha no es sincera. Lo mismo sucede con sus herederos; el acta hace fe de su fecha con relación á ellos, puesto que se consideran como si figurasen en el acta, pero no hace fe sino hasta prueba contraria. Lo mismo sucede con las actas firmadas por el mandatario con relación al mandante; hacen fe de su fecha contra el mandante porque es como si hubiera figurado en el acta, pero solo hasta prueba contraria. ¿Pasará lo mismo con los sucesores á título particular, adquirentes, donatarios y acreedores hipotecarios? Nó; no figuran en el acta subscripta por su autor: en este sentido, son terceros al acta, y debe aplicárseles el principio que rige la fuerza probante de las actas privadas con relación á terceros. En este punto, hay un texto formal; el acta no tiene fecha para los terceros. ¿Qué se entiende por terceros en el art. 1,328? Todos aquellos que no han figurado en el acta; luego, sobre todo, aquellos que se llaman *leyatarios* de las partes, los sucesores á título particular, los adquirentes y los acreedores hipotecarios. Decimos sobre todo, porque el objeto del art. 1,328 ha sido resguardar los derechos de aquellos que, no figurando en el acta, pudieron ser perjudicados si el acta hubiese sido antefechada.

308. Tal es la teoría del Código, muy mal formulada por

el texto de la ley, pero incontestable. Si la ley estuviera bien redactada, la palabra *legatarios* no se hallaría en el artículo 1,322 ni tampoco en el art. 1,319; la única distinción que debe hacerse es la de las partes que figuran en el acta, ó son como si figurasen, y las que no figuran en ella; estos últimos son terceros. El acta privada hace fe de su fecha para con aquellos que figuran en ella, pero solamente hasta prueba contraria; no hace ninguna fe contra los terceros; es decir, contra aquellos que no figuraron en ella. En la teoría del Código, la palabra *legatarios* desaparece, es inútil, indica error; indujo á error á un espíritu excelente, á Toullier; combatiendo el punto de partida de Toullier, hemos destruido toda su argumentación: su doctrina cae con la palabra en que se apoya. La palabra *legatarios* debe ser borrada, no debe tenerse en cuenta; luego la controversia que se ha sostenido á propósito de esta palabra no tiene razon de ser. Si lo que hemos dicho es verdadero, no hay lugar á controversia; la discusión es ociosa porque recae en una palabra que no debería hallarse en el Código y que no tiene ningún sentido. Esto nos dispensa entrar en los pormenores de la controversia. Necesitariamos escribir un tomo para rectificar los errores de Toullier, y los errores de los que lo han combatido; este volumen sería inútil, pues no diría ninguna verdad, no esclarecería ningún principio. Todo lo que queda por hacer, es dar cuenta de las aplicaciones que la jurisprudencia ha hecho del art. 1,322 combinado con el artículo 1,328. Podemos y debemos ser lacónicos en este informe, pues las más importantes cuestiones que Toullier ha promovido y que han sido decididas por la jurisprudencia, no se presentan ya bajo el imperio de las leyes nuevas que se han promulgado para la transcripción.

2. *Aplicación.*

309. Hemos citado la primera aplicación y la más importan-

te que Toullier hace de su principio. Vendo el 1.º de Enero de 1817 por acta privada, una cosa á Pedro. El día 1.º de Marzo vendo la misma cosa á Pablo por medio de una acta auténtica. ¿Cuál de los dos será el propietario? Toullier contesta: El primer adquirente. La cuestión no se presenta ya en estos términos. Según nuestra ley hipotecaria, la venta de un inmueble no puede ser opuesta á los terceros sino cuando ha sido transcripta y la ley no admite la transcripción sino á las actas auténticas (arts. 1 y 2). Luego en el ejemplo dado por Toullier, Pedro, primer adquirente, no puede ser propietario con relación á terceros, pues no ha transcripto su acta de venta, y no podía hacerlo, puesto que era una acta privada. Una venta comprobada por una acta privada está considerada para con los terceros como no existente. Lo mismo sucede con la ley francesa de 23 de Marzo de 1855. (1) Hé aquí una nueva cuestión que acaba de derribarse: no se la discute ya; el legislador la decidió al introducir un nuevo principio, el de la publicidad. Lo expondrémos en el título *De las Hipotecas*.

310. El conflicto puede también existir entre un comprador por acta privada y un donatario. Vendo hoy por acta privada un inmueble á Pedro, mañana hago donación á Pablo de este inmueble. ¿Cuál es propietario? La ley no puede hacerse de este modo ahora bajo el imperio de nuestra ley hipotecaria. La venta hecha por acta privada, y por consiguiente no transcripta, no existe con relación á terceros; luego el donatario será propietario á condición de transcribir el acta de donación. Bajo el imperio del Código, ha sido juzgado que el comprador y el donatario no eran legatarios de su autor, que eran terceros en el sentido del art. 1,328; de donde la consecuencia que el comprador no puede oponer su acta de venta al donatario, no teniendo esta acta fecha cierta contra terceros.

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. II, pág. 323, nota 2.

311. Toullier supone que después de haber vendido un inmueble por acta privada no registrada, el vendedor lo hipoteca. El comprador ¿puede oponer su acta de venta al acreedor hipotecario? Sí, en el sistema de Toullier, porque el comprador y el acreedor hipotecario son legatarios de su autor. Nó, en la contraria opinión consagrada por la jurisprudencia. (1) La cuestión no puede ser ya presentada en estos términos, según nuestra ley hipotecaria. (2) Mientras el acta de venta no está transcripta, la venta no existe con relación á los terceros; el vendedor queda propietario; luego puede consentir una hipoteca sobre el inmueble, aunque lo haya vendido; por tanto, esta hipoteca es válida para con el comprador que no hizo transcribir su acta. Igual decisión, por iguales motivos, si el vendedor después de haber vendido el inmueble, lo grava con una servidumbre ó un usufructo. Luego la controversia cae; el Código Civil está derogado en esta materia por la ley hipotecaria.

312. La publicidad prescripta por nuestra ley hipotecaria comprende la transcripción literal de todas las cláusulas del acta, no solo de aquellas que contiene el acta primitiva, sino también las modificaciones que se hagan por actas subsiguientes. De donde resulta que las convenciones modificativas de la que fué publicada, solo existen para con los terceros después de haber recibido publicación. Ha sido juzgado bajo el imperio del Código Civil, que la convención que cambia el sitio de una servidumbre no puede ser opuesta á los terceros adquirentes de la cosa, si el acto que la comprueba no ha recibido fecha cierta. (3) Esta es la apli-

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 262, núm. 247. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. VI, pág. 493, nota 104, pfo. 756. Larembière, t. IV, pág. 410, núm. 9 del artículo 1.328 (Ed. B., t. III, pág. 50). Las sentencias están relatadas en el *Repertorio de Dalloz*, núm. 3,967.

2 Lo mismo sucede en la legislación francesa (Dalloz, en la palabra *Oppositions*, núm. 3,969).

3 Casación, 1º de Diciembre de 1863 (Dallez, 1864, 1, 124).

cación del principio universalmente admitido. Según nuestra ley hipotecaria, el registro del acta no basta, el acta debe ser transcripta, y á falta de transcripción, no puede ser opuesta á terceros.

313. ¿Es tercero el cessionario de un crédito, en el sentido del art. 1,328, ó es un *legatario* en el sentido del artículo 1,322? No se concibe que semejante cuestión pueda ser controvertida en doctrina y en jurisprudencia. M. Larombière dice muy bien, que si el adquirente de un inmueble es un tercero con relación á los que le oponen una acta sin fecha cierta procedente del vendedor, se debe, por idénticas razones, considerar como tercero al cessionario de un crédito á quien se opone una acta privada procedente del cedente. (1) ¿Qué importa la naturaleza de la cosa enajenada? ¿Cambian los principios porque se trate de un inmueble ó de un crédito? Los textos son los mismos, los motivos iguales, y se quiere que la decisión sea diferente? Esto prueba cuánta inseguridad existe aun acerca de la fuerza probante de la fecha, después de tantos debates.

La jurisprudencia confunde el efecto de las obligaciones con la fuerza probante de las actas. Se lee en una sentencia que el cessionario no es un tercero con relación al cedente, puesto que lo *representa* y que con esta cualidad no puede tener más *derechos* de los que tenía el cedente. (2) ¿Trátase en el art. 1,328 de los *derechos* del tercero para con su autor? Se trata de saber si el acta firmada por el cedente hace fe de su firma respecto del cessionario. Cuestión de prueba: y esta cuestión debe ser dilucidada antes que se pueda decidir cuáles son los derechos de las parte interesadas, pues debe saberse si el cedente firmó el acta que se

1 Larombière, t. IV, pág. 412, n.º 21 del artículo 1,328 (Ed. B., t. III, pág. 54).

2 Bourges, 29 de Diciembre de 1813 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, n.º 3,956, 2º).

quiere oponer al cessionario, antes ó después de la cesión que ha consentido. En el proceso acerca de la prueba, no se trata de *derechos*; el único objeto del debate es determinar el día en que el acta fué hecha; el art. 1,328 es el que decide la contestación, no es el art. 1,322.

La Corte de Lyon dice que el acreedor que recibió el pago íntegro ó parcial de su crédito, solo puede ceder los derechos que tiene. (1) Es claro. Así mismo el propietario no puede transmitir sino los derechos que tiene. Pero para saber cuáles son estos derechos, es menester que se sepa, ante todo, en qué fecha transmitió estos derechos á la cosa. Antes de discutir los derechos, hay que vaciar la cuestión de prueba, y en este debate el art. 1,328 es el que decide. (2)

Nuestra ley hipotecaria se apartó del Código Civil, en lo que concierne á las cesiones de crédito (art. 5.º²) Somette á la publicidad la cesión de los créditos privilegiados ó hipotecarios, así como la subrogación de semejantes créditos. Se aplican, pues, á la cesión de los créditos privilegiados ó hipotecarios, los principios que rigen la venta de inmuebles (núm. 309). Transladamos al título *De las hipotecas*, las dificultades á las que da lugar el nuevo principio.

314. ¿El arrendatario que opone su acta al adquirente, puede hacerlo? Sí, si el acta tiene fecha cierta, dice el artículo 1,743. Esta disposición desempeña un gran papel en los debates acerca de las fechas ciertas en las actas privadas. Si fuera verdad, como lo dice Toullier, que las actas privadas tienen fecha cierta entre los legatarios á título particular, debería decirse al arrendatario que el arrendatario legatario del propietario puede oponer su acta al adquirente que también es un legatario. El art. 1,743 dice lo contrario; se concluye con justicia en la opinión general, que la inter-

1 Lyon, 26 de Noviembre de 1823 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,956, 2º)

2 Véanse en este sentido las sentencias citadas por Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,957.

pretación dada por Toullier al art. 1,328 es falsa; Toullier contesta la objeción que el art. 1,743 es una excepción al principio del art. 1,328. Esto es una mala razón dada en apoyo de una mala causa; nada en el art. 1,743 indica que se trate de una excepción, ni en el texto ni en los trabajos preparatorios, ni en el espíritu de la ley. Luego es preciso decir que el art. 1,743 aplica la regla del art. 1,328 á los legatarios á título particular; estos son, por consecuencia, terceros. Es también así como el Código condena el sistema de Toullier. (1) En la interpretación que hemos dado del art. 1,328, la cuestión no puede siquiera ser presentada; todos aquellos que no figuran en el acta, son terceros; luego el arrendatario y el adquirente son terceros, y por consiguiente, es preciso aplicar el principio del art. 1,328 sobre la fe que las actas privadas hacen de su fecha con relación á los terceros; esto es lo que hace el art. 1,743. Nuestra ley hipotecaria ha añadido disposiciones nuevas en interés de los terceros. Somete á la transcripción de los arrendamientos, excediendo nueve años; si estos arrendamientos no han sido transcriptos, la duración se reduce conforme al art. 1,429. Se someten aún á la transcripción los arrendamientos conteniendo recibo de tres años á lo menos de renta; en defecto de transcripción, los pagos anticipados no pueden ser opuestos á los terceros (Ley Hipotecaria, art. 1.º) El artículo 1.º tiene por objeto el poder de la administración del deudor que ha consentido una hipoteca sobre sus bienes, puede aún darlos en renta; con tal que los arrendamientos sean contraídos de buena fe, el acreedor debe respetarlos; pero si han sido hechos para más de nueve años, su duración será reducida conforme al art. 1,429. Nos transladamos al título *De las Hipotecas* para las dificultades que levantan estas nuevas disposiciones.

315. Hay dificultades especiales en ciertas materias: ta

1 Aubry y Pau, t. VI, pág. 400, nota 97, pfo, 756.

les son, el contrato de matrimonio, el arrendamiento, la sociedad; los examinarémos al explicar los títulos que tratan de esos contratos.

III. *De los acreedores.*

316. ¿Los acreedores son terceros ó legatarios? Entendemos aquí por acreedores á aquellos que son llamados personales ó quirografarios. En cuanto á los acreedores que tienen estipulado un derecho real, tales como los acreedores hipotecarios, son incontestablemente terceros.

Por otra parte, sus derechos están arreglados y sus intereses garantizados por la ley hipotecaria; es en el título *De las Hipotecas* donde expondrémos esta materia; allí es su sitio y no en los arts. 1,322 y 1,328. En cuanto á los acreedores personales, grandes dificultades se han presentado acerca de la cuestión de saber si se les debe considerar como terceros en el sentido del art. 1,328, ó como legatarios en el sentido del art. 1,322. A nuestro juicio, la decisión no es dudosa: los acreedores son terceros puesto que no figuran en el contrato que se les opone. Hay, pues, peligro que se antefiche el acta á perjuicio suyo; desde luego, deben tener el derecho de oponer á aquellos que invocan contra ellos una convención que les es perjudicial, que el acta que la comprueba no tiene fecha cierta. Vamos á ensayar aplicar nuestro principio á las numerosas dificultades que se presentan en la práctica.

317. Cuando los acreedores están en conflicto entre ellos, la doctrina y la jurisprudencia los considera como terceros. Esto no es dudoso. ¿Qué importa que hayan obtenido sus derechos del mismo deudor? No es el derecho que cada uno de ellos tiene lo que está en causa, es la cuestión de obligación. Se trata únicamente de una cuestión de prueba: ¿es

verdadera la fecha que lleva una acta? Tal es la única cuestión que divide á los acreedores. Y como ninguno figuró en el contrato, todos son, pues, terceros, los unos con relación á los otros; solo hay un medio de ponerlos al abrigo del peligro que los amenaza por la facilidad que tienen las partes contratantes de antefectar sus actas, es exigir que esas actas tengan fecha cierta. Decimos que el principio no es dudoso; la ley misma lo aplica al derecho que el empeño da al acreedor de hacerse pagar sobre la cosa que fué objeto de él y de preferencia á los demás acreedores. ¿Cómo garantizar á la masa de todos los acreedores contra el peligro de los empeños antefechados? La ley quiere que haya una acta pública ó privada debidamente registrada, conteniendo las declaraciones de la suma adeudada, así como la especie y naturaleza de la cosa empeñada. Luego aunque cada uno de los acreedores sea legatario del deudor, son terceros durante el conflicto que se levanta entre ellos. (1)

318. Tomarémos algunas aplicaciones de la jurisprudencia. Una sentencia de la Corte de Riom parece poner el principio; se lee en ella: "Si es verdad que el acreedor puede volverse el legatario del deudor, esto es únicamente cuando para el ejercicio de un derecho está obligado á promover en nombre y calidad de este último; pero él es un verdadero tercero cuando, promoviendo de acreedor á acreedor y en virtud de su título personal, se limita á rechazar á aquel que no tiene título, ó que lo tiene incompleto ó ineficaz." En realidad, esto es extraño á la cuestión de fecha. Se trataba de saber si los acreedores de un quebrado ó los síndicos, en su nombre, podían oponer la nulidad de una cesión de crédito consentida por el quebrado, no habiendo notificado el transporte el cessionario, como lo prescribe el art. 1,690. Los acreedores tenían únicamente el derecho de oponer al

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 405, pfo. 756.

cesionario el defecto de notificación de transporte; pero esto no es una cuestión de fecha cierta, puesto que el art. 1,690 no se satisface con la certidumbre de la fecha, quiere una acta de notificación ó de aceptación. (1) Hemos hecho esta observación porque interesa no confundir materias de otra naturaleza; la jurisprudencia es un auxiliar precioso de nuestra ciencia, pero con una condición, de que no se haga decir á las sentencias lo que no dicen.

319. Bajo el imperio del Código Civil, las sentencias implicaban hipoteca en provecho del acreedor, aun los juicios por defecto á condición de ser ejecutados en los seis meses. ¿Cómo se probará esta ejecución? Según las reglas del derecho común; luego por escritos siguiendo fecha cierta con relación á los otros acreedores. En una cosa juzgada por la Corte de Bruselas, el acreedor producía escritos comprobando que la parte condenada había pagado los gastos en los seis meses y aún había consentido formalmente á la sentencia, pero ninguno de estos escritos llevaba fecha cierta. El demandante pretendía que hacían fe de su fecha entre los legatarios, y que todos los acreedores eran legatarios de su deudor. Esta pretensión ha sido rechazada por la Corte de Bruselas, y á pedimento de casación por la Corte de Casación. La Corte de Apelación se limita á decir que si se consideraban como legatarios á todos aquellos cuyo derecho les provenía de su deudor, caerían precisamente en los inconvenientes que la ley tuvo por objeto evitar. Invoca, pues, el espíritu de la ley, argumentación peligrosa cuando el texto parece terminante; el art. 1,322 pone á los legatarios en la misma línea que á las partes y los herederos. Si este artículo se aplica á la fecha, todo queda decidido, aunque hubiere inconvenientes, aunque hubiere abuso que temer, esto solo

1 Riom, 8 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 65). Se citan aun otras sentencias que son igualmente extríñas á la cuestión de la fecha. Nancy, 30 de Mayo de 1843 (Dalloz, en la palabra *Hipotecas*, número 1,192, 3º). Denegada, 18 de Julio de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 177).

incumbe al legislador, dice Toullier, esto no toca al intérprete, y Toullier tiene razón. La Corte de Casación motiva su decisión con mucho cuidado, pero su argumentación es penosa, está visiblemente dificultada para probar que el artículo 1,328 debe recibir su aplicación, cuando el artículo 1,322 parece decidir el punto. Comienza definiendo al legatario: es aquel, dice, que tiene de una persona ó que toma en una acta que hacía título solo para esta persona, un derecho que por sí no podría ejercer. La definición es obscura y nada decide, puesto que no está tomada de la ley. En seguida, la Corte se pregunta si los acreedores que oponen lo perentorio de la sentencia á falta de ejecución en los seis meses, obran como legatarios del deudor, y contesta que no: es usando de un derecho que les es propio en su propio interés y en virtud de una disposición de la ley, como los demandados oponen lo perentorio. Los demandados no siendo legatarios, son por esto mismo terceros, y por tanto, no pueden prevalecerse del art. 1,328. (1) La decisión es buena, pero confronta con el texto del art. 1,322, pues los acreedores son seguramente legatarios en este sentido, que sacan su derecho del deudor; es preciso, pues, admitir que son á la vez legatarios y terceros; esto es lo que se dice generalmente; pero esta doble calidad en una sola persona, en lugar de simplificar la dificultad, solo tiende á aumentarla.

320. Un acreedor se presenta con orden abierta contra el deudor como habiendo pagado, en calidad de caucionante, una suma de 15,000 francos, y pretende, en consecuencia, estar legalmente subrogado á los derechos del acreedor á quien ha pagado. La caución estaba escrita al calce del doble del acta en que constaba la deuda principal; no tenía fecha cierta, los demás acreedores concluyeron que esta acta no podía serles opuesta.

1 Bruselas, 13 de Agosto de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 323). Denegada, 8 de Noviembre de 1845 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 206).

¿Eran terceros ó legatarios? La Corte de Lyon ni siquiera disiente la cuestión; aplica el art. 1,328. (1) Creemos que sentenció bien, pero una sentencia que no está motivada no puede ser tomada como autoridad.

321. Una mujer tiene hipoteca legal en los bienes de su marido como garantía de los créditos que adquirió contra él, durante el matrimonio. Bajo el régimen del Código Civil, esta hipoteca estaba exceptuada de la inscripción; se decidió que tomaba lugar desde el día en que las actas privadas que comprobaban los créditos habían alquitrado fecha cierta. (2) Esta cuestión desaparece, según nuestra ley hipotecaria, puesto que la hipoteca legal de la mujer debe ser inscrita y no tiene lugar sino desde la inscripción.

322. Se admite también, en doctrina y en jurisprudencia, que los acreedores son terceros cuando promueven contra el deudor. (3) Esto no impide, sin embargo, que en su calidad de acreedores tengan el carácter de legatarios, de manera que la antigüedad entre el art. 1,322 y el art. 1,328, vuelve á aparecer si se interpreta el art. 1,322 en el sentido de que asegura la fecha cierta de las actas entre los legatarios. En nuestro concepto, solo hay un medio de rechazar el art. 1,319, y es decir, como lo hemos dicho, que es extraño á la fecha y que la palabra *legatarios* debe borrarse. En el caso, sería absurdo considerar á los acreedores como *legatarios* con relación á los que las actas suscriptas por el deudor, tendrían fecha cierta. El conflicto existe entre el deudor y su acreedor, y se quiere que el deudor represente al acreedor; es decir, que el deudor tenga latitud para perjudicar los derechos del acreedor y quitarles, por actas que

1 Lyon, 13 de Enero de 1849 (Daloz, 1849, 2, 218). Aubry y Rau t. IV, págs. 405 y siguientes, pfo. 756.

2 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 3,996 y 3,997.

3 Aubry y Rau, t. VI, pág. 404, pfo. 756. Burdeos, 22 de Diciembre de 1824 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,975).

podría antefechar, los derechos que le son conocidos. ¡En nuestro concepto, ni siquiera puede ser presentada esta cuestión. Los acreedores son terceros, porque no están representados por el deudor, lo que es de toda evidencia, cuando el acreedor promueve contra el deudor; esto es una prueba de que sus derechos son encontrados. Y se quiere, sin embargo, que el deudor que tiene intereses contrarios á los del acreedor, represente estos derechos!

No obstante, la aplicación del principio levanta una cuestión muy controvertida. Los acreedores pueden atacar las actas que su deudor hace en fraude de sus derechos; pero los acreedores anteriores al acta fraudulenta tienen solos este derecho. De ahí la cuestión de saber si los créditos de aquellos que intentan la acción pauliana deben tener fecha cierta conforme al art. 1,328. La doctrina y la jurisprudencia están muy conformes. ¡No es esto una nueva prueba de que la interpretación dada generalmente á los arts. 1,328 y 1,322 es insuficiente? Hemos examinado la cuestión al tratar de la acción paulina. (1)

323. ¿Son terceros los acreedores cuando embargan los bienes de su deudor? Sí, según confesión de todos; hé aquí el único punto en que haya acuerdo general. El mismo Toullier, infiel á su principio absoluto, reconoce que el acreedor no es legatario de su deudor relativamente á los bienes embargados. Para escapar el reproche de contradicción, motiva su opinión de manera de evitar la aplicación del artículo 1,322. El crédito, dice, solo da un derecho al acreedor contra la persona del deudor, tiene por la ley el de ejercerlo contra sus bienes. (2) Esto es decir que el acreedor embargante es el legatario, no del deudor, sino de la ley. ¿Será necesario combatir semejante argumentación? ¡Estáre-

1 Véase el tomo XVI de estos *Principios*, pág. 611, núm. 461.

2 Toullier, t. IV, 2, pág. 264, núm. 252. Compárese Aubry y Rau, t. VI, pág. 404, nota 106, pfo. 756.

mos acaso en el tiempo de las Doce Tablas, y el deudor se compromete aun con su persona en el sentido de obligar su cuerpo que los acreedores pueden en rigor, repartirse? ¿No dice la ley que aquel que compromete su persona compromete sus bienes? Luego el verdadero compromiso tiene por objeto los bienes; el compromiso personal solo es útil porque da acción en los bienes. Es, pues, del deudor que procede, el derecho que tiene el acreedor para embargar sus bienes; por tanto, si los embarga, es su legatario; y lógicamente Toullier hubiera debido decidir que el art. 1,328 no puede ser invocado por el acreedor embargante. Toullier rehusó esta consecuencia, abandonó su sistema. Así, el art. 1,322 interpretado, como se hace en el sentido que asegura la fecha cierta al acta entre los legatarios, está repudiado en conjunto por aquellos que lo aplican á los legatarios á título particular y por aquellos que no quieren aplicarlo á éstos, pero que los transforman en terceros. Hé aquí, á nuestro juicio, la mejor confirmación de nuestra doctrina. Basta ya del artículo 1,322, no es verdad que asegure una fecha cierta al acta entre los legatarios; luego debe apartársele de un debate en que se trata de probar cuándo y con relación á quién hace fe el acta de su fecha.

Hagamos, además, constar, que Pothier considera también como terceros á los acreedores embargantes. (1) Así, pues, la tradición está de acuerdo con el sentido que damos á los arts. 1,322 y 1328. (2) El acta privada no tiene fecha cierta con relación á nadie; los que no figuran en ella pueden rechazarla por el solo hecho de no haber adquirido fecha cierta conforme al art. 1,328, y los que figuran en ella pueden establecer la no sinceridad de la fecha por la prueba contraria.

324. La concordancia de los intérpretes, cesa cuando se

1 Pothier, *Obligaciones*, núm. 749.

2 Compárese Rouen, 22 de Junio de 1872 (Daloz, 1874, 2, 38).

trata del embargo. A primera vista, extraña esta divergencia de opiniones; la sentencia de embargo es un embargo de los bienes del deudor, lo mismo que la ejecución de embargo. Solo hay esta diferencia, que el acreedor embarga bienes que pertenecen á su deudor en manos de terceros, en lugar de embargarlos en mano del deudor mismo. Pero el derecho en virtud del que embarga, es el derecho de prendas que el acreedor tiene en los bienes del deudor: quien obliga su persona, obliga sus bienes. Esto es decisivo. (1)

La contraria opinión es la que generalmente se acepta. La jurisprudencia francesa está unánime en decidir que el acreedor que embarga precautoriamente un crédito de su deudor, es su legatario, y que por consiguiente, las actas privadas reconocidas por el deudor, pueden ser opuestas al acreedor embargante. Los autores y las sentencias cuando son motivadas, no dan sino una sola razón, y es que los acreedores que practican un embargo precautorio ejercen los derechos de su deudor. ¿No es esta manera de decidir un equívoco? Sin duda, los acreedores embargantes ejercen un derecho de su deudor; el principio de su acción se halla en el art. 1,166, en los términos del que los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor; luego son los derechos del deudor los que ejercen los acreedores al embargar un crédito que le pertenece. ¿Es esto decir que son sus legatarios? Si lo son, pero el acta privada que se les opone ¿hace fe de su fecha para con ellos porque son legatarios? En la interpretación que damos al art. 1,322, la contestación está hecha de antemano, y es negativa. Debería también serlo en la opinión general. Todo vez que se admite que los acreedores son terceros cuando embargan los bie-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 404, nota 18, pfo. 756. Larombière, tomo IV, pág. 424, núm. 22 del artículo 1,328 (Ed. B., t. III, pág. 55). Bruselas, 31 de Diciembre de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, pág. 521) y 20 de Febrero de 1841 (*ibid.*, 1842, 2, 71).

nes de su deudor, es necesario ser consecuente, y admitir también que los acreedores son terceros cuando embargan un crédito perteneciente á su deudor. (1) Se dice que al embargar un crédito, los acreedores ejercen los derechos de su deudor, lo que es muy exacto. Pero también lo es que ejercen los derechos de su deudor al embargar los muebles é inmuebles que encuentran en su posesión; deberían, pues, ser sus *legatarios* en todos los casos en que embargan. La inconsecuencia es evidente. Decimos que descansa en un equívoco. Los acreedores embargan en virtud del principio del art. 1,166. Pero este principio, ¿cuál es su fundamento? Es el principio más general de los arts. 2,092 y 2,093: los bienes del deudor son prendas de sus acreedores. ¿Serán menos sus prendas cuando se hallan en manos de un tercero que cuando están en su posesión? Tal es la verdadera cuestión, y es por cierto una de las que basta proponer para resolverlas.

325. En la interpretación que se da generalmente á los arts. 1,322 y 1,328, se admite que los acreedores son ya terceros, ya legatarios. Se enseña que son legatarios; es decir, que las actas privadas hacen fe de su fecha para con ellos, cuando promueven no en su nombre personal, sino en nombre de su deudor, y que los derechos que hacen valer, son los de su deudor (2) Esto quiere decir que, en este caso, las actas privadas hacen fe de su fecha con relación á los acreedores como si fuesen registradas; en otros términos, que las actas privadas tienen fecha cierta contra ellos. Si así es como se entiende, pues los autores no se explican muy

1. *Embarque*, t. XIII, pág. 156, núm. 133, *Telesa*, 7 de Diciembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,983), y 5 de Junio de 1840 (Dalloz, en la palabra *Embargo*, núm. 336, 2º). *Aix*, 8 de Enero de 1841, y *Denegada* 8 de Noviembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *Ocio*, núm. 280, 1º). *Casación*, 14 de Noviembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Embargo*, núm. 336, 1º no motivado).

2. *Aubry y Rau*, t. VI, pág. 403, pfo. 756.

claramente, contestamos la verdad de la proposición. Todo lo que puede decirse es que hay casos en que los acreedores están representados en un contrato hecho por su deudor, en el sentido que es como si figurasesen en él. No son terceros en cuanto á ese contrato, lo que hace inaplicable el artículo 1,328. ¿Es esto decir que el acta hace fe de su fecha para con ellos como *legatarios* de su deudor, y que esta fe es la misma que si el acta fuese registrada, de manera que fuera cierta la fecha? Nō; en nuestra opinión, el acta privada no tiene fecha cierta, inatacable, sino en los casos previstos por el art. 1,328. Fuera de estos casos, la fecha no es cierta aun entre las partes, en el sentido que su sinceridad puede ser atacada por las partes; con mayor razón puede serlo por aquellos á quienes se denominan los legatarios de las partes; por ejemplo, los acreedores. Esto es lo que vamos á probar examinando los diversos casos en los que los acreedores están considerados como legatarios en la común opinión.

326. Los acreedores piden el reparto de una sucesión en nombre de su deudor; no son terceros en este caso, son legatarios del deudor. Es lo que la Corte de Casación juzgó en el siguiente caso. Unos hermanos intentan una acción de partición de la sucesión materna contra su hermana. Un acreedor interviene en la instancia, y pide que se proceda, ante todo, al reparto de la comunidad que había existido entre el padre y la madre de los hermanos, y al reparto de la sucesión del padre. A estas conclusiones, los hermanos oponen una acta privada conteniendo el reparto. Se trata de saber si esta acta hace fe de su fecha contra el acreedor. Este había promovido en nombre de la hija heredera de sus padres, es en calidad de tal que había solicitado la liquidación de la comunidad que había existido entre los autores de su deudora y á la partición de la sucesión paterna; su acción se fundaba en el art. 1,166; ejercía los derechos de su

deudora. Hecho el legatario de la hija heredera de su padre y madre, el acreedor debía sufrir las excepciones que se pudieran oponer á la deudora, y hubiese intentado personalmente la acción que le pertenecía. De esto sigue, dice la sentencia, que el acta privada operando partición y firmada por la hija heredera, hacía fe de su *contenido* y de su *fecha*, de la misma manera que lo hubiera hecho para con ella que la había firmado. Dejemos á un lado otras dificultades que se presentaban en este negocio, con el fin de poner la cuestión en toda su sencillez.

Admitimos con la Corte de Casación que, en el caso, el acreedor no era tercero; promovía en nombre de su deudora, no tenía otros derechos que los que ésta tenía; esto es como si la hija heredera hubiera pedido la liquidación de la comunidad y el reparto de los bienes paternos. Se puede, pues, decir que el acreedor había sido representado por el deudor, en nombre de quien promovía en el acta de partición que el deudor había subscrito. ¿Cuál será la consecuencia en lo que concierne á la fuerza probante del acta firmada por la deudora de la que el acreedor ejercía los derechos? La Corte responde que hacía fe de su *contenido* y de su *fecha* contra el acreedor. (1) El art. 1,322, citado por la Corte, no habla de la fecha; dice en términos generales que el acta privada reconocida, tiene entre las partes y sus legatarios la misma fe que el acta auténtica; y el art. 1,319 al que se refiere el art. 1,322, dice que el acta auténtica hace *plena fe* de la *convención* que contiene.

Hemos explicado esas disposiciones muy mal redactadas, y hé aquí la conclusión á que hemos llegado. A diferencia de la fecha del acta auténtica, la del acta privada es una declaración procedente de las partes, y como toda declaración no hace fe de su sinceridad sino hasta prueba contraria. La

1 Denegada, 23 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 497).

Corte se expresa, pues, en términos demasiado absolutos al decir que el acta de partición *hacía fe de su contenido y de su fecha* contra el acreedor. Esto parece decir que el acta tiene fecha cierta contra el acreedor, legatario del deudor, como la tiene contra terceros mediante registro. Si tal es el pensamiento de la Corte, su error es evidente, pues el acta privada nunca hace plena fe, ni de la convención, ni de la fecha en lo que concierne á la verdad de las declaraciones que contiene; sea en cuanto á las convenciones, sea en cuanto á la fecha, no hace fe sino hasta prueba contraria. Luego la fecha no es cierta, puede ser atacada. Hay una diferencia considerable entre la fe que resulta del art. 1,328 y la que resulta del art. 1,322. Cuando el acta está registrada, hace fe de la sinceridad de su fecha de una manera absoluta; la que resulta del registro no puede ser atacada por la prueba contraria. Cuando el acta está firmada por las partes, hace fe de su fecha entre ellas y entre sus legatarios, á título de declaración; luego hasta prueba contraria solamente en lo que concierne á la sinceridad de la fecha. De donde sigue que, en el caso, el acreedor hubiera podido combatir la sinceridad de la fecha, y hubiera podido hacerlo por testigos y por presunciones, puesto que se encontraba en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de la verdadera fecha del acta, siendo su crédito posterior al reparto de que contestaba la fecha.

327. ¿El acreedor que interviene en una partición es siempre el legatario de su deudor? Nô, á nuestro juicio; en el negocio que acabamos de relatar, el acreedor había intervenido en la partición de la sucesión materna y solicitado el reparto de la sucesión paterna; era, pues, por este punto, demandante en partición, y como tal, ejercía pura y simplemente los derechos de su deudor. Pero si se hubiese limitado á intervenir sin solicitar el reparto, ya no hubiera sido representante de su deudor, pues éste figuraba en la

instancia; el acreedor hubiera figurado en ella, en su nombre personal para resguardar sus intereses y cuidar á que este reparto no se hiciese en fraude de sus derechos. El acreedor que interviene es, pues, un tercero, y como tal, tendría derecho de contestar la fecha de las actas que pudieran perjudicarle, si no tienen fecha cierta conforme al art. 1,328. Con mayor razón el acreedor será tercero cuando ataque la partición hecha en fraude de sus derechos. Se aplica el derecho común en virtud del cual el acreedor que ataca una acta hecha por su deudor, es un tercero. La consecuencia es que puede invocar el art. 1,328 y rechazar las actas que se le oponen, cuando no tienen fecha cierta según este artículo. (1)

328. ¿Cuándo son terceros los acreedores y cuándo son legatarios? La Corte de Burdeos ha formulado el principio en estos términos: "Si los acreedores toman sus derechos en sus propios títulos, son terceros, y las actas privadas que no tienen fecha cierta no les pueden ser opuestas. Cuando al contrario, los acreedores no toman sus derechos en propios títulos, sino en los de sus acreedores, entonces son legatarios de su deudor y están *ligados* por las actas privadas que han subscrito, aunque estas actas no tengan fechas ciertas. (2) No puede darse un paso en esta difícil materia sin encontrarse errores ó expresiones inexactas. ¿Puede decirse que uno está *ligado* por el acta que ha firmado su deudor? Se dice que una persona está ligada cuando está *obligada*; y no estamos obligados sino mediante nuestro consentimiento, ó como herederos del deudor. El acreedor no está, pues, nunca obligado por el acta que su deudor ha firmado, pero esta acta hace fe de su fecha contra él, ó no, según esté ó no representado. Y es aún ir demasiado lejos, al afir-

1 Compárese Denegada, Sala de lo Civil, 14 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 325).

2 Burdeos 5 de Junio de 1847 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,973, 2º).

mar que una acta privada hace fe de su fecha con relación al acreedor cuando es legatario del deudor; debería bastar decir que el acta privada hace la misma fe contra el acreedor que contra el deudor. Esto mismo es demasiado absoluto: el acta hace fe de su fecha hasta prueba contraria; y esta prueba difiere según que la ministra la parte que firmó, ó el acreedor. La parte que firmó no puede atacar el acta por testigos, pues esto sería probar contra el acta, lo que prohíbe el art. 1.341; mientras que el acreedor puede prevalecerse del principio establecido por el art. 1.348; encontrándose en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, está admitido á probar la antefecha por testigos y por presunciones.

El mismo principio, tal como lo formuló la Corte de Burdeos, es contestable. Dice que el acreedor que toma su derecho en título propio, es tercero. Pues bien, el acreedor toma siempre su derecho en su título, aun cuando promueva como legatario. Así, si provoca la partición, ejerce la verdad, un derecho de su deudor, pero lo ejerce en virtud de un derecho que le es propio, puesto que todos los bienes, y por consiguiente, todos los derechos de su deudor, forman su prenda. Es, pues, preferible atenerse al principio tal como lo hemos examinado: El acreedor es, en general, un tercero que no figura en el acta; pudiendo dicha acta ser fácilmente antefechada á su perjuicio, la ley no quiere que se le oponga, á no ser que tenga fecha cierta. Pero el acreedor ya no es tercero cuando se le considera como habiendo figurado en el acta en que figura su deudor, lo que tiene lugar cuando el acreedor no tiene otro derecho que el de su deudor; de manera que ambas personas solo hacen una. Sin embargo, esta identidad no es completa, ni siquiera con relación al heredero, mucho menos con relación al legatario; el acta no hace, pues, fe plena ni contra el heredero ni contra el legatario; pueden atacar la fecha por la prueba contraria,

y esta prueba, en cuanto á ellos, puede hacerse por testigos y por presunciones.

329. Tales son los verdaderos principios, á nuestro juicio. La jurisprudencia no tiene principio cierto; por esto tiene titubaciones é inconsuelencias. Ha sido juzgado que los acreedores que combaten en un orden, en nombre de su deudor, ejercen sus derechos y son sus legatarios. Pueden compararse los acreedores, en estos casos, á los sucesores universales; son una sola y misma persona con el deudor, sus intereses son los mismos, es el deudor quien promueve por su intermedio. ¿Es esto decir que el acta firmada por el deudor tenga fecha cierta para con ellos? Nô, y esto por una razón decisiva, y es que el acta privada no tiene fecha cierta con relación ni para el que la subscribe; puede atacar la sinceridad de su fecha por la prueba contraria; con mucha más razón sus acreedores son admitidos á probar que el acta fué antefechada. Ni siquiera puede decirse que el acta hace fe de su fecha con relación á los legatarios, como hace fe con relación á las partes: Estas no pueden probar la antefecha pos testigos y por presunciones, mientras que los acreedores se admiten á probar la antefecha por este género de prueba. Esto es el derecho común tal como lo expondrémos al tratar de la prueba testimonial.

330. ¿Los acreedores de una quiebra, son legatarios del quebrado? Ha sido juzgado que los acreedores continúan la personalidad del fallido, que toman su lugar y ejercen sus acciones en virtud del art. 1,166. (1) Se concluye que las actas privadas hechas por el fallido antes de laertura de la quiebra, son oponibles á los acreedores aunque no hayan adquirido fecha cierta antes de la quiebra: Tales son, no solo las actas de administración, sino también las de enajenación de cosas muebles ó inmuebles.

1 Bruselas, 14 de Agosto de 1849 (*Panicrisia*, 1850, 2, 17).

Esta doctrina nos parece demasiado absoluta. ¿Será verdad que los acreedores *continúan la persona* del quebrado? Debería evitarse de emplear expresiones que se ligan á otro orden de ideas. Los acreedores no pueden nunca ser comparados á herederos que solos *continúan la persona* del difunto. Los herederos suceden á los derechos y obligaciones de su autor; por esto es que las actas del difunto hacen la misma fe para con ellos como para con él. Es bien evidente que no puede decirse igual cosa respecto á los acreedores; son sucesores á título particular; no puede decirse, pues, que *continúan la persona* de su deudor. Es verdad que si el deudor quiebra, se le quita la administración de sus bienes, y ésta administración pasa á manos de sus acreedores ó de los síndicos que representan á la masa. Pero solo toman la administración en el momento de la apertura de la quiebra. En cuanto á las actas anteriores, sus relaciones con el quebrado son las de todo acreedor para con su deudor. Porque ejerce todos los derechos del fallido, ¿debe decirse que hayan sido representados por él en las actas que éste hizo antes de la apertura de la quiebra? Nó, seguramente; el art. 1,166 no recibe aplicación sino cuando los acreedores ejercen un derecho en nombre del quebrado. Aun así, es necesario hacer restricciones resultando del derecho común. Cuando los síndicos liquidan la quiebra, que enajena bienes del quebrado, que embargan en manos de terceros lo que se les debe, no obran en nombre del deudor ni ejercen más derechos que los que ejercen los acreedores que embargan los bienes de su deudor. La quiebra no es otra cosa, como se ha dicho, sino un embargo en masa de los bienes del deudor que deja de pagar sus deudas. (1) Y los acreedores embargantes son terceros; luego los acreedores del quebrado son también terceros. Aun hay más. Cuando se dice que los acreedores son

1 Tropleng, *De la Venta*, núm. 961; Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,992.

legatarios de su deudor, se supone que los derechos y los intereses del deudor y de los acreedores son idénticos. ¿Puede decirse otro tanto del fallido? Es contra el deudor contra quien provocan la quiebra; de donde resulta siempre un conflicto entre el quebrado y los acreedores; luego si alguna vez las antefechas pueden ser temibles, es cuando el deudor ha sido constituido en quiebra; es decir, que es preciso atenerse estrictamente al art. 1,328. La regla será que los acreedores son terceros; por excepción, serán legatarios cuando ejerzan un derecho en nombre de su deudor y cuando, por consiguiente, sus intereses se confundieran con los suyos. Y aun en esta hipótesis, debe cuidarse de decir que el acta firmada por el quebrado tiene fecha cierta respecto á ellos. Aquí también debe mantenerse el derecho común y, por consiguiente, los acreedores podrán probar la antefecha por toda vía legal, y por presunciones si es necesario.

331. La jurisprudencia está extremadamente confusa en esta materia. (1) Como concierne al derecho mercantil, no nos pertenece criticarla. Citarémos unas decisiones que se acercan á nuestra opinión. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación: "Si los acreedores de un quebrado son, bajo ciertas relaciones, los legatarios del quebrado, como *substituidos á sus derechos* y pudiendo solos ejercerlos, no por esto dejan de ser terceros del quebrado cuando obran para defender las prendas comunes de los acreedores y para hacer entrar en el activo los valores que se hubieren sacado de él." En el caso, no había mucha duda. Los coherederos del quebrado se prevalecían de una acta de caución subscripta por el difunto, acta en virtud de la cual habían saldado una deuda del quebrado, y de la que reclamaban el reembolso íntegro por vía de relación del fallido en "menor tomante"

1 Véanse las sentencias relatadas en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núms. 3,987-3992.

de los bienes de la sucesión; hubiera resultado que los herederos hubieran sido pagados por todos sus créditos en perjuicio de los demás acreedores del quebrado, lo que hubiera constituido en su favor un derecho de preferencia. Se trataba, pues, de regular los derechos de los acreedores entre sí; y entre sí los acreedores son terceros: esto es de derecho común (art. 321) y se debe mantener en materia de quiebra.

La Corte de Colmar aplicó el mismo principio al caso de una cesión de crédito consentida por el deudor quebrado, sin fecha cierta anterior á la suspensión de sus pagos. Se objetaba al síndico que atacaba la cesión, que los acreedores siendo legatarios del quebrado continuaban su persona, que, por consiguiente, la cesión tenía fecha cierta respecto de ellos, y como era anterior á la suspensión de pagos, no tenían calidad para la querella. La Corte de Colmar contesta que los acreedores son los continuadores obligados de la persona quebrada; no siendo llamados á inmiscuirse en los negocios del quebrado sino para defender sus propios intereses, deben tener el derecho de buscar la sinceridad de las actas consentidas por su deudor. (1) La Corte debió haber dicho que la cesión no podía ser opuesta á los acreedores, porque no tenía fecha cierta. Podía agregar que aunque se considerase á los acreedores como legatarios del quebrado, las actas firmadas por él no tenían fecha cierta para con ellos; que no hacían fe de la sinceridad de su fecha si no hasta prueba contraria, lo que permitía á los síndicos, en cualquiera hipótesis, contestar la sinceridad de la fecha que llevaba la cesión.

IV. De los recibos.

332. El art. 1,328 dice que las actas privadas no tienen

1 Colmar, 17 de Julio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 204).

fecha contra terceros sino en los tres casos que cita. ¿Esta disposición se aplica á los recibos? Para quien no conociera la ley, la cuestión sería extraña. ¿Un *recibo* no es una *acta*? Luego cae bajo la aplicación del art. 1,328 que habla en términos generales *de las actas privadas*. ¿Hay en la ley una excepción á la regla? Se buscaría en vano. Luego el art. 1,328 debe recibir aplicación á los recibos, puesto que no hay excepción sin ley.

Sin embargo, esta excepción está admitida por la doctrina y la jurisprudencia; no se discute sino acerca de los límites y condiciones de la excepción. Los editores de Zachariæ resumen la opinión general en los siguientes términos: Un acreedor cede su crédito. ¿Puede el deudor oponer al cesionario los recibos que el acreedor le dió, aunque no tengan fecha cierta anterior á la notificación de la cesión ó á la aceptación que de ella se hace por acta auténtica? Los señores Aubry y Rau, contestan que el principio, en todo su rigor, debería aplicarse á los recibos; el cesionario es un tercero; luego no se le pueden oponer las actas privadas que no tienen fecha cierta. “Pero esta consecuencia parece deber ser templada en la práctica, en este sentido que los tribunales pueden, *por las circunstancias de la causa*, admitir los recibos privados como estableciendo suficientemente la liberación del deudor. Esta *templanza de equidad* debería, sobre todo, ser admitida si se tratase de recibos de renditos ó de renta de casa, opuestos al cesionario del capital ó al adquirente del inmueble arrendado.” (1)

Basta leer esta enredada fórmula, para convencerse que la doctrina ha transigido con las necesidades de la práctica. ¿Qué quiere decir que la consecuencia jurídica de un principio establecido por la ley, *debe ser templado*?

¿Quién da derecho al intérprete para *templar* la aplica-

1. Aubry y Rau, t. VI, págs. 402, y siguientes, y notas 100-102, pfo. 756.

ción de la ley? Se ha ensayado justificar esta derogación, pero con tan malas razones, que mejor hubiera sido confesar que el derecho se doblega ante los hechos. El único motivo que tenga apariencia jurídica, es que la antigua jurisprudencia admite una excepción en favor de los recibos, y los autores del Código lo hubieran hecho notar al suprimirla; pues bien, no existe un solo rastro en sus trabajos preparatorios que indique su intención de modificar el derecho antiguo. (1) La argumentación tendría algún valor si el artículo 1,328 hubiera sido tomado de la antigua legislación, y si el legislador que estableció la regla hubiera admitido una excepción tácita para los recibos. Pero el art. 1,328 es una innovación en el sentido de no existir regla legal antes de la promulgación del Código; la jurisprudencia no tenía y no podía tener el rigor que tiene un texto de ley tan absoluto como el del art. 1,328. La tradición no tiene, pues, ninguna autoridad en esta materia, es el art. 1,328 quien es el único punto del debate.

La verdadera razón, dice Larombière, que autoriza el deudor cedido para oponer al cessionario recibos sin fecha cierta, se halla en el art. 1,240, en términos del que el pago hecho con buena fe al que tiene posesión, es válido. Y el deudor que paga en mano de su acreedor hace más que pagar al poseedor, puesto que lo hace en manos del propietario. (2) Esto es una mala razón en apoyo de una mala causa. ¿Trátase de la *validad* del pago que hace el deudor al cedente? Nô, se trata de la *prueba* del pago. Se confunde, pues, el *efecto del pago con la fecha cierta del recibo*. El error es tan evidente, que es inútil insistir en él.

No es costumbre registrar los recibos, se dice porque lo más á menudo este registro sería inútil, y ocasionaría una pér-

1 Marcaillè, t. V, pág. 61 y nota 1 (núm. 5 del artículo 1,328).

2 Larombière, t. IV, pág. 427, núm. 23 del artículo 1,328 (Ed. B., t. III, pág. 55).

dida de tiempo y de dinero. Hay una diferencia á este respecto, entre los recibos y las demás actas privadas. Cuando (bajo el imperio del Código) adquiere un derecho por acta privada, la prudencia exige que lo registre, puesto que por naturaleza, este derecho es oponible á terceros, y para que yo pueda oponerlo, es menester que mi acta tenga fecha cierta, mientras que al pagar mi deuda la extingo, y la extinción de mi obligación no me coloca en conflicto con terceros; se necesita para esto una acta fraudulenta, la cesión del crédito extinguido por el pago; y no puedo ni debo prever el fraude; soy pues, de perdonar si no registro el recibido que me dan. Esta consideración si fuera fundada, se dirigiría al legislador y justificaría una excepción de la ley. Pero solo el legislador tiene derecho para derogar á la ley, el intérprete no lo puede hacer aunque tuviere las mejores razones. La que se da no es decisiva. M. Colmet de Santerre dice muy bien, que otro tanto pudiera decirse de la venta sucesiva del mismo objeto á dos compradores; esto es también un hecho fraudulento de parte del vendedor, lo que no impide que el comprador deba registrar su acta de venta para poder oponerla al tercero. Por otra parte, no siempre hay fraude en materia de recibos. El deudor está siempre en el caso de oponer sus recibos á un acreedor embargante; no es cuestión de fraude; en este caso, solo se trata de un principio de derecho: de la fuerza probante de las actas privadas. Todo lo que puede decirse, es que la aplicación rigurosa del art. 1,328, obligaría á todos aquellos que toman recibos el registrarlos, lo que seguramente tendría un gran inconveniente; (1) pero repetimos, que los inconvenientes que resultan de la aplicación de la ley, se dirigen al legislador.

333. La doctrina se ha preocupado de la buena fe del que paga, y se contenta, como todos lo hacemos, con un recibo

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 564, núm. 291 *bis* IV.

privado no registrado. Pero puede también el deudor ser de mala fe y oponer al cesionario recibos antefechados por un concierto fraudulento entre el cedente y él. Si son necesarias las garantías en favor del deudor, también lo son para el cesionario. De donde las restricciones que se han imaginado; se quiere, como prueba de la buena fe del deudor, que oponga inmediatamente sus recibos, ya sea al cesionario, ya al acreedor embargante, ya al comprador de un inmueble. Preguntamos quién autoriza á los intérpretes para establecer condiciones para que los recibos puedan ser opuestos á terceros sin tener una fecha legalmente cierta. Hé aquí la prueba de lo que decimos: los intérpretes hacen la ley. Los hay que desechan estas condiciones y que se atienden al poder discrecional del juez, el que decidirá si la fecha es sincera ó falsa. ¡Cosa singular! Estos autores reprochan á los que admiten condiciones restrictivas que estas son arbitrarias, y organizan lo arbitrario dando al juez un poder absoluto. Lo arbitrario es inevitable desde que se aparta uno de la ley. (1)

334. Hay, además, un punto en el que la doctrina es vagá y titubeante. ¿En el caso de cesión de un crédito, el deudor podrá oponer el recibo del capital que ha pagado al cedente? ¿ó la excepción no recae sino en los réditos, las ventas de cosas, en una palabra, en las prestaciones periódicas? La mayor parte de los autores no se explican en este punto. MM. Aubry y Rau, se limitan á decir que la templanza de equidad, debería *sobre todo*, ser admitida cuando se trata de prestaciones periódicas. Troplong se expresa tan confusamente, que no se sabe si entiende hablar del capital ó de los réditos. (2) A decir verdad, en la general opinión, no hay

1 Compárense en sentido diverso, Mareadé, Delvincourt, Bonnier, Larombière (véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. VI, pág. 403, nota 101; Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, nñm. 3,309, y en la palabra *Venta*, nñm. 1,792).

2 Troplong, *Hipotecas*, nñm. 535 (t. I, pág. 352 de la edición belga); *Venta*, pág. 467, nñm. 920.

contestación que dar á nuestra pregunta: de hecho, los jueces tienen un poder discrecional; luego ellos deciden.

335. Precisa decir dos palabras acerca de la jurisprudencia en esta materia; está aun más defectuosa que la doctrina. La mayor parte de las sentencias deciden que los recibos privados pueden ser opuestos al cessionario, ó al acreedor que practica un embargo, porque el cessionario y el acreedor embargante, son legatarios. (1) Es un error evidente al punto de vista del art. 1,328, tal como se le interpreta generalmente: el cessionario y el acreedor embargante son legatarios á título particular, como el comprador y el acreedor que practican un embargo, y todos los legatarios están considerados como terceros en el sentido del artículo 1,328. La necesidad de hallar un fundamento para la excepción de los recibos, es la que ha conducido á las cortes como á los autores á dar malas razones en apoyo de una causa insostenible. Bastará citar algunas de esas decisiones.

El cessionario, dice la Corte de Lyon, es el mandatario del cedente; luego su legatario y su representante. Esto es una reminiscencia de la ficción romana del *procurator in rem suam*; ficción extraña á nuestro derecho y que la Corte resucita para la necesidad de la causa. Tanto vale decir con la Corte de Burdeos, que el cessionario es la *imagen* del cedente. (2) Esto es una palabra, pero cuando se coloca uno encima de la ley, no hay otras razones que dar, sino palabras.

La Corte de Colmar dice que ninguna disposición de la ley obliga al deudor que paga, á registrar el recibo que le entrega su acreedor. (3) Nó, pero si se le quiere oponer á un

1. Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 3,955, 3,956, 3,982, 3,983, y en la palabra *Venta*, núm. 1,791. Es preciso agregar Bruselas, 17 de Abril de 1527 y 22 de Junio de 1826 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 149, y 1826, pág. 40).

2. Lyon, 16 de Diciembre de 1824, y Burdeos, 26 de Enero de 1840 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1,791 1º y 3º).

3. Colmar, 8 de Enero de 1830 (Dalloz, en la palabra *Embargo*, número 362, 4º).

tercero, deberá haber adquirido fecha cierta, y ésta no se adquiere sino por el registro, ó por la muerte del acreedor, ó por la relación del recibo en una acta auténtica.

Poco importa, dice la Corte de Bourges, que el deudor no produzca sino recibos privados, la presunción es que ha pagado sus réditos ó sus rentas en cada vencimiento. (1) Hé aquí otra presunción inventada para la necesidad del momento. La Corte olvida el art. 1,350 que dice que la presunción legal es la que se liga por una *ley especial* con *ciertas actas ó con ciertos hechos*. ¿Dónde está la *ley especial* que presume que el deudor ha pagado sus réditos en sus vencimientos? Y en el silencio de la ley, ¿quién da al juez el derecho para crear esas presunciones? ¿Se dirá que se trata de presunción de hombre? Se necesitaría comenzar por probar que la prueba testimonial es admisible, y ¿puede probarse por testigos un pago mayor de 150 francos?

Hay sentencias que deciden de hecho si los recibos *parecen sinceros*, y para convencerse de ello, ordenan una instrucción. (2) Hé aquí decididamente, un nuevo derecho. El juez comienza por colocarse encima del art. 1,328; luego obra como legislador. Se atribuye el poder de admitir las rentas ó de desecharlas. ¿Puede concebirse una instrucción; es decir, una prueba testimonial, cuando se trata de establecer si la fecha puesta en una acta privada es sincera?

Una jurisprudencia casi unánime, es en apariencia la más imponente de las autoridades, pero pierde singularmente su prestigio cuando se examinan los motivos en que descansa. ¿Qué dice la Corte de Casación, que es el guardián de la ley? Grande debe ser su congoja al hallarse frente de sentencias que violentan la ley tan abiertamente. Se limita a

1 Bourges, 3 de Febrero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Embargo*, núm. 427).

2 Caen, 20 de Enero de 1825 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,909)

pronunciar sentencias de denegadas, sin citar siquiera el artículo 1,328, atrincherándose tras la apreciación de hecho que presenta la Corte cuya decisión es atacada. (1) ¡Esto no puede llamarse aplicar la ley, es una acomodación con la ley, y los jurisconsultos debieran dejar á los teólogos la fácil moral que permite acomodarse con el cielo!

Semejante jurisprudencia no tiene ninguna autoridad. Agregarémos que no es exacto decir que es unánime. Hay sentencias que someten los recibos á la regla general del artículo 1,328. (2) Este disentimiento solo viene á agregarse á la incertidumbre que existe en esta materia. Si las exigencias de la práctica solicitan derogar al art. 1,328, sea en hora buena; al legislador toca hacer una excepción. E importa que la haga, porque el respeto debido á la ley sufre con las derogaciones que los intérpretes se permiten hacer; y ¿qué sucede con la sociedad cuando se pierde el respeto la ley?

336. ¿La excepción generalmente admitida para los recibos, da pago anticipado? Sí, dice M. Larombière; pero el deudor debe justificar la sinceridad de la fecha, reserva hecha á los terceros para atacar el pago por causa de fraude. Se le ha contestado perentoriamente que el motivo por el que se permite al deudor de prevalecerse de los recibos sin fecha cierta, no existe para los pagos anticipados. Que el deudor no piense en registrar sus recibos ordinarios, esto se concibe, pero cuando pagó lo que no debe, debe esperarse á que el pago sea contestado; la más sencilla prudencia ha ordenado, pues, asegurar una fecha cierta al recibo que le entregan. (3) Hay una sentencia de la Corte de Casación en

1 Denegada, 5 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra *Embargo*, núm. 326, 6º); 22 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 597).

2 Denegada, 19 de Marzo de 1823 (Dalloz en la palabra *Fuuta*, núm. 1,790, 1º). Bruselas, 17 de Julio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, página 224); Burdeos, 21 de marzo de 1846 (Dalloz, 1849, 2, 108).

3 Larombière, t. IV, pág. 430, núm. 27 del artículo 1,328 (Ed. B. t. III, pág. 58). *Contra*, Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, t. núm. 7,910.

este sentido; notemos que esta sentencia es poco favorable á la opinión tradicional, pues pone, en principio, que las actas privadas comprendiendo los recibos, pues se trataba de un pago, no pueden ser opuestas á terceros sino cuando tienen fecha cierta; esto basta para arruinar la teoría de los recibos que hacen fe de su fecha sin haber recibido fecha legalmente cierta. (1)

ARTICULO 3.—Reglas particulares acerca de ciertas escrituras.

§ 1.º —DE LOS REGISTROS DE LOS MERCADERES.

337. Los arts. 1,329 y 1,330, tratan de la fe debida á los libros de los mercaderes para con las personas no comerciantes. En cuanto á la fuerza probante de estos registros entre mercaderes, está regulada por el Código de Comercio; esta materia es extraña á nuestro trabajo.

Los registros ó libros de que se trata en los artículos 1,329 y 1,330, son los que los comerciantes deben tener, según el Código de Comercio (arts. 8 y 9 del Código de 1808 y 16 y 17 de la ley belga de 1872). Estas no son *actas* en el sentido legal de la palabra, pues no tienen por objeto comprobar hechos jurídicos y no están firmadas, ni siquiera escritas por el negociante, y no hay actas sin firma.

Sin embargo, la ley da cierta importancia á estas escrituras, primero porque el mercader está obligado á llevarlas regularmente; constituyen la prueba de su buena fe cuando llega á quebrar. En seguida, la ley prescribe formalidades para tenoría de esos libros; están anotados, rubricados por un juez del Tribunal de Comercio, deben ser escritos sin blancos, sin anotaciones al margen; es una garantía seria contra las intercalaciones que se quisieran hacer para las

1 Denegada, 22 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 188).

necesidades de la causa; en fin, la falsificación en escrito de comercio, es asimilada á la falsificación de escrituras públicas, lo que da á los libros de los negociantes una autoridad de que no pueden gozar las escrituras ordinarias. (1) ¿No hacen fe los libros de los negociantes para con ellos?

338. "Los registros de los negociantes no hacen prueba por los artículos escritos en ellos, contra las personas no comerciantes, salvo lo que se dirá con relación al juramento" (art. 1,329). Es de principio que nadie puede crearse un título así mismo; la prueba resulta de la intervención de un oficial público con misión de comprobar las convenciones ó el concurso de las partes interesadas que redactan una acta de lo que han convenido. El art. 1,329 aplica este principio á los libros de los comerciantes, con una restricción: "Salvo lo que se dirá con relación al juramento." ¿Qué quieren decir esas palabras? Pothier las explica; se trata del juramento supletorio que el juez está autorizado á dar cuando el pedimento no está plenamente justificado y no está totalmente destruido de prueba (art. 1,367). Hé aquí lo que Pothier enseña, apoyándose en la autoridad de Dumoulin; es el comentario oficial del art. 1,329: "Cuando los libros están bien en regla, que están escritos de día en día sin ningún blanco, que el mercader tiene la reputación de houradez y que el pedimento está dado en el año de la entrega de la mercancía, hacen una semiprueba; y aun los jueces dan derecho á pedimento de los mercaderes por razón de dichas entregas contra personas á quien han sido hechas." (2) El art. 1,329 reproduce esta doctrina; el juez puede pedir el juramento supletorio á los mercaderes; decimos que lo puede, pero no lo debe. (3) La apreciación de las cir-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 568, núm. 293 bis 1.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 753. Comárese Duranton, tomo XII, pág. 207, núm. 196 y todos los autores.

3 Denegada, 22 de Julio de 1872 (Daloz, 1873, 1, 110).

cunstancias que aseguran la delación del juramento supletorio, pertenece siempre al juez; á él toca ver si el negociante merece por su honradez, como dice Pothier, y por la regularidad de sus libros, que se le pida un suplemento de prueba de conciencia. No porque esté ligado por todo lo que dice Pothier, como si fuera una condición legal; las condiciones legales en esta materia, son las del art. 1,367, y por su naturaleza dan al juez un poder de aplicación que no puede ser sometido á ninguna condición particular; solo que Pothier enseña al juez en qué sentido debe aplicarse el artículo 1,329. El mismo hace una aplicación de la regla tradicional; la citaremos como rango de costumbres. "El juez dice: debe ver antes de pedir el juramento al negociante si la entrega de mercancía inscripta en su libro no llega á una suma considerable; es necesario que nada tenga de verosímil relativo á las necesidades del demandante.

Por ejemplo, no serían entregas verosímiles si fuera escrito en el libro de un mercader que me vendió en un año diez varas de paño negro porque no necesito en el año más que un solo vestido para el que me van tan cuatro metros." (1)

339. ¿Los libros de los comerciantes forman un principio de prueba por escrito que autorice al juez para la admisión de la prueba testimonial? Hay un motivo de duda presentado por Toullier. La ley exige un principio de prueba para que el juez pueda conceder el juramento supletorio; la ley ve este principio de prueba en los libros de los mercaderes; luego hay un principio de prueba por escrito y esto hace admisible la prueba testimonial. La argumentación es viciosa; confunde el art. 1,367 con el 1,347; el primero exige solamente para que el juez pueda conceder el juramento, que la solicitud no esté completamente destruida de prueba; en cuyo caso el juez puede, pero no debe conceder el juramento. El art. 347 define el principio de prueba por es-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 755.

erito, y una de las condiciones que exige es que el escrito proceda de la persona á la que se opone; los libros de los mercaderes podrían, pues, ser un principio de prueba contra ellos, pero no pueden prevalecerse de esto, pues dice Pothier que no puede darse título así mismo. Hay además, la diferencia entre el principio de prueba por escrito del artículo 1,347 y la semiprueba del art. 1,367, y es que el juez debe admitir la prueba por testigos cuando hay un principio de prueba por escrito.

Toullier argumenta *á fortiori*. Si el juramento es admisible con una semiprueba, dice, con más razón debe admitirse la prueba testimonial porque presta más garantía que el juramento. (1) Se contesta, y la contestación es decisiva, que el art. 1,329 consagra una excepción, y que no se permite extender las excepciones. Agregarémos que la argumentación *á fortiori* debe ser desechada por otro motivo, y es que el art. 1,367 y el 1,347 ponen dos principios diferentes, como acabamos de decirlo: el uno admite el juramento, y el juez cree conveniente conferirlo, y esto constituye una garantía; y el otro hace obligatoria la prueba testimonial, lo que expone al peligro de los falsos testimonios. No se puede, pues, razonar en uno y otro caso, ni por analogía, ni *á fortiori*. (2) Esta es la opinión general. (3)

340. En los términos del art. 1,329, el juez puede conceder el juramento á los mercaderes como suplemento de prueba, en cuanto á las entregas de mercancías que estuvieran inscriptas. ¿Tenría el mismo derecho si se tratase de una obligación de préstamo, por ejemplo? Se enseña la negativa, porque la disposición que permite al juez de considerar los libros de los comerciantes como un principio de prueba por

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 363, núm. 309 y t. V, 1 pág. 64, núm. 71.

2 Aubry y Ran, t. VI, pág. 409, nota 3, pfo 757, y la nota de Duvergier sobre Toullier, t. IV, 2, pág. 434.

3 Aubry y Ran, t. VI, pág. 409, nota 2, pfo. 757.

escrito, es una excepción al principio por el que nadie puede crearse una prueba así mismo; y toda excepción debe limitarse á los términos de la ley. (1) ¿No es esto llevar demasiado lejos el principio de la interpretación restrictiva de las excepciones? Pothier insiste, sobre todo, en la probidad del mercader, la regularidad de sus libros y la probabilidad de la deuda. Pues bien, todas estas condiciones pueden encontrarse en una obligación de préstamo, ó en otra. Si el legislador habla de entregas de mercancías, es á título de ejemplo, y porque tal es la obligación ordinaria que existe entre un mercader y una persona que le compra; las entregas son, pues, solo la aplicación de un principio general, según el cual los libros por razón de su regularidad, autorizan al juez para conferir el juramento.

Núm. 2. ¿Los libros de los comerciantes hacen fe contra ellos?

341. El art. 1,330 dice que los libros de los comerciantes hacen prueba contra ellos. Deben marcar exactamente las deudas que contienen y los pagos que reciben. Si esta mención fuera escrita y firmada por el negociante, formaría una acta, y haría prueba contra él; y los libros de los comerciantes hacen fe sin estar escritos ni firmados por ellos, porque no puede suponerse que escriban en los libros ó dejen que escriban la mención de una deuda ó de un pago, cuando no fueren deudores ó nada hubieren recibido. El libro forma una confesión escrita, y como tal debe hacer fe. (2)

342. La ley no exige ninguna condición para que los libros de los comerciantes hagan fe contra ellos. Se concluye, con razón, que hacen prueba aunque estén llevados irregularmente; el comerciante que lleva sus libros, sin la regularidad prescripta por la ley, comete una falta, y no pue-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 409, nota 2, pfo. 757.

2 Cotmet de Santerre, t. V, pág. 294 bis 1.

de prevelecerse de su falta para sacar provecho; la mención que escribe en su registro, no por esto deja de ser una confesión, aunque éste no tenga sello y rúbrica; y esta confesión es á la que el art. 1,330 liga la fuerza probante. La jurisprudencia está en este sentido, así como la doctrina. (1)

343. El art. 1,330 agrega que “aquel que quiere sacar ventaja de los libros de un comerciante, no puede dividirlos en lo que contienen contrario á su pretensión.” Esto es una consecuencia del principio establecido por la ley. Esta considera los libros como una confesión escrita; y en los términos del art. 1,356, la confesión es indivisible. Esto se funda también en razón. Si el libro merece fe por lo que contiene á cargo del comerciante, la mención que se invoca contra él debe también hacer prueba en lo que tenga favorable para quien la escribió.

Ha sido juzgado que esta disposición no es aplicable sólo á los libros llevados regularmente. Nó, que una sola y misma mención puede ser dividida contra el comerciante; pero si el libro contiene por una parte la mención de las compras hechas por el negociante, y por otra parte las ventas que está encargado de hacer por cuenta de sus socios, los libros pueden hacer prueba suficiente de las compras, pero el juez puede desechar las menciones de las ventas si apercibe algunas irregularidades. Esto no es contravenir á la indivisibilidad de la confesión, pues en el caso, hay dos confesiones, una por las compras y otra concerniente á las ventas. (2)

§ II.—DE LOS LIBROS Y PAPELES DOMESTICOS.

344. ¿Qué debe entenderse en el art. 1,331 por la palabra *libros y papeles domésticos*? La palabra libro presenta un sentido bastante claro. Pero no se está de acuerdo acerca de

1 Rouen 23 de Mayo de 1825 (Dalloz, en la palabra *Quiebra*, número 609). Aubry y Ron, t. VI, pág. 409, nota 5, pfo. 757.

2 Denegada, 7 de Noviembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 195).

la significación de las palabras *papeles domésticos*. Toullier dice que puede entenderse por cuadernos, registros de los que una persona tiene costumbre de servirse para darse cuenta de sus negocios, de sus gastos, de sus compras, de sus deudas, lo que excluye las hojas sueltas firmadas ó no, que se encuentran después de la muerte de una persona. La razón que Toullier da, es que estos papeles no tienen la misma estabilidad que los libros. Nos parece que si tal hubiera sido la intención del legislador, se hubiera contentado con la palabra *libros* que comprende todos los papeles encuadrados. M. Larombière da una razón aun más mala en apoyo de la oposición de Toullier, que hace suya. La palabra *registro ó libro*, según él, determina y limita el sentido de las palabras *papeles domésticos*. Es decir, que la expresión *papeles domésticos* presenta el mismo sentido que la palabra *libros*, puesto que esta es la que precede. (1) Se nos hace que debiera sacarse la consecuencia contraria: ¿á qué decir dos veces la misma cosa? Se olvida que se trata en el art. 1,333 de particulares que no están obligados á llevar libros y que, por consiguiente, están enteramente libres de llevar sus apuntes como quieran. Tengo la costumbre de escribir mis notas en hojas sueltas reunidas por una esquina: ¿por qué esas hojas sueltas no harían fe, tanto como si fueran encuadradas? La ley no difiere los papeles domésticos; el juez puede, pues, considerar como tales las hojas sueltas, teniendo en cuenta las costumbres de aquel que las escribió y de las circunstancias de la causa. (2)

345. El Código solo exige una condición para que los papeles de un particular hagan fe, es que sean escritos por él. En los términos del art. 1,331, los libros y papeles domésticos

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 381, núm. 399. Larombière, t. IV, página 481, núm. 1 del art. 1,331 (Ed. B., t. II, pág. 78).

2 Bonnier, t. II, pág. 327, núm. 744. Marcadé, t. V, pág. 69, número 5 del artículo 1,331. Colmet de Santerre, t. V, pág. 571, número 295 bis I.

cos no constituyen un título para aquel *que los escribió*; hacen fe contra él en los dos casos previstos por la ley. Luego la ley solo se ocupa de los escritos procedentes de aquel en cuyo caso se encuentran. Esto es una diferencia notable entre los libros domésticos y los de los comerciantes. Estos últimos son ordinariamente llevados por dependientes, mientras que los particulares hacen ellos mismos sus asientos porque son raros y accidentales. (1) Sin embargo, no hay que apegar-se servilmente al texto; si un particular por causa de sus numerosos negocios, tenía un dependiente para llevar sus libros, éstos podían ser opuestos al patrón como se puede oponer al mandante lo que hace el mandatario.

Núm. 1. ¿Los libros domésticos hacen fe para aquel que los escribió?

346. El art. 1,331 dice en términos absolutos que los libros y papeles domésticos no hacen fe para aquel que los escribió. Es la aplicación del principio según el cual nadie puede crear título para sí mismo. La ley siendo general, se debe desechar toda excepción que se le quisiera oponer.

Ha sido juzgado que los libros llevados por el padre no hacían fe de los préstamos ó adelantos que declarara haber hecho á sus hijos. En el caso, el debate existía entre los hijos y el padre. La Corte de Bruselas decidió que la ley siendo general debía recibir su aplicación á los créditos que el padre pretende tener contra sus hijos, tanto como á todo otro crédito. (2) Esto es muy riguroso, pero es incontestable.

Esta decisión no está en contradicción con la jurisprudencia francesa que admite los libros domésticos como prueba, lo que uno de los hijos está obligado á dar á sus coherederos.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 571 núm. 295 bis L.

2 Bruselas, 10 de Enero de 1828 (*Pasierisía*, 1828, pág. 11).

ros. No se trata en este caso de una deuda cuyo acreedor reclama el pago; se trata de una obligación que la ley impone á los coherederos para mantener la igualdad entre ellos. El art. 1,331 está, pues, fuera de causa. Queda por saber cómo se hará la prueba de lo que uno de los hijos tiene recibido del padre á título de préstamo ó de donativos nominales. El heredero que solicita probar que su coheredero debe el rédito de un préstamo que recibió del difunto, está en la imposibilidad de hacer esta prueba por un escrito; es, pues, este, el caso de aplicarse el art. 1,348 que permite al demandante probar por testigos el hecho jurídico del que no pudo procurarse una prueba literal. Y cuando la prueba testimonial es admisible, las presunciones lo son también; y el juez puede tomar sus presunciones por todas partes; luego puede invocar los libros domésticos del padre. Esto es, en lo general, cuando menos una prueba que debe inspirar toda confianza. (1)

347. El art. 1,331 no agrega la excepción que el artículo 1,329 hace á favor de los comerciantes; no da al juez el derecho de conceder el juramento á aquel que lleva sus libros, aunque fuesen tan regulares como los de un comerciante. Hay una razón para esta diferencia. Los libros de los comerciantes, siendo la prueba por excelencia en asunto mercantil, los comerciantes tienen interés en llevarlos con la mayor exactitud. Se concibe, pues, que el legislador les da cierta fe contra las personas no comerciantes. Los particulares al contrario, no estando obligados á tener libros, no tienen generalmente mucho cuidado en tenerlos; luego el legislador no podría darles la misma fe. ¿Qué importa que por excepción haya libros domésticos bien llevados? Luego el legislador dispuso en vista de lo que se hace ordinariamente.

1 Orléans, 26 de Julio de 1849 (Daloz, 1850, 2, 29) y 24 de Noviembre de 1855 (Daloz, 1856, 2, 259).

La jurisprudencia y la doctrina (1) están unánimes en este punto; una sentencia había conferido el juramento supletorio al demandante que reclamaba una suma de 156 francos, como dinero prestado, sin otra prueba que el asiento de sus libros. Esto era violentar los arts. 1,331 y 1,367. El artículo 1,331 niega toda fe á los libros domésticos en favor de todo aquél que los escriba; luego no existirá prueba de la demanda, y según el art. 1,367, el juez no puede conferir el juramento de oficio, sino cuando la demanda no está totalmente desnuda de prueba; si no hay ninguna prueba, como en el caso, debe desechar la demanda (2).

348. ¿Esto es decir que los libros domésticos carezcan de toda especie de fuerza probante? No. Cuando las presunciones están admitidas, el juez puede tomarlas en los papeles domésticos; la ley á este respecto le deja gran latitud. (3)

Puede, pues, suceder que el proceso se decida por los libros que no hacen prueba como escritura. No es esto contradictorio. Si los libros hacen fe como tales, el juez debería admitirlos, lo que podía atraer graves inconvenientes; mientras que si toma en ellos sus presunciones, tiene un poder absoluto de apreciación: puede admitir los papeles domésticos ó desecharlos, lo que previene todo abuso de una prueba que el mismo acreedor pudiera hacerse.

N.º 1. Cuándo los papeles domésticos hacen fe contra aquél que los ha escrito.

1. *Menciones liberatorias.*

349. En los términos del art. 1,331, los registros y pa-

1 Ambix y Rau, t. VI, pág. 411, nota 2 y ff. 758. Larombière, tomo IV, pág. 482, núm. 2 del art. 1,331 (Ed. B. t. III, pág. 78).

2 Casación, 2 de Mayo de 1810 (Dallez, en la palabra *Obligaciones*, núm. 532). Véase Bruselas, 10 de Enero de 1825, *Pasierisía*, 1828, pág. 11).

3 Sentencia precitada (nota 3) de Bruselas, Denegado, 10 de Marzo de 1842 (Dallez, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,303, 4º).

papeles domésticos, hacen fe contra aquel que los ha escrito, desde luego en el caso en que enuncian formalmente un pago recibido. La razón de esto es natural; no se hace constar un pago sin haberlo recibido. No hay que confundir las menciones liberatorias con los recibos, algunas veces se preparan recibos para pagos que se esperan y que no siempre se efectúan; son proyectos de recibos que no hacen prueba alguna, aunque escritos fechados y firmados si se les encuentra entre los papeles del acreedor. Lo que prueba que el pago no ha sido efectuado, es que el recibo en lugar de ser entregado al deudor, permanece en manos del acreedor. No sucede así con la mención que un acreedor hace por haber recibido tal suma. Esto prueba que el pago se efectuó porque no se puede suponer que esas menciones se escribían de antemano. Esto sería absurdo.

350. ¿Hay condiciones requeridas para que las menciones liberatorias hagan fe? La ley no exige ninguna, excepto la condición general prescripta para todos los papeles domésticos, y es que estén escritos por aquel á quien se les opone. No está prescripto que deban ser fechados y firmados. (1) La ley no exige ni siquiera la fecha para las actas privadas, con mayor razón no las exigiría á simples papeles domésticos. En cuanto á la firma, es de rigor para que haya una acta; pero en el caso, no hay acta, el padre de familia escribe la mención, no para servir de prueba al deudor, sino para darse cuenta de sus negocios. (2)

La mención liberatoria debe ser escrita por el acreedor; si lo fuera de mano de un tercero, no haría fe. Ya no serían los términos de la ley, á no ser que la mención fuese escrita por la persona habitualmente empleada á llevar los libros en que se halla. (3) Es, según este principio, que debe

1 Compárese Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 758 y 759.

2 Lieja, 18 de Febrero de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, pág. 37).

3 Duranton, t. XIII, pág. 214, núm. 205. Aubry y Rau, t. VI,

decidirse la cuestión de saber si una mención liberatoria escrita por el deudor en los libros del acreedor, haría fe. En general, no; esto no es dudoso.

Sin embargo, la Corte de Casación admitió la validez de menciones escritas por manos del deudor. Se trataba de un mandatario encargado de hacer cobranzas. La Corte de Angers comprueba que el mandatario entregaba inmediatamente á la mandante la suma que cobraba para ella, y que en seguida escribía en el libro de la mandante y en su presencia, la mención de sus pagos. Las cosas sucedieron así durante la vida de la mandante; después de su muerte los herederos reclamaron una cuenta del mandatario, éste contestó que nada debía porque había devuelto á la mandante todas las sumas que había cobrado para ella. La Corte de Casación decidió que por razón de las relaciones afectuosas y de confianza que siempre habían existido entre la mandante y el mandatario, el juez del hecho había podido admitir que la mandante se atuviera á la fe del mandatario y le hubiera dispensado las formas rigurosas de derecho. La Corte agrega que aun en derecho, la prueba de los entregos hechos por el mandatario, era suficiente. En efecto, se reconoce que las menciones escritas en un libro doméstico por un gerente, un administrador ó un secretario, son como si hubiesen sido escritas por el padre de familia; lo mismo debe suceder si son obra del deudor, cuando la inscripción se hace como tuvo lugar en el caso, á la vista del acreedor. (1)

351. ¿La primera disposición del art. 1,331 se aplica á las hojas sueltas? M.M. Aubry y Rau contestan que las escrituras no firmadas que se hallan en simples hojas sueltas no hacen fe contra aquel de quien proceden, aunque mencionen terminantemente un pago recibido. Estas escrituras á lo

pág. 412, notas 5 y 6, pfo. 758. Larombière, t. IV, pág. 491, número 9 del artículo 1,331 (Ed. B., t. III, pág. 81).

1 Denegada, 9 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, t. 1, 160).

más podrían servir de principio de prueba por escrito. (1) Esto es restringir arbitrariamente la expresión general de *papeles domésticos* de que se sirve la ley (núm. 344). ¿Hay motivo para negar toda fe á las hojas sueltas? Si menciono en cualquiera hoja de papel que he recibido tal cantidad, ¿por qué no haría fe esta mención liberatoria como si fuera escrita en un libro? ¿Se menciona acaso haber recibido una suma que no se recibió? Se cita en apoyo de la interpretación restrictiva del art. 1,331, una sentencia de la Corte de París, pero la sentencia no dice lo que se le hace decir: el artículo 1,331 ni siquiera está en ella citado. Ya hemos relatado el caso.

A la muerte de una señora que dejaba 8000,000 francos á parientes lejanos, se encontró un saco formado con una hoja de papel; en su cara exterior se leía la mención siguiente, escrita de puño de la difunta: "Esta suma (de 62,000 francos) pertenece al Sr. D..., que vive en París, calle de...." Este era un antiguo notario; reclama la propiedad de los billetes á título de restitución ó de donación. La Corte juzgó que la mención litigiosa no constituía un testamento, puesto que no tenía ni fecha ni firma; que no podía resultar de una donación manual, siendo de la esencia de ese género de donaciones el ser entregados al donatario; que no podía, en fin, en ese estado de imperfección, engendrar una obligación; que todo lo que se podía admitir, era que formaba un principio de prueba escrita que permitía apelar á las presunciones, pero que no había presunciones en el caso que establecieran que el destinatario fuese el propietario de los billetes. (2) Se trataba, pues, de probar la propiedad ó una liberalidad, lo que aparta el art. 1,331, en el que se trata de un pago ó de una obligación.

352. Se pregunta si la mención liberatoria hará fe si fue

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 415, y nota 14, pfo. 758.

2 París, 6 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 211).

se tachada. La afirmativa está generalmente admitida y con razón. Cuando menciono haber recibido tal suma, esto prueba un pago efectivo que me fué hecho. El pago queda probado, aunque la mención se haya tachado. (1)

II. Mención de una obligación.

353. ¿La mención de una obligación, hace fe contra quien la escribió? Según el art. 1,331, se necesitan las siguientes condiciones: debe contener la declaración expresa de que la nota ha sido hecha para suplir la falta de título en favor de aquel á quien aprovecha. Así, la mención quedaría sin fuerza probante si decía sencillamente: "Recibido á título de préstamo la suma de..." ¿Por qué la mención de una obligación no hace fe por sí sola, mientras la de pago tiene fuerza probante? Cuando escribo en mi libro que recibí tal suma á título de préstamo, esto prueba que he sido deudor, pero no prueba que todavía lo sea; mientras que si deciaro haber recibido el pago de lo que me es debido, esto prueba que dejé de ser acreedor. La simple mención de una obligación no prueba, pues, la existencia de la deuda en el momento en que el libro es producido, lo que ordinariamente sucede á la muerte de aquel que escribió la mención. Es necesario una condición que pruebe que la deuda existe aún. Esta condición exigida por el art. 1,331 está tomada de Pothier, y hé aquí como se aplica. Si escribo que debo tal suma y que la pago, puedo olvidar de anotar el pago o de cerrar la nota; pero, regularmente habrá una acta que comprobará mi deuda y que me será devuelta ó destruida el día del pago, lo que dispensa de recibo. El acreedor, no teniendo ya título, no tengo ningún motivo para borrar la mención que había hecho de la fecha, ni siquiera de anotar el

1. Duranton, t. XIII, pág. 218, núm. 208. Aubry y Rau, t. VI, página 412 y nota 7, pfo. 758.

pago que he hecho, pues los particulares no llevan libros con la regularidad que deben tener los comerciantes. Pero si digo que la mención de la deuda se hace para suplir la falta de título de mi acreedor, entonces debo tener cuidado de borrar la mención, ó de anotar el pago, ó de pedir un recibo, pues la mención probará contra mí como si fuera un título, puesto que yo mismo declaré que tenía por objeto suplir la falta de título de mi acreedor. No puede ya suponerse un olvido. La mención que el deudor ha agregado á su declaración, debe recordarle la necesidad de destruir la prueba de la deuda por la prueba del pago; si, pues, no hay ninguna prueba del pago, la deuda queda probada. (1)

354. Cuando la nota comprobando la obligación está tachada, ya no hace prueba en favor del acreedor. Pothier, de quien los autores del Código han tomado esta teoría, lo hace notar. La radiación, dice, es una prueba de que he devuelto la suma si el acreedor no tiene ningún título. No hay contradicción entre la decisión acerca de la mención de una obligación, y la decisión que concierne á la mención de un pago (núm. 352). Por más que borre la mención que he escrito de un pago recibido, no por esto deja de ser probado por mi declaración escrita, que el pago ha sido hecho y que mi deudor está liberado; mientras que una mención comprobando una obligación, deja de hacer fe cuando el que la ha escrito, para suplir título, la ha borrado ó tachado. No puede objetarse que lo hizo de mala fe, pues el acreedor que no pidió título á su deudor, testifica por esto que tuvo plena confianza en su honradez; se entrega á merced de su deudor en lo que concierne á la prueba de la obligación, y por esto queda entregado á su merced cuando esta prueba es destruida, pues sabe que depende del deudor el destruirla.

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 758. Mourlon, según Valette, t. II, pág. 527, núm. 1,575. Casación, 27 de Abril de 1831 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,235).

III. Producción de libros.

355. El Código de Comercio contiene disposiciones acerca de la producción de los libros de los comerciantes entre sí, y son las siguientes: En los términos del art. 15 del Código de 1808 (art. 22 de la ley belga de 1872), la presentación de los libros puede ser ordenada por el juez, aun de oficio, y el art. 17 (art. 24 de la ley belga de 1872) agrega que si la partes á cuyos libros se ofrece dar fe, rehusan presentarlos, el juez puede conferir el juramento á la otra parte. ¿Son aplicables estas disposiciones á los libros domésticos? La negativa es evidente: si el juez puede ordenar á un negociante presentar sus libros, es porque todo comerciante está obligado á llevarlos; si, pues, se niega á presentarlos cuando la otra parte ofrece dar fe á su contenido, la presunción está contra él y en favor de su adversario. Pero el particular no tiene obligación de tener libros; el juez no sabe, pues, si éstos existen, y tampoco puede saberlo la parte adversa. ¿Debe concluirse de esto que si consta que una de las partes tiene libros, la otra no puede pedir su presentación, y que el juez no tenga facultad para ordenarla?

La cuestión está controvertida. Creemos con Toullier, que el derecho de pedir la producción de libros es una consecuencia lógica del art. 1,331. Los libros domésticos hacen prueba en liberación, y aun de una obligación contraída por aquel que los escribe; es, pues, necesario que aquel en favor de quien los libros hacen fe, pueda prevalecerse de ellos, y, por consiguiente, pedir su presentación; si no, la prueba que la ley le ofrece sería ilusoria, y no puede establecerse que la ley establezca una regla sabia y justa sin que existan medios de hacerla ejecutar. (1) Se dirá que la parte apre-

¹ Toullier, t. IV, 2, pág. 384, núm. 404. Duranton, t. XIII, página 219, núms. 219-211. Mareadé, t. V, pág. 70, núm. 6 del artículo 1,331.

miada puede negar tener libros. Sin duda, pero la parte adversa puede ser admitida á probar la existencia de los libros, y podrá hacer la prueba por testigos y presunciones, por aplicación del art. 1,348, pues no dependió seguramente de ella el procurarse una prueba literal de este hecho. Si la existencia de los libros es comprobada, el juez puede ordenar su producción, y la negativa constituye una presunción contra aquel que opone esta negativa injusta. Es verdad que el juez no podría invocar el art. 17 del Código de Comercio (art. 24 de la ley belga de 1872) para conferir el juramento á la parte que hubiese declarado atenerse á los libros de su adversario, pero en los casos en que puede juzgar por presunciones, consideraría seguramente como una presunción la negativa de producir los libros.

Los motivos que se dan para la opinión contraria nos parecen débiles. (1) No hemos invocado el derecho romano, de manera que no se nos puede oponer que este derecho no tiene ya autoridad en esta materia. Se dice que el art. 1,331 no es una disposición inútil, puesto que se podrá, á la inquietud de aquel que llevó libros, comprobar su existencia y contenido. Se admite, además, que el juez podrá por excepción, ordenar la presentación de libros domésticos cuando son comunes á las dos partes. Contestamos que la prueba autorizada por el art. 1,331, es una prueba de derecho común, y es desconocer el texto de la ley el hacer de ella una prueba excepcional. Las razones que Larombière da son aun peores. Dice que los libros forman un título enteramente personal: la contestación está en el art. 1,331 que permite invocar los libros contra aquel que los escribió. Se dice que esto sería autorizar la divulgación de secretos de familia: preguntamos si la costumbre de la familia es de confiar sus secretos

¹ Aubry y Rau, t. IV, pág. 412 y nota 9, pfo. 753. Larombière, tomo IV, pág. 104, númer. 12 del artículo 1,331 (Ed. B., t. III, pág. 82). Comparese Colmet de Santerre, t. V, pág. 572, númer. 295 bis II.

á los libros en que se inscriben pagos, entradas, gastos y deudas. En fin, se niega al juez el derecho de ordenar la presentación de los libros porque la ley no le da semejante derecho. Nuestra contestación es siempre el art. 1,331, quien desea el fin, quiere los medios; la ley me permite invocar los registros de mi adversario y me da por esto implicitamente el derecho de pedir su presentación y al juez el derecho de ordenarla.

356. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica, es favorable á nuestra opinión. Es de principio, dice la Corte de Bruselas, que una de las partes esté obligada á producir sus documentos á pedimento de la parte contraria. (1) La Corte aplicó este principio á los libros domésticos. Se funda en el art. 1,331 que admite los libros y papeles domésticos como medios de prueba para el pago. En el caso, constaba que el acreedor llevaba libros de sus arrendamientos. La Corte concluyó por el art. 1,331, que el juez puede, de oficio, y para formarse juicio, ordenar la producción de los libros, y que con más razón puede hacerlo á pedimento de la parte interesada. (2)

La Corte de Casación de Francia ha decidido que los jueces, únicos apreciadores de los hechos, no están obligados á ordenar la producción de los libros. (3) Es seguro que el Código no obliga á los jueces á ello. Pero no es esta la cuestión. ¿Aquel que lleva libros, tiene derecho para negar su presentación? La Corte lo admite, fundándose en el artículo 15 del Código de Comercio (art. 22 de la ley belga de 1872). (4) Esto es no tener nada en cuanto al art. 1,331. Si

1 Bruselas, 23 de Octubre de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 49 2).

2 Bruselas, 13 de Abril de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, pág. 215).

3 Denegada, Sala de lo Civil, 15 de Febrero de 1837 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, n.º 4.238).

4 Denegada, 2 de Febrero de 1837 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, n.º 4.764, 1º). En el mismo sentido, Rennes, 31 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1850, 5, 388).

se admite la doctrina de la Corte, es preciso decir que hay un vacío en la ley; ella consagra un medio de prueba, y pone al demandante en la imposibilidad de servirse de él.

§ III.—DE LAS MENCIONES LIBERATORIAS DEL ART. 1,332.

Núm. 1. Menciones liberatorias previstas por el primer inciso del art. 1,332

357. “La escritura puesta por el acreedor bajo del margen ó al respaldo del título del que siempre ha estado en posesión, hace fe aunque no esté firmada ni fechada por él, cuando tiende á establecer la liberación del deudor” (artículo 1,332, primer inciso). Cuando el acreedor inscribe menciones en el título que establece su crédito, estas menciones se identifican con el título, en el sentido que el acreedor no puede producir su título sin producir las notas que hizo en él. No es menester decir que esas anotaciones no prueban para él, no pudiendo nadie crearse título á sí mismo; así, las notas no tendrían ninguna fuerza probante si hacían constar un aumento en la deuda ó una agravación cualquiera; pero si el acreedor menciona los pagos que recibe, esas menciones liberatorias deben tener una fe probante, pues al inscribirlas en el título que le sirve de prueba, el acreedor se pone en la imposibilidad de probar su crédito en justicia sin ministrar al mismo tiempo la prueba que su crédito está extinguido por el todo ó en parte. Solo que el legislador debería inscribir condiciones que garantizaran desde luego que la mención ha sido hecha para constancia de pago recibido, y no un pago para recibirse: luego, que la mención ha sido escrita por el acreedor. Tal es el objeto de las dos condiciones prescriptas por el art. 1,332.

358. El art. 1,332 dice: “La escritura puesta por el acreedor.” Es, pues, necesario que el acreedor escriba la mención liberatoria; esto es de derecho común. Toda prueba

literal implica proceder de aquel á quien se la opone; es, pues, menester que la mención esté escrita ó firmada por el acreedor; no se firman las menciones que se hacen en un título sino cuando se le posee; desde luego, es menester que la mención sea escrita del puño del acreedor, pues si lo fuera por mano extraña, no se podría saber si fué escrita á sabiendas del acreedor, luego no se le puede oponer como prueba.

Pothier enseña lo contrario; según él, esas menciones liberatorias hacen plena fe del pago, quien quiera que sea el que las haya escrito aunque fuera él el deudor; da por razón que quedando el título en posesión del acreedor, éste no hubiera dejado escribir la mención de un pago recibido, si éste no se hubiese efectuado. Esto es más que probable, dice Pothier, y de esta probabilidad hace una presunción. (1)

Los autores del Código no admitieron esta presunción, y nos parece que con razón. Muy fácil sería escribir una mención en un título en ausencia del acreedor ó durante su enfermedad; es verdad que el acreedor ó sus herederos serían admitidos á probar el fraude, pero esta prueba no es fácil. ¿Y por qué reconocer fuerza probante á un escrito contra aquel que no es autor del escrito? ¿Acaso la prueba literal se establece por vía de presunción? Sin embargo, hay autores que siguen la opinión de Pothier, á pesar del texto contrario del Código; pretenden que es una redacción viciosa y que la doctrina de Pothier debe preferirse á un vicio de redacción. (2) Hé aquí la prueba del poco respeto que los intérpretes tienen generalmente para el texto de la ley, cuando está contraria su opinión. Larombière tiene razón al decir que es un modo muy cómodo de interpretar la ley, el de prestar su propio pensamiento al del legislador, y decir después que la ley debe ser entendida en este sentido, y que si

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 760.

2 Toalier, t. IV, 2, pág. 547, núm. 353. Duranton, t. XIII, página 224, núms. 213 y 214.

dice lo contrario es porque está mal redactada. Predicamos el respeto á la ley aun cuando es mala: ¡que se cambie! Con mayor razón debe uno apegarse al texto de la ley, cuando es la expresión de los verdaderos principios. (1) La jurisprudencia se ha pronunciado en favor del texto. Hay en los trabajos preparatorios un argumento decisivo que la Corte de Bruselas invoca. El proyecto del Código Civil reproduce la doctrina de Pothier; habiendo criticado esta doctrina la Corte de Burdeos, la Sección de Legislación del Consejo de Estado, modificó la redacción primitiva; hay, pues, decisión formal. (2)

359. El mismo disentimiento se reproduce acerca de la segunda condición que el art. 1,332 exige: "Que el título haya permanecido siempre en la posesión del acreedor." Fieles al texto, concluirémos que la mención liberatoria cesa de hacer fe cuando el título obra en manos de un tercero. ¿Qué importa, diráse, con tal que la mención sea del puño del acreedor? ¿Y por qué la escritura no tendrá ya fuerza probante cuando el acreedor diera su título á un tercero? Hay para esto una buena razón. El acreedor que entrega su título á un agente para cobrar su deuda, le pone la mención liberatoria en vista de un pago por verificarse; tal es el uso constante de los comerciantes: escriben un *recibí* en las letras ó pagarés que envían á cobrar. En este caso, las menciones liberatorias prueban un pago por recibir, y no un pago recibido; luego el deudor no se puede prevalecer de él como de una prueba de haber pagado. Sigue diferentemente cuando el título permanece siempre en posesión del acre-

1 Larombière, t. IV, pág. 504, núm. 3 del artículo 1,332 (Ed. B., t. III, pág. 86). Anbry y Rau, t. VI, pág. 413, nota 11, pfo. 758. Compárese Marcadé, t. V, pág. 71, núms. 1-5 del artículo 1,332. Bonnier ha abandonado la opinión contraria que había antes enseñado t. II, pág. 320, núms. 749, 750.

2 Bruselas, 2 de Janio de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 198). Casación, 9 de Noviembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, número 573). Donogada, 30 de Julio de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 331).

dor: si éste pone un recibo allí, no es en vista de un pago próximo, lo hace únicamente para darse cuenta á si mismo y para probar ó comprobar el estado de sus negocios; y sería absurdo mencionar de antemano como pagado, lo que aun no lo ha sido. (1)

360. En nuestra opinión, las menciones liberatorias inscriptas en el título, no hacen fe cuando no han sido escritas por el acreedor, ni cuando el título no ha estado siempre en su posesión. Se pregunta si hacen principio de prueba por escrito. La afirmativa no es dudosa en el caso en que la mención está escrita por el acreedor, aun cuando el título no se encontrase en su posesión: puesto que este escrito, aunque irregular, en el sentido que no puede hacer plena prueba del pago, cae, sin embargo, bajo la aplicación del artículo 1,347, pues que reune las condiciones exigidas por la ley para hacer un principio de prueba por escrito. Suecedería lo mismo si el escrito permaneciera en posesión del acreedor y que una mención liberatoria hubiese sido puesta en él por un tercero á sabiendas del acreedor; pero tocaría al deudor probar que la mención procede del acreedor, como habiendo sido hecha con su consentimiento. (2)

361. Se supone que la mención liberatoria está tachada. ¿cesará de hacer fe? La cuestión está controvertida. Nos parece que es preciso aplicar á las menciones liberatorias del art. 1,332, lo que hemos dicho de las menciones del artículo 1,331 (núm. 352). Todos admiten que la mención de un pago recibido inscripto en un registro doméstico, hace fe aun que esté tachada, porque el hecho de pago una vez testificado por la mención, no puede ser destruido por la tacha de lo escrito. Cuando el acreedor escribe sobre su título que ha recibido el pago, hay también una prueba adquirida para el deudor, que el acreedor no puede ya destruir. Su prime-

1 Aubry y Baud, t. VI, pág. 414, nota 11, pfo. 758 (3^a edición).

2 Colmet, t. VI, pág. 574, núm. 297 bis II.

ra confesión atestigua contra él, salvo el que pruebe haberlo hecho por error.

Esta es la opinión general, salvo el disentimiento de Toullier. (1) Hay una sentencia de la Corte de Casación que parece favorable á la opinión de Toullier; la Corte tiene miedo de poner como regla, que el acreedor escriba las menciones en espera de un pago que no ha sido efectuado; esto no es sino una rara excepción. Parece, además, que en el caso, había circunstancias que testificaban contra la liberación. Esto no fué, pues, una sentencia de principio. (2) Existe una sentencia de la Corte de Casación que parece ser más decisiva. Una sentencia había admitido, como probante, fundándose en presunciones, una mención que había sido raspara. La Corte casó dicha sentencia, porque las presunciones solo son admitidas en el caso de dolo ó de fraude, y en el caso, la raspadura de la mención no había sido demandada por fraudulenta; desde luego, el juez de hecho no podía fundarse en presunciones sin violentar el art. 1,353. (3) La dificultad no se relaciona con el art. 1,332; se trataba de saber á quién tocaba probar que la raspadura había sido hecha á pesar del pago, ó que había sido hecha porque el pago no había tenido lugar. A nuestro sentir, al acreedor toca dar la prueba, porque existe en su contra una primera confesión.

362. Hay que notar, además, que el art. 1,332 solo reconoce fuerza probante á las menciones *liberatorias* inscritas en el título. Si, pues, el acreedor menciona en él una obligación, se está fuera del texto de la ley y, por consiguiente, lo escrito no haría ninguna fe. Contrariamente será

1 Véanse las citaciones en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 425).

2 Denegada, 11 de Mayo de 1819 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,255, 1º).

3 Casación, 23 de Diciembre de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,255, 2º).

el caso de aplicar la regla del art. 1,331, si la obligación fuera contraída en provecho del acreedor. Nadie puede hacerse un título á sí mismo. Si la obligación fuese contraída por el acreedor, la mención no haría fe, porque, en principio, se necesita una acta firmada para comprobar una obligación; los escritos no firmados no hacen prueba, salvo los casos determinados por la ley. De esto resulta que las disposiciones del art. 1,332 son excepcionales, lo que decide la cuestión. Hay una sentencia en este sentido. (1)

Núm. 2. Menciones liberatorias escritas en el duplicado de un título.

363. Una mención liberatoria está escrita en el duplicado de un título. ¿Cuál es la fuerza probante de esta mención? Hay que distinguir. Si el duplicado ha quedado siempre en la posesión del vendedor, se estaría en el caso previsto por el art. 1,332; en efecto, la palabra *título* de que se sirve la ley, comprende el duplicado de las actas que contienen convenciones sinalagmáticas; estas actas deben hacerse por duplicado; el duplicado constituye, pues, el título de cada parte. El vendedor inscribe en el título, que tiene una mención liberatoria y hace fe del pago recibido, según el art. 1,332, núm. 1. Si el duplicado del vendedor en el que inscribió una mención de pago, o lo ha estado siempre en su posesión, se aplica lo que acabamos de decir; este caso está decidido implícitamente por el núm. 1 del art. 1,332: la mención no hará fe, salvo como principio de prueba por escrito. Hay una tercera hipótesis: el duplicado está en posesión del comprador, deudor del precio cuyo pago total o parcial está mencionado en el título. Es el caso previsto por el núm. 2 del art. 1,332 que dice: "Lo mismo sucederá

1 Lieja, 21 de Enero de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 16).

con el escrito puesto al margen ó al respaldo del duplicado de un título por el acreedor, siempre que este duplicado esté en manos del deudor. (1)

¿De qué duplicado se trata: del título del vendedor ó del duplicado del acreedor? Las menciones hechas en el duplicado del vendedor, están previstas por el primer inciso del art. 1,332, como acabamos de decirlo. Luego, el segundo inciso prevee el caso en que el vendedor escribe una mención liberatoria en el duplicado del comprador. Este, debiendo hacer un pago, ya sea por réditos, ya por parte del precio, envía su duplicado al vendedor con el fin de que inscriba en él la mención del pago que se le va á hacer. El vendedor inscribe en este duplicado que recibió tal suma por réditos ó por parte del precio vencido; ¿tiene fe esta mención? La ley distingue: si hace fe, si el duplicado se halla en posesión del que hace el pago; es decir, del comprador, pues es seguro que el vendedor no le devolverá su título con recibo si no ha efectuado el pago. Pero si el duplicado se haya en manos del vendedor, debe decirse que la mención no hace fe; no habiendo sido restituido al comprador, se concluye que el pago ofrecido no se efectuó; en efecto, si el comprador hubiera pagado, no hubiera dejado de recoger su título, puesto que dicho duplicado contiene el recibo de los pagos hechos por él. (2)

*Núm. 3. De las menciones liberatorias escritas
en un recibo.*

364. Cuando el deudor tiene que hacer pagos sucesivos ya por réditos, ya por prestaciones periódicas ó rentas, el acreedor inscribe en una hoja de papel los pagos hechos por el deudor á medida que los recibe. ¡Bajo qué condición esas

1 Aubry y Ran, t. VI, pág. 414, nota 12, pfo. 758 (3^a edición).
2 Mourlon, t. II, pág. 829, núm. 1,579.

liberaciones harán fe? El segundo inciso del art. 1,332 contesta la pregunta, pero la redacción es viciosa, porque el legislador comprendió en una sola disposición dos hipótesis diferentes, la de la escritura puesta en el duplicado de un título y la que se pone en un recibo: "Lo mismo sucederá para la escritura puesta por el acreedor, al respaldo ó margen del *duplicado de un título ó de un recibo*, siempre que este duplicado se halle en posesión del deudor." Esta disposición, según el texto mismo, no recibe aplicación sino para los *duplicados*; no se puede aplicar á los recibos, puesto que los *recibos* no se hacen por duplicado. La ley también se expresa incorrectamente hablando de las escrituras puestas al *reverso* ó en el *margen* de un recibo; los recibos se inscriben en seguida el uno del otro. ¿Bajo qué condiciones hacen fe? Ordinariamente están fechados y firmados; entonces forman una serie de *actas* haciendo plena prueba. No es esta la hipótesis del art. 1,332; el segundo inciso se refiere al primero; supone, pues, escrituras no firmadas ni fechadas; hacen, no obstante, fe por la liberación del deudor, siempre que estén escritas por el acreedor. La ley no exige otras condiciones para las menciones liberatorias escritas en un recibo. Así, el vendedor da un recibo fechado y firmado al comprador, comprobando que éste le ha pagado una parte del precio; más tarde, en seguida de este recibo, inscribe el pago de los réditos que el comprador paga por el precio que queda adeudando; esas menciones liberatorias hacen fe aunque no estén firmadas ni fechadas. Solo exige la ley una condición, es un *recibo*, luego una *acta firmada* y en seguida de este recibo las menciones liberatorias. Nada importa que el recibo se halle en posesión del acreedor; la ley no hace distinción para los *duplicados*; no la hace para los *recibos* y no hay lugar á distinguir: los recibos solo son presentados al acreedor en el momento en que el deudor efectúa un pago; las menciones liberatorias que el acreedor inscribe en ellos

prueban, pues, un pago recibido y no un pago por recibir. Este punto está, sin embargo, controvertido, y queda dudoso por causa de la mala redacción de la ley. Nosotros seguimos la opinión que está conforme al texto: éste no exige que el recibo se halle en manos del deudor; luego no debe admitirse esta condición (1)

§ IV.—DE LAS TALLAS.

365. “Las tallas correlativas á sus muestras hacen fe entre las personas que están en el caso de comprobar así las entregas que hacen y reciben por menor” (art. 1,333). Jaubert, el relator del Tribunado, da la explicación de esta singular disposición: “Se llaman *tallas*, dice, las dos partes de un pedazo de madera partido en dos del que dos personas se valen para marcar las cantidades entregadas diariamente. Para cuyo efecto, el que ministra y el que recibe tienen cada uno un pedazo de madera. El pedazo que el mercader tiene se llama *talla* y el otro se llama *muestra ó escantillón*. En cada entrega se juntan ambos pedazos de madera y se hacen marcas que indican las cantidades de entregas: tales son las *tallas* de los panaderos.” (2)

¿Por qué hacen fe las *tallas*? Es difícil que haya un error en perjuicio de las partes; es en el mismo momento de la entrega cuando se hacen las muescas; luego á la venta de ambas partes; el comprador no puede ya borrar esta muesca y el vendedor no puede agregar una, puesto que no tiene el escantillón para hacerlo, y desde luego que no existe perfecta correspondencia en ambos pedazos de madera, no hay ya prueba.

366. ¿En qué condiciones hacen fe las tallas? Se necesita,

1 Larombière, t. IV, pág. 512, núm. 8 del art. 1,332 (Ed. B., tomo III, pág. 89). En sentido contrario, Demante, t. V, pág. 572, núm. 297, y Marcaelé, t. V, pág. 75, núm. 4 del artículo 1,332.

2 Jaubert, Informe, núm. 19 (Loiré, t. VI, pág. 229).

según el art. 1,333, que las partes tengan costumbre de comprobar así las entregas de menudeo que hacen ó reciben. Esta costumbre debe ser probada si se la contesta. Además, el valor de las muescas debe ser establecido; es preciso que se sepa cuando es un panadero el que entrega, si cada marca vale un pan y cuál pan, ó si marca un kilo y de qué calidad de pan. ¿Cómo se hace esta prueba? Se admite que se debe hacer por testigos, y es la consecuencia necesaria de este género de prueba; se introdujo en la práctica y se ha conservado porque las partes no saben leer ni escribir, ó porque es más sencillo hacer una muesca que escribir para personas que no tienen costumbre de hacerlo; es, pues, necesario permitirles que prueben por testigos los usos del lugar. (1) Exigir un escrito para la prueba previa, equivaldría á hacer imposible la prueba por talla entre gentes analfabeticas, y es precisamente para favorecerlas como la ley ha conservado un género de prueba que la ignorancia hace necesaria.

367. Para que la prueba por talla pueda hacerse, es preciso que los dos pedazos de madera sean presentados con el fin de contar el número de muescas. Puede suceder que el comprador no presente el escantillón; ¿hará fe la prueba en este caso? Si el comprador pretende que nunca tuvo escantillón, el vendedor será admitido á la prueba contraria; si no puede establecerla, se comprende que la talla que produce no hará prueba alguna. Pero si el vendedor prueba que hubo escantillón, y que el comprador se sirvió de él al recibir las mercancías, el juez podrá considerar la talla como semiprueba suficiente para conferir el juramento supletorio al vendedor. No nos atreveríamos á decidir como Mourlon, que la talla hace prueba por sí, pues no hay texto que lo diga así, y en asunto de prueba, el intérprete no puede agregar nada á la ley. Lo mismo sucedería si el comprador

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 576, núm. 298 bis IV.

pretendiera haber perdido su escantillón y contestase el número de entregas. (1) La costumbre en Tournai era, en este caso, de considerar la talla como *probada*; esto era una presunción legal que el legislador solo tiene derecho para establecerla. (2)

368. ¿Las tallas hacen fe como los escritos cualquiera que sea su monto? Hay que admitir la afirmativa, puesto que el Código coloca las tallas entre las escrituras que constituyen una prueba literal. Se puede decir, en efecto, que es una escritura abreviada y rudimental, cada muesca representando una unidad de entrega ó de cosa entregada. (3)

§ V.—DE LAS COPIAS DE TÍTULOS.

Núm. 1. *Del título original y de las copias.*

369. Los artículos 1,334 y 1,336, tratan de la fuerza probante de las *copias de los títulos*. ¿De qué *títulos* se trata? La ley se sirve de preferencia de la palabra *título* para indicar una acta auténtica; por *copias* deben, pues, entenderse las *copias* de las actas auténticas. El texto del art. 1,335 confirma esta interpretación. Las *copias* de las actas privadas no hacen ninguna fe. Esto es seguro cuando las *copias* se hacen por los contratantes; la ley no da ninguna fe á las escrituras privadas, sino bajo las condiciones que determina, y ningún texto da á los particulares el derecho para sacar *copias* que hagan fe en caso de pérdida del original. La ley no da siquiera este derecho á los oficiales públicos. Se admite, como lo hemos dicho en otro lugar, que las actas privadas *depositadas* en casa de un notario, se vuelven auténticas; en nuestra opinión, esto no es verdad sino cuando las

1 Compárese Mourlon, t. II, pág. 831, núm. 1,580.

2 Compárese Duranton, t. XIII, pág. 242, núm. 234.

3 Pothier, *Obligaciones*, núm. 764; Mourlon, t. II, pág. 830, número 1,580.

a estas han sido *reconocidas* ante un notario. No hay que decir que, en este caso, el notario puede expedir copias. (1)

370. El art. 1,334 dice que "las copias cuando subsiste el título original, no hacen fe sino por lo que contiene el original, cuya presentación siempre puede ser exigida." Esta regla, dice Pothier, es común a todas las copias, y está fundada en la prohibición impuesta a los notarios de agregar cualquiera cosa a lo contenido en el original, en las glosas y copias que expiden, aun bajo pretexto de interpretación. No puede, pues, haber mucha duda acerca de la fe que merecen las copias cuando el original subsiste, pues si se contesta lo que contienen, se puede ocurrir al original. (2) Si la parte en contra de la que se quiere hacer uso de la copia, no pide la presentación del original, su silencio es una confesión tácita de la exactitud de la copia. En este caso, ésta hará prueba, porque la parte interesada la acepta como conforme al original.

El art. 1,334 dice que puede ser exigida la presentación del título original. Luego cuando es pedida, el Tribunal no puede negarse por motivo ó pretexto que estorbaría el curso de la justicia. La Corte de Poitiers había rehusado a la demanda, la presentación de la minuta, porque los demandantes solo oponían contra la expedición, simples alegaciones que no podían prevalecer sobre la autenticidad de la expedición. Esto era violentar el art. 1,334. La sentencia fué casada; la Corte de Casación decidió que la ley no subordinaba la presentación del original a ninguna condición, ni a la autenticidad de la copia, ni a un principio de prueba de la no conformidad alegada. (3)

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 393, núms. 412 y 414. Mercadó, t. V, página, 78 núm. 1 del artículo 1,334. Larombière, t. IV, pág. 552, número 24 del artículo 1,334 (Ed. B., t. III, pág. 95).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 765.

3 Casación, 15 de Julio de 1829 (Daloz, en la palabra *Sentencia*, núm. 260).

¿Es esto decir que el Tribunal deba ordenar necesariamente la presentación de la minuta, aun cuando se halle suficientemente ilustrado? En principio, el juez, no está obligado á ordenar una prueba que podría frustrarse. No obstante, los términos absolutos del art. 1,334 hacen la cuestión dudosa en lo que concierne á la presentación del original. (1) La Corte de Casación desechó el pedimento contra una sentencia en la que se rehusaba la presentación solicitada, pero esto fué en circunstancias enteramente excepcionales. Desde luego, se trataba de una acta del Estado Civil recibida en el extranjero; la Corte no podía pedir la presentación del original, puesto que se trata de una acta procedente de una soberanía extranjera. Aun es dudoso que el artículo 1,334 se aplique á los registros del Estado Civil. Además, en el caso, existía un largo y minucioso procedimiento por falsedad, á ocasión del que, tanto las copias como los originales cuya presentación había sido solicitada, habían estado á la vista de los jueces y de los interesados, y examinadas las actas cuidadosamente sin que ninguna diferencia esencial hubiera sido notada entre los originales y las copias. La Corte de Casación dice: que según el conjunto de estos hechos y circunstancias, la Corte de Bourges había podido rehusar la representación de los originales sin violar el artículo 1,334. Fué, pues, una sentencia para el caso; en principio, es preciso atenerse á la disposición formal de la ley. (2)

371. La representación del título original puede exigirse siempre, bien entendido si la cosa es posible. Cuando el título original no existe, dice el art. 1,335, las copias hacen fe según la distinción que la ley establece. Se presenta en

1 Aubry y Ran, t. VI, pág. 417, pfo. 760.

2 Denegación, 9 de Noviembre de 1846 (Daloz, 1846, I, 337). Miradé, en su apado de sostener el pedimento, dijo que creía segura la casación (t. V, pág. 79, núm. 1 del art. 1,334).

este caso una dificultad de prueba; aquél á quien se opone una copia, tiene el derecho de pedir la representación de la minuta; no toca á él probar que la minuta exista; su derecho es absoluto, la ley no lo subordina á alguna condición. Esto está también fundado en la razón; toda copia supone un original, y regularmente el original existe; luego á aquél que produce una copia toca probar la imposibilidad en que se halla para producir el original. Debe, pues, probar que el original ya no existe; queda por saber en qué consiste esta prueba. Ha sido juzgado que basta que esté reconocida la no existencia del original para que la copia haga fe; no es, pues, necesario que aquél que produce la copia pruebe el caso fortuito que hizo perder el original, y mucho menos el contenido y la regularidad del mismo. (1) Cuando la ley exige esta prueba difícil, lo dice (art 1,348, núm. 4); en el caso, esta prueba rigurosa era inútil; basta que esté comprobado que ya no existe la minuta en los depósitos en que debiera hallarse; en este caso, las copias hacen fe; la copia es la que debe ser regular en la forma, lo que hace suponer que el original lo era también. La doctrina está en armonía con la jurisprudencia. (2)

Núm. 2. De la fuerza probante de las copias.

I. De las copias del art. 1,335, 1.º

372. Según los términos del art. 1,335, 1.º “los testimonios o las primeras copias hacen la misma fe que el original.” Se entiende por testimonio la copia provista de la fórmula ejecutoria que el notario entrega á las partes contra-

1 Denegada, 10 de Noviembre de 1830 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,278, 1º).

2 Larombiére, t. IV, pág. 529, núm. 6 del artículo 1,334 (Ed. B., t. III, pág. 96). Compárese Duranton, t. XIII, pág. 248, núm. 241.

tantes; la minuta queda en su poder y no debe deshacerse de ella. Es, pues, el testimonio lo que constituye el verdadero título de las partes; hé aquí por qué éste tiene la misma fuerza probante que el original; tiene aun más fuerza que la testimonial porque es ejecutoria, mientras que la minuta no lo es. Toullier explica muy bien por qué el testimonio no siendo sino una copia tiene la misma fe que el título original. Al firmar la convención que debe quedar depositada en el protocolo, las partes requieren al notario cuando menos tácitamente, para que de á cada una de ellas un testimonio que les sirve de original, puesto que no les está permitido hacer uso de la minuta. Ya que la ley no quiere que el notario remita la minuta á las partes, es justo y necesario que les de una copia que la supla. Las actas notariadas perderían todo su valor si el testimonio, único título que se entrega á las partes, no substituía al original que la ley prohíbe devolverles. Ordinariamente, la minuta se halla en el protocolo del notario que recibió el acta ó en casa de su sucesor; las partes pueden, pues, exigir su presentación. En los casos raros en que la minuta no existe ya, el testimonio debe hacer la misma fe como el original; como garantía de la conformidad entre la minuta y la copia, se tiene la declaración del oficial público escogido por las partes para la redacción del original, el que inmediatamente después de la firma, declara que recibió el acta y entregó el testimonio cuyo tenor está de todo conforme al original depositado. (1)

373. El art. 1,335 dice: "Los testimonios ó primeras copias." ¿Hay alguna diferencia entre el *testimonio* y la *primera copia*? La cuestión está controvertida. Hay que atenerse, según nos parece, á la explicación que da el orador del Gobierno: "No puede dudarse, dice, que los testimonios ó las

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 403, n.º 429.

primeras copias hayan sido tomadas de la minuta; se consideran como el título original de los contratantes, y ya se ha visto que la entrega voluntaria que se hace de ellos al deudor, hace presumir el pago" (art. 1,283). Se ve que Bigot-Préameneu, pone absolutamente en la misma línea los testimonios y las primeras copias; el testimonio es la primera copia que el notario entrega provista de la fórmula ejecutoria; las palabras *primera copia* no son en definitiva sino una definición del *testimonio*. Se puede agregar lo que también prueba la identidad, que se servía uno de la palabra (grasse) testimonio, en los países de derecho usual, mientras que en los países de derecho escrito, se decía *primera copia*. (1)

374. Después de haber dicho que los testimonios hacen la misma fe que el original, el art. 1,335 agrega: "Lo mismo sucede con las copias que han sido sacadas por orden de un magistrado, partes presentes ó legalmente llamadas." Dos condiciones son requeridas para que esas copias hagan la misma fe que la minuta: una orden del juez y la presencia de las partes. Pothier explica cómo se procede. La solicitud es presentada al Presidente del Tribunal, quien ordena que tal día, en tal lugar y á tal hora, la copia será entregada por el notario, y que las partes interesadas serán intimadas á comparecer. En consecuencia, se les dirige una cita, y la copia es entregada al reclamante, sea que se presenten las partes ó no. La copia así entregada, se llama *copia en forma*. Tal es la marcha, la más sencilla. Como la ley no la prescribe, las partes pueden también proceder por vía de citación y debates contradictorios en justicia. ¿Por qué las copias en forma hacen la misma fe que la minuta? Toullier con-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 182 (Loctré tomo VI, pág. 202). Larombière, t. IV, pág. 532, núm. 1 del artículo 1,335 (id. B., t. III, pág. 97). Comparese Toullier, t. IV, 2, página 395, núm. 418, y pág. 396, núm. 421, y Marcadé, t. V, pág. 82, que da otra explicación.

testa que la fe descansa en el testimonio del oficial público, testificación dada en presencia de las partes, las que han comprobado ó podido verificar por sí, la conformidad de la copia y del original. En cuanto á las partes que no se han presentado, suya es la culpa si no pudieron verificar, fueron llamadas, y deben sufrir las consecuencias de su descuido. (1)

375. También hacen la misma fe que el original. "Las copias que fueron sacadas en presencia de las partes y con su recíproco consentimiento" (art. 1,335, 1.º). Esas copias, dice la Exposición de los motivos, son en alguna manera su propio hecho, han podido verificar el original, y como están principalmente interesadas en ello, debe admitirse que las copias son exactas. No basta, en este caso, que las partes hayan sido llamadas; la ley exige su presencia. Y su presencia material sería igualmente insuficiente; es necesario que consientan; esto es lo que comprueba el notario, y hace constar en la copia expedida. La copia ya no haría la misma fe que la minuta, si una de las partes no se hubiera presentado ó si hubiera rehusado su consentimiento. Solo hay un medio para este caso, y es solicitar la orden del juez. (2)

376. Dumoulin, y según él Pothier, diferencian el testimonio y las copias mandadas sacar por la orden del juez ó por consentimiento de las partes, en cuanto á la fe que hacen. El testimonio, dicen, hace plena fe de la fecha del acta original, tanto como de su contenido, mientras que las demás copias solo hacen fe de la fecha de la copia. Dumoulin da como razón que la copia hecha por orden judicial haciendo fe por causa de la orden, resulta que hubo acta judicial, cosa juzgada, cuya autoridad no se extiende á los terceros que no han sido partes en la causa; y si las copias han sido sa-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 766. Larombière, t. IV, página 536, núm. 4 del artículo 1,335 (Ed. B., t. III, pág. 99). Toullier, t. IV, 2, pág. 405, núm. 430.

2 Larombière, t. IV, pág. 537, núm. 6 del artículo 1,335 (Ed. B., t. III, pág. 99).

cadas por consentimiento de las partes, hubo convención, y el contrato así como la sentencia, no perjudican á los terceros. Este es el argumento que hemos hecho valer contra la fuerza probante que se atribuye á las actas privadas con relación á los terceros, en virtud del reconocimiento ó de la verificación judicial (núm. 271). El Código no admite esta teoría, al menos para las copias, pues el art. 1,335 las pone absolutamente en la misma línea que los testimonios. Hay para esto una razón de la que Dumoulin hizo mal no tener en cuenta, y es que la principal testificación procede del notario que hace constar la conformidad de la copia con el original; no es el juez quien testifica, y en cuanto á las partes, no intervienen sino para verificar el original con la copia. Se nos hace, pues, que la teoría del Código es más racional. Toullier es el único autor que se haya pronunciado por la opinión de Dumoulin. (1)

II. De las copias del art. 1,335, núm. 2.

377. La ley supone que una copia está sacada después de la expedición del testimonio, sin la autorización del magistrado ó sin el consentimiento de las partes; ¿qué fe hará? Si fué sacada de la minuta por el notario que recibió el acta ó por uno de sus sucesores, ó por un oficial público que sea depositario de la minuta, puede, en caso de pérdida del original, hacer fe cuando es antigua. Es considerada como antigua, cuando tiene más de treinta años; si tiene menos solo puede servir como principio de prueba por escrito (artículo 1,335 2.º)

¿Por qué las copias, aunque sacadas de la minuta por el oficial público que recibió el acta ó que es depositario legal de ella, no tienen la misma fe que el acta original? La razón, dice Pothier, es que esta copia bien prueba que hay un

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 403, núm. 430. En sentido contrario, Duranton, t. XIII, pág. 251, núm. 244 y todos los autores.

original del que ha sido sacada; pero no habiendo sido sacada conmigo, no puede probar contra mí que el original del que fué sacada y que no se presenta, tenía todos los caracteres necesarios para hacer fe; no prueba que mi firma, que se dice en la copia hallarse en el original, sea efectivamente la mía. Esto es verdad, ¿pero no prueba demasiado esta razón? Si una copia sacada hoy, no prueba que yo haya firmado la minuta, ¿por qué hará prueba cuando tendrá treinta años? Pothier contesta que las copias antiguas enuncian que hubo un original en regla; hay, pues, que aplicar el adagio según el que *in antiquis enuntiativa probant*. (1) Si tal es el motivo de la ley, está en contradicción con los nuevos principios; en efecto, el Código no admite la máxima *in antiquis enuntiativa probant*; y consagra una de sus consecuencias en el art. 1,335. 2.º

El orador del Gobierno reproduce la razón dada por Pothier, y agrega que si la copia es antigua, no puede suponerse que se haya hecho en vista de un fraude cualquiera, pues no se prepara un fraude con treinta años de anticipación. (2) Este motivo está desecharado por todos los autores; no tiene gran fuerza según creemos. Si la ley no da fe á una copia que tiene menos de treinta años de fecha, no es porque sospeche el fraude; el dolo no se presume jamás, pero siendo hecho fuera de la presencia de las partes interesadas, merece menos fe por esto sólo de no haber sido confrontada. Esto es una cuestión de descuido y no de mala fe, pero el descuido no se enmienda por el tiempo; no se comprende, pues, por qué una copia presumida inexacta en principio, adquiere fuerza probante después de treinta años.

1 Pothier. *De las Obligaciones*, núms. 770 y 771.

2 Bigot-Péamenou, Exposición de motivos, núm. 202 (Locré, tomo VI, pág. 183). Tonillier da otra razón que no vale mucho más (t. IV, pág. 40⁴, núm. 433) y Larembière á guisa de razón hace la paráfrasis del texto, t. IV, pág. 535, núm. 3 del artículo 1,335 (Ed. B., t III, pág. 98).

378. El art. 1,335 dice que las copias antiguas *pueden hacer fe*. ¿Esto quiere decir que la fuerza probante depende de la apreciación del juez? Pothier, de quien los autores del Código han tomado la teoría de las copias, dice que las antiguas *hacen fe contra to las*, y no se ve qué el legislador haya pretendido derogar ésta opinión, puesto que la Exposición de los motivos reproduce las razones dadas por Pothier. (1) Hay, pues, que decir que las palabras *pueden hacer fe*, significan que las copias antiguas á diferencia de las que tienen menos de treinta años, tienen fuerza probante. (2)

Si las copias tienen menos de treinta años, dice el artículo 1,335, núm. 2, no *pueden* servir sino como principio de prueba por escrito. Hé aquí otra vez la palabra *poder*. ¿Cómo debe interpretarse? Duranton dice que los jueces no están obligados á admitir esas copias como principio de prueba, si se opone á ello su convicción. Nos parece que esto es demasiado absoluto. La copia está admitida como escrito susceptible de formar un principio de prueba aunque no proceda de los partes á quien se opone. No quiere esto decir que la copia *debe* necesariamente ser aceptada por el juez como formando un principio de prueba. Hay en el principio de prueba un elemento que se abandona siempre á la apreciación del Tribunal, es la probabilidad del hecho litigioso que permite recibir la prueba por testigos. En este sentido, es verdad que al juez toca apreciar la copia, aunque fuese antigua, y declarar que no hace prueba el hecho que se alega.

III. De las copias del núm. 3 del art. 1,335.

379. La ley supone que una copia ha sido sacada de la minuta por el notario que recibió el acta, por su sucesor ó

1 Larombière, t. IV, pág. 545, núm. 16 del art. 1,335 (Ed. B., tomo III, pág. 102).

2 Duranton, t. XIII, pág. 254, núm. 246.

por un oficial público depositario de las minutas. Todos los autores hacen notar que raramente se presenta este caso. Antiguamente los notarios devolvían á las partes las minutas de las actas después de haberlas copiado en unos registros ó protocolos que tenían obligación de llevar. Sucedía frecuentemente que las partes presentaban la minuta á otro notario para sacar una copia de ella. Pero la ley de 25 ventoso, año XI, prohíbe á los notarios desprendérse de la minuta de las actas que han recibido (art. 22). Es, pues, difícil que la copia de una acta esté sacada por un notario que no sea otro que el depositario de la minuta. (1) ¿Cuál sería la fuerza probante de esas copias? El art. 1,335, núm. 3, contesta que podrán servir *cualquiera que sea su antigüedad*, solo como principio de prueba por escrito. ¿Qué significan estas palabras: *cualquiera que sea su antigüedad*? El sentido natural es que aunque fuesen *antiguas*; es decir, aunque tuvieran más de treinta años, no podrán, sin embargo, servir sino como un principio de prueba escrita; de donde resulta que *antiguas* ó no, tienen siempre la misma fuerza probante. Esto no está en armonía con la regla que sirve de base al art. 1,335, núm. 2: *In antiquis emuntativa probant*. Resulta también otra anomalía, á saber que las copias hechas por un notario que no es depositario de la minuta, cuando no son *antiguas*, tienen la misma fuerza que las copias hechas por el depositario; es decir, cuando tienen más de treinta años. Para salvarse de esta última contradicción, Duranton interpreta el núm. 3 en el sentido de que las copias de que trata no adquieren fuerza probante sino cuando son *antiguas*. Pero esta interpretación es contraria al texto de la ley; la doctrina (2) y la jurisprudencia se han pronunciado por la opinión contraria.

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 411, núm. 437.

2 Larombière, t. IV, pág. 542, núm. 13 del artículo 1,335 (Ed. B., t. IV, pág. 101). En sentido contrario, Duranton, t. XII, pág. 256, núm. 243.

IV. *De las copias del n.º 4 del art. 1,335.*

380. "Las copias de las copias, podrán, según las circunstancias, ser consideradas como simples noticias" (artículo 1,335, n.º 4). ¿Qué entiende la ley por *copias de las copias*? Son copias sacadas de un testimonio ó una primera copia por un oficial público. Sigue algunas veces, dice Toullier, que una persona alejada de su domicilio por razón de negocios, tiene necesidad de una copia ó duplicado del testimonio de una acta que tiene, y que precisa presentar en varios lugares á la vez. Se dirige entonces al notario del lugar en que se halla, y solicita saque una copia certificada de conformidad con la copia que le entrega. La copia de una copia, de que habla la ley es, pues, una copia sacada por un oficial público con derecho para instrumentar; es decir, un notario. En cuanto á las copias sacadas por personas particulares, ó lo que es lo mismo, por oficiales públicos que no tienen facultad para instrumentar, la ley nada dice de ellas porque no hacen ninguna fe; Pothier las llama copias absolutamente informes. (1)

381. Cuando las copias de las copias están sacadas por un notario, la ley dice que según las circunstancias, podrán ser consideradas como *simples noticias*. Dumoulin compara la certificación del notario que saca una copia de una primera copia, á la declaración de un testigo que lo hace de la declaración de otro, ó por haber oído decir. Y semejantes testificaciones no hacen prueba, excepto en los casos muy excepcionales, en los que la ley admite la prueba de *fama común*. Es difícil precisar el sentido de las palabras *simples noticias* de que se sirve el art. 1,335, n.º 4. Es seguro que una simple noticia no es un principio de prueba

¹ Toullier, t. IV, 2, pág. 416, n.º 439 y pág. 420, n.º 443. Pothier, *De las Obligaciones*, n.º 740.

por escrito. Se dice que *tal vez* autoriza al juez para conferir el juramento supletorio; (1) esto es muy dudoso, pues el art. 1,367 exige un principio de prueba ó una semiprueba; y no puede decirse que una simple noticia sea una prueba cualquiera. Todo lo que puede inducirse, es que los jueces pueden tomar de ellas presunciones, porque las presunciones están enteramente entregadas á su sabiduría.

V. De la transcripción.

382. La transcripción es una copia literal de una acta hecha por un oficial público llamado conservador de hipotecas, en un registro destinado especialmente á esas copias. Según nuestra nueva ley hipotecaria, todas las actas translativas ó declaratorias de derechos reales inmobiliarios, deben ser transcriptas, así como los arrendamientos por más de nueve años, y los que constan de un pago anticipado de tres años de renta; se admiten á la transcripción, solo las actas auténticas (arts. 1 y 2). La transcripción siendo la copia literal de una acta auténtica hecha por un oficial público no depositario del acta, entra en la categoría de las copias. La ley no le da, en principio, ninguna fuerza probante. Pothier da la razón: el oficial público que transcribe el acta, no tiene ningún medio de asegurarse si el escrito que se le presenta procede del notario de quien lleva la firma; desde el momento en que el acta tiene el carácter de autenticidad, debe recibirla y hacer su transcripción. Un falso sario podría, pues, fabricar una acta de donación ó de venta, que haría transcribir y destruir después el acta para impedir la prueba de falsedad. (2)

Sin embargo, el art. 1,336 da más fe á la transcripción que á las copias de las copias; éstas están consideradas se-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 578, núm. 304 *bis*.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 772. Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 203 (Looré, t. VI, pág. 183).

gún las circunstancias, como simples noticias; mientras que la ley dice: de la transcripción que podrá servir como principio de prueba por escrito, la ley le atribuye, pues, la misma fe que á las *segundas copias* sacadas por el notario (artículo 1,335, núm. 2), pero los términos del art. 1,336, implican que el legislador tiene poca confianza á las copias hechas por el conservador. “La transcripción, dice el art. 1,336, *solo* podrá servir como principio de prueba por escrito y *aun para esto será necesario.....*” Siguen las condiciones exigidas por la ley, que son rigurosas y destinadas á probar que el acta existió realmente y pereció por accidente.

383. Cuando se alega la transcripción como prueba, esto supone que el original no existe ya. Este original es la minuta de una acta notariada. ¿Cómo sucede que la minuta no se encuentre ya? Hé aquí una primera sospecha á la que la ley contesta: “Es preciso que conteste que todas las minutas del notario del año en que el acta pasó se hayan perdido, ó que se pruebe que la pérdida de la minuta de esta acta, tuvo lugar por un accidente particular.” La ley no exige esta prueba para las copias hechas por los notarios en los diversos casos previstos por el art. 1,335. Se demuestra, pues, más desconfiada para las actas transcritas por el conservador de las hipotecas, que para las copias expedidas por los notarios; sin duda porque los notarios conocen ordinariamente las firmas puestas en el acta de que son llamados á expedir una copia; mientras que el conservador no puede conocerlas.

La ley exige una segunda condición, y es que exista un repertorio en regla del notario en que conste que el acta fué hecha en la fecha que lleva. Se entiende por repertorio, un registro en el que los notarios inscriben día á día, sin blancos ni interlíneas, y por orden numérico, todos los contratos y actas que reciben. La inscripción de las actas en el repertorio, impide que los notarios anticipen la fecha de las

actas é impidan la substracción de ellas. Ofrece una garantía preciosa en la hipótesis prevista por el art. 1,336. Una acta está transcripta en los registros del conservador, no se presenta el original, pero se prueba primero: que los papeles y minutias del notario que las recibió, han perecido, y el duplicado del repertorio firmado por él, se encuentra en la Secretaría del Tribunal. Este repertorio concuerda con el registro del conservador; se puede también consultar el registro del registrador, puesto que el acta debió ser registrada; si todas estas noticias concuerdan, resulta un principio de prueba por escrito, comprobando que el acta transcripta es sincera; esta prueba quedará mejor confirmada por el testimonio de aquellos que asistieron á la redacción del acta.

El art. 1,336 exige, en efecto, una última condición: "Cuando por medio del concurso de estas dos circunstancias, la prueba por testigos está admitida, será necesario que aquellos que fueron testigos en el acta, sean oídos si todavía existen."

Pothier agrega que si los testigos instrumentales no existen, ya no bastaría oír testigos que solo hayan visto el acta de que se trata, ya en poder del notario, ya en poder de las partes; los testigos que solo ven una acta, no saben si es verdadera y si está revestida de las formas legales; es necesario, y es la opinión de Toullier, que se hagan oír testigos que hayan leído el acta, ó que conozcan sus cláusulas por las partes interesadas. (1) Nos parece haber, en todo esto, un verdadero lujo de desconfianza. Los autores del Código no han seguido á Pothier en esta materia, no habiendo reproducido las severas condiciones que él exige; es claro que estas condiciones no ligan al juez; solo es un consejo de prudencia; y solo á ese título lo reproducimos.

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 772. Toullier, t. IV, 2, página 436, núm. 471,

VI. Del registro.

384. La ley no habla del registro; se pregunta si hace la misma fe que la transcripción; esta es una cuestión que no debía ponerse en debate, ni siquiera en la escuela, mucho menos ante los tribunales. Está, sin embargo, controvertida en doctrina y en jurisprudencia. Según nuestro parecer, no es dudosa, y el silencio de la ley basta para decidirla. ¿Puede haber otras pruebas que las consagradas por la ley? Todo es de estricta interpretación en materia de prueba, y sobre todo, las disposiciones que admiten pruebas excepcionales; tales son, por cierto, los arts. 1,335 y 1,336, y particularmente este último. La ley concede con mucha pena, cierta fuerza probante á las copias de las copias, y cuando el conservador de las hipotecas es quien las hace, exige las más rigurosas condiciones; y la mención que hace el registrador no es una copia, es una enunciación sumaria de la naturaleza del acta que tiene por objeto el monto de los derechos para percibirse. El único efecto que la ley da al registro, es que da fecha cierta á las actas registradas. Ir más allá, es hacer la ley. Que téoricamente el registro baste para formar un principio de prueba por escrito, importa poco; trasladamos esas consideraciones al legislador, el interprete no tiene derecho de tenerlas en cuenta. Delvincourt ha enunciado la opinión contraria, y Duranton ensayó justificarla; pero Toullier dice, con razón, que sus propios raciocinios bastan para respetarla.

Toullier pone en principio, y la ley lo dice, que la escritura debe proceder de aquel á quien se la opone, para que pueda servir de principio de prueba; por excepción es como la ley admite las copias con este título; y el art. 1,336 no habla de la transcripción; es decir, de la copia completa y literal del acta; luego no puede extenderse á la mención del registro. No es tal la conclusión de Duranton: dice que se

puede, sin serios inconvenientes, admitir el registro de las actas como principio de prueba por escrito, porque el registro hace el hecho alegado, más probable que una simple copia sacada por cualquiera otro que no sea el oficial competente. *¡Sin inconvenientes serios!* ¿Colocarse encima de la ley no es más que un inconveniente? ¡Así es como los intérpretes demuestran su respeto á la soberana voluntad del legislador! Concluiremos con Toullier que la decidió, y que debemos atenernos á su decisión. (1)

La jurisprudencia está dividida; ha sido juzgado que el extracto del registro no puede suplir al acta de venta. Esto es evidente. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia había decidido lo contrario, y la sentencia que infirmó el juicio fué deferida á la Corte de Casación; no necesita decirse que intervino una sentencia de denegada. (2)

Hay sentencias que admiten que la mención del registro forma un principio de prueba por escrito. (3) No es imposible combatirlas porque no están motivadas; las cortes afirman, y afirmamos lo contrario, pero nosotros lo probamos. Hay una sentencia en el sentido de nuestra opinión, igualmente sin motivos. (4) En términos semejantes, la jurisprudencia está sin autoridad alguna.

385. Es también seguro que el registro de las *actas privadas* no tiene ninguna fuerza probante; el art. 1,336 que admite la transcripción á título de prueba por escrito, supone que se trata de una acta auténtica; por razón de las condiciones que prescribe, no puede dicho artículo recibir aplicación.

1 Toullier, t. V, pág. 67, n.º 72. Colmet de Santerre, t. V, página 579, n.º 505 bis III. Aubry y Rau, t. VI, pág. 418 y nota 7, pág. 760. En sentido contrario, Duranton, t. XIII, pág. 263, número 255.

2 Denegada, 28 de Diciembre de 1858 (Dalloz, 1859, I, 470).

3 Véanse las sentencias en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, n.º 4 403).

4 Burdeos, 30 de Noviembre de 1825 (Dalloz, en la palabra *Arbitraje* n.º 1,183).

ción á las actas privadas; luego falta toda base para argüir por analogía acerca de la transcripción de las actas notaria-das al registro de las actas privadas: ¿Y puede haber una prueba legal sin ley? La jurisprudencia está en este sentido; creemos inútil citar las sentencias. (1)

§ VI.—DE LAS ACTAS DE RECONOCIMIENTO.

Núm. 1. Actas de reconocimiento y título primordial.

386. El acta de reconocimiento es la que contiene el reconocimiento de un título anterior. Se llama *título novel*, cuando tiene por objeto interrumpir la prescripción: según los términos del art. 2,263, el deudor de una renta puede ser obligado á dar á sus costas un *título novel* á su acreedor, después de veintiocho años de haberle dado el primero. Volveremos á ocuparnos de esta disposición especial á las rentas al tratar de la *Prescripción*. Por ahora consideraremos al acta de reconocimiento como una de las pruebas literales admitidas por el Código.

El acta de reconocimiento de que habla el art. 1,337 supone también la existencia de un título anterior, que se llama *primordial*. Cuando se trata de una prestación anual y perpétua, por ejemplo una renta, sucede frecuentemente, cuando la creación de dicha renta remonta á mucho tiempo atrás, que las partes interesadas redactan una acta por la que el deudor reconoce la obligación que consta en el título primitivo. La cuestión es saber qué fe es debida á dicha acta de reconocimiento (2)

387. Si las partes interesadas conservasen los primitivos títulos, sería enteramente inútil redactar otro para su reco-

1 Véanse las sentencias en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núms. 4,407-4,409.

2 Jaubert, Informe al Tribunado, núm. 23 (Loctré, t. VI, página 230).

nocimiento. Pero, dice Jauber el informante del Tribunal, ya se sabe lo que sucede en las familias. Las hay y muchas, en las que los títulos no se conservan. Las particiones, las ausencias, los cambios de lugar, los accidentes á los notarios, son tantas causas que impiden encontrar una minuta del acta ó su copia. En vista de esas probabilidades de pérdidas ó de destrucción, es como las partes redactan una acta de reconocimiento, cuando el título primordial existe aún, ó que lo suplen cuando éste pereció.

¿Qué relación hay entre el título primordial y el acta de reconocimiento? Mientras subsiste el título primordial no hay ninguna dificultad; este último es el que hace fe; el acta nueva no es sino el reconocimiento de este título. De donde una primera regla que el legislador debiera haber colocado en cabeza del art. 1,337, y que está formulada por el segundo inciso en estos términos: "Lo que las actas de reconocimiento contienen á más de lo contenido en el título primordial, ó lo que se halle diferente, no tiene ningún efecto." Esta regla resulta de la misma esencia del acta de reconocimiento; aquel que la subscribe no intenta contraer una nueva obligación, solo reconoce la antigua tal como consta en el título primordial. Si, pues, existe una diferencia entre el acta de reconocimiento y el título primordial, bastará presentar á éste para probar que hubo **error** en el reconocimiento que se hizo de él. El título primordial será preferido al acta de reconocimiento. Lo dice el Código para lo que el acta contiene de *más* ó de *diferente*; son estas las expresiones de Pothier que siguieron paso á paso los autores del Código. Pothier prevee también el caso en que el acta de reconocimiento contuviera alguna cosa de *menos* que el título primordial; según él, si hay varios reconocimientos conformes y que remonten á treinta años, el acreedor no puede reclamar lo que dice el título primordial y lo que *falta* en el reconocimiento, porque hay prescripción ad-

quirida en lo sobrante. (1) ¿Debe aún seguirse esta opinión de Pothier? La cuestión está controvertida y hay alguna duda; puede decirse que los autores del Código habiendo reproducido la doctrina de Pothier por lo que el acta de reconocimiento contiene de más ó diferente, mientras no han reproducido lo que dice del caso en que el acta contuviera alguna cosa menos, han pretendido innovar. Se contesta, y la respuesta nos parece perentoria, que era inútil reproducir lo que Pothier dice, puesto que es la aplicación del derecho común en materia de prescripción; las obligaciones pueden extinguirse parcialmente como por el todo; esto es decisivo. (2)

Núm. 2. Fuerza probante de las actas de reconocimiento.

388. El Código distingue dos especies de actas de reconocimiento: las en que el tenor del título primordial está especialmente relatado; Pothier las llama, según Dumoulin, actas de reconocimiento *in forma speciali*; y las en que el tenor del título primordial no está especialmente relatado; Dumoulin, y según él, Pothier, las llaman actas de reconocimiento *in forma communi*.

En la doctrina de Pothier, hay una gran diferencia entre las dos especies de actas de reconocimiento. Las que relatan el tenor del título primordial equivalen á este título en el caso que se hubiere perdido, y prueban su existencia contra el deudor, siempre que tengan la disposición de sus derechos; dispensan, por consiguiente, al acreedor de presentar el título primordial en el caso en que no lo tenga. Las actas de reconocimiento que no relatan el tenor del título primordial, solo sirven para confirmarlo, pero no lo confirman sino

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms 778 y 779.

2 Aubry y Ran, t. VI, pág. 419, nota 2, pfo. 760 bis. Bonnier, tomo II, pág. 370, núm. 788. En sentido contrario, Toullier, t. IV, 2, pág. 446, núm. 489; Larembière, t. IV, pág. 573, núm. 10 del artículo 1,337 (Ed. B., t. III, pág. 112).

á la condición de que sea verdadero; no prueban su existencia y no dispensan al acreedor de presentarlo. Sin embargo, si hubiese varios reconocimientos conformes de los que alguna fuese antigua, ó una sola, siempre que sea antigua y sostenida por la posesión, podrían equivaler al título primordial y dispensar al acreedor de presentarlo, lo que tiene lugar particularmente, cuando el título primordial es muy antiguo. (1)

Pothier no da razón de esta diferencia que él establece entre las actas de reconocimiento *in forma speciali* y las que están redactadas *in forma communi*. Los autores del Código han seguido la opinión de Pothier sin someterla a un examen crítico. La expondrémos primero, y luego la explicaremos.

*I. De las actas de reconocimiento *in forma speciali*.*

389. El art. 1,337 dice: "Las actas de reconocimiento no dispensan de la presentación del título primordial, á menos que su tenor esté relatado en ellas." Esta disposición concierne á las actas que Pothier llama *in forma speciali*. Lo que las caracteriza, es que "el tenor del título primordial está especialmente relatado en ellas." ¿Qué se entiende por *tenor* y *especialmente*?

¿La relación especial del tenor del acta es la copia literal del título? Dumoulin así lo entendía; Pothier no dice lo que entiende por tenor del título, y los autores del Código no han dado explicación. Nos parece que el texto de la ley decide la cuestión. El *tenor* no es la *transcripción*; no es menester que el título primordial esté copiado literalmente: la ley no lo exige. Segundo esto, es difícil definir lo que el acta de reconocimiento debe contener para poder de-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 777. Dumoulin expone la teoría de las actas de reconocimiento en su *Comentario acerca de la costumbre de París*, tit. 1º pfo. VIII, údms. 88 y siguientes.

cir que el *tenor* del título primitivo se halla relatado en ella; es menos que la transcripción de que habla el art. 1,336 y es más que la substancia que exige el art. 1,338 para las actas confirmativas; hay, pues, que decir con los autores que las disposiciones del título primordial deben ser reproducidas, pero que no es necesario que lo sean textualmente. (1) ¿Por qué los autores del Código se han apartado en este punto de la doctrina de Dumoulin? Sin duda ha sido porque Pothier solo se ocupa del tenor, sin explicar lo que se entiende por esto. Ellos agregan la palabra *especialmente*; no sabemos por qué los señores Aubry y Rau dicen que esta palabra *parece* haber sido agregada con la intención de exigir que resulte del conjunto del acta de reconocimiento la reproducción de las disposiciones del título primordial. (2) Esto es una conjetura que nos parece difícil admitir, pues agrega una condición á la ley. Más sencillo es suponer que la palabra *especialmente* expresa la idea de las palabras latinas de que se sirve Pothier: *In forma speciali*.

Hay una sentencia de la Corte de Casación acerca de nuestra cuestión; la Corte es menos exigente que la doctrina. Pone, en principio, que la transcripción literal del título primordial no es una condición esencial para la validez del acta de reconocimiento; basta que la convención original se halle en ella *relatada en sus cláusulas principales*. ¿No es esto reducir el *tenor* á su *substancia*? La Corte hace constar después, que en el caso, la convención constitutiva de servidumbre, se halla relatada en sus cláusulas *esenciales* en el acta de reconocimiento, particularmente en lo que concierne á la destinación, la naturaleza y la extensión de la servidumbre de que se trata. (3)

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 443, núm. 484. Aubry y Rau, t. VI, página 420, pfo. 760 *bis*. Larombière, t. IV, pág. 567, núm. 1 del artículo 1,337 (Ed. B. t. III, pág. 109).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 421, nota 9 pfo. 760 *bis*.

3 Delegada, 15 de Abril de 1867 (Daloz, 167, 1, 296).

390. El art. 1,337 dispone que el título de reconocimiento que relata especialmente el tenor del título primordial, dispensa de la presentación de este último. Esta es la doctrina de Pothier; debe, pues, interpretarse esta dispensación tal cual Pothier la entendía: el acreedor está dispensado de presentar el título primordial en el caso en que se haya perdido. Si existe aún el deudor, puede exigir su presentación; tiene interés en ello si pretende que el acta de reconocimiento contiene cosas de más ó diferentes; el reconocimiento no hace fe sino por lo que dice el título primordial, á no ser que la intención de las partes haya sido de innovar; pero la novación no se presume, es preciso que la voluntad de hacerla resulte claramente en el acta (art. 1,273). Si no hubo novación, el acta de reconocimiento solo es la confesión de lo que dice el título primordial; de esto resulta el interés y el derecho que tiene el deudor para pedir la presentación del título primordial. (1) Si el acreedor negase que el título primordial existiese aún, el deudor sería admitido á probar su existencia por testigos y por presunciones, y si el acreedor se obstinaba en no presentarlo, el Tribunal podía conferir el juramento supleatorio al deudor; no debe dejarse al deudor á merced de la mala fe del acreedor.

La Corte de Pau ha juzgado, sin embargo, por una sentencia muy bien motivada, que el acta de reconocimiento dispensa de una manera absoluta al acreedor del título primordial, aunque existiese y aunque difiriese del acta de reconocimiento. Hay que distinguir, dice la Corte, el caso en que el nuevo título tiene solo por objeto reconocer la existencia del título primitivo el que, en la intención de las partes, debe continuar haciendo fe de sus convenciones; en este caso, el deudor tiene el derecho de exigir la presentación del título primordial, puesto que el acta de reconocimiento

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 421, nota 10, pfo. 760 bis.

se refiere á éste y no hace fe por lo que se dice en él; Este es el caso supuesto por Pothier, y reproducido por el articulo 1,337. Pero también puede suceder que una acta se haga para reemplazar el título original por un nuevo título, el que en lo porvenir solo hará fe; no será una acta de reconocimiento, será un título equivalente á otro primordial; el antiguo está anulado y substituido por el nuevo, y no puede tratarse entonces de solicitar la presentación del título primitivo. (1) La distinción es justa, solo que como en este caso hay una especie de novación en cuanto al título, debería aplicarse la regla del art. 1,273; es decir, que los tribunales no la admitirán si no resulta claramente del acta.

*II. De las actas de reconocimiento *in forma communi*.*

391. El tercer inciso del art. 1,337, dice así: "Sin embargo, si hubiese varios reconocimientos conformes, sostenidos por la posesión, y de los que uno tuviese treinta años de tiempo, el acreedor podrá ser dispensado de presentar el título primordial." Esta disposición está mal redactada. Debe suponerse que el acta de reconocimiento de que la ley habla, no reproduce el tenor del título primordial; trátase, pues, de una acta de reconocimiento *in forma communi*; basta comparar el texto del Código con la doctrina de Pothier para convencerse de ello. (1) Pothier pone como regla que los reconocimientos *in forma communi* no prueban la existencia del título primordial y no dispensan al acreedor de presentarlo. Es lo que se supone también en el art. 1,337, aunque no se diga en él; la ley lo subentiende, prevee solamente el caso en que por excepción, el reconocimiento *in forma communi* dispensa al acreedor de la presentación del

1 Pau, 24 de Agosto de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, n.º 4,447) y denegada, 29 de Enero de 1829 (Dalloz, en la palabra *Rentas constituidas*, n.º 73).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, n.º 190.

título primordial. Esta excepción también está tomada de Pothier, pero el Código la precisa exigiendo siempre *varios* reconocimientos conformes sin determinar, no obstante, su número, y define lo que debe entenderse por reconocimiento *antiguo*, y es el que tiene más de treinta años. ¿Cuál es, en este caso, la fuerza probante del acta de reconocimiento? El art. 1,337 responde que el acreedor *podía* ser dispensado de la presentación del título primordial; comparando el tercer inciso con el primero, se ve que la ley no da la misma fe al reconocimiento del acta *in forma communi*, como al acta de reconocimiento *in forma speciali*, aunque reuna las condiciones prescriptas por el tercer inciso. El acta *in forma speciali* dispensa al acreedor de presentar el título primordial, mientras que si el acta está *in forma communi* y que reuna las condiciones determinadas por la ley, el acreedor podrá ser dispensado del título primordial, lo que implica que el juez decidirá según las circunstancias, si el acreedor debe presentar el título ó si se le dispensa de ello. Se sigue que el acta de reconocimiento *in forma communi* jamás hace fe por sí de la obligación que relata. Aun cuando hubiese varios reconocimientos conformes, de los que uno tuviere treinta años, y que estos reconocimientos fuesen sostenidos por la posesión, el juez podrá, no obstante, decidir que el acreedor debe presentar el título primordial; y si este título no existe, el acreedor quedará sin prueba literal a pesar de los reconocimientos conformes subscriptos por el deudor y de la posesión que lo confirma.

392. Cuál es la razón de este excesivo rigor? Harémos desde luego constar que de hecho la ley no es tan rigurosa como parece serlo. Supongamos que el acreedor no pueda presentar el título primordial. ¿Cómo probará la existencia de la obligación? Por una vía muy sencilla: la prueba testimonial. En efecto, los reconocimientos firmados por el deudor son como principio de prueba por escrito y, por consi-

iguiente, la prueba testimonial será admisible. Esta prueba se confunde, en realidad, con la de posesión que exige el tercer inciso del art. 1,337; es decir, que los testigos comprobarán la existencia de la obligación deponiendo que la renta ha sido servida regularmente. La jurisprudencia y la doctrina están en este sentido. (1)

393. Sin embargo, las disposiciones del Código acerca de las actas de reconocimiento, se concilian difícilmente con los principios generales del derecho. Un reconocimiento es una confesión, y cuando ésta consta por escrito, hace plena fe; es, en otros términos, una acta que hace constar la existencia de la obligación y que debe hacer fe tanto como cualquiera acta auténtica ó privada. Es verdad que existe una diferencia entre la confesión propiamente dicha y el reconocimiento del art. 1,337. La confesión se refiere directamente á la obligación que se trata de probar, mientras que el reconocimiento tiene por objeto el título primordial al que se refiere; aquel que firmó una acta de reconocimiento solo entiende, pues, reconocer la obligación tal cual consta en el título primordial. Pero todo lo que resulta de esta diferencia, es que el título primordial debe ser presentado por el acreedor si el deudor lo exige; si el título no existe ya, la confesión que de él se hace en el acta de reconocimiento debería hacer plena fe sin distinguir entre el caso en que el tenor del título primordial está en ella relatado, y el caso en que no lo está; tal es la doctrina de Dumoulin. Toullier estableció este punto con verdadera evidencia, pero Dumoulin hacía excepción al derecho común para las rentas feudales; abusando de su poder y de la ignorancia de sus vasallos, los señores aumentaban las cargas de los deudores en las actas de reconocimiento que les hacían firmar; de donde las reglas de desconfianza que Dumoulin saca del derecho

1 Angers, 19 de Enero de 1843 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,465). Aubry y Rau, t. VI, pág. 420 y nota 7, pfo. 760 bis.

canónico. Estas reglas constituyan, pues, una excepción, Pothier hizo de ellas un principio aplicable á todas las obligaciones. Se equivocó, y los autores del Código se equivocaron como él. Esto lo reconocen todos, y es inútil renovar el debate ya concluido. (1)