

SECCION III.—De la prueba testimonial.

ARTICULO 1.º —Nociones generales.

394. La prueba testimonial, á diferencia de la prueba literal, solo se admite en principio para los hechos jurídicos cuyo valor no pasa de 150 francos; cuando la cosa excede de esta suma, la ley quiere que se haga una acta ante notario ó privadamente (art. 1,341); es decir, que la prueba literal es la regla, y la testimonial la excepción. ¿Cuál es la razón de este principio que tan gran papel desempeña en materia de pruebas?

La prueba testimonial comenzó por ser admitida de una manera ilimitada. Aun hay más: nuestros antepasados, dice Boiceau, hacían más caso de la prueba testimonial que de la prueba por escrito, y cuando era contraria por testigos, era preferida; es, en este sentido, como Bouteiller dice en su *Summa Rural*: “testigos de viva voz destruyen letras.” (2) Loisel hizo con esto uno de sus adagios: *testigos pasan letras*. El cambio es radical. ¿Cuál es la razón? La ordenanza de Moullins de Febrero de 1566, es la que consagra esta gran innovación; transcribirémos el art. 54, porque da mejor á conocer el espíritu de la nueva ley, que el art. 1,341 que reproduce la ordenanza bajo una forma más concisa:

1 Toullier, t. V, 2, pág. 256, núm. 312, y pág. 258, núms. 314, 331 y todos los autores, excepto Larombière, quien ensayó tímidamente justificar el art. 1,337 (t. IV, pág. 581, núm. 17 del art. 1,337, Ed. B., t. III, pág. 115).

2 Boiceau, *Tratado de la prueba por testigos, con las notas de Danty* (París, 1769, en 4º), pág. 49, núm. 34.

"Para obviar á *multiplicaciones de hechos* que se ha visto poner en tela de juicio, sujetos á prueba por testigos de donde resultan *varios inconvenientes* é *incitaciones de procesos*, hemos ordenado y ordenamos, que de hoy en adelante, para toda cosa excediendo el valor de 100 libras, por una vez pagadas, han de pasarse contratos ante notario y testigos, por los cuales contratos solo será recibida toda prueba de la misma materia, sin recibirse ninguna por testigos, otra del contenido del contrato, ni en lo que se alegase haber sido dicho de su contenido antes, mientras y después. Por lo que no entendemos excluir las pruebas de las condiciones particulares, y otras, hechas por las partes bajo su firma privada."

La ordenanza de 1667 (título XX, art. 2) reproduce esta disposición poco más ó menos, en los términos que el artículo 1,341. Esta ordenanza no da ningún motivo; solo consagra un estado de cosas que existían ya desde un siglo. La ordenanza de Moulins, es también muy lacónica; en sus considerandos, no dice cuáles son los *inconvenientes* que resultan de la admisión ilimitada de la prueba testimonial. Este vacío está llenado por los autores antiguos. Danty, en sus notas acerca de Boiceau, dice que la prueba por testigos es la más sencilla y la más natural, y que también es la mejor cuando existe buena fe en los hombres. Pero añade: las costumbres se han corrompido de tal manera en la sucesión de los siglos, la mentira y la calumnia se han vuelto tan frecuentes, que con mucha razón esto prueba que no encuentre ó tenga el mismo crédito. El abuso que se cometía con ella llegó á tal grado en el siglo XVI, que los parlamentos enviaron al Rey Carlos IX diputados para quejarse, lo que dió lugar á la ordenanza de Moulins. Cuando ésta apareció en 1667, se la criticó porque no permitía ni probar el depósito voluntario por testigos; Danty justifica esta prohibición severa: si la prueba del depósito hubiese sido permiti-

da por testigos, dice, sería exponer al pillaje los bienes de los particulares por la facilidad de encontrar testigos corrompidos que depondrían falsamente haber visto hacer el depósito. (1)

Boiceau abunda en quejas sobre la corrupción de las costumbres. Cita los famosos versos de Horacio: “¿Hay algo que con el tiempo no se vuelva peor?” “El siglo de nuestros abuelos no era tan corrompido como el de nuestros padres, y nosotros que somos más malos que ellos, dejarémos hijos peores.” Boiceau exclama con Ciceron. “¡Oh tiempos! ¡oh costumbres! Tanto es así que la buena fe y la inocencia de los primeros siglos es rara en lo presente, y que el hombre se ha vuelto tan diferente de lo que era, que él, creado á la imagen de Dios que es la verdad misma, está hoy tan lejos de esa verdad; su testimonio en otro tiempo religioso, se encuentra enteramente corrompido en los menores asuntos, cuando se está obligado á relacionarse con él. (2)

¿Estas quejas sobre la corrupción creciente de las costumbres, están bien fundadas? Lo encontramos en cada siglo. Testigos y víctimas de las malas pasiones de sus contemporáneos, los hombres se imaginaban que en antaño la buena fe había sido mayor; pero cuando se consulta el testimonio sobre las épocas pasadas, se escuchan las mismas quejas. Es por esto que Boiceau, elogiador de lo pasado, demostraba que el Emperador Justiniano se quejaba ya de la corrupción del testimonio. Una cosa nos ilusiona. Las relaciones de los hombres se hacen diariamente más numerosas, y por consecuencia, los procesos que las dividen; hay, pues, más ocasiones del falso testimonio, pues lejos de aumentar, disminuyen si se tiene en cuenta el aumento de la multiplicación de los negocios. Esto no impide que el legislador de-

1 Danty según Boiceau, págs. 2 y siguientes, y nota a de la página 3, y págs. 15 y siguientes.

2 Boiceau, Prefacio, núm. 9, págs. 25 y siguientes.

ba velar porque los procesos se decidan por las vías de prueba las más seguras y las menos sujetas á error.

395. Los autores del Código, como todos los jurisconsultos, son hombres de tradición, y la tradición para ellos se encarna en Pothier, su guía habitual; Pothier repite lo que había dicho Boiceau y Danty, su comentario: "La corrupción de costumbres y los ejemplos frecuentes de sobornoación de testigos, nos han reducido á hacer más difícil de admitir la prueba testimonial, como no lo era para los romanos." (1) Bigot-Préameneu da el mismo motivo: "Hubiera sido imprudente, dice, no mantener ahora medidas que la mala fe de los hombres desde largo tiempo, ha hecho ver como indispensables." (2) Nosotros hemos más de una vez hecho notar que el Tribunal es el órgano de las ideas nuevas que había producido la revolución de 1789. Jaubert, el relator del Tribunado, apenas habla de la mala fe de los hombres, parte de un principio exacto al hablar de la prueba testimonial. "Dos motivos, dice, deben influir en la determinación de las pruebas; la necesidad de comprobar las convenciones y la necesidad de conservar fielmente su substancia." Bajo este punto de vista, debe decirse con el adagio moderno, *letras pasan testigos*. Hombres de igual buena fe cuentan á menudo de un modo diferente, lo que han visto ó han leído. Y sin pretender calumniar á la especie humana, ¿qué siglo no ha sido testigo de numerosos ejemplos y perjurios? Sería, pues, peligroso entregar la suerte de las convenciones á los testimonios humanos. Si solo tuviésemos la tradición moral, ¿qué se harían la mayor parte de las convenciones cuando los años hubieren alterado sus trazos? ¡Cuánto error ó incertidumbres, cuántos procesos, en fin, cuantos motivos de triunfo para la injusticia! Conviene,

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 784.

2 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 210 (Loeré tomo VI, pág. 185).

El comentador de la ordenanza de Moulins dice que cuando una parte fuere sometida expresamente á la prueba por testigos por una suma mayor de 100 libras, esta convención no sería recibida, porque es de máxima que los particulares no pueden derogar con sus convenciones lo que es de derecho público. (1) Tal era la opinión generalmente seguida bajo el imperio de las ordenanzas. (2)

Los motivos que se dan para la opinión contraria tienen poco valor. Duranton dice que la ley solo prescribe las actas en vista de la prueba. (3) Sin duda; pero no siempre admite la ley toda especie de prueba. La cuestión es, pues, saber si la prueba puede hacerse por testigos cuando la prohíbe la ley por razones de orden público y buenas costumbres; y basta presentarla para resolverla. Un autor que citamos con gusto da razones más serias. Colmet de Santerre confiesa que se pensaba en lo general antiguamente que el principio es de orden público; pero, dice, esta doctrina rigurosa no parece ser la del Código Civil, pues no ha declarado que su disposición no podía ser desobedecida por las partes, como debió haberlo hecho en presencia de las dificultades á que diera lugar el derecho antiguo, y su silencio debe más bien ser favorable á la libertad que á la restricción. El argumento tendría algún peso si realmente fuese dudosa la cuestión; en realidad no lo está; la opinión general se había pronunciado en favor del carácter restrictivo de la condición; bastaba, pues, poner el principio del art. 6. La aplicación de la prueba testimonial no podrá sufrir duda, cuando Pothier declaraba que las ordenanzas habían prohibido la prueba testimonial para evitar los falsos testimonios. Colmet de Santerre no niega qué condiciones de interés general hayan inspirado al legislador; pero ¿no sucede otro

1 Vuvier, citado por Danty acerca de Boiceau, pág. 69, núm. 8.

2 Véanse los testimonios en Toullier, t. V, 1, pág. 30, núm. 40.

3 Duranton, t. XIII, pág. 323, núm. 308.

tanto para las reglas legislativas? Es verdad que el interés público y el interés privado se confunden; sin embargo, esto no ha impedido que el legislador distinga entre las leyes que son el objeto del Código Civil, y las que interesan el orden público y las buenas costumbres; prohíbe derogarlas, aunque las partes tengan interés en hacerlo: el derecho de la sociedad se impone. ¿Qué sucedería con el orden social si los particulares pudieran impunemente violentar las leyes que conciernen á las buenas costumbres y al orden público? (1)

La jurisprudencia es contraria á nuestra opinión. Generalmente las sentencias están apenas motivadas. Exceptuamos una de la Corte de Bourges que hace valer consideraciones morales para justificar la derogación á una ley citada en interés de las buenas costumbres. Estas consideraciones son todas de interés privado, lo que les quita todo valor. La prohibición de probar por testigos más allá de 150 francos, dice la Corte, está en interés del acreedor si la consiente; si la solicita ¿el juez podrá considerarla como peligrosa, cuando el acreedor acepta el peligro? El acreedor podría rechazar por falta de pruebas la alegación del pago que el deudor le opone; cree que por honor suyo debe probar por testigos que la alegación no está fundada ¿y si le rehusa esta satisfacción de delicadeza? Esto es voltear contra el acreedor una disposición que fué creada en su favor. (2) En estas alegaciones hay algo de verdad, pero están fuera de la ley. El acreedor puede tener un interés de conciencia en invocar la prueba testimonial, el juez debe, no obstante, negársela, porque está en oposición con un interés superior, cual es el de moralidad pública.

398. Resulta de nuestra opinión, que el juez debe dese-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 619, núm. 325 bis II.

2 Bourges, 16 de Diciembre de 1826 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,615, 2º).

char la prueba testimonial, de oficio, aunque la parte interesada no se oponga á ello. Hay una sentencia de la Corte de Gante en este sentido. (1) La consecuencia no es dudosa desde que se admite el principio. Se ha prevalecido de la consecuencia contra el principio. El juez, dícese, no puede, según el art. 2,223, suplir de oficio el medio resultando de la prescripción; sin embargo, la prescripción es de interés general. Se contesta que la prescripción entraña siempre un escrúpulo de conciencia: la ley ha debido respetarlo, y lo hizo á la vez que resguardando el general interés; el Código no permite á las partes derogar de antemano á la prescripción, pero quedan libres de renunciarla cuando la tienen adquirida (art. 2,220). No hay ninguna analogía entre la prescripción y la prueba por testigos. Esta prueba sería peligrosa, por el solo hecho de permitir ministrarla; luego toda renuncia en cualquiera momento que se haga, debe ser herida de nulidad. Solamente al juez toca decidir si la prueba testimonial debe ser admitida ó desecharla, y debe desecharla en el caso en que la ley la prohíbe porque la prohibición es de orden público. (2)

Poco importa, pues, que las partes estén de acuerdo para admitir la prueba testimonial; su consentimiento, dice Toullier, no puede dispensar al juez de la obediencia que debe al mandamiento de la ley, cuando dicha ley es de orden público. Y si por error hubiese admitido la prueba por testigos, debería revocar esta sentencia interlocutoria por la sentencia definitiva, y decidir sus miramientos por la instrucción, que es contraria á la ley. Sigue también del mismo principio que si el primer juez hubiese pronunciado una sentencia fundada en la prueba testimonial, la parte condenada po-

1 Gante, 6 de Noviembre de 1841 (*Passerista*, 1842, 2, 43).

2 Toullier, t. V, 1, págs. 26, nros. 36-38. Aubry y Rau, t. VI, página 423, nota 4, pfo. 761. Caen, 30 de Abril de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 56).

dría interponer la apelación, aunque hubiere consentido á la interlocutoria que ordenó la instrucción. (1)

399. Se pregunta si la parte que consintió la instrucción puede argüir en nulidad la sentencia que la ordenó. En nuestra opinión, la afirmativa es evidente, y la cuestión ni siquiera puede ser hecha. La jurisprudencia lo decide en sentido contrario. Es porque las cortes parten de otro principio; admiten que la prohibición no es de interés general; desde luego, puede renunciarse, y aquel que la renunció no puede pedir contra su renuncia. (2) La Corte de Casación ha consagrado esta opinión. En el caso, se trataba de la prueba de un mandato; la Corte juzgó que aquel que había consentido la prueba testimonial, no podía quejarse de la consecuencia que los jueces del hecho habían sacado de ella. (3) Esta decisión no ataca francamente la dificultad. Se trata de saber si el consentimiento dado á la prueba testimonial es válido, y ¿cómo pudiera serlo, cuando implica una convención que se aparta de una ley interesando las buenas costumbres y el orden público?

400. Se ha ensayado evadirse de la prohibición del artículo 1,341, y se ha batido á una corte que se prestó á esta violación indirecta de la ley. Tratábase de la cesión hecha de una notaría, según se pretendía, bajo la condición de que el cessionario casaría con la hija del notario precedente. El cessionario confesó que había sido apalabrado el matrimonio, pero negó que se hubiese hecho de él una condición del tratado. Las partes convinieron en tomar su desacuerdo según los dichos y noticias de tres personas, y consintieron,

1 Larombière, t. V, pág. 84, núm. 2 del art. 1,341 (Ed. B., t. III, pág. 152), y los autores citados en la nota 1, *supra*.

2 Rennes, 25 de Febrero de 1841, y Bourges, 16 de Diciembre de 1826 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, nñm. 4,615, 1º y 2º). Burdeos, 16 de Enero de 1846 (Daloz, 1846, 2, 82).

3 Denegada, 5 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 1, 349).

en consecuencia, á que éstas fuesen oídas por el Tribunal. El notario interpuso apelación; dijo que no había dado su consentimiento para la audición de testigos y sostuvo que, aunque hubiera consentido, su consentimiento sería nulo. La Corte de Burdeos decidió el debate en los siguientes términos: "Visto que á suponer que la prohibición del artículo 1,341 sea tan absoluta que no pueda derogarse del consentimiento de la parte interesada, este artículo no podría poner obstáculo á la audición de terceras personas cuyo *testimonio* está invocado de común acuerdo por ambas partes; que se trata menos de una instrucción que de una *especie de compromiso* por el cual las partes se atienden á la buena fe de las terceras que les inspiran igual confianza; que aquí no se aplican ni motivos ni reglas concernientes á la prueba testimonial. (1)

Si esta sentencia hacía jurisprudencia, debería borrarse del Código el art. 1,341, cuando menos como disposición prohibitiva. La Corte da un medio muy fácil para eludirlo. Las partes solo tendrían que declarar que se atienden al dicho de los testigos que ellas designan. A decir verdad, la convención de las partes es inoperante; si es una simple audición de testigos, entonces la ley está violentada. Si es un compromiso, el Tribunal nada tiene que juzgar ya, los árbitros serán los que decidan. La Corte de Burdeos no se atreve á decir que es un compromiso, y solo dice que es una especie de *compromiso*. No sabemos lo que esto signifique; hay compromiso ó no lo hay, y no hay una especie de *compromiso*: desechemos esas expresiones ambiguas de las que se autoriza á uno para confundir todos los principios.

401. Hemos supuesto hasta aquí, que la ley prohíbe la prueba testimonial; es decir, que la prohibición es la regla que debe aplicarse en todos los casos; no la deroga termi-

1 Burdeos, 6 de Marzo de 1849 (Daloz, 1849, 2, 238).

nantemente. Esto está, sin embargo, contestado. Esto es, á nuestro juicio, contestar aquello que debería estar fuera de toda contestación: el texto terminante de la ley. El artículo 1,341 sienta los dos principios que gobiernan la materia, y lo hace en términos que implican una prohibición general: "*Debe ser pasada acta por todas las cosas, excediendo la suma de 150 francos; y no se recibe ninguna prueba por testigos contra, y además del contenido de las actas.*" Esto es, en otros términos, la consagración absoluta de la máxima tradicional, *letras pasan testigos* que reemplazó á la antigua máxima *testigos pasan letras*. El cambio es radical; es la prohibición como regla de la prueba testimonial. La ley admite excepciones á esta regla. En los términos del artículo 1,347, las reglas arriba citadas reciben excepción cuando existe un principio de prueba por escrito. También reciben excepción todas las veces que no ha sido posible al acreedor procurarse una prueba literal (art. 1,348). ¿Qué quiere decir esto? ¿Se hace excepción á una regla que no existe? Cuando la excepción dice que la prueba por testigos se admite, debe inducirse que la regla es que la prueba testimonial está prohibida. Lo que dice el texto, está plenamente confirmado por el espíritu de la ley: Se quieren impedir los falsos testimonios. ¿Será que este motivo es por su naturaleza general ó excepcional? Se quieren prever los procesos y los largos procedimientos; ¿implican por este motivo una regla ó una excepción? El carácter excepcional de la prueba testimonial, se revela en todas las disposiciones que la conciernen; siempre, y en todas las circunstancias, el legislador desconfía de ella; y cuando está obligado á admitirla, exige condiciones que disminuyen su peligro. Así, en materia d: estado civil, cuando no existiesen libros ó se han perdido, los matrimonios, nacimientos y defunciones, pueden probarse por testigos, es una necesidad; pero el art. 46 pone para ello una condición: debe probarse préviamente la pérdida ó

comerciante ó hace acto de comercio? Su compromiso es plenamente civil, y queda, por consiguiente, bajo el imperio del derecho común. ¿El anuncio del reglamento bastará para hacer obligatorias las cláusulas de dicho reglamento? Hay desde luego la cuestión de obligación, y después la cuestión de prueba. La obligación solo puede resultar del concurso de consentimiento, y este concurso puede ser tácito. Pero para que haya consentimiento tácito, es preciso, ante todo, que esté probado que el obrero tuvo conocimiento del reglamento al que se pretende someterlo. El anuncio solo no ministra esta prueba, porque la mayor parte de los obreros no saben leer, y aun cuando supieran, esto no probaría que lo hayan leído. ¿Cómo probará el patrón el consentimiento del obrero? En el caso, reclamaba 200 francos por daños y perjuicios; luego la prueba testimonial no era de admitirse; se necesitaba una acta; no vemos en qué se fundó la Corte para la excepción que admitió.

Lo que decimos de los reglamentos fijados en los talleres, recibe también su aplicación á los reglamentos de las mensajerías ó de las administraciones de ferrocarriles. ¿Habrá excepción en el caso en que el Estado explote una vía de comunicación? Examinaremos esta cuestión en el título *Del Contrato de Arrendamiento*.

404. La prueba testimonial está sometida á formas particulares que están trazadas por el Código de Procedimientos. Pero son extrañas al objeto de nuestros principios. Hay, sin embargo, una cuestión que toca las nociones generales que acabamos de exponer. ¿El juez está obligado á ordenar la instrucción cuando las partes la piden, y que la ley lo autoriza?

El art. 253 del Código de Procedimientos, contesta á la cuestión. «Si los hechos (de los que una parte pide hacer prueba) son *admisibles* y que la ley no prohíbe la prueba, *podía ser ordenada*.» Desde luego, es necesario que los he-

chos sean *admisibles*. Se ha juzgado así, y esto es evidente, que la apreciación de los hechos que se pide probar está en el exclusivo dominio de los tribunales; luego no se puede pedir la casación contra una sentencia que declare los hechos inadmisibles y pertinentes y que deseche la oferta de ministrar sus pruebas. (1) La Corte de Casación ha juzgado también que es facultativo á los tribunales el no admitir la prueba testimonial cuando declaran que el hecho ofrecido como prueba no se encuentra apoyado en ninguna presunción satisfactoria. (2) Desde luego esto parece contrario al texto y al espíritu de la ley; ésta no subordina, en efecto, como lo hace la Corte, la admisión de la prueba á la existencia de presunciones que hacen probable el hecho alegado; si una corte juzgaba así en derecho, la sentencia sería seguramente casada. Pero no fué tal en el caso: el pensamiento del primer juez, si desechará la instrucción fué porque le pareció frustratoria, y semejante decisión escapa á la censura de la Corte de Casación.

Sucede lo mismo, y por igual razón, cuando una corte desecha la instrucción porque los hechos le parezcan inverosímiles y aun imposibles. Se dirá ¿qué importa? con tal que sean pertinentes; es la instrucción que establecerá, si los hechos son verdaderos, aunque no sean verosímiles. En efecto, se puede hacer valer esta consideración, pero ante la Corte de Casación no se la puede invocar. La Suprema Corte contesta con el texto del Código de Procedimientos en la mano, que la apreciación de los hechos pertenece exclusivamente á las cortes de apelación; (3) el art. 253 dice que la prueba por testigos podrá ser ordenada; luego el juez puede también no ordenarla; todo depende de su apreciación.

1 Casación, 16 de Diciembre de 1823, y Denegada, 11 de Mayo de 1824 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4.619, 3º).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 10 de Noviembre de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 307).

3 Denegada, 15 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 381).

Tal es la jurisprudencia constante de la Corte de Casación. (1)

La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está en el mismo sentido. Citarémos una sentencia de la Sala de Casación de Bruselas que implica una censura tácita de la sentencia, que sin embargo fué confirmada. Las partes estaban en desacuerdo acerca de un hecho del que dependía la decisión del litigio: el estado del juicio, dice la Corte de Casación, parece exigir que antes de dar derecho, los demandantes fuesen admitidos á la prueba del hecho litigioso. ¿Por qué, pues, pronunció una sentencia de denegada? Es que lejos de obligar al juez á ordenar la instrucción, el art. 253 dispone que el juez podrá hacerla; luego el juez jamás está obligado á ordenar la prueba testimonial, tiene un poder discrecional, lo que excluye toda posibilidad de casación. (2)

ARTICULO II.—Los dos principios.

§ 1.º —EL PRIMER PRINCIPIO.

Núm. 1. Sentido del principio.

I. Hechos jurídicos y hechos simples.

405. Según la interpretación que hemos dado del artículo 1,341 (núm. 402), el principio que sienta debe ser formulado como sigue: "No debe recibirse ninguna prueba por testigos por *toda cosa* excediendo la suma de 150 francos, aun para los depósitos voluntarios." ¿Qué entiende la ley por las palabras *en toda cosa*? La expresión está tomada de las antiguas ordenanzas; hay, sin embargo, entre la ordenan-

1 Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,619.

2 Bruselas, Sala de Casación, 24 de Mayo de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 165); 27 de Marzo de 1827 (*ibid.*, 1827, pág. 113); 8 de Julio de 1831 (*ibid.*, 1831, pág. 192). Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 13 de Enero de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 1, 243) y 26 de Abril de 1849 (*ibid.*, 1849, 1, 389).

za de Moulins y la de 1667 una diferencia de redacción que importa hacer notar, porque explica el sentido del artículo 1,341. La ordenanza de Moulins dice: "Ordenamos que *toda cosa* excediendo el valor de 100 libras serán pasadas por *contrato*." La ordenanza de 1667 (tit. XX, art. 2) dice: "Será pasada *acta* por *toda cosa* excediendo al valor de 100 libras;" es esta última redacción la que fué adoptada por los autores del Código Civil. ¿Por qué el legislador reemplazó la palabra *convenciones* por la palabra *acta*? Pothier nos da la razón. Los comentadores de la ordenanza de Moulins sostienen que no se aplicaba sino á las *convenciones*, porque la ordenanza decía que sería pasado por *contrato*, y este término no se aplica sino á las *convenciones*. La interpretación era errónea, pues la ordenanza decía en términos generales que sería pasado *contrato* por *toda cosa*: la palabra *contrato* estaba, pues, tomada como sinónimo de *acta*. Para evitar toda duda, la ordenanza de 1667 se sirvió de la palabra *acta*. Pothier concluye que el principio se aplica no solo á las *convenciones* sino generalmente á "todas las cosas de las que aquél que pide da la prueba ó pudo procurarse una prueba por escrito." Por ejemplo, dice Pothier, aunque el pago de una deuda no sea una *convención*, sin embargo, el deudor que la hace, pudiendo procurarse una *acta* por escrito; es decir, un *recibo*, no está admitido á dar la prueba por testigos cuando el pago excede de 100 libras. (1)

406. Esto es el principio tal como Pothier lo ha formulado, y que los autores del Código han consagrado en el artículo 1,341. Se ha dado á las palabras de Pothier un sentido demasiado limitado, diciendo que según él, "las palabras *toda cosa*, designan no solo los hechos jurídicos por los que se forman las *convenciones*, pero también los hechos

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 685.

por los que las obligaciones se extinguén.” (1) Pothier no cita el pago como ejemplo. El principio, tal como lo explica, recibe su aplicación á todos los hechos de los que pueda uno procurarse una prueba literal. Esta fórmula es demasiado amplia, porque comprende aún los hechos materiales que en la común opinión están excluidos de la prohibición pronunciada por el art. 1,341. Es, pues, evidente que comprende cuando menos todos los hechos *jurídicos*, por los que se entienden los hechos que producen un efecto jurídico; es decir, que crean un derecho, lo modifican, lo confirman ó lo extinguén. (2) ¿Por qué todo hecho jurídico debe ser probado por escrito, en el sentido de que la prueba testimonial no es admisible? Pothier indica la razón, diciendo que pudo uno procurarse una prueba literal de él, y debe agregarse que se debió redactar una acta, porque debe esperarse que un hecho jurídico sea contestado en justicia, y la ley dice que este hecho no puede probarse por testigos sino cuando tiene un valor pecuniario que no pase de 150 francos.

Esta interpretación del art. 1,341, puede decirse que es oficial, puesto que descansa en la tradición, en el texto y en el espíritu de la ley. Está admitida por todos, excepto el disentimiento de Bonnier que queda aislado; creemos inútil combatir una opinión que tiene contra sí la voluntad terminante del legislador. (3)

407. Las palabras *toda cosa*, parecen aplicarse á toda especie de hechos que las partes están en el caso de probar en justicia. Sin embargo, los autores enseñan que el artículo 1,341 no es aplicable á los hechos *materiales* que también se llaman *puros y simples*; se entiende por esto los hechos

¹ Aubry y Rau, t. VI, pág. 425, nota 1, pfo. 761 y las autoridades que allí se citan.

² Aubry y Rau, t. VI, pág. 427, nota 4, Colnet de Santerre, tomo V, pág. 592, nñun. 315 bis VI y 315 bis VII.

³ Es refutada por Marca té, t. V, pág. 107, nñum. 1 del artículo 1,341, y por Aubry y Rau, t. VI, pág. 425, nota 1, pfo. 761.

que por si no engendran ni derecho ni obligación, aunque por accidente puedan relacionarse con hechos jurídicos y volverse fuente de una obligación ó de un derecho. Tales son los hechos de la naturaleza, las cosas de fuerza mayor, la pérdida que arrastran es una causa de extinción de ciertas obligaciones, por si no tienen otro efecto que el de herir al propietario; alguna vez el deudor está obligado en casos fortuitos, pero esto no sucede sino accidentalmente, cuando el deudor se encargó de los casos fortuitos. Lo mismo sucede con los hechos de hombres que por si solo presentan un resultado material sin ninguna influencia en el derecho: cultivar la tierra, sembrarla, recoger frutos, son hechos *puros y simples*, no jurídicos, porque por si no producen ni derecho ni obligación; pueden, sin embargo, por accidente, mezclarse á relaciones jurídicas, y en consecuencia, producir efectos jurídicos. Tales son los hechos de posesión; el poseedor puede prevalecerse de ella para reclamar los frutos, para fundar la prescripción, para pedir la restitución de los gastos de labranza y de siembras.

La cuestión es saber cómo establecerá esos hechos la parte interesada cuando deberá probarlos en justicia. ¿Deberá aplicarse la disposición general del art. 1,341 que habla de *toda cosa*? Se enseña la negativa. Fácil es justificar esta opinión en teoría. ¿Por qué se redacta acta por un hecho? Porque se tiene interés en ello; por razón de la naturaleza del hecho, debe preverse que podrá uno hallarse en la necesidad de probarlo en justicia; luego se está en los términos y en el espíritu del art. 1,341. Pero si el hecho es de tal naturaleza que no pueda preverse que llegue á ser objeto de un debate judicial, no se tiene motivo ni interés en redactar un escrito en que conste el hecho. De esto resulta que el legislador no puede obligar á los particulares á levantar acta por hechos materiales para el caso en que, por excepción, debieran ser probadas en justicia; porque la ley

no debe prescribir obligaciones inútiles ó vejatorias. Y sería inútil y por ende frustratorio, redactar un escrito para cada hecho material que suceda; estos hechos son de cada día, de cada instante; se necesitaría, pues, emplear toda la vida haciendo actas, y esos miles de actas jamás serían producidas en justicia. (1)

Estas consideraciones prueban que la intención del legislador no pudo ser la de comprender los hechos materiales en las palabras: *toda cosa*. El informe de Jaubert lo dice muy á lo claro. Después de haber establecido que la prueba literal es la más segura, el informante agrega: "En cuanto á los hechos, era preciso lo más á menudo, fiarse de la prueba testimonial. Las acciones puramente físicas, casi siempre instantáneas, casi siempre obra de una de las personas, no pueden hacerse constar en un escrito. (2)

408. La jurisprudencia decide también que los hechos materiales pueden probarse por testigos, cualquiera que sea el monto pecuniario del litigio. Pero las cortes invocan ordinariamente la excepción prevista por el art. 1,348, es decir, la imposibilidad en que se halló el demandante para procurarse una prueba literal del hecho que debe ser probado. Esto es confundir dos clases de hechos muy distintos. Cuando la ley admite una excepción para ciertos hechos, disponiendo que pueden ser probados indefinidamente por testigos, supone que tales hechos están comprendidos en la regla, y que sin la excepción, hubieran tenido que ser establecidos por una prueba literal; luego los hechos exceptuados de la regla por el art. 1,348, deben ser hechos jurídicos. Los ejemplos que la ley da lo prueban; tales son los cuasi-contratos, los delitos, los cuasidelitos, los depósitos necesa-

¹ Aubry y Rau, t. VI, pág. 427, notas 5 y 6, pfo. 761. Colnet de Santerre, t. V, pág. 593, núm. 315 bis VII. Casación, 13 de Julio de 1874 (Dalloz, 1875, 1, 173).

² Jaubert, Informe, núm. 26 (Llorente, t. V, pág. 232).

rios, las obligaciones contraídas en casos de accidentes imprevistos, los hechos comprobados por títulos que han sido destruidos. Todos estos hechos son jurídicos; debieron, pues, constar en actas, pero la ley dispensa á las partes interesadas de producir actas en vista de la imposibilidad en que se hallaban para procurarse una prueba literal. Los hechos materiales, al contrario, no entran en la excepción del artículo 1,343; las partes hubieran podido procurarse una prueba por escrito de los hechos de la naturaleza, ó de los hechos de cultivo; no pueden, pues, invocar el beneficio de la excepción; para ser dispensados de presentar una prueba literal, deben establecer que ni siquiera la regla no es aplicable, porque se trata de hechos que por sí no pueden producir ni derecho ni obligación, y para los que por este motivo no debe levantarse acta.

II. Aplicación. Hechos jurídicos.

409. ¿La autorización que el marido da á su mujer, es un hecho jurídico en el sentido del art. 1,341? Se presenta la cuestión también para la autorización del tutor, la asistencia del curador, ó de consejo dado á un pródigio ó un débil de espíritu. La afirmativa es tan evidente que no debería preguntarse lo que la naturaleza del hecho prueba seguramente. A decir verdad, no hay dificultad sino para la autorización marital; el art. 217 exige el consentimiento del marido por escrito, ó su concurso en el acta. ¿Se necesita siempre un escrito cuando el marido no interviene en el acta? Es la opinión que hemos enseñado. (1) En esta doctrina el art. 217 deroga al art. 1,341, en este sentido que un escrito es siempre necesario para establecer la autorización expresa, aunque el hecho jurídico no tiene sino un valor de 150 francos. La opinión contraria es generalmente seguida.

1 Véase el tomo III de estos *Principios*, pág. 184, núm. 118.

Sólo dice que el art. 217 trata de un consentimiento por escrito, porque supone que un escrito ha sido redactado para hacer constar la convención, pero si la convención es verbal, ya no puede probarse por testigos, por razón de su valor; ¿por qué se exigiría que la autorización fuese dada por escrito? (1) Contestamos: porque la ley lo exige, y cuando la ley habló, el intérprete debe obedecer.

410. El art. 1,341 dice: que debe ser pasada acta por todas cosas, aun para los depósitos voluntarios. ¿Por qué menciona la ley especialmente el depósito? La disposición está tomada de la ordenanza de 1667. Pothier nos da á conocer la razón. La ordenanza de Moulins se limitaba á decir que por todas cosas excediendo el valor de 100 libras, debería pasarse contrato. Se dudaba si el depósito estaba comprendido en esta disposición. La razón de la duda, dice Pothier, consistía en qu^e: no se hace ordinariamente acta por escrito para un depósito, porque el que solicita que un amigo se encargue de guardar una cosa que le entrega, no se atiene uno á pedirle un recibo del depósito; sería una muestra de desconfianza para una persona en la que, por razón de la naturaleza de la convención, se debe tenerla plena. La ordenanza de 1667 se pronunció por la opinión contraria, y los autores del Código la han consagrado. Aquel que quiere hacer un depósito, debe ó no hacer el depósito que nadie le obliga á hacer, ó cuando lo hace debe pedir un recibo al depositario; cuando así no lo hace, debe correr el riesgo de la buena fe del depositario, y debe imputarse haber tenido demasiada confianza en él si éste falta á la palabra empeñada. (2) Puede agregarse que no es exacto decir que el que deposita se encuentra en la imposibilidad moral para solicitar un recibo del depósito; un escrito no es signo de descon-

¹ Larombiére, t. V, pág. 11, núm. 7 del artículo 1,341 (Ed. B., tomo III, pág. 156). Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,659.

² Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 786.

fianza, es un acto de prudencia; el depositario puede morirse, y si alguna acta no comprueba el depósito, sus herederos podrían de muy buena fe rehusar la restitución de una cosa que ellos creen pertenece á su autor. En fin, la excepción, si se admitía para el depósito, desvirtuaría la regla: los malvados y sus cómplices solicitarían dar prueba de un depósito, en lugar de alegar otro contrato, y se eludiría de este modo la prohibición que la ley estableció en previsión de los falsos testimonios. Esta es la razón dada por Boiteau (núm. 291). (1)

411. Se ha presentado varias veces ante la Corte de Casación, la cuestión de saber si la retroacción de un inmueble puede probarse por testigos cuando el valor de la cosa pasa de 150 francos. La negativa es segura; la retroacción es una verdadera venta; no se puede, pues, probar la retroacción sino por una acta hecha en la forma del art. 1,325, á no ser que exista un principio de prueba por escrito; en este caso, la prueba por testigos, así como las presunciones son admisibles (arts. 1,317 y 1,353). (2)

412. El cambio cae seguramente bajo la aplicación del art. 1,341. No se concibe que pueda haber una duda á este respecto. Sin embargo, la Corte de París admitió la prueba testimonial en el caso siguiente. Los demandantes alegaban un cambio verbal y concluían á que el demandado fuese condenado á realizar por acta auténtica el cambio que de hecho había sido ejecutado, decían, por la toma de posesión de los cambistas. La Corte de París decidió que la prueba del cambio resultaba de su ejecución misma, no solo por la toma de posesión respectiva de los tramos de tierra en la época de la convención, sino también por el hecho patente y resultando de todos los documentos del proceso de esta

1. Mourlon, t. II, pág. 842, núm. 1 680.

2. C. C. 27 de Julio de 1859 (Daloz, 1859, I, 398). Denegada, 28 de Noviembre de 1871 (Daloz, 1872, I, 19).

posesión continuada hasta el día de la demanda y de la explotación de dichas tierras *animo domini*. Así, la Corte fundaba en un hecho único la prueba legal del contrato de cambio. Esto era violentar las disposiciones del Código acerca de la prueba testimonial. La sentencia fué casada. Se trataba de probar la existencia de un contrato, y todo contrato debe probarse por acta cuando el valor de la cosa pasa de 150 francos; no existe excepción á esta regla cuando hay un principio de prueba por escrito, y en el caso, no había ni acta ni principio de prueba, solo había una presunción sacada de la toma de posesión. Pero esta presunción no era de las que la ley establece; el juez no podía, pues, invocarla sino á título de presunción simple (art. 1,353), y no se pueden admitir las presunciones que no establece la ley sino en los casos en los que la prueba testimonial es admisible. Esto era decisivo. (1)

413. El mandato no está comprendido en el art. 1,341; en los términos del art. 1,985, la prueba testimonial no se recibe para él sino conforme al título *De los Contratos*. Se ha sostenido, sin embargo, que el notario encargado de recibir un contrato de venta era, por esto mismo, mandatario tácito del vendedor por todo lo que concierne á sus intereses, y que debía pedir un certificado de las inscripciones tomadas en el inmueble vendido, con el fin de avisar al comprador que pagase si hay temor de ser batido por los acreedores hipotecarios. Ha sido juzgado que no había mandato tácito en el hecho de encargar á un notario de la redacción de una acta de venta; el notario cumplió con todas sus obligaciones redactando el acta en las formas legales; toca después al comprador cuidar por sus intereses: si quiere encargar al notario de este cuidado, debe darle un mandato con este objeto, y el mandato no puede ser probado sino por una ac-

1 Casación, 29 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1863, 1, 42).

ta. (1) Volveremos sobre esta cuestión en el título *Del Mandato*.

La Corte de Limoges ha juzgado en sentido contrario en un caso en que se pretendía que el notario había descuidado redactar una acta de venta consentida en su presencia. Este es un hecho de descuido, dice la sentencia; luego un cuasidelito y, por consiguiente, la parte interesada debe ser admitida á la prueba testimonial. (2) La Corte confunde el cuasidelito; es decir, la falta cometida por descuido fuera de toda convención, y la falta cometida por la inejecución de una obligación convencional. La relación que existe entre el notario y el cliente es una relación convencional; el cliente encarga al notario de redactar una acta; según la jurisprudencia, esta convención es un mandato, y debe ser probado por escrito según los arts. 1,341 y 1,985; para que puedan pedirse daños y perjuicios contra el notario por razón de la no ejecución del mandato, es necesario, ante todo, que el mandato esté probado, pues el descuido de que se le acusa es una falta cometida por la no ejecución de un contrato. Esta falta no es un cuasidelito, pues éste implica que no hubo concurso de voluntades. Suponiendo la convención probada, ¿cómo se probaría la falta? Más adelante trataremos esta cuestión.

414. El mandato dado á un escribano presenta una dificultad análoga. Es de principio que la simple entrega de piezas hechas por la parte interesada al escribano de diligencias, constituya á éste en mandatario; es lo que llama el mandato *ad litem*. Este mandato se limita á las actas ordinarias de la instrucción de un proceso, al desarrollo de los medios que resultan, sean de las piezas, sean de los textos de

1 Lyon, 18 de Julio de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 111) y Denegada, 2 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 208).

2 Limoges, 4 de Junio de 1840 (Dalloz, en la pabla *Obligaciones*, núm. 4,876, 4º).

la ley. Pero cuando, en el curso de la instancia, se trata de hacer ó de aceptar ofertas, de confesar hechos, de dar un consentimiento que toca al derecho litigioso ó que pueda perjudicarlo, se necesita un nuevo mandato, y el Código de Procedimientos (art. 352) quiere hasta que este poder sea especial, bajo pena de desconocimiento. En un proceso que fué llevado ante la Corte de Casación, el escribano había declarado, en nombre de su cliente, que desistía de lo alegado por él consignado en el proceso verbal de orden, lo que equivalía á reducir la colocación del demandante. De donde el desconocimiento. El escribano pretendió que tenía un mandato verbal; pero este mandato debia ser probado por escrito y, en ausencia del acta, la prueba por testigos no era admisible sino con un principio de prueba por escrito, el que no existía; esto decidía la cuestión. La Corte de París, cuya sentencia fué casada, había admitido que resultaba de los *hechos de la causa* que el desistimiento dado por el escribano había sido concertado entre él, su cliente y el abogado. Los *hechos de la causa* solo son presunciones, pues la Corte no invocabía ninguna pieza escrita; y las presunciones no son admisibles sino en el caso en que la ley admite la prueba testimonial. La violación de la ley era, pues, evidente. (1)

415. Hemos enseñado que los establecimientos públicos, fábricas, ú otros, no pueden recibir donativos manuales sin autorización del Gobierno. Si, pues, un donativo se hace, mano á mano, sin haber sido autorizado, es nulo. ¿Cómo se probará el hecho del donativo manual? El donativo manual es siempre una convención; luego no se puede probar sino por escrito, ó por testigos cuando hay un principio de prueba por escrito. En vano se dice que la ley dispensa al donativo manual de toda formalidad; esto es verdad cuando hay donativo manual; es decir, cuando éste es válido. Pero, en

1 Casación, 14 de Julio de 1851 (Dalloz, 1851, I, 199), y Orléans, 8 de Enero de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 79).

el caso, el donativo es nulo y se trata de probar que la remesa ha sido hecha á título de liberalidad. Hay, pues, que aplicar el principio de que todo hecho jurídido cae bajo la aplicación del art. 1,341. ¿Es este un hecho jurídico? Puede comprobarse puesto que es una liberalidad. (1)

416. Las colectas y suscripciones para una obra de beneficencia han dado lugar á una dificultad que fué llevada ante la Corte de Casación de Bélgica. Una suscripción fué abierta para los enfermos pobres; el proyecto fué concertado por la junta de beneficencia y el cura. Este se encargó de recoger las suscripciones, y fué autorizado para ello por un acuerdo real. La autorización fué acordada bajo la condición de que los fondos serían destinados al hospital; la lista de suscripción mencionaba la condición y el destino que se daría á las sumas entregadas por los subscriptores. El producto de la suscripción llegó á 23,000 francos; el cura hizo además en su iglesia colectas para los pobres. Se negó á entregar á la junta de beneficencia los fondos recogidos; según él, solo los subscriptores tenían calidad para pedirle cuenta de las sumas que le habían entregado; la junta de beneficencia estaba sin derecho porque no era donataria y no estaba autorizada para aceptar la pretendida liberalidad que le hubiese sido hecha. En cuanto á la cantidad recogida por vía de colecta, el cura pretendía tener derecho para disponer de ella. Había en este negocio muchas irregularidades. ¿La junta de beneficencia tenía calidad para recibir donativos destinados á la construcción de un hospital? ¿Mientras que hubiere una comisión hospitalaria, no debía intervenir la autoridad comunal? Lo seguro es que el menos calificado era el cura. ¿Con qué calidad había recogido la suscripción? En nuestro concepto, había mandato tácito resultando del proyecto concertado entre la junta de beneficencia y el cura; la dislusalidad consistía en probarlo. El decreto

1 París, 22 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 27).

420. Hay casos en los que la naturaleza del hecho es dudosa. Un día destruyo la pared que mi vecino pretende haber sido medianera. ¿Seré admitido a probar por testigos que esta pared tenía señales de no medianera y que, por consiguiente, era yo su exclusivo propietario? La Corte de Amiens juzgó que la prueba testimonial no era admisible porque el objeto del litigio era superior a 150 francos (1) Esto nos parece dudoso. El modo de construcción de un muro es un hecho material; luego se puede probar por testigos. Exigir una prueba literal, es hacer inútil la disposición del Código que admite marcas ó señales de no medianería para establecer la propiedad exclusiva de la pared.

III. Hechos puros y simples.

421. El divorcio y la separación de cuerpo, pueden ser pedidos por causa de adulterio, por excesos ó injurias graves. Estos hechos pueden ser probados por testigos; son delitos, y los delitos se prueban siempre por la prueba testimonial. Transladamos á lo que hemos dicho en el título *Del Divorcio*.

La acción del divorcio se extingue por la reconciliación de los esposos. Si el demandante niega que ha habido reconciliación, el demandado dará la prueba, dice el art. 274, sea por testigos, sea por escrito. Esta es otra aplicación del principio que permite probar por testigos los hechos puros y simples. (2)

422. La posesión de estado se compone de una serie de hechos materiales que pueden probarse por testigos. Transladamos á lo que hemos dicho en el título *De la Paternidad* y *De la Filiación*. Lo mismo pasa con la identidad de un

1 Amiens, 29 de Junio de 1842 (Dalloz, 1845, 4, 425).

2 Véase el tomo III de estos *Principios*, pág. 290, núm. 205 y página 295, núm. 210.

individuo que reclama su estado. Hemos examinado en el primer libro, las dificultades que presenta la prueba en materia de estado. (1)

423. El derecho de propiedad resulta, en general, de convenciones ó de actas translativas de propiedad; son hechos esencialmente jurídicos. Hay excepciones. En cuanto á muebles, la posesión vale título (art. 2,279), y la posesión, como lo hemos dicho, se prueba por testigos. La propiedad del tesoro pertenece en parte á aquel que lo descubre, y en parte á aquel que es dueño del fundo en que la cosa estaba escondida. El hecho de la invención es un hecho material que puede probarse por testigos. Así mismo aquel que escondió la cosa, está admitido á probar por testigos que la cosa es suya. Transladamos á lo que hemos dicho en otro lugar acerca de esta cuestión. (2)

424. La posesión es un hecho, aunque produzca consecuencias jurídicas de gran importancia. ¿Deberá considerársela como hecho jurídico por razón de sus consecuencias? Nô, pues los hechos que constituyen la posesión, no producen siempre y necesariamente esas consecuencias; por sí son hechos puramente materiales, no es sino por accidente como resultan de ellos derechos y obligaciones; luego no caen bajo la aplicación del art. 1,341. Esta es la tradición, y la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo. (3) Relatarémos las aplicaciones que se han hecho del principio; la mayor parte no presentan ninguna duda.

La posesión inmemorial se prueba por testigos, porque consiste en un hecho, dice la Corte de Bruselas. Esta aplicó este principio á la posesión inmemorial de una ensiteusis; la

1 Véase el tomo III de estos *Principios*, pág. 602, nûm. 405 y páginas 592-596, nûms. 399-402.

2 Véase el tomo VIII de estos *Principios*, pág. 633, nûm. 456.

3 Pothier, *De la Prescripción*, nûm. 177. Duranton, t. XIII, página 394, nûm. 360 y todos los autores. Bruselas, 25 de Enero de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 26).

damente. ¿Pero la Corte de Casación no se había equivocado juzgando que la Corte de Apelación había violentado el artículo 1,348? ¿Es verdad que aquel que construye está en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de sus trabajos? Nō, seguramente. Luego debía dejarse á un lado el art. 1,348, y decidir, no que los trabajos entraban en la excepción del art. 1,348, pero que no entraban en la regla del art. 1,341, porque los trabajos son por sí hechos puros y simples, como lo dice la Corte de Colmar en la sentencia que acabamos de relatar (núm. 424).

426. Las convenciones son hechos jurídicos por excelencia; sin embargo, hay hechos materiales que se mezclan algunas veces á las convenciones, y que por consiguiente, pueden probarse por testigos.

El notario hace constar que la parte que se obligó á pagar cierta suma, estaba en un intervalo *lúcido*, en su momento *lúcido* dice el acta. Esto implicaba que la parte fuese habitualmente en estado de demencia.

Y no toca al notario juzgar si las personas que ante él comparecen, están ó no sanas de espíritu. La declaración del notario no hacía, pues, ninguna fe. Quedaba un hecho material, la demencia ó el intervalo lúcido; este hecho podía ser probado por testigos. ¿Se dirá que esto es probar contra el acta? Nō, pues el acta nada prueba en lo que concierne al estado intelectual de las partes contratantes. (1)

Lo mismo pasa con el estado de embriaguez en que se encuentre una de las partes. Esto es un hecho material que se prueba por testigos. (2) Y si está probado que la parte estaba incapaz para consentir por razón de la demencia ó de la embriaguez, el contrato será nulo; mejor dicho, inexistente, puesto que no hay contrato sin consentimiento.

1 Pau, 18 de Diciembre de 1807 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,093, 1º).

2 Angers, 12 de Diciembre de 1823 (Daloz, *ibid.*, núm. 348, 1º).

427. Cuando la convención está probada ó confesada y que el debate parte sobre un hecho que se liga con ella, ¿la prueba literal será de admitirse? Sí, cuando se trate de un hecho material. El comprador sostiene que el caballo que compró es mañoso. Ha sido juzgado que la prueba de este hecho puede darse por testigos; la sentencia de la Corte de Casación no es muy precisa. El comprador pretendía que no había comprado el caballo sino bajo condición, y la Corte decidió que la prueba testimonial era admisible porque solo se refería á una condición alegada por el mismo demandante. (1) Así formulada la decisión sería muy dudosa: la condición es una modalidad del contrato; luego un hecho jurídico y, por tanto, la prueba no puede hacerse por testigos.

428. El caso fortuito se prueba por testigos (núm. 405). Hay, sin embargo, un motivo para dudar cuando el caso fortuito es de tal naturaleza que produce necesariamente un efecto jurídico. La totalidad de la cosecha está destruida por un caso fortuito; el fundo está poseido por un arrendatario. Resulta que éste tiene derecho á una devolución de renta; esta es la consecuencia necesaria y jurídica de la perdida que sufrió (art. 1,769). Si embargo, es preciso decidir que la prueba testimonial es admisible porque se trata de un hecho material que por sí no engendra derecho ni obligación, lo que es decisivo. (2)

429. La ratificación, así como la confirmación, pueden hacerse de una manera tácita; es decir, que la voluntad de ratificar ó de confirmar, se inducen de hechos que implican necesariamente esta intención. Si estos hechos son materiales, la prueba testimonial será admitida. La Corte de Caen lo juzgó así, pero en términos absolutos, diciendo que la prueba por escrito no debe ser exigida cuando se trata de una ratificación tácita.

1 Denegada, 25 de Agosto de 1831 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,670).

2 París, 22 de Junio de 1872 (Dalloz, 1872, 2, 233).

430. Una administración comunal trata con un artista industrial para la compra de 30 candelabros de fundición. ¿El modelo de estos candelabros será propiedad del artista ó puede el municipio disponer de él? El municipio sostuvo que había ministrado el modelo, el artista pretendía que era un esbozo sin forma que él había reconstruido. ¿El hecho de la restitución podía probarse por testigos? Sí, según una sentencia de la Corte de Lieja que no deja ninguna duda. (1) La remesa del modelo no constaba por escrito; luego, dice la Corte, la restitución no debía estarlo tampoco. ¿Es justo este raciocinio? El hecho litigioso era una restitución. ¿Es este un hecho material puro y simple? Nō, pues debía ser probado por escrito.

IV. De los hechos mixtos.

431. Los hechos no siempre se presentan con la simplicidad que supone la teoría; sucede á menudo que un solo y mismo hecho comprende elementos complexos, material el uno y el otro jurídico. En este caso no se puede proceder de una manera absoluta y decir que la prueba testimonial es admisible porque hay un hecho material que probar, ó que no es admisible por razón del hecho jurídico que se trata de establecer. Los diversos elementos de un hecho no forman un todo indivisible; debe, pues, separárseles aplicando á cada uno los principios que rigen los hechos según que sean jurídicos ó puros y simples, probar por testigos el elemento material del hecho y por escrito en el sentido del art. 1,341, el elemento jurídico. (2)

432. La posesión es un hecho material; sin embargo, puede mezclarse con él un elemento jurídico. Pretendo ha-

1 Lieja, 2 de Febrero de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 124).

2 Aubry y Rau, t. VI, págs. 428 y siguientes, pfo. 762. Larombiere, t. V, pág. 139, nám. 7 del artículo 1,341 (Ed. B., t. III, página 156).

ber poseído por el intermedio de un tercero, que es mi arrendatario. Es preciso que pruebe que este tercero que ocupó el fundo, era mi arrendatario. ¿Cómo haré esta prueba? ¿por testigos porque la posesión es de hecho? Nó, porque el hecho es complejo: no basta que yo pruebe que un tercero ha poseído; hé aquí el hecho material que probaré por testigos; es necesario además que yo pruebe que este tercero ha poseído para mí, como mi arrendatario; este último hecho es jurídico, puesto que implica la existencia de un contrato entre el poseedor y yo, y los contratos no se prueban por testigos.

433. Reclamo daños y perjuicios á causa de la inejecución de un contrato por el deudor. Esto supone que el deudor cometió una falta. ¿Cómo probaré mi demanda? Una falta es un hecho material por descuido ó por imprudencia. ¿Puede esto decir que podré probar el objeto de mi demanda por testigos? Una falta contractual es un hecho complejo: supone desde luego una convención; luego un hecho jurídico que no se establece por testigos. Es únicamente cuando tendré probada la obligación del deudor, como podré ser admitido á establecer por testigos el hecho material de la falta así como del daño que resultó por mí. (1)

434. Es con estos principios con los que debe decidirse la cuestión de saber si la interrupción de la prescripción puede probarse por testigos. La interrupción de la prescripción puede resultar de un hecho material ó de un hecho jurídico; la ley tiene cuidado de distinguirlos. “Hay interrupción natural, dice el art. 2,243, cuando el poseedor está despojado durante un año del gozo de la cosa, ya sea por el antiguo propietario, ya por un tercero.” La palabra *natural* es sinónima de material, lo que decide la cuestión de prueba. “Una citación en justicia, una orden ó un embargo significa-

1 Duranton, t. XIII, pág. 393, n.º 359.

dos á aquel que se quiere impedir prescriba, forman la interrupción civil" (art. 2,244). La palabra *civil* indica aquí un hecho jurídico el que naturalmente se prueba por el escrito que constituye la interrupción. Según el art. 2,248, "la prescripción está también interrumpida por el reconocimiento que el deudor ó el poseedor hacen del derecho de aquel contra quien prescribían." El reconocimiento es un hecho jurídico; luego entra en la prohibición del art. 1,341. Hay además una dificultad en esta materia, cuando el reconocimiento resulta de un pago. El pago es un hecho jurídico. ¿Puede probarse por testigos? Sí, cuando no pasa de 150 francos; nó, cuando pasa de esa cantidad. Volveremos sobre este punto (1)

Núm. 2. Extinción de la prohibición.

435. La prohibición no es absoluta. Según los términos del art. 1,341, debe hacerse acta por toda cosa excediendo el valor de 150 francos. Luego cuando la cosa no pasa de este valor, la prueba testimonial es admisible. ¿Por qué á pesar de los inconvenientes y los peligros que presenta la prueba por testigos, la ley autoriza la prueba testimonial cuando el hecho litigioso solo tiene un pequeño valor? Puede decirse desde luego que el soborno es de temerse menos. Pero no es este el único motivo de la excepción que la ley hace á la regla; las transacciones de un valor menor de 150 francos se hacen, sobre todo, entre personas de las clases poco acostumbradas de la sociedad, y que por esto mismo son lo más de las veces analfabéticas. Exigir de ellas un escrito para toda especie de convención, hubiera sido obligarlas á ocurrir á un notario y, por consiguiente, sujetarlas á gastos que estarían fuera de la proporción con el valor del contrato. Es verdad que la prueba del hecho litigioso, debiendo hacerse

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 429, notas 11 y 12, pfo. 762.

por testigos, resultará origen de gastos enormes en comparación del valor módico del litigio; esto es un gran mal, pero es menor que la denegación de justicia que resultaría de la prohibición absoluta de la prueba testimonial; ésta acabaría por impedir las partes para tratar, ó las colocaría en la imposibilidad de probar su derecho en justicia. Hay otro remedio á este mal, y es que el legislador simplifique el procedimiento y disminuya los gastos. (1)

I. La cifra.

436. La ordenanza de 1667 fijaba la cifra de 100 libras como límite, fuera del cual la prueba testimonial no era admitida. Lo mismo pasaba con la ordenanza de Moulins. Al transformar la cifra de 100 libras en 150 francos, el legislador moderno no tuvo en cuenta toda la diferencia que existe entre el valor de 100 libras en los siglos XVI y XVII, y esta misma suma en nuestros días. El orador del Gobierno lo hizo notar, y atribuye la aprobación de las antiguas leyes á la mala fe de los hombres. Jaubert, el relator del Tribunal, dice que las circunstancias morales no eran propias á animar al legislador para que extendiese la prueba testimonial. Hacemos constar el motivo porque ha sido dado por los autores de la ley; hay, pues, que tenerlo en cuenta. Jaubert agrega otro motivo, y es que el uso de la escritura se ha hecho más general desde el siglo XVII. (2) Ahí está la verdadera solución del problema: instruir las poblaciones moralizándolas; conciencias ilustradas se prestarán seguramente menos á la corrupción, que conciencias cegadas por la ignorancia y las preocupaciones que la acompañan.

437. Hay casos en los que, por excepción, la prueba tes-

1 Demante y Colmet de Santerre, t. V, pág. 590, núm. 315 y página 594, núm. 315 bis 9.

2 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 210; Jaubert, Informe, núm. 26. (Locré, t. VI, págs. 185 y 232).

timonal no está admitida, aun por menos de 150 francos. El art. 1,341 consagra una de esas excepciones disponiendo que no se recibe ninguna prueba por testigos contra ó además del contenido en las actas, aunque se trate de un valor menor á 150 francos. Este es el segundo principio que el Código pone en esta materia; volveremos á ocuparnos de él.

Los contratos y actas solemnes nunca se prueban por testigos, puesto que la solemnidad es la esencia de esos hechos jurídicos, por mórbido que sea su valor. Hemos dado la aplicación de este principio á las donaciones y á los testamentos; se aplica también á los contratos de matrimonio y á la hipoteca. Hay hechos jurídicos que, sin ser solemnes, no pueden probarse sino por escrito. Tales, en nuestra opinión, la autorización expresa que el marido da á su mujer. La ley dice también que la transacción debe ser redactada por escrito (art. 2,044). Se ha pretendido que el art. 816 prescribía un escrito para la prueba de la partición; transladamos á lo que dijimos en el título *De las Sucesiones*.

Se han presentado algunas dudas acerca de la caución, porque el art. 2,015 dice que debe ser *expreso* y que *no se presume*. En nuestro concepto, no hay lugar á duda, lo mismo que para la novación, de lo que el art. 1,273 dice igualmente que *no se presume* y que la voluntad de hacerla debe resultar claramente por el *acta*: los arts. 1,273 y 2,015, solo aplican el derecho común.

El art. 1,715 establece una verdadera excepción estatuyendo que si el arrendamiento verbal no ha recibido ninguna ejecución y que una de las partes le niega, la prueba no puede darse por testigos, por muy mórbido que sea el precio. Examinaremos esta disposición en el título *De los Arrendamientos*.

438. La Corte de Bruselas juzgó, por dos sentencias, que la prueba testimonial es admitida para probar la publicación de anuncios requeridos para la venta de los bienes de

menores. Estas decisiones han sido casadas y con razón. La publicación de anuncios debe constar por procesos verbales de escribanos de diligencias; esto resulta de los arts. 1 y 4 de la ley de 7 messidor, año II, y del art. 6 de la ley de brumario, año VII. Y, cuando la ley ordena que la observación de una formalidad debe constar por escrito, excluye por esto mismo la prueba testimonial de su cumplimiento. Esto es verdad, particularmente para las formalidades judiciales, las que por su naturaleza misma deben ser justificadas por el acta misma que las constituye. La Corte de Casación dice que la práctica contraria sería de las más peligrosas consecuencias para los menores; importa que las formalidades que la ley prescribe para su protección sean rigurosamente observadas, puesto que por sí son los menores incapaces para cuidar sus intereses. (1)

II. Aplicación.

I. Primera regla.

439. El art. 1,341 dice que debe "pasarse" acta por toda cosa excediendo el valor de 150 francos. Cuando se trata de una *suma* de dinero, la ley se aplica por sí. Pero el *valor* implica necesariamente un valúo. ¿Quién valuaría la cosa? ¿Deberá ocurrirse á una expertisa? Es de principio que el juez es experto y que no debe ordenar una expertisa sino en el caso en que los documentos y las circunstancias de la causa no le permitan estimar por sí el hecho litigioso. Es, sobre todo, en materia de instrucción cuando el juez debe usar del derecho que le da la ley; si el Código prohíbe la prueba testimonial, es para evitar largos y costosos procedimientos. Sería, pues, ponerse en oposición con la voluntad del legis-

1 Casación, 10 de Diciembre de 1810 [Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,675].

lador, ordenar expertisas inútiles, pues éstas no se hacen sin gastos. Los autores están unánimes en este punto. (1)

440. ¿Debe el juez atenerse á la cifra fijada por las conclusiones del demandante? Si el demandado la contesta, no hay duda; toda contestación da al juez el derecho y el deber de recibirla. El demandado tendría interés en contestar el valúo del demandante si éste hubiese fijado un precio demasiado bajo, con el objeto de ser admitido á la prueba testimonial; esto sería burlar la ley, y el juez debe evitarlo. El Código contiene disposiciones formales en este sentido: los arts. 1,343 y 1,344 que más adelante explicaremos. Estas disposiciones autorizan al juez á desechar de oficio la prueba testimonial; creemos que tiene el mismo derecho cuando el demandante trata de burlar la prohibición mediante un valúo inexacto de la cosa. La razón para decidir es idéntica, y es que la prohibición se relaciona con el orden público y las buenas costumbres. Si el Tribunal debe desechar la prueba por testigos, cuando el demandante disminuye hasta 150 francos, debe también desecharla cuando, desde un principio, el demandante limitó su demanda á esta suma por valúo inexacto de la cosa. Así, el demandante reclama daños y perjuicios por falta de ejecución de un contrato, y los valúa en 150 francos. El demandado puede contestar esta cifra y el juez tiene el derecho y el deber de rectificarla. A nuestro juicio, lo podría también, y aun debería hacerlo aunque el demandado no contestase el valúo. Esta es la aplicación del principio que rige esta materia: la prohibición siendo de orden público, el consentimiento de las partes no dispensa al juez de la obligación de mantener la fuerza de la ley. (2)

1 Duranton, t. VIII, pág. 329, núm. 317. Bonnier, t. I, pág. 195 núm. 158. Aubry y Rau, t. VI, pág. 435, nota 30, pfo. 762. Colmet, de Santerre, t. V, pág. 598, núm. 315 bis XIV.

2 Compárese Bonnier, t. I, pág. 195; Aubry y Rau, t. VI, página 435, nota 31, pfo. 762. Larombière, t. V, pág. 13, núm. 9 del artículo 1,341 (Ed. B., t. III, pág. 156).

441. ¿Qué debe decidirse si el valor de la cosa es indeterminado? La jurisprudencia parece admitir que la prueba testimonial no es admisible si la cifra es incierta, y si no es posible fijarla de una manera exacta. En teoría, puede admitirse esta opinión. En efecto, la prohibición de la prueba por testigos es la regla (núm. 397); es solamente por excepción como la ley permite esta prueba peligrosa é incierta. Si aquel que invoca la excepción no llega á establecer el valor exacto de la cosa, queda por esto mismo bajo el imperio de la regla; es decir, de la prohibición. Pero esto no es verdad sino cuando el valúo es imposible. Tal es el caso en el que la Corte de Metz juzgó en términos demasiado absolutos, que la prueba testimonial debe ser desechara cuando el valor de la cosa es indeterminado. Una viuda había entregado en prenda por 40 francos, varios boletos del montepío: el acreedor prendista, abusando del depósito, había vendido las cosas empeñadas y, por consiguiente, se hacia imposible valuarlas. Si realmente había imposibilidad, la decisión de la Corte era justa; no podía ordenar la prueba testimonial, puesto que el resultado hubiera podido ser la prueba por testigos de un depósito excediendo 150 francos. (1)

En otro caso, la Corte de Burdeos desechará la prueba testimonial porque los perjuicios de que se quejaba el arrendatario eran indeterminados; sin embargo, la Corte condenó al propietario á pagar 100 francos por daños y perjuicios. Esto probaba que el valor de la cosa podía ser determinado; desde luego, no había motivo para desechar la prueba testimonial; el juez debió ordenar al demandante valuar el monto de su reclamación, á reserva de no tomar en cuenta la instrucción si establecía un daño superior á 150 francos. (2)

1 Metz, 31 de Enero de 1821 (Dalloz, en la palabra *Abuso de confianza*, núm. 187, 4º).

2 Burdeos, 26 de Julio de 1831 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, núm. 228, 2º).

Con mayor razón la prueba testimonial es de admitirse cuando la demanda tiene por objeto la reivindicación de un inmueble. Se juzgó, sin embargo, sin más motivo, que esta demanda debía fundarse en título. Esto es verdad bajo el imperio de una ley que ordena la transcripción; pero con arreglo al Código Civil, una acta no es necesaria para establecer la venta contra terceros; la prueba testimonial es, pues, admisible siempre que el valor de la cosa no pase de 150 francos. (1) Se ha dicho y sentenciado que el valor de los inmuebles era necesariamente indeterminado. (2) Esto no puede tomarse á lo serio: Toda cosa tiene su valor, y la ley quiere que la prueba por testigos sea admitida cuando el valor no pase de 150 francos. (3)

2. Segunda regla.

442. ¿Qué momento debe considerarse para determinar si el límite de 150 francos está ó no franqueado? ¿Será el momento en que se formula la demanda en justicia, ó aquel en que el hecho jurídico sucedió? A nuestro juicio, es en este último sentido como debe decidirse la cuestión; el texto es terminante, no dice que la prueba testimonial esté prohibida, excepto el caso en que el objeto del litigio no pase de 150 francos. La ley nada dice de la prueba testimonial, solo la prohíbe implícitamente. ¿De dónde resulta la prohibición? De que las partes debieron redactar una acta por el hecho jurídico. “Debe ser pasada acta, dice el art. 1,341, por toda cosa cuyo valor excede de 150 francos.” ¿Cuándo debe redactarse el acta? La pregunta implica la respu-

1 Lieja, 16 de Marzo de 1820 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,682, 1º, y *Pasioraria*, 1820, pág. 20).

2 Montpellier, 24 de Mayo de 1842 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 62).

3 Douai, 7 de Enero de 1836 (Dalloz, en la palabra *Venta*, número 61).

ta; se redacta el acta cuando pasa el hecho jurídico, porque es en este momento cuando la atención de las partes se lleva hacia el escrito que puede serles necesario, si se trataba de probar el hecho en justicia. Aun hay más; es únicamente en este momento cuando la redacción del acta puede ser exigida por las partes contratantes; después de pasado el hecho jurídico, la parte interesada a negarlo, rehusaría naturalmente de comprobarlo por una acta. Luego cuando el art. 1,341 dice que: debe pasarse acta por toda cosa, no puede referirse sino a la época en que las cosas suceden. El espíritu de la ley no deja ninguna duda acerca del sentido del texto. ¿Cuando deben saber las partes si es de interés suyo procurarse una prueba literal? Es en el momento en que tratan; es, pues, el valor del hecho en este momento el que es decisivo. Las partes no pueden prever qué valor tendrá el hecho cuando la demanda, pues el monto pecuniario de ésta puede diferenciar más ó menos del valor que tiene el hecho cuando interviene el consentimiento de las partes. Hay otra consideración que es perentoria en lo que concierne al espíritu de la ley. ¿Por qué la ley consagra el principio que *letras pasan testigos*? Porque las actas son redactadas en el mismo instante en que las partes tratan, cuando acaban de discutir sus intereses; un escrito redactado en tales circunstancias, presenta todas las garantías posibles de sinceridad y exactitud. Luego el art. 1,341, al ordenar redactar una acta por la cosa que pasa de 150 francos, ha debido referirse al momento en que se cumple el hecho jurídico. Y la probabilidad de la prueba testimonial, es una consecuencia de la obligación de redactar el acta; luego esta prohibición se relaciona igualmente con la época en que el hecho jurídico pasó. El principio que acabamos de señalar, no está al abrigo de controversia. Comenzaremos por deducir de él las consecuencias que la ley misma consagra en los arts. 1,344 y 1,343. Estas consecuencias confirmán

el principio. Después contestarémos á la objeción que se toma en el art. 1,342.

(a) *Del caso previsto por el art. 1,344.*

443. "La prueba testimonial en la demanda de una suma aun menor de 150 francos, no puede ser admitida sino cuando dicha suma está declarada ser el resto ó hacer parte de un crédito mayor que no está probado por escrito" (artículo 1,344). En estos dos casos, el demandante reclama una suma menor de 150 francos; si la admisión de la prueba testimonial dependiera de la cifra de la demanda, debería ser admitido á probar por testigos que se le deben 100 ó 150 francos. Sin embargo, la ley decide que esta prueba no debe ser admitida, ¿por qué? porque la suma reclamada está declarada ser el resto ó hacer parte de un crédito mayor, el que pasando la suma del valor de 150 francos, hubiera podido ser comprobado por escrito. Es, pues, porque el hecho jurídico en el momento en que sucedió, era de un valor superior de 150 francos por lo que Código desecha la prueba testimonial. Las partes son culpables; por razón del monto pecuniario de su convención debieron redactar una acta según el art. 1,341; si no lo hicieron, la consecuencia será no admitirlas á la prueba testimonial. (1)

Se objeta que esta decisión es contraria á otro principio. La prohibición de la prueba testimonial está fundada en parte en el temor de los falsos testimonios, y en el sistema de la ley el soborno no es ya de temerse cuando la cosa tiene un valor menor de 150 francos; luego si el interés del litigio no pasa de 150 francos, debiera admitir la prueba testimonial. De esto se concluye que la prohibición de la prueba testimonial no se funda en el temor de los falsos testi-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 36, núm 44.

monios ó que la ley es inconsecuente. Contestamos que si el hecho jurídico excede de 150 francos, los testigos vendrían á declarar acerca de este hecho al decir que la suma reclamada es el resto de una deuda de 200 francos; y, más allá de 150 francos, la ley no da fe á los testimonios; luego debía rechazar la prueba testimonial en ambos casos previstos por el art. 1,344.

444. ¿Cuál es el sentido de las últimas palabras del artículo 1,344: "un crédito mayor que no está probado por escrito?" La redacción supone que hay casos en que el demandante emplea la prueba testimonial, cuando el crédito de que reclama el resto ó una parte, está probado por escrito. Toullier se propuso buscar cuáles podían ser estas hipótesis. Hay una explicación más sencilla. (1) Se debe siempre interpretar la ley según la materia que trata, *pro subiecta materia*, como se dice en la escuela. ¿Cuándo debe un crédito ser probado por escrito? Cuando no pasa de 150 francos. Luego un crédito más fuerte que no está probado por escrito es un crédito por el que, en razón de su valor, las partes debieron hacer una acta conforme á la regla establecida por el art. 1,341.

445. Un crédito de 300 francos se divide entre dos herederos por mitad. El uno reclama en justicia los 150 francos que se le deben. ¿Deberá ser admitido á la prueba por testigos? El Tribunado ha previsto la dificultad y la decidió negativamente. (2) Esta solución no es dudosa. Se considera no la cifra de la demanda, sino el valor pecuniario de la cosa en el momento en que las partes han tratado; este valor siendo de 300 francos, debía haberse redactado una acta. Si el acreedor hubiera reclamado su crédito, no se hubiera admitido á la prueba por testigos, y sus herederos

¹ Aubry y Rau, t. VI, pág. 431, nota 17, pfo. 762. Compárese Toullier, t. V, pág. 39, núm. 47.

² Observaciones del Tribunado, núm. 75 (Locré, t. VI, pág. 132).

no podían tener un derecho que el difunto no tenía. Esta es la opinión de Pothier y de todos los autores. (1)

446. El acreedor reclama 100 francos á título de intereses del capital de 2,000 francos sin pedir la devolución del capital. ¿Puede probar su demanda por testigos? La negativa es segura. Poco importa la cifra de la demanda; debe considerarse el valor del hecho jurídico en el momento en que sucedió; y para un crédito de 2,000 francos debía redactarse una acta. Es verdad que la demanda no interesa ba el capital, pero para justificar la demanda de intereses, el acreedor debe probar cuál es el monto de su capital; lo que es decisivo.

447. El demandante no reclama sino 150 francos; se le admite á la prueba testimonial. Pero los testigos declaran que su crédito es de 200 francos. ¿Podrá el juez tomar en cuenta esta declaración para justificar la demanda? Nó, pues el resultado de la instrucción prueba que no podía ser ordenada. El demandante quería evitar la prohibición de la prueba testimonial y substraerse á la aplicación del artículo 1,344. Debió haber declarado que la suma de 150 francos que reclamaba era parte de un crédito mayor; y si hubiese hecho semejante demanda, el juez la hubiera desechar do. Debe suceder lo mismo si, para evitar la ley, no hace esta declaración. El juez nunca puede fundar su sentencia en una instrucción que, por razón del valor de la cosa, no debió haber sido ordenada. (2)

448. Vendo una cosa en 300 francos. El comprador paga en cuenta 150. Reclamo en justicia los 150 francos que me quedan á deber. ¿Seré admitido á la prueba testimonial? Sí, dícese, pues mi crédito nunca fué mayor de 150

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 789. Toullier, t. V, 1, pág. 43, núm. 51, y todos los autores (Aubry y Rau, t. VI, pág. 431, nota 16, pfo. 762).

2 Toullier, t. V, 1, pág. 36, núm. 45. Aubry y Rau, t. VI, página 430, nota 15, pfo. 762.

francos; luego no debía hacerse acta para él. Esto nos parece dudoso. ¿Cuál es el hecho jurídico intervenido entre las partes? Una venta. ¿Cuál era la importancia pecuniaria del contrato? ¿Era el precio de 150 francos ó el de 300? Era de 300 francos; luego debía hacerse acta, según el artículo 1,341. Este es, en realidad, el caso previsto por el artículo 1,344: la suma de 150 francos que reclamo es el resto de un crédito mayor; luego la prueba testimonial no puede ser admitida. Si lo fuera, los testigos vendrían á declarar por un hecho jurídico de 300 francos reducido por un pago parcial de 150, lo que los arts. 1,341 y 1,344 no permiten. (1)

449. Pothier supone el caso siguiente: La deuda es de 300 francos; el deudor paga 150, y en presencia de dos testigos ofrece pagar dentro de seis meses los 150 francos que todavía debe. ¿Será admitido el acreedor á probar por testigos dicha deuda? Sí dice Pothier, y casi todos los autores son de su parecer: Aubry y Rau hasta dicen que esto es evidente. A nuestro juicio, la cuestión debe ser decidida en sentido contrario. ¿Cuál era el valor pecuniario del hecho en el momento en que sucedió? Era de 150 francos; luego debía hacerse acta, según el art. 1,341 y, por consiguiente, la prueba testimonial es inadmisible. ¿Qué reclama el demandante? 150 francos que le quedan á deber por un crédito más fuerte; estos son los términos del art. 1,341; luego no puede admitirse la prueba testimonial. Lo que se dice en apoyo de la opinión contraria, confirma nuestra decisión. No es una reducción de un antiguo crédito, dice Toullier, es una *nueva obligación posterior á la primera*, la que se trata de probar por testigos, y esta nueva obligación no pasa de

1 Larombière, t. V, pág. 57, núm. 17 del artículo 1,341 (Ed. B., t. III, pág. 158). En sentido contrario, Duranton, t. XIII, pág. 339, núm. 322.

150 francos. Contestamos que si hubiere una nueva obligación en lugar de la primera, hubiera novación. Y no hay novación sino cuando hay un nuevo deudor ó un nuevo acreedor, ó una nueva deuda; y en el caso, el deudor, el acreedor y la deuda eran los mismos. No hay, pues, nueva obligación; es la antigua que subsiste, saldada en parte, lo que hace aplicable el art. 1,344. Los editores de Zachariæ no se han atrevido á decir que había novación; es un reconocimiento, dicen. ¿Pero cuál es el efecto del reconocimiento? ¿Es una deuda deuda nueva que se forma? Nô; luego la antigua deuda subsiste, y lo que reclama el acreedor es un *resto* de lo que se le debía. (1)

(b) *Del caso previsto por el art. 1,343.*

450. El art. 1,343 dice: "Aquel que formuló una demanda excediendo 150 francos, no puede ya ser admitido á la prueba testimonial, aun disminuyendo su primitiva demanda." Demando por 200 francos; no pudiendo probar mi crédito, disminuyo mi demanda á 150 francos. La ley no me permite probar mi crédito por testigos; si la ley tuviera en cuenta la suma reclamada en justicia, debería admitir la prueba testimonial; la desecha porque considera el momento en que el hecho jurídico tuvo lugar, y en ese momento, según confesión del acreedor, la cosa excedía el valor de 150 francos, debía haber hecho una acta; no habiéndolo hecho, no podía ser admitido á la prueba testimonial. Toullier dice que la aplicación que la ley hace del art. 1,341 es muy rigurosa. Si el acreedor, dice, reduce su demanda á 150 francos, ya no es de temerse el soborno de los testigos, y es-

¹ Larombière, t. V, pág. 53, núm. 15 del artículo 1,341 (Ed. B., t. III, pag. 158). En sentido contrario, Pothier. *De las Obligaciones*, núm. 790. Toullier, t. V, 1, pág. 38, núm. 46; Duranton, t. XIII, pág. 339, núm. 332. Mareadé, t. V, pág. 121, núm. 3 del artículo 1,344. Aubry y Bau, t. VI, pág. 431, nota 18, pfo. 762.

te es el motivo de la prohibición; cesando éste, la prohibición debería también cesar. (1) Contestamos á la objeción que el acreedor se halla en falta; debió redactar acta por el crédito, según el art. 1,341, pues que era mayor de 150 francos; debe sufrir la consecuencia de su descuido. Por otra parte, si los testigos declarasen, lo harían acerca de un hecho jurídico mayor de 150 francos, lo que la ley no permite.

451. El art. 1,343 supone que el acreedor reduce su demanda para ser admitido á la prueba testimonial; quiere, pues, evitar la prohibición, y esta es una razón decisiva para mantenerla. Pero pudiera suceder que la demanda primitiva fuese por error; el demandante creía que se le debían 200 francos y se equivocó: su crédito solo era de 150. ¿Será admitido á probar su error? Toullier cree que el art. 1,344 no permite la prueba testimonial. Si así fuese, tendría razón para quejarse del rigor del Código. Pero no es tal el espíritu de la ley. Hay además el principio general que permite pedir la nulidad de todo hecho jurídico viciado por error. El acreedor puede, pues, corregir la demanda probando que se equivocó: esto es de derecho común, y el Código no lo deroga en el art. 1,343. (2)

(c) *Del caso en que el hecho jurídico es inferior á 150 francos.*

452. Se supone que la convención, en el momento en que fué formada solo tenía un valor de 150 francos. La demanda es mayor que esta cifra: ¿Podrá probarse por testigos? Este caso no está previsto por el Código. Si se admite el principio tal como lo acabamos de exponer, según los artículos 1,341, 1,343 y 1,344, la solución no es dudosa. No es la cifra de la demanda la que debe considerarse, es el valor

1 Toullier, t. V, 1, pág. 33, núm. 42.

2 Compárese Aubry y Rau, t. VI, pág. 431, nota 19, pfo. 762.

gla establecida por el art. 1,341. Lo que ha equivocado á los partidarios de la opinión contraria, es que no han reflexionado que el hecho previsto por el art. 1,342 es un hecho complejo. Le presto á usted con intereses una suma de 150 francos: ¿no es esta suma el valor del hecho jurídico? Nô, pues ademá- de los 150 francos usted debe los réditos; éstos comienzan á contarse desde el dia del préstamo y en virtud de éste; luego los 100 francos que yo reclamo se me deben en virtud de la convención, ésta sobrepasa, por consiguiente, de 250 francos por razón de los accesorios que se comprenden en ella: por tanto, debí de redactar una acta por aplicación del art. 1,341; el acreedor podía y debía prever que el valor de la cosa iría creciendo cada dia. ¿Se dirá que regularmente los intereses están pagados y que, por consiguiente, no podía esperarse un crecimiento del crédito? Se contestará que desde el momento en que los intereses no son pagados, sabe que su demanda pasará de 150 francos, que, por consiguiente, cometió una falta en no exigir un escrito del deudor que no paga los intereses. Así, el texto y el espíritu de la ley concurren para que se deseche la prueba testimonial. (1)

454. Es en este sentido como debe aplicarse el artículo 1,342. El acreedor pide el capital; los intereses habiéndole sido pagados ¿se le admitirá á probar por testigos que se le deben 150 francos? Nô, no es la cifra de la demanda la que debe considerarse, es el valor del hecho jurídico que tuvo lugar. Y en aquel momento no se trataba de una deuda de 150 francos, sino de un préstamo de 150 francos con estipulación de intereses; luego de un valor pasando de 150 francos; debía haberse hecho una acta y, á falta de ésta, la prueba testimonial no será admitida. (2)

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 434, nota 27. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 604, nûm. 316 *bis* I.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 605, nûm. 316 *bis* II,

El acreedor demanda los intereses por 50 francos: ¿podrá probar su demanda por testigos? Nô, porque no puede reclamar los intereses sino probando la convención en virtud de la cual éstos le son debidos. Y esta convención es compleja; bien que aparentemente solo sea de 150 francos como lo suponemos; en realidad, excede este valor; luego debía constar por acta y, á falta de ésta, no es admisible la prueba testimonial. (1)

El acreedor demanda 150 francos, intereses comprendidos. Durante la instancia, los intereses continúan corriendo, de manera que cuando la sentencia, el crédito es ya de 160 francos. ¿Podrá el juez decidir por el resultado de la instrucción? Sí, por confesión de todos. En efecto, es de principio que la posición del demandante está fijada en el momento de la introducción de la instancia. Las demoras de la justicia no deben, pues, perjudicarle; y como la demanda solo versaba sobre 150 francos, el art. 1,342 no es ya aplicable; desecha la prueba testimonial en el caso en que el capital y los intereses reunidos excedan de la suma de 150 francos. Luego admite implícitamente la prueba por testigos si el total no pasa de esta cantidad. (2) Esto nos parece bastante dudoso é inconciliable con las decisiones que acabamos de dar conforme á la doctrina de los autores. No debe considerarse el valor de la demanda, lo que decide es el monto del hecho litigioso; y este hecho era, lo suponemos, un préstamo de 100 francos con estipulación de intereses; es decir, un hecho complejo creciendo cada día; desde luego, debía ser comprobado por escrito de conformidad con la regla del art. 1,341, y á falta de acta, la prueba testimonial debe ser desechada. Tal es el rigor del principio.

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 434, nota 28 pfo. 762.

2 Duranton, t. XIII, pág. 332, núm. 319. Aubry y Rau, t. VI, pág. 434, nota 26, pfo. 762. Colmet de Santerre, t. V, pág. 605, número 316 bis III.

El argumento que se saca del texto del art. 1,342, nos impresiona poco, es un argumento *á contrario*, y la disposición de que se le deduce es una aplicación de la regla; debe, pues, remontarse á la regla, y ésta no nos parece dudosa.

455. Una cláusula penal está estipulada por un simple atrazo en la ejecución de la obligación. ¿Deberá reunir al capital la suma que el deudor debe por dicha pena, para determinar si el acreedor podrá ser admitido á la prueba testimonial? Es segura la afirmativa. Procede de la regla de la que el art. 1,342 contiene la aplicación. Cuando estipulo 150 francos, más una pena de 25 por retardo, el hecho jurídico monta á 175 francos, lo que me coloca bajo el imperio de la regla que exige una acta. (1) Se objeta que hay una diferencia entre el caso previsto por el art. 1,342 y la cláusula penal: los intereses corren necesariamente, tiene siempre derecho á ellos, mientras que la pena solo deberá en el caso que el deudor tarde su pago. La deuda no es, pues, necesariamente superior á 150 francos. Esto es verdad, pero basta que la deuda pueda pasar la suma fijada para que el art. 1,341 sea aplicable. Las deudas condicionales que exceden de 150 francos deberían sin duda alguna constar por escrito; y, la pena es una deuda condicional, lo que es decisivo.

456. No pasaría lo mismo si ninguna pena hubiese sido fijada y si el acreedor reclamase daños y perjuicios por causa de la demora del deudor; aunque el capital unido á los daños y perjuicios pasase de 150 francos, la prueba testimonial sería admisible si el hecho jurídico no excedía de esta cantidad. Esto es, en apariencia, contradictorio; la cláusula penal no es otra cosa sino la compensación del perjuicio que sufre el acreedor por la demora. ¿Por qué, pues, los daños y perjuicios convencionales no pueden probarse por testigos, mientras que se prueban por testigos los daños y perjuicios

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 434, pfo. 762.

judiciales? La razón está en que la cláusula penal es un hecho jurídico, que á este título cae bajo la aplicación del art. 1,341; los daños y perjuicios judiciales al contrario, resultan de la demora; es decir, de una falta del deudor; y la falta es un hecho material que siempre puede probarse por testigos. (1)

4. Cuarta regla.

457. Queda una dificultad, es la de determinar en qué consiste el objeto que forma la materia del hecho cuya prueba debe ser ministrada en justicia. Aquí debe tomarse en cuenta el litigio; es el objeto del proceso el que determinará si la prueba testimonial es ó no admisible, según que se tratara de un valor inferior ó superior á 150 francos. Un solo y mismo hecho jurídico puede ser objeto de distintas contestaciones; tal es el pago. Ordinariamente se le invoca para establecer la liberación del deudor; en este caso, no hay ninguna duda; el pago es un hecho jurídico; luego no puede probarse por testigos cuando la suma pagada pasa de 150 francos. Pero el pago puede también invocarse como hecho de ejecución de la obligación, ya sea para inducir que la prescripción ha sido interrumpida, ya sea para probar la confirmación de una obligación de la que el deudor podía pedir la nulidad. ¿Qué forma el objeto del debate en estos casos? No es el pago como tal, es la interrupción de la prescripción ó la confirmación de la obligación. Hay en estos casos un hecho complejo que probar: el pago desde luego, puesto que se le contesta; pero el pago no es un hecho aislado, no es la liberación la que hace el objeto del debate. ¿Se quiere la prueba? Si se tratase de probar la liberación, el deudor sería demandante, y sería en su interés como se comprobaría que la deuda ha sido pagada. En el caso, su-

1. Aubry y Rau, t. VI, pág. 435, nota 29, pfo. 762.

cede lo contrario, el acreedor es quien se prevalece del pago contra el deudor; éste lo niega, mientras que el acreedor alega en su interés para inducir que la obligación habiendo sido ejecutada, se interrumpió la prescripción ó la nulidad está cubierta por la confirmación tácita. De esto se sigue que para determinar si el pago puede probarse por testigos, no basta tener en cuenta la suma pagada; es necesario también considerar el valor del hecho jurídico; luego si la obligación que el demandante sostiene no haber prescripto ó ser confirmada es superior á 150 francos; la prueba por testigos no será admitida aunque la suma pagada fuere menor que esta cantidad. (1)

La jurisprudencia, después de titubear algo, se ha pronunciado en este sentido. Se trata de una renta cuyo capital es de 1,000 francos; el deudor rentista sostiene que la renta está prescripta: el acreedor le opone que la prescripción ha sido interrumpida por el pago de los réditos durante uno ó varios años. Si los réditos pagados exceden de la suma de 150 francos, no hay ninguna duda; el pago, aunque invocado para establecer la interrupción de la prescripción, no es un hecho material, es un hecho esencialmente jurídico y que no deja de serlo aunque no se trate de la liberación del deudor; esto decide la cuestión. Hay sentencias en sentido contrario; (2) es inútil discutirlas; lo que acabamos de decir prueba suficientemente que esas decisiones son contrarias á la ley y á los principios. Si los réditos no han sido pagados sino durante un año, se trata en apariencia de un hecho jurídico de 50 francos, y se pudiera creer que la prueba testimonial es admisible. La Corte de Casación juzgó con razón que no lo era porque el objeto de la contestación no es el pago, es la interrupción de la prescripción; hay, pues,

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 433, nota 25 y los autores allí citados.

2 Bruselas, 10 de Diciembre de 1812 (*Dalloz, Obligaciones*, número 4,652, 1º) y 21 de Noviembre de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 245).

que ver cuál es el valor de la obligación que el acreedor pretende ha sido conservada por la interrupción de la prescripción, y este valor pasando de 150 francos, la prueba testimonial debe ser desechada. (1) Lo mismo sería por idéntidad de razones, si se tratase de la confirmación de una obligación que el acreedor pudiese probar por la ejecución voluntaria; es decir, por el pago.

Nºm. 3. Sanción de la prohibición.

I. Artículo 1,345.

458. El acreedor hace varias demandas en la misma instancia; ninguna está probada por escrito. ¿Será admitido á la prueba testimonial? No hay ninguna duda si las demandas unidas no exceden de la suma de 150 francos. Pero se supone que pasan esta suma. En principio, debiera decidirse que cada crédito formando un hecho jurídico aparte, debe aplicarse á cada uno de ellos la regla que admite la prueba testimonial cuando el valor del hecho jurídico no pasa de 150 francos. La aplicación de la regla no sería dudosa si los créditos proviniesen de diferentes causas, y si se han formado en diferentes épocas. En efecto, el acreedor está entonces con derecho para decir que cada crédito forma un hecho distinto, y puede, pues, invocar el art. 1,341, según el cual la prueba por testigos es admitida por toda cosa que no exceda la suma ó el valor de 150 francos.

Tal es la jurisprudencia antes de la or'enza de 1667. Boiceau califica la cuestión de ligera: dice que la prueba testimonial debe ser admitida desde que las demandas aunque formadas formuladas en un mismo pedimento y excediendo 100 libras, se fundan en diferentes convenciones. Boiceau agrega que es inútil insistir en este punto, puesto

1 Casación, 18 de Enero de 1854 (Daloz, 1854, 2, 220); 17 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1858, 1, 459).

que esta era la opinión de todos los prácticos. (1) La ordenanza de 1667 (título XX, art. 5), decidió la cuestión en sentido contrario, como lo hace también el art. 1,345: "Si en una misma instancia una parte hace varias demandas de las que no haya título por escrito y que reunidas no excedan de la suma de 150 francos, la prueba testimonial no puede ser admitida aunque la parte alegue que los créditos provienen de diferentes causas y que se han formado en diversas épocas." Cuando la discusión de la ordenanza de 1667, la innovación propuesta por Pussort el redactor del proyecto, fué combatida por el primer presidente Lamoignon quien dijo que el artículo era contra derecho y contra la costumbre. Pussort contestó que la disposición tenía por objeto impedir que por medio de "falsos testigos" pudiera hacerse dueño del bien ageno. (2) L'othier confiesa que en principio la prueba testimonial debiera ser admitida, pues dice: la ordenanza no habiendo prescripto levantar actas sino por cosas que exceden del valor de 100 libras, parece que no puede imputarse al demandante el no haberse procurado una prueba literal y que la prueba testimonial debe ser recibida. Agrega que la ordenanza de 1667 rehusó la prueba por testigos al demandante para impedir que los malvados sobornasen á los testigos que declararían que sumas considerables se debían por diversas causas.

Los autores del Código han reproducido la disposición de la ordenanza. Bigot-Préameneu da como motivo que los testigos no merecen más fe acerca de la causa ó de la época de la deuda que acerca de la misma deuda; agrega que hubiera sido un medio fácil de evitar la prohibición de la prueba testimonial. (3) Esta última razón nos parece decisiva (4)

1 Boiceau, c. XVIII, núm. 12, pág. 565.

2 Toullier, t. V, 1, pág. 41, núm. 49.

3 Exposición de motivos, núm. 209 (Loeré, t. VI, pág. 185).

4 Duranton, t. XIII, pág. 347, núm. 324. Marcaudé, t. V, pág. 128, núm. 4 del artículo 1,345.

á pesar de las críticas de Toullier. La prohibición debe tener una sanción; se necesitaba, pues, vigilar ante todo, á que no pudiera eludirse. Tal es el objeto del art. 1,345, y no hay que olvidarlo cuando se trata de interpretarlo.

459. ¿Cómo deben entenderse estos términos del artículo: "la prueba por testigos no puede ser admitida?" ¿Esto quiere decir que ninguno de los créditos puede ser probado por testigos? Esta es la interpretación generalmente admitida. (1) Colnet de Santerre dice muy bien que es contraria al sentido gramatical de la ley, pues la frase parece referirse á todo lo que precede; es decir, al pedimento que comprende *varias demandas* de las que no hay títulos escritos cuando *juntas* no exceden de la suma de 150 francos. Es, pues, la demanda complexa la que no puede ser probada por testigos; el texto no dice que los créditos separados no pueden ser probados por testigos. (2) La opinión general es contraria al espíritu de la ley. ¿Por qué rehusa la ley al acreedor la prueba testimonial? Porque pide más de 150 francos; si hubiere demandado por menos, se le hubiera admitido seguramente á dicha prueba. Luego no se le puede negar para los créditos con respecto á los que la ley no presume ningún fraude y para los que ninguna falta puede imputarse al acreedor. Y, por sumas menores de 150 francos, la ley no sospecha el soborno de los testigos; y mientras que los varios créditos no pasan esa cifra, no puede imputarse ninguna falta al acreedor. Esta última consideración nos parece decisiva. El mayor reproche que se hace al artículo 1,345, es que el acreedor está castigado sin que tenga culpa, puesto que cada uno de sus créditos es inferior á 150 francos. ¿Qué contesta Pothier? "Con relación á la objeción, la respuesta es que el acreedor no está obligado á pro-

1 Bruselas, 7 de Febrero de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 53). Aubry y Rau, t. VI, pág. 436, nota 33, pfo. 762.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 608, númer. 318 bis IV.

curarse una prueba literal, *mientras que sus créditos no excedan de 100 libras*; pero cuando á los que no exceden esta suma, agrega un nuevo crédito que hace subir el monto de sus créditos á más de 100 libras, debe redactar una acta." Su falta no comienza, pues, sino en el momento en que sus créditos exceden la suma de 100 libras; estando sin falta por los créditos anteriores, debe ser admitido á probarlos por testigos.

460. El art. 1,345 dice: "Si en la misma instancia una parte hace varias demandas *de las que no haya título por escrito*, etc." ¿Cómo deben entenderse estas palabras? Se les interpreta en este sentido: que no se toman en cuenta los créditos que pueden por excepción probarse por testigos, cualquiera que sea la suma que tengan, porque estos créditos no deben ser probados por escrito; hay, pues, que dejarlos á un lado. El demandante reclama 150 francos por préstamo y 200 por depósito necesario; aunque las dos demandas unidas lleguen á 350 francos, se admitirá la prueba de cada una de ellas por testigos, porque para la primera, no se necesitaba acta, según el art. 1,341, y en cuanto á la segunda, el acreedor estaba en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, lo que lo autoriza para la prueba por testigos. Lo mismo sucedería si para el crédito de 200 francos el demandante tuviese un principio de prueba por escrito. Acerca de este último punto la ordenanza de 1,667 era formal, decía: "Si en una misma instancia la parte hace varias demandas de las que no haya prueba ó *principio de prueba por escrito*." Los autores del Código no habiendo reproducido estas últimas palabras, se podía concluir que han entendido derogar á la ordenanza, pero la derogación no se explicaría y ningún rastro se halla en los trabajos preparatorios que indique la voluntad de innovar. El espíritu de la ley no deja duda. Bigot-Prémeneu dice que el art. 1,345 tiene por objeto impedir que un malvado eluda la prohibición de

la prueba testimonial; esto supone que hay una prohibición, y cuando se trata de créditos por los que la ley admite indefinidamente la prueba por testigos, la prohibición cesa; no puede, pues, tratarse de eludir una prohibición que no existe. (1)

¿ El art. 1,345 se aplica á la cuenta de tutela? Hemos examinado la cuestión al tratar de la tutela. (2)

461. La ley hace una excepción á la prohibición de la prueba testimonial en el caso previsto por el art. 1,345, cuando los derechos reclamados por el demandante "proceden por sucesión, donación ú otro, de personas diferentes." La razón es sencilla, no puede sospechar el fraude sino cuando es un solo acreedor el que contrata. Si es acreedor por 150 francos como heredero de Pedro, por 150 francos colegatario de Pablo y de 150 francos como donatario de Carlos y si por sí tiene un crédito de 150 francos, reclamaría por todo 600 francos; sin embargo, no puede aplicársele el artículo 1,345, será admitido á la prueba testimonial. Hay en el caso, cuatro acreedores diferentes, cada uno de los cuales tenía derecho para probar su crédito por testigos; su legatario debe tener el mismo derecho; no hay ninguna sospecha de fraude; luego no hay lugar á prohibir la prueba testimonial para prevenir el fraude.

II. Artículo 1,346.

462. "Todos las demandas, cualquiera que sea su título, que no estén enteramente justificadas por escrito, son hechas en un mismo pedimento, después del cual, las demás que no tuviesen prueba por escrito no serán admitidas" (artículo 1,346). Se admite generalmente que esta disposición tiene un doble objeto. En primer lugar es una sanción del

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 437, nota 35, y los autores que allí se citan.

2 Véase el tomo V de estos *Principios*, pág. 175, núm. 135.

artículo que precede. Lo que es evidente. El art. 1,345 supone que las diversas demandas han sido formadas en la misma instancia. Sería muy fácil eludir esta disposición si el pretendido acreedor pudiera introducir diversas demandas para cada uno de los créditos que reclama. Es, pues, necesario una sanción á la prohibición; consiste naturalmente en ordenar que todas las demandas estén comprendidas en un mismo pedimento.

Acerca de este primer punto no hay ninguna duda; y, así entendida, la disposición es muy sencilla y de una explicación fácil: se relaciona con el art. 1,345, y debe ser interpretada en el mismo sentido. Pero se pretende que el artículo 1,346 tiene además otro objeto, y es el de prevenir la multiplicidad de los procesos que son ruinosos para el deudor, sobre todo cuando se trata de pequeños créditos, porque los gastos absorben y pasan el monto del litigio. De esto se deduce una serie de consecuencias que ya no tienen nada de común con la prohibición de la prueba testimonial de que se trata en el art. 1,345. ¿En qué se funda uno para admitir que el art. 1,345 tiene hacia un objeto que parece extraño á la acción en la que esta disposición está colocada?

El art. 1,346 está tomado de la ordenanza de 1667 (título XX, art. 6). Si la ordenanza hubiese tenido el sentido que se da al art. 1,346, Pothier lo hubiera seguramente dicho, pues las consecuencias que de ella se deducen son muy graves. Pues bien, Pothier no dice absolutamente nada. Si guarda silencio acerca del art. 6, ¿no será porque en su pensamiento el art. 6 se confunda con el art. 5 de que forma la continuación y que está destinado á sancionar? Esta suposición se justifica por lo que dijo el guardasellos Pussort, cuando la discusión de la ordenanza. "Sí, dijo, no se reducían todas las acciones en junto, no faltarían testigos falsos para declarar, pero el art. 6 previó el caso." Se ve que el autor

de las disposiciones que se han transformado en los artículos 1,345 y 1,346, está únicamente preocupado del peligro del soborno de testigos; este es el único motivo de la sanción que propone para impedir que eluden las prohibiciones de la ordenanza.

Hé aquí la tradición. ¿Los autores del Código habrán tenido la intención de innovar? La Exposición de motivos nada dice, y el orador del Tribunado solo da un motivo para todas las disposiciones que siguen la regla establecida por el art. 1,341: "El proyecto, dice, toma todas las precauciones para que no pueda nunca ser eludida." En seguida analiza los arts. 1,342-1,346; tienen todos un solo y único objeto, aquel que acaba de señalar el relator del Tribunado. (1). Si el art. 1,346 tuviese además otro objeto, Jaubert lo hubiera mencionado. Tal es también la interpretación que la mayor parte de los autores dan al art. 1,346. (2) Los autores modernos han creído encontrar en el texto del art. 1,346 la prueba de haber diferencias esenciales entre esta disposición y la del art. 1,345, y dicen que esas diferencias no pueden explicarse sino por el doble objeto que se atribuye al legislador. (3) ¿No es esto hacer decir á la ley lo que no pensó decir el legislador? Esto es lo que vamos á examinar entrando en las dificultades de la materia.

463. ¿El art. 1,346 es aplicable cuando las demandas unidas no exceden la suma de 150 francos? En nuestra opinión la negativa es segura. El art. 1,346 tiene por objeto sancionar la prohibición del art. 1,345 y esta última disposición dice terminantemente que la prueba por testigos solo puede ser

1. Jaubert, Informe, núm. 27 (Loiré, t. VI, pág. 233).

2. Duranton, t. XIII, pág. 352, núm. 326. Zacharie, edición de Massé y Vergé, t. III, pag. 521. Demante, t. V, pág. 608, núm. 319.

3. Aubry y Rau, t. VI, pág. 437, nota 37, pfo. 762. Marcadé, tomo V, pág. 129, núm. 1 del art. 1,346. Colmet de Santerre, t. V, página 609, núm. 319 bis I.

admitida cuando las demandas juntas no exceden la suma de 150 francos. Tal es también el espíritu de la ley. ¿Cómo una disposición que sanciona una prohibición, pudiera tener otro sentido que la prohibición? ¿Y de cuál prohibición se trata en todos los artículos de nuestra sección, sino de la prohibición de probar por testigos una cosa que excede el valor de 150 francos? (1)

En la opinión contraria, se enseña que el art. 1,346 recibe su aplicación aunque las demandas reunidas no excedan esta cifra. ¿En qué se funda uno para esta interpretación? (2) Desde luego en el texto del art. 1,346, que está concebido en términos generales. Es verdad que dicho artículo no repite la restricción concerniente al límite más allá del cual la prueba por testigos no está generalmente admitida; pero no es necesario repetirle cuando el art. 1,346 es la continuación del art. 1,345. No sería interpretar la ley sanamente, el aislar de la disposición sancionada, la disposición que la sanciona. Cuando dos artículos no forman sino uno, debe tenerse en cuenta la primera parte de la ley para interpretar la segunda que la completa. Se invoca el espíritu de la ley; quiere, se dice, evitar la multiplicidad de los procesos. Hemos contestado de antemano á este argumento que hace decir á la ley lo que no dice. Cuando una disposición tiene por objeto esencial sancionar otra disposición, tiene además otro objeto diferente, el legislador debe decirlo, en lugar de dejar que se adivine su pensamiento; si no lo dice, es muy probable que el pensamiento que se le supone sea el de los intérpretes y no el suyo.

464. ¡El art. 1,346 es aplicable á los derechos y créditos cuya prueba testimonial es indefinidamente admisible, particularmente á los casos en que hay un principio de prueba

1 Larombière, t. V, pág. 66, núm. 11 del artículo 1,346 (Ed. B., t. III, pág. 177).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 438, nota 38 del pfo. 762.

por escrito, y al caso en que el acreedor ha estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal? Nô, á nuestro juicio, y por la misma razón, y es que el art. 1,346 es sanción y continuación del art. 1,345, debe interpretarse por esta última disposición. No se debe, por consiguiente, tener en cuenta los créditos que se prueban por testigos, cualquiera que sea su valor. Se nos opone el texto que, aparentemente, difiere del texto del art. 1,345. El art. 1,346 dice: las demandas que no están *enteramente justificadas por escrito*; mientras que el art. 1,345 dice únicamente: las demandas de las que no haya *título escrito*. Luego, se dice, el artículo 1,346 es restrictivo; no puede por cierto decirse que un crédito que se prueba por testigos con un principio de prueba por escrito, esté *enteramente justificado*. Se concluye que hay una diferencia entre ambos artículos y que el intérprete debe tomarla en consideración. Nosotros decimos que la diferencia es imaginaria. El art. 1,345 habla de las demandas *de las que no hay título por escrito*. ¿Puede decirse de un crédito que se prueba por *testigos* con un principio de prueba por escrito, que tenga un *título escrito* de la demanda que se hace? Un *título* es una *acta*; y, precisamente cuando se ocurre á la prueba testimonial apoyándose en un principio de prueba por escrito, es que no se tiene *acta*; luego tampoco *título*: Es acaso un *título* el principio de prueba por escrito? Así, ambos artículos dicen una sola y misma cosa. Esto es aún más evidente cuando se trata del art. 1,348; en este caso, no hay ningún escrito, habiéndose encontrado el demandante en la imposibilidad de procurarse una prueba literal. No hay entonces ninguna diferencia, en lo que concierne á la redacción, entre los arts. 1,345 y 1346; y sin embargo, en la opinión contraria se está obligado á admitir una diferencia de la que no existe ni rastro en los textos y que no tiene ningún fundamento en el espíritu de la ley; no se tienen en cuenta los créditos del art. 1,348 en la aplicación del art. 1,345,

mientras que si se les considera en la aplicación del artículo 1,346. ¿Por qué? En vano se buscaría la razón.

Aun hay más; la opinión contraria se pone en oposición con los arts. 1,347 y 1,348. Estos artículos consagran excepciones á las reglas que prohíben la prueba testimonial. ¿Cuáles son estas reglas? Son las establecidas con sus consecuencias por los arts. 1,341-1,346. ¿Es que los artículos 1,347 y 1,348 distinguen? Dice el legislador que deroga á las reglas de los arts. 1,341-1,345, y que no deroga al art. 1,346? De ninguna manera; dice: las *reglas anteriores* reciben excepción; luego todas estas reglas, la del artículo 1,346 como la del art. 1,345. Esto es decisivo. Para escapar á la objeción, se dice que el art. 1,346 no figuraba en el proyecto presentado por la Comisión de redacción, y que fué la Sección de legislación del Consejo de Estado, quien lo introdujo en el Código; de donde se infiere que la Sección de legislación, y en su seguimiento el Consejo de Estado y el Tribunado, han olvidado modificar la redacción del artículo

347, limitando esta disposición á los arts. 1,341-1,345. ¡Qué laboriosa argumentación para escapar al texto del artículo 1,347! Nuestra contestación es sencilla: Los artículos 1,347 y 1,348, se aplican al art. 1,346 por el solo hecho de aplicarse al art. 1,345, porque ambos artículos son uno mismo. No había, pues, lugar á modificar la redacción de los arts. 1,347 y 1,348, pues estaban ya virtualmente comprendidos en el proyecto cuando se insertó en él el art. 1,346. (1)

465. El art. 1,345 dispone, que no deben tenerse en cuenta los derechos que por sucesión, donación ó de otro modo, proceden de diferentes personas. Esta excepción no está reproducida por el art. 1,346; luego, se dice, el art. 1,346

1 Larombière, t. V, pág. 74, núm. 19 del artículo 1,346 (Ed. B., t. III, pág. 180). En sentido contrario, Duranton, t. XIII, pág. 354, núm. 327; Aubry y Rau, t. VI, pág. 438, nota 39, pfo. 762; Colmet de Santerre, t. V, pág. 609, núm. 319 bis II.

comprende aún los créditos procedentes de personas diferentes por sucesión ó por otra causa. (1) La diferencia de redacción es evidente, y el legislador aun parece hacer referencia á dicha diferencia y confirmarla, diciendo: "Todas las demandas *por cualquier título que sea.*" Estas últimas palabras parecen referirse á los créditos que proceden de personas diferentes. La contestación á la objeción es fácil, si se admite con nosotros que el art. 1,346 no tiene otro objeto que el de sancionar el art. 1,345; en este orden de ideas, la ley no tenía necesidad de repetir la excepción; está virtualmente comprendida en el art. 1,346, puesto que es uno mismo con el art. 1,345: "Aunque la parte alegue que sus créditos proceden de diferentes causas, y que se hayan formado en diferentes ocasiones." Sin duda, mejor hubiera sido reproducir textualmente en el art. 1,346, lo que se dice en el art. 1,345, pero el legislador no podía adivinar que se le prestaría una intención que no tuvo. (2)

466. El art. 1,346 da lugar á otras dificultades extrañas á la controversia que acabamos de examinar. Se supone que el demandante tiene créditos que no son exigibles. ¿Deberá comprenderlos en la demanda por la que reclama el pago de los créditos exigibles? Toullier contesta que el demandante no puede ni reunir á una primera demanda la de un crédito que no es exigible, porque lo que tiene plazo, nada debe ni puede ser obligado á esperar el vencimiento del segundo crédito para demandar el primero que es exigible. (3) La contestación nos parece perentoria. Buenos autores enseñan, sin embargo, que el acreedor debe mencionar en su demanda las deudas no vencidas. Confiesan que el acreedor no puede literalmente ejecutar la disposición del art. 1,346, al

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 433 y nota 40, pfo. 762.

2 Larombière, t. V, pág. 76, núm. 20 del art. 1,346 (Ed. B., tomo III, pág. 180).

3 Toullier, t. V, I, pág. 439, núm. 50, seguido por Duranton, Bonnier y Marcadé.

formular la demanda por un crédito no exigible. (1) La confesión testifica contra los que la hacen. Desde que los términos del art. 1,346 no son aplicables, no se le debe aplicar. En efecto, es una condición penal, y la pena que la ley pronuncia es tan rigurosa, que se ha ensayado escapar de la severidad de la ley. ¡Y esta pena tan dura, se la quiere extender por vía de interpretación! Esto choca con los principios más elementales y más esenciales de nuestra ciencia. Digamos la cosa tal como es: los autores hacen la ley, la corrigen. El legislador quiere que el acreedor *fomule* todas sus demandas en un solo pedimento; los intérpretes dicen que además debe *mencionar* en su demanda los créditos no vencidos que pretende tener. Luego los intérpretes agregan al texto de la ley. Vanamente dicen, que tal es el deseo de la ley; no hay pena fundada en la intención tácita del legislador; á él solo toca decir lo que quiere, y sancionar su voluntad por una pena.

467. ¿El art. 1,346 debe aplicarse á los créditos que, según la alegación del demandante solo tomaron nacimiento después de su demanda? Esta es una cuestión que ni siquiera debiera hacerse. ¿Cómo podía el demandante comprender en su demanda el pago de créditos que aun no existe? ¡Y, se le castigará por no haber hecho lo que no podía hacer? Creemos inútil insistir. ¿Qué importa que Delvincourt haya sostenido lo contrario? Cuando una opinión tiene contra sí el texto de la ley y los principios, está sentenciada. (2)

468. El art. 1,346, pronuncia una sanción severa: "Todas las demandas serán fundadas en un mismo pedimento, después del cual ninguna otra de que no haya prueba por escrito, podrá ser recibida." ¿En qué sentido no serán reci-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 439, notas 41 y 42 pfo. 762. Colmet de Santerre, t. V, pág. 610, núm. 319 bis III. Larombière, t. V, pág. 76, núm. 20 del art. 1,346 (Ed. B., t. III, pág. 180).

2 Duranton, t. XIII, pág. 355, núm. 327 y todos los autores. Maradé combate largamente á Delvincourt: ¿para qué?

bidas? El acto de desecharlas tiene por consecuencia su nulificación. (1) Esto ha parecido á los intérpretes ser demasiado riguroso; la mayor parte ha tratado de esquivar el texto. Lo explican en este sentido, que el demandante no será admitido á probar esas demandas por testigos, aunque no pasen de la suma de 150 francos. Esto es cambiar la ley: los mismos partidarios de la opinión generalmente seguida, no tratan de negarlo. Parece, dice Colmet de Santerre, que la ley pronuncia una nulidad, una "no receptividad" de los títulos, de manera que estos no podrían ya ser probados ni por la confesión ni por el juramento. Esto es confesar que la nulificación está decretada por la ley. ¿Qué se opone al texto? Consideraciones que se dirigen al legislador. No se trata de intereses sociales bastante importantes, se dice para que la prohibición pueda ser razonablemente sancionada por la nulidad de la convención. Contestarémos que al legislador toca ver lo que es *racional*; el intérprete está ligado por el texto, y no le pertenece colocarse más allá de la ley, por encontrarla demasiado rigurosa. Se insiste, y se dice que la regla del art. 1,341 no tiene otra sanción sino la prohibición de la prueba testimonial: ¿por qué el art. 1,346 había de ser más severo cuando no tiene por objeto sino garantizar la ejecución de la regla? (2) Ahí está el error de la opinión general, en nuestro concepto. El acreedor que no comprende en su primera demanda todos los créditos que pretende tener, trata de eludir la ley para burlarla. No podrá decirse que el respeto á la ley (sobre todo de orden público) sea de un interés social de poca importancia.

Se pregunta si el juez puede pronunciar de oficio la nulidad ó la pena cualquiera que sea. La afirmativa no es dudosa según la opinión que hemos enseñado acerca de la prohi-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 440, nota 41.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 610, núm. 319 bis IV. Larombière, t. V, pág. 68, núm. 12 del art. 1,346 (Ed. B., t. III, pág. 177).

dacción en nuestras leyes, pero, lo repetimos, no se trata de saber si pueden equivocarse las partes, solo se trata de averiguar si las probabilidades están en favor de su declaración escrita, ó en favor de aquellas personas que pudieron asistir á la redacción del acta, pero que no le habrán prestado toda la atención que prestaran las partes interesadas, porque no tuvieron interés en ello. Aquí también el sentido común contesta que *letras pasan testigos*. (1)

471. El art. 1,341 agrega "que no se recibirá prueba por testigos acerca de lo que alegase haber dicho, antes, cuando y después de las actas." Se dice que esta prohibición es distinta de la primera. (2) Mas parece que ambas disposiciones se confunden: la segunda es una de esas redundancias como se encuentran en las antiguas leyes. Lo que es alegado haber sido dicho antes, cuando y después de las actas, tiene naturalmente una relación con las actas. ¿Cuál puede ser esta relación? Esto es preguntar por qué una de las partes quiere probar sus díceres. Su objeto no puede ser otro que probar contra sí además de lo dicho en el acta y, en este caso, la segunda disposición de la ley se confunde con la primera. Se dice que la primera se refiere á las *modificaciones* que se hubiesen hecho *verbalmente* á una convención comprobada por una acta. Esto es ya restringir las expresiones de que se sirve la ley. Se concibe difícilmente que lo que haya sido dicho *antes* de la convención; es decir, cuando aun se discutían sus cláusulas, modifique convenciones que no han sido aun definitivamente fijadas. Lo mismo sucede con lo que puede haber sido dicho *cuando el acta*. En el momento en que se redactan unas convenciones, se hace constar por escrito todo lo que dicen las partes, si ya son asuntos convenidos y fijados; que si esos díceres tes-

1 Téngase los ejemplos dados por Pothier, náms. 793, 794, y Durlantier, t. XIII, pág. 371, n.º 336.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 442, nota 2, pfo. 763,

tifican contra ó además de lo escrito, no deben oírse los testimonios que los relatan, pues por el solo hecho de no haber sido consignados en el acta, debe creerse que no prevalecieron; oyendo dichos testimonios, se arriesgaría á hacer decir á las partes lo que no han querido decir; es decir, que se probaría contra ó además de lo contenido en el acta. Quedan los dichos posteriores al acta. Lo más á menudo tendrán por objeto explicar, interpretar la convención que acaba de ser redactada; dirémos más adelante si puede interpretarse el acta por testimonios; á nuestro juicio, no se puede. Si se trata de modificaciones, consistirán ya en agregar una cláusula omitida, ya en quitar una en todo ó en parte; probar que el acta ha sido modificada, es, pues, probar contra y además de su contenido. (1)

472. Este debate no tiene ningún interés en teoría. En los casos que se han presentado ante los tribunales, y en las decisiones judiciales, no se encuentran distinciones entre las dos disposiciones del art. 1,341. No se distingue lo que es *contra* y lo que es *además*; todo se confunde con un mismo principio y es que *letras pasan testigos*. Hay un escrito, hay que atenerse á él y rechazar, por consiguiente, toda prueba testimonial. Tomaremos algunos ejemplos de la jurisprudencia.

Un inmueble fué vendido, con declaración que estaba libre de todo gravamen. ¿Podrá probarse por testigos que el adquirente conoció y aceptó la carga de un arrendamiento, y que las partes tomaron este cargo en consideración al fijar el precio de la venta? La Corte de Douai se pronunció por la admisión de la prueba testimonial. Dijo, en primer lugar, que el cargo del arrendamiento litigioso no constituye una cosa cuyo valor pase de 150 francos, en el sentido del artículo 1,341; decide después, que el hecho alegado no prueba tampoco contra, ni además de lo contenido en el acta. Esta

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 599, núm. 315 bis XVIII.

sentencia fué casada, y debía serlo. El acta de venta no hacía mención del arrendamiento litigioso; lejos de reservar su ejecución, estipulaba que el adquirente tendría inmediatamente la plena posesión del inmueble. Admitir la prueba testimonial de que el comprador se había conformado con el arrendamiento, hubiera sido permitir probar por testigos contra y además del acta, y también que las partes habrían tomado este cargo en consideración para fijar el precio de la venta. (1) Como se ve, la Corte de Casación se apoya en las dos disposiciones de nuestra regla, sin distinguir la prueba *contra*, ni la prueba *además*, ni los *díceres*; de hecho, todo cuanto alegaba el vendedor tenía á modificar el acta, imponiendo al comprador una obligación de la que el acta nada decía, y quería probar esta alegación fundándose sobre lo que se había dicho fuera del contrato.

Una acta auténtica comprueba un préstamo, y se dice en una acta privada que el prestamista pagó la deuda del que pidió prestado, requeriendo la subrogación de los derechos del acreedor. ¿Puede probarse por testigos, fundándose en lo que se hubiese dicho fuera del acta, que no hubo subrogación? Estos díceres tenían á probar contra el acta, lo que está en oposición con el art. 1,341. De hecho, las dos disposiciones del art. 1,341 se confundían y aun violentadas; se alegaba lo que hubiese sido dicho cuando el acta para combatir las enunciaciones de la misma. La Corte de Apelación desechó la prueba testimonial, y su decisión fué confirmada por una sentencia de denegada. (2)

473. El art. 1,341 prohíbe la prueba testimonial, "aunque se trate de una suma ó valor menor de 150 francos." Si el monto del hecho jurídico es superior á esta cifra, el primer principio basta para apartar la prueba testimonial. El segundo principio no tiene, pues, importancia práctica sino en

1 Casación, 5 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874, I, 12).

2 Denegada, 13 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1872, I, 255).

el caso en que se trate de un valor menor de 150 francos. Los motivos en que está fundado, no permiten distinguir cuál es el valor de la cosa; desde que existe una acta, *letras pasan testigos*, por médica que sea la importancia del litigio. No se sospecha la buena fe de los testigos, no se temen los falsos testimonios, se presiere una prueba segura á una incierta.

474. Pero hay que hacer una distinción en lo que se refiere á la prueba que se opone al acta. El art. 1,341 dice que no se recibirá ninguna prueba *por testigos* contra y además de lo contenido en las actas; no desecha, pues, todo género de prueba; ninguna razón habría para esto. Lo que indujo á los legisladores á prohibir la prueba testimonial, es únicamente la incertidumbre de los testimonios comparada con la certeza que resulta del escrito. Pero si existen otros escritos, ¿por qué no admitir contra y además del contenido del acta litigiosa? Todos los escritos tienen la misma fuerza probante; todos deben ser admitidos como prueba, á reserva de que el juez decida cuál de ellos es mejor. De donde se sigue que si hay un principio de prueba por escrito, la prueba testimonial podrá ser invocada, así como las presunciones. Los arts. 1,347 y 1,353 no dejan ninguna duda acerca de este punto. Según el art. 1,347, *las reglas acerca de la prueba testimonial*, reciben excepción cuando existe un principio de prueba por escrito; la excepción se relaciona, pues, con la segunda regla tanto como con la primera, por consecuencia, la prueba testimonial es admisible contra el acta cuando se apoya en un principio de prueba por escrito; y cuando la prueba por testigos es admitida, las presunciones también lo son (art. 1,353). La jurisprudencia está en este sentido. Una acta dice haberse hecho por duplicado. No puede probarse por testigos que no hubo duplicado, ó cuando menos que ningún duplicado fué entregado á una de las partes; pero se podría si hubiese un principio de prueba por escrito.

475. El art. 1,341 dice en términos absolutos que no se recibe ninguna prueba por testigos contra ó además del acta. ¿Debe concluirse de esto que la prohibición es general? No; la continuación del texto prueba que solo se refiere á las partes contratantes. En efecto, ¿de qué resulta esta prueba *contra y además* de lo contenido en acta, y que prohíbe la ley? Resulta de lo que ha sido dicho antes, cuando ó después del acta (núm. 471), por las partes en sus negociaciones. Por consiguiente, la prohibición no concierne á los terceros. Pothier lo ha hecho notar. Es de notar, dice, que la prohibición de la prueba testimonial *además* ó *contra* el contenido en las actas, no concierne sino á las personas que han sido parte en ellas, las que deben imputarse haber dejado entender lo que se entiende en ellas, y de no haberse hecho entregar una contraletra, ó de haber omitido una cosa que debía de mencionarse; pero esta prohibición no puede referirse á los terceros, en fraude de los cuales se pudiera enunciar en las actas casos contrarios á la verdad de lo que ha sucedido. No puede decirse de los terceros lo que acabamos de decir de las partes, no se les puede reprochar no haberse procurado una prueba literal, puesto que esto no ha podido ser. Los terceros pueden, pues, invocar siempre la prueba testimonial, ó sea la excepción del art. 1,348; es decir, que no ha sido posible procurarse una prueba literal del hecho que alegan. (1)

476. Todavía hay otra restricción que hacer á la segunda regla establecida por el art. 1,341. La ley prohíbe probar por testigos contra ó además de lo contenido en las *actas*; se necesita, pues, para que dicha prohibición exista, que haya una *acta* contra ó además del que se quiere probar por testigos. De esto resulta que la prohibición no se aplica á los escritos que no son *actas*. La ley admite á título de prueba

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 800.

literal, las anunciaciões contenidas en los libros domésticos, y ciertas menciones liberatorias escritas por el acreedor (artículos 1,331 y 1,332). ¿Se admitirá probar por testigos *contra y además de* dichos escritos? Sí, pues estos escritos no son *actas*; proceden únicamente del acreedor sin ninguna participación del deudor. No están destinados á servir de prueba ni de título; no merecen, pues, la misma fe que las actas; no puede decirse de estos escritos que *letras pasan testigos*, pues no son letras. (1)

Se necesita, pues, una acta para que la segunda regla pueda aplicarse. El art. 1,341 dice que ninguna prueba por testigos será recibida *contra ó además de lo contenido* en las actas. Esta expresión es demasiado absoluta; la ley supone que el contenido hace fe; si no lo hiciera, se comprende que el hecho mencionado en la acta podía ser contestado. Tales es la declaración hecha por el notario, que la parte contratante estaba sana de espíritu cuando el acta; no tiene ninguna calidad para comprobar el estado de las facultades intelectuales de aquellos que comparecen ante él; y lo que dice á este respecto, no hace ninguna fe. No es, pues, probar contra el acta, el probar que una de las partes no estaba sana de espíritu cuando el contrato. (2)

Núm. 2. Aplicaciones.

I. La fecha.

477. Se enseña que las partes signatarias de una acta privada no fechada, son admitidas á probar por testigos, la una contra la otra, la fecha en la que hicieron el acta. (3) Esto es

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 415, nota 15, pfo. 758.

2 Pau, 18 de Diciembre de 1807 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,093, 1º). Compárese, núm. 132.

3 Toullier, t. V, 1, pág. 212, núm. 224. Aubry y Rau, t. VI, página 445, nota 13, pfo. 763.

dudosos. La cuestión estaba ya controvertida en el antiguo derecho. Danty en sus notas acerca de Boiceau, pregunta si puede probarse por testigos que una venta fué hecha en feria. "Ha lugar á sostener, dice, que se debe ser admitido á dar esta prueba, la que en este caso no es contraria á la ordenanza, pues cuando ésta prohíbe la prueba de lo que no se halla redactado en el acta, no entendió referirse sino á las *convenciones* que hacen parte de ella; los contratantes habiendo sido libres para comprenderlas, si no lo han hecho, se presume que lo han hecho con intención, y la ordenanza no quiere que se les pueda suplir, á pesar de ellos, por la prueba testimonial hecha después; pero con relación á la fecha del acta, no es una convención que ésta se expresa ó no; será siempre verdad decir que hubo una, lo cual es seguro, ya que el acta tuvo lugar, y por consiguiente, no tratándose sino de verificar un *simple hecho*, la prueba testimonial debe ser admitida. Lo que debe tener lugar en todo contrato en los que la fecha no fué indicada; el contrato tal cual es, está sirviendo en este caso de principio de prueba por escrito." (1)

Pothier dice que esta opinión tiene sus dificultades; es decir, que no la admite, ó cuando menos que es muy dudosa; pero no explica los motivos de duda que hacen que la deseche. (2) El comentador de Danty las ha desarrollado. Piensa que la negativa se basa, sobre todo, en el principio de la materia. En efecto, aunque la fecha del acta no sea una convención como dice Danty, sin embargo, determina la calidad de la convención, y su legitimidad ó su ilegitimidad en ciertos casos; por ejemplo, si aquel que la subscribió era entonces menor ó incapaz para contraer. El comentador niega también que el acta pueda servir de principio de prueba por escrito, y el mismo Danty no estaba muy seguro de su

1 Danty sobre Boiceau, cap. IX, núm. 9, pág. 284.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 795, y Notas sobre Danty, página 285.

dicho, puesto que agregaba *en alguna manera* un principio de prueba, debe tener alguna relación con la cosa de que sirve de prueba; y el contrato no fechado, no tiene ninguna relación con su fecha. Nada hay que conduzca de lo uno hacia lo otro, y pueda tener la menor relación, á no ser que encierre ciertas circunstancias de donde pueda inducirse una probabilidad en cuanto á la fecha, lo que Danty no supone.

La refutación nos parece perentoria. Agregarémos que se limita arbitrariamente la regla establecida por la ordenanza, y por consiguiente, por el art. 1,341. Cuando se dice que no se aplica sino á las *convenciones*, la ley dice: lo *contenido en el acta*; luego todo hecho jurídico. Queda por saber si la fecha es un hecho puro y simple, como Danty parece decirlo. La negativa es segura; la fecha es un hecho jurídico que tiene muy importantes consecuencias. El espíritu de la ley conduce á la misma consecuencia. La ley desconfía de la certeza de los testimonios; si éstos son inseguros, es sobre todo, cuando los testigos vienen á declarar acerca de una fecha en que es tan fácil equivocarse cuando no se tiene ningún interés en retenerla en la memoria.

478. La jurisprudencia parece ser favorable á la opinión que combatimos, pero no es tan decisiva como se dice. Dos personas se hacen notificar en el mismo día sin indicación de la hora, actas judiciales ó de procedimientos. ¿Serán admitidas á probar por testigos la autenticidad de la notificación de una de esas actas? Acerca de este punto, la jurisprudencia está unánime, (1) pero esta cuestión es extraña á nuestro debate; no se trata de la fecha de la notificación, ésta no se contesta, se trata de saber si el escribano de diligencias se ha presentado en el domicilio de una de las partes á tal hora, y si tal otro escribano se presentó á otra hora.

1 Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,727.

en el domicilio de la parte adversa. Esto es un hecho material, y con este título puede ser probado por testigos. La prueba no se dirige *contra* el acta, y no se hace *además* del acta, puesto que el acta no puede contener la mención de la hora en que es notificada.

Una acta de préstamo no indica la fecha en la que fué prestada la suma y entregada al solicitante. ¿Se admitirá probar por testigos la época de la entrega de fondos? La Corte decidió afirmativamente en el caso de un préstamo comercial. (1) Esta sentencia es también extraña á nuestro asunto. No se trataba de la fecha de la convención, no se contestaba; se trataba del hecho de la remesa de dinero; es un hecho jurídico extraño á la convención; luego puede probarse sin probar contra y además de la convención; en materia civil, la prueba testimonial de este hecho hubiera sido desechada por aplicación del primer principio, pero en materia mercantil, la prueba por testigos siendo indefinidamente admisible, nada impedía admitirla para establecer la época de la entrega de numerario.

II. Interpretación del acta.

479. Se enseña generalmente que el principio establecido por el art. 1,341, no se opone á que se ocurra á la prueba testimonial para interpretar el acta, sea para explicar cláusulas obscuras ó ambíguas, sea para fijar la extensión de las enunciaciones que encierra. Se entiende que no se está admitido á probar por testigos sino los hechos que por su naturaleza son susceptibles de ser establecidos por testimonio. Se dice, en apoyc de esta opinión, que interpretar una acta no es probar *contra* ni *además* de su contenido; en lugar de

1 Denegada, 6 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 252). Comparese Denegada, Sala Civil, 14 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 336).

atacarla, la interpretación fija su verdadero sentido. (1)

Esto nos parece muy dudoso. Hagamos constar desde luego que la tradición es contraria, y se trata de una materia enteramente tradicional. Domat dice que cuando las actas están en forma, no solamente no se admite prueba contraria, pero ni siquiera se haría caso á una parte que pretendiera hacer oír á sus testigos en justicia, para explicar el acta, pues además de los peligros de la infidelidad de los testigos, no habiendo sido escrita sino para quedar invariable, la fuerza del acta consiste en permanecer siempre tal como fué hecha. (2) Pothier reproduce la doctrina de Domat: "Toda prueba testimonial, dice, siendo prohibida *además* del contenido en el acta, una parte no podrá ser recibida á que se oyeren los testigos que han asistido al acta, ni siquiera el notario que la recibió para explicar lo que contiene." (3)

Se ve como Pothier se apega al texto de la ordenanza que también es del Código; interpretar mediante testimonios equivaldría á probar *además* del contenido del acta. En vano se dirá que solo se trata de determinar su verdadero sentido. ¿Quién no se apercibe que la interpretación á la que una de las partes hace llamamiento y que la otra combate, conduce necesariamente á restringir ó á extender las cláusulas de las actas? So pretexto de interpretación se llegaría, pues, á probar *contra* ó *además* del contenido en el acta. El Código marca las reglas acerca de la interpretación de las convenciones (arts. 1,156 y siguientes). Según estas reglas es como el juez debe interpretar el acta, y no según testimo-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 444, y nota 10, pfo. 763. Bonnier, tomo I, pág. 171, núm. 143. Marcadé, t. V, pág. 117, núm. 6 del artículo 1,341. Larombière, t. V, pág. 30, núms. 33 y 34 del artículo 1,341 (Ed. B., t. III, pág. 163).

2 Domat, *Leyes civiles*, parte 1, libro III, tit. VI, sec. II, núm. 7 (pág. 265).

3 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 796. Comparese Duranton, t. XIII, pág. 372, núm. 337.

nios siempre sospechosos de inseguridad y aun de infidelidad.

480. La jurisprudencia que se invoca no es tan segura como se dice. Larombière enseña que la cláusula que se trata de interpretar puede servir de principio de prueba por escrito. La Corte de Casación juzgó lo contrario. (1) Decir que el acta puede servir de principio de prueba por escrito para interpretar el acta por la prueba testimonial, es nulificar el segundo principio; siempre pudiera invocarse el escrito como principio de prueba por escrito, á lo menos cuando se trata de probar además de lo contenido en el acta. Cuando la ley dice: *letras pasan testigos*, quiere que se atenga uno á lo que está escrito y que se aparten los testimonios, porque siempre tendrían por efecto modificar lo que está escrito.

Se citan sentencias que son extrañas á la cuestión. Una acta de cesión dice que el precio ha sido recibido por el cessionario. La Corte de Amiens juzgó que había un error en el acta, resultando de una transposición de nombres; es el cessionario quien paga el precio, y el cedente quien lo recibe. En vano los cedentes pretendieron que el precio había quedado en manos del cessionario, no era esto lo que decía el acta; y resultaba lo contrario, según las actas de liquidación y cuentas de tutela que probaban que los cedentes habían realmente recibido el precio. A pedimento de casación intervino una sentencia de denegada. (2) Esta decisión, muy justa, nada tiene de común con nuestra cuestión. La Corte no invoca la prueba testimonial para interpretar el acta, corrige un error material que el estado de la minuta revelaba y que estaba confirmado por otras actas.

Hay otra sentencia de la Corte de Casación que admite

1 Denegada, 10 prairial, año XI (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, nñm. 4,862).

2 Denegada, 23 de Abril de 1860 (Daloz, 1860, 1, 228).

la prueba testimonial de un error material cometido por el redactor del acta. Se trataba de una póliza de seguro redactada por el agente de la compañía. El redactor había cometido un error en la descripción de lugares: ¿este error podía probarse por testigos? La Corte decidió la cuestión afirmativamente, porque el asegurado estaba en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de la inexactitud cometida por el redactor del acta. Se ve como la Corte se apoya en el art. 1,348, ni siquiera cita el art. 1,341. El principio de *letras pasan testigos* no estaba en causa. Ninguna incertidumbre había acerca de las convenciones de las partes, solo se hallaban en desacuerdo en un hecho, y este hecho, por su naturaleza, no podía ser probado sino por medio de testigos. (1)

La existencia de un mandato está establecida. ¿Puede, fundándose en las circunstancias de la causa, probar la existencia del mandato y la responsabilidad que de él resultan? Lo que se llaman circunstancias de la causa son presunciones, y las presunciones solo se admiten en los casos en que la ley admite la prueba testimonial. ¿Es esto probar *contra y además* del acta? La Corte de Casación ha juzgado que al juez pertenece apreciar, según las circunstancias de la causa y la naturaleza del negocio, si el mandatario satisfizo sus obligaciones. (2) Esta decisión está bastante mal motivada. Para saber si un mandatario ha satisfecho sus obligaciones, es necesario saber cuáles eran esas obligaciones; había, pues, que comprobarlas; y como no constaban en el escrito que se invocaba, surgía la cuestión de saber si puede probarse por testigos la existencia de las obligaciones contraídas por el deudor: ¿No es esto probar *además* del acta? La cuestión nos parece cuando menos dudosa. Se ha presentado en otro caso, pero con nuevas circunstancias que no dejaban duda al-

1 Denegada, 19 de Enero de 1870 (Daloz, 1870, 1, 302).

2 Denegada, 19 de Julio de 1854 (Daloz, 1855, 1, 25).

guna acerca de la admisión de la prueba testimonial; la Corte de Montpellier había juzgado de hecho que existía un principio de prueba por escrito, lo que permitía ocurrir á los testimonios. (1)

No conocemos sino una sola sentencia en que se haya admitido la prueba testimonial para la interpretación del acta. Una venta tuvo por objeto un rancho ó una quinta. El acta que fué redactada no señalaba los pormenores y dependencias del inmueble vendido. La Corte de Casación juzgó que los títulos no determinando especialmente el terreno litigioso, la cuestión de propiedad no podía resolverse sino por la prueba testimonial. (2) El único motivo que da la Corte, es que no pudiera inducirse del art. 1,341 que las partes están obligadas á señalar en detalle todas las dependencias del inmueble vendido ó arrendado. Esta doctrina nos parece muy peligrosa, y es un consejo asaz, malo, el que la Corte da á los que redactan actas. No se necesita ley para decir que las partes deben designar la cosa vendida ó arrendada, y describirla en el acta que redactan. Si no lo hacen, ¿podrá probarse por testigos cuáles son las dependencias de la cosa? Esto es arriesgar probar *contra y además* del acta; para mejor decir, se llega necesariamente á extender ó restringir la cosa que es objeto del contrato. No se podría admitir la doctrina de la Corte de Casación sino en el caso en que la cosa vendida formase un conjunto designado bajo el nombre que llevan las propiedades; se trataría entonces de comprobar un hecho: ¿Cuáles son las tierras, prados, montes que hacen parte de la explotación? Esto es un hecho material para establecer, y estos hechos se prueban mediante testigos. Hay, pues, que aconsejar á los redactores, designar al por menor las dependencias de la cosa, de manera que el acta

1 Denegada, 6 de Agosto de 1855 (Dalloz, 1855, I, 418).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 31 de Enero de 1837 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 651, 1º).

fornie una prueba completa de la convención: Este es seguramente el espíritu de la regla tradicional que: *letras pasan testigos*.

La más reciente jurisprudencia de la Corte de Casación no parece favorable á la interpretación de las actas por la prueba testimonial. En una primera sentencia pronunciada en asunto de arrendamiento, la Corte pone cuidado de hacer constar que los jueces del hecho han determinado el sentido de la convención fundándose en los mismos términos del contrato, y que si la sentencia atacada invoca estas presunciones, esto es *superabundantemente* y solo para confirmar el sentido que atribuye á la convención. Una segunda sentencia pronunciada el mismo día en materia de cesión, hace constar igualmente que la Corte de Apelación ha interpretado la convención litigiosa por el texto del acta intervenida entre las partes, y que ha fortificado esta interpretación per *los hechos no contestados* que la sentencia relata. (1) Como lo hemos dicho (núm. 479) es, pues, en las mismas actas donde los jueces deben tomar los elementos de la interpretación que les dan; la Corte de Casación no parece admitir las presunciones y, por consiguiente, la prueba testimonial, sino como una prueba *superabundante*.

III. Modificaciones.

481. Se enseña que del principio establecido por el artículo 1,341 se sigue "que la prueba testimonial debe ser desechada en cuanto tenga por objeto pretendidas modificaciones verbales de una condición constando en acta, aunque se alegase que esas modificaciones sean posteriores al acta y no han tenido lugar sino mucho tiempo después de su redacción."¹ (2) No creemos más que tal sea la regla que *letras*

1 Denegada, 19 de Marzo de 1872, dos sentencias (Dalloz, 1872, 1, 254, 255).

2 Aubry y Rau, t. VI, págs. 442 y siguientes, pfo. 763. Compárese Mareadé, t. V, pág. 112, núm. 4 del art. 1,341.

pasan testigos. La regla significa que la prueba literal de un hecho jurídico vale más que la prueba testimonial para este mismo hecho. Así, cuando una de las partes invoca lo que se hubiera dicho después del acta para indicar que la convención, tal como se redactó, fué modificada en la época en que fué redactada, no sería admitida á la prueba testimonial para sus pretendidas modificaciones. La convención, tal como consta en acta es pura y simple: ¿Seré admitido á probar por testigos que después que el acta fué redactada quedó entendido que habría un término ó una condición? Nó; si tal fuera la intención de las partes contratantes, debían haberlo dicho; podían haber agregado una cláusula condicional al acta para modificar su voluntad, pero la prueba testimonial que invoca una de ellas para establecer esas pretendidas modificaciones no puede ser admitida; esto sería poner la prueba por testigos más alta que las pruebas por actas, y el art. 1,341 dice precisamente lo contrario.

En esta materia todo el mundo está de acuerdo. Pero supongamos que después de un tiempo más ó menos largo de la redacción del acta, las partes convengan en modificar sus convenciones: ¿deberá dicha modificación constar por escrito ó podrá ser probada por testigos, se entiende que si el hecho es de tal naturaleza que pueda ser establecido por la prueba testimonial? Según nuestro parecer, la regla del artículo 1,341 es extraña á esta hipótesis. No se trata de saber si la prueba literal de la primera convención puede ser combatida por la prueba testimonial de la segunda convención; otra es la cuestión. Una segunda convención fué formada por un nuevo concurso de consentimientos; esta segunda convención es distinta de la primera; puede, pues, ser probada por testigos si el valor del hecho no pasa de 150 francos, según el derecho común. ¿Qué pudiera objetarse á la parte que solicitaría la prueba por testigos para establecer la nueva convención? Se prevalece uno de estos términos

del art. 1,341 que ninguna prueba por testigos puede ser recibida acerca de lo que se alegue haber sido dicho *despues de las actas*. Hemos contestado de antemano la objeción (núm. 471). Los *díceres* de que habla el art. 1,341 concernientes á la convención que las partes acaban de redactar en un escrito; una sola convención está intervenida entre ellas, ni siquiera pretenden que exista una segunda. En este caso, se trata de saber qué prueba será la mejor. La ley decide que es la prueba literal. La hipótesis es muy distinta, cuando después de una primera convención interviene una segunda; no se trata ya de probar la primera, se conviene en que el acta que se redactó contiene exactamente lo que fué pactado; pero se sostiene que ha intervenido una nueva convención; y es esta nueva convención la que se pide probar; el demandante está en el derecho común; puede, pues, invocar la prueba testimonial. (1)

482. Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Casación. La Corte dice que el art. 1,341 es terminante, que prohíbe la prueba por testigos contra una convención escrita; la Corte concluye que debe desecharse la prueba testimonial cuando tiende á establecer cambios y modificaciones á la primera convención que ligaba á las partes. (2)

Al hablar de la *primera* convención, la Corte supone que intervino una segunda. Tal era, en efecto, la pretensión del demandado. La sentencia afirma pero no prueba. La regla que invoca dice que *letras pasan testigos*, lo que significa que cuando las partes han redactado una acta de sus convenciones, sola el acta hace prueba, con exclusión de la prueba testimonial. Esto supone que las partes han podido y debido hacer constar en acta todo cuanto han convenido. Y, ¿Có-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 600, núm. 315 *bis* XX.

2 Denegada, 10 de Mayo de 1842 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,730, 1º).

mo pretender que hagan constar en el acta una convención intervenida después de redactar dicha acta? Esto es absurdo. Sin duda que las partes podían redactar un escrito para las nuevas convenciones que modifican la primera, pero la cuestión está en saber si lo deben, y si no están obligadas á ello por el principio que *letras pasan testigos*; no atacan á la acta, no pueden probar *contra* y además del acta, solicitan dar la prueba de una nueva convención que no podía constar en acta, puesto que fué formulada después de la redacción de ésta.

IV. Extinción de la obligación.

483. ¿Puede probarse por testigos que una obligación comprobada por escrito ha sido extinguida por el pago? La cuestión era ya controvertida en el derecho antiguo, y lo es todavía. Pothier lo resuelve con una razón que es decisiva. La regla que *letras pasan testigos* prohíbe probar contra y además de lo contenido en el acta. Aquel que paga y pide probar su pago por testigos, ¿prueba contra el acta? Nó, dice Pothier; no ataca esta acta, ni la obligación que contiene, solo pretende que ha intervenido un hecho nuevo, el del pago de la remesa. Sin embargo, en la práctica se rehusaba la prueba testimonial de los pagos de una deuda de la que existía una acta escrita. (1) M. Larombière dice que esta práctica se ha conservado en los tribunales, y se pronuncia en el mismo sentido, así como Merlin y Favard. Se invoca el texto concebido en los más generales términos. Delvincourt contesta, como lo había hecho Pothier, que el deudor confiesa que una suma de 150 francos le ha sido prestada, así como lo dice el acta, pero sostiene que la devolvió; la alegación de pago viene en apoyo del préstamo, en lugar de dirigirse contra el contenido en el acta. Se invoca el es-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 798.

píritu de la ley; se dice: ¿á qué va la prueba del pago? á nullificar la prueba de la obligación, puesto que resulta que la deuda no puede ya ser exigida. Nó, la prueba de la obligación subsiste, el acta que la contiene no está atacada. ¿Se quiere de esto una prueba decisiva? *Letras pasan testigos*, en este sentido que la prueba literal del hecho que consta por escrito no puede ser combatido por la prueba testimonial. ¿Y cuál es el hecho que consta en acta? La obligación. Pues bien, una es la obligación y otra es la extinción de la obligación. Si la ley prohíbe la prueba testimonial cuando existe una acta, es porque las partes podían y debían hacer constar en el acta todos los elementos de sus convenciones. Y es bien evidente que no podían mencionar el pago, puesto que el pago de un préstamo no se hace en el momento en que contrata el préstamo. Sin embargo, es á este absurdo á lo que conduce la contraria opinión. (1) No se dirá, pero se quiere que las partes redacten acta por el pago como lo han hecho para el préstamo. Contestarémos que la ley no lo exige; luego se agrega á la ley, lo que se llama violentarla. (2)

Lo que decimos del pago también se aplica á la remesa de la deuda. (3)

ARTICULO 3.—Las excepciones.

484. Después de haber establecido las dos reglas concernientes á la prueba testimonial, el art. 1,341 agrega: "Todo sin perjuicio de lo prescripto en las leyes relativas al comercio." Según el art. 1,347, las reglas reciben una segunda excepción cuando existe un principio de prueba por escrito;

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. VI, pág. 443, notas 7 y 8, pfo. 763. Larombière, t. V, pág. 26, númer. 29 del artículo 1,341 (Ed. B., t. III, pág. 161).

2 Esta es la expresión de Bugnet sobre Pothier, pág. 428, nota. Compárese Marcadé, t. V, pág. 113, númer. 5 del artículo 1,341.

3 Duranton, t. XIII, pág. 369, númer. 335. Aubry y Rau, t. VI, página 444, nota 9.

y hay una tercera excepción, en el caso en que no ha sido posible que el acreedor pueda procurarse una prueba literal de la obligación contraída hacia él (art. 1,348).

485. Transladamos la primera excepción al derecho mercantil, limitándonos á hacer constar que, á pesar de la redacción viciosa del Código de Comercio, se admite generalmente que las dos reglas establecidas por el art. 1,341 reciben excepción en los negocios mercantiles; el segundo inciso del art. 1,341 lo supone, y tal es también la tradición, que desempeña un gran papel en derecho mercantil. (1)

§ 1.º —DEL PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO.

Núm. 1. Condiciones.

1. Un escrito.

486. El art. 1,347 define el principio de prueba por escrito: "toda acta escrita que procede de aquel contra quien la demanda está formulada ó de aquel á quien representa y que hace verosímil el hecho alegado." ¿Por qué se llama principio de prueba á esa verosimilitud? Toullier lo explica muy bien; extractarémos en dos palabras lo que dice: Una prueba es todo lo que persuade de la verdad. Esta es la definición de Domat. La persuasión que la prueba produce, puede ser completa ó incompleta. Si el efecto de la prueba es de persuadir completamente al juez, éste no necesita de un suplemento de prueba. Si las convenciones de las partes han sido fijadas y redactadas en una acta, ésta ministra generalmente una prueba completa; y sería inútil y frustratorio ocurrir á la prueba testimonial, cuando el hecho litigioso está establecido en una prueba segura. Pero si no hay acta, ó si ésta es irregular, los escritos producidos por la

1 Aubry y Rau, t. VI, págs. 445 y 446, pfo. 763 bis. Colmet de Santerre, t. V, pág. 603, nám. 315 bis XXIV y XX.

parte á la que incumbe la prueba, dejarán dudas en el espíritu del magistrado; habrá entonces un principio de prueba que deberá ser completada. La ley admite la prueba testimonial como complemento de prueba. ¿Por qué á pesar del peligro y de inseguridad que los testimonios presentan, la ley permite ocurrir á ellos? Porque el peligro y la inseguridad disminuyen; el hecho está ya probado á medias cuando se ocurre á los testigos, sus declaraciones solo confirman lo que los escritos hacen verosímil. (1)

487. El principio de prueba por escrito debe resultar de una *acta escrita* en los términos del art. 1,347. La condición esencial es, pues, que haya un escrito. Las probabilidades que encontraría el juez en las circunstancias de la causa no bastarian para autorizar la admisión de la prueba testimonial. Estas probabilidades no son presunciones; y, en la teoría del Código, las presunciones en lugar de permitir la prueba por testigos, no son admitidas sino en los casos en que la ley admite la prueba testimonial (art. 1,353). La Corte de Casación ha casado una sentencia que había autorizado la prueba testimonial apoyándose en un principio de prueba por escrito que se fundaba en las promociones ó faltas de promociones de la parte adversa. De hecho, el primer juez podía tener razón, pero se equivocaba evidentemente en derecho; en el caso, no había ningún escrito, y no podía haber, pues, un principio de prueba por escrito. (2)

488. El art. 1,347 dice: "Una *acta* por escrito." ¿Debe concluirse que debe haber *acta*; es decir, un escrito especialmente redactado para constancia del hecho litigioso? No, la expresión es inexacta. Es de tradición que todo escrito basta para inducir un principio de prueba. Pothier cita como ejemplo una carta que hace verosímil el hecho alegado. (3) Y, una *carta* no es una *acta*. Esto también está fun-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 47, núm. 54.

2 Casación, 17 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 486).

3 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 802.

dado en razón. Se exige una acta para sacar una prueba completa; por esto mismo no puede exigirse una acta para inducir un principio de prueba; un escrito cualquiera debe bastar, cualquiera que sea el objeto con que fué trazado. Esto está sin peligro, puesto que el juez tiene una gran latitud de apreciación en esta materia: El es quien decide si el escrito hace verosímil el hecho alegado, y su decisión es soberana. (1)

489. La jurisprudencia está en este sentido. Citarémos algunos ejemplos. A la muerte de una persona, se encuentran en su domicilio tres inscripciones de renta del Estado al portador, que se inventarián. A cada una de estas inscripciones está pegada una nota de puño del difunto, conteniendo declaración que éstas pertecían, una de 100 francos y otra de 50 á una viuda; la tercera de 100 francos á la hija de la viuda. Los herederos reclamaron las rentas en virtud de la consecuencia legal ligada á la posesión. Fué juzgado que las notas, aunque no firmadas, constituyan un principio de prueba por escrito y autorizaban la admisión de presunciones graves, precisas y concordantes que confirmaban la mención que contenían; resultaba la prueba de que el difunto era simple depositario, lo que excluye la prohibición de propiedad establecida por el art. 2,279. (2)

490. Se pregunta si el escrito invocado á título de principio de prueba debe ser presentado, ó si puede probarse su existencia por testigos. Ha sido juzgado que la prueba testimonial no está admitida para establecer que existía un principio de prueba por escrito, y la decisión no nos parece dudosa. (3) Todo escrito debe ser presentado para que ha-

1 *Anbry y Rau*, t. VI, pág. 450, pfo. 764. *Colmet de Santerre*, tomo V, pág. 613, númer. 320 *bis* II y III. *Larombière*, t. V, pág. 94, númer. 16 del artículo 1,347 (Ed. B., t. III, pág. 188).

2 *Paris*, 27 de Diciembre de 1866 (*Dalloz*, 1867, 2, 31).

3 *Paris*, 6 de Marzo de 1854 (*Dalloz*, 1854, 2, 211). *Denegada*, *Sala de lo Civil*, 30 de Julio de 1855 (*Dalloz*, 1855, 1, 332).

ya prueba literal. Es solo en el caso de pérdida de título, por caso fortuito, como la ley admite la prueba testimonial de la obligación; pero el art. 1,345, núm. 4 no es aplicable á un escrito que sirve de principio de prueba. Hay una razón para esta diferencia; el juez debe ver el escrito para apreciar las probabilidades que de él resultan; por consiguiente, los testimonios no pueden reemplazar al escrito; mientras que si el escrito forma título, todas las probabilidades están en favor de la prueba. Además, en el caso del núm. 4 del art. 1,348, el acreedor había cumplido con la ley procurándose una prueba literal; en el caso del art. 1,347, al contrario, el acreedor está en falta, podía redactar una acta y no lo hizo. Es por excepción como la ley le permite ministrar la prueba testimonial; la excepción exige la presentación de un escrito. Desde que no se está en los términos de la excepción, se entra bajo el imperio de la regla; es decir, de la prohibición de la prueba testimonial.

Sin embargo, hay un caso en el que el acta, aunque no presentada, puede ser invocada como principio de prueba por escrito, es cuando aquel á quien se la opone reconoce su existencia; confiesa por esto mismo, que la prueba testimonial es admisible. Así fué juzgado, y en principio no vemos en ello ninguna duda. (1) Solo que el juez debe cuidar que las partes por concierto fraudulento, no traten de evitar la prohibición de la prueba testimonial. En caso de fraude, es claro que el juez deberá desechar la prueba ofrecida, pues solo puede admitirla bajo las condiciones determinadas por la ley; luego cuando existe un escrito ó que la parte interesada ha contestado, confiesa su existencia de buena fe. Hay también que notar que existe una diferencia entre la confesión de un escrito y su presentación. Las partes pueden confesar que un escrito fué redactado, pero están en desacuerdo acerca de las condiciones del trato; en este caso, el

1 Denegada, 19 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1850, 1, 234).

principio de prueba es insuficiente para admitir la prueba testimonial con objeto de establecer dichas condiciones. (1)

II. De quién debe proceder el escrito.

1. De aquél á quien se le opone.

491. El art. 1,347 exige una segunda condición: el escrito debe proceder de aquel contra quien la demanda es formulada. Si el escrito procedía de aquel que lo invoca, no haría ninguna prueba, dice Pothier, porque no puede uno hacerse un título así mismo. Si el escrito procede de un tercero, tampoco puede hacer prueba, pues dicho tercero solo es un testigo, y lo que escribió solo vale como testimonio, y un testimonio no autoriza la admisión de otro. Pothier da este ejemplo: Una viuda en su inventario, hace reconocimiento de una deuda de comunidad. ¿Resultaría de esto una prueba por escrito contra los herederos del marido? Nō, pues la viuda solo es tercero para con los herederos de su marido; lo que dice es una simple declaración testimonial que no permite ocurrir á la prueba por testigos contra los herederos, y por la parte que tienen en la deuda. (2)

492. El art. 1,347 dice, que el escrito debe proceder de aquel contra quien se dirige la demanda. Debe agregarse que el escrito debe proceder de aquel que formula la demanda, si es el demandado quien la opone como excepción, y quien opone un principio de prueba por escrito al demandante. Se comprenden ambos casos en la fórmula siguiente que la doctrina ha substituido á la fórmula de la ley: El escrito debe proceder de aquel á quien se le opone á título de principio de prueba por escrito.

El art. 1,347 agrega: "ó de aquel que representa." Los

1 Denegada, 3 de Mayo de 1830 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,754).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 806 y 807.

herederos representando al difunto, el escrito procedente de éste puede serles opuesto. Debe agregarse: ó por el que ha sido representado. Es seguro que un escrito procedente del mandatario puede ser opuesto al mandante; la ley no lo dice, pero los principios que rigen al mandato bastan para decidirlo así. El mandatario obra por el mandante, y en su nombre (art. 1,984); luego es el escrito procedente del mandatario, es como si procediera del mandante. (1)

493. ¿Cuándo puede decirse que el escrito procede de una persona? La palabra *proceder* implica que el escrito es obra de la persona á la que se opone, en el sentido de que ella es autora de las disposiciones ó declaraciones que contiene. Y como se trata de establecer en justicia un hecho litigioso, se necesita, además, que esté probado por las vías legales que el escrito invocado por una de las partes es obra de la otra.

Cuando consta que un escrito ha sido redactado por una persona, puede inducirse generalmente, que las declaraciones que contiene son obras de dicha persona, y pueden, por consiguiente, serle opuestas. La razón está en que el redactor del escrito es ordinariamente parte interesada, pero esto solo es cierto para las actas privadas. Las actas auténticas son recibidas por un oficial público quien por la naturaleza de su ministerio es extraño á la acta que redacta, puesto que los notarios no pueden recibir actas en las que sean partes interesadas. De donde resulta que la acta redactada por un notario, no le puede ser opuesta como obra suya, y como formando con este título un principio de prueba por escrito contra él; el acta es obra de las partes, el notario solo es redactor. (2) Sin embargo, pudiera suceder que el acta contuviera enunciaciones que suponen el concur-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 451, notas 4 y 5, pfo. 764.

2 Burdeos, 14 de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,785).

so del notario en un hecho; tal sería el depósito de fondos para efectuarse en sus manos. La cuestión fué así sentenciada por la Corte de Casación. En el caso, el hecho litigioso era una venta que la parte adversa pretendía ser simulada. Se invocaban contra el notario, pretendido comprador, como principio de prueba escrita, actas que él había redactado posteriormente á la pretendida venta consentida en su favor. Había recibido una acta por la que su vendedor se obligaba hacia un tercero é hipotecaba para seguridad de la obligación los inmuebles que habían sido objeto de la venta litigiosa. Además; el notario había redactado como mandatario del nuevo acreedor, las inscripciones destinadas á dar publicidad y eficacia á la hipoteca. Estas declaraciones robaban contra la venta, esto es evidente; pero el notario objetaba que no se podían oponer porque eran obras de las partes, y que él simple redactor no tenía el derecho de insertar en la acta una reserva para resguardar sus intereses. Esto es verdad, pero el notario podía rehusar recibir una acta que comprometía sus derechos; podía, además, pedir á las partes una declaración comprobando que él, notario, pretendía tener un derecho de propiedad al inmueble, y que no entendía que el acta que redactaba pudiese ser invocada contra él. Fuera del acta, el notario deja de ser oficial público, y puede, por consiguiente, hacer tales reservas que juzgue necesarias. Si no las hace, su silencio prueba contra él, y por consiguiente, puede uno prevalecerse de las declaraciones que malamente recibió sin ninguna reserva. (1)

494. El acta es también considerada como obra de una persona, cuando se la apropió por consentimiento expreso ó tácito. Ha sido juzgado que el acta puede ser invocada con-

1 Denegada, 4 de Abril de 1838 (Daloz, en la palabra *Sentencia*, núm. 1,003, 8º) Aubry y Rau, t. VI, pág. 451, y nota 6, pfo. 764. Larombière, t. V, pág. 91, núm. 12 del artículo 1,347 (Ed. E., tomo III, pág. 187).

tra aquellos que han asistido á su redacción como testigos. (1) La cuestión en el fondo, es la misma que la que acabamos de examinar, pues el notario también es un testigo. Hasta hay un argumento *d' fortiori* contra los testigos: Nada les obliga á asistir á la redacción de una acta que contiene declaraciones contrarias á su derecho; deben, pues, rehusar su concurso ó hacer reservas. Su silencio testifica en su contra firmando una acta que tienen interés en combatir la prueba tácitamente. Esto supone que los testigos han comprendido el alcance de las declaraciones que han oído leer. Esta es una cuestión de hecho que decidirá el juez segú las circunstancias. El juez tiene, pues, en esta materia, un poder de apreciación que disminuye la importancia de las cuestiones de derecho,perc que aparta el peligro de las soluciones demasiado absolutas que los intérpretes le dan.

495. El principio que acabamos de aplicar á los testigos recibe su aplicación á todos los casos en que una persona se apropiá una acta que no procede de ella. Citarémos ejemplos tomados de la jurisprudencia. El hecho del reemplazo de los milicianos, ¿puede ser probado por testigos cuando el demandante produce un extracto del registro de sorteos, constando haber entregado el reemplazo, y de un certificado del Gobernador certificando que el reemplazado fué exceptuado del servicio de las armas por haber ministrado su reemplazo? La Corte de Bruselas juzgó la cuestión afirmativamente, fundándose en la *parte activa* que el demandado había tomado acerca de las actas producidas por la parte adversa. La expresión no es muy jurídica, pero la decisión nos parece incontestable. Aquel que produce una pieza en interés suyo, se la apropiá; desde luego se le puede invocar en su contra. El reemplazado que se hizo exceptuar en virtud de una pieza comprobando el reemplazo, ha hecho suya di-

1 Agen, 7 de Diciembre de 1822 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,784).

cha pieza; luego puede oponérsela como principio de prueba por escrito de la convención intervenida entre él y el reemplazante. (1)

Un notario recibe mandato para colocar una suma considerable. Sus herederos, citados para devolución, oponen que su autor dió cuenta de su gestión, y piden probarlo por testigos, invocando un principio de prueba por escrito. Este es una cuenta expedida por el ejecutor testamentario del mandante; la cuenta entregada por el notario estaba mencionada en ella. El heredero del mandante, habiendo aprobado la cuenta del ejecutor testamentario, se había, por este solo hecho, apropiado la partida de dicha cuenta en que constaba la cuenta que había dado el notario. La Corte de Bruselas, y á pedimento, la Corte de Casación, juzgaron que el demandante se había apropiado el escrito precedente del ejecutor testamentario al aprobarlo; que, por consiguiente, se podía invocar contra él como formando un principio de prueba por escrito (2)

(a) *¿Cómo se prueba de quién procede el acta?*

496. ¿Cómo se probará que un escrito procede de una persona? Cuando se trata de un escrito privado, la firma es generalmente la única formalidad segura para la validez del acta; una acta firmada hace plena fe contra el signatario, con más razón el escrito firmado debe bastar para principio de prueba por escrito contra él; poco importa que el signatario no haya escrito el acta: la hizo suya al firmarla.

La sola firma produce dicho efecto. Ha sido sentenciado varias veces por la Corte de Bruselas, que la cruz ó una marca que una de las partes escribió en un escrito no basta pa-

1 Bruselas, 15 de Febrero de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 316).

2 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 12 de Agosto de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 1, 12).

ra que éste pueda constituir un principio de prueba por escrito. Esto no es dudoso. No puede comprobarse una marca ó señal; luego la tal señal no testifica la aprobación del escrito. En vano se quisiera invocar el testimonio de los que han visto poner la marca; esto sería prevalecerse de un testimonio para hacer admisible la prueba testimonial, y, en definitiva, el hecho litigioso quedará establecido por testigos, contrariamente á la prohibición de la ley. (1)

En un caso enteramente especial, ha sido juzgado que la rúbrica con la primera letra de la firma puesta por un arrendatario en la minuta de un arrendamiento notariado, é interrumpida por la muerte del signatario, vale como un principio de prueba por escrito.

497. No es necesario que el escrito sea firmado para que pueda servir de principio de prueba por escrito. La ley no lo exige; intencionalmente se ha valido de la expresión *proceder* para comprender en este término todos los casos en que un escrito es obra de una persona, y puede muy bien ser su obra á pesar de no estar firmada por ella. Hay escritos no firmados que forman prueba completa (arts. 1,331 y 1,332). La razón de ello es sencilla; la escritura puede ser comprobada, y cuando lo está, es seguro que procede del puño de aquel que la redactó. Si la ley hubiera exigido la firma, hubiera excluido todos los escritos que no son *actas*; es decir, un gran número de escritos en los que se toma un principio de prueba por escrito; las cartas que sirven á menudo de prueba no siempre están firmadas, y no por esto dejan de formar ya prueba completa, ya un principio de prueba. (2)

1 Bruselas, 12 de Enero de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 13); 8 de Octubre de 1819 (*ibid.*, 1819, pág. 459).

2 Toullier, t. V, pág. 132, núm. 123. Aubry y Rau, t. VI, página 152, nota 13. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,820. Hay que agregar Denegada, 29 de Julio de 1872 (Dalloz, 1874, 1, 430).

498. La parte á la que se opone un escrito como procedente de ella, se halla en la posición de aquel á quien se opone una acta privada; puede negar su letra ó su firma; en cuyo caso, la verificación es ordenada en justicia (arts. 1,322 y 1,324). Tal es el derecho común, y la ley no lo deroga cuando se trata de un principio de prueba por escrito. No había ninguna razón para derogarlo. Para que un escrito privado haga una prueba cualquiera, es preciso que dicho escrito esté reconocido ó verificado, y si no, no existe como prueba. Esto resulta, por otra parte, del término *proceder* de que se sirve la ley; no puede decirse que un escrito procede de una persona cuando ésta lo niega. (1)

Se aplica también el derecho común en lo que se refiere á la fuerza probante de la fecha. El acta privada no tiene fecha cierta, aunque esté reconocida ó verificada; no tiene fecha contra los terceros sino en los casos determinados por el art. 1,328. Lo mismo sucede respecto del escrito que se alega como formando principio de prueba; cuando es una *acta* la que se invoca, el art. 1,328 es aplicable por identidad de motivos, la regla del art. 1,328 es de la esencia de toda escritura privada. (2)

499. Puede suceder que un escrito proceda de una persona, aunque ésta no lo haya firmado ni escrito. Los arts. 1,329 y 1,330 ministran un ejemplo. Sucele á menudo que los libros de los comerciantes estén llevados por un dependiente, lo que no impide que hagan fe (núm. 337). La Corte de Casación lo ha sentenciado así para los libros de los notarios. En el caso, se trataba de saber si un notario había realmente recibido las sumas mencionadas en sus libros como paga-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 452, y nota 14. Larombière, t. V, artículo 1,347, núm. 25, pág. 251 (Ed. B., t. III, pág. 191). Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,822.

2 Larombière, t. V, art. 1,347, núm. 25 (Ed. B., t. III, pág. 191).

das. La Corte lo juzgó así, por aplicación á la regla establecida por el art. 1,331, considerando los libros del notario como documentos domésticos. Así considerados, los registros del notario hacen fe completa. En cuanto al principio de prueba por escrito no hay ninguna duda; todo lo que la ley exige, es que el escrito proceda de aquel á quien se le opone; y es bien seguro que los registros llevados por los amanuenses del notario son obra del mismo notario, puesto que el amanuense los escribe por mandato, bajo la inspección y vigilancia del dueño del Estudio; de donde resulta, como lo dice la Corte, que lo que escrito está en los libros procede del notario y es su voluntad manifestada por escrito. (1)

500. Lo que acabamos de decir de los libros no puede aplicarse á las notas que se encuentran entre los papeles de una persona y que no están escritas ni firmadas por ella. Nada prueba en este caso que dichas notas sean obra de la persona á quien se atribuyen; luego no pueden formar ni siquiera un principio de prueba por escrito. (2)

501. Las escrituras auténticas son siempre actas, puesto que están redactadas por un oficial público, con objeto de que conste el hecho jurídico. El notario es quien comprueba que las declaraciones que recibe proceden de las partes contratantes. Sin embargo, la ley quiere que las partes firmen; si no lo pueden hacer ó no saben, la mención que hace el notario de esta circunstancia, substituye á la firma. Cuando el acta es regular, puede uno prevalecerse de las declaraciones que las partes han hecho, como haciendo un principio de prueba, aunque no hubiesen firmado el acta; la firma del notario basta para imprimir autenticidad á todas las de-

1 Denegada, 11 de Junio de 1872 (Dalloz, 1872, I, 464). Véase otro caso singular, en que hay un principio de prueba, sin que el escrito haya sido firmado ni redactado por aquel á quien se opuso en una sentencia de la Corte de Bruselas de 4 de Junio de 1830 (*Pascrisia*, 1830, pág. 147).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 452 y nota 9.

claraciones que se hallan en el acta, y por consiguiente, también da carácter á la mención de la firma.

Sucede de otro modo si el acta es nula por incompetencia ó incapacidad del notario, ó por defecto de forma. El artículo 1,318 dice que el acta vale como escritura privada si está firmada por las partes. Si no lo está, no hace fe ninguna, ni siquiera como principio de prueba por escrito. Pothier lo decide así, y esto no es dudoso. El notario incompetente ó incapaz, no es oficial público, desde luego el acta no puede tener ningún efecto como auténtica; si el artículo 1,318 le da la fuerza probante de una acta privada, es por la firma de las partes; pero si las partes no han firmado, no hay ni escritura auténtica, ni escrito privado; luego el acta es absolutamente nula, y no puede valer ni siquiera como principio de prueba; sería menester para esto, que fuese probado que las declaraciones que contiene proceden de las partes, y esto no está probado ni por la firma de las partes, ni por la autorización del oficial público, puesto que el notario incompetente ó incapaz, deja de ser oficial público; es un simple testigo, cuyo testimonio no puede autorizar al juez para admitir otros testimonios. Lo mismo sucedería si el acta fuese nula por vicio de forma; el notario, dice Pothier, no habiéndose portado como persona pública, su acta no puede considerarse como la atestación de una persona pública, es una simple declaración de testigo, lo que no puede justificar que el acta procede de las personas que en ella figuran. (1)

502. Se supone que el acta auténtica nula como tal, no está firmada sino por una de las partes. ¿Porá ser opuesta al signatario á título de principio de prueba por escrito? La afirmativa está generalmente enseñada, y no es dudosa. So-

1. Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 808. Duranton, t. XIII, página 388, núm. 352. Aubry y Rau, t. VI, pág. 454, nota 20, pfo. 764. Larombière, t. V, art. 1,347, núm. 19 (Ed. B., t. III, pag. 189).

lo hay una condición requerida para que un escrito forme principio de prueba, y es que proceda de la parte á la cual se la opone; y la firma basta para atestar este hecho. Duranton enseña lo contrario cuando se trata de una convención sinalagmática; creemos inútil detenernos en esta opinión que es aislada, y que Toullier ha refutado de un modo perentorio; el art. 1,347 basta para decidir la cuestión. (1)

503. Hay un caso de nulidad que da lugar á una seria dificultad. El notario recibió una acta en la que estaba personalmente interesado. Según la jurisprudencia de la Corte de Casación, esta acta es nula, y no puede, en ese caso, aplicarse el art. 1,318 manteniendo el acta como escrito privado; en efecto, el acta no está firmada por todas las partes, aunque llevase la firma de todos los contratantes, pues el notario que es parte, firmó como oficial público, y su firma como tal, es nula. La Corte de Casación concluye que dicha acta no puede servir ni siquiera como principio de prueba por escrito. Se nos hace que esto es sobrepasar la ley. Que no valga el acta como auténtica, que se la considere aun como inexistente, lo admitimos. (2) Pero la autenticidad nada tiene de común con el principio de prueba. No puede negarse que exista un escrito llevando firmas; el acta siendo inexistente como auténtica, la firma del notario no es ya la del oficial público; pero siempre es una firma, y esto basta para atribuir al acta la calidad de un principio de prueba por escrito. (3)

c. Del interrogatorio de posiciones.

504. Hay actas auténticas que no deben estar firmadas

1 Toullier, t. V, pág. 91, núms. 87 y 88. Compárese Duranton, tomo XIII, pág. 389, núm. 352.

2 Véase el número 125 de este tomo.

3 Casación, 15 de Junio de 1853 (Daloz, 1853, 1, 221).

por las partes interesadas. Tal es el interrogatorio sobre hechos y artículos que desempeñan un gran papel en la aplicación del art. 1,347. Según los testimonios del art. 324 del Código de Procedimientos, las partes pueden en toda materia, y en cualquier estado de la causa, solicitar que se les interroguen respectivamente acerca de los hechos y artículos pertenecientes y concernientes á la materia de que se trata. El interrogatorio es ordenado por sentencia; se procede á dicho interrogatorio ante el juez que lo mandó. Se redacta una acta del interrogatorio por el escribano; se lee á la parte con interpelación de declarar si se produjo con verdad y persiste en su dicho. La parte firmaría el interrogatorio, dice el art. 334; sin embargo, puede declarar que no quiere firmar; pero en este caso, se hace existir su negativa por el escribano.

El interrogatorio acerca de hechos y artículos, ¿puede servir de principio de prueba por escrito? Cuando la parte interrogada firmó en el interrogatorio después de haber declarado que dijo la verdad, no hay ninguna duda. Las declaraciones que ha hecho proceden de ella, su firma lo comprueba, y son consignadas por escrito, puesto que pusieron su firma al pie del acta. Se está en los términos del art. 1,347. Si la parte no quiere firmar, ¿su negativa impedirá que el acta haga fe de lo que contiene? Nó, pues dicha acta es auténtica recibida por un magistrado, escrita por un oficial público teniendo misión para redactar actas de sus respuestas. El escrito permanece, pues, auténtico á pesar de la negativa de firmar, y debe hacer fe como tal. ¿De qué serviría el interrogatorio si dependiera de la mala voluntad de las partes interesadas el quitarle toda fuerza probante?

La tradición está en este sentido así como el espíritu de la ley. Domat lo hizo ya notar. Si se ocurre al interrogatorio acerca de hechos y artículos, no es con la esperanza que aquel que comenzó por negar los hechos litigiosos los con-

fiese. Pero puede esperarse arrancarle declaraciones que permitirán al juez de mandar la prueba testimonial. La parte niega los hechos que le son conocidos y que son seguros; alega otros que se saben ser falsos, varía ó titubea en sus contestaciones, ó reconoce hechos de los que pueda inducirse la verdad de los que ha negado. En todos estos casos, el juez podía ver en el interrogatorio un principio de prueba por escrito. (1) La doctrina está en este sentido, (2) y la jurisprudencia está unánime. Hay un gran número de sentencias acerca de esta materia; las últimas están apenas motivadas. (3) Nos limitaremos á citar aquellas que tienen motivos en apoyo de la opinión generalmente admitida. La Corte de Lyon invoca el texto del art. 1,347; (4) no se requiere que el escrito esté trazado por aquel á quien se opone ni que esté firmado por él; la ley se conforma con la prueba de que procede de él; basta, pues, que existan declaraciones escritas, que sea seguro que estas declaraciones proceden de la parte á quien se oponen; y así sucede con las declaraciones que la parte hace en el interrogatorio que hace el magistrado, y que el oficial público hace constar por escrito. Como lo dice bien la Corte de Casación, (5) las respuestas acerca del interrogatorio son una confesión; si la confesión es completa hará plena fe (art. 1,356). Por qué no formaría un principio de prueba? El consejero Mesnard, en un excelente informe, compara el interrogatorio con el acta notariada. Cuando una parte es interrogada por el juez, sus res-

1 Domat, *Leyes civiles*, libro III, tit. VI, sec. V, núm. 6, pág. 275. Toullier, t. V, i, pág. 118, núm. 116.

2 Duvergier según Toullier, t. V, I, pág. 119, nota, hace algunas objeciones insignificantes.

3 Véanse las citaciones en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,763.

4 Lyon, 28 de Agosto de 1818, y Denegada, 6 de Noviembre de 1818 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,763).

5 Denegada, 11 de Enero de 1827 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,763).

puestas son las declaraciones más directas que puedan obtenerse, puesto que es la parte interesada quien las hace. El juez que las recibe, que manda que las escriban, que confirma su sentido y su certeza, da al acta que las contiene el mismo grado de seguridad como pudiera hacerlo un notario en una acta auténtica en que fuesen mencionadas. (1)

505. Puede suceder que la parte interrogada se niegue á contestar. El Código de Procedimientos (art. 330) dispone que si el demandado no comparece ó se niega á contestar después de comparecer, se levantará acta sumaria, y los hechos podrán ser tenidos por esclarecidos. Con más razón podrá el juez ver un principio de prueba por escrito en la negativa de responder. Se dice ordinariamente que aquel que guarda silencio, confiesa el hecho acerca del que se le interroga; esto solo es verdad cuando es interrogado por aquel que tiene derecho para interrogarlo. Tal es, seguramente, la posición de la parte que se niega á contestar á la interpelación del magistrado. Sin embargo, la ley no dice como lo hacía la ordenanza de 1667 (título X, art. 4), que los hechos serán tenidos por confesados y aclarados; puede suceder que la parte interrogada haya guardado silencio por una razón otra que la voluntad de esconder la verdad nociva á sus intereses; el juez lo apreciará. (2)

“Debe decirse otro tanto, dice Toullier, de las obscuridades afectadas que pone la parte interrogada al contestar para disimular la verdad ó esconder una parte de ella; evasivas para eludir contestación directa á lo que se le pregunta; respuestas artificiosas para esparcir la incertidumbre en el espíritu del juez; en fin, mientras que puede poner su mala fe en evidencia.” Encontrarémos un ejemplo aflictivo en una sentencia de la Corte de Aix. Una madre reclama sus

1 Denegada, 18 de Marzo de 1843, y el Informe de Mesnard, (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,763).

2 Toullier, t. V, pág. 119, núm. 117. Bourges, 30 de Abril de 1838 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,774).

alimentos á su hijo). Este, para escapar á la más sagrada de las obligaciones, vende todos sus bienes el día después del día en que fué citado por su madre. La venta era simulada. Interrogado por hechos y artículos, el pretendido vendedor se negó á reconocer si había ó no recibido el precio como lo enunciaba el acta de venta; persistió en responder que se atenía al acta. Esas reticencias obstinadas, fueron consideradas por la Corte con las demás respuestas, como un principio de prueba por escrito que autorizaba al juez á juzgar por presunciones; éstas abundaban para establecer una simulación tan torpe como malvada. (1)

506. El interrogatorio por hechos y artículos es un escrito, pero todo escrito no es un principio de prueba; es necesario que exista una relación entre el escrito y el hecho litigioso, y que de ésta nazca una probabilidad que permita al juez del hecho ordenar la prueba testimonial. Al juez toca apreciar si esta relación existe, y si por consiguiente, resulta del interrogatorio un principio de prueba por escrito. Un préstamo se hace con hipoteca; el escrito se pierde. El prestamista intenta contra el notario una acción de responsabilidad fundándose en que le había dado, con autoridad, un mandato especial para colocarle sus fondos en buena y sólida colocación. El notario negó haber recibido dicho mandato, y como el prestamista no tenía prueba escrita, pidió que el notario absolviese posiciones. Fué sentenciado no encontrarse una sola palabra en las contestaciones del notario de las que pudiera inducirse un principio de prueba por escrito que los jueces habían admitido; el notario protestaba del modo más formal contra la calificación de depositario y de mandatario que le daba el demandante; sostuvo constan-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 120, núm. 118. Aix, 25 de Enero de 1871 (Dalloz, 1372, 2, 52). Compárese Lieja, 30 de Diciembre de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 115); Gaud, 26 de Marzo de 1852 (*ibid.*, 1853, 2, 182, y 25 de Julio de 1853, *ibid.*, 1854, 2, 267).

temente sin quedar en mentira, que no había sido encargado de la elección del prestamista, y que habían quedado extraños á la operación; todas sus respuestas parecían tener el sello de la verdad y de la buena fe. En consecuencia, la Corte de Poitiers desechará la prueba testimonial que había admitido el primer juez. (1)

Como se ve, la apreciación del interrogatorio es una cuestión de hecho. El juez puede decidir que no resulta del interrogatorio un principio de prueba por escrito. Ha sido juzgado que aunque las respuestas de la parte ministraseen un principio de prueba, la Corte podía negar dicha prueba, porque el principio de prueba quedaba destruido por documentos de los que se había prevalecido el mismo demandante. (2) El juez del hecho goza en esta materia de un poder discrecional. Hay frecuentemente pedimentos de casaciones á los que regularmente sigue una denegada, apreciando la Corte que la apreciación de las cortes de apelación es soberana. Solo habría lugar á casación cuando el juez del hecho decidiese en derecho que el interrogatorio no puede ser invocado á título de prueba por escrito, y en este punto, la jurisprudencia está unánime. Cuando las cortes desechan la prueba testimonial, es fundándose en consideraciones de hecho. (3)

507. La absolución de posiciones da, sin embargo, lugar á dificultades de derecho. ¿Quién debe interrogar cuando se trata de establecimientos públicos? El Código de Procedimientos (art. 336) responde: "Las administraciones de establecimientos públicos, deben nombrar un administrador ó un agente para contestar á los hechos y artículos que les fuesen comunicados." Dejarémos por ahora los pormenores que

1 Poitiers, 22 de Julio de 1851 (Daloz, 1852, 2, 91).

2 Denegada, 31 de Mayo de 1848 (Daloz, 1848, 1, 209).

3 Véanse las sentencias en el *Repertorio de Daloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,764.

conciernen á los procedimientos, limitándonos á relatar un caso que ofrece más de una enseñanza.

En 1837, una mujer casada entregó, sin autorización de su marido, la suma de 10,000 francos al cura de su parroquia para ser empleada á saber: 2,000 francos en la fundación de dos misas semanares para su familia, 1,000 francos para los pobres debiéndose distribuir desde luego, 1,000 francos para la propagación de la fe, y en cuanto al resto para pagar los trabajos de mejora de la iglesia parroquial. En 1848, la donante reclamó la restitución de esta donación manual pretendiendo que la poseía ilegalmente el consejo de fábrica bajo el nombre de su tesorero. Los demandados negaron. Pero un interrogatorio permitió la admisión de la prueba testimonial. Suponiendo la donación comprobada, los motivos de nulidad abundaban; la mujer no podía disponer á título gratuito sin la autorización de su marido, mucho menos podía disponer de valores pertenecientes á la comunidad; la fábrica no podía aprovechar de una liberalidad sin haber sido autorizado para ello por el Gobierno. En efecto, las condiciones puestas por la donante á su donación, no habían sido llenadas; había, pues, lugar á la revocación del donativo, aunque hubiese sido válido. La Corte halló un principio de prueba por escrito en el interrogatorio del cura y del tesorero, y ordenó la prueba testimonial, á pesar de la viva resistencia de los demandados. (1)

Todo era irregular en este negocio; digamos más, todo era contrario á las más sencillas noticias de derecho y de moral. Un cura acepta un donativo considerable de una muger casada, sin conocimiento de su marido: esto era una verdadera usurpación, y el sacerdote llamado á dirigir las conciencias, se hacía cómplice de un fraude. Esta liberalidad se hacía bajo condiciones, todas encargos píos, y estos encargos no fueron llenados. ¡Y cuando la donante vino á

1 Paris, 22 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 27).

reclamar la restitución de lo que no cesó de pertenecerle, los hombres de Iglesia niegan! Estos hechos no son hechos singulares; se reproducen á diario en el seno de las familias cuando la mujer está bajo la influencia, digamos mejor, bajo el dominio de su confesor. ¡Ella engaña, despoja á su marido y á sus hijos para enriquecer á la Iglesia, para hacerse instrumento de la ambición y de la envidia del clero! Lo que más odioso es en esas tenebrosas intrigas, es que la mujer se hace enemiga de su marido, lo roba para hacer liberalidades tan contrarias á las convicciones de su esposo, como tan contrarias á sus derechos. Esas substracciones fraudulentas, ese engaño de cada día continúan á menudo durante la vida entera de una mujer, y es raro que se haga la luz aun después de su muerte; porque los hombres de las tinieblas que desempeñan su más importante papel de esas eccenas, tienen buen cuidado de jamás dejar prueba alguna de sus culpables maquinaciones: Todo se hace en la sombra y queda envuelto en tinieblas. Alguna vez se abre paso la verdad para ilustrar al marido engañado, pero demasiado tarde. ¡Hé aquí cómo los que pretenden ser los órganos de Dios moralizan á sus feligreses!

508. ¿Quién tiene derecho para ordenar el interrogatorio? La jurisprudencia da este derecho al juez de paz en cuanto actúa como magistrado conciliador. Esta también es la opinión de Toullier. La Corte de Nimes dice que la ley instuyó principalmente el Tribunal de conciliación con el fin de recoger confesiones, declaraciones en los primeros momentos de las cuestiones, cuando el proceso no está aun incoado y que la conciencia de los litigantes no se ha aun endurecido; (1) esto es una consideración moral que tiene su valor, pero las cuestiones de derecho se deciden por los textos y

1 Nimes, 18 prairial, año XIII, y Denegada, 19 de Febrero de 1808 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4.943, 1º). Rennes, 24 de Febrero de 1819 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4.945). Toullier, t. V, I, pág. 124, núm. 121.

por principios y, bajo este punto de vista, la jurisprudencia no puede justificarse. El interrogatorio es un medio de prueba, lo que supone el proceso incoado; el Código de Procedimientos está concebido en este sentido; quiere que el interrogatorio esté ordenado por sentencia; debe, pues, existir un proceso, y no hay proceso aun cuando las partes comparecen ante juez de paz en conciliación; el juez no tiene, pues, derecho de hacerles interpelaciones á los que estén obligados á contestar. (1)

509. Según el art. 1,356, la confesión judicial hace fe plena contra aquel que la hizo, pero no puede ser dividida contra él. Se pregunta si el principio de la indivisibilidad de la confesión, se aplica al principio de prueba por escrito que resulta del interrogatorio. La cuestión está muy controvertida; la examinarémos al tratar de la confesión.

(c) *Confesiones y declaraciones judiciales.*

510. No debe confundirse con el interrogatorio por hechos y artículos, que tiene lugar ante el presidente ó un juez por el encargado, con las declaraciones y confesiones hechas verbalmente en la audiencia por la parte ó por su abogado. Estas confesiones no se hacen por una interpelación del juez, no hay oficial público encargado de hacerlo constar, no se da lectura de ellas á aquel que tuvo la conferencia verbal y no le pide ratificación de su dicho. De esto sigue que la conferencia verbal por sí no puede formar un principio de prueba por escrito, por la excelente razón que no hay escrito. Para que la confesión verbal pueda ser invocada por la parte que tiene interés en prevalecerse de ella, se necesita que ésta pida acta de declaración; si la copia fue concedida, la confesión consta por escrito, por la autoridad del magistrado.

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 460, nota 46, pfo. 764.

do; hay pues, una prueba auténtica de la confesión que hizo la parte; entonces puede invocársela á título de principio de prueba por escrito, pues el escrito hecho para constancia de la confesión, *procede de la parte*, tanto como la respuesta que la parte interrogada da á la pregunta del interrogatorio; las formas difieren, pero poco importa; el art. 1,347 es aplicable si, se entiende la declaración consignada por el secretario hace probable el hecho litigioso. Todos están de acuerdo acerca de este punto. (1)

La Corte de Burdeos sentenció muy bien que las respuestas verbales dadas por una parte cuando su comparecencia en la audiencia no puede servir de principio de prueba por escrito, cuando no se ha levantado acta de sus contestaciones y que no se hallan consignadas en ningún escrito. Así sucedería aunque el secretario hubiera tomado nota de las declaraciones, pues la ley no le da misión para hacer constar los dichos de las partes; el presidente no comprueba la exactitud de sus notas, y la parte no puede comprobarlas, puesto que no se le da lectura de dichas notas. Esto es decisivo, al punto de vista del art. 1347; las declaraciones permanecen *verbales*, á pesar de las notas del secretario; desde luego, no puede tratarse de principio de prueba por escrito, puesto que no hay escrito. (2)

511. Otra es la cuestión de saber si se necesita una sentencia especial para dar copia de la confesión, solicitada por una de las partes. Esto sería seguramente la marcha regular y también la más racional, puesto que el juez comprobaría inmediatamente la declaración, como se practica para el interrogatorio de una parte. Sin embargo, sucede á menudo que, para evitar gastos de registro de una sentencia prepa-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 130, núm. 127. Aubry y Rau, t. VI, página 453, nota 17, pfo. 764.

2 Burdeos, 6 de Abril de 1832 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,765, 1º), y 12 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1855, 5, 354). Lyon, 22 de Noviembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 166).

ratoria, el Tribunal da acta de la confesión al pronunciar la sentencia definitiva. Un deudor confiesa en la audiencia que hubo cuentas cortadas por expertos, entre él y su acreedor. El Tribunal toma nota de la confesión, y admite, en consecuencia, la prueba testimonial.

Esta decisión fué confirmada por una sentencia de denegada. (1) La confesión no es ya una declaración verbal, se halla consignada en una acta auténtica; esto autoriza al juez para ver en ella un principio de prueba por escrito.

Hay sentencias que van más allá y admiten, á título de principio de prueba, las declaraciones verbales de las partes consignadas en las cualidades de la sentencia. (2) Es verdad que las declaraciones están consignadas en un escrito, pero esto no basta, es necesario que el escrito proceda de la parte que hizo la declaración. Y, ¿puede decirse que las cualidades proceden de la parte? La parte es enteramente extraña puesto que el abogado es quien redacta las cualidades. La Corte de Nimes objeta que hay igual razón para considerar como principio de prueba por escrito, las declaraciones ó confesiones hechas en una comparecencia personal y las contestaciones hechas por la parte en un interrogatorio por hecho y artículos. Esta asimilación no es exacta. El interrogatorio está mandado por una sentencia por un magistrado que tiene misión para recibir las contestaciones y para hacerlas constar por escrito por medio del secretario; las contestaciones de la parte adquieren por esto un carácter auténtico, y por consiguiente, puede decirse que proceden de la parte contra la que se prevalece una de ellas. Muy

1 Denegada, 17 de Agosto de 1830 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,766, 1º). Compárese Denegada, 17 de Julio de 1838 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,766, 2º), y 5 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 291).

2 Denegada, 29 de Noviembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,668). Nimes, 9 de Enero de 1861 (Dalloz, 1861, 5, 383).

diferentemente sucede en cuanto á las cualidades de una sentencia; los abogados no tienen misión de imprimir autenticidad á las declaraciones de las partes, éstas se hacen sin la intervención del magistrado; luego no hay escrito *procedente* de la parte, lo que es decisivo. (1)

512 La ley de 24 de Noviembre de 1790 dice que si el juez de paz no consigue conciliar á las partes, será levantada acta sumaria de sus dichos, confesiones ó denegaciones acerca de los puntos del hecho. El Código de Procedimientos solo dice que el acta hará mención sumaria que las partes no han podido conciliarse. De donde la cuestión de saber si el Código de Procedimientos deroga á la ley de 1790. Toullier sostiene que no; pero Duvergier recuerda que el proyecto del Código de Procedimientos reproducía la disposición de la ley de 1790 que fué quitada por el Consejo de Estado, por temor de que hubiese muchos jueces de paz incapaces de redactar actas de las confesiones y declaraciones de las partes. La ley es, pues, restrictiva. Para que las confesiones que constan en el acta sirvan de principio de prueba, es menester que las partes firmen, y solo su firma testificará que las declaraciones proceden de ellas. (2) La jurisprudencia parece conforme con la opinión de Toullier; admite las confesiones como un principio de prueba por escrito, sin exigir que el acta esté firmada por las partes; pero debe agregarse que las sentencias no discuten la cuestión. (3)

(d) *De las declaraciones hechas en un procedimiento criminal.*

513. Las declaraciones que hace una de las partes en un

1 Montpellier, 5 de Junio de 1839 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,767, 2º). Compárese Burdeos, 14 de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,785). Aubry y Rau, tomo VI, 1, pág. 493, nota 17, pfo. 764.

2 Toullier, t. V, 1, pág. 121, núm. 119, y Duvergier, pág. 123, nota.

3 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,762.

procedimiento criminal ante el juez de instrucción ¿pueden ser invocadas en materia civil, á título de principio de prueba por escrito? Una constante jurisprudencia se ha pronunciado por la afirmativa. (1) Estas confesiones proceden del que las hizo, puesto que constan auténticamente por un magistrado teniendo misión para recibirlas; puede, pues, decirse de las respuestas de los reos hechas ante el juez de instrucción, lo que hemos dicho de las respuestas que hace una parte al absolver posiciones (núm. 504). Se objeta que hay una diferencia; el interrogatorio es solicitado por una de las partes litigantes, y la que lo sufre sabe que la parte adversa se prevalecerá de sus respuestas: es un medio de prueba. No así, con el interrogatorio sufrido en materia criminal; tiene por objeto comprobar la culpabilidad del reo; si éste hace declaraciones, no es en el interés de un tercero, el tercero no tiene, pues, derecho de prevalecerse de ellas. Se contesta, que no por esto deja de ser verdad que hay declaración procedente del que sufre el interrogatorio, y estas declaraciones constan en acta auténtica y hacen fe para con todos. Esto es la aplicación del principio que rige á las actas auténticas. Se ha hecho otra objeción ante la Corte de Casación de Bélgica: se dijo, que la confesión debe ser la manifestación libre y expontánea de quien la hace; y, el reo que comparece ante el juez de instrucción, no está libre, debe responder por interés á su defensa. La Corte reconoce que esto es verdad, pero no se puede inducir de ello que el prevenido sufra la menor presión; lo que dice es, pues, la expresión de su pensamiento, y esto basta para que pueda decirse que las declaraciones proceden de él. No hay, en este respecto, ninguna

1 Citarémos las últimas sentencias de la Sala Criminal, 22 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, 5, 5), 18 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 43), 24 de Septiembre de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 452), 28 de Febrero de 1862 (Dalloz, 1863, 5, 300), Limoges, 22 de Enero de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 197).

diferencia entre el interrogatorio sufrido ante el juez de instrucción, y el que se sufre al articular posiciones. (1)

514. Las declaraciones y confesiones del reo ante el Tribunal de policía correccional ó ante la Corte de "Assises," ¿hacen fe á título de principio de prueba por escrito? Hay que distinguir; si las declaraciones no han sido comprobadas por el secretario, no tienen ninguna fuerza probante. El Código de instrucción criminal, prescribe que el secretario debe tomar notas de las principales declaraciones de los testigos; pero esta prescripción no se extiende á las explicaciones que da el reo para su defensa (arts. 155 y 189), ya sea espontáneamente, ya por interpelación del magistrado. De donde se sigue, que las notas de audiencia no tienen ningún carácter legal, no son ni leídas ni firmadas por el magistrado; ni vueltas á leer al reo, ni firmadas por él; no ofrecen, pues, las garantías de verdad y de exactitud que presentan los interrogatorios hechos ante el juez de instrucción, y la absolución de posiciones sufridas en materia civil. La Corte de Casación concluye que no puede atribuirse el carácter de un escrito procedente del reo á notas que no son la obra de aquel á quien se oponen, de las que no pudo conocer el tenor, que no ha visto ni firmado, y que son obra de un oficial á quien la ley no dió misión á este efecto. (2)

No así cuando la confesión del reo consta en una sentencia. En este caso, hay un escrito auténtico haciendo fe para con todos, y puede asimilarse la sentencia criminal á la sentencia civil; ésta sirve de principio de prueba por escrito por las declaraciones que una de las partes hace en la audiencia (511). Lo mismo debe pasar con las declaraciones del reo que el Tribunal hace constar en la sentencia. La ju-

1 Denegada, Sala Criminal, 10 de Abril de 1843 (*Pasicrisia*, 1844, 1, 43).

2 Casación, Sala Criminal, 17 de Julio de 1841 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 4,771), 23 de Septiembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 45).

risprudencia de la Corte de Casación está en este sentido. (1)

2 Actas procedentes de los representados y de los representantes.

(a) De los representados.

515. El art. 1,317 asimila á las actas procedentes de aquél á quien se oponen, los escritos procedentes de aquel á quien representa. Esto es de evidencia para las actas procedentes del difunto que se oponen á sus herederos; cuando son sucesores universales á los que la ley da la posesión, representan á su autor, hay confusión de personas, de manera que el acta procedente del difunto es como si procediera de sus herederos; y aunque los sucesores no estén en posesión, suceden á los derechos y á las obligaciones del difunto; lo que hacía prueba contra éste, hace prueba contra aquellos. Por identidad de razones, una acta que servía como principio de prueba contra el difunto, debe tener la misma fuerza probante contra sus sucesores universales. (2) No debe distinguirse la sucesión *ab intestato* de la sucesión testamentaria ni de la sucesión contractual, los principios que las rigen, siendo idénticos en lo que concierne á los derechos y obligaciones de los sucesores universales. Ha sido sentenciado, por aplicación de esos principios, que las actas procedentes del testador están consideradas como un principio de prueba por escrito con relación á cada uno de los legatarios universales. (3)

516. El deudor representa á sus acreedores en tanto que éstos ejercen sus derechos. Es como si obrara el deudor por

1 Denegada, Sala Criminal, 30 de Junio de 1846 (Dalloz, 1846 4, 2).

2 Denegada, 10 de Agosto de 1840 [Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,796, 3º].

3 Nîmes, 1º de Febrero de 1870 [Dalloz, 1,872, 1, 119].

el intermedio de ellos; luego los escritos que hacen se contra el deudor también la hacen contra sus acreedores, y lo que es verdad para la prueba completa lo es también para el principio de prueba. No hay que decir que no sucede así cuando los acreedores obran en virtud de un derecho que les es personal; tal es la acción pauliana que intenten contra el deudor.

517. No debe extenderse á los legatarios á título particular, lo que acabamos de decir de los sucesores universales. Estos legatarios son terceros, y por consiguiente, no se les pueden oponer escritos procedentes de su autor, ya como prueba completa, ya como principio de prueba por escrito. Transladamos á lo que hemos dicho de los legatarios y de los terceros. Hay una sentencia contraria de la Corte de Turin: es inútil discutirla, pues está en oposición con los principios generalmente admitidos. (1)

(b) *De los representantes.*

518. Hemos dicho que la redacción del art. 1,347 es incompleta; solo habla del que la parte representa, debe agregarse: "O por aquellos por quienes ha sido representada" (núm. 492). Todos admiten que se puede oponer al mandante el escrito procedente del mandatario. El mandatario y el mandante, son considerados como una misma persona relativamente al negocio del que está encargado el primero; los escritos firmados por el mandatario como tal, son como si fuesen firmados por el mandante; por la misma razón, los escritos que harían verosímil el hecho litigioso forman un principio de prueba contra el mandante, cuando proceden del mandatario. (2)

1 Turin, 26 de Febrero de 1812 [Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,948].

2 Riom, 10 de Junio de 1817 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,796, 1º). Denegada, 2 de Enero de 1872 (Daloz, 1872, I, 119). Toullier, t. V, 1, pág. 62, núm. 67.

519. La única dificultad está en saber cuándo hay mandato. Se aplican los principios generales del derecho, puesto que el Código no deroga á ellos. El mandato es un contrato; es, pues, preciso que haya concurso de consentimientos. Además, el mandato debe ser expreso cuando se trata de un acto de disposición (art. 1,988) y la confesión está considerada como acto de disposición. Es según estos principios como debe decidirse la cuestión de saber si el abogado representa á la parte en justicia, en cuanto á las confesiones y declaraciones que hace. Esto depende de los poderes que recibió; si no los ha excedido, puede oponer á la parte las confesiones hechas por su abogado en una acta de procedimientos; si los excedió, la parte puede desaprobarlo, pero si no lo desaprueba confirma por esto mismo lo que hizo su mandatario, y por consiguiente, podrán oponérsele las declaraciones de aquel. Ha sido juzgado en este sentido, que las declaraciones hechas en un pedimento del abogado, son consideradas como procedentes de la misma parte, y constituyen un principio de prueba por escrito cuando no ha sido desaprobado dicho pedimento. (1) Se ha objetado que los requerimientos no están firmados por la parte; esto es olvidar que la parte es un mandante, y el mandante no debé firmar lo que el mandatario hace en nombre suyo. (2)

520. El notario es á menudo mandatario de la persona que lo ocupa. Pero no lo es en virtud de sus funciones, ni siquiera en lo que se refiere á la redacción del acta. Es necesario que intervenga entre las partes y el oficial público una convención especial para que haya mandato. Hemos ya citado ejemplos. (3) Las partes están dispuestas en culpar

1 Burdeos, 18 de Enero de 1839 (*Dalloz, Abogado*, núm. 147).

2 París, 14 de Junio de 1843 (*Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,801, 2º).

3 Denegada, 7 de Marzo de 1831, (*Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,796, 2º).

al notario por el mal resultado del negocio en que solo actuó como oficial público; su responsabilidad es ya muy pesada con tal título, no hay que exagerarla haciéndolo responsable como mandatario, cuando no hubo mandato (tomo XVII, núms. 531-534).

521. Hay mandatarios legales; tales son los mandatos á la posesión de los bienes de un ausente, los tutores, el marido administrador legal de los bienes de su mujer. La ley determina sus atribuciones; todo cuanto hacen en los límites de sus poderes es como si fuese hecho por los mandantes. El antiguo adagio según el cual el hecho del tutor lo es del menor, se aplica á todas las administraciones legales. De esto resulta que las actas procedentes de los mandatarios legales hacen fe completa ó principio de prueba por escrito contra aquellos de quienes administran bienes. En lo general, solo tienen un poder de administración; en cuanto á las actas de disposición, la ley prescribe formalidades especiales para garantizar los intereses de los incapacitados, ó exige la intervención del mandante. Así sucede con la mujer casada cuando se trata de una venta de sus propios. Si el marido la consiente sin el concurso de la mujer, los escritos que firma no podrán ser opuestos á la esposa ni como prueba ni como principio de prueba por escrito. (1)

El marido que no es ya el mandatario legal de su mujer puede, no obstante, ser su mandatario convencional. Este mandato no debe ser expreso. La mujer tiene mandato tácito de su marido para lo que concierne á los gastos de casa, como lo dirémos en otro lugar. También puede haber mandato tácito por parte de la mujer, lo que se admite fácilmente por razón de las relaciones que existen entre los esposos. Si el marido es mandatario, se aplica el principio general en virtud del cual las actas procedentes del mandata-

1 Bourges, 11 de Mayo de 1839 [Daloz, en la palabra *Obligaciones*, n.ºm. 4,802].

rio son como procedentes del mandante. La jurisprudencia está en este sentido, y esto no es dudoso. Pero no debe decirse, como lo hace la Corte de Poitiers, que el mandato se presume fácilmente. (1) Los contratos nunca se presumen; solo que el mandato tácito será más fácilmente admitido entre esposos que entre extraños.

La mujer dotal tiene ella misma la administración de sus bienes parafernales; sin embargo, la ley prevee el caso que se presenta frecuentemente, en que la mujer da á su marido poder para administrar sus bienes (art. 1,574). Lo mismo sucedería si estuviese separada en bienes. Naturalmente se necesita, si el mandato es tácito, que esté aprobado. La Corte de Casación ha juzgado que algunas actas de gestión hechas por el marido, no bastan para que se le considere como mandatario y para que las cartas escritas por él puedan ser opuestas á su mujer á título de principio de prueba por escrito. (2)

La mujer no representa á su marido, á no ser que sea mandataria, lo que se admite más difícilmente. Ha sido sentenciado que un vale subscripto por la mujer no puede ser opuesto al marido como principio de prueba por escrito. En el caso, no se pretendía que hubiese mandato; esto decidía la cuestión. (3)

522. Se confunde fácilmente el mandato tácito con la gestión de negocios. El artículo que define la gestión de negocios es tan mal redactado que se ha podido inducir que el Código había abrogado el mandato tácito. Examinaremos estas dificultades en el título que es el sitio de la materia (art. 1,372). ¿El gerente representa al amo, como el mandatario al mandante? La Corte de Metz ha juzgado que el

1 Poitiers, 31 de Enero de 1854 (Daloz, 1855, 2, 175).

2 Casación, 8 de Diciembre de 1834 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 771).

3 Grenoble, 20 de Julio de 1824 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,805).

acta procedente del yerno de una parte formaba contra éste un principio de prueba por escrito; el yerno tenía costumbre de tratar los negocios de su suegra; ésta, llegada á edad avanzada é incapaz de gestionar sus intereses, había depositado toda su confianza en su yerno, muy versado en los negocios, y la sentencia agrega que solo trataba por órdenes expresas de su suegra; había, pues, mandato más que gestión de negocios, lo que no dejaba ninguna duda en cuanto á la fuerza probante de las actas procedentes de él. (1) La gestión de negocios supone que no hay ningún concurso de consentimiento entre el gerente y el amo. ¿Pueden entonces considerarse como procedentes del amo los escritos hechos por el gerente? Se enseña, y ha sido sentenciado, que es menester la ratificación del amo. (2) ¿No es esto confundir el mandato con la gestión de negocios? Se admite que la ratificación equivale al mandato; es, pues, seguro que se pueden oponer á quien ratificó, los escritos procedentes de la persona de quien ratificó las actas. ¿Pero se necesita también esta ratificación en la gestión propiamente dicha? Nō, pues el artículo 1,375 dice que el amo debe cumplir las obligaciones que el gerente contrae en su nombre, sin exigir que las haya ratificado; está, pues, representado por el gerente, y por consiguiente, se le pueden oponer los escritos procedentes de éste. Volveremos á este principio en el título *De los Cuasi-contratos*.

523. Hay otra confusión de la que debe uno cuidarse. En el antiguo derecho, se había pretendido que toda escritura privada procedente de uno de los que tienen intereses

1 Metz, 22 de Mayo de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,745).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 455, nota 26. Larombière, art. 1,347. núm. 8 (t. III de la edición belga, pág. 186). Douai, 21 de Diciembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,799). Comárese Denegada, 2 de Enero de 1872, y el Informe del consejero Rau (Dalloz, 1872, I, 119).

en un negocio, era un principio de prueba por escrito, contra los demás interesados. Pothier desecha esta falsa doctrina; dice que el reconocimiento de la viuda en el inventario no puede ser opuesto á los herederos del marido; estos son los verdaderos principios que el Código ha consagrado exigiendo que el acta proceda de aquel á quien se le opone ó de aquel por el que está representado; y la viuda no representa á los herederos. (1)

La jurisprudencia está en este sentido, aunque las cortes de apelación se hayan equivocado. El acreedor de una renta sostiene que la prescripción ha sido interrumpida por el pago de la renta. Pide que uno de los herederos del deudor sea interrogado por hechos y artículos; luego invoca contra los demás herederos el principio de prueba que resulta del interrogatorio. La Corte de Tolosa admite el sistema. Esto era violar el art. 1347; la sentencia fué casada. La Corte de Casación volvió á establecer los verdaderos principios y son elementales. Cuando el deudor de la renta muere, la obligación se divide entre sus herederos, los que están obligados solo por la parte que les toca; de esto resulta que el escrito de uno de ellos solo puede tener contra él los caracteres y los efectos legales de un principio de prueba por escrito. (2)

Dos hermanas son copropietarias de un inmueble. Se pretende que lo han vendido, y se invoca contra ellas una acta escrita por la mayor; es de notarse que ésta al escribir había empleado el pronombre *nosotras*. La Corte de Lyon admitió el principio de prueba contra la hermana que no había firmado carta y sin que se alegase un mandato que hubiese dado á su hermana mayor. Lo que parecía complicar la dificultad, es que la hermana mayor murió dejando

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 807. Toullier, t. V, 1, pág. 61, núm. 66.

2 Casación, 17 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1858, 1, 459).

por heredera á su hermana menor. Pero todo lo que resultaba, es que en su calidad de heredera, ésta representaba á su hermana mayor por la parte que pertenecía á la difunta en el inmueble, pero no la representaba seguramente por la parte que le era personal. Había, pues, violación del artículo 1,347; la sentencia fué casada.

3. De los escritos que no proceden de aquél á quien se le oponen.

524. El art. 1,347 define el principio de prueba por escrito. Es una excepción á la prohibición de la prueba testimonial; luego la definición, lo mismo que la admisión de la prueba por testigos, son de estricta interpretación. La ley determina las condiciones requeridas para que haya un principio de prueba por escrito; fuera de esas condiciones, no hay principio de prueba; luego no ha lugar á la prueba testimonial. Esto es una derogación al antiguo derecho; la ordenanza no definía el principio de prueba por escrito; por consiguiente, los tribunales gozaban de un poder arbitrario que no tienen hoy. Debe, pues, decidirse, á pesar del disentimiento de Toullier, que el acta que no procede de la parte á la que se opone, no puede servir de principio de prueba por escrito. El art. 1,329 que cita Toullier, no dice lo que se le hace decir; los libros de los comerciantes, en verdad, autorizan al juez para deferir el juramento supletorio al comerciante, pero el juez no puede ordenar la prueba por testigos, en virtud del art. 1,329, y el art. 1,347 se opone terminante á ello. (1) Transladamos á lo que fué dicho acerca de los libros de los comerciantes (núm. 339).

1 Duranton, t. XIII, pág. 387, núm. 351. Aubry y Rau, t. VI, pág. 456, y nota 29, pfo. 764. Denegada, 30 de Abril de 1838 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,034). Hay una sentencia en sentido contrario que invoca la autoridad de Toullier, Tolosa, 25 de Noviembre de 1831 [Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,792].

525. Ha sido sentenciado por aplicación de este principio, que no se podía invocar contra una parte á título de principio de prueba por escrito, una nota que á la verdad hacia probable el hecho alegado, pero esta nota no estaba escrita ni firmada por la parte interesada. Lo que hacía dudosa la cuestión, es que la nota se hallaba en el expediente de la parte á la que se la oponía. Este hecho hubiera sido decisivo si se hubiera podido concluir que la parte se apropiase este escrito, pero nada probaba que se lo hubiese apropiado; desde luego debía aplicarse el art. 1,347. La nota no procediendo de la parte interesada, no había principio de prueba por escrito en su contra. (1) Si aquel que desecha el escrito que se le opone se sirvió de él, se lo apropió por esto mismo; desde luego, no puede ya repudiarlo como siéndole extraño. Hemos citado ejemplos de esto. (2)

Con mayor razón no puede oponerse al heredero una declaración procedente del legatario universal. La Corte de Paris se equivocó en esto; esto prueba cuán delicadas son estas cuestiones. Un abad, antiguo superior de una congregación de San Lázaro, instituye su legatario universal á una monja. Esta declara inmediatamente que no quería conservar nada de dicho legado, porque los bienes pertenecían á la congregación de San Lázaro; entregó, por consiguiente, los bienes á la dicha congregación. Dejarémos á un lado la cuestión de saber si los Lazaristas tienen personalidad civil en Francia; la sentencia de la Corte de Paris lo supone. La heredera legítima del abad, habiendo pedido la nulidad del legado, la Corte desechó su acción, fundándose en la declaración de la legataria, de donde resultaba que los bienes legados no pertenecían al difunto, lo que quitaba todo interés

1 Nancy, 10 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 23).

2 Denegada, 12 de Agosto de 1841, de la Corte de Casación de Bélgica; Bruselas, 15 de Febrero de 1825 (Véase más atrás, número 495).

de parte de la heredera. Esto era violar el art. 1,347; en efecto, la Corte invocaba contra la heredera una declaración que le era enteramente extraña para inducir que los bienes no pertenecían al difunto. La sentencia fué casada. (1)

La jurisprudencia de la Corte de Casación es constante en este sentido. Una acta notariada está combatida por causa de simulación. Se solicita la absolución de posiciones por el notario que redactó el acta. Las respuestas del notario ¿pueden ser opuestas á la parte contratante que niega la simulación? La negativa es tan evidente, que no se entiende cómo el negocio haya sido presentado ante la Corte Suprema. (2)

526. Hay escritos que, en virtud de la ley, pueden servir de principio de prueba por escrito aunque no procedan de la parte á la que se oponen. Tales son las copias que, sin autorización del magistrado ó sin el consentimiento de las partes, han sido sacadas de la minuta del acta por el oficial público que es depositario de ellas. Estas copias, si tienen menos de treinta años, no pueden servir de principio de prueba por escrito. Lo mismo pasa con las copias sacadas por el notario que no es depositario de la minuta, cualquiera que sea la antigüedad de dichas copias (art. 1,335, núms. 2 y 3). La ley asimila á esas copias, la transcripción hecha por el conservador de las hipotecas (art. 1,336). Esas copias no proceden de la parte á la que se las oponen en este sentido; es una excepción á la regla establecida por el art. 1,347. La razón de la excepción se halla en el carácter auténtico de las copias que, según la ley, pueden servir de principio de prueba por escrito. El acta original, siendo recibida por un oficial público, hace fe para con todos; lo mismo debe ser en

1 Casación, 16 de Febrero de 1848 (Daloz, 1848, 1, 67).

2 Denegada, 30 de Abril de 1838 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,034). Compárese Casación, 27 de Noviembre de 1844 (Daloz, 1845, 1, 39).

la minuta, en la medida de la fuerza probante que la ley le reconoce. (1)

III. El escrito debe hacer verosímil el hecho alegado.

527. El art. 1,347 exige una tercera condición para que haya un principio de prueba por escrito; es menester que el escrito haga verosímil el hecho alegado. Esta es la condición esencial, pues es por razón de esta verosimilitud por lo que la ley permite ocurrir á la prueba testimonial para suprimir un suplemento de prueba. ¿Cuándo puede decirse que el escrito hace verosímil el hecho alegado? Resulta de la naturaleza misma de esta condición, el ser entregada á la apreciación del juez, pues se trata de una cuestión de hecho cuya decisión varía de un caso á otro. Sin embargo, en la aplicación debe distinguirse; hay escritos que, en la intención de las partes interesadas, debían hacer prueba completa del hecho litigioso, son las actas propiamente dichas; si no hacen fe, es por razón de una irregularidad que, en principio, las hace nulas, pero como proceden, no obstante, de las partes y que por su objeto hacían probable el hecho que contienen, hay lugar de aplicarles el art. 1,347. Hay otros escritos que no constituyen *actas*, tales son las cartas ó las actas no firmadas; estos escritos no están destinados á servir de prueba, pero pueden valer como principio de prueba por escrito si proceden de la parte á la que se les oponen, y si el juez encuentra la verosimilitud que la ley exige. En derecho, las *actas* y demás *escritos* se hallan en una misma línea en lo que concierne al principio de prueba, pues el art. 1,347 no distingue, pero de hecho hay una diferencia. Si se trata de *escritos* que no han sido hechos para servir de prueba, el juez debe examinar en cada caso, si hacen probable el hecho

¹ Aubry y Rau, t. VI, pág. 457, pfo. 764 (4^a edición).

alegado. Si se trata de *actas* irregulares, ofrecen el carácter de verosimilitud por su propia naturaleza; sin embargo, el juez conserva el poder discrecional que tiene, en virtud del art. 1,347: puede decidir que esas actas no hacen verosímil el hecho alegado, y desechar, en consecuencia, la prueba testimonial. La ley lo dice para las copias de las actas auténticas; no dice que las copias deben valer como principio de prueba, pero dice que *pueden servir* solo como principio de prueba, lo que deja al juez un poder de apreciación; con mayor razón, lo mismo debe suceder con las actas irregulares y nulas como tales. (1) El poder discrecional de que gozan los Tribunales en esta materia, resulta de la naturaleza misma del principio de prueba. Se trata de decidir si los escritos alegados producen verosimilitud suficiente para que se pueda sin peligro ocurrir á la prueba testimonial: al juez toca el apreciarlo. El poder de que está investido es arbitrario, pero de usarlo por interés de la verdad, así ejercitado, el poder arbitrario es preferible á la admisión demasiado fácil de la prueba testimonial, pues no hay que olvidar los graves motivos por los que la ley la tiene prohibida.

I. De las actas nulas.

528. El acta notariada es nula cuando el oficial público que la recibió es incompetente ó incapaz, ó cuando una forma prescripta bajo pena de nulidad, no ha sido observada. Vale, en tal caso, como escritura privada si ha sido firmada por todas las partes. Si solo está firmada por una de las partes, se le puede oponer como procedente de ella, y el juez podrá admitirla como principio de prueba por escrito si el acta hace verosímil el hecho alegado. Esto supone que la falta de firma de las demás partes contratantes es una

1 Duranton, t. XIII, pág. 379, núm. 344. Toullier, t. V, 1, página 134, núm. 133.

simple irregularidad del acta: si las partes no han firmado porque se rehusaron á tratar, no hay convención, y por consiguiente, el acta imperfecta debe ser considerada como inexistente; no puede valer ni como principio de prueba de un hecho jurídico que jamás tuvo existencia. Transladamos á lo que fué dicho acerca del art. 1,318.

529. Las actas privadas que contienen convenciones sinalagmáticas no son válidas cuando no han sido hechas por tantos duplicados como partes teniendo interés distinto. Son también nulas cuando cada original no contiene la mención del número de originales que se hicieron (art. 1,325). Las actas nulas por sus irregularidades, ¿pueden servir de principio de prueba por escrito? Si se atiene uno, como se debe, al texto del art. 1,347, la contestación no es dudosa. Se supone que el acta está firmada por la parte á la que se opone y que hace verosímil el hecho que se alega; desde luego, el acta reúne todas las condiciones requeridas para constituir un principio de prueba por escrito. Sin embargo, la cuestión está controvertida, los autores están divididos y hay sentencias en diversos sentidos.

Se invoca el texto del art. 1,325, según el cual las actas *no son válidas* sino cuando se hacen por duplicado. El argumento no es serio. Hay una regla fundamental de interpretación que evitaría muchas controversias si los intérpretes no la olvidaran á cada paso: No hacer decir á una ley lo que no dice y lo que no tuvo por objeto decidir. ¿Qué objeto tiene el art. 1,326; es el de decidir si el acta irregular puede ó no servir de principio de prueba por escrito? No se trata en él de principio de prueba. Si la ley dice que el acta no hecha por duplicado no es válida, esto significa que dicha acta no hace prueba; es decir, prueba completa. En cuanto á la cuestión de saber si puede servir de principio de prueba, está decidida, no por el art. 1,325, sino por el artículo 1,347, y este artículo corta la cuestión sin ninguna duda.

Se objeta el espíritu de la ley, siempre invocando el artículo 1,325. El legislador declara que el acta no es válida, se dice, porque presume que las partes no han definitivamente tratado. Hemos contestado ya que el legislador nada presume, prescribe condiciones para que el acta haga prueba; si estas condiciones no han sido observadas, el acta no hará prueba. ¿Es esto decir que no pueda valer como principio de prueba por escrito? Esto es sacar del art. 1,325 una consecuencia en la que seguramente no pensó el legislador. Se insiste y se dice que la ley quiso la igualdad entre las partes contratantes, que tal es el único objeto de las dos condiciones que establece; y, la igualdad no existiría ya si una de las partes podía servirse del acta á título de principio de prueba, mientras la otra no tendría ese derecho. Nuestra contestación es siempre la misma; se hace decidir al legislador una cuestión que es extraña á la disposición que se trata de interpretar. El acta irregular no sirve como prueba para ninguna de las dos partes; hé aquí la igualdad que la ley ha querido. ¿Puede valer como principio de prueba para una de las partes? Esta es otra cuestión de la que debe buscarse la solución en el art. 1,347. (1)

La Corte de Casación se ha pronunciado por la opinión que acabamos de defender; ella se funda en el texto del artículo 1,347, argumento decisivo que hubiera debido evitar toda controversia. (2) Las cortes de Bélgica siempre sentenciaron en este sentido. (3)

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. VI, pág. 384, nota 34, pfo. 456. Hay que agregar, en el sentido de nuestra opinión, Colmet de Santerre, t. V, pág. 558, núm. 288 bis X. Larombière, tomo IV, pág. 359, núm. 34 (Ed. B., t. III, pág. 199).

2 Casación, 18 de Noviembre de 1864 (Daloz, 1865, I, 105). Véase la jurisprudencia anterior en el *Repertorio de Daloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,096.

3 Bruselas, 2 de Agosto de 1827 y 28 de Noviembre de 1843 (*Paracisaria*, 1837, 2, 199, y 1843, 2, 378). Lieja, 10 de Enero de 1844 (*ibid.*, 1844, 2, 128).

530. Los vales que tienen por objeto una obligación por cantidad de dinero ó por cosa fungible son sometidos á formalidades especiales cuya inobservación atrae la nulidad del escrito, en el sentido de no hacer prueba de la deuda. ¿Pueden esos vales servir como principio de prueba por escrito? Se supone que están firmados sin que el signatario les halla agregado un *bueno* ó un *aprobado* que diga en todas letras la suma ó valor de la cosa. Esta es una cuestión análoga á la que acabamos de examinar y que debe recibir la misma solución. Hay, pues, que hacer á un lado el artículo 1,347, que es extraño el principio de prueba; el art. 1,347 es quien es el sitio de la materia, y es tan clara "que debe renunciarse al buen sentido y á la razón," para sostener que un vale firmado por el deudor no forma un principio de prueba contra él, porque no escribió el *bueno* después de su firma ó porque no lo puso en letras la cantidad ó valor. Tal es seguramente el objeto de la formalidad del *bueno*. ¿Es esto decir que todo vale no visto de un *bueno* deba presumirse ser obra del fraude? La ley no lo dice. Ni siquiera dice que el vale sea nulo, como lo decía la ordenanza de 1667; todo lo que puede concluirse de la irregularidad del vale, es que no hace prueba de la obligación. Pero de que no haga prueba completa, no puede deducirse que no pueda servir como principio de prueba. La diferencia es grande ante la prueba y el principio de prueba. Si el vale hiciera prueba contra el signatario que no hubiese puesto el *bueno*, pudiera haber abuso del blanco y sorpresas; mientras que esto no es de temer cuando se invoca el vale como un principio de prueba. El juez tiene poder de apreciación; admitirá el deudor á probar que firmó sin conocimiento de causa; y cuando solo habrá una sospecha de sorpresa, desechará la prueba testimonial. La jurisprudencia de la Corte de Casación (1) y la opinión de la mayor

1 Citamos las últimas sentencias que son apenas motivadas: De-

parte de los autores están en este sentido. (1) Hay sentencias en sentido contrario. La Corte de Paris dice que la formalidad prescripta por el art. 1,326 es verdaderamente constitutiva del acta, que su omisión no solo produce una *presunción simple* de sorpresa, sino además una *presunción absoluta*, y que es contra toda regla que una acta reprobada por la ley como sospechosa, pueda formar un principio de prueba por escrito. Cuando se considera esta sentencia con relación al art. 1,326, queda uno sorprendido de que la ley no diga una sola palabra acerca de una presunción cualquiera; y para que haya presunción legal, es menester que una ley *especial* la tenga establecida: estos son los términos de art. 1,353. Hay, pues, que abandonar esta pretendida presunción legal y absoluta que ignora la ley; queda una simple formalidad para la inobservancia de lo que el art. 1,326 ni siquiera pronuncia la nulidad. La Corte de Paris agrega que si se considera el vale no revestido del *bueno* como formando un principio de prueba por escrito, resultará que la prueba testimonial quedará admitida en todos los negocios de esta naturaleza, lo que sería de peligrosa consecuencia. (2) Esto no es exacto.

No sentamos, en principio, que el vale firmado *dela* ser admitido como un principio de prueba, las probabilidades están contra el signatario, pues el fraude y la sorpresa son

negada 10 de Enero de 1870 (*Dalloz*, 1870, 1, 61); Lyon, 17 de Junio de 1871 (*Dalloz*, 1871, 2, 192). La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está en el mismo sentido. Citamos las últimas sentencias: Bruselas, 20 de Junio de 1854; Gand, 15 de Junio de 1871; Lieja, 8 de Marzo de 1871 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 36; 1872, 2, 74, y 1871, 2, 221).

1 Esta es la opinión general, excepto el disentimiento de Delvin court (*Aubry y Rau*, t. VI, pág. 394, nota 76, pfo. 756).

2 Paris, 5 de Diciembre de 1816 (*Dalloz, Obligaciones*, núm. 4,118). Compárese Bourges, 11 de Enero de 1825 (*Dalloz, Obligaciones*, número 4,172, 2º). La Corte de Bourges abandonó esta opinión (sentencia del 11 de Junio de 1851, *Dalloz*, 1852, 2, 33), así como la Corte de Paris (sentencia de 7 de Diciembre de 1871).

excepciones; pero si se presentó una de esas excepciones, el signatario del vale será admitido á probar que firmó sin conocer la extensión de la obligación que contraía, y bastaría que haya sospechas de fraude para que el juez desechase el vale.

Decimos que el deudor será admitido á probar la sorpresa, ó su ignorancia de lo que firmó. Esto no quiere decir que exista una presunción contra el signatario, pero hay seguramente una probabilidad en su contra; á él toca destruirla. La jurisprudencia francesa pone á cargo del acreedor la prueba que el signatario tenía pleno conocimiento de la extensión de la obligación del acta cuando la suscribió. Se lee en una sentencia de la Corte de Grenoble¹, que el portador de un vale está *obligado* á probar que aquél que lo firmó lo hizo con pleno conocimiento de causa. (1) Este rigor es sin duda fundado en la pretendida presunción de sorpresa ó de fraude que se dice existe contra el acta no revestida del *bueno*. Hemos desecharlo el principio, debemos desechar las consecuencias que de él se han deducido. No hay ninguna presunción, solo el deudor está interesado á oponer su ignorancia, y por su parte, el acreedor tiene interés en establecer que el deudor firmó con conocimiento de causa; el juez, teniendo un poder discrecional, puede admitir ó desechar el principio de prueba que el demandante funda en el vale; á las partes toca el hacer valer sus medios, pero no puede decirse, como la Corte de Grenoble, que el acreedor *deba* probar que el vale ha sido firmado con conocimiento de causa. Esto es una cuestión de interés; luego de hecho, y no una cuestión de derecho. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está en este sentido. (2)

1 Paris, 24 de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, 2, 197). Grenoble 26 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1857, 2, 58). Compárese Bourges, 11 de Junio de 1851 (Daloz, 1852, 2, 33).

2 Bruselas, 16 de Enero de 1849 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 29) y 13 de Junio de 1849 (*ibid.*, 1850, 2, 84].

2. De los escritos que no son actas.

531. Ordinariamente los escritos que se alegan como formando un principio de prueba por escrito, no son actas, no han sido redactados para ministrar una prueba del hecho litigioso, pero tienen alguna relación con él, y de esto resulta una probabilidad en favor de la demanda ó de la excepción que se quiere establecer mediante prueba testimonial. La cuestión en este caso, es puramente de hecho; al juez toca decidir si el escrito hace verosímil el hecho alegado. Se encuentran ejemplos en todos los autores tomados de Boiceau, de Danty y de Pothier. (1) Preferimos relatar algunos casos según la jurisprudencia, que es la expresión de la vida real. Hay numerosas sentencias en esta materia; no sería muy útil reproducirlas, los hechos y las verosimilitudes que resultan de ellos, variando necesariamente con cada proceso, de manera que es raro que las decisiones sirvan de precedentes.

Hay un principio que domina la materia: debe haber una relación entre el escrito y el hecho que se trata de probar, si no no se concibe como pudiese resultar una probabilidad cualquiera, y por consiguiente, un principio de prueba por escrito. Una sentencia de la Corte de Casación ministra un ejemplo de esto. Una viuda donataria universal del usufructo de los bienes de su marido, solicita probar por títulos y por testigos que éste último, después de haber vendido una casa que le pertenecía, se la hizo retroceder. No tenía título, pero alegaba escritos que formaban un principio de prueba suficiente para admitir la prueba testimonial. En primer lugar, una cuenta firmada por la parte adversa, por la que ésta se reconocía deudora de las rentas hacia la citada viu-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 801 y 802. Duranton, tomo XIII, pág. 381. núms. 345-350. Aubry y Rau, t. VI, pág. 459, notas 39-41, pfo. 764.

da; esto era según la demandante, las rentas de la casa retrocedida. La Corte de Dijon contestó que nada indicaba de qué propiedad se trataba. La demandante invocaba también una declaración hecha por ella en el inventario; se decía en él que el difunto debía una suma de 1,000 francos á los adquirentes de la casa; esto era, según ella, el precio de la pretendida retrocesión. La Corte contestó que la tal declaración nada tenía que ver con una venta; por otra parte, esta declaración no procedía de aquellos á quienes se oponía; debía, pues, desecharse. En definitiva, los escritos invocados como principio de prueba, nada probaban; no podía, pues, ser admitida la prueba testimonial. En el pedimento de Casación, la Corte decidió que la Corte de Dijon había rehusado admitir la prueba testimonial con mucha justicia. (1)

532. Según este principio es como debe decidirse la cuestión de saber si el título de una renta prescripta puede servir de principio de prueba por escrito para establecer que la prescripción ha sido interrumpida por el pago de la renta; Toullier estableció muy bien la negativa. El acreedor des- cuidado dejó pasarse treinta años sin exigir acta de reconocimiento, como tenía el derecho de hacerlo (art. 2,263). Pretende que las rentas le han sido pagadas exactamente; pero el capital, excediendo 150 francos, no puede ser admitido á probar el pago por testigos sino mediante un principio de prueba por escrito. Produce el testimonio original y sostiene que la posesión de este título es, si no una prueba, cuando menos una presunción que la renta no ha sido devengada, pues si lo hubiera sido, el testimonio hubiera sido entregado al deudor rentista; concluye de esto que hay principio de prueba por escrito de que la renta existe aún y que los réditos han sido pagados. La cuestión se ha presentado en el antiguo derecho; se distinguía entre las rentas constituidas crea-

1 Casación, 27 de Julio de 1859 (*Daloz*, 1859, 1, 398).

das á precio de dinero y la rentas sobre fondos; en cuanto á las primeras, la prueba por testigos del pago de los réditos no era admitida, porque estas rentas son amortizables, el defecto de haber hecho renovar el título en los treinta años hacía presumir la amortización. En cuanto á las rentas sobre fondos, se admitía la prueba testimonial del servicio de réditos sobre presentación del título, porque estas rentas no pudiéndose amortizar, se puede presumir el pago de ellas. Hoy todas las rentas son amortizables; debe decidirse, pues, que la prueba testimonial no debe ser admitida nunca, aunque el acreedor estuviera aún en posesión del título. Hay para ello una razón decisiva, es que un título extinguido por la prescripción no puede ser invocado para probar que no hay prescripción. (1) La jurisprudencia está en este sentido; como lo dice muy bien la Corte de Douai, no hay una correlación necesaria entre la posesión del título y el hecho del pago de los réditos; esto basta para que el art. 1,347 no sea aplicable. (2) Una sentencia en sentido contrario de la Corte de Caen fué casada: Todo lo que prueba la producción del título, dice la Corte de Casación, la existencia de la obligación originaria; pero no habiendo sido renovado el título, éste no puede servir de prueba de existir aún la obligación, á no ser que el acreedor rentista no pruebe que la prescripción ha sido interumpida por el pago de los réditos; esta prueba debe hacerse independientemente del título. (3)

533. Un mandatario está demandado en un Tribunal correccional por haber dispuesto de una suma de dinero que había recibido en nombre del mandante. Niega el mandato. La prueba de éste, como lo diremos más tarde, debe hacer-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 103, núms. 97 y 98. Laroinbiére, t. V, página 100, núm. 24 (Ed. B., t. III, pág. 190).

2 Douai, 19 de Enero de 1842. Riom, 4 de Mayo de 1841 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 4,845).

3 Casación, 19 de Noviembre de 1845 (Daloz, *Obligaciones*, número 4,845).

se según las reglas del derecho civil. No había título, pero el reo había subscripto este negocio en nombre del mandante, en un libro de su estudio: éste era un principio de prueba por escrito que hacía admisible la prueba testimonial. Así fue sentenciado por la Corte de Casación, Sala criminal. (1)

534. Un acreedor hipotecario entrega cancelación de la inscripción al adquirente del inmueble hipotecado. ¿Resultará un principio de prueba por escrito de que el acreedor ha sido pagado? La afirmativa no es dudosa. Es verdad que un acreedor puede consentir en la cancelación de la inscripción sin renunciar á la hipoteca, y cuando su crédito subsiste aún, pero de ordinario la inscripción no se cancela sino cuando la deuda se extingue; la probabilidad está, pues, en que el acreedor ha sido pagado cuando entrega cancelación de inscripción; esta probabilidad basta para que haya un principio de prueba por escrito. (2)

535. La jurisprudencia admite que las donaciones pueden hacerse bajo la forma de una acta de venta; pueden, pues, también probarse, como las ventas, por testigos con un principio de prueba por escrito. El acta de venta ¿puede servir de principio de prueba por la donación disfrazada? La Corte de Bruselas ha juzgado la cuestión afirmativamente. Había, en el caso, un motivo para dudar. La venta había sido anulada como tal. ¿Debía concluirse por esto, que no podía hacer fe como donación? No, puesto que la jurisprudencia admite la validez de las ventas disfrazadas. El acta subsistía, pues, aunque la venta fuera disfrazada, y podía ser invocada como conteniendo una liberalidad; pero por sí sola no podía probar que hubiese donación, solo buscaba una probabilidad; luego un principio de prueba por escrito. (3)

1 Denegada, 4 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1854, 5, 597).

2 Denegada, 17 de Julio de 1820; París, 16 de Agosto de 1838 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 4.853).

3 Bruselas, 16 de Abril de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 106).

536. Una venta consta por acta privada; á continuación del acta un notario se compromete personalmente á pagar el precio principal é intereses. Fué juzgado que esta declaración formaba un principio de prueba por escrito, autorizando el vendedor para probar por testigos y por presunciones que la venta fué en realidad hecha al notario por una persona interpuesta. El compromiso contraído por el notario, no era una liberalidad, ninguno lo pretendía; no era una caución, pues el notario se obligaba como deudor principal; y no se puede ser deudor personal del precio de una venta, sino cuando se es comprador. ¿Por qué no figuró el notario como comprador en el acta de venta? Fué porque la venta era una especulación que los deberes y las conveniencias de su profesión le prohibían hacerlo. (1)

537. Un poder en blanco es entregado al notario con cláusula para recibir un crédito de 8,500 francos. El notario queda en posesión de dicho poder hasta el dia en que por malos negocios se fugó. El deudor pretendió haber pagado en manos del empleado principal autor de la fuga del notario. Cuestión de saber si el notario era mandatario. El hecho de que un poder en blanco le había sido entregado, fué considerado como un principio de prueba por escrito, por la Corte de Caen, cuando todas las circunstancias de la causa probaban que la acreedora había encargado al citado notario del cuidado de sus intereses. La Corte de Casación confirmó la decisión. (2)

538. Pido contra usted el pago de una suma de 2,000 francos que pretendo haberle prestado. El préstamo no consta en ninguna acta, pero tengo una carta del deudor, en la que dice estar desesperado por no poderme devolver el dinero que le presté, y declara que se apresurará á saldar dicha deuda, sagrada para él. Este es uno de los ejemplos

1 Denegada, 9 de Diciembre de 1851 (Dalloz, 1851, I, 325).

2 Denegada, 4 de Agosto de 1835 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 4,831).

dados por Pothier: la deuda está probada por el reconocimiento escrito por el deudor; de esto, un principio de prueba por escrito que autoriza la prueba testimonial para establecer el monto de la deuda. El caso se ha presentado. La Corte confirió el juramento supletorio á la acreedora; á pedimento de Casación, intervino una sentencia de denegada sobre sobre las conclusiones de Daniels. (1)

IV. Competencia de la Corte de Casación.

539. ¿Es competente la Corte de Casación para decidir si hay ó no un principio de prueba por escrito? Es competente cuando se trata de una cuestión de derecho; no lo es, cuando la cuestión es de hecho. Hay cuestión de derecho en el caso, puesto que el art. 1,347 difiere el principio de prueba por escrito: el juez no puede, sin violar la ley, apartarse de esta definición, admitiendo, por ejemplo, como haciendo principio de prueba por escrito, una acta que no proceda de aquel á quien se opone, ni de aquel que representa, ó por el que está representado. Pero hay también una cuestión de hecho, es la de la verosimilitud que resulta del escrito. Acerca de este punto, los jueces gozan de un poder discrecional, y por consiguiente, deciden soberanamente. (2)

540. La jurisprudencia de la Corte de Casación, está en este sentido. Ha sentenciado, en principio, que el punto de saber si el carácter de las piezas alegadas eran de naturaleza á formar un principio de prueba por escrito, es una cuestión de derecho que entra en sus atribuciones. Caso, en consecuencia. Una decisión de la Corte de Lyon que había admitido una carta como formando principio de prueba por escrito, cuando dicha carta no procedía de la parte á la que

1 Denegada, 29 prairial, año XIII (Daloz, *Obligaciones*, número 4,831). Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 804.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 460, notas 47 y 48, pfo. 764.

se la oponía. (1) Otra sentencia asienta los dos principios que acabamos de establecer. “Si pertenece á la Corte de Casación verificar en todos los casos, si las actas admitidas por las cortes de apelación como formando principio de prueba por escrito, satisfacen las condiciones legales impuestas por el art. 1,347, para que puedan servir de base á la prueba testimonial, es de la exclusiva competencia del juez el derecho de apreciar si según su contenido, y en vista de las circunstancias de la causa, dichas actas son realmente de naturaleza á hacer verosímil el hecho cuya prueba es solicitada.” En un caso, la Corte de Grenoble había juzgado que las actas producidas no podían servir de principio de prueba; la cuestión era dudosa, pues había escritos en que constaba el pago de intereses superiores á la suma de 2,000 francos que la Corte fijaba á la demandante en casación; la Corte de Casación se limitó á decir que la decisión de hecho no era de su resorte. (2) Hay un gran número de sentencias en este sentido; es inútil citarlas, el principio siendo admitido por todos. (3)

Núm. 2. Efecto del principio de prueba por escrito.

541. El art. 1,347 dice: “Estas reglas reciben excepción cuando existe un principio de prueba por escrito.” Hay, pues, excepción para todas las reglas que el Código establece acerca de la prueba testimonial. Hemos dicho que el artículo 1,341 prohíbe la prueba testimonial, primero cuando se trata de cosas excediendo el valor de 150 francos, después cuando las partes han hecho una acta; ninguna prueba por testigos es admitida contra y además del contenido en

1 Casación, 31 de Diciembre de 1839 (Dalloz, *Obligaciones*, número 4,800, 1º).

2 Denegada, 17 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 247).

3 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 4,747 y 4,748.

el acta. La excepción del art. 1,347 se extiende á estas dos reglas. Ninguna dificultad hay en cuanto á la primera. En cuanto á la segunda, es igualmente incontestable que la prueba testimonial es admitida contra y además del contenido en el acta, cuando existe un principio de prueba por escrito. La jurisprudencia está en este sentido, (1) y la cuestión no es dudosa, puesto que está decidida por el texto de la ley. Es igualmente seguro, que puede prevalecerse de un principio de prueba por escrito contra una acta auténtica; el art. 1,341 comienza por decir que debe hacerse acta *ante notario* ó privadamente por toda cosa excediendo el valor de 150 francos; después dice que no se recibe ninguna prueba por testigos contra y además de lo contenido en las *actas*. La palabra *actas* en la segunda parte del artículo, comprende, pues, las actas notariadas tanto como las actas privadas. (2)

542. Debe, sin embargo, hacerse una distinción á nuestro juicio, y resulta una diferencia entre el acta auténtica y el acta privada. El art. 1,347 es aplicable en todos los casos en que el acta solo hace fe hasta prueba contraria; en general, esta prueba no puede consistir en testimonios, porque ninguna prueba por testigos es admitida contra ó además de lo contenido en acta; por excepción, la prueba testimonial será admitida cuando habrá un principio de prueba por escrito; se podrá, pues, probar por testigos contra y además del contenido del acta aunque sea auténtica. Pero cuando el acta ya auténtica, ya privada hace fe hasta inscripción por falsedad, ninguna prueba es admitida, excepto la del procedimiento de falso; de donde se sigue que el art. 1,347 no puede recibir aplicación. En efecto, esta disposición su-

1 Denegada, 23 de Mayo de 1827 (Dalloz, en la palabra *Comunidad*, núm. 2,374); 15 de Diciembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,809); Bourges, 27 de Abril de 1833 (Dalloz, *ibid.*, número 4,763, 3º).

2 Lyon, 28 de Agosto de 1818 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 4,763, 1º)

pone que la prueba literal es admisible, puesto que la prueba testimonial apoyada en un principio de prueba por escrito, suple á la prueba por actas; cuando aun la prueba por acta es desechada, no puede tratarse de admitir la prueba testimonial.

Decimos que resulta de esto una diferencia entre el acta auténtica y el acta privada. La primera hace fe de su fecha hasta inscripción por falsedad, lo que excluye la prueba contraria y, por consiguiente, la aplicación del art. 1,347, mientras que las actas privadas no hacen fe de la sinceridad de su fecha: sino hasta prueba contraria, lo que permite combatirla por la prueba testimonial cuando existe un principio de prueba por escrito. La cuestión se presenta para la fecha de los testamentos: cuando el testamento es por acta pública; es decir, notariado, el art. 1,347 no recibe aplicación, la sinceridad de la fecha puesta por el oficial público no puede ser atacada por la prueba contraria; si se le quiere combatir, se necesita inscribirse por falsedad, mientras que la fecha del testamento ológrafo no hace fe sino hasta prueba contraria, y esta prueba puede consistir en un principio de prueba por escrito confirmada por testimonios. La cuestión está, sin embargo, controvertida; transladamos á lo que fué dicho en el título *De las Donaciones y Testamentos*.

543. Hay contratos que deben ser probados por escrito: se pregunta si en este caso la prueba testimonial será admisible cuando hay un principio de prueba por escrito. La cuestión se presenta para el contrato de arrendamiento, según los términos del art. 1,716, si el arrendamiento hecho sin escrito no ha recibido aún ninguna ejecución y que una de las partes lo niega, la prueba no puede ser recibida por testigos, por módico que sea el precio. ¿Esta disposición excluirá la aplicación del art. 1,347? El art. 1,907 quiere que el tipo de rédito convencional esté fijado por escrito; la stipulación ¿puede probarse por testigos si hay un principio

de prueba por escrito? Igual cuestión para las transacciones; este contrato debe, según el art. 2,045, ser redactado por escrito. Transladamos para exámen de la dificultad, á los títulos que son el sitio de la materia.

En los negocios mercantiles, la prueba testimonial es siempre admitida. La ley hace una excepción para las sociedades en comandita ó en nombre colectivo y para las sociedades cooperativas; deben constar por actas públicas ó bajo firma privada (ley de 8 de mayo de 1873, art. 4). La ley es aún más rigurosa para las sociedades anónimas y para las sociedades en comandita por acciones; no pueden ser formadas sino por acta auténtica. Estas disposiciones no dejan mucha duda acerca de la cuestión de saber si el art. 1,347 es aplicable; implican la necesidad de una acta por escrito, lo que excluye todo otro medio de prueba. (1)

§ II.—DE LA EXCEPCION PREVISTA POR EL ART. 1,348.

Núm. 1. *El principio.*

544. Las reglas acerca de la prohibición de la prueba testimonial, reciben también excepción todas las veces que el acreedor no ha podido procurarse una prueba literal de la obligación contraída hacia él. Esta disposición del artículo 1,348 hace una modificación considerable á las reglas establecidas por el art. 1,341. El art. 1,341 supone que existe un escrito ó que ha sido posible á las partes el redactar uno; la primera regla dice, que debe pasarse acta por toda cosa excediendo el valor de 150 francos; la segunda, desecha la prueba por testigos contra, y además de lo contenido en el acta. Cuando no hay acta, no puede tratarse de aplicar la segunda regla. La primera, implica que las partes tienen la

1 Larombière, t. V, art. 1,347, núm. 40 (Ed. B., t. III, pág. 199).

facultad de redactar una acta. Si la redacción de un escrito es imposible, el mandamiento de la ley no puede ya recibir aplicación, pues ésta no quiere lo imposible; de esto, la consecuencia sacada por el art. 1,348, que la prueba por testigos es admitida cuando las partes han estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal. Hay que generalizar la expresión, cuyos términos solo parecen aplicarse á los acreedores que reclaman la ejecución de la obligación contraída hácía ellos. La excepción se aplica naturalmente á los casos que están comprendidos en la regla, y la regla está concebida en los términos más generales, se aplica á todo hecho jurídico, y á todas las partes, al demandante como al demandado. Lo mismo debe suceder con la excepción. La misma naturaleza de la excepción lo prueba. Nunca puede pedirse lo imposible; si la prueba testimonial está prohibida, es porque las partes han podido y han debido redactar una acta para constancia del hecho litigioso, y si no lo pudieron hacer, la razón de la prohibición cesa, y por tanto, cesa también la prohibición.

Se dice que los casos de imposibilidad, no son realmente excepciones, que son casos que no han sido nunca, y nunca han podido estar comprendidos en la prohibición. (1) Esto no es enteramente exacto. Hay hechos que no están comprendidos en la prohibición, son los hechos llamados materiales por oposición á los hechos jurídicos. Pero los hechos presentes por el art. 1,348, son hechos jurídicos, la excepción se supone y los ejemplos que da la ley lo prueban. En este sentido se hallan comprendidos en la regla; si la prohibición no se aplica á estos hechos, aunque sean jurídicos, es porque cesa la razón de la prohibición.

545. Después de establecer el principio de la excepción, el art. 1,348 dice que se aplica á las obligaciones que nacen

1 Toullier, t. V, 1, pág. 440, núm 137, según el abogado general Joly de Fleury.

de los cuasicontratos y de los delitos ó cuasidelitos, á los depósitos necesarios, á las obligaciones contraídas en caso de accidentes imprevistos, y á los casos en que el acreedor ha perdido su título. ¿Cuál es el sentido de estas aplicaciones? Un primer punto es seguro, y es que solo son ejemplos que nada tienen de limitativo. La excepción es aplicable á todos los casos en que ha sido imposible á las partes procurarse una prueba literal; esto es lo que dice el principio de prueba por escrito; y la ley no puede obligar á las partes á que produzcan un escrito cuando han estado en la imposibilidad de procurárselo.

Hay una segunda observación que hacer acerca de la aplicación que hace la ley del principio que asienta: por esto mismo que son aplicaciones, debe entenderse en el sentido del principio; es decir, que en los casos determinados por la ley, la prueba testimonial solo es admisible cuando realmente ha sido imposible á las partes el procurarse una prueba literal. Cuando, pues, en un caso, las partes interesadas han podido redactar un escrito, la excepción deja de ser aplicable, y por consiguiente, se entra en la regla que prohíbe la prueba testimonial cuando el valor de la cosa excede de 150 francos. Las aplicaciones, siendo solo ejemplos, es por demás decir que no pueden derogar al principio; y sería derogar al principio del art. 1,348, el admitir la prueba por testigos en los casos en que las partes han podido y debido procurarse una prueba literal; y esta derogación no tendría razón de ser. (1)

Entre las aplicaciones que el art. 1,348 da del principio que establece, hay uno que es extraño al principio: es el de la pérdida del título; no puede decirse que en este caso, las partes han estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, puesto que existía una acta; pero dicha acta,

1. Aubry y Rau, t. VI, pág. 461, notas 1 y 2, pfo. 765. Colmet de Santerre, t. V, pág. 615, núm. 321 bis II.

habiendo perecido por caso fortuito, la parte interesada se encuentra en imposibilidad de presentarlo; en este sentido, el núm. 4 del art. 1,348 se relaciona con la excepción que consagra el artículo.

Núm. 2. De los casos determinados por el art. 1,348

I. Los cuasicontratos.

1. La gestión de negocios.

546. El art. 1,348 dice que la segunda excepción se aplica á las obligaciones que no sean de los cuasicontratos. Pothier da la razón. Los cuasicontratos se forman sin concurso de consentimiento, de manera que el acreedor adquiere una acción por un hecho de que no puede tener conocimiento, lo que excluye una prueba literal; y aunque el que demanda probar el cuasicontrato conoce el hecho y aun es su autor, está en la imposibilidad de redactar una acta, pues necesitaría el concurso de la otra parte, y con él habría contrato. La ley tuvo, pues, que dar á las partes interesadas el derecho de probar indefinidamente por testigos el hecho de donde resulta el cuasicontrato. Tal es la gestión de negocios (arts. 1,371 y 1,372).

547. La excepción se aplica sin dificultad al dueño cuyos negocios han sido gestionados sin que lo sepa. Es el ejemplo dado por Pothier. Si alguno, durante su ausencia, labró sus tierras, cosechó, vendió su trigo ó sus vinos, debe darle cuenta de esta gestión; si la niega, la prueba testimonial no puede ser rehusada al dueño, que no ha podido procurarse una prueba literal de la gestión. Hay que decir más: la Corte de Bourges juzgó muy bien que el dueño puede probar por testigos, no solo el hecho de la percepción de los frutos, sino también el precio á que vendió el gerente los trigos y los vinos. Esta es la aplicación del

principio; el dueño no pudo procurarse una prueba literal de la venta, puesto que fué ajeno al contrato. En vano se dirá que podía ocurrir á una experticia ó á las mercuriales; no es el valor de los frutos que reclama, es el precio por el que fueron vendidos, y este precio tiene el derecho de establecerlo por medio de testigos. (1)

¿Sucedería lo mismo cuando el dueño tuvo conocimiento de la gestión? El art. 1,371 parece considerar como gestión de negocios el caso en que el dueño conoció desde el principio la gestión, tanto como el caso en que no la conoció. Transladamos el exámen de la dificultad al título *De los Cuasicontratos*. La mala redacción de la ley da lugar á una duda; si el dueño conoce la gestión, la consintió; luego hay concurso de consentimientos y, por consiguiente, contrato: esto es el mandato tácito, no la gestión de negocios. ¿No deberá concluirse que este caso no es el de la excepción prevista por el art. 1,348, que esto es la regla, y por consiguiente, que la prueba testimonial no es admitida? Tal sería nuestro modo de ver, si desde el principio y antes que hubiese comenzado la gestión, el propietario hubiera conocido la intención del gerente y hubiese consentido. Pero si ignoró la gestión en el momento en que comenzó, y que más tarde tuvo conocimiento de ella, hay un cuasicontrato, y por consiguiente, la prueba testimonial será admisible. (2)

548. El gerente está también admitido á probar por testigos, pues así como el dueño no pudo procurarse una prueba literal del hecho que produce el cuasicontrato. Boiceau agrega que la equidad y el interés mismo del dueño, justifican esta excepción al derecho común; si el gerente no fuese

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 812. Toullier, t. V, 1, pág. 143, núm. 141. Bourges, 10 de Diciembre de 1830 (Sirey, 1831, 2, 165).

2 Compárese en sentido diverso Duranton, t. XIII, pág. 392, número 357; Larombière, t. V, núm. 9 del artículo 1,348 (Ed. B., tomo III, pág. 206).

admitido á la prueba testimonial, nadie quisiera ocuparse de los negocios de un ausente. (1) Sin embargo, no debe establecerse en principio que el gerente pueda siempre probar por testigos los hechos que alega, porque los términos del art. 1,348 son absolutos, y no comprenden ninguna distinción entre él y el dueño. (2) Hay una diferencia, y resulta del mismo principio establecido por el art. 1,348. El dueño se halla siempre en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de los hechos de la gestión, puesto que queda ageno á ella; mientras que el gerente puede muy bien, y debe procurarse un escrito de los hechos jurídicos en que interviene. Vende: la más simple prudencia y las conveniencias le obligan á procurarse una prueba literal de la venta. Si paga una deuda, debe pedir recibo. No sería recibido á probar por testigos la venta y el pago, pues pudo y debió procurarse una prueba literal; está, pues, en el caso, no de la excepción, pero sí de la regla. (3)

Así lo juzgó la Corte de Bruselas, y esto no es dudoso. En el caso, se trataba de adelantos y desembolsos hechos por el gerente; la Corte decidió que el gerente no podía probar por testigos, puesto que le había sido fácil pedir recibos á aquellos á quienes había hecho pagos relativos á su administración. Pero la Corte se adelanta demasiado, concluyendo que el dueño no puede tampoco probar por testigos las entradas que pretende haber ó tuvo el gerente. (4) Esto resulta, dice la sentencia, de la regla de los correlativos. Entendemos que si la posición de ambas partes fuese la misma, debiera ser sometida á la misma regla en lo que concierne á la prueba de sus derechos y obligaciones; pero el gerente puede y debe pedir recibos de lo que desembolsa,

1 Boiceau, *De la prueba testimonial*, cap. X, núm. 3, pág. 287.

2 Laroombière, t. V, núm 9 del artículo 1,348 (Ed. B., t. III, página 206).

3 Mourlon, t. II, pág. 847, núm. 1.610.

4 Bruselas, 13 de Enero de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 12).

mientras que el dueño no puede tener recibos de lo que recibe el gerente.

549. La gestión de negocios se prueba por testigos, mientras que el mandato debe ser probado por escrito. Esto no es dudoso cuando el mandato es expreso; la ley lo dice (art. 1,985). Pero el mandato puede también ser tácito, como lo dirémos al tratar de la gestión de negocios y del mandato. ¿Debe aplicarse á la prueba del mandato tácito el principio que rige el mandato, ó la excepción que se aplica á la gestión de negocios? En teoría, la solución no es dudosa; la regla que prohíbe la prueba testimonial se aplica á todos los hechos jurídicos, á *toda cosa*, dice el art. 1,341, mientras que la excepción no es aplicable á los cuasicontactos; y el mandato tácito no es un cuasicontacto, es un contrato y está, por consiguiente, sometido á la regla. Pero de hecho es muy difícil distinguir el mandato tácito, de la gestión de negocios. La dificultad aumenta por la mala redacción del art. 1,371 que parece confundir la gestión de negocios con el mandato tácito. Explicarémos el art. 1,371 en el título *De los Cuasicontactos*. Por ahora expondrémos la jurisprudencia en lo que se refiere á la prueba; no debe extrañar que sea confusa puesto que la confusión existe en la ley.

550. Un padre sostiene que su hijo que llevaba los libros en que se inscribían los trabajos que hacía el padre como obrero tejedor, había recibido diferentes sumas que se le debían. ¿Constituyen estos hechos el cuasicontacto de gestión de negocios, como lo dice la Corte de Bourges? ¿Había lugar á admitir la prueba testimonial por lo tanto? (1) Esto nos parece muy dudoso. El hijo que lleva los libros del padre lo hace en virtud de un poder que éste le da; no puede decirse que sea un mandato tácito, es más bien un mandato

1 Bourges, 10 de Diciembre de 1830 [Dalloz, *Obligaciones*, número 4,880, 1º].

verbal. Lo mismo pasa con los cobros que hace el hijo por el padre, si los hizo con su consentimiento. Y desde que hubo concurso de voluntades, poder dado y recibido, no puede ya tratarse de un cuasicontrato.

Los tribunales admiten muy fácilmente un cuasicontrato de gestión de negocios. Un ranchero construye el techo de un granero sin dar aviso al propietario; se le da acción para reembolsarse por sus anticipos, se le permite dar la prueba de los gastos por testigos; la sentencia asimila en este caso, al arrendatario á un gerente de negocios. (1) Esto es muy dudoso. Un contrato existe entre las partes, el arrendatario está obligado á todas las reparaciones locativas, y el propietario de las grandes reposiciones. Allí donde hay obligaciones contratantes no puede tratarse de un cuasicontrato. El arrendatario debe, en ejecución del contrato, dar aviso al propietario, y si fuere necesario, notificarle para que haga las reposiciones de su cargo. Esto se hace por escrito; luego el arrendatario no puede decir que estuvo en la imposibilidad de procurarse una prueba literal.

551. Es tan grande la confusión, que calificando el hecho litigioso de gestión de negocios, una Corte llama al gerente mandatario. El gerente habiendo cobrado cantidades para el dueño debía darle cuenta de ellas. (2) ¿Había lugar á la prueba testimonial? Sí, si el hecho era un cuasicontrato; no, si era un contrato; pero un solo y mismo hecho no puede ser á la vez un contrato y un cuasicontrato; si hay un gerente no hay mandatario, y si hay mandatario no hay gerente.

En el caso, se trata de un notario. Es difícil admitir que un notario sea un gerente de negocios; son mandatarios de las partes en lo que concierne al acta que están encargados

1 Douai, 28 de Marzo de 1842 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, núm. 557).

2 Bourges, 6 de Agosto de 1845 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,880, 1º].

de redactar; es bastante natural que, fuera de su ministerio, obran en nombre y en interés de las partes, y lo hagan en virtud de un mandato expreso ó tácito. No habrá gestión de negocios sino en el caso en que no haya intervenido ningún concurso de consentimientos entre las partes, ni expreso ni tácito. Tal es el principio. La jurisprudencia está indecisa.

Un notario se interpone para colocar fondos de su cliente. ¿Es esto una gestión de negocio ó un mandato? Fué sentenciado que hubo gestión de negocios en el caso siguiente. La Corte de Douai comprueba de hecho que el notario, informado de que uno de sus clientes tenía fondos disponibles, se había espontáneamente interpuesto para la colocación de estos fondos, que habían indicado los solicitantes dando á su cliente la seguridad de que eran salvantes. La hipoteca fué realizada por su mediación. La Corte de Casación concluye que el notario se había constituido por sí *mandatario* del prestamista y que la sentencia atacada pudo admitir, sin prueba escrita, que el notario había *voluntariamente agenciado el negocio* del prestamista. (1) Hé aquí otra vez los dos testimonios reunidos: la Corte llama *mandatario* á aquel que, según el dispositivo, era *un gerente de negocios*. Según nuestro parecer, había mandato, y aun mandato expreso. En efecto, el notario propone á su cliente prestar fondos á fulano; el cliente acepta el ofrecimiento, y en seguida el notario realiza el préstamo. Había, pues, concurso formal de voluntades; luego contrato, y por consiguiente, mandato y no gestión de negocios. ¿Qué importa que el notario haya tomado la iniciativa, y haya ofrecido el negocio á su cliente? Todo lo que de esto resulta, es que el notario había hecho la oferta de encargarse de un mandato, mien-

1 Denegada, Sala de lo Civil, 19 de Marzo de 1845 (Daloz, 1845, 1, 186).

tras que ordinariamente es el mandante quien hace tal oferta; pero esto en nada cambia la naturaleza del hecho jurídico. (1)

Es difícil concebir que en una colocación de fondos hecha con el consentimiento del prestamista, pueda haber un cuasicontrato. La Corte de Metz lo admitió fundándose en que el prestamista había confiado en el notario acerca de la seguridad de la colocación. (2) ¿No es esto confundir la responsabilidad del notario con la cuestión de saber cuál es la naturaleza del hecho jurídico y cuál es la prueba admisible? Antes de declarar que el notario es responsable, hay que probar el hecho jurídico que engendra dicha responsabilidad: si es un mandato, la prueba se hará por escrito; si es una gestión de negocio, la prueba se hará por testigos. En el caso, había mandato expreso, puesto que el notario se había encargado en nombre del prestamista y con su consentimiento, a operar una importante colocación de fondos. Esto es también seguro bajo el punto de vista de los principios que rigen á la prueba. Si la ley admite la prueba testimonial para los cuasicontratos, es porque es imposible pa-

la parte interesada procurarse una prueba literal. ¿En dónde estaba la imposibilidad, en el caso que nos ocupa? Nada más fácil para el prestamista y para el notario, que se encargaba de negociar el préstamo, como haber redactado una acta de sus convenciones. Luego no se estaba ni en el texto ni en el espíritu del art. 1,348.

552. Las gestiones de negocios suponen ciertas condiciones, como lo dirémos en el título *De los Cuasicontratos*. Si una de esas condiciones hace falta, aquel que gestionó el negocio no tiene ya la acción que nace de los cuasicontratos, acción que le da la misma ventaja que la del mandato; pero hay también la acción llamada *de in rem verso*, fundada en

1 Compárese Poitiers, 22 de Julio de 1851 (Daloz, 1852, 2, 91).

2 Metz, 19 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1857, 5, 287).

la equidad, acción en virtud de la cual puede reclamar lo que enriqueció al propietario. ¿Cómo probará el fundamento de su acción; es decir, el hecho de gestión y el provecho que resulta de ella para el propietario? Bien que no exista cuasicontrato propiamente dicho, deben aplicarse por analogía los principios que rigen la prueba de los cuasicontratos: fué imposible al demandante procurarse una prueba literal; luego se le admite la prueba por testigos. (1)

2. Del pago indebido.

553. El Código coloca al pago indebido entre los cuasicontratos, (arts. 1376-1381). Si se atuviera uno al texto del art. 1341, núm. 1, debiera concluirse que aquel que promueve su repetición de lo indebido puede probar por testigos el pago que ha hecho, aunque excediese la suma de 150 francos. Pero es aquí el caso de aplicar la regla de interpretación que hemos asentado (núm. 545): no basta para que la prueba testimonial esté indefinidamente admisible, que exista un cuasicontrato, es menester, además, que por razón del cuasicontrato las partes interesadas hayan estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal; y, aquel que paga por error una deuda de la que ya no es deudor, ya no se encuentra seguramente en la imposibilidad de probar el pago escrito: el uso y la prudencia le mandan pedir recibo del pago que hace. Desde luego, no se encuentra ni en el texto ni en el espíritu del art. 1,348. (2)

554. En los términos del art. 1,377, á que por error se creía deudor y pagó la deuda de un tercero, no tiene acción en repetición de lo indebido contra el acreedor, cuando éste suprimió su título á consecuencia del pago, pero la ley le

1 Laroambiére, t. V, pág. 142, núm. 9 (Ed. B., t. III, pág. 206). Denegada, 3 prairial, año IX (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 4.855).

2 Durauton, t. XIII, pág. 393, núm. 358, y todos los autores

da otro recurso contra el verdadero deudor. Se pregunta si aquel que ejerce este recurso está admitido á probar por testigos. Hay dos cosas que probar, primero, el hecho del pago; en este punto, no hay ninguna duda, queda bajo el imperio del derecho común, como acabamos de decirlo; deberá, pues, producir el recibo del pago que ha hecho. En seguida, debe probar que pagó la deuda de un tercero contra el que promueve: esta prueba puede hacerla por testigos, pues no pudo procurarse la prueba literal que existía, la destruyó el acreedor, y la prueba literal el acreedor la destruyó, suprimiendo su título; se halla, pues, en el caso de la excepción prevista por el art. 1,348. (1)

II. Los delitos y los cuasidelitos.

555. La excepción del art. 1,348 se aplica también, según el núm. 1, á las obligaciones que nacen de un delito y de los cuasidelitos. En el título *De las obligaciones que se forman sin convenciones*, dirémos lo que entiende el Código por delitos y cuasidelitos; el art. 1,332 comprende los delitos y los cuasidelitos en una misma definición, diciendo que es todo hecho del hombre que causa daño ó perjuicio ajenos; la consecuencia del delito y del cuasidelito, es también la misma: aquel por culpa del que el daño ha sucedido está obligado á repararlo. Hay, sin embargo, una diferencia entre el delito y el cuasidelito: el uno supone la voluntad de dañar, y el otro supone el descuido ó la imprudencia. Bajo el punto de vista de la prueba, no hay diferencia, el texto pone en una misma línea el delito y el cuasidelito; uno y otro se prueban indefinidamente por testigos y por una razón idéntica; es imposible que las partes interesadas puedan procurar una prueba literal del delito; esto no se comprueba por escrito, ni tampoco los cuasidelitos.

1. Aubry y Rau, t. VI, pág. 462 y nota 5, pfo. 765. Larombière, t. V, pág. 144, núm. 14 [Ed. B., t. III, pág. 207].

556. Esto supone que se trata de un hecho puro que causa un daño á una persona. Pero hay hechos perjuiciosos que son complexos; es decir, que encierran varios elementos; ¿deberá concluirse del art. 1,348, núm. 1, que todos estos elementos pueden indistintamente probarse por testigos? No; cuando el hecho litigioso es complejo, aquel que alega debe establecerse en todos sus elementos y probar, en consecuencia, cada uno de ellos, conformándose á las reglas que la ley establece acerca de las pruebas. Si, pues, se encuentra con un hecho perjudicial un elemento contractual, el demandante debía probarlo por escrito, y después será admitido á probar por testigos el hecho del perjuicio, delito ó cuasidelito. (1) Esto dispone que el hecho litigioso comprende un elemento contractual. No bastaría que fuese convertido el delito con ocasión de un contrato, el que sería extraño al delito; en ese caso, no hay lugar á la aplicación pura y simple del art. 1,348. (2)

El art. 408 del Código Penal (de 1810) castiga con cárcel y multa á aquel que disipa en perjuicio de su dueño, vales, dinero, recibo ó todos otros escritos que le fueron entregados á título de depósito. Promuevo en violación de depósito y por acción civil. ¿Seré admitido á la prueba por testigos? debe distinguirse. Hay dos elementos en el delito del que pido reparación. Primero un depósito, y después la disipación de la cosa confiada al depositario. El depósito es un contrato, y como tal, debe ser probado por escrito. Debo, pues, probar ante todo, y por escrito, la existencia del depósito, y solo cuando habré cumplido con esto podré ser admitido á probar la infidelidad de que se hizo culpable al depositario. En vano será que me prevalezca del ar-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 462, pfo. 765. Larombière, t. V, página 156, núm. 13 [Ed. B., t. III, pág. 207].

2 Denegala, Sala de lo Civil, 10 de Marzo de 1875 [Daloz, 1875, I, 280].

tículo 1,348, núm. 1, diciendo que solicito dar la prueba de un delito y que la ley me admite á dar una prueba por testigos. Se me contestará que el delito, en el caso, consiste en una convención violada; antes de probar que el depósito fué violado es menester que yo pruebe que hubo depósito: mientras no tenga probado tal depósito no me admitirán á probar la violación. El buen sentido dice que no podrá haber violación de depósito, sin que tal depósito exista; y el derecho dice que el depósito siendo un contrato debe ser probado por escrito. La doctrina (1) está en este sentido así como la jurisprudencia. (2)

Lo mismo sucede con el abuso de una firma en blanco. En los términos del art. 407 del Código Penal (de 1810), "cualquiera que abuse de una firma en blanco que se le había confiado, habrá fraudulentamente escrito arriba de ella una obligación ó descargo, ó cualquiera otra acta pudiendo comprometer la persona ó la fortuna del signatario, será castigado con las penas marcadas en el art. 405; es decir, con cárcel y multa. ¿Cómo se probará el abuso de una firma en blanco? Es un delito: ¿es esto decir que se admitirá la prueba por testigos? Hay dos elementos en este delito; es preciso desde luego que una firma en blanco haya sido *confiada* á una persona, y después haya escrito *fraudulentamente* una convención otra que la que las partes tenían convenida. El primer elemento es un depósito acompañado de un mandato. *Confió* la firma en blanco: hé aquí la remesa ó el depósito. ¿Con qué objeto? El depositario está encargado de cumplirlo, hé aquí el mandato. Hay, pues, dos elementos convencionales en el delito por el que pido reparación; y el depósito y el mandato deben probarse por escrito. Solo cuando éste habrá sido probado, sera cuando seré ad-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 147, núms. 147 y 148, y todos los autores.

2 Bruselas, 3 de Noviembre de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 288). Lieja, 13 de Marzo de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 56).

mitido á probar por testigos el abuso de la firma en blanco pues es imposible que exista abuso de firma en blanco, mientras no esté establecida la entrega de dicha firma. (1)

La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está en sentido contrario. Se lee en una sentencia de la Sala de Casación de Bruselas que la entrega de una firma en blanco es un hecho puro y simple que no constituye convención alguna, y que, por consiguiente, puede ser establecido por testigos. (2) Hemos contestado de antemano á la objeción. Un hecho puro y simple es un hecho material que por sí no produce derecho ni obligación. ¿Acaso la entrega de una firma en blanco no produce ningún derecho á quien se le confió? Tiene el derecho de llenar el blanco escribiendo arriba de la firma la convención que las partes tienen proyectada. ¿Será que la firma en blanco no produce ninguna obligación? Aquel que firma en blanco y que entrega su firma á un tercero, está por esto mismo obligado á la ejecución del compromiso que se escribe en ella, y queda obligado para con los terceros aunque probase el abuso de la firma en blanco. Luego se trata de un hecho jurídico, y por consiguiente, este hecho jurídico solo puede ser establecido por la prueba testimonial.

La Corte de Casación de Bélgica hace otra objeción. Dice que la firma en blanco por sí, por todo el tiempo que permanece al estado de blanco, no tiene valor superior al de 150 francos, que aun no tiene ninguno; de donde concluye que un papel ha sido confiado á una persona con una firma en blanco, constituye un hecho inexplicable de ser probado por testigos. (3) Esto no nos parece ser serio. La firma en

1 Toullier, t. V, pág. 150, núm. 149, y todos los autores. La jurisprudencia está conforme: Nancy, 8 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 2, 70). Denegada, 3 de Mayo de 1845 (Daloz, 1845, 1, 145).

2 Bruselas, Sala de Casación, 15 de Junio de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 407). Compárese Gant, 15 de Noviembre de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 195).

3 Denegada, 2 de Junio de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 271).

blanco implica una convención fijada entre aquel que puso su firma y aquel que á quien se la entrega. ¿Cuál es el valor de la convención? ¿No es ninguno? No por cierto; es desconocido hasta que el blanco esté llenado. Es, pues, el acto puesto arriba de la firma el que determinará el monto pecuniario del hecho, y es por esta suma ó valor, como se decidirá si la prueba testimonial es admisible ó si debe ser desechada.

Lo mismo sucede con toda violación de un mandato; es decir, del abuso de confianza, término general que comprende todo abuso que hace una persona, de un mandato ó de un depósito. (1)

557. Hemos supuesto que la acción es intentada ante los tribunales civiles. La acción por daños y perjuicios que nace de un delito, puede también ser llevada ante los tribunales criminales. ¿Será sometida allí á las mismas reglas en lo que toca á la prueba? Existen, en este caso, motivos para dudar, los que han conducido á las cortes á admitir la prueba testimonial sin distinción entre el elemento convencional del hecho litigioso, y el elemento criminal. En nuestro concepto, esas dudas no son serias. ¿Qué importa la jurisdicción ante quien deba probarse el hecho? No es la jurisdicción la que determina el modo de prueba, es la naturaleza del hecho que se trata de probar. Es verdad que por el derecho común, los delitos se prueban por testigos; la razón es sencilla, y es que no hay otra prueba posible. Pero cuando el delito es un hecho complejo, y que uno de sus elementos es un contrato, ¿podrá probarse por testigos la existencia de dicho contrato, porque la prueba deba hacerse ante los tribunales criminales? Esto es preguntar si un contrato deja de serlo cuando se alega ante tal y cual Tribunal. La cuestión no tiene sentido. Y si el contrato continúa sien-

1 Bruselas, 6 de Julio de 1867 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 139).

do lo que es en su esencia, no hay razón para que pueda probarse por testigos en policía correccional, mientras que ante los tribunales civiles tiene que probarse por escrito. Esta cuestión tampoco tiene sentido. El contrato es un hecho civil, cualquiera que sea la jurisdicción ante la cual se le invoque. Es, pues, según marca el Código, como la prueba debe ser ministrada.

Hasta ni debe distinguirse si es la parte civil ó si el Ministerio Público el que promueve. ¿Qué importa, lo repetimos, quien intente la acción? La prueba no se reglamenta por la calidad del que promueve, se rige según la naturaleza del hecho que se trata de probar. ¿Es un delito puro y simple? La prueba testimonial es de derecho común. Si hay una convención sin cuya extensión el delito no se concibe, el Ministerio Público deberá dar la prueba por escrito si se trata de un hecho que exceda la suma ó valor de 150 francos, á no ser que exista un principio de prueba por escrito.

En vano se objetaría que la sociedad está interesada á que los delitos sean reprimidos, y que, por consiguiente, debe admitirse la prueba testimonial sin distinción entre los diversos elementos del delito. Sin duda, la sociedad está interesada á que los delitos se repriman, pero lo está también en que la pena no alcance sino á aquellos cuya culpabilidad esté demostrada; y si el delito no existe sino en el caso en que la existencia de una convención esté probada, la sociedad está interesada á que la prueba se haga por las vías que la ley civil admite; estas pruebas son también de orden público; son las únicas que la ley crea suficientes para establecer el hecho litigioso.

Estos principios son universalmente admitidos. Hay dificultades de detall en las que los límites de nuestro trabajo no nos permiten entrar. Por igual razón dejamos también

de ocuparnos de las variaciones de la jurisprudencia en esta materia. (1)

558. Hemos supuesto un elemento convencional; es decir, una convención válida unida á un delito, y precediendo al hecho perjudicial. ¿Qué debe decidirse si esta convención está viciada de fraude, en este sentido que no ha sido contraída sino por un medio doloso? Esta es una de las cuestiones más delicadas de esta difícil materia. Hay un principio que no debe jamás perderse de vista, el principio establecido por el art. 1,348 que no es sino una excepción á la regla del art. 1,341. La regla es que todo hecho jurídico debe ser probado por escrito cuando la cosa excede del valor de 150 francos. Esta regla recibe una excepción que es en sí un principio. Cuando la parte que debe probar un hecho no pudo procurarse de él una prueba literal, está admitida á probarla indefinidamente por testigos. ¿El principio del art. 1,348 se aplicará al fraude? Dirémos más tarde, que es de doctrina y de jurisprudencia, que la prueba testimonial es admisible cuando una convención es atacada por causa de fraude ó de dolo; estas son las expresiones del artículo 1,353, el que permite en semejante caso, que el juez ocurra á presunciones que se llaman presunciones de hombre. El art. 1,353 supone que existe una convención y que está probada; pero una de las partes pide su nulidad por causa de dolo ó de fraude; esta parte puede hacer la prueba por medio de testigos, por aplicación del art. 1,348; se halló en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del dolo ó del fraude de que fué víctima al contratar. Nuestra hipótesis es diferente. La parte que contrató pretende que fué por medios fraudulentos como llegó á subscribir una

1. Aubry y Rau, t. VI, pág. 462, notas 9-12, pfo. 765. Laronbière, t. V, pág. 157, núms. 24-26 (Ed. B., t. III, pág. 213). Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,892. Hay que agregar Casación, dos sentencias, 28 de Noviembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 41 y 42).

convención, esta convención no está probada por escrito. ¿Podrá dar prueba por testigos de los hechos de dolo ó fraude, con objeto de probar la convención misma como resultado de dichos medios? Según nuestro parecer, nó. Esto sería violar el art. 1,341 y hacer una falsa aplicación del artículo 1,348. Existe una convención, la que está viciada por el dolo. Hay en esto dos hechos distintos: el concurso de voluntades que formó la convención, y el dolo que ha viciado el consentimiento de una de las partes contratantes; el primer hecho, la convención debe probarse por escrito en virtud del art. 1,341; el segundo, el fraude puede ser probado por testigos. Esto también se funda en razón, la prueba por escrito es la regla, y ésta debe recibir su aplicación en todos los casos en que pudo procurarse una prueba literal; y el fraude que vicia el consentimiento no impide á aquel que contrajo el redactar una acta de la convención; luego aquel que fué víctima del fraude no puede prevalecerse de él, para probar la convención por medio de testigos, debe comenzar por dar la prueba de la convención, y no lo puede hacer sino por un escrito. Solo cuando la convención quede probada, será como se le admitirá á la prueba testimonial del fraude que vició el consentimiento y que hizo nulo el contrato.

Apliquémos este principio á nuestra hipótesis. Promuevo contra el depositario por violación del depósito, ó pretendo que aquel á quien entregué una firma en blanco abusó de ella; y sostengo que fué por medio de maniobras fraudulentas como he sido conducido ha confiarle el depósito ó entregarle la firma en blanco. El depósito mismo es contestado. ¿Seré admitido á probarlo por testigos, estableciendo las maniobras fraudulentas que me condujeron á confiar el depósito á aquel que lo violó ó abusó de él? Nó, pues estas maniobras no me colocaron en la imposibilidad de procurarme una prueba escrita del depósito; luego no puedo invocar la excepción

del art. 1,348, me encuentro bajo el imperio de la regla establecida por el art. 1,341; debo, ante todo, probar por escrito el depósito, después de lo cual podré probar por testigos los hechos de fraude y dolo, así como la violación del depósito ó del abuso de la firma en blanco. (1)

Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. La Corte comienza por recordar el principio que hemos asentado: cuando se trata de un delito que supone la existencia de un contrato, tal como un abuso de depósito, la prueba testimonial del delito; es decir, del abuso, no estará admitida sino después de probado el contrato de depósito, por medio de un escrito, conforme al art. 1,341, ó, si hay lugar por medio de testigos, con un principio de prueba por escrito. En el caso, se trataba de un abuso de confianza en materia de depósito; el citado depósito había sido hecho por medio de maniobras fraudulentas por las que se provocara al depósito y el abuso de confianza que constitúa el delito. Esta decisión fué casada porque violaba el art. 1,341. En efecto, la sentencia atacada había admitido la prueba testimonial de un depósito, mientras que el art. 1,341 prohíbe terminantemente la prueba por testigos, aun para el depósito voluntario, en este sentido que el deposito, como toda convención, debe probarse por escrito. En vano la Corte de Montpellier invocó la excepción del art. 1,348, la excepción concierne al delito é implica la imposibilidad en que se halla el acreedor para procurarse una prueba literal; y, aquel que confía un depósito á una persona, aunque fuera por medio de maniobras fraudulentas empleado para esto, no se encuentra en la imposibilidad para levantar acta del depósito; luego no se halla comprendido en la excepción prevista por el art. 1,348; las maniobras que lo condujeron á hacer el depósito no son un delito, éste solo fué perpetrado des-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 463, nota 10, pfo. 765.

pués de efectuado el depósito. A pesar del fraude que trajo el depósito, éste permanece un contrato civil; luego este contrato debe ser probado según el derecho común, por escrito ó por testigos si hay un principio de prueba por escrito. (1)

Existen otras sentencias que declaran admisible la prueba testimonial. En un caso, se trataba igualmente de abuso de confianza en materia de depósito; la Corte de Tolosa admitió al demandante á dar prueba de depósito por testigos. La sentencia está muy habilmente motivada. Aquel que empleó las maniobras fraudulentas para que se le entreguen las piezas de que se hace depositario, tenía ya la intención de despojar al dueño del depósito en el momento en que lo sorprendió por fraude y dolo; este último hubiera solicitado en vano un escrito, no lo hubiera obtenido, pues el depositario infiel estaba ya decidido á negarle la entrega en el momento mismo en que le fué hecha. La Sala Criminal concluye que el delito comenzaba en el momento en que el depositario obtuvo el depósito por sus maniobras; el depósito y el abuso de confianza eran un mismo hecho delictuoso cuya prueba, por consiguiente, podía hacerse por testigos. La Corte agrega que el dueño del depósito se hallaba en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del depósito, porque la entrega de los valores no había sido hecha espontáneamente ni libremente consentida. (2) Aquí está el error; según nos parece, aquel á quien se engaña no sufre violencia, consiente libremente; luego nada le impide solicitar un escrito, debió haberlo hecho, según el art. 1,341; en vano se dice que el depositario infiel se lo hubiera negado; esta negación hubiera ilustrado al dueño y, por su parte, hubie-

1 Casación, Sala Criminal, 20 de Abril de 1844 (Dalloz, en la palabra *Abuso de confianza*, núm. 197).

2 Tolosa, 25 de Febrero de 1837, y Denegada, Sala Criminal 27 de Mayo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Abuso de confianza*, núm. 169). Compárese Denegada de 22 de Agosto de 1840 (*ibid.*)

ra rehusado entregar los valores que imprudentemente iba á confiar á un malvado. En cuanto á que el delito remonte al mismo depósito, esto no es exacto, el buen sentido basta para rechazar la objeción: no puede haber violación de un depósito antes que éste se efectúe. El depósito; es decir, la convención precede siempre al delito. Luego es verdad decir que existen dos hechos distintos, el depósito que debe probarse por escrito, y el abuso que se prueba por testigos.

559 La Sala Criminal ha sostenido esta jurisprudencia en sentencias más recientes. Asienta, en principio, que la excepción del art. 1,348 se aplica á los casos en que el mandato ó el depósito no han sido *voluntarios*; hay entonces, dice la Corte, imposibilidad para que el acreedor se procure una prueba literal. (1) Aceptamos el principio, pero ¿puede aplicarse como la Corte lo hace, al caso en que el mandato ó el depósito han sido determinados por los medios de fraude que pueden siempre ser probados por escrito? Esto es confundir el dolo con la violencia, el dolo no destruye la libertad; aquel á quien se engaña, queda libre para pedir un recibo, salvo que rehuse la otra parte; y si á pesar de esta negación la parte engañada confía el depósito ó el mandato, es culpable de imprudencia y debe sufrir las consecuencias. Encontramos una aplicación de nuestro principio en una sentencia de la Corte de Colmar. Una mujer casada entrega una firma en blanco á su marido, quien libusa de ella. De donde queja por abuso de confianza. La Corte admitió la prueba testimonial; en el caso, la mujer se había primero negado á entregar la firma que su marido solicitaba; acabó por ceder á consecuencia de amenazas y por temor de mal trato, temor demasiado fundado, pues la desgraciada tuvo que solicitar la separación por los excesos de su marido, quien sufrió por esto una condena cor-

1 Denegada, Sala Criminal, 29 de Abril de 1864 (Daloz, 1867, 5, 6). Compárese Denegada, 14 de Abril de 1862 (Daloz, 1862, 5, 3).

reccional. Este era seguramente el caso de aplicar el artículo 1,348. (1) No sucede así para con las maniobras fraudulentas; lejos de alterar la voluntad, son el móvil que solicita la parte á contraer.

Se nos dirá, y es grave la objeción, que nuestra doctrina favorece al fraude á expensas de la buena fé de aquellos que, despues de todo, solo son culpables de imprudencia. Esto es verdad, pero esto no autoriza á admitir la prueba testimonial de un caso en que la prohíba la ley. La jurisprudencia que la admite presenta otros inconvenientes y otros abusos. Es por motivos de orden público como el Código prohíbe la prueba testimonial y nada sería más fácil que eludir esta prohibición si se permitía probar por testigos los hechos fraudulentos que han inclinado á una parte á contraer. Esto sería abrogar el art. 1,341, como muy bien lo dice la sentencia de la Corte de Casación que hemos citado (núm. 558), cuando menos en todas las convenciones á las que se ligan hechos de dolo y de fraude. Despues de todo, las leyes son impotentes para proteger la buena fe contra el dolo. A la buena fe toca usar del derecho que la ley le da; debe rehusarse tratar con aquel que niega ó rehusa tratar por escrito.

560. Bien comprendemos que la jurisprudencia admita fácilmente la excepción del art. 1,348 cuando hay dolo y fraude. Pero el deber de la doctrina es mantener los principios aunque el fraude deba aprovecharse de ello. Me presento en una oficina de correos para mandar una suma de más de 150 francos: el director hace como quien inscribe la entrega en su libro é introduce un giro postal en la carta de envíos, que yo deposité en el buzón. Luego se suprime la carta. Queja por abuso de confianza contra el administrador de correos y cuestión de saber si estos hechos pueden

1 Colmar, 21 de Julio de 1869 (Daloz, 1869, 2, 219).

ser establecidos por testigos. La Corte de Caen admite la prueba testimonial. Pedimento de Casación. Para que haya abuso de confianza, es preciso, ante todo, que haya depósito. El depósito debe ser probado por escrito, y de seguro que no se dirá que aquel que hace un depósito en el correo, no pudo procurarse una prueba literal: ¿por qué, pues, no pidió recibo ya que tenía este derecho? La Corte de Casación contesta que si el depositante no exigió el recibo es porque quedó persuadido de que el valor del giro había quedado inscripto en el registro de la oficina, y que además la prueba se hallaba en el giro que creía se había puesto en la carta, estos hechos siendo maniobras eminentemente dolosas, había lugar á aplicar la excepción del art. 1,348. La Corte ve, pues, una imposibilidad moral para procurarse una prueba por escrito de estas maniobras. (1) Esto es más sutil que verdadero. En realidad, la buena fe se encontraba en riña con la maldad; la ley da un medio al depositante para ponerse al abrigo del fraude; esto es, pedir un recibo del depósito; si no usa de él, su derecho debe sufrir las consecuencias de su imprudencia. Este rigor molesta el sentido moral, pero no hay que olvidar que la prueba testimonial puede también hacerse una arma peligrosa en manos de los malvados; podrían, por complicidad con falsos testigos, alegar un depósito que jamás hubiere existido. Cuando por todos lados hay peligro de fraude, lo más seguro es atenerse á la ley.

561. Los principios que acabamos de exponer, reciben su aplicación solo cuando el delito implica la existencia de una convención, la que debe ser previamente probada. De esto sigue que si un título está comunicado simplemente á un tercero sin que haya contrato de depósito ó mandato, y si el tercero abusando de dicha comunicación lo destruye, el hecho de la destrucción que constituye un delito, puede ser

1 Denegada, Sala Criminal, 12 de Noviembre de 1863 (Dalloz, 1864, I, 150).

probado por testigos, sin que haya lugar á probar previamente una convención que jamás ha existido.

El día después de la muerte de una persona que dejaba un testamento, su sobrino político se presentó en casa del depositario; pidió que se le diera conocimiento de las últimas voluntades de su tío, y que se le diera copia de ellas. Desde luego que tuvo el acta en su poder desapareció llevándosela; perseguido en el acto por el clamor público, rompió el testamento en mil pedazos sembrándolos á su paso. ¿Hubo en el hecho de la comunicación del testamento, un contrato de depósito que debiera probarse por escrito? Nō, dice la Corte de Casación; el depositario no pretendió deshacerse del acta para confiarla á otra persona; no hubo convención, fué un simple hecho por el que el depositario había entregado momentáneamente el testamento; este hecho era un delito; podía decirse que aquí, el hecho de la destrucción se confundía con el de la comunicación, pues el culpable solo había solicitado esta última para destruir el acta. Desde luego, la prueba testimonial era admisible para probar que el depositario había entregado el testamento, y para probar su destrucción. (1)

Igual caso se presentó en una especie en que el acreedor había sencillamente presentado al deudor, primo hermano suyo, el título de su crédito; á la llegada de un tercero, el deudor embolsó el acta, y después negó descaradamente la substracción del vale y la existencia de la deuda. Perseguido en policía correccional, pretendió que el quejoso debía, ante todo, probar el hecho de la entrega del vale. La Corte de Douai contesta que el propietario del vale no había con-

1 Denegada, 28 de Junio de 1834, Sala Criminal (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,893, 1º). Compárese Ronen, 7 de Agosto de 1824, y Denegada, Sala Criminal, 21 de Octubre de 1824 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,900).

sentido en dejárselo, ni siquiera un instante, que el pretendido depósito consistía en una simple comunicación hecha bajo la condición de restitución inmediata; el deudor se había posesionado del vale contra la voluntad del propietario, lo que excluía toda idea de convención. Esto era un hecho delictuoso, cuya prueba puede hacerse por testigos. (1)

Con mayor razón sucederá así cuando el acreedor es atraído por fraude en casa del deudor, y que éste solicita la comunicación del vale para comprobar con el acreedor la cuenta de intereses, bajo promesa de pagar inmediatamente el capital y los intereses. La Corte de Casación determinó muy bien que semejante comunicación no presenta los caracteres de un mandato ni de un depósito, que es un simple hecho material que puede siempre ser probado por testigos. Este hecho material constituye un delito ó si se quiere un principio de ejecución del delito de destrucción del título. De todas maneras, pues, la prueba testimonial era inadmisible. (2)

562. Cuando no ha habido ninguna entrega del título á aquel que lo destruye, se entra bajo la aplicación pura y simple del art. 1,348. Se trata de la prueba de un delito, y los delitos se prueban siempre por testigos. Sin embargo, la Corte de Casación ha juzgado en sentido contrario, en el siguiente caso. El deudor demandado por el acreedor, pretende que hubo una contraletra que subordinaba la obligación á una condición, que no habiéndose realizado la condición, no existía deuda; agrega que esta contraletra le había sido fraudulentamente substruída, y pide probar por testigos el hecho de la substracción. Fué sentenciado que la prueba testimonial no era de admitirse.

Donai, 8 de Abril de 1842 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 4,893. 2º). Compárese Denegada, 15 de Mayo de 1834 (Dalloz, en la palabra *Depósito*, núm. 141); y 14 de Julio de 1843 (Dalloz, en la palabra *Abuso de confianza*, núm. 201).

² Denegada, Sala Criminal, 10 de Noviembre de 1871. (Dalloz, 1871, I, 271).

La Corte de Casación dice que no puede haber substracción de una contraletra si no hubo contraletra; concluye, que antes que pueda ser probado por testigos el hecho de la substracción, debe probarse la existencia de tal documento. (1) Esto es confundir el elemento convencional con el de posesión. Cuando se promueve por violación de depósito, es menester probar primero que hubo un depósito, porque no puede abusarse de él si no ha existido, y el depósito es un contrato que debe de probarse por escrito. Pero cuando pretendo que el acreedor substrajo una contraletra, alego simplemente un hecho de posesión; poseía una contraletra, y me fué robada; y el hecho de posesión se establece por testigos, porque es un hecho material. Nada importa que lo que se me robó fuera una acta de convención. No es la convención la que está en causa, es el acta en que constaba. Si se me roba un reloj, ¿debo probar ante todo que yo era dueño de un reloj? No por cierto. ¿Pues, en qué consta la diferencia entre el robo de mi reloj y el de un título que poseía? Se dice que la prueba testimonial presenta más riesgos en la segunda hipótesis: admitir la prueba testimonial de la substracción de una contraletra sería admitir implícita pero necesariamente la prueba testimonial de una convención, lo que prohíbe el art. 1,341. ¿No podrá decirse otro tanto de la substracción de todo valor inmueble? La propiedad debe también probarse por un título cuando se trata de un derecho; sin embargo, la substracción del título puede probarse por testigos; la jurisprudencia es constante acerca de este punto, como lo vamos á decir: ¿por qué no sucederá lo mismo con la substracción de una contraletra? Siempre hay que volver al principio dominante: ¿pudo el demandante procurarse una prueba literal del hecho litigioso? El hecho por probar es la substracción; no se redacta el acta de un delito.

1 Casación, 5 de Abril de 1817, Sala Criminal (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, n.ºm. 4,898).

Sin duda, probándose el delito por testigos, será admitido por esto mismo á probar la convención que constaba en el acta substraída. ¿Es esto decir que violo el art. 1,341? No se me puede decir que pude procurarme una prueba literal; aquí se esclarece el error de la Corte de Casación. Esta prueba literal yo la tenía, me despojaron de ella por un delito: debo ser admitido á probar el delito. La ley misma lo decide así en el caso de la pérdida de un título por caso fortuito; probando el caso fortuito en que pereció el título, se me admite á probar por testigos la existencia y las cláusulas del contrato. El delito también es un caso fortuito, debo ser admitido á probar por testigos el hecho de la substracción del título. Esta es la opinión general de los autores, excepto el disentimiento de Mangin. (1)

563. La jurisprudencia es constante en este sentido. Nos limitaremos á citar las sentencias de la Corte de Casación. Un deudor está acusado por haber substraído dos títulos que había subscripto en provecho de su acreedor; el primer juez negó á admitir la prueba testimonial; la Corte de Casación decidió que la substracción furtiva de un título, no difería en nada de la substracción furtiva de todo otro objeto.

Un experto llamado para un inventario, subtrajo un recibo que había dado al difunto. Los herederos demandados piden la prueba testimonial del hecho de la substracción. Se objeta que esto sería probar por testigos una acta en que constaba el crédito. La Corte de Casación contesta que el deudor había sacado recibo y que no lo producía por haberle sido robado mediante un delito; podía, por consiguiente, invocar el art. 1,348. (2)

1 Toullier, t. V, pág. 156, núm. 156. Aubry y Rau, t. VI, página 471, nota 37, y los autores que citan; Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,899.

2 Denegada, 4 de Diciembre de 1823 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,899, 5º). Comparese Casación, 16 de Diciembre de 1823 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,619, 3º).

Un título confiado á un tercero, es entregado por éste al deudor quien lo suprime. Los herederos del acreedor piden dar la prueba de la substracción. Se les opone que deben primero probar por escrito el hecho de la entrega que constitúa una convención. La Corte de Casación decidió que dicha convención no podía ser opuesta al propietario del título que no había intervenido en él; respeto de él, no había, pues, convención, era un simple delito, el que podía indefinidamente ser probado por testigos. (1)

En otro caso, el deudor pretendía que se le había devuelto el título de la deuda, é invocaba el título de que estaba en posesión; el acreedor sostuvo que le había sido substraído fraudulentamente por el deudor, lo que excluía la aplicación del art. 1,282. La Corte de Casación juzgó que el acreedor podía probar por testigos el hecho de la substracción del título. Asimila el delito de substracción á un caso de fuerza mayor que según el núm. 4 del art. 1,348, hace admisible la prueba testimonial. Explicarémos más tarde esta disposición. (2)

Las numerosas sentencias intervenidas en esta materia prueban que los principios no están bien conocidos; se confunde la substracción de un título en que consta una convención con la convención misma, la que debería probarse para que pueda haber abuso de confianza. No hay abuso de confianza en el delito de substracción, y no hay convención que probar previamente. La Corte de Casación ha establecido claramente la distinción: "A diferencia del caso en que la prueba del delito está subordinada á la de la preexistencia de un contrato, basta para constituir el delito de robo, el establecer la posesión anterior del objeto arrebatado de las manos de un tercero que pretende ser despojado,

1 Denegada, Sala Criminal, 2 de Abril de 1835 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,899, 7º).

2 Denegada, 18 de Noviembre de 1844 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,902].

sin que sea necesario remontarse al origen ó determinar el carácter de la posesión". (1)

La mala versión de valores por un heredero en perjuicio de sus coherederos, se ha hecho desgraciadamente frecuente desde que las fortunas se movilizan. Se invocan toda clase de razones para justificar esta expliación. En cuanto á muebles, la posesión vale por el título, según se dice. Sí, pero en provecho del poseedor de buena fe, y no en provecho del que posee en virtud de un delito ó de un depósito que le obligue á restituir la cosa que detiene. Se objeta que es un donativo manual. La contestación es sencilla y parentoria: ¡El donativo manual es una convención que se prueba! La indivisibilidad de la confesión viene también en auxilio de la mala fe; volveremos á ocuparnos de esto. En cuanto á la admisión de la prueba testimonial para establecer el hecho de mala versión, no puede haber duda: es un delito civil; luego es aplicable el art. 1,348. (2)

564. Hay que agregar una reserva que hemos ya hecho. Si el delito puede probarse por testigos, es cuando ningún elemento convencional se le mezcla, es decir; cuando ha sido imposible al demandante procurarse una prueba literal del hecho alegado. Desde que existe un elemento convencional, del que se pudo y se debió procurar una prueba por escrito, no se está en el caso de la excepción del art. 1,348, se entra bajo el imperio de la regla del art. 1,341. Una contralettra está destruida fraudulentamente: ¿será esto bastante para que se admita la prueba testimonial? Hay que ver como el autor del delito adquirió la posesión del título: si es por vía de hecho, se aplican los principios que la juris-

1 Denegada 30 de Enero de 1846 [Dalloz, 1846, 1, 127]. Compárese Denegada, 10 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1863, 5, 300); 25 de Septiembre de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 417); Gant. 10 de Diciembre de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 293); 19 de Mayo de 1873 (*ibid.*, 1873, 2, 337).

2 Nancy, 20 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 142).

prudencia tiene consagrados; la prueba testimonial está autorizada por el art. 1.348. Pero si la entrega de la contraletra ha sido hecha voluntariamente por el concurso de consentimientos de las partes interesadas, no se está ya en la excepción, se entra en la regla del art. 1.341: aquél que entregó la contraletra ha podido y debió procurarse una prueba literal. (1)

565. Los principios que rigen los delitos se aplican también á los cuasidelitos. Se confunde á menudo en la práctica, el cuasidelito con el delito. En materia de pruebas, esto es indiferente, puesto que los principios son idénticos. Todo hecho perjudicial puede probarse por testigos cuando no se mezcla en él un elemento convencional. La falta que un notario ó cualquier otro oficial público comete en el ejercicio de sus funciones, es un cuasidelito, cuando no hay que reprochar ningún dolo al autor del perjuicio. De esto sigue que la falta puede ser establecida por testigos y por pruebas. (2) Lo mismo sucede con el tutor que no hace un inventario. (3)

Se califica algunas veces de cuasidelito el hecho de un heredero de haber mal gastado algún efecto mueble; nada importa bajo, el punto de vista de la prueba; es seguro que las partes interesadas están admitidas á probar por testigos la mala versión cometida en perjuicio suyo. Pero ha sido sentenciado con razón que la prueba por fama pública no es admisible en este caso; es una prueba exorbitante del derecho común que los jueces no pueden admitir sino en el caso en que la ley lo autorice. (4)

1 Casación, Sala Criminal, 23 de Septiembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 45).

2 Caen, 6 de Agosto de 1829 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 417, 3º).

3 Rennes, 11 de Diciembre de 1817 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,738, 3º).

4 Lieja, 9 de Junio de 1853 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 27).

Los crasidelitos se cometén á menudo con ocasión de una convención. Si la convención está probada, los hechos de dolo y fraude, y aun las simples faltas, pueden ser establecidas por testigos, como lo dirémos más tarde. Pero si la existencia de la convención está redargüida, la prueba debe hacerse por escrito; es de derecho común.

Un notario redacta el acta de venta de un inmueble; la hace transcribir sin pedir certificado de inscripción. El adquirente vencido por un acreedor hipotecario, persigue al notario como mandatario. Había mandato virtual, según él, desde que había transcripción, y era responsable de la falta que había cometido en la ejecución del mandato. La Corte de Casación decidió que el mandato siendo un contrato, debía ser probado por escrito; y en el caso, ningún escrito se había producido, y la Corte de Apelación había declarado que el notario, como tal, había cumplido con sus obligaciones. (1)

Las declaraciones de mandamiento, deben ser hechas en las veinticuatro horas bajo pena de nulidad. Se pretende que una declaración de mandamiento hecha el 24 no fué registrada sino el 25, y se pide dar prueba de esta falta por testigos apoyándose en el art. 1,348. Ha sido sentenciado que la prueba testimonial era inadmisible. Para que haya falta ó cuasi-delito de parte del registrador, debe quedar probado que la declaración de mandamiento le fué hecha en las veinticuatro horas, y esto es hecho jurídico, un elemento convencional que no puede establecerse por testigos. La prueba de ello está en la ley de 22 frimario, año VII, que quiere (art. 68, § 24), que las declaraciones estén *notificadas* al registrador en las veinticuatro horas; tal es la forma, y ésta implica un escrito; el adjudicatario no podía, pues, decir que le había sido imposible procurarse una prueba literal del hecho alegado, y es siempre á aquel principio al que se tiene que re-

1 Denegada, 2 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 208).

mentar. (1) La sentencia de la Corte de Casación está bastante mal redactada. Para descartar la aplicación del artículo 1,348, asienta en principio que la prueba testimonial en materia de delito ó de cuasidelitos, solo es admisible cuando el hecho calificado de delito ó cuasidelito, está probado ó reconocido, y que solo queda averiguar sus consecuencias y apreciar los daños y perjuicios que pueden resultar; la Corte agrega que entender de otro modo la admisión de la prueba testimonial, sería vulnerar el principio fundamental del art. 1,341, que prohíbe esta prueba cuando la cosa excede la suma de 150 francos. El error de la Corte de Casación nos parece evidente; el art. 1,348 deroga el art. 1341, y la derogación se relaciona precisamente con la prueba del delito ó del cuasidelito; es decir, con la existencia del hecho perjudicial, y después con las consecuencias que de él resultan; es decir, la extensión de los daños y perjuicios.

Hay un singular descuido de redacción en la jurisprudencia que concierne á los cuasidelitos y á los delitos. Un padre cede á su hija á titulo de dote la explotación del rancho que ocupa. Los hijos se obligan por acta privada á alojar y mantener á su padre y á su madre, ó á pagarles una renta vitalicia de 100 francos á cada uno de ellos. Pleito entre el juez y los hijos. El acta privada no producida; el padre pretende que sus hijos han tomado, durante su ausencia, y contra su voluntad, el duplicado que le pertenecía, y pide dar la prueba del hecho por testigos. Ha sido sentenciado que estos hechos constituyen un cuasidelito. (2) Había más que cuasidelito, había delito y crimen, puesto que el padre acusaba á sus hijos de haber substraído el título que le pertenecía. La prueba testimonial era sin ninguna duda admisible.

1 Denegada, Sala Civil, 23 de Diciembre de 1835.

2 Bruselas, 21 de Noviembre de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 229).

III. Depósitos necesarios.

566. La excepción del art. 1,348 se aplica, en segundo lugar, á los depósitos necesarios en caso de incendio, ruina, tumulto ó naufragio. ¿A qué caso se aplica el núm. 2 del artículo 1,348? El Código cita los casos de incendio, ruina, tumulto y naufragio á título de ejemplos; son los casos más usuales, pero la ley nada tiene de restrictiva, se aplica á todos los accidentes imprevistos; tal sería la invasión inesperada del enemigo. Decimos inesperada, pues si el depositante podía prever el accidente, no puede ya invocar la excepción del art. 1,348; estaba libre para escoger el depositario y pedirle una prueba escrita. Siempre este es el carácter distintivo de todas las excepciones previstas por el art. 1,348: la imposibilidad de procurarse una prueba literal. Un empresario de trabajos debe á su panadero una suma de 5,500 francos; su yerno se presenta al domicilio del acreedor portador de seis sacos de dinero formando dicha suma. No encontrándose en casa, ruega á la mujer del panadero de conservar el dinero en su ropero hasta la vuelta de su marido. Se levantan dificultades entre las partes acerca de la suma entregada. El deudor pretende que se trata de un depósito necesario, en el sentido de que no podía procurarse una prueba literal, ya porque el dinero no pertenecía al depositante, ya porque la mujer del depositario no podía obligarse sin la autorización de su marido. Mala razón que no debiera proponerse en justicia y que la Corte de Casación desechará. (1) El Código tiene una sección acerca del depósito necesario; es el que fué hecho, dice el art. 1,449, *obligado por un accidente*, tal como un incendio, un saqueo, un naufragio, ó cualquiera otro caso imprevisto; y es por razón del carácter imprevisto del hecho que obliga á una persona á entregar al primero que se encuentre, la cosa que quieras sal-

(1) Denegada, Sala Criminal, 12 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1848, 5, 79).

var, como la ley tiene permitida la prueba testimonial aunque se trate de un valor mayor que 150 francos. (1)

Aquel que solicita dar prueba por testigos de un depósito necesario, debe probar que éste fué necesario; es decir, el *accidente impreciso* que le *obligó* á depositar precipitadamente la cosa que quería salvar de la pérdida que la amenazaba. Debe, además, probar que el depósito se hacía *necesario*; es decir, que no había otro medio de salvar la cosa, que se hubiera perdido si no la hubiera depositado; en fin, el depósito debe ser probado, esto se comprende. No hay que olvidar que se trata de una excepción á una prohibición de orden público; y, aquél que alega una excepción debe probarla en todos sus elementos; desde que uno de los elementos falta, se vuelve á entrar en la regla que prohíbe la prueba testimonial, aun para el depósito voluntario (art. 1,341). (2)

567. El art. 1,348, núm. 2, asimila el depósito necesario á aquel que hace un viajero al entrar en un hotel. No se redacta un escrito por este depósito, dice Pothier; el hotelero no tiene tiempo para hacer un inventario de todas las cosas que le confían los viajeros que llegan cada día y á cada hora á su casa. (3) Esta disposición es muy importante, pues marca el sentido que debe darse á la palabra *imposibilidad* de que se sirve la ley para establecer el principio. No puede decirse que el viajero se encuentre en la imposibilidad de absoluta de procurarse una prueba literal del depósito de las cosas que entrega; si, como lo dice Pothier, el hotelero no tiene tiempo para levantar acta por cada depósito que recibe, debe tener un registro en que asiente todos los depósitos que le hacen sus viajeros. ¿Por qué, pues, á pesar de la imposibilidad física, la ley considera á las partes como hallándose en la imposibilidad de procurarse una prueba li-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 189, núm. 194.

2 Driraon, t. XIII, pág. 395, núm. 364.

3 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 814.

teral? Es que se contenta con una imposibilidad moral: si hubiera exigido un escrito por cada depósito hecho por un viajero, hubieran resultado gastos que el viajero tendría que soportar además de las molestias que esto le ocasionaría; facilitando la prueba, la ley quiso favorecer á los viajeros y, por consiguiente, también á los hoteleros. El principio es, pues, que basta la imposibilidad moral para que la prueba testimonial sea admitida. (1)

¿Cuáles son las condiciones requeridas para que haya lugar á la excepción? Los viajeros solo pueden invocarla, lo que implica, como lo dice la ley, que estén alojados en una posada, aquellos que no viven en ella, deben ellos mismos guardar sus cosas y no puede decirse que las confiaron al hotelero. ¿A quién deben los viajeros entregar sus cosas? La ordenanza de 1667 parecía exigir (tit. XX, art. 4) que el depósito haya sido hecho "en manos del hotelero;" podía concluirse de ella, que el depósito entregado en manos de sirvientes no entraba en el texto de la ley; según el Código basta que las cosas sean depositadas por los viajeros en una posada, importando poco á quién se les entrega. Esto es racional; el hotelero no tiene más tiempo para recibir cada cosa que para dar un recibo de ellas; las gentes de la casa son unas comisionados para esto; y es como si él lo recibiera. (2) En fin, los efectos deben ser depositados en una posada; si lo fueren en una casa particular sería un depósito voluntario, y la prueba debería darse por escrito. (3)

568 El art. 1,348, núm. 2, agrega: "Todo, segun la calidadd de las personas y las circunstancias del hecho." ¿Cuál es el sentido de esta restricción? El juez debe tomar en con-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 195, núm. 203.

2 Larombière, t. V, pág. 168, núms. 30 y 31 (Ed. B., t. III, página 217). Toullier, t. V, 1, pag. 194, núm. 202.

3 Ha sido sentenciado que el art. 1,348 se aplica á los depósitos hechos en una casa pública. Aix, 20 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 5, 332).

sideración las circunstancias del hecho para decidir si hubo ó no depósito. Y aunque el depósito hubiese sido hecho por un *accidente imprevisto*, es menester además que este depósito sea *obligado*, como lo hemos dicho (núm. 566). Esta es la aplicación del principio tal como lo formula la ley; la excepción solo existe cuando el depositante se encontró en la *imposibilidad* de procurarse una prueba literal; desde que le fué posible redactar una acta, la prueba testimonial no es ya admitida. Solo que la imposibilidad no debe ser absoluta, basta que sea moral: el juez debe tener en cuenta la turbación y el miedo que los accidentes terribles de un incendio, un naufragio ó una sedición, provocan en el espíritu. Tiene además, por otro lado, un poder de apreciación; debe considerar la calidad de las personas dice la ley. Se lee en el informe del tribuno Jaubert. "La experiencia ha enseñado que si un hombre que sufre un incendio, pudo ser víctima de aquellos que, bajo el velo de humanidad, han aparentado darle auxilios; que si un viajero tuvo alguna vez que sufrir por la infidelidad de su hotelero, sucede también que el incendiado y el viajero intentan abusar del auxilio de la ley para enriquecerse á expensas ajenas. Si un hombre notoriamente pobre pretende haber depositado en una casa incendiada objetos preciosos, el juez podrá no admitirlo á la prueba testimonial, si tiene la convicción de que el pretendido depósito sirve para encubrir una expliación. (1)

569. ¿La excepción del art. 1,348 se aplicará á objetos destinados á ser transladados? La negativa es segura, y resulta de la regla que rige las excepciones; éstas son de rigurosa interpretación; y, el texto solo prevee el depósito de los viajeros alojados en una posada; esto es decisivo. Se objeta el art. 1,782 según los términos del cual los conductores es-

(1) Toullier, t. V, 1, pág. 196, núm. 203. Duranton, t. XIII, página 396, núm. 394. Larombière, t. V, pág. 169, núm. 32 (Ed. B., tomo III, pág. 217).

tán sujetos para las cosas que se les entregan, á las mismas obligaciones que los hoteleros. La respuesta es, que la assimilación no concierne á la prueba del depósito; luego el artículo 1,782 no debe ser considerado.

Pero si la prueba testimonial no es admisible según el derecho civil, lo está en virtud del derecho comercial. El contrato de transportes es un contrato mercantil, y en materia de comercio la prueba testimonial es admitida indefinidamente. Hay, sin embargo, un motivo de duda. Los empresarios de transporte están obligados á llevar un libro de los efectos que se les confian; los depositantes tienen, pues, un medio legal de procurarse una prueba escrita, desde luego no puede decirse que se encuentren en la imposibilidad de procurarse una prueba literal. La objeción sería decisiva si pudiera decidirse la cuestión por los principios del derecho civil. Pero para los contratos mercantiles, la regla es enteramente contraria; la prueba testimonial es admitida en principio; se necesitaría, pues, una disposición excepcional para desecharla; el art. 96 del Código de Comercio, y el art. 1,985 del Código civil, que obligan á los empresarios á llevar libros y de inscribir en ellos los depósitos que reciben, no derogan al derecho que tiene el depositante para probar por testigos la entrega que les ha hecho. Esto está también fundado en razón. El descuido de los empresarios de transporte, no puede quitar al depositante el derecho que tiene por la ley (1)

IV. Artículo 1,348, núm. 3.

570. El núm. 3 del art. 1,348 aplica la excepción á las obligaciones contraídas en caso de accidentes imprevistos, en que no pudieran haberse hecho actas escritas. Es necesaria

1 Gante, 31 de Mayo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 140). Marcadé, t. V, pág. 157, núm. 8 del artículo 1,348. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, pág. 617, núm. 323 bis II.

rio, primero, que la obligación esté contraída en un accidente imprevisto, y además, que el accidente sea de tal naturaleza que haya sido imposible hacer acta escrita. La jurisprudencia no ofrece aplicación de esta disposición. Duranton da el ejemplo siguiente: Una persona perseguida por crimen y que quiere substraerse á las persecuciones de la justicia, pide prestada una suma de 1,000 francos en el momento de huir; la prueba testimonial sería admitida bajo las condiciones determinadas por la ley. (1)

V. Pérdida del título.

571. La excepción del art. 1,348 se aplica, en fin, "al caso en que el acreedor ha perdido el título que le servía de prueba literal, á consecuencia de un caso fortuito, imprevisto y resultando de fuerza mayor." Hay imposibilidad de probar el hecho alegado por escrito, puesto que la prueba escrita desapareció por caso fortuito. La ley debió permitir al acreedor probar su crédito por testigos, por razón de la imposibilidad en que se halla para producir el escrito que tenía redactado. ¿Qué debe probar?

Es menester, primero, que el acreedor pruebe que perdió su título por un *caso fortuito*; la ley agrega *imprevisto y resultando de fuerza mayor*; acumula las expresiones que marquen juntamente la imposibilidad en que el acreedor se halla para producir una acta y la ausencia de toda culpa suya. Pothier señala el peligro que quiso prevnir el legislador. En el incendio ó el saqueo de una casa, he perdido mis documentos, entre los que se encontraban los vales de mis deudores; cualquiera que sea la suma del monto de dichos vales, debo ser admitido á la prueba testimonial por lo que me es debido, porque por un caso imprevisto y sin culpa

1 Duranton, t. XIII, pág. 399, núm. 367, Larombière, t. V, página 172, núm. 39 (Ed. B., t. III, pág. 218)

mía he perdido los títulos que formaban la prueba literal de mis créditos. Pero para que el juez pueda admitir esta prueba, es menester que el caso fortuito que dió lugar á la pérdida de mis títulos, esté comprobado. Si aquel que solicita ser admitido á la prueba testimonial, alega simplemente que perdió sus títulos, sin que haya ningún hecho de fuerza mayor comprobando dicha pérdida, no será admitido á la prueba solicitada. De otro modo, la ordenanza que prohíbe la prueba testimonial para evitar el soborno de testigos, se haría ilusoria, pues no sería más difícil para aquel que deseara dar prueba por testigos, sobornar á los que declarasen haber visto el título, como sobornarlos para que dijesen que habían visto entregar el dinero. (1)

Si no hay caso fortuito, imprevisto, resultando de fuerza mayor, el art. 1,348 no es ya aplicable. Esto es lo que la Corte de Casación ha sentenciado sobre las conclusiones de Merlin. En 1782, un rancho fué vendido con cláusula de recomprar. Cuando el vendedor quiso usar de dicha cláusula, el comprador le opuso que había renunciado al derecho de recomprar, pretendiendo que existía un escrito privado en que constaba la renuncia. El Tribunal de Apelación lo admite á la prueba testimonial para establecer que dicho escrito había sido visto por varias personas, y que se había perdido por haberlo mandado á un noble que debía investir al adquirente. A pedimento de Casación, la decisión fué casada por motivo que la renuncia debió ser probada por escrito. El Tribunal, ante el que fué mandada, juzgó como el primer juez invocando la excepción consagrada por el artículo 1,348, núm. 4, y que también era admitida en jurisprudencia antigua. Nueva casación ante las cámaras reunidas. La excepción que invocaba el adquirente, dice la Corte, supone que el escrito se perdió por efecto de fuerza mayor, y en el

1 Pothier, *De las Obligaciones*, nám. 815. Toullier, t. V, 1, página 200, numis. 207 y 208.

caso, la prueba testimonial había sido admitida sin que se hubiera alegado ningún caso fortuito que ocasionara la perdida del acta. Con semejante jurisprudencia, dice la Corte, la prohibición de la prueba testimonial sería sin cesar eludida por medio de dos testigos que declarasen haber visto un pretendido escrito privado del que ni siquiera sería posible verificar la escritura; las más importantes convenciones y las más auténticas, serían fácilmente desbaratadas. (1)

572. ¿Cuándo hay caso fortuito? El caso fortuito es un hecho, ya de la naturaleza, ya del hombre por el que el acta queda destruida, sin que el acreedor haya podido prever la destrucción ni impedirla, pues la ley dice: "*Imprevisto y resultando de fuerza mayor.*" Fué sentenciado que la ley puede ser un caso fortuito en el sentido del artículo 1,348. El decreto de 17 de Julio de 1773, ordena que todos los títulos feudales fueran entregados á las llamas. Se es admitido á probar por testigos que la minuta de una acta ha sido quemada por ejecución de este decreto. (2) En efecto, la destrucción ordenada por la ley, pone á las partes interesadas en la imposibilidad de producir el escrito; muy lejos de poder impedirlo, se vieron obligadas á obedecer y sufrir que el acta fuese entregada á las llamas. En vano se dió que la destrucción estaba prevista, y que las partes hubieran podido procurarse una prueba literal del contenido del acta, pues este nuevo escrito considerado como feudal, debería también ser destruido.

La cuestión de saber cuándo hay caso fortuito, es un punto de hecho. Hemos dicho más atrás que la jurisprudencia aplica el número 4 del art. 1,348 al caso en que el título ha

1 Casación, 7 ventoso, año XI (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, n.º m. 4,919, 1º). Compárese Orléans, 13 de Diciembre de 1862 (D. Ilz, 1863, 2, 5).

2 Montpellier, 1º de Diciembre de 1835 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, n.º m. 4,928)

sido destruido por efecto de un delito. El hecho de un tercero que la parte interesada no pudo impedir, ha sido siempre considerado como caso fortuito; con mayor razón debe considerársele como tal, cuando este hecho es un delito.

Se pregunta si la pérdida de un título basta para que la prueba testimonial sea admisible. En lo general, el que pierde una cosa es culpable de descuido; con mayor cuidado hubiera podido impedir la pérdida, lo que excluye la aplicación de la ley; no hay caso fortuito imprevisto resultando de caso de fuerza mayor. Pero también puede suceder que el título se pierda por el hecho de un tercero sin que ninguna culpa tenga el acreedor; en este caso, el art. 1.348 será aplicable. La jurisprudencia está en este sentido. Ha sido sentenciado que si un título se pierde á consecuencia del translado de archivos, la prueba testimonial no es admisible; no debe tomarse esta sentencia como una decisión general, es un fallo de especie que se justifica por las circunstancias del hecho. (1) En otro caso se falló que había caso fortuito. Un título fué depositado en primera instancia en la mesa del presidente por orden del Tribunal, y para las necesidades de la deliberación. El título se pierde. La parte que había hecho el depósito estaba obligada á hacerlo, y después de hecho no tuvo ya remedio alguno para cuidar de la conservación de su título; si se perdía era por hecho del magistrado ó de su secretario; en todo caso, hecho de un tercero sin que la parte interesada tenga alguna culpa. La Corte de Pau juzgó bien, pues, decidiendo que la prueba testimonial era admisible. (2)

Desde que hay un descuido que reprochar á aquel que solicita dar la prueba por testigos de la pérdida de un títu-

1 Riom, 28 de Noviembre de 1838 (Daloz, en la palabra *Derecho civil*, núm. 651). Compárese la crítica de Aubry y Rau, t. VI, página 470, nota 36, pfo. 765.

2 Pan, 12 de Junio de 1858 (Daloz, 1858, 1, 194).

lo, el art. 1,348 no es ya aplicable, pues el descuido excluye la fuerza mayor; aunque hubiese caso fortuito deja de ser de fuerza mayor si procede por culpa de la parte interesada. Un testamento ológrafo, es presentado al presidente del Tribunal, se toma copia en los libros de la Secretaría y es trans cripto por el registrador; el acta desaparece. Los legatarios piden dar prueba por testigos del testamento; fué sentenciado que el art. 1,848 era inaplicable. La Corte admite que es verosímil que haya existido un testamento, pero debía imputarse descuido á los depositarios por no haberlo conservado bien; no alegaban ningún caso fortuito que hubiese destruido el testamento. En semejantes circunstancias, la admisión de la prueba testimonial sería muy peligrosa; bastaría presentar al presidente ó al legislador un testamento supuesto, que se suprimiría después, para hacer imposible la confrontación escritura: el descanso y seguridad de las familias quedaría quebrantado con semejante jurisprudencia. (1)

573. La prueba de un caso fortuito no basta; el art. 1,348 dice que la excepción se aplica al caso en que el acreedor ha perdido el título que le servía de prueba literal por fuerza mayor. Debe, pues, probar también que poseía un título en que constaba su crédito y que dicho título fué destruido por un caso fortuito. Esto resulta del texto. Esta prueba, si debiera hacerse rigurosamente, sería á menudo imposible. Sucede un incendio, consume todos los papeles del propietario: éste pretende que entre éstos, se encontraba el título del crédito que solicita probar por escrito. ¿Deberán los testigos declarar haber visto el título en el momento en que las llamas lo consumieron? Esto sería pedir una prueba imposible. Los jueces deberán conformarse con una probabilidad más ó menos grande. Es probable que el título se ha-

1 Lyon, 22 de Febrero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,407, 1º).

llase entre los papeles destruidos, si los testigos vienen a declarar que han visto el título antes del accidente, y que el acreedor conservaba sus títulos en un mueble destruido por el fuego. (1)

Se supone que la pérdida del título está establecida. Queda por probar lo que el título contiene; es decir, el crédito cuyo pago reclama el demandante. ¿Deberán declarar los testigos que han leído el acta y relatar sus cláusulas? Esto sería también una prueba las más veces imposible y que el legislador se guarda de exigir. El art. 1,348 dispone que la prohibición de la prueba testimonial recibe excepción en el caso en que el título ha sido perdió por un caso fortuito; esto es decir que el acreedor puede probar su crédito por testigos; la ley no agrega que los testigos deban haber leído el acta, nada dice de particular respecto de la prueba testimonial, ésta queda, pues, bajo el imperio del derecho común. Es en este sentido como Pothier se expresa: "Puedo hacer esta prueba por testigos que declaren haber visto en mis manos los vales de mis deudores, de los que conoceu la letra y se acuerdan del tenor, ó que declaren tener algún conocimiento de la deuda." (2)

574 ¿El art. 1348 se aplica al caso en que el título perdido era una acta privada? Toullier dice que hay razón para dudar. Una acta privada prueba por sí misma. ¿De qué serviría, pues, probar que una acta privada llevando mi firma ha sido vista y leída por diferentes personas? Hecha esta prueba quedaría por probar que la firma que se encontraba en el acta era verdaderamente la mía. El acta no existiendo ya, será imposible confrontar la letra y no puede decirse que un escrito no confrontado sea un título. ¡Podría seme-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 203, núm. 209. Merlin, *Cuestiones de derecho, en la palabra Prueba*, pfo. VII.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 815. Aubry y Rau, t. VI, página 470, nota 35. Marcaillé, t. V, pág. 151, núm. 5 del artículo 1,348.

¿Puede el juez autorizar la prueba testimonial? La objeción es seria; sin embargo, no es decisiva.

Desde luego, el texto no exige que el título sea auténtico; y comprende á las actas privadas. No se les puele confrontar, pero no se trata de confrontar el crédito por la escritura que ya no existe; este escrito ofrece solo una probabilidad que permite admitir la prueba testimonial. La certeza moral que un título existía basta, pues. ¿Cómo adquirirán los jueces esta certeza? Esta es una cuestión de hecho. Pothier supone que los testigos han visto el título y se ha conocido su firma: no es esto, por cierto, una confrontación de escritura, es una prueba moral; nada hay que decir acerca de este punto, dependiendo todo de la aplicación del juez; éste no está obligado á admitir la prueba testimonial; pero puede hacerlo. (1)

Las actas solemnes presentan otra dificultad. Tales son los testamentos. Es de doctrina y de jurisprudencia que las disposiciones del Código acerca de la prueba, se aplican á todas las materias; luego también á los testamentos. Se admite, pues, á probar por testigos que un testamento existió pero fué destruido por caso fortuito. Pero el testamento, lo mismo que toda acta solemne, difiere de una obligación; ésta existe independientemente del escrito en que consta, el título es solo un asunto de prueba; mientras que las solemnidades del testamento son de la esencia misma del acta, no hay testamento sin la observancia de las formalidades prescriptas por la ley. Es, pues, menester que los testigos declaren que estas formalidades han sido cumplidas. La dificultad es ya grande para el testamento ológrafo; se necesitará que los testigos conozcan la letra del testador y que declaren que el testamento ha sido escrito, fechado y firmado por él. En el testamento por acta pública, las formalidades son

1 Toullier, t. V. 1, pág. 206, nám. 215. .

aun más numerosas y más difíciles de comprobar. Al juez toca decidir si son suficientes los testimonios para comprobar que hubo testamento válido en la forma. (1)

575. Una dificultad particular se presenta para las obligaciones de empréstito. Se ha pretendido que debían assimilarse al papel moneda, ó á los billetes de banco; de donde resultaría que la destrucción de un título privaría al acreedor de todo derecho. La Corte de Lieja no admitió este sistema, que es evidentemente falso; que las obligaciones sean al portador ó no, poco importa; unas y otras comprueban un crédito á cargo del Estado, que es el que pidió el préstamo, lo mismo que una acta privada ó auténtica, comprueba un préstamo. La única diferencia que existe entre los títulos al portador y los títulos nominales, es que los primeros se transmiten por la entrega del título y que aquel que los detiene es el propietario. Pero esto no cambia nada á las obligaciones del Estado, siempre es deudor; y si el título que comprueba la deuda se pierde, el acreedor puede prevalecerse del art. 1,348. (2)

576. Una sentencia de la Corte de Casación decide otra dificultad. Las partes han hecho constar sus convenciones por escrito, no presentan el acta; en el caso, no pudieron probar la pérdida del título por un caso fortuito, pero, apoyándose en un principio de prueba por escrito, reclamaban el beneficio del art. 1,347. ¿Había lugar á admitir la prueba testimonial, aunque no fuese probada la pérdida del título? La Corte de Douai rehusó admitirla, fundándose en el núm. 4 del art. 1,348. Su sentencia fué casada, y debía serlo. El art. 1,347 admite la prueba testimonial cuando existe un principio de prueba por escrito; la ley no distin-

¹ Toullier, t. V, 1, pág. 207, núm. 216. Denegada, 12 de Diciembre de 1859, Sala Civil (Dalloz, 1860, 1, 334). Tolosa, 12 de Noviembre de 1862 (Dalloz, 1863, 2, 25).

² Lieja, 22 de Julio de 1847 (*Paricrisia*, 1861, 2, 33).

gue si las partes han ó no redactado una acta: por esto solo de existir un principio de prueba por escrito, la prueba testimonial debe ser admitida, á reserva que decida el juez si hay ó no prueba por escrito. Pero no puede decidir en derecho que la prueba por testigos no es admisible, porque había un título y que su destrucción no está probada por escrito. (1)

Núm. 3. Aplicación del principio á los casos no previstos por la ley.

577. Hemos dicho que el principio establecido por el artículo 1,348 es general y que recibe su aplicación á todos los casos en los que no ha sido posible al demandante procurarse una prueba literal del hecho litigioso. Las aplicaciones que da la ley en los núms. 1 y 4 solo son ejemplos; estos ejemplos, aunque nada tengan de limitativo, sirven, sin embargo, para explicar lo que la ley entiende por *imposibilidad* de procurarse una prueba literal. ¿Se necesita una imposibilidad absoluta, material, ó una imposibilidad moral, y relativa será suficiente? En teoría, la solución no es dudosa; el texto de la ley prueba que se conforma con una imposibilidad moral; lo hemos hecho notar al explicar el núm. 2 concerniente al depósito hecho por el viajero en una posada (núm. 567). El núm. 3 ministra el mismo argumento; admite la prueba por testigos para probar las obligaciones contraídas en caso de accidentes imprevistos en que no podía haberse hecho una acta escrita. ¿Cuáles son las circunstancias en las que no pudo haberse hecho un acta escrita? Toullier contesta: Esto es una pura cuestión de hecho, y de cualquiera manera que pronuncie el juez, su decisión no puede ser remitida á la Corte de Casación. (2)

1 Casación, 18 de Agosto de 1873 (Dalloz, 1874, I, 20).

2 Toullier, t. V, 1, pág. 197, núm. 203; pág. 12, núm. 139. Aubry y Rau, t. VI, pág. 461, nota 3.

¿No será esto demasiado absoluto? Así entendida, la excepción absorbería á la regla, puesto que siempre dependería del juez el alegar una imposibilidad moral cualquiera. Esto es también ir más allá de los términos y del espíritu del art. 1,348; éste no habla de imposibilidad moral, y todo lo que puede concluirse de los ejemplos dados por la ley, es que la imposibilidad no debe ser absoluta, pero debe haber imposibilidad, y es necesario que el juez funde su decisión en dicha imposibilidad. Sin duda, la apreciación de la imposibilidad escapará las más de las veces á la casación, pero esto no quiere decir que el juez del hecho sea soberano; su sentencia puede ser casada, si admite como imposibilidad hechos que por su naturaleza misma no constituyen ninguna imposibilidad.

578. La jurisprudencia está indecisa é incierta, lo que es inevitable en una materia en la que el juez tiene un tan gran poder de apreciación. Un doméstico pretende haber prestado dinero á su amo; no produce escrito. ¿Estaba en la imposibilidad moral de procurárselo? La Corte de Burdeos negó la prueba testimonial, y con razón, según creemos. (1) No hay imposibilidad absoluta para que un doméstico pida un recibo á su amo, solo hay un sentimiento de delicadeza; pero si el amo consiente en hacerse deudor de su criado, abandona por esto mismo su posición de superioridad; ya no existe razón para que se niegue á dar un recibo del préstamo que recibe. En contra, ha sido sentenciado que la hija que se retira de la casa materna, es admitida á probar por testigos la consistencia y valor de sus cosas, y de los vestidos que eran de su personal y que dejó. No podía, dice la Corte d^r. Bourges, proponer á su padrastro y á su madre que le dieran un recibo por escrito sin *lastimar su delicadeza*.

1 Burdeos, 13 de Junio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,876, 3º).

za. (1) ¿Era esto una imposibilidad moral? Dudamos de ello. Es seguro que entre los ejemplos que da la ley, no hay ninguno que pueda aplicarse por analogía al presente caso; los núms. 2 y 3, suponen que por razón de las circunstancias no fué posible al acreedor redactar una acta por escrito, no suponen qué sentimientos de delicadeza ó de conveniencias lo hayan impedido.

La Corte de Gante admitió la imposibilidad moral en un caso análogo. Un joven prometió casarse con una señorita; con el fin de obligar á su madre á consentir firmó vales en provecho de su futura; fué conociendo que estos vales equivaldrían á una multa en caso de la no ejecución de la promesa. El matrimonio no se verificó; el signatario de los vales se negó á pagarlos, sosteniendo que eran debidos por una promesa de matrimonio, y por lo tanto, nulos. ¿Podía dar la prueba por testigos de dicha promesa y de las circunstancias que lo habían llevado á subscribir los vales? La Corte contesta que el joven no hubiera podido solicitar una contralettra sin lastimar la delicadeza de la señorita, y que ésta hubiera rehusado firmar dicha contralettra. (2) Siempre es una imposibilidad fundada en sentimientos de conveniencia, y no conocemos texto alguno que autorice al juez para ordenar la prueba por testigos en el caso de semejante imposibilidad. Hay al contrario una disposición que prueba que, en el pensamiento del legislador, no basta semejante imposibilidad. El art. 1,341 prohíbe la prueba testimonial para el depósito voluntario, aunque el acreedor tenga razones de delicadeza para no pedir una prueba escrita.

579. Hay entregas de mercancías al por menor, que no es de uso hacer constar por escrito. ¿Constituirá el uso una

1 Bourges, 19 de Mayo de 1826 (*Dalloz, en la palabra Obligaciones*, núm. 4,875, 1º).

2 Gand, 26 de Marzo de 1852 (*Pasicrisia, 1853, 2, 182*).

imposibilidad moral en el sentido del art. 1,348? La cuestión se ha presentado varias veces ante las Cortes de Bélgica, y ha sido resuelta en diferentes sentidos. Un empresario debe la suma de 254 francos por entrega de cerveza hecha á sus operarios; la Corte de Bruselas sentenció que el art. 1,348 era aplicable, porque no es de uso tomar obligaciones por escrito por razón de estas ministraciones. (1) Lo mismo sucede con los trabajos de detall que hacen los obreros; la Corte de Bruselas sentenció que la gente trabajadora no tenía costumbre de hacer constar esos créditos por escrito, y que les era moralmente imposible presentar una prueba literal de dichos créditos; que, por consiguiente, debían ser admitidos á la prueba testimonial. (2) Cuando al contrario, se trata de entregas que no está en el uso pagar á cortos plazos, la Corte aplica la regla general del art. 1,341 y niega la prueba testimonial. (3)

Esta jurisprudencia está en oposición con el texto y con espíritu de la ley, como lo dijo muy bien la Corte de Casación. La prohibición de la prueba testimonial es la regla; la ley solo la admite por excepción, y toda excepción es de interpretación rigurosa. Debe, pues, considerarse que el uso, por muy general que se le suponga, de no exigir un escrito para ciertas entregas y ciertos trabajos, pone al acreedor en la imposibilidad de procurarse una prueba literal. La negativa es segura, dice la Corte; en efecto, ningún ejemplo dado por el art. 1,348 autoriza para interpretar así el principio establecido por el art. 1,348. (4) La Corte de Gante se ha pronunciado en el mismo sentido. Se trataba, en la especie, de la entrega de una alfombra de sala con un valor de 2,000 francos; el Tribunal de Primera Instancia, había resuelto que el uso y la delicadeza se oponían á que el demandante exi-

1 Bruselas, 2 de Agosto de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 200).

2 Bruselas, 4 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 23).

3 Bruselas, 31 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 142).

4 Casación, 24 de Abril de 1845 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 60).

giera una acta por escrito de la convención. Esta sentencia fué reformada en apelación; la Corte dice que el pretendido uso y las razones de delicadeza que se invocaban no son una excepción legal; y admitir una excepción sin texto, es hacer la ley. (1) La Corte de Bruselas en una sentencia reciente modifica su jurisprudencia. En Amberes es de uso tomar abonos al teatro por una simple declaración verbal en el despacho de boletos; alguien se prevaleció de esta circunstancia para probar por testigos el hecho de la locación; la Corte rechazó el pedimento por el motivo de no constituir este uso una imposibilidad de procurarse una prueba literal como lo manda el art. 1,348. (2)

I. Aplicación á los vicios de consentimiento.

1. Las partes.

580. Para contratar, como para testar, es necesario estar sano d' espíritu. ¿Cómo se probará que una parte no estaba sana de espíritu sea por causa de demencia, sea por embriaguez? Hemos ya contestado á esta cuestión (núm. 426). En nuestra opinión, la insanidad es uno de los hechos puros y simples que pueden probarse indefinidamente por testigos; no se trata, pues, de la excepción establecida por el artículo 1,348, debe decirse que este caso no entra en la regla.

Podría creerse que lo mismo sucede con la violencia que vicia un consentimiento, y se vuelve una causa de nulidad. Es seguro que los hechos de violencia son hechos materiales, pero no puede decirse que no tienen ningún efecto jurídico, pues constituyen un delito cuando menos civil, y el delito es un hecho jurídico, puesto que resulta de él una acción por daños y perjuicios contra el autor del hecho perjudicial. Cuando una de las partes contratantes ha consentido

1 Gant, 9 de Marzo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 69).

2 Bruselas, 26 de Noviembre de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 59).

bajo el imperio de la violencia, puede pedir la nulidad del contrato por vicio de consentimiento. No hay que decir que la violencia puede probarse por testigos; aquel que la emplea mucho se cuidará de ministrar una prueba literal de los hechos ilícitos que constituyen la violencia; hay, pues, imposibilidad de procurarse una prueba literal, lo que hace aplicable el art. 1,348. La Corte de Casación así lo sentenció, pero por una singular reminiscencia del derecho romano, se fundó su decisión en el carácter de dolo que implica la violencia; se apoyó, por consiguiente, en el artículo 1,353 que admite las simples presunciones para probar los hechos de dolo y de fraude, y, por consiguiente, la prueba testimonial es también admitida. (1) Esta laboriosa argumentación es inútil, puesto que el principio del art. 1,348 basta para decidir la cuestión.

El error se prueba igualmente por testigos. Se puede decir del error que es evidente que no puede procurarse una prueba literal. ¿Cómo podría constar por escrito un hecho de que no se tiene conciencia en el momento del contrato? Si aquel que está en error tuviera conciencia de él, no contrataría.

581 El dolo da lugar á dificultades. Cuando se alega como vicio de consentimiento, al mismo título que el error y la violencia, la aplicación del art. 1,348 no es dudosa. Debe decirse del dolo lo que hemos dicho del error; aquel que es engañado por maniobras fraudulentas ignora que se le engaña; luego está en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del dolo. Esto le es además imposible por razón de la naturaleza de las maniobras fraudulentas; aquellos que se valen de esos medios ilícitos tienen muy buen cuidado de esconderlos y de no dejar de ellos ningún rastro escrito.

1 Denegada, 5 de Febrero de 1828 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 193).

Cuando el dolo se invoca como viciando el consentimiento, se encuentra en la misma línea que el error y la violencia; las causas que vician el consentimiento implican que hubo consentimiento y, por consiguiente, que la convención existe y que consti, puesto que se prevalece de estos vicios para pedir la nulidad del contrato. Pero el demandante puede de probar la existencia de la convención que está viciada por el dolo, alegando los mismos hechos de dolo. ¿Será admitido á probar por testigos los hechos dolosos, las maniobras fraudulentas que lo han conducido á contraer? La pregunta es compleja; implica desde luego que hay una convención, puesto que ésta se halla viciada por el dolo. En cuanto á la convención, la prueba debe ser hecha por escrito conforme á lo prescripto por el art. 1341; se dirá en vano que son maniobras fraudulentas las que han conducido á la parte engañada á consentir un contrato y que los hechos de dolo se prueban por testigos; la objeción confunde la existencia de la convención con el dolo que la vicia. El dolo se prueba por testigos, pero la convención debe probarse por un escrito. ¿Qué importa que yo haya contraído porque fui engañado por maniobras fraudulentas? Estas maniobras no me impedían de levantar una acta de la convención; no puedo, pues, decir que me fué imposible procurarme una prueba literal del contrato. Solo cuando habré probado la convención por un escrito será como se me admitirá á probar por testigos el dolo que vició mi consentimiento. Esta distinción está admitida por la doctrina (1) y por la jurisprudencia. (2)

582. ¿Qué debe decidirse cuando es á consecuencia de maniobras fraudulentas como la parte engañada renuncia á exigir una prueba literal del contrato del que solicita establecer la existencia por testigos? La cuestión está controver-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 464, y nota 18, pfo. 765.

2 Casación, 29 de Octubre de 1810 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,939). Compárese Bruselas, 12 de Febrero de 1817 (*Paiscriisia*, 1817, pág. 330).

tida. Los señores Aubry y Rau dicen que el dolo de que se trata es el que se llama incidente: no es un dolo que condujo á la parte á contratar, solo la indujo á no redactar una acta del contrato; luego la parte engañada no puede decir que estuvo en la imposibilidad de exigir una prueba literal. La distinción nos parece muy sutil. Desde luego no sería admisible si las mismas maniobras fraudulentas que indujeron á la parte para contraer, también la indujeron á no levantar acta de la convención, pues en este caso, el dolo incidente se confunde con el dolo principal. Pero aunque se suponga, lo que solo es una mera hipótesis de escuela, que la convención no está viciada por el dolo y que las maniobras fraudulentas han tenido por único objeto impedir á la parte engañada exigir una prueba literal, la decisión nos parece siempre dudosa. ¿Cuál es el hecho litigioso? Se trata de saber si fué posible ó no al demandante procurarse una prueba literal de una obligación, y, aquel que renuncia á levantar acta de la convención porque se le inclinó á obrar por maniobra fraudulenta, se encontró, por estas mismas maniobras, en la imposibilidad moral de procurarse un escrito. Decirle que hubiera podido, sin embargo, exigir una acta, es no tomar en cuenta el dolo; es decir, la causa por la que no pidió el escrito, y como esta causa constituye un delito, puede probarse por testigos. (1)

583. Las partes han redactado un escrito de sus convenciones. ¿Pueden pedir la nulidad de la convención por testigos? Se ha pretendido que la prueba testimonial era inadmisible, porque el art. 1,341 prohíbe recibir ninguna prueba por testigos contra el contenido en las actas. El art. 1,348 contesta á la objeción, dice que las *reglas citadas* reciben también excepción todas las veces que no ha podido el de-

¹ Aubry y Rau, t. VI, pág. 465 y nota 21. En sentido contrario, Larombière, t. V, pag. 148, núm. 16 (Ed. B., t. III, pág. 208). Comparese Bruselas, 13 de Julio de 1832 (*Pasicritica*, 1832, pág. 210).

mandante procurarse una prueba literal del hecho litigioso; luego la excepción se aplica á la segunda regla del art. 1,341, lo mismo que á la primera. ¿Cuál es, en nuestro caso, el hecho litigioso? La convención consta por escrito, pero se pretende que está viciada por el dolo; y, es imposible que exista una acta por escrito de las maniobras fraudulentas que han inducido á una de las partes á contratar; luego no se está ya en el caso de la regl^a, se está en el caso de la excepción. (1)

Cuando decimos que pueden probarse por testigos los hechos de dolo, aunque la parte tienda á anular una convención que consta en acta, suponemos que la prueba contraria es admisible. Cuando no lo es, ni siquiera puede alegarse una prueba literal, con más razón no se admitirá la prueba testimonial. Para saber si el dolo alegado contra una acta puede probarse por testigos, hay, pues, que distinguir. Las actas, ya auténticas, ya privadas, hacen fe alguna vez hasta inscripción por falsedad, y otras hasta prueba contraria. Cuando solo hacen fe hasta prueba contraria, se es admitido á probar contra el acta, según las reglas del derecho común; luego por testigos cuando se pide probar hechos de dolo y fraude. Pero cuando el acta hace fe hasta inscripción por falsedad, ninguna otra prueba es admitida para combatir el acta sino por el largo y difícil procedimiento de falsedad. (2)

La Corte de Casación sentenció en sentido contrario. En el caso, el crédito según el acta, era de 9,092 rupias. Se pretendía que cuando se hizo su transporte, se convino que el crédito fuera reducido á 6,100 rupias. ¿Era de admitirse la prueba testimonial para probar los hechos de dolo y frau-

1 Denegada, 1º de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,043, 7º); 3 de Junio de 1835 (Idem, *ibid.*, núm. 4,935, 3º). 17 de Agosto de 1853 [Dalloz, 1854, 5, 594]. Bruselas, 12 de Agosto de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 400).

2 Toullier, t. V, 1, pág. 167, núm. 175.

de del demandante? Fué sentenciado que la prueba por testigos no era admisible, porque tendía á probar contra y además de lo contenido en las actas. (1) La decisión nos parece errónea. Es de principio que las declaraciones de las partes no hacen fe hasta inscripción por falsedad sino por el hecho material de la declaración, y que la sinceridad de dicha declaración no está probada sino hasta prueba contraria. Y, en el caso, el hecho material de la declaración no estaba redarguido; luego la prueba contraria era admisible. ¿Podía recibirse la prueba por testigos? El art. 1,341 prohíbe recibir testimonios contra una prueba escrita, pero el art. 1,348 deroga esta regla por lo que toca al dolo y al fraude. Luego la Corte debió admitir la prueba testimonial.

584. Para que el dolo sea un vicio de consentimiento y pueda ser alegado para atacar el acta, es menester que haya sido el móvil del consentimiento; esto es lo que se llama el dolo principal, este dolo es la causa del contrato, como se dice en la escuela; hé aquí por qué hace la convención nula. Si la convención no fué viciada por el dolo, y si éste fué posterior ó extraño al contrato, no puede prevalecerse de él para atacar la convención. Si las maniobras fraudulentas han causado un daño, constituyen un delito, la prueba se hará por testigos, pues el dolo no podrá ser alegado como viciando el contrato. La jurisprudencia ha consagrado estos principios, que no serían dudosos si se presentaran con esta sencillez, pero la complicación de los hechos viene á menudo á absconder el derecho. Una sentencia de la Corte de Colmar había admitido la prueba testimonial ó lo que es lo mismo, las presunciones simples para probar la liberación; el fraude en el que la Corte se fundaba para admitir este género de prueba, convenía á la demanda de una segunda copia; el deudor pretendía que la demanda tenía por objeto hacer revivir una deuda extinguida. Así, el fraude alegado

1 Benegada, Sala Civil, 12 de Marzo de 1860 (Daloz, 1860, 1, 132).

recaía en una acta posterior al pago alegado y no en el mismo pago. Y sin embargo, era para establecer el pago como se invocaban las presunciones. Esto conducía á probar por testigos un hecho jurídico para cuya prueba la ley exige una acta escrita. La Corte de Casación dijo muy bien, que si se admitiera la doctrina de la sentencia atacada, la fe debida á las actas sería quebrantada, y la prohibición de la prueba testimonial sería eludida todas las veces que ese testimonio se perdiera; bastaría que el deudor dijera que la segunda copia solo es solicitada para hacer revivir la obligación, y luego solicitaría probar su liberación por presunciones que la ley prohíbe. (1)

La Corte de Casación de Bélgica pronunció una sentencia análoga en otro caso. Se pretendía que había dolo y fraude en el hecho de aquel que se prevalece de una convención desprovista de causa, y se alegaba ese pretendido dolo para atacar la convención misma. La Corte de Bruselas había admitido este sistema. Esto era violar el art. 1,341 y hacer una falsa aplicación del art. 1,348. Si se admite la prueba del dolo por testigos, y si, como consecuencia de la prueba, se anula la convención, es solo cuando se trata del dolo que vicia el consentimiento. La Corte de Casación tiene razón en decir que esta prueba no ataca el acta, en el sentido que no lo combate en ningún punto; no es el instrumento el que está redarguido, es el consentimiento que está anulado. Si el dolo consiste en prevalecerse de una convención sin causa ó con causa falsa, no puede decirse que este dolo vicie el consentimiento y el contrato, pues es posterior á la convención. De esto resulta que la convención y el acta en que consta queden bajo el imperio del derecho

1 Casación, 20 de Marzo de 1826 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,350). Compárese Colmar, 6 de Agosto de 1845 (Daloz, 1846, 2, 222).

común. ¿Es real ó falsa la causa de la convención? La cuestión se decide según las reglas que rigen la prueba, el acta constando de la causa, no puede probarse que esta causa es falsa sin atacar el acta; y no se puede por testigos, el artículo 1,341 prohibiendo oír testimonios contra el contenido en el acta. Y si se trata de la falta de causa, la misma disposición prohíbe también recibir prueba por testigos además de lo contenido en el acta. (1)

2. Los terceros.

585. La ley da el nombre de fraude al dolo que se practica en perjuicio de los terceros; es así como el art. 1,167 que permite á los acreedores atacar en nombre personal las actas hechas por su deudor en fraude de sus derechos. Es de principio que los terceros puedan siempre probar por testigos el fraude que se les hace. (2) En efecto, se hallan en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del fraude. El principio debe ser generalizado; no solo se aplica á las actas fraudulentas, recibe su aplicación á todos los hechos jurídicos en los que los terceros han permanecido extraños y de los que no pudieron procurarse una prueba literal; la prueba del fraude es solo una aplicación del principio: el mismo principio concebido en términos más generales se aplica *todas las veces* (art. 1,348) que ha sido imposible al demandante procurarse una prueba literal. Así, un acreedor pretende que una hipoteca está extinguida por el pago de la deuda; será admitido á probar el pago por testigos, pues se encontró en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del pago. (3)

Con mayor razón se admite á los terceros probar el fraude cometido á su perjuicio. Cuando se quiere defraudarlos,

1 Casación, 26 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 1, 477).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 811.

3 Burdeos, 18 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 280).

se disfraza el pensamiento y se oculta, volviéndose la prueba tanto más difícil: exigir una prueba escrita, sería poner á los terceros en la imposibilidad de probar el fraude; aun la prueba por testigos es rara vez posible; lo más á menudo es necesario recurrir á simples presunciones, lo que permite la ley expresamente; volveremos sobre este punto explicando el art. 1,353. Tal es el derecho de los acreedores que atacan una acta hecha por su deudor en fraude de sus derechos.

Hemos dicho en otro lugar en qué consiste esta prueba, los acreedores tienen el mismo derecho en todos los casos en que están interesados en probar la mala fe.

En los términos del art. 1.º de nuestra ley hipotecaria las actas no transcriptas no pueden ser opuestas á los terceros que las hubieran contraído sin fraude: si lo son con fraude; es decir, sabiendo que el acta no ha sido transcripta, no pueden prevalecerse del defecto de transcripción. ¿Cómo probarán las partes interesadas que los terceros las han contraído con fraude? Por testigos; el art. 1,348 les da el derecho, puesto que han estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal.

De la misma manera el vendedor primitivo, acreedor privilegiado, puede probar que los pagos hechos por los adquientes sucesivos y que constan en las actas, son simulados; que la simulación sea fraudulenta ó no, poco importa, el vendedor no ha podido procurarse una prueba literal del hecho litigioso, por lo que está admitido á probarla por testigos. (1)

El art. 1,348 hace excepción á la segunda regla del artículo 1,341, como á la primera. No hay más que una restricción al derecho de los terceros; las actas auténticas y las privadas, en la opinión común, hacen, en ciertos casos, fe

1 Caen, 24 de Junio de 1839 (Dalloz, en la palabra *Hipotecas*, número, 346, 2º)

hasta inscripción por falsedad con relación á los terceros como con la de las partes; es decir, que la prueba contraria, aunque fuere literal, no es admitida; con mayor razón no se admite la prueba testimonial. Para que pueda promover un hecho por testigos, es preciso, naturalmente, que la prueba de este hecho sea admisible.

586. ¿La excepción establecida por el art. 1,348 puede ser invocada por los herederos que atacan las actas hechas por el difunto? A primera vista, parece que los herederos no son admisibles, porque representan al difunto, y aquellos de los sucesores universales que no continúan la persona de su autor suceden á sus derechos y sus obligaciones.

Hemos respondido ya á la objeción. Cuando los herederos atacan una acta del difunto como hecha en fraude de sus derechos, obran en virtud de un derecho que les es propio, derecho que su autor les ha legado. Es verdad que contratamos por nosotros y por nuestros herederos, pero esto no es verdad sino cuando obramos de buena fe; el derecho y el buen sentir, dicen que no representamos á nuestros herederos cuando contraemos, no por ellos, sino por contra ellos y en fraude de sus derechos. Hemos encontrado bastantes aplicaciones de este principio, lo resumimos aquí á fin de presentar un cuadro completo de la materia.

587. La ley sujeta á los herederos al producto de las liberalidades que han recibido del difunto con el fin de mantener la igualdad entre los sucesores. Sucede frecuentemente que las liberalidades se hacen á reserva de uno de los herederos, ya de mano á mano, ya bajo forma de contrato oneroso, ya por una persona interpuesta. ¿Cómo se probarán esas ventajas? Es de doctrina y jurisprudencia que puede hacerse esta prueba por testigos. ¿Cuál es la razón de ello? La Corte de Casación contesta que no ha lugar á aplicar á la especie los principios rigurosos relativos á la prueba de las obligaciones; que para llegar á la constancia de

semejantes hechos y al mantenimiento de la igualdad entre los coherederos, todo género de prueba es admisible. (1) La decisión es justa pero está mal motivada. Si las reglas establecidas en el título *De las Obligaciones* no son aplicables en materia de productos, ¿cuáles son, pues, los textos que hacen excepción á esas reglas? Se les buscaría en vano. Deben aplicarse los principios consagrados por el legislador en el título *De las Obligaciones* ó debe decirse que no hay principios; y tampoco pertenece al intérprete decidir que los principios generales deben aplicarse con más ó menos rigor; si pues, en materia de producto hay excepción á las reglas generales acerca de las pruebas, es menester buscar esta excepción en la ley y es muy fácil encontrarla.

La Corte de Orléans admitió á los herederos á probar por testigos y por los libros domésticos del difunto, los préstamos que éste había hecho á uno de sus sucesores, préstamos de que el art. 829 ordena la proporción. La Corte aplica á este caso la excepción establecida por el art. 1,348; el heredero ha estado de seguro en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de los anticipos hechos por el difunto á uno de los sucesores. Esto también se funda en razón. La ley que quiere la proporción de las deudas así como de las donaciones directas ó indirectas hechas á uno de los herederos, debió dar á los demás herederos un medio de probar esas deudas y esas liberalidades; y solo hay la prueba testimonial y á falta de ella las presunciones. El art. 1,348 debe, por consiguiente, recibir aplicación en materia de proporción. (2) Así, los herederos que solicitan probar por testigos el hecho que da lugar á la proporción, invocan los principios generales de derecho tales como el Código los establece en el título *De las Obligaciones*.

588. Hay herederos á los que la ley concede una reserva,

1 Casación, 13 de Agosto de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 467).

2 Orléans, 28 de Julio de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 29).

lo que implica la prohibición de disponer en perjuicio de los reservatarios; éstos tienen el derecho de promover por reducción de las liberalidades que menguan su reserva; en este caso, el derecho de los herederos no es dudoso; en tanto que piden la reducción de las donaciones que exceden lo disponible, obran no como sucesores del difunto, sino en virtud de un derecho que tienen por la ley. En este sentido se les puede asimilar a los terceros; pueden, pues, invocar los principios que rigen los derechos de los terceros; de donde resulta que están admitidos á probar por testigos las liberalidades escondidas, disfrazadas ó indirectas que ha hecho el difunto de sus derechos. El principio no está redargüido, pero importa precisar el verdadero motivo que lo define. Se halla en el art. 1,348. Los herederos con reserva se hallaron en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de las actas por las que el difunto atentó á sus derechos; luego deben ser admitidos á la prueba por testigos, y se les admittiría aunque no hubiera escritos contra los que demandarían la prueba. Se les opone en vano el art. 1,341, que prohíbe recibir á ningún testimonio contra las actas; la respuesta está en el art. 1,348 que deroga á las dos reglas establecidas por el art. 1,341.

La jurisprudencia ha consagrado estos principios (1) pero las sentencias no siempre están motivadas por la precisión necesaria, lo que deja alguna incertidumbre acerca de los verdaderos principios, de donde resultan errores que sorprenden encontrarse en una materia tan sencilla. Una madre vende todos sus bienes á su hijo; las actas hechas ante notario, dicen que el precio ha sido pagado, contado en presencia del oficial público. Las hijas redarguyen la venta como disfrazando una liberalidad. La Corte de Burdeos determinó que debían inscribirse por falsedad. Ya hemos hecho notar el error de la Corte; la sentencia fué casada, pero la

1 Bruselas, 21 de Enero de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 36).

redacción de la sentencia de casación deja también que desear. La Corte invoca únicamente el art. 1,353 que autoriza á los jueces á resolver por simples presunciones cuando el acta es redargüida de fraude ó de dolo. (1) El art. 1,353 es sin duda aplicable al caso, pero la disposición que admite la prueba testimonial para probar el fraude, no es ella misma, sino la aplicación del art. 1,348, como lo dirémos más adelante. El principio de donde proceden todas las consecuencias, está establecido por la ley en los términos más generales: todas las veces que no ha sido posible al demandante procurarse una prueba literal del hecho litigioso, será admitido á la prueba por testigos. Esta excepción concierne á la segunda regla tanto como á la primera, á menos que el acta no haga fe basta inscripción por falsedad; es acerca de este punto que se equivocó la Corte de Burdeos, como lo hemos dicho al tratar de la fuerza probante de las actas auténticas. No es, pues, en el art. 1,353 en el que la Corte de Casación debería fundar sus sentencias como lo hace de ordinario, dicien lo que el fraude á la ley puede siempre probarse por presunciones; (2) el verdadero sitio de la materia es el art. 1,348; en cuanto al fraude á la ley que la Corte invoca para justificar la admisión de la prueba testimonial, no desempeña papel en materia de prueba, sino cuando el acta es redargüida por simulación; cuando se trata de fraude propiamente dicho, el art. 1,348 basta para resolver la cuestión de prueba.

La ley establece incapacidades para dar y para recibir; para eludirlas las partes interesadas ocurren á liberalidades indirectas ó disfrazadas. No es necesario decir que los herederos reservatarios ó no, son admitidos á la prueba testi-

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

2 Denegada, 27 de Abril de 1830 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, 1830, 325, 1º); 18 de Agosto de 1862 (Dalloz, 1863, 164); 20 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 285).

monial para establecer el hecho de la liberalidad. Aquí hay fraude á la ley, á la vez que fraude á los derechos de los herederos, en el sentido que éstos tienen el derecho de pedir la nulidad de las liberalidades hechas á incapaces. Una madre dispone de todo su haber en provecho de un hijo natural; los hijos legítimos son admitidos á probar por presunciones y por testigos las liberalidades hechas al hijo natural; en el caso, hay ataque á la reserva. Los principios serían los mismos si hubiera herederos no reservatarios.

Tales son también las liberalidades hechas en provecho de congregaciones religiosas no autorizadas; su incapacidad es radical, puesto que por la ley no existen dichas congregaciones, y está fundada en motivos de orden público; de donde resulta el derecho de los herederos para atacar las liberalidades que fuesen hechas á congregaciones, y el de dar la prueba por testigos y por presunciones. La Corte de Casación da regularmente como motivo para decidir el fraude á la ley. (1) Repetimos que hay un motivo más general, el principio establecido por el art. 1,348 del que el artículo 1,353 solo es una aplicación; tales son también las liberalidades hechas á personas interpuestas para hacerlas llegar á legatarios que no designa el testador, y que por esta razón se llaman legatarios inciertos; estos fideicomisos esconden ordinariamente liberalidades hechas á incapaces, lo que permite aplicar el art. 1,348 y el 1,353; se pueden establecer por testigos y por presunciones los hechos de interposición ó de fideicomiso. La jurisprudencia es constante, ella invoca regularmente como motivo el fraude á la ley, citando el art. 1,353. (2) A nuestro modo de ver, el verdadero motivo para decidir se halla en el art. 1,348.

1 Denegada, 3 de Julio de 1839 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 321). Compárese París, 27 de Junio de 1850 (Dalloz, 1850 I, 76); Colmar, 22 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 288).

2 Denegada, 5 de Enero y 3 de Mayo de 1857 [Dalloz, 1857, I, 197 y 128]; 28 de Mayo de 1859 [Dalloz, 1859, I, 442].

589. Todo fraude cometido en perjuicio de un tercero puede probarse por testigos, aunque no haya fraude á la ley. Tal es el caso en que el donante pide la revocación de una donación por advenimiento de un niño. El donatario pretende que hubo suposición de hijo y pide probar el hecho de la suposición. Se le opone el acta de nacimiento que según el art. 45 hace fe hasta inscripción por falsedad. La Corte de Burdeos ha admitido al donatario á la prueba testimonial; (1) pero se ve por la redacción dificultosa de la sentencia, que la Corte no sabía como contestar á la objeción muy especiosa que ministra el art. 45. No es exacto decir, como lo hace la ley, que el acta de nacimiento hace fe hasta inscripción por falsedad probando que tal mujer dió á luz á un niño; el acta solo hace fe de los hechos que constan al oficial público por haberlos visto; luego prueba hasta inscripción por falsedad que un niño recién nacido le fué presentado y que los comparecientes han declarado que dicho niño había nacido de tal mujer; pero la verdad de esta declaración no está probada sino hasta prueba contraria. ¿Cuál es esta prueba contraria? La prueba por testigos, cuando el acta atacada lo es por causa de fraude. En definitiva, la prueba testimonial es admisible por aplicación del art. 1,348.

II. La simulación.

1. Entre las partes.

590. Hemos dicho en otro lugar que existe una diferencia entre la simulación y el fraude. La simulación puede ser fraudulosa, en este caso, parece confundirse con el fraude, y podía creerse que no hay ninguna diferencia entre la simulación y el fraude bajo el punto de vista de la prueba. Sin embargo, hay una diferencia esencial en lo que con-

1 Burdeos, 8 de Julio de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 41).

cierne á las partes contratantes. Lo que caracteriza la simulación es que supone que un concierto entre las partes contratantes, se hace por concurso de voluntades. De esto resulta una consecuencia importante en cuanto á la prueba. La simulación no puede, en lo general, ser probada por testigos cuando es una de las partes contratantes la que promueve contra la otra. En efecto, la simulación es un hecho jurídico; el demandante quiere probar que la pretendida venta, que consta en acta, es una liberalidad; quiere pues, probar la existencia de una donación; es decir, de un contrato, por consiguiente, da lugar á aplicar el art. 1,341: el demandante debe producir un escrito. No puede invocar la excepción establecida por el art. 1,348, pues no se encontraba en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, pues nada le impedia hacer constar la verdadera convención por una contraletra.

Sin embargo, en el derecho antiguo, la jurisprudencia admitía fácilmente la prueba por testigos para establecer la simulación, fundándose en los hechos de dolo ó de fraude que se mezclan de ordinario á la simulación, al menos cuando la simulación es negada; y, es cuando se niega como se presenta la cuestión de saber si puede probarse por testigos. Un contrato de matrimonio dice que la dote de la futura es de 60,000 francos, y que esta suma ha sido entregada al futuro esposo en presencia del notario. El matrimonio no se verifica. Acción en repetición por el dote. El demandado contesta que la entrega fué simulada. ¿Se le admitirá á dar la prueba por testigos de esta simulación? Nó, puesto que podía procurarse una contraletra. Objetaría en vano que hay dolo y fraude de parte del demandante, reclamando un dote que no le fué entregado. Esto será verdad, pero el dolo es extraño al contrato y á la simulación que se trata de probar; el dolo es posterior al contrato de matrimonio; el contrato no tiene ningún vicio de consentimiento; fué con co-

nocimiento de causa como el futuro reconoció haber recibido un dote que realmente no le fué entregado; podía y debía exigir una prueba literal de la simulación; luego no puede reclamar el beneficio de la excepción establecida por el art. 1,348, se encuentra bajo el imperio de la regla que prohíbe dar prueba por testigos contra lo contenido en las actas. La doctrina (1) y la jurisprudencia (2) están unánimes en este punto.

591. Las sentencias de la Corte de Casación que desechan la prueba testimonial de la simulación entre las partes, admiten que éstas pueden probar aquella cuando tienen un principio de prueba por escrito, ó cuando pueden invocar el art. 1,348. (3) Esto no es dudoso en cuanto al principio. La simulación supone la existencia de una acta que se pretende simulada en todo ó en parte. Aunque el acta fuera auténtica, no prueba la verdad de las declaraciones procedentes de las partes contratantes; estas son, pues, admitidas á probar la simulación; queda por saber como la probarán. Lo pueden evidentemente hacer con una contraletra; y si la prueba literal es admitida, la prueba testimonial lo será también en el caso en que la prueba por testigos puede substituir á la prueba escrita; es decir, en los casos previstos por los arts. 1,347 y 1,348. No hay ninguna dificultad en cuanto al principio de prueba por escrito. (4) La

1 Toullier, t. V, 1, pág. 169, núms. 179-184. Aubry y Rau, t. VI pág. 466, nota 26. Larombière, t. V, pág. 150, núm. 18 (Ed. B., tomo III, pág. 210).

2 Casación, secciones reunidas (en materia fiscal), 29 de Diciembre de 1821 (Dalloz, en la palabra *Registro*, núm. 2,495). Casación, 6 de Agosto de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,737) Bruselas, 31 de Diciembre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 396), 1 de Octubre de 1829 (*ibid.*, 1829, pág. 259).

3 Casación, 6 de Agosto de 1828 (precitada, nota 2). Denegada, 30 de Abril de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,037, 2º).

4 Denegada, sección civil, 7 de Marzo de 1820 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,113, 1º), y las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,945. Hay que

aplicación del art. 1,348 es más difícil; debe suponer que aquel que ha consentido la simulación no lo hizo sino bajo la influencia del dolo ó de la violencia; en este caso, su consentimiento está viciado y es siempre admitido á la prueba testimonial para las causas que vician el consentimiento. (1)

592. Si el vale enuncia una causa falsa ¿serán admitidas las partes á probar por testigos que la causa es falsa y cuál es la verdadera? Nó, pues es por un libre concurso de consentimientos como han indicado como causa de su obligación un hecho jurídico que fué simulado; podían y debían haberse procurado una prueba escrita de esta convención, redactando una contraletra. El art. 1,341 les prohíbe probar por testigos contra el contenido del acta; no pueden invocar la excepción del art. 1,348 y suponemos que no tienen un principio de prueba por escrito.

Hay acuerdo en cuanto al principio, pero se enseña y ha sido sentenciado que la prueba testimonial es admisible cuando todas las partes reconocen que la causa de un vale es simulada. (2) La Corte de Casación no da ningún motivo de esta excepción; se limita á decir que las partes, conviniendo que la obligación litigiosa era una acta simulada, solo quedaba que el juez buscara las causas que habían podido engendrar una obligación legítima y válida. Sin duda, pero la dificultad está en saber por qué prueba puede establecerse la existencia de una causa. El primer juez había ordenado una instrucción y había inducido de ella que la obli-

agregar Denegada, 16 de Noviembre de 1859 (Dalloz, 1860, 1, 167); Aix, 25 de Enero de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 52); Bruselas, 14 de Julio de 1862 (*Paricrisia*, 1863, 2, 113); Lieja, 12 de Agosto de 1863 (*ibid.*, 1869, 2, 60); Gant, 20 de Noviembre de 1974 (*ibid.*, 1875, 2, 88).

1 Toullier, t. V, 1, pág. 173, núm. 184. Aubry y Rau, t. VI, página 466, nota 27. Larombière, t. V, pág. 149, núm. 18 (Ed. B., tomo III, pág. 210).

2 Denegada, Sala Civil, 8 de Abril de 1835 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 547). Aubry y Rau, t. VI, pág. 466, nota 28.

gación era sin causa. ¿Qué le autorizaba para admitir la prueba testimonial? La causa de una obligación es el motivo jurídico que inclina á las partes á contraer; luego la causa es un hecho jurídico, por consiguiente, la parte interesada debe procurarse una prueba por escrito en virtud del art. 1,341, á no ser que se halle en una de las excepciones previstas por el art. 1,347 y el art. 1,348; no pertenece al juez admitir otras excepciones que las establecidas por la ley.

593. Se pregunta si los herederos de las partes contratantes son admitidos á probar por testigos la falsedad de la causa. La negativa ha sido sentenciada y esto nos parece seguro. Los herederos no tienen otros derechos que los de su autor; y, los que han sido parte en el acta, no pueden probar la simulación por testigos; lo mismo debe pasar con sus herederos. Los herederos dirán en vano que se han encontrado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, se les contesta que su autor podía y debía haber exigido una contraleta, que no habiéndolo hecho, no podía oponer testimonios al escrito que había subscripto y que sus herederos no tienen más derecho que él. (1)

594. Se admite generalmente que estos principios reciben excepción cuando la simulación concertada entre las partes tiene por objeto encubrir un fraude á la ley. Se dice que en este caso la parte interesada es admitida á probar la simulación por testigos. Esta opinión se funda en el art. 1,353 que permite al juez admitir simples presunciones, cuando el acta está atacada por causa de fraude y dolo. Resulta que el fraude á la ley puede establecerse por presunciones llamadas de hombres, pues el articulo está concebido en términos generales y no distingue entre el frude á la ley y el fraude hacia las personas. Si el fraude á la ley puede probarse por simples presunciones, debe admitirse, por vía de

1 Chambéry, 6 de Mayo de 1861 [Dalloz, 1861, 5, 328].

consecuencia, que la prueba testimonial es también admisible, pues el art. 1,353 pone en una misma línea la prueba por testigos y las presunciones. En apoyo de esta opinión se invoca la imposibilidad moral en que se halla la parte para procurarse una prueba literal. (1)

No admitimos esta opinión sino en los límites del artículo 1,348, en otros términos, si realmente hubo imposibilidad para la parte interesada de procurarse una prueba literal; es decir, una contraetra que pruebe la simulación. El artículo 1,353, que se invoca para deducir de él el principio que todo fraude á la ley puede probarse por testigos, no dice lo que se le hace decir. Tomada al pie de la letra la disposición de este artículo concerniente al fraude y al dolo, no tiene sentido, pues la ley parece decir que el fraude y el dolo no se prueban por testigos, lo que es inadmisible, puesto que lo contrario resulta del principio consagrado por el artículo 1,348. Para dar un sentido al art. 1,353 hay que considerarlo como la aplicación de las reglas que rigen la prueba testimonial; pero la aplicación no puede sobreponerse al principio; no es, pues, en el art. 1,353 en el que debe buscarse la solución de nuestra cuestión, es en el art. 1,348. Y el art. 1,348 no dice en términos absolutos que todo fraude á la ley se prueba por testigos; la palabra *fraude* no se halla en él; si se admite que en virtud del art. 1,348 puede probarse por testigos el fraude y el dolo, es por aplicación del principio general que la ley establece, y ella exige, como condición para la admisión de la prueba testimonial, que no haya sido posible al demandante procurarse una prueba literal del hecho litigioso. Esta condición recibe su aplicación á los hechos de fraude y de dolo hacia las personas; debe también aplicarse al fraude que las partes hacen á la ley

¹ *Aubry y Rau*, t. VI, pág. 466, nota 29, pfo. 765. *Marcadé* tomo V, pág. 149, núm. 4 del artículo 1,348. En sentido contraario, *Deville* (*Sirey*, 1836, I, 597). Compárese *Larombière*, t. V, páginas 153 y siguientes, núm. 19 (Ed. B., t. III, pág. 211).

concertando una simulación. En teoría, debería admitirse que toda especie de prueba puede establecer el fraude á la ley, porque el interés de la sociedad exige que las leyes se respeten; importa, pues, que la simulación por la que las partes quieren eludir la ley, se descubra y se reprenda. Pero esta observación se dirige al legislador; el intérprete no tiene que preocuparse de lo que debió hacer el legislador, está ligado por las reglas que la ley establece. Y, estas reglas en materia de prueba testimonial, no pueden dar lugar á dudas; es la prohibición de la prueba testimonial, salvo las dos excepciones de los arts. 1,347 y 1,348. En la opinión que combatimos, se admite una tercera excepción que se toma fuera de la sección que trata de la prueba testimonial, en un artículo que no tiene sentido sino cuando se ve en él una aplicación del art. 1,348. Esto no es ni lógico ni jurídico. El art. 1,348 es nuestra única regla: si la simulación que consiste en un fraude á la ley no pudo constar por escrito, la parte interesada será admitida á probar por testigos, puesto que no pudo procurarse una prueba literal. Si, al contrario, le era posible exigir una contraletra, no podrá probar la simulación por testigos.

595. La jurisprudencia asienta como principio absoluto, como si fuera un axioma, que el fraude á la ley se prueba por testigos. En nuestro concepto, debe verse en cada caso, si fué posible ó no procurarse una prueba literal. Si el fraude á la ley tiene por objeto disfrazar y esconder un delito, hay imposibilidad moral para aquel que comete un delito el firmar un escrito que minstre la prueba del delito. Vales de comercio son subscriptos por una causa que el deudor pretende ser falsa é ilícita; las cantidades que se obligó á pagar tenían por objeto apartar á aquellos en provecho de quienes eran subscriptos de la adjudicación de una entrega de efectos para una prisión penitenciaria; se trataba de encubrir por una causa simulada, una causa que constituía un delito,

la paralización de la libertad de la almoneda. ¿El subscriptor de los vales podía exigir una contraletra en que constara la verdadera causa? No por cierto, pues hubiera hecho constar su propio delito y la complicidad de sus socios. Luego el art. 1,348 era aplicable, si se admite que la imposibilidad moral basta para autorizar la prueba testimonial, y en el caso, esta cuestión no sería dudosa. La Corte de Limoges ha sentenciado en este sentido; no invoca el art. 1,348, asienta en principio absoluto, que la prueba testimonial es admisible todas las veces que se trata de buscar la causa del fraude y del dolo. (1) Lo mismo sucedería, y por identidad de razón, si se tratase de todo otro delito, por ejemplo, del contrabando. (2) La jurisprudencia francesa ha aplicado este principio á la usura y con razón; hay imposibilidad para exigir al usurero una contraletra que compruebe el delito y ministre una prueba en su contra. (3)

596. ¿Debe aplicarse el mismo principio á los hechos que, sin ser delitos criminales, son contrarios á las buenas costumbres ó al orden público? Sí, bajo la condición determinada por el art. 1,348, y es que la parte que pide la prueba de la simulación por testigos, se haya encontrado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de ella. Tales son las deudas de juego. "La ley no da ninguna acción á una deuda por juego ó para el pago de una apuesta" (art. 1,965). De donde la necesidad de disfrazar la verdadera causa de la obligación contraída por la parte que perdió. ¿Será admitida á probar la simulación por testigos? Hay una duda; estaba libre para no consentir la simulación, podía rehusarse

1 Limoges, 16 de Abril de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 191). En el mismo sentido Denegada, 4 de Enero de 1808 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,969).

2 Colmar, 26 de Febrero de 1819 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,950, 3º). Riom, 23 de Noviembre de 1820 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 542, 1º).

3 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,948.

á firmar el vale simulado; esto es verdad, pero consintiendo á pagar, y á pagar en caso de pérdida, estaba moralmente obligado á dar un recibo de su obligación poniendo en él una causa falsa, y por la misma razón, le era imposible pedir una contraletra, pues ésta hubiera hecho constar la nulidad del vale que subscribía, lo que sería contradictorio, y por consiguiente, imposible. (1)

597. La jurisprudencia francesa aplica este principio á la estipulación de un suplemento de precio dicho en el trato de la cesión de una oficina. Hay un motivo para dudar, es que toda convención debe, en principio, estar probada por escrito, y cuando hay un escrito, ninguna prueba por testigos es admitida contra él; no se admitiría, pues, á probar por testigos que el precio de una venta fijada en 10,000 francos en el acta, fué en realidad de 15,000. Pero la cesión de las oficinas está regida por principios particulares; está permitido á las partes estipular un suplemento de precio; cuando esto sucede, se ven precisadas á ocurrir á la simulación, y les es imposible redactar una acta de la dicha simulación por medio de una contraletra, puesto que esto sería la prueba escrita de la nulidad de sus convenciones. La Corte de Casación no invoca este motivo; asienta en principio que la prueba por testigos contra una acta, es admisible cuando está atacada por fraude; agrega que este principio debe recibir aplicación á las convenciones escritas que tienen por objeto substraer á la vigilancia de la autoridad, los tratados relativos á la transmisión de oficinas. Estas convenciones siendo contraídas en fraude de leyes que tienen por objeto el interés público, importa que sean anuladas, y por consiguiente, la prueba testimonial debe ser recibida. (2)

1 Duranton, t. X, pág. 384, núm. 370. Aubry y Rau, t. VI, página 469, nota 31.

2 Casación, 9 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 1, 462).

El argumento sería excelente si el Código acontara el principio que le sirve de base, pero el Código no dice que el fraude á la ley puede probarse por testigos, lo que es decisivo.

598. Es de doctrina y de jurisprudencia que las promesas de matrimonio son nulas, así como las obligaciones bajo forma de cláusulas penales que acompañan á esas promesas. Aquel que firmó semejante obligación, dándole una causa falsa ¿será admitido á probar la simulación por testigos? La cuestión dió lugar á muchos debates. En una primera sentencia, la Corte de Casación casó una sentencia de la Corte de Riom que había admitido la prueba testimonial. Ella invoca el art. 1,341 que prohíbe toda prueba por testigos contra lo contenido en las actas; la regla no recibe excepciones sino en los casos previstos por los arts. 1,347 y 1,348; y, estas excepciones no estaban articuladas en la sentencia atacada. El único motivo que se alegaba, era el fraude á la ley; la Corte rechazó este argumento porque el art. 1,353 no es aplicable á la causa; esta disposición, dice la Corte, solo se aplica al fraude imputable á la parte contra la que los hechos se articulan. (1) La Corte de Lyon, habiéndose pronunciado por la opinión contraria, el negocio volvió ante las salas reunidas, las que decidieron que la prueba testimonial era admisible. La sentencia nos parece muy débilmente motivada. Aparta la prohibición establecida por el art. 1,341 diciendo que recibe excepción por el art. 1,353, el cual admite la prueba por presunciones en los casos en que el acta está atacada por causa de dolo ó de fraude; y, en el caso, hay á la vez fraude á la ley, porque la obligación sería contraria al orden público y á las buenas costumbres, y fraude á la persona, puesto que restringe su libertad para elegir. (2) Todo esto es verdad, pero es extraño á la

1 Casación, 29 de Mayo de 1827 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,949).

2 Denegada, 7 de Mayo de 1836 (Dalloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 90, 3º).

cuestión; no hay otras excepciones á la prohibición del artículo 1,341 sino las que la ley consagra en los arts. 1,347 y 1,348; el art. 1,347 estaba fuera de causa; es, pues, el artículo 1,348 el que es el sitio de la dificultad. Y la Corte narda dice de ello. Hemos citado más atrás una sentencia de la Corte de Gante que coloca la cuestión en este terreno, decidiendo que el signatario de un vale que contiene una retractación de matrimonio, está en la imposibilidad de pedir una contraletra. (1) Hacemos á un lado los sentimientos de delicadeza que la Corte de Gante invoca, para atenernos al motivo jurídico; la contraletra ministraría la prueba de la nulidad de los vales; y no puede pedirse que las partes redacten una contraletra que probaría la nulidad de sus convenciones.

599. Un marido hace á su mujer una donación disfrazada bajo forma de reconocimiento de deuda. ¿La simulación puede ser probada por testigos? Hay fraude á la ley, dice la Corte de Limoges; es seguro que la donación disfrazada es revocable, pero se trata de saber cómo se probará la simulación. (2) La Corte invoca el art. 1,353. Siempre es la misma argumentación. En nuestra opinión, la cuestión debe ser decidida por el art. 1,348. ¿Había imposibilidad para procurarse una prueba literal? La afirmativa es cuando menos dudosa. La contraletra, en el caso, no hubiera ministrado la prueba de la nulidad del acta, pues ésta no es nula, sólo es revocable; y no depende de la parte hacer irrevocable una liberalidad que la ley declara revocable; las partes pueden pues, comprobar que el reconocimiento de la deuda implica una liberalidad; pueden hacerlo para validar la liberalidad, pueden también hacerlo para eludir la ley; si tienen por objeto eludir la ley haciendo una donación revocable bajo forma de un contrato irrevocable, hay imposibilidad

1 Gante, 26 de Marzo de 1852. Véase más atrás, núm. 578.

2 Limoges, 28 de Febrero de 1839 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,950, 4º).

moral para dar por una contraletura una prueba de la naturaleza revocable del acta; en este sentido el art. 1,348 sería aplicable.

600. Un hermano subscrive en provecho de su hermana una obligación de 6,000 francos, exigibles después de su muerte y sin intereses hasta dicha época. El hermano se casa, se hace padre y pide la nulidad de la obligación que pretende simularla. ¿Puede probar la simulación por testigos? Esto es muy dudoso. La Corte de Toulouse ha admitido la prueba testimonial por toda clase de motivos, todos extraños á la cuestión. (1) Si se admite la doctrina consagrada por la jurisprudencia, puede decirse que había fraude al principio de la revocabilidad de los testamentos; la pretendida obligación no siendo en el fondo sino una liberalidad por causa de muerte, que las partes habían intentado hacer irrevocable. En nuestra opinión, hay que ver si el hermano podía pedir una contraletura comprobando que la deuda era una liberalidad. No hay en esto imposibilidad de procurarse una prueba literal. ¿Qué deseaba la hermana? Una liberalidad irrevocable. Pues bien, la contraletura hubiera hecho constar que había una liberalidad. Es verdad que la liberalidad se hubiera encontrado revocada por el advenimiento de un hijo. Pero este hecho no podía ser previsto cuando el contrato. Creemos que, en este caso, la prueba por testigos no era de admitirse.

601. La Corte de Casación pronunció igual sentencia en un negocio análogo. Una venta fué atacada como disfrazando una disposición por causa de muerte. La Corte de Rennes la anuló fundándose en presunciones. Pedido de casación por violación del art. 1,341. La Corte desechó el pedimento; la sentencia formula precisamente el principio que pueden admitirse las presunciones y, por tanto, la prueba

(1) Tolosa, 9 de Enero de 1820 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1,877).

testimonial, cuando se trata de simulación y de fraude á una ley de orden público. (1) Quisiéramos que este principio fuese inscripto en la ley, pero lo buscamos en vano en ella. Las sentencias de la Corte Suprema, en esta materia, son apenas motivadas; se limita á citar el art. 1,353; se diría que esta disposición es clara como la luz del dia, mientras que los mejores autores confiesan que es inexplicable.

602. Un matrimonio es anulado: ambos esposos siendo de mala fe, las convenciones matrimoniales y las donaciones hechas por el contrato vienen por tierra. Esto es seguro cuando la donación se hace abiertamente. Pero, ¿qué debe decidirse si se disfraza bajo la forma de un reconocimiento de dote? Ha sido sentenciado, conforme con la jurisprudencia, que la simulación constituyendo un fraude á la ley podía ser probada por medio de simples presunciones, por tanto, por testigos. (2) La Corte ni siquiera cita el art. 1,353. En cuanto al fraude á la ley que invoca la jurisprudencia era como un axioma, era muy dudosos en el caso, en el sentido que se trataba de una liberalidad indirecta hecha bajo forma de contrato oneroso. Sin embargo, la Corte sentenció bien, pues el acta no era atacada por una de las partes; desde luego, el art. 1,341 está fuera de causa, pues los terceros, como lo vamos a ver, pueden siempre promover la constitución de testigo.

se una prueba literal de la simulación. No hay que distinguir si la simulación es fraudulenta ó no, el art. 1,348 es general, recibe su aplicación todas las veces que el demandante se encontró en la imposibilidad de procurarse una prueba literal. La Corte de Casación tiene, pues, razón de decir que los terceros que atacan una acta por causa de simulación, no están obligados á probar que el acta ha sido el resultado de un concierto fraudulento entre las partes, son admitidos á establecer la simulación por testigos y por presunciones en virtud de los arts. 1,348 y 1,353. (1) De ordinario, la simulación implica un fraude contra los terceros; en este caso, se entra en los principios que rigen el fraude.

604. La jurisprudencia ha hecho numerosas aplicaciones de este principio, las mencionarémos rápidamente. No presentan ninguna dificultad seria. Un acreedor embarga los bienes de su deudor; se le opone una acta de venta anterior al embargo, y es admitido á probar por testigos que la venta es simulada, que los bienes pertenecen aún á su deudor. En un caso sentenciado por la Corte de Bruselas, el pretendido adquirente objetaba que el acreedor, siendo el legatario de su deudor, no podía ser admitido á una prueba que el mismo deudor no podía dar. La Corte de Bruselas contesta que el acreedor que ataca á su deudor como simulado, no promueve como representante del deudor, es tercero en el acta; tiene, pues, el derecho que pertenece á todo tercero para probar la simulación por testigos, porque no le ha sido posible procurarse una prueba literal. (2)

El art. 841 da á los herederos el derecho de reembolsar al cesionario el precio de la cesión. Si el precio es simulado, el retraedor tiene derecho de probar por testigos cuál fué el precio real. En este caso, la simulación es fraudulen-

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

2 Bruselas, 10 de Abril de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 101). Comparese Burdeos, 22 de Enero de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,114, 3º)

ta y los herederos pueden, pues, invocar los arts. 1,348 y 1,353. (1) El derecho de los herederos es incontestable, y la razón está de acuerdo con el derecho, como lo dice muy bien la Corte de Paris: Sin la facultad de probar por todos los medios posibles la falsedad del precio, el derecho de retraer se haría ilusorio.

Un contrato de matrimonio hecho por un inhábil, contiene una donación disfrazada bajo la forma de un aporte simulado. Después de la muerte del donante, su hija nacida de primer matrimonio pide la nulidad del matrimonio y de la donación. La Corte de Paris anuló la cláusula del contrato de matrimonio relativa al aporte simulado. A pedimento de Casación, intervino una sentencia de denegada fundada en que los terceros tienen derecho para probar la simulación y el fraude por testigos y por presunciones. (2)

Las sentencias de la Corte de Casación, en materia de simulación no son muy motivadas, y cuando dan motivo, son muy contestables. Así, en un caso en que la donación estaba disfrazada bajo forma de contrato oneroso, la Corte dice que la ley no tiene sometida á ninguna regla especial la prueba de la existencia de las donaciones disfrazadas; que desde luego lo prueba que una acta, en apariencia onerosa, no es sino una liberalidad disfrazada; puede ser hecha por testigos y por simples presunciones. (3) Se diría al leer este considerando, que la prueba testimonial es la regla y que se necesita una disposición excepcional para apartarla. El artículo 1,341 contiene, al contrario, una doble prohibición; prohíbe especialmente probar por testigos contra lo contenido en el acta. Hay que desechar esta defensa para ser ad-

1 París, 14 de Febrero de 1834 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,738, 7º). Lieja, 14 de Agosto de 1850 (*Pasicrisia*, 1851, página 279).

2 Denegada, 31 de Julio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 382).

3 Denegada, 3 de Junio de 1863 (Dalloz, 1863, 1,429); 12 de Abril de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 260).

mitido á la prueba testimonial de la simulación; se admite á los terceros porque pueden invocar el beneficio de una excepción, la que está escrita en el art. 1,848. Esto es elemental; mayor razón para que los tribunales, y sobre todo, la Corte de Casación se tomen la molestia de fundar sus decisiones en principios y textos incontestables. (1)