

cambio. Y en el caso, la contestación consignada por el diligenciarario implicaba la renuncia de la viuda al derecho que tenía de no ser embargada en sus bienes dotales. Luego el diligenciarario había traspasado la misión que la ley le da. (1) La Corte de Casación de Bélgica pronunció una sentencia análoga. Según el Código de Procedimientos (art. 813), el diligenciarario que hace ofertas reales debe hacer mención en su acta de la contestación del acreedor; es decir, que debe hacer constar la aceptación ó no aceptación de las ofertas; á esto se limita la misión del diligenciarario. En el caso, el acreedor había contestado, según el acta, que ya no tenía nada de común con el deudor, habiendo cedido á un tercero sus derechos y acciones. La Corte de Lieja decidió que la mención de esta contestación hacía fe hasta inscripción en falso y declaró, en consecuencia, que debía denegarse la demanda del acreedor. Esta decisión fué casada, el diligenciarario no teniendo ninguna calidad para hacer constar hechos, confesiones ó cesiones que hacían al acreedor no admisible á promover, de donde, la consecuencia que todo lo que el diligenciarario había hecho constar además de la no aceptación del acreedor, no hacía ninguna fe. (2)

104. El Código de Procedimientos (art. 54), dice que el secretario del juez de paz debe levantar acta de lo que pasa entre las partes comparecientes en conciliación; esta acta debe contener las condiciones del arreglo si lo hubo; la ley agrega: "Las convenciones de las partes insertadas en el acta, tienen la fuerza de la *obligación privada*." ¿Quiere esto decir que el acta no hace fe como acta auténtica? No es así como se entiende. El art. 54 no habla de la *fe* que se le da á el acta; dice que las convenciones tienen la *fuerza* de obligación privada, lo que es muy diferente. El acta es autén-

1 Denegada, 17 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 57). Véase en sentido contrario, Aix, 9 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra *Documentos de comercio*, núm. 911).

2 Casación, 5 de Agosto de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 1, 123).

tica, puesto que está formada por un oficial público que tiene misión de hacer constar los arreglos tomados por las partes; luego el art. 1,317 es aplicable, y, por consiguiente, el acta hace fe como auténtica. ¿Qué quiere, pues, decir el artículo 54? Resulta de la discusión que el legislador no quiso permitir al juez de paz recibir constituciones de hipotecas, bajo formas de hipotecas de convenciones intervenidas entre los comparecientes, por una parte, para impedir á los magistrados de hacer competencia á los notarios, y por otra, porque se temía que los jueces de paz no fuesen capaces de redactar actas que comprometen la fortuna de los ciudadanos, cuando son nulas en la forma. (1)

105. La ley de 22 pluvioso, año VIII, da á los diligenciararios y á los secretarios, así como á los notarios, el derecho de vender en remate, muebles, ropas, mercancías, cosechas. Ha sido juzgado que la ley de ventoso acerca del notariado, no había derogado la ley de pluvioso, y la Corte concluyó que las actas de venta formadas por los oficiales públicos que tienen derecho para hacer ventas mobiliarias en remate, eran actas auténticas y hacían fe como tales. (2)

106. No basta ser funcionario público para tener derecho de recibir ó formar escrituras auténticas; es necesario, como condición esencial que la ley autorice al oficial público para desempeñar esta misión. La Corte de Casación decidió, y esto no es dudoso, que los despachos ó telegramas ministeriales no son actas auténticas. (3)

107. Se supone que el oficial público no tiene las cualidades ó condiciones necesarias, ó la aptitud requerida para las funciones de que está investido; el notario, por ejemplo, es extranjero: ¿Las actas que recibe son auténticas? La

1 Duranton, t. XIII, pág. 24, núm. 17. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 527, núm. 279 bis III. Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra *Conciliación*, núms. 368-375.

2 Lieja, 20 de Marzo de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 75).

3 Denegada, 21 de Diciembre de 1850 (*Pasicrisia*, 1851, 1, 278).

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

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

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

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

1 Duranton, t. XIII, pág. 65, núm. 77. Larombière, t. IV, página 206, núm. 7 del art. 1,317 (Ed. B., t. II, pág. 490). Aubry y Rau, t. VI, pág. 359, nota 4, pfo. 755. Bonnier, t. II, pág. 25, núm. 471.
2 Alger, 22 de Febrero de 1858 (Daloz, 1859, 2, 143).

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

II. Capacidad.

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

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

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

III. Competencia.

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

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

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

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

el oficial público tenga el derecho de instrumentar en el lugar en que el acta fué redactada. Por aplicación de este principio, la ley de ventoso dispone que las actas recibidas por los notarios fuera de su resorte, son nulas (arts. 6 y 68). ¿Cuál es el resorte en el que el notario tiene derecho para instrumentar? Acerca de este punto trasladamos á la ley de 25 ventoso año XI.

112 El Código no habla de la competencia con relación á la naturaleza de la acta. Es natural que los notarios no pueden recibir actas que son de la competencia exclusiva de los demás oficiales públicos. Así, las actas de adopción que recibieran serían radicalmente nulas. Fuera de su misión, el oficial público no es más que un simple particular. (1)

La jurisprudencia está en este sentido. Una declaración redactada y firmada por un alcalde y dos testigos testifica que un acreedor ha declarado, en el momento de morir, que ha sido pagado. Fué sentenciado que esta declaración no hacía fe en favor del deudor. La Corte de Metz dice muy bien que la declaración no podía valer sino como prueba testimonial; y en el caso, la prueba testimonial no era admisible. Además, el testimonio no fué recibido en los términos legales. El acta era, pues, nula en todos conceptos. (2)

IV. Formas.

113. El art. 1,317 dice que el acta, para ser auténtica, debe recibirse con las solemnidades requeridas. La ley de 25 ventoso, año XI es la que prescribe las formas con las que las actas notariadas deben ser recibidas, y determina también los casos en que la inobservación de las formas legales implica la nulidad del acta (art. 68).

114. ¿Se hace auténtica una acta privada, por el depó-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 529, núm. 279 bis VI.

2 Metz, 29 de Mayo de 1818 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,065, 2°).

sito que las partes hacen en manos de un notario? Nuestra ley hipotecaria prevee la dificultad en lo que concierne á las hipotecas y á las transcripciones. El conservador de hipotecas no puede transcribir sino actas auténticas, pero la ley asimila á las actas notariadas las actas privadas *reconocidas ante notario ó ante los tribunales* (art. 2). De la misma manera el art. 76 dispone que la hipoteca convencional no puede ser consentida más que por acta auténtica, y agrega: ó por acta privada *reconocida en justicia ó ante notario*. Así, la ley no se conforma con una simple *acta de depósito*, exige una *acta de reconocimiento*; es decir, una acta por la que las partes reconocen y hacen constar, en consecuencia, las diversas cláusulas contenidas en la acta privada; mientras que el acta de depósito hace solamente constar que las partes han depositado en manos del notario un escrito privado. Se comprende que el acta de reconocimiento equivalga á una acta auténtica, puesto que el notario comprueba que las partes han reconocido ante él la escritura y las firmas del acta privada, mencionando á la vez el objeto y las cláusulas de la misma, pues la ley no dice que el reconocimiento se limite á lo escrito. El acta de depósito al contrario, no hace constar más que el hecho material del depósito y, como lo indica la palabra, el único objeto de los deponentes así como todo depósito, es el argumento de la cosa; el único efecto jurídico que produzca el depósito, en lo que concierne á la fuerza probante, es de darle una fecha cierta, debiendo el notario hacer constar la fecha en la que el acta ha sido depositada en sus manos.

Ha sido juzgado en este sentido que el único efecto del depósito es dar á la acta privada una fecha cierta y de asegurar su conservación. (1) Sin embargo, la opinión contra-

1 Metz, 24 de Marzo de 1819 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,228).

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

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

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

2 Pothier, *Introducción á la Coutume de Orléans*, tít. XX, núm. 13.

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

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

§ II.—DE LAS ACTAS NULAS COMO AUTÉNTICAS.

Núm. 1. Principio.

116. El art. 1,318 dice: "El acta que no es auténtica por 1 Toullier, t. IV, 2, pág. 189, núm. 200. Larombière, t. IV, página 229, núm. 40 del art. 1,317 (Ed. B., t. II, pág. 497).

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

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

su competencia ó incapacidad del oficial, ó por defecto de forma, vale como escritura privada, si ha sido firmada por las partes." Cuando una acta no reúne las condiciones prescritas por la ley para la autenticidad, ¿es nula como auténtica? ¿Puede valer como acta privada? Hay un motivo de duda; las partes quisieron hacer, no una acta privada, pero sí una auténtica y lo que ellas quisieron es nulo. ¿Cómo podría valer como escritura privada, cuando las partes no quisieron hacer semejante acta? La ley no admite esta objeción, y con razón. Lo que ante todo han querido las partes, es una prueba literal de su convención; y si ellas hubieran previsto que el acta fuese nula como auténtica, hubieran evidentemente declarado que su intención era válida como escritura privada. El art. 1,318 responde, pues, á la intención tácita de las partes contratantes. Resta por saber si esta transformación del acta nula como auténtica en acta privada, es posible. Más adelante diremos que la única condición exigida por la ley para la validez de los escritos privados en general, es la firma. Si, pues, el acta nula como auténtica, es firmada, nada impide que valga como escritura privada.

117. Hay contra esta teoría una objeción que, á primera vista, parece decisiva. La ley no prescribe formas para la validez de las actas privadas; esto es verdad. Pero hay excepciones, y estas excepciones comprenden las convenciones las más usuales, los contratos sinalagmáticos y las promesas de dinero. Y cuando se trata de convenciones, la ley no se contenta con la firma, quiere para los contratos sinalagmáticos que el acta se haga por tantos originales como partes teniendo interés distinto, y cada original debe contener la mención del número de copias que han sido hechas (art. 1,325). En cuanto á los escritos conteniendo promesas de una suma de dinero, deben ser escritos por entero, por el que los subscribe ó al menos es necesario que además de su

firma haya escrito de su puño y letra la palabra *bueno* ó *aprobado* y la suma en toda letra (art. 1,326). ¿Cómo conciliar estas condiciones con las disposiciones del art. 1,318? Es evidente que las partes que se acercan á un notario para que les haga una acta auténtica de sus convenciones, no piensan en llenar las disposiciones de los arts. 1,325 y 1,326; esas formalidades son aún, hasta cierto punto, inconciliables con las que la ley de ventoso prescribe para las actas notariadas. El notario no redacta tantos originales como partes teniendo interés distinto en el negocio, sólo forma un original que es la minuta, la cual minuta queda en sus manos; las partes sólo reciben copias; el acta no puede contener la mención de haber sido hecho por duplicado. Por lo mismo, sucede que no es el signatario de la acta unilateral quien la escribe de su puño y letra, es el notario ó el pasante quien lo hace; desde luego, el *bueno* ó el *aprobado* no tiene ya razón de ser. Hay más; muchas de las partes contratantes no saben escribir, y es por esto por lo que ocurren al notario; si se exigía para las actas auténticas, nulas como tales, las mismas formas que para las actas privadas, los que no saben escribir ni firmar estarían en la imposibilidad de procurarse una prueba literal. Se puede ver la gravedad de la objeción que resulta de este conflicto de formalidades diversas; las partes quieren tener una prueba auténtica de sus convenciones; sucede que el acta es nula como auténtica, y es nula también como privada, si se aplican los arts. 1,325 y 1,326. ¿Resultará de todo esto que no había ni prueba literal, ni auténtica ni privada?

Nó, el texto y el espíritu de la ley contestan á la objeción. Los arts. 1,325 y 1,326 reciben su aplicación cuando las partes quieren formar una acta privada de sus convenciones; son inaplicables cuando las partes se dirigen á un notario para tener una acta auténtica; en este último caso se aplica el art. 1,318; y este artículo no exige más que una

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

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

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

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

1 Sesión del 2 frimario año XII, núm. 11 (Loaré, t. VI, pág. 109),
2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 374, y notas 56 y 57, pfo. 755, y los au- tores que citan. Es necesario agregar, Mourlon, Colmet de Sante- rre y Larombière. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,785.