

tá manchada por un vicio que la hace nula; este vicio no implicando la inexistencia del acta, se concibe que valga como escritura privada. Pero si el acta no fué recibida por un oficial público que tenga misión para recibirla, el acta será inexistente; es la nada, y la nada no puede valer más como escritura privada que como escritura auténtica.

Este principio nos ayudará á resolver las dificultades que se han presentado en la aplicación. Si el acta no lleva la firma del notario, esta pretendida acta no lo es, porque no se puede decir que ha sido recibida por un notario; es la firma de éste la que testifica que ha sido recibida por él; cuando el acta no lleva la firma del oficial público, no hay acta auténtica; no se puede decir que sea nula, es preciso que no exista como auténtica, es la nada, y la nada no puede ser transformada en acta válida. En este punto, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo. (1)

Una acta es redactada por el pasante del notario en presencia de las partes que firman, pero el notario no está presente; firma el acta fuera de la presencia de las partes y de los testigos y agrega el acta al protocolo. Es claro que esta acta no es auténtica, ¿pero puede aplicársele la disposición del art. 1,318? La jurisprudencia está dividida; no titubeamos en contestar negativamente. En el caso citado, el acta es recibida por el pasante, no lo es por el notario; luego es inexistente como auténtica, por lo tanto es necesario aplicar que la nada no puede transformarse en una acta privada; si se trata de una convención bilateral, el acta no valdrá ni como auténtica ni como privada, puesto que las formalidades del art. 1,325 no han sido llenadas. (2) Hay una senten-

1 Marcadé, t. V, pág. 22, núm. 5 del art. 1,318. Paris, 14 de Agosto de 1815 y 17 de Diciembre de 1829 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 3,800 1° y 3,802). Riom (6 Nimes?) 13 de Junio de 1855 (Daloz, 1856, 2, 233).

2 Larombière, t. IV, pág. 234, núm. 4 (Ed. B., t. II, pág. 499). Aubry y Rau, t. VI, pág. 376, núm. 591, pfo. 755.

cia de la Corte de Casación en este sentido, pero está bastante mal redactada, aunque pronunciada sobre el informe del excelente magistrado M. Hardoin. "Las partes contratantes, dice la Corte, que no ocurren al oficial público instituido por la ley para imprimir el sello de su autoridad, pero ocurren á un individuo sin carácter legal, sólo han querido atribuir al acta los efectos de un escrito privado." (1) Esto no es exacto. Desde luego, no se trata de lo que las partes quieren, se trata de lo que quiere la ley; en seguida, las partes que van al estudio del notario entienden hacer una acta auténtica; si permiten al pasante redactar el acta, es que suponen que la firma otorgada por el notario después de la redacción del acta bastaría; si su intención fuera hacer una acta privada, la hubieran redactado ellas mismas. Pero lo que han querido hacer no lo han hecho; no hay, pues, ni acta auténtica ni acta privada.

Una sentencia reciente de la Corte de Casación ha decidido la cuestión en sentido contrario. La Corte de Nancy había juzgado que el acta recibida por el pasante, firmada después por el notario y puesta por él en el apéndice, era nula como auténtica y que podía valer como acta privada en virtud del art. 1,318, porque este artículo supone la presencia del notario y ve en ello una garantía bastante seria para que algo probante sobreviva á la autenticidad que no existe. La Corte agrega, lo que es muy contestable que las partes no han querido hacer una acta auténtica; mala razón tomada de la sentencia de casación que ya tenemos citada. (2) A intento de apelación, la sentencia fué casada por razones aun peores á nuestro juicio. Basta, dice la Corte, para la aplicación del art. 1,318, que el acta esté firmada por las partes y puesta por el notario en el apéndice; el depósito del

1 Denegada, 16 de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 1, 293).

2 Nancy, 5 de Diciembre de 1867 (Daloz, 1868, 2, 45).

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

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

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

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

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

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

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

2 Denegada, 26 de Enero de 1870 (Daloz, 1870, 1, 101). En el mismo sentido, Colmar, 12 de Diciembre de 1821 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,785).

es, pues, necesario decidir sin titubear, que la nulidad del acta como auténtica lleva consigo la nulidad de la declaración del notario; el acta no puede valer sino como escritura privada y esto á la condición de estar firmada; es decir, de llevar la firma real de las partes. (1)

121. ¿Qué debe decidirse si todas las partes obligadas no han firmado? Un primer punto es seguro, es que el acta nula como auténtica no podrá valer como privada. No habrá, pues, prueba literal. ¿Podrá valer el escrito irregular, como principio de prueba por escrito? Lo examinaremos al tratar de la prueba testimonial.

¿Debe concluirse que la convención es nula ó inexistente porque no hay prueba literal? Nó, evidentemente. Aquí no está aventurado emplear la palabra *evidente*. En los contratos solemnes, el acta que debía servir de prueba, no tiene ninguna influencia sobre la validez de la convención. La convención será válida ó nula, según que tendrá ó no las condiciones prescriptas para la validez de las convenciones. Si la convención no se puede probar por el acta nula como auténtica, y como escritura privada, la parte interesada será admitida á la prueba por testigos, si hay lugar, por la confesión del deudor y por el juramento.

Suponemos que la convención estaba perfecta cuando el acta fué redactada. Puede suceder que la convención haya quedado al estado de proyecto; en el momento en que se iba á concluir, una de las partes rehusó firmar. Como consecuencia de esta negación la convención no puede formarse por falta de consentimiento. El contrato será, pues, inexistente, no porque el acta no lleva la firma, sino porque una de las partes rehusó consentir. Luego cuando el acta no está firmada es preciso indagar si hubo negación de hacerlo, ó si hubo omisión, olvido, negligencia. La negación de firma,

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 132, núm. 135. Marcadé, t. V, pág. 17, núm. 3 del art. 1,138.

equivale á rehusar consentir; en este caso, no hay convención, porque no hubo consentimiento. Si hubo concurso de consentimiento, la convención será perfecta, pero no podrá ser probada por el acta, puesto que es nula como auténtica y como privada. Lo que hacemos no es sino resumir lo que hemos dicho en otra parte.

Se sigue de ahí que el acta no podrá ser invocada contra aquellos que la han firmado, á no ser que sea á título de principio de prueba por escrito, lo que examinaremos más adelante. ¿Debe admitirse esta decisión, cuando las partes que debieron firmar son deudores solidarios? A nuestro juicio, no hay ninguna duda. Se trata de una cuestión de prueba, y según el art. 1,318, el acta nula como auténtica, vale como escritura privada *si está firmada por las partes*, ó como lo dice la ley de ventoso (art. 68), *por todas las partes contratantes*. Si no está firmada por todas las partes, no vale como escritura privada; luego no tiene ninguna fuerza probante, ni contra los signatarios ni contra los que no la formaron. La convención, sin embargo, puede ser válida si el defecto de firma no implica una falta de consentimiento, pero la prueba no podrá hacerse por el acta, puesto que la hay. (1)

Duranton profesa la contraria opinión, pero confunde la obligación solidaria con la prueba de la convención. Una venta se hace en provecho de varias personas que se obligan solidariamente al pago del precio; algunas firman y piden la ejecución de la venta; el vendedor no puede rehusarse á ella, puesto que cada uno de los signatarios está obligado por su deuda, dice Duranton. (2)

Contestamos que no se trata del efecto de solidaridad cuestión de obligación, se trata de la prueba de la venta:

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 376, nota, 62, pfo. 755. Larombière, t. IV, pág. 239, núm. 6 del art. 1,318 (Ed. B., t. II, pág. 500).

2 Duranton, t. XIII, 1, pág. 59, núm. 72.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Durantón, t. XIII, pág. 58, núm. 71, pág. 61, núm. 74, y todos los autores.

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

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

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

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

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

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

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

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