

lo es una acta de garantía para un crédito abierto; lo que obligaba al acreedor á probar que los fondos habían sido realmente entregados. Esta defensa fué admitida por la Corte de Rennes. Pedimento de casación por violación de los arts. 1,319 y 1,341. La Corte de Casación decidió que el art. 1,319 no había sido violentado, porque en el acta no constaba que la numeración de las especies había sido hecha en presencia del notario. Aunque la numeración hubiera constado, las partes hubieran podido probar que era simulada, lo mismo que la declaración del pago anticipado en moneda de oro y plata era simulada. Lo que los dos casos difieren en lo que concierne á la prueba. Si el acta había hecho constar la numeración de las especies, se hubiese necesitado inscribirse en falsedad para probar que no había tenido lugar; mientras que limitándose el acta á decir que el dinero había sido anteriormente entregado á los pedidores, se podrá combatir esta declaración por la prueba contraria, habiendo el notario solo recibido una declaración de las partes, y el acta no probando la verdad de la tal declaración sino hasta prueba contraria. En cuanto al art. 1,341 estaba fuera de la cuestión, puesto que las partes no atacaban el acta, no pedían probar contra él, ni siquiera además de él; se atenían al derecho común que permite hacer prueba contraria de los hechos que no están probados hasta inscripción en falso. Solo quedaba saber mediante que género de prueba se podían establecer los hechos litigiosos. Aquí se podrá invocar el art. 1,341 que prohíbe la prueba testimonial y, por consiguiente, las presunciones. Pero el préstamo habiéndose hecho en materia de comercio, el art. 1,341 dejaba de ser aplicable puesto que el Código de Comercio admite la prueba por testigos y, por consiguiente, las presunciones. (1)

154. El acta auténtica hace constar una obligación por

1 Denegada, 25 de Marzo de 1824 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,099, 2º).

dinero prestado. ¿Puede uno sin inscribirse de falsedad pedir probar que la causa es falsa y que la verdadera causa de la deuda consistía en remesas de materiales y trabajos ejecutados por el acreedor? La afirmativa fué sentenciada. Lo que hacía fe en este caso, era la declaración de la causa hecha por las partes; pero, según el principio formulado por la Corte de Casación (art. 151), se es siempre admitido á contestar por la prueba contraria la verdad de las declaraciones hechas al oficial público. Desde el momento que se reconoce que el notario hizo constar la causa que se le declaró, no ha lugar á inscribirse por falsedad; la prueba contraria es admisible, y ella se hace según el derecho común como lo diremos más adelante.

155. ¿Puede uno, sin inscribirse de falsedad, probar que el consentimiento ha sido viciado? La cuestión está mal presentada. Los vicios de consentimiento conciernen á la validez de la convención y son extraños á la fuerza probante del acta; no tiene el notario por misión hacer constar que el consentimiento de las partes ha sido libre, que no fué dado por error, ni sorprendido por dolo; luego la violación, el dolo y el error pueden siempre probarse, aunque el consentimiento conste en acta auténtica; la prueba concierne á el acta; luego la fuerza probante del acta está fuera de cuestión. La jurisprudencia está en este sentido, pero no está exenta de confusión, porque no distingue, como debiera hacerlo, las condiciones requeridas para la validez de la convención con las declaraciones que el notario hace constar.

156. Los casos de violencia son raros. Hé aquí un caso muy singular que fué presentado ante la Corte de Casación: En 1813 un notario se hizo adjudicatario de montes y pastos, de gran utilidad para los habitantes de un pueblo. En 1814 una acta de cesión intervino entre el adquirente y los habitantes de Bagnères quienes compraron esos montes al

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

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

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

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

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

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

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

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

160. La jurisprudencia no hizo esta distinción que resulta

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

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

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

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

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

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

2 Burdeos, 22 de Enero de 1828 (Daloz, núm. 3,114, 3°).

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

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

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

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

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

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

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

3 Denegada, 5 de Diciembre de 1826 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,111) y 29 de Junio de 1837 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3,878, 3°).

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

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

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

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

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

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

*II. De la prueba contraria.*

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

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

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

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

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