

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Núm. 4. De las enunciaciones.

##### I. Fuerza probante de las enunciaciones entre las partes.

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

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

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

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

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

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

168. El Código tomó esta teoría de Pothier. Citarémos

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

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

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

P. de D. TOMO XIX—25

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Duranton, t. XIII, pág. 93, núm. 98.