

ción del art. 1,320? El error es el mismo en ambos artículos; es, pues, preciso hacer abstracción del defecto y atenerse á los verdaderos principios. (1)

¿Cuál es la fuerza probante de las enunciaciões indirectas con relación á los terceros? Entre las partes, sirven de principio de prueba. ¿Tienen la misma fe con relación á terceros? Aubry y Rau contestan que las enunciaciões indirectas no pueden servir de principio de prueba respecto á los terceros, porque no provienen de ellos. (2) Que las partes contratantes no puedan prevalecerse de ellas contra terceros, esto es evidente. Pero que los terceros no puedan invocarlos, es diferente. En nuestra opinión (núm. 171), es preciso distinguir. La enunciación indirecta es una declaración unilateral hecha por una de las partes; respecto de ella, el artículo 1,347 es aplicable; los terceros pueden prevalecerse de la declaración nacida de la parte y que consta en el acta, con esta restricción que en el sistema del Código la enunciación indirecta no puede servir á los terceros sino de un principio de prueba: es la fe que hace contra las partes, y no se puede pretender que haga más fe para con ellos que para con las partes. Pero los terceros no podían operar esta declaración á la parte que no la hizo puesto que no sale de ella.

174. La jurisprudencia solo sirve para aumentar la incertidumbre que reina en esta materia. Solo conocemos una sentencia acerca de la fuerza probante de las enunciaciões con relación á los terceros; está pronunciada en favor de la interpretación de Toullier y Duranton. La Corte de Casación pone como principio que el acta auténtica no hace fe sino por las enunciaciões directas entre las partes contratantes y que para con los terceros el acta no prueba sino el hecho de la convención de que es instrumento. Esta es la

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 371 y notas 47 y 48, pfo. 755. Marcadé, t. V, págs. 25 y 26, núm. 2 del art. 1,319.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 372, nota 50, pfo. 755.

teoría de Pothier, y vamos á demostrar su falsedad. La Corte, por lo demás, no discute, no prueba, afirma como si se tratara de un axioma. En una acta auténtica constando de una sucesión materna, se declara que un inmueble que había sido recogido en la herencia paterna, hacía parte de la sucesión materna. La enunciación era directa. Esta enunciación, dice la sentencia, nace de las partes únicamente, y refiriéndose á un hecho anterior, cumplido fuera de la vista y sin participación del notario, y no puede hacer fe contra un tercero, ni tampoco ser invocado con perjuicio de sus derechos. (1) No por cierto, no puede el notario testificar la verdad del hecho enunciado. ¿Pero no pasa lo mismo con las demás declaraciones que le hacen las partes? La Corte confunde dos cuestiones muy diversas: ¿hace fe el acta por la enunciación con relación á terceros? ¿La hace hasta inscripción en falso, ó solo hasta prueba contraria? En el caso, todo lo que probaba la enunciación, era que los co-participantes la habían hecho, no podía tratarse de dar fuerza obligatoria á esa declaración contra terceros. Estos, dice la Corte, tenían un derecho adquirido, lo conservaban, salvo probar su derecho adquirido; lo que podían hacer á pesar de la enunciación, no haciendo esto fe sino hasta prueba contraria. Se ve que la Corte de Casación confunde la fe debida á la acta con el efecto de la declaración. Esta confesión es la que se reprocha al Código, y este reproche, como lo vamos á decir, viene desde Pothier.

175. Los arts. 1,319 y 1,320 están mal redactados; todos convienen en esto en cuanto al art. 1,319, y acabamos de decir que en opinión de los autores modernos, lo mismo sucede con el art. 1,320. Puede corregirse el art. 1,319 interpretándolo según el informe de Jaubert (núm. 134), pero

1 Denegada, Sala de lo Civil, 21 de Enero de 1857 (Dalloz, 1857, I, 66).

no por eso deja su redacción de ser defectuosa, puesto que se hace preciso corregirle. En el art. 1,319 es preciso borrar las palabras: *Entre las partes contratantes y sus herederos*; y en el art. 1,320 hay que quitar las palabras: *entre las partes*. ¿Por qué restringen los autores del Código la fuerza probante del acta auténtica á las partes, cuando el acta notariada por su esencia hace la misma fe con relación á todos? El Código confunde la fuerza probante del acta con el efecto de la convención. Hemos muy á menudo hecho esta distinción, la que está netamente formulada por Jaubert en su informe al Tribunado, y es elemental. ¿De donde proviene la mala redacción de la ley? Se acusa á Pothier; y aunque los reproches que se le dirigen son exagerados, es preciso confesar que los merece por lo menos, por lo que se relaciona con la fuerza probante del acta para con los terceros particularmente en cuanto á las enunciaciones que pueda tener. El error de Pothier es tanto más de extrañarse cuanto que toma á la vista el trozo de Dumoulin que establece los principios con su claridad habitual, pero precisa confesarlo, en un latin obscuro. (1) Si hubiera escrito en francés, hubiera sido imposible equivocarse y muchas controversias hubieran sido evitadas.

Dumoulin acusa, en términos muy oscuros, á los doctores, de confundir la *prueba* de las *actas* con el *efecto* de las *convenciones* que constan en ellas; llaman *probar*, dice, lo que en realidad significa *hacer justicia*; en este sentido las actas no prueban con relación á terceros, puesto que las convenciones solo crean obligaciones y derechos entre las partes; pero el hecho que estas convenciones han sido contraídas está probado para todos, puesto que es de la esencia de las actas auténticas hacer fe para todos, sean partes, sean terceros. Al poner como principio que el acta auténtica hace fe

1 Dumoulin, *Comentario sobre la costumbre de Paris*, tít. I, de los impuestos, pfo. VIII, núms. 8-10 (t. I, págs. 156 y siguientes).

con relación á todos, Dumoulin entiende distinguir entre el dispositivo y las enunciaciones. Comienza por hacer la distinción que desdeñan la mayor parte de los prácticos: la *prueba* de las convenciones y los hechos que constan en el *acta* con el *efecto* de las *convenciones*. Si se trata de *prueba* no hay para qué distinguir los terceros de las partes, el acta auténtica haciendo fe para todos. Si se trata del *efecto* de las convenciones, es preciso distinguir las partes, sus herederos y los terceros; la convención no tiene *efecto* sino entre las partes; no tiene ninguno para con los terceros. En el desarrollo de este pensamiento, Dumoulin tiene un lenguaje obscuro, porque trata á la vez de la *prueba* del acta y de los *efectos* de las *convenciones*. Entre las partes, el acta hace fe plena y las obliga; con relación á terceros, prueba, pero los terceros no están obligados. Sobre este punto habla de las enunciaciones de que nada había dicho mientras solo trataba de la prueba; lo que demuestra es que, en su pensamiento, no había lugar á distinguir las enunciaciones haciendo parte del acta y el acta haciendo fe igual para todo lo que en ella consta. Entre las partes, Dumoulin hace una restricción para las enunciaciones, pero lo que dice de ellas solo concierne á las pruebas; no admite que las enunciaciones tengan una fuerza probante tan grande como la disposición principal: Si se invocan las enunciaciones separadamente de la disposición principal, no hacen sino media prueba; esto confirma lo que acabamos de decir, que en general, las enunciaciones, consideradas como dependencia de la disposición, hacen la misma fe que esta última. Dificil es precisar lo que entiende Dumoulin por enunciaciones consideradas separadamente de la disposición principal, quizá las enunciaciones indirectas que no tienen relación con el dispositivo; Dumoulin les atribuye una fe menor, solo hacen media prueba, dice. Esto es poco más ó menos la teoría del art. 1,320.

Dumoulin habla después, de los terceros, se trata siem-

pre del efecto de las convenciones. Decide, naturalmente, que las convenciones no tienen ningún efecto con relación á terceros. Son estas palabras que Pothier y después de él Toullier, han tomado para inducir que las actas no hacen fe para con los terceros; particularmente las enunciaciones. Dumoulin no habla ya de las enunciaciones cuando trata del efecto de las convenciones, porque es demasiado evidente que si las convenciones no tienen efecto para los terceros, lo mismo sucede con las enunciaciones. Acaba por decir que el acta auténtica lo es con relación á todos, y, por consiguiente, hace fe para todos.

En cuanto á la fuerza probante de las enunciaciones, Dumoulin no habla de ella sino incidentalmente; asentando el principio que rige la fuerza probante, hace una reserva para las enunciaciones que son extrañas á la disposición. Las enunciaciones en general, quedan, pues, dentro de la regla; se confunden con el dispositivo, y hacen la misma fe con relación á partes y terceros.

176. Pothier, y luego Toullier, se han, pues, equivocado al decir que el acta auténtica no hace fe para las enunciaciones directas con relación á terceros. Se han equivocado invocando la autoridad de Dumoulin para establecer ese pretendido principio. Nada dice Dumoulin de las enunciaciones en lo que concierne á su fuerza probante para con los terceros; todo cuanto puede inducirse de sus palabras, es que las enunciaciones extrañas al acta, no hacen fe plena con relación á terceros, pero solo media prueba.

Hemos dicho que los reproches dirigidos á Pothier, son exagerados. (1) Pothier no enseña que las actas auténticas no hacen fe alguna con relación á terceros. Al tratar de las enunciaciones, Pothier dice que las actas hacen fe *principalmente* contra las personas que son partes en ellas y sus he-

1 Marcadé, t. V, pág. 25, núm. 2 del art. 1,319.

rederos; pero no dice: *exclusivamente*. Según él, las actas hacen fe de la convención.

Entiende por esto que el acta no hace fe contra terceros, por lo que en ella se enuncia. Pero el ejemplo que da, deja suponer que entiende que el acta no da ningún *derecho* á las partes contra los terceros, es el ejemplo reproducido por Durantón (núm. 172). A este respecto, hay confusión de la fe debida á la acta con el *derecho* que resulta de ella para las partes. Después Pothier dice que las enunciaciones no hacen una prueba completa, aun contra las personas que fueron partes en el acta. El ejemplo que da, es el que los autores modernos han repetido (núm. 168), pero Pothier lo aplica á los terceros. "En el contrato de venta de una herencia que me hizo Pedro, se enuncia que dicha herencia le resulta de la sucesión de Jacobo; un *tercero* que como heredero parcial de Jacobo, hubiese entablado contra mí demanda de reivindicación por su parte en esta herencia, no podrá, para fundar una demanda, probar *por esta única enunciación* que se halla en mi contrato, que esa herencia era efectivamente de la sucesión de Jacobo." Pothier reconoce, pues, una cierta fuerza probante á esta enunciación, aunque indirecta, en favor de los terceros. Con mayor razón, la enunciación directa debe probar en favor de terceros. Si más adelante dice Pothier que el acta no hace fe *contra* terceros por lo que está en ella enunciado, esto significa, según el ejemplo citado, que esta enunciación no da ningún derecho á los terceros. (1) Interpretada así la doctrina de Pothier, es poco más ó menos igual á la de Dumoulin; solo comete una falta, la de decir en términos absolutos que la enunciación no hace fe contra terceros, lo que Dumoulin no dice, y Pothier hace mal en dar como ejemplo de la prueba que hace el acta, un caso en que se trata del *derecho* que resultaría en favor de las partes contra los terceros.

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 735, 737 y 738

177. Los autores del Código han llevado aun más allá la confusión que acabamos de señalar en Pothier. (1) Nada dicen de la fuerza probante del acta auténtica para con los terceros; y los arts. 1,319 y 1,320 que tratan de la fuerza probante del acta entre las partes, están concebidos en tales términos que debe creerse que, en la mente del legislador, el acta auténtica no hace fe sino entre las partes. Es por lo que se dice que el Código confunde la fe debida al acta con el efecto de las convenciones. Pothier al contrario, dice que el acta prueba contra terceros que la convención tuvo lugar. En cuanto á las enunciaciones, el art. 1,320 parece no darles fuerza alguna para con los terceros. Pothier no dice esto, se limita á decir que las enunciaciones no hacen fe para ellos, en el sentido que no resulta de ellas ningún derecho contra los terceros; este es el único punto en el que Pothier entendió mal á Dumoulin, y es probablemente esta proposición errónea, la que indujo á error á los autores del Código: Leyendo en Pothier que el acta no hace fe por lo que se enuncia en ella en cuanto á terceros, habrán creído que la enunciación ni la disposición no hacen fe con relación á terceros. De donde la redacción restrictiva de los arts. 1,319 y 1,320. En definitiva, Pothier interpretó mal á Dumoulin y los autores del Código interpretaron á Pothier de un modo peor; lo que prueba cuán difícil es esta materia.

### III. De la máxima: *In antiquis enuntiativa probant.*

178. Después de haber dicho que las enunciaciones no hacen fe contra los terceros que no han sido parte en el acta, Pothier agrega que esta regla tiene una excepción para las enunciaciones antiguas, en virtud de la máxima: *In antiquis enuntiativa probant.* Estas enunciaciones hacen fe

1 Marcadé, t. V, págs. 25 y 27. Aubry y Rau, t. VI, pág. 367, nota 36, pfo. 755. Colmet de Santerre, t. V, pág. 537, núm. 282 bis VIII.

contra los terceros cuando los sostiene una larga posesión. Hé aquí el ejemplo que da Pothier: "Aunque el uso no atribuya derecho de servidumbre, no obstante, si mi casa tiene desde hace mucho tiempo una abertura para otra casa vecina, y que, en los antiguos contratos de adquisición hechos por mis autores, está enunciado que tiene este derecho de ventana para la casa vecina, aunque su dueño sea un tercero y que sus autores no hayan sido parte en las citadas actas, la enunciación hará fe para mí contra él." (1)

Se ve por este ejemplo que la máxima *In antiquis enuntiativa probant* deroga á los principios, no en cuanto á la prueba de las obligaciones, pero si en cuanto á los efectos que producen. La palabra *probar* ha sido tomada en la acepción falsa que Dumoulin señalaba al acusar á los prácticos de ignorancia suma; significaba *hacer derecho*; de manera que la *enunciación* dicha en el acta por el vendedor de una servidumbre, daba al comprador *derecho* á esta servidumbre contra el dueño del fondo. Esto no es derogar á los principios que rigen la prueba; puede muy bien hacer fe una enunciación contra los terceros sin tener un efecto contra ellos; darle efecto por razón de que hacía fe, sería caer en la confusión que Dumoulin reprochaba á los viejos doctores y que también puede reprocharse al Código y á los intérpretes modernos.

179. La máxima aun se invoca hoy para los derechos nacidos antes de la publicación del Código: se ha aplicado en 1869. Es, pues, necesario, detenernos en ella un momento, y precisar las condiciones que la jurisprudencia exige para su aplicación. Desde luego, el acta ha de ser antigua. Esta primera condición es muy vaga: ¿cuándo es antigua el acta? Ha sido juzgado que las razones que hicieron admitir la máxima no permiten su aplicación sino cuando las actas tienen fecha bastante antigua para que los medios

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 739.

de prueba ordinaria no estén ya practicables para comprobar las enunciaciones que contienen. La Corte rehusó aplicarla en un caso en que el acta no tenía más que treinta años de fecha en el momento de la iniciación de la causa. (1) Hacemos constar la jurisprudencia sin justificar ni combatirla; en una materia esencialmente tradicional, la jurisprudencia reemplaza á la ley.

La enunciación no bastaba, por antigua que fuese, solo resultaba una presunción que no tenía valor sino cuando se apoyaba con una larga posesión. (2) La posesión explica y corrige lo que la máxima tiene de contrario á los principios. La posesión crea derechos, la enunciación solo los hacía constar. Queda por fijar la duración de la posesión. Los tribunales gozan á este respecto de un poder discrecional.

180. Darémos algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia. Una acta antigua dice que los hijos han renunciado á la sucesión de su padre. ¿Hace fe esta enunciación contra sus descendientes? En el caso, todos los hechos y circunstancias anteriores y posteriores al acta estaban concordantes con la enunciación. En este sentido había posesión conforme con la enunciación; luego era el caso de aplicar la máxima que en las actas antiguas las enunciaciones hacen fe de su contenido, salvo la prueba contraria que es de derecho. La Corte hace constar que la parte contraria ni siquiera ofreció ministrar la prueba contraria. (3)

La Corte de Nancy hizo una aplicación más importante de la máxima, porque puede presentarse muy seguido. En el caso, los demandantes reivindicaban un derecho de pastura en unos bosques. Invocaban las actas de confesión y de

1 Bruselas, 27 de Julio de 1827, (*Pasicrisia* 1827, pág. 262).

2 Gand, 26 de Noviembre de 1870 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 198) y la sabia requisitoria del abogado general M. De Paepe.

3 Bruselas, 9 de Noviembre de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 239). Véase otro ejemplo en una sentencia de Gand, 5 de Junio de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 224).

*denombramiento* intervenido entre sus autores y el Obispo de Metz, su señor, actas que enunciaban el derecho por ellos reivindicado, derecho sostenido por una posesión conforme. Se entendía por *confesión* una acta por la que se reconocían vasallos de un señor por un "*fief*" que se tenía por él; el acta se acompañaba con un *denombramiento* ó descripción pormenorizada de la consistencia del "*fief*." El vasallo enunciaba derechos que eran una dependencia de su "*fief*." así en las tres actas de 1701, 1741 y 1772 que invocaba el demandante ante la Corte de Nancy, se leía: "Tengo el derecho de pasturas en los bosques de Rechicourt." Estas eran verdaderas enunciaciones que, en principio, no hacían constar sino las pretensiones del vasallo; pero esas pretensiones eran en realidad un hecho, pues el vasallo no pretendía reclamar un nuevo derecho, solo mencionaba los que eran una dependencia del "*fief*." La Corte de Nancy acogió la demanda. Dijo que las actas de confesión y de *denombramiento* tenían en el derecho antiguo una autoridad considerable por su forma solemne, la publicidad que se les daba, las comprobaciones y el registro á que estaban sometidas. Estas actas hacían fe de su contenido, no solo entre el vasallo y el señor, pero tambien contra terceros, cuando se repetían varias veces á largos intervalos, uniformes en sus enunciaciones y sostenidos por una posesión conforme. Esto no era suficiente: la cuestión en debate ante la Corte no era una cuestión de fuerza probante, se trataba de saber si las enunciaciones tenían *efecto* contra terceros que fuesen extraños á las actas de confesión y de *denombramiento*. Siempre es la confesión de la fe debida al acta, y del derecho que confería contra un tercero. La confesión está en la máxima tradicional formando su esencia. Una vez admitida la máxima, su aplicación no era dudosa; las confesiones y *denombramientos* producidos por los demandantes, reu-

nían todas las condiciones que la tradición exige; resultaba, pues, un derecho contra los terceros. (1)

Una sentencia de la Corte de Casación establece bien los principios en esta materia y las consecuencias que resultan de ellos. La villa de Langeac reivindicaba la propiedad de un bosque. Invocaba la confesión de 1477 en la que el señor de Langeac declaraba tener del rey la justicia y la propiedad del bosque de Pourcheresses, así como confesiones y denombramientos de 1634, 1669, 1685 y 1767, en los que este bosque está muy explícitamente declarado ser propiedad de los habitantes de Langeac. La apelación negaba todo valor legal á esos títulos contra las municipalidades demandadas, por motivo que esas actas les eran extrañas, que no estaban representadas en ellas y que en lo que les tocaba, debían de reputarse *res inter alios acta*. Bajo el punto de vista de los principios, esto es incontestable; pero, dice la Corte, estos principios dejan de ser aplicables cuando se trata de actas antiguas; en tales títulos las simples enunciaciones cuando están sostenidas por una posesión conforme, *hacen fe* aun contra terceros. La expresión *hacer fe ó probar* debe ser entendida como acabamos de decirlo; la máxima deroga el art. 1,165 dando efecto á las convenciones contra los terceros. La Corte hace además constar la posesión de la ciudad de Langeac, mientras que las preteniones de los municipios demandados no se habían producido sino por vías de hechos y devastaciones. Desechó la apelación, aplicando á la causa la máxima tradicional que da efecto á las enunciaciones contra los terceros. (2)

181. El Código Civil abrogó la máxima, y si aun se aplica por los tribunales es solo á derechos que tomaron nacimiento antes de la publicación del Código. No comprende-

1 Nancy, 24 de Julio de 1869 (Daloz, 1869, 2, 234) y la requisitoria del abogado general.

2 Denegada, 13 de Noviembre de 1868 (Daloz, 1869, 1, 128).

mos como Toullier haya podido sostener lo contrario. Se le contestó mal citando el art. 695 que desecha la posesión por la adquisición de las servidumbres discontinuadas y no aparentes. La máxima no solo se aplica á las servidumbres, es general y recibe su aplicación en toda especie de derechos; acabamos de relatar una notable aplicación hecha por la Corte de Casación, á los principios antiguos de reivindicación. También se contestó mal á Toullier oponiéndole el artículo 1,320. No se trata de una cuestión de prueba. (1) La máxima deroga á un principio esencial de derecho al artículo 1,165 en los términos de que las convenciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes y no perjudican á los terceros así como no les aprovechan. Y la máxima *In antiquis enuntiativa probant*; daba efecto á simples enunciaciones contra los terceros. Fué derogada con todo el derecho antiguo, y estando en oposición con un texto terminante, no puede ya tener valor alguno.

*Núm. 5. De las contraletas.*

*I. El principio.*

182. Se entiende por contraletra una acta destinada á quedar secreta y que deroga una acta pública; es de esta derogación de la que nace la expresión: El acta secreta es *contraria á la letra* del acta pública. El Código contiene dos disposiciones relativas á las contraletas: en el título *Del contrato de Matrimonio*, expondremos las reglas especiales que rigen los cambios que las partes pueden hacer á sus convenciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio (arts. 1,396 y 1,397). El art. 1,321 contiene una dis-

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 156, núms. 164-167. En sentido contrario, Marcadé, t. V, pág. 34, núm. 5 del art. 1,320. Aubry y Rau, tomo VI, pág. 372, nota 49, pfo. 755. Colmet de Santerre, t. V, página 541, núm. 282 bis XIV. Larombière, t. IV, pág. 277, núm. 10 del artículo 1,320 (Ed. B., t. II, pág. 513).