

más podrían servir de principio de prueba por escrito. (1) Esto es restringir arbitrariamente la expresión general de *papeles domésticos* de que se sirve la ley (núm. 344). ¿Hay motivo para negar toda fe á las hojas sueltas? Si menciono en cualquiera hoja de papel que he recibido tal cantidad, ¿por qué no haría fe esta mención liberatoria como si fuera escrita en un libro? ¿Se menciona acaso haber recibido una suma que no se recibió? Se cita en apoyo de la interpretación restrictiva del art. 1,331, una sentencia de la Corte de Paris, pero la sentencia no dice lo que se le hace decir: el artículo 1,331 ni siquiera está en ella citado. Ya hemos relatado el caso.

A la muerte de una señora que dejaba 8000,000 francos á parientes lejanos, se encontró un saco formado con una hoja de papel; en su cara exterior se leía la mención siguiente, escrita de puño de la difunta: «Esta suma (de 62,000 francos) pertenece al Sr. D..., que vive en Paris, calle de....» Este era un antiguo notario; reclama la propiedad de los billetes á título de restitución ó de donación. La Corte juzgó que la mención litigiosa no constituía un testamento, puesto que no tenía ni fecha ni firma; que no podía resultar de una donación manual, siendo de la esencia de ese género de donaciones el ser entregados al donatario; que no podía, en fin, en ese estado de imperfección, engendrar una obligación; que todo lo que se podía admitir, era que formaba un principio de prueba escrita que permitía apelar á las presunciones, pero que no había presunciones en el caso que establecieran que el destinatario fuese el propietario de los billetes. (2) Se trataba, pues, de probar la propiedad ó una liberalidad, lo que aparta el art. 1,331, en el que se trata de un pago ó de una obligación.

352. Se pregunta si la mención liberatoria hará fe si fue-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 415, y nota 14, pfo. 758.

2 Paris, 6 de Marzo de 1854 (Daloz, 1854, 2, 211).

se tachada. La afirmativa está generalmente admitida y con razón. Cuando menciono haber recibido tal suma, esto prueba un pago efectivo que me fué hecho. El pago queda probado, aunque la mención se haya tachado. (1)

II. Mención de una obligación.

353. ¿La mención de una obligación, hace fe contra quien la escribió? Según el art. 1,331, se necesitan las siguientes condiciones: debe contener la declaración expresa de que la nota ha sido hecha para suplir la falta de título en favor de aquel á quien aprovecha. Así, la mención quedaría sin fuerza probante si decía sencillamente: «Recibido á título de préstamo la suma de...» ¿Por qué la mención de una obligación no hace fe por sí sola, mientras la de pago tiene fuerza probante? Cuando escribo en mi libro que recibí tal suma á título de préstamo, esto prueba que he sido deudor, pero no prueba que todavía lo sea; mientras que si declaro haber recibido el pago de lo que me es debido, esto prueba que dejé de ser acreedor. La simple mención de una obligación no prueba, pues, la existencia de la deuda en el momento en que el libro es producido, lo que ordinariamente sucede á la muerte de aquel que escribió la mención. Es necesario una condición que pruebe que la deuda existe aún. Esta condición exigida por el art. 1,331 está tomada de Pothier, y hé aquí como se aplica. Si escribo que debo tal suma y que la pago, puedo olvidar de anotar el pago ó de cerrar la nota; pero, regularmente habrá una acta que comprobará mi deuda y que me será devuelta ó destruida el día del pago, lo que dispensa de recibo. El acreedor, no teniendo ya título, no tengo ningún motivo para borrar la mención que había hecho de la fecha, ni siquiera de anotar el

1 Durantou, t. XIII, pág. 218, núm. 208. Aubry y Rau, t. VI, página 412 y nota 7, pfo. 758.

pago que he hecho, pues los particulares no llevan libros con la regularidad que deben tener los comerciantes. Pero si digo que la mención de la deuda se hace para suplir la falta de título de mi acreedor, entonces debo tener cuidado de borrar la mención, ó de anotar el pago, ó de pedir un recibo, pues la mención probará contra mí como si fuera un título, puesto que yo mismo declaré que tenía por objeto suplir la falta de título de mi acreedor. No puede ya suponerse un olvido. La mención que el deudor ha agregado á su declaración, debe recordarle la necesidad de destruir la prueba de la deuda por la prueba del pago; si, pues, no hay ninguna prueba del pago, la deuda queda probada. (1)

354. Cuando la nota comprobando la obligación está tachada, ya no hace prueba en favor del acreedor. Pothier, de quien los autores del Código han tomado esta teoría, lo hace notar. La radiación, dice, es una prueba de que he devuelto la suma si el acreedor no tiene ningún título. No hay contradicción entre la decisión acerca de la mención de una obligación, y la decisión que concierne á la mención de un pago (núm. 352). Por más que borre la mención que he escrito de un pago recibido, no por esto deja de ser probado por mi declaración escrita, que el pago ha sido hecho y que mi deudor está liberado; mientras que una mención comprobando una obligación, deja de hacer fe cuando el que la ha escrito, para suplir título, la ha borrado ó tachado. No puede objetarse que lo hizo de mala fe, pues el acreedor que no pidió título á su deudor, testimonia por esto que tuvo plena confianza en su honradez; se entrega á merced de su deudor en lo que concierne á la prueba de la obligación, y por esto queda entregado á su merced cuando esta prueba es destruida, pues sabe que depende del deudor el destruirla.

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 758. Mourlon, según Valette, t. II, pág. 527, núm. 1,575. Casación, 27 de Abril de 1831 (Dalloz en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,235).

III. Producción de libros.

355. El Código de Comercio contiene disposiciones acerca de la producción de los libros de los comerciantes entre sí, y son las siguientes: En los términos del art. 15 del Código de 1808 (art. 22 de la ley belga de 1872), la presentación de los libros puede ser ordenada por el juez, aun de oficio, y el art. 17 (art. 24 de la ley belga de 1872) agrega que si la partes á cuyos libros se ofrece dar fe, rehusan presentarlos, el juez puede conferir el juramento á la otra parte. ¿Son aplicables estas disposiciones á los libros domésticos? La negativa es evidente: si el juez puede ordenar á un negociante presentar sus libros, es porque todo comerciante está obligado á llevarlos; si, pues, se niega á presentarlos cuando la otra parte ofrece dar fe á su contenido, la presunción está contra él y en favor de su adversario. Pero el particular no tiene obligación de tener libros; el juez no sabe, pues, si éstos existen, y tampoco puede saberlo la parte adversa. ¿Debe concluirse de esto que si consta que una de las partes tiene libros, la otra no puede pedir su presentación, y que el juez no tenga facultad para ordenarla?

La cuestión está controvertida. Creemos con Toullier, que el derecho de pedir la producción de libros es una consecuencia lógica del art. 1,331. Los libros domésticos hacen prueba en liberación, y aun de una obligación contraída por aquel que los escribe; es, pues, necesario que aquel en favor de quien los libros hacen fe, pueda prevalecerse de ellos, y, por consiguiente, pedir su presentación; si no, la prueba que la ley le ofrece sería ilusoria, y no puede establecerse que la ley establezca una regla sabia y justa sin que existan medios de hacerla ejecutar. (1) Se dirá que la parte apre-

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 384, núm. 404. Duranton, t. XIII, página 219, núms. 209-211. Marcadé, t. V, pág. 70, núm. 6 del artículo 1,331.

miada puede negar tener libros. Sin duda, pero la parte adversa puede ser admitida á probar la existencia de los libros, y podrá hacer la prueba por testigos y presunciones, por aplicación del art. 1,348, pues no dependió seguramente de ella el procurarse una prueba literal de este hecho. Si la existencia de los libros es comprobada, el juez puede ordenar su producción, y la negativa constituye una presunción contra aquel que opone esta negativa injusta. Es verdad que el juez no podría invocar el art. 17 del Código de Comercio (art. 24 de la ley belga de 1872) para conferir el juramento á la parte que hubiese declarado atenerse á los libros de su adversario, pero en los casos en que puede juzgar por presunciones, consideraría seguramente como una presunción la negativa de producir los libros.

Los motivos que se dan para la opinión contraria nos parecen débiles. (1) No hemos invocado el derecho romano, de manera que no se nos puede oponer que este derecho no tiene ya autoridad en esta materia. Se dice que el art. 1,331 no es una disposición inútil, puesto que se podrá, á la muerte de aquel que llevó libros, comprobar su existencia y contenido. Se admite, además, que el juez podrá por excepción, ordenar la presentación de libros domésticos cuando son comunes á las dos partes. Contestamos que la prueba autorizada por el art. 1,331, es una prueba de derecho común, y es desconocer el texto de la ley el hacer de ella una prueba excepcional. Las razones que Larombière da son aun peores. Dice que los libros forman un título enteramente personal: la contestación está en el art. 1,331 que permite invocar los libros contra aquel que los escribió. Se dice que esto sería autorizar la divulgación de secretos de familia: preguntamos si la costumbre de la familia es de confiar sus secretos

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 412 y nota 9, pfo. 753. Larombière, tomo IV, pág. 104, núm. 12 del artículo 1,331 (Ed. B., t. III, pág. 82). Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 572, núm. 295 bis II.

á los libros en que se inscriben pagos, entradas, gastos y deudas. En fin, se niega al juez el derecho de ordenar la presentación de los libros porque la ley no le da semejante derecho. Nuestra contestación es siempre el art. 1,331, quien desea el fin, quiere los medios; la ley me permite invocar los registros de mi adversario y me da por esto implícitamente el derecho de pedir su presentación y al juez el derecho de ordenarla.

356. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica, es favorable á nuestra opinión. Es de principio, dice la Corte de Bruselas, que una de las partes esté obligada á producir sus documentos á pedimento de la parte contraria. (1) La Corte aplicó este principio á los libros domésticos. Se funda en el art. 1,331 que admite los libros y papeles domésticos como medios de prueba para el pago. En el caso, constaba que el acreedor llevaba libros de sus arrendamientos. La Corte concluyó por el art. 1,331, que el juez puede, de oficio, y para formarse juicio, ordenar la producción de los libros, y que con más razón puede hacerlo á pedimento de la parte interesada. (2)

La Corte de Casación de Francia ha decidido que los jueces, únicos apreciadores de los hechos, no están obligados á ordenar la producción de los libros. (3) Es seguro que el Código no obliga á los jueces á ello. Pero no es esta la cuestión. ¿Aquel que lleva libros, tiene derecho para negar su presentación? La Corte lo admite, fundándose en el artículo 15 del Código de Comercio (art. 22 de la ley belga de 1872). (4) Esto es no tener nada en cuanto al art. 1,331. Si

1 Bruselas, 23 de Octubre de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 49 2.

2 Bruselas, 13 de Abril de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, pág. 215).

3 Denegada, Sala de lo Civil, 15 de Febrero de 1837 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4.238).

4 Denegada, 2 de Febrero de 1837 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4.764, 1º). En el mismo sentido, Rennes, 31 de Marzo de 1849 (Daloz, 1850, 5, 388).

se admite la doctrina de la Corte, es preciso decir que hay un vacío en la ley; ella consagra un medio de prueba, y pone al demandante en la imposibilidad de servirse de él.

§ III.—DE LAS MENCIONES LIBERATORIAS DEL ART. 1,332.

Núm. 1. Menciones liberatorias previstas por el primer inciso del art. 1,332

357. “La escritura puesta por el acreedor bajo del margen ó al respaldo del título del que siempre ha estado en posesión, hace fe aunque no esté firmada ni fechada por él, cuando tiende á establecer la liberación del deudor” (artículo 1,332, primer inciso). Cuando el acreedor inscribe menciones en el título que establece su crédito, estas menciones se identifican con el título, en el sentido que el acreedor no puede producir su título sin producir las notas que hizo en él. No es menester decir que esas anotaciones no prueban para él, no pudiendo nadie crearse título á sí mismo; así, las notas no tendrían ninguna fuerza probante si hacían constar un aumento en la deuda ó una agravación cualquiera; pero si el acreedor menciona los pagos que recibe, esas menciones liberatorias deben tener una fe probante, pues al inscribirlas en el título que le sirve de prueba, el acreedor se pone en la imposibilidad de probar su crédito en justicia sin ministrar al mismo tiempo la prueba que su crédito está extinguido por el todo ó en parte. Solo que el legislador debería inscribir condiciones que garantizaran desde luego que la mención ha sido hecha para constancia de pago recibido, y no un pago para recibirse: luego, que la mención ha sido escrita por el acreedor. Tal es el objeto de las dos condiciones prescriptas por el art. 1,332.

358. El art. 1,332 dice: “La escritura puesta por el acreedor.” Es, pues, necesario que el acreedor escriba la mención liberatoria; esto es de derecho común. Toda prueba

literal implica proceder de aquel á quien se la opone; es, pues, menester que la mención esté escrita ó firmada por el acreedor; no se firman las menciones que se hacen en un título sino cuando se le posee; desde luego, es menester que la mención sea escrita del puño del acreedor, pues si lo fuera por mano extraña, no se podría saber si fué escrita á sabiendas del acreedor, luego no se le puede oponer como prueba.

Pothier enseña lo contrario; según él, esas menciones liberatorias hacen plena fe del pago, quien quiera que sea el que las haya escrito aunque fuera él el deudor; da por razón que quedando el título en posesión del acreedor, éste no hubiera dejado escribir la mención de un pago recibido, si éste no se hubiese efectuado. Esto es más que probable, dice Pothier, y de esta probabilidad hace una presunción. (1)

Los autores del Código no admitieron esta presunción, y nos parece que con razón. Muy fácil sería escribir una mención en un título en ausencia del acreedor ó durante su enfermedad; es verdad que el acreedor ó sus herederos serían admitidos á probar el fraude, pero esta prueba no es fácil. ¿Y por qué reconocer fuerza probante á un escrito contra aquel que no es autor del escrito? ¿Acaso la prueba literal se establece por vía de presunción? Sin embargo, hay autores que siguen la opinión de Pothier, á pesar del texto contrario del Código; pretenden que es una redacción viciosa y que la doctrina de Pothier debe preferirse á un vicio de redacción. (2) Hé aquí la prueba del poco respeto que los intérpretes tienen generalmente para el texto de la ley, cuando está contraria su opinión. Larombière tiene razón al decir que es un modo muy cómodo de interpretar la ley, el de prestar su propio pensamiento al del legislador, y decir después que la ley debe ser entendida en este sentido, y que si

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 760.

2 Toallier, t. IV, 2, pág. 547, núm. 353. Duranton, t. XIII, página 224, núms. 213 y 214).

dice lo contrario es porque está mal redactada. Predicamos el respeto á la ley aun cuando es mala: ¡que se cambie! Con mayor razón debe uno apegarse al texto de la ley, cuando es la expresión de los verdaderos principios. (1) La jurisprudencia se ha pronunciado en favor del texto. Hay en los trabajos preparatorios un argumento decisivo que la Corte de Bruselas invoca. El proyecto del Código Civil reproducía la doctrina de Pothier; habiendo criticado esta doctrina la Corte de Burdeos, la Sección de Legislación del Consejo de Estado, modificó la redacción primitiva; hay, pues, decisión formal. (2)

359. El mismo disentimiento se reproduce acerca de la segunda condición que el art. 1,332 exige: "Que el título haya permanecido siempre en la posesión del acreedor." Fieles al texto, concluirémos que la mención liberatoria cesa de hacer fe cuando el título obra en manos de un tercero. ¿Qué importa, diráse, con tal que la mención sea del puño del acreedor? ¿Y por qué la escritura no tendrá ya fuerza probante cuando el acreedor diera su título á un tercero? Hay para esto una buena razón. El acreedor que entrega su título á un agente para cobrar su deuda, le pone la mención liberatoria en vista de un pago por verificarse; tal es el uso constante de los comerciantes: escriben un *recibí* en las letras ó pagarés que envían á cobrar. En este caso, las menciones liberatorias prueban un pago por recibir, y no un pago recibido; luego el deudor no se puede prevalecer de él como de una prueba de haber pagado. Sucede diferentemente cuando el título permanece siempre en posesión del acree-

1 Larombière, t. IV, pág. 504, núm. 3 del artículo 1,332 (Ed. B., t. III, pág. 86). Aubry y Rau, t. VI, pág. 413, nota 11, pfo. 758. Compárese Marcadé, t. V, pág. 71, núms. 1-5 del artículo 1,332. Bonnier ha abandonado la opinión contraria que había antes enseñado t. II, pág. 330, núms. 749, 750).

2 Bruselas, 2 de Junio de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 198). Casación, 9 de Noviembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, número 573). Denegada, 30 de Julio de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 331).

dor: si éste pone un recibo allí, no es en vista de un pago próximo, lo hace únicamente para darse cuenta á si mismo y para probar ó comprobar el estado de sus negocios; y sería absurdo mencionar de antemano como pagado, lo que aun no lo ha sido. (1)

360. En nuestra opinión, las menciones liberatorias inscritas en el título, no hacen fe cuando no han sido escritas por el acreedor, ni cuando el título no ha estado siempre en su posesión. Se pregunta si hacen principio de prueba por escrito. La afirmativa no es dudosa en el caso en que la mención está escrita por el acreedor, aun cuando el título no se encontrase en su posesión: puesto que este escrito, aunque irregular, en el sentido que no puede hacer plena prueba del pago, cae, sin embargo, bajo la aplicación del artículo 1,347, pues que reúne las condiciones exigidas por la ley para hacer un principio de prueba por escrito. Sucedería lo mismo si el escrito permaneciera en posesión del acreedor y que una mención liberatoria hubiese sido puesta en él por un tercero á sabiendas del acreedor; pero tocaría al deudor probar que la mención procede del acreedor, como habiendo sido hecha con su consentimiento. (2)

361. Se supone que la mención liberatoria está tachada. ¿cesará de hacer fe? La cuestión está controvertida. Nos parece que es preciso aplicar á las menciones liberatorias del art. 1,332, lo que hemos dicho de las menciones del artículo 1,331 (núm. 352). Todos admiten que la mención de un pago recibido inscripto en un registro doméstico, hace fe aunque esté tachada, porque el hecho de pago una vez testificado por la mención, no puede ser destruido por la tacha de lo escrito. Cuando el acreedor escribe sobre su título que ha recibido el pago, hay también una prueba adquirida para el deudor, que el acreedor no puede ya destruir. Su prime-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 414, nota 11, pfo. 758 (3ª edición).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 574, núm. 297 bis II.



ra confesión atestigua contra él, salvo el que pruebe haberlo hecho por error.

Esta es la opinión general, salvo el disentimiento de Toullier. (1) Hay una sentencia de la Corte de Casación que parece favorable á la opinión de Toullier; la Corte tiene miedo de poner como regla, que el acreedor escriba las menciones en espera de un pago que no ha sido efectuado; esto no es sino una rara excepción. Parece, además, que en el caso, había circunstancias que testificaban contra la liberación. Esto no fué, pues, una sentencia de principio. (2) Existe una sentencia de la Corte de Casación que parece ser más decisiva. Una sentencia había admitido, como probante, fundándose en presunciones, una mención que había sido raspada. La Corte casó dicha sentencia, porque las presunciones solo son admitidas en el caso de dolo ó de fraude, y en el caso, la raspadura de la mención no había sido demandada por fraudulenta; desde luego, el juez de hecho no podía fundarse en presunciones sin violentar el art. 1,353. (3) La dificultad no se relaciona con el art. 1,332; se trataba de saber á quién tocaba probar que la raspadura había sido hecha á pesar del pago, ó que había sido hecha porque el pago no había tenido lugar. A nuestro sentir, al acreedor toca dar la prueba, porque existe en su contra una primera confesión.

362. Hay que notar, además, que el art. 1,332 solo reconoce fuerza probante á las menciones *liberatorias* inscriptas en el título. Si, pues, el acreedor menciona en él una obligación, se está fuera del texto de la ley y, por consiguiente, lo escrito no haría ninguna fe. Contrariamente será

1 Véanse las citaciones en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 425).

2 Denegada, 11 de Mayo de 1819 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,255, 1°).

3 Casación, 23 de Diciembre de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,255, 2°).

el caso de aplicar la regla del art. 1,331, si la obligación fuera contraída en provecho del acreedor. Nadie puede hacerse un título á sí mismo. Si la obligación fuese contraída por el acreedor, la mención no haría fe, porque, en principio, se necesita una acta firmada para comprobar una obligación; los escritos no firmados no hacen prueba, salvo los casos determinados por la ley. De esto resulta que las disposiciones del art. 1,332 son excepcionales, lo que decide la cuestión. Hay una sentencia en este sentido. (1)

Núm. 2. Menciones liberatorias escritas en el duplicado de un título.

363. Una mención liberatoria está escrita en el duplicado de un título. ¿Cuál es la fuerza probante de esta mención? Hay que distinguir. Si el duplicado ha quedado siempre en la posesión del vendedor, se estaría en el caso previsto por el art. 1,332; en efecto, la palabra *título* de que se sirve la ley, comprende el duplicado de las actas que contienen convenciones sinalagmáticas; estas actas deben hacerse por duplicado; el duplicado constituye, pues, el título de cada parte. El vendedor inscribe en el título, que tiene una mención liberatoria y hace fe del pago recibido, según el art. 1,332, núm. 1. Si el duplicado del vendedor en el que inscribió una mención de pago, no ha estado siempre en su posesión, se aplica lo que acabamos de decir; este caso está decidido implícitamente por el núm. 1 del art. 1,332: la mención no hará fe, salvo como principio de prueba por escrito. Hay una tercera hipótesis: el duplicado está en posesión del comprador, deudor del precio cuyo pago total ó parcial está mencionado en el título. Es el caso previsto por el núm. 2 del art. 1,332 que dice: "Lo mismo sucederá

1 Lieja, 21 de Enero de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 16).