

por heredera á su hermana menor. Pero todo lo que resultaba, es que en su calidad de heredera, ésta representaba á su hermana mayor por la parte que pertenecía á la difunta en el inmueble, pero no la representaba seguramente por la parte que le era personal. Había, pues, violación del artículo 1,347; la sentencia fué casada.

3. *De los escritos que no proceden de aquel á quien se le oponen.*

524. El art. 1,347 define el principio de prueba por escrito. Es una excepción á la prohibición de la prueba testimonial; luego la definición, lo mismo que la admisión de la prueba por testigos, son de estricta interpretación. La ley determina las condiciones requeridas para que haya un principio de prueba por escrito; fuera de esas condiciones, no hay principio de prueba; luego no ha lugar á la prueba testimonial. Esto es una derogación al antiguo derecho; la ordenanza no definía el principio de prueba por escrito; por consiguiente, los tribunales gozaban de un poder arbitrario que no tienen hoy. Debe, pues, decidirse, á pesar del disenso de Toullier, que el acta que no procede de la parte á la que se opone, no puede servir de principio de prueba por escrito. El art. 1,329 que cita Toullier, no dice lo que se le hace decir; los libros de los comerciantes, en verdad, autorizan al juez para diferir el juramento supletorio al comerciante, pero el juez no puede ordenar la prueba por testigos, en virtud del art. 1,329, y el art. 1,347 se opone terminante á ello. (1) Traducimos á lo que fué dicho acerca de los libros de los comerciantes (núm. 339).

1 Durantón, t. XIII, pág. 387, núm. 351. Aubry y Rau, t. VI, pág. 456, y nota 29, pfo. 764. Denegada, 30 de Abril de 1838 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,034). Hay una sentencia en sentido contrario que invoca la autoridad de Toullier, Tolosa, 25 de Noviembre de 1831 [Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,792].

525. Ha sido sentenciado por aplicación de este principio, que no se podía invocar contra una parte á título de principio de prueba por escrito, una nota que á la verdad hacía probable el hecho alegado, pero esta nota no estaba escrita ni firmada por la parte interesada. Lo que hacía dudosa la cuestión, es que la nota se hallaba en el expediente de la parte á la que se la oponía. Este hecho hubiera sido decisivo si se hubiera podido concluir que la parte se apropiase este escrito, pero nada probaba que se lo hubiese apropiado; desde luego debía aplicarse el art. 1,347. La nota no procediendo de la parte interesada, no había principio de prueba por escrito en su contra. (1) Si aquel que desecha el escrito que se le opone se sirvió de él, se lo apropió por esto mismo; desde luego, no puede ya repudiarlo como siéndole extraño. Hemos citado ejemplos de esto. (2)

Con mayor razón no puede oponerse al heredero una declaración procedente del legatario universal. La Corte de Paris se equivocó en esto; esto prueba cuán delicadas son estas cuestiones. Un abad, antiguo superior de una congregación de San Lázaro, instituye su legatario universal á una monja. Esta declara inmediatamente que no quería conservar nada de dicho legado, porque los bienes pertenecían á la congregación de San Lázaro; entregó, por consiguiente, los bienes á la dicha congregación. Dejarémos á un lado la cuestión de saber si los Lazaristas tienen personalidad civil en Francia; la sentencia de la Corte de Paris lo supone. La heredera legítima del abad, habiendo pedido la nulidad del legado, la Corte desechó su acción, fundándose en la declaración de la legataria, de donde resultaba que los bienes legados no pertenecían al difunto, lo que quitaba todo interés

1 Nancy, 10 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 23).

2 Denegada, 12 de Agosto de 1841, de la Corte de Casación de Bélgica; Bruselas, 15 de Febrero de 1825 (véase más atrás, número 495).

de parte de la heredera. Esto era violar el art. 1,347; en efecto, la Corte invocaba contra la heredera una declaración que le era enteramente extraña para inducir que los bienes no pertenecían al difunto. La sentencia fué casada. (1)

La jurisprudencia de la Corte de Casación es constante en este sentido. Una acta notariada está combatida por causa de simulación. Se solicita la absolución de posiciones por el notario que redactó el acta. Las respuestas del notario ¿pueden ser opuestas á la parte contratante que niega la simulación? La negativa es tan evidente, que no se entiende cómo el negocio haya sido presentado ante la Corte Suprema. (2)

526. Hay escritos que, en virtud de la ley, pueden servir de principio de prueba por escrito aunque no procedan de la parte á la que se oponen. Tales son las copias que, sin autorización del magistrado ó sin el consentimiento de las partes, han sido sacadas de la minuta del acta por el oficial público que es depositario de ellas. Estas copias, si tienen menos de treinta años, no pueden servir de principio de prueba por escrito. Lo mismo pasa con las copias sacadas por el notario que no es depositario de la minuta, cualquiera que sea la antigüedad de dichas copias (art. 1,335, núms. 2 y 3). La ley asimila á esas copias, la transcripción hecha por el conservador de las hipotecas (art. 1,336). Esas copias no proceden de la parte á la que se las oponen en este sentido; es una excepción á la regla establecida por el art. 1,347. La razón de la excepción se halla en el carácter auténtico de las copias que, según la ley, pueden servir de principio de prueba por escrito. El acta original, siendo recibida por un oficial público, hace fe para con todos; lo mismo debe ser en

1 Casación, 16 de Febrero de 1848 (Daloz, 1848, 1, 67).

2 Denegada, 30 de Abril de 1838 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,034). Compárese Casación, 27 de Noviembre de 1844 (Daloz, 1845, 1, 39).

la minuta, en la medida de la fuerza probante que la ley le reconoce. (1)

III. El escrito debe hacer verosímil el hecho alegado.

527. El art. 1,347 exige una tercera condición para que haya un principio de prueba por escrito; es menester que el escrito haga verosímil el hecho alegado. Esta es la condición esencial, pues es por razón de esta verosimilitud por lo que la ley permite ocurrir á la prueba testimonial para suprimir un suplemento de prueba. ¿Cuándo puede decirse que el escrito hace verosímil el hecho alegado? Resulta de la naturaleza misma de esta condición, el ser entregada á la apreciación del juez, pues se trata de una cuestión de hecho cuya decisión varía de un caso á otro. Sin embargo, en la aplicación debe distinguirse; hay escritos que, en la intención de las partes interesadas, debían hacer prueba completa del hecho litigioso, son las actas propiamente dichas; si no hacen fe, es por razón de una irregularidad que, en principio, las hace nulas, pero como proceden, no obstante, de las partes y que por su objeto hacían probable el hecho que contienen, hay lugar de aplicarles el art. 1,347. Hay otros escritos que no constituyen *actas*, tales son las cartas ó las actas no firmadas; estos escritos no están destinados á servir de prueba, pero pueden valer como principio de prueba por escrito si proceden de la parte á la que se les oponen, y si el juez encuentra la verosimilitud que la ley exige. En derecho, las *actas* y demás *escritos* se hallan en una misma línea en lo que concierne al principio de prueba, pues el art. 1,347 no distingue, pero de hecho hay una diferencia. Si se trata de *escritos* que no han sido hechos para servir de prueba, el juez debe examinar en cada caso, si hacen probable el hecho

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 457, pfo. 764 (4ª edición).

alegado. Si se trata de *actas* irregulares, ofrecen el carácter de verosimilitud por su propia naturaleza; sin embargo, el juez conserva el poder discrecional que tiene, en virtud del art. 1,347: puede decidir que esas actas no hacen verosímil el hecho alegado, y desechar, en consecuencia, la prueba testimonial. La ley lo dice para las copias de las actas auténticas; no dice que las copias deben valer como principio de prueba, pero dice que *pueden* servir solo como principio de prueba, lo que deja al juez un poder de apreciación; con mayor razón, lo mismo debe suceder con las actas irregulares y nulas como tales. (1) El poder discrecional de que gozan los Tribunales en esta materia, resulta de la naturaleza misma del principio de prueba. Se trata de decidir si los escritos alegados producen verosimilitud suficiente para que se pueda sin peligro ocurrir á la prueba testimonial: al juez toca el apreciarlo. El poder de que está investido es arbitrario, pero de usarlo por interés de la verdad, así ejercitado, el poder arbitrario es preferible á la admisión demasiado fácil de la prueba testimonial, pues no hay que olvidar los graves motivos por los que la ley la tiene prohibida.

I. De las actas nulas.

528. El acta notariada es nula cuando el oficial público que la recibió es incompetente ó incapaz, ó cuando una forma prescripta bajo pena de nulidad, no ha sido observada. Vale, en tal caso, como escritura privada si ha sido firmada por todas las partes. Si solo está firmada por una de las partes, se le puede oponer como procedente de ella, y el juez podrá admitirla como principio de prueba por escrito si el acta hace verosímil el hecho alegado. Esto supone que la falta de firma de las demás partes contratantes es una

1 Duranton, t. XIII; pág. 379, núm. 344. Toullier, t. V, 1, página 134, núm. 133.

simple irregularidad del acta: si las partes no han firmado porque se rehusaron á tratar, no hay convención, y por consiguiente, el acta imperfecta debe ser considerada como inexistente; no puede valer ni como principio de prueba de un hecho jurídico que jamás tuvo existencia. Traducimos á lo que fué dicho acerca del art. 1,318.

529. Las actas privadas que contienen convenciones sinalagmáticas no son válidas cuando no han sido hechas por tantos duplicados como partes teniendo interés distinto. Son también nulas cuando cada original no contiene la mención del número de originales que se hicieron (art. 1,325). Las actas nulas por sus irregularidades, ¿pueden servir de principio de prueba por escrito? Si se atiende uno, como se debe, al texto del art. 1,347, la contestación no es dudosa. Se supone que el acta está firmada por la parte á la que se opone y que hace verosímil el hecho que se alega; desde luego, el acta reúne todas las condiciones requeridas para constituir un principio de prueba por escrito. Sin embargo, la cuestión está controvertida, los autores están divididos y hay sentencias en diversos sentidos.

Se invoca el texto del art. 1,325, según el cual las actas *no son válidas* sino cuando se hacen por duplicado. El argumento no es serio. Hay una regla fundamental de interpretación que evitaría muchas controversias si los intérpretes no la olvidaran á cada paso: No hacer decir á una ley lo que no dice y lo que no tuvo por objeto decidir. ¿Qué objeto tiene el art. 1,326; es el de decidir si el acta irregular puede ó no servir de principio de prueba por escrito? No se trata en él de principio de prueba. Si la ley dice que el acta no hecha por duplicado no es válida, esto significa que dicha acta no hace prueba; es decir, prueba completa. En cuanto á la cuestión de saber si puede servir de principio de prueba, está decidida, no por el art. 1,325, sino por el artículo 1,347, y este artículo corta la cuestión sin ninguna duda.

Se objeta el espíritu de la ley, siempre invocando el artículo 1,325. El legislador declara que el acta no es válida, se dice, porque presume que las partes no han definitivamente tratado. Hemos contestado ya que el legislador nada presume, prescribe condiciones para que el acta haga prueba; si estas condiciones no han sido observadas, el acta no hará prueba. ¿Es esto decir que no pueda valer como principio de prueba por escrito? Esto es sacar del art. 1,325 una consecuencia en la que seguramente no pensó el legislador. Se insiste y se dice que la ley quiso la igualdad entre las partes contratantes, que tal es el único objeto de las dos condiciones que establece; y, la igualdad no existiría ya si una de las partes podía servirse del acta á título de principio de prueba, mientras la otra no tendría ese derecho. Nuestra contestación es siempre la misma; se hace decidir al legislador una cuestión que es extraña á la disposición que se trata de interpretar. El acta irregular no sirve como prueba para ninguna de las dos partes; hé aquí la igualdad que la ley ha querido. ¿Puede valer como principio de prueba para una de las partes? Esta es otra cuestión de la que debe buscarse la solución en el art. 1,347. (1)

La Corte de Casación se ha pronunciado por la opinión que acabamos de defender; ella se funda en el texto del artículo 1,347, argumento decisivo que hubiera debido evitar toda controversia. (2) Las cortes de Bélgica siempre sentenciaron en este sentido. (3)

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. VI, pág. 384, nota 34, pfo. 456. Hay que agregar, en el sentido de nuestra opinión, Colmet de Santerre, t. V, pág. 553, núm. 283 bis X. Larombière, tomo IV, pág. 359, núm. 38 (Ed. B., t. III, pág. 199).

2 Casación, 18 de Noviembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 105). Véase la jurisprudencia anterior en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,096.

3 Bruselas, 2 de Agosto de 1827 y 28 de Noviembre de 1843 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 199, y 1843, 2, 378). Lieja, 10 de Enero de 1844 (*ibid.*, 1844, 2, 128).

530. Los vales que tienen por objeto una obligación por cantidad de dinero ó por cosa fungible son sometidos á formalidades especiales cuya inobservación atrae la nulidad del escrito, en el sentido de no hacer prueba de la deuda. ¿Pueden esos vales servir como principio de prueba por escrito? Se supone que están firmados sin que el signatario les halla agregado un *bueno* ó un *aprobado* que diga en todas letras la suma ó valor de la cosa. Esta es una cuestión análoga á la que acabamos de examinar y que debe recibir la misma solución. Hay, pues, que hacer á un lado el artículo 1,347, que es extraño el principio de prueba; el art. 1,347 es quien es el sitio de la materia, y es tan clara “que debe renunciarse al buen sentido y á la razón,” para sostener que un vale firmado por el deudor no forma un principio de prueba contra él, porque no escribió el *bueno* después de su firma ó porque no ha puesto en letras la cantidad ó valor. Tal es seguramente el objeto de la formalidad del *bueno*. ¿Es esto decir que todo vale no revestido de un *bueno* deba presumirse ser obra del fraude? La ley no lo dice. Ni siquiera dice que el vale sea nulo, como lo decía la ordenanza de 1667; todo lo que puede concluirse de la irregularidad del vale, es que no hace prueba de la obligación. Pero de que no haga prueba completa, no puede deducirse que no pueda servir como principio de prueba. La diferencia es grande ante la prueba y el principio de prueba. Si el vale hiciera prueba contra el signatario que no hubiese puesto el *bueno*, pudiera haber abuso del blanco y sorpresas; mientras que esto no es de temerse cuando se invoca el vale como un principio de prueba. El juez tiene poder de apreciación; admitirá el deudor á probar que firmó sin conocimiento de causa; y cuando solo habrá una sospecha de sorpresa, desechará la prueba testimonial. La jurisprudencia de la Corte de Casación (1) y la opinión de la mayor

1 Citamos las últimas sentencias que son apenas motivadas: De-

parte de los autores están en este sentido. (1) Hay sentencias en sentido contrario. La Corte de Paris dice que la formalidad prescripta por el art. 1,326 es verdaderamente constitutiva del acta, que su omisión no solo produce una *presunción simple* de sorpresa, sino además una *presunción absoluta*, y que es contra toda regla que una acta reprobada por la ley como sospechosa, pueda formar un principio de prueba por escrito. Cuando se considera esta sentencia con relación al art. 1,326, queda uno sorprendido de que la ley no diga una sola palabra acerca de una presunción cualquiera; y para que haya presunción legal, es menester que una ley *especial* la tenga establecida: estos son los términos de art. 1,353. Hay, pues, que abandonar esta pretendida presunción legal y absoluta que ignora la ley; queda una simple formalidad para la inobservancia de lo que el art. 1,326 ni siquiera pronuncia la nulidad. La Corte de Paris agrega que si se considera el vale no revestido del *bueno* como formando un principio de prueba por escrito, resultará que la prueba testimonial quedará admitida en todos los negocios de esta naturaleza, lo que sería de peligrosa consecuencia. (2) Esto no es exacto.

No sentamos, en principio, que el vale firmado *deba* ser admitido como un principio de prueba, las probabilidades están contra el signatario, pues el fraude y la sorpresa son

negada 10 de Enero de 1870 (Daloz, 1870, 1, 61); Lyon, 17 de Junio de 1871 (Daloz, 1871, 2, 192). La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está en el mismo sentido. Citamos las últimas sentencias: Bruselas, 20 de Junio de 1854; Gand, 15 de Junio de 1871; Lieja, 8 de Marzo de 1871 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 36; 1872, 2, 74, y 1871, 2, 221).

1 Esta es la opinión general, excepto el disentimiento de Delvincourt (Aubry y Rau, t. VI, pág. 394, nota 76, pfo. 756).

2 Paris, 5 de Diciembre de 1816 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 4,118). Compárese Bourges, 11 de Enero de 1825 (Daloz, *Obligaciones*, número 4,172, 2°). La Corte de Bourges abandonó esta opinión (sentencia del 11 de Junio de 1851, Daloz, 1852, 2, 33), así como la Corte de Paris (sentencia de 7 de Diciembre de 1871).

excepciones; pero si se presenta una de esas excepciones, el signatario del vale será admitido á probar que firmó sin conocer la extensión de la obligación que contraía, y bastaría que haya sospechas de fraude para que el juez desechase el vale.

Decimos que el deudor será admitido á probar la sorpresa, ó su ignorancia de lo que firmó. Esto no quiere decir que exista una presunción contra el signatario, pero hay seguramente una probabilidad en su contra; á él toca destruirla. La jurisprudencia francesa pone á cargo del acreedor la prueba que el signatario tenía pleno conocimiento de la extensión de la obligación del acta cuando la suscribió. Se lee en una sentencia de la Corte de Grenoble, que el portador de un vale está *obligado* á probar que aquel que lo firmó lo hizo con pleno conocimiento de causa. (1) Este rigor es sin duda fundado en la pretendida presunción de sorpresa ó de fraude que se dice existe contra el acta no revestida del *bueno*. Hemos desechado el principio, debemos desechar las consecuencias que de él se han deducido. No hay ninguna presunción, solo el deudor está interesado á oponer su ignorancia, y por su parte, el acreedor tiene interés en establecer que el deudor firmó con conocimiento de causa; el juez, teniendo un poder discrecional, puede admitir ó desechar el principio de prueba que el demandante funda en el vale; á las partes toca el hacer valer sus medios, pero no puede decirse, como la Corte de Grenoble, que el acreedor *deba* probar que el vale ha sido firmado con conocimiento de causa. Esto es una cuestión de interés; luego de hecho, y no una cuestión de derecho. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está en este sentido. (2)

1 Paris, 24 de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, 2, 197). Grenoble 26 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1857, 2, 58). Compárese Bourges, 11 de Junio de 1851 (Daloz, 1852, 2, 33).

2 Bruselas, 16 de Enero de 1849 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 29) y 13 de Junio de 1849 (*ibid.*, 1850, 2, 84).

2. De los escritos que no son actas.

531. Ordinariamente los escritos que se alegan como formando un principio de prueba por escrito, no son actas, no han sido redactados para ministrar una prueba del hecho litigioso, pero tienen alguna relación con él, y de esto resulta una probabilidad en favor de la demanda ó de la excepción que se quiere establecer mediante prueba testimonial. La cuestión en este caso, es puramente de hecho; al juez toca decidir si el escrito hace verosímil el hecho alegado. Se encuentran ejemplos en todos los autores tomados de Boicéau, de Danty y de Pothier. (1) Preferimos relatar algunos casos según la jurisprudencia, que es la expresión de la vida real. Hay numerosas sentencias en esta materia; no sería muy útil reproducirlas, los hechos y las verosimilitudes que resultan de ellos, variando necesariamente con cada proceso, de manera que es raro que las decisiones sirvan de precedentes.

Hay un principio que domina la materia: debe haber una relación entre el escrito y el hecho que se trata de probar, si nó no se concibe como pudiese resultar una probabilidad cualquiera, y por consiguiente, un principio de prueba por escrito. Una sentencia de la Corte de Casación ministra un ejemplo de esto. Una viuda donataria universal del usufructo de los bienes de su marido, solicita probar por títulos y por testigos que éste último, después de haber vendido una casa que le pertenecía, se la hizo retroceder. No tenía título, pero alegaba escritos que formaban un principio de prueba suficiente para admitir la prueba testimonial. En primer lugar, una cuenta firmada por la parte adversa, por la que ésta se reconocía deudora de las rentas hácia la citada viu-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 801 y 802. Durantón, tomo XIII, pág. 381, núms. 345-350. Aubry y Rau, t. VI, pág. 459, notas 39-41, pfo. 764.

da; esto era según la demandante, las rentas de la casa retrocedida. La Corte de Dijon contestó que nada indicaba de qué propiedad se trataba. La demandante invocaba también una declaración hecha por ella en el inventario; se decía en él que el difunto debía una suma de 1,000 francos á los adquirentes de la casa; esto era, según ella, el precio de la pretendida retrocesión. La Corte contestó que la tal declaración nada tenía que ver con una venta; por otra parte, esta declaración no procedía de aquellos á quienes se oponía; debía, pues, desecharse. En definitiva, los escritos invocados como principio de prueba, nada probaban; no podía, pues, ser admitida la prueba testimonial. En el pedimento de Casación, la Corte decidió que la Corte de Dijon había rehusado admitir la prueba testimonial con mucha justicia. (1)

532. Según este principio es como debe decidirse la cuestión de saber si el título de una renta prescripta puede servir de principio de prueba por escrito para establecer que la prescripción ha sido interrumpida por el pago de la renta; Toullier estableció muy bien la negativa. El acreedor descuidado dejó pasarse treinta años sin exigir acta de reconocimiento, como tenía el derecho de hacerlo (art. 2,263). Pretende que las rentas le han sido pagadas exactamente; pero el capital, excediendo 150 francos, no puede ser admitido á probar el pago por testigos sino mediante un principio de prueba por escrito. Produce el testimonio original y sostiene que la posesión de este título es, si no una prueba, cuando menos una presunción que la renta no ha sido devengada, pues si lo hubiera sido, el testimonio hubiera sido entregado al deudor rentista; concluye de esto que hay principio de prueba por escrito de que la renta existe aún y que los réditos han sido pagados. La cuestión se ha presentado en el antiguo derecho; se distinguía entre las rentas constituidas crea-

1 Casación, 27 de Julio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 398).