

tida. Los señores Aubry y Rau dicen que el dolo de que se trata es el que se llama incidente: no es un dolo que condujo á la parte á contratar, solo la indujo á no redactar una acta del contrato; luego la parte engañada no puede decir que estuvo en la imposibilidad de exigir una prueba literal. La distinción nos parece muy sutil. Desde luego no sería admisible si las mismas maniobras fraudulentas que indujeron á la parte para contraer, también la indujeron á no levantar acta de la convención, pues en este caso, el dolo incidente se confunde con el dolo principal. Pero aunque se suponga, lo que solo es una mera hipótesis de escuela, que la convención no está viciada por el dolo y que las maniobras fraudulentas han tenido por único objeto impedir á la parte engañada exigir una prueba literal, la decisión nos parece siempre dudosa. ¿Cuál es el hecho litigioso? Se trata de saber si fué posible ó no al demandante procurarse una prueba literal de una obligación, y, aquel que renuncia á levantar acta de la convención porque se le inclinó á obrar por maniobra fraudulenta, se encontró, por estas mismas maniobras, en la imposibilidad moral de procurarse un escrito. Decirle que hubiera podido, sin embargo, exigir una acta, es no tomar en cuenta el dolo; es decir, la causa por la que no pidió el escrito, y como esta causa constituye un delito, puede probarse por testigos. (1)

583. Las partes han redactado un escrito de sus convenciones. ¿Pueden pedir la nulidad de la convención por testigos? Se ha pretendido que la prueba testimonial era inadmisibile, porque el art. 1,341 prohíbe recibir ninguna prueba por testigos contra el contenido en las actas. El art. 1,348 contesta á la objeción, dice que las *reglas citadas* reciben también excepción todas las veces que no ha podido el dé-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 465 y nota 21. En sentido contrario, Larombière, t. V, pag. 148. núm. 16 (Ed. B., t. III, pág. 208). Compárese Bruselas, 13 de Julio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 210).

mandante procurarse una prueba literal del hecho litigioso; luego la excepción se aplica á la segunda regla del art. 1,341, lo mismo que á la primera. ¿Cuál es, en nuestro caso, el hecho litigioso? La convención consta por escrito, pero se pretende que está viciada por el dolo; y, es imposible que exista una acta por escrito de las maniobras fraudulentas que han inducido á una de las partes á contratar; luego no se está ya en el caso de la regla, se está en el caso de la excepción. (1)

Cuando decimos que pueden probarse por testigos los hechos de dolo, aunque la parte tienda á anular una convención que consta en acta, suponemos que la prueba contraria es admisible. Cuando no lo es, ni siquiera puede alegarse una prueba literal, con más razón no se admitirá la prueba testimonial. Para saber si el dolo alegado contra una acta puede probarse por testigos, hay, pues, que distinguir. Las actas, ya auténticas, ya privadas, hacen fe alguna vez hasta inscripción por falsedad, y otras hasta prueba contraria. Cuando solo hacen fe hasta prueba contraria, se es admitido á probar contra el acta, según las reglas del derecho común; luego por testigos cuando se pide probar hechos de dolo y fraude. Pero cuando el acta hace fe hasta inscripción por falsedad, ninguna otra prueba es admitida para combatir el acta sino por el largo y difícil procedimiento de falsedad. (2)

La Corte de Casación sentenció en sentido contrario. En el caso, el crédito según el acta, era de 9,092 rupias. Se pretendía que cuando se hizo su transporte, se convino que el crédito fuera reducido á 6,100 rupias. ¿Era de admitirse la prueba testimonial para probar los hechos de dolo y frau-

1 Denegada, 1° de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,043, 7°); 3 de Junio de 1835 (Idem, *ibid.*, núm. 4,935, 3°). 17 de Agosto de 1853 [Dalloz, 1854, 5, 594]. Bruselas, 12 de Agosto de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 400).

2 Toullier, t. V, 1, pág. 167, núm. 175.



de del demandante? Fué sentenciado que la prueba por testigos no era admisible, porque tendía á probar contra y además de lo contenido en las actas. (1) La decisión nos parece errónea. Es de principio que las declaraciones de las partes no hacen fe hasta inscripción por falsedad sino por el hecho material de la declaración, y que la sinceridad de dicha declaración no está probada sino hasta prueba contraria. Y, en el caso, el hecho material de la declaración no estaba redargüido; luego la prueba contraria era admisible. ¿Podía recibirse la prueba por testigos? El art. 1,341 prohíbe recibir testimonios contra una prueba escrita, pero el art. 1,348 deroga esta regla por lo que toca al dolo y al fraude. Luego la Corte debió admitir la prueba testimonial.

584. Para que el dolo sea un vicio de consentimiento y pueda ser alegado para atacar el acta, es menester que haya sido el móvil del consentimiento; esto es lo que se llama el dolo principal, este dolo es la causa del contrato, como se dice en la escuela; hé aquí por qué hace la convención nula. Si la convención no fué viciada por el dolo, y si éste fué posterior ó extraño al contrato, no puede prevalecerse de él para atacar la convención. Si las maniobras fraudulentas han causado un daño, constituyen un delito, la prueba se hará por testigos, pues el dolo no podrá ser alegado como viciando el contrato. La jurisprudencia ha consagrado estos principios, que no serían dudosos si se presentaran con esta sencillez, pero la complicación de los hechos viene á menudo á abscurcir el derecho. Una sentencia de la Corte de Colmar había admitido la prueba testimonial ó lo que es lo mismo, las presunciones simples para probar la liberación; el fraude en el que la Corte se fundaba para admitir este género de prueba, convenía á la demanda de una segunda copia; el deudor pretendía que la demanda tenía por objeto hacer revivir una deuda extinguida. Así, el fraude alegado

1 Denegada, Sala Civil, 12 de Marzo de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 132).

recaía en una acta posterior al pago alegado y no en el mismo pago. Y sin embargo, era para establecer el pago como se invocaban las presunciones. Esto conducía á probar por testigos un hecho jurídico para cuya prueba la ley exige una acta escrita. La Corte de Casación dijo muy bien, que si se admitiera la doctrina de la sentencia atacada, la fe debida á las actas sería quebrantada, y la prohibición de la prueba testimonial sería eludida todas las veces que ese testimonio se perdiera; bastaría que el deudor dijera que la segunda copia solo es solicitada para hacer revivir la obligación, y luego solicitaría probar su liberación por presunciones que la ley prohíbe. (1)

La Corte de Casación de Bélgica pronunció una sentencia análoga en otro caso. Se pretendía que había dolo y fraude en el hecho de aquel que se prevalece de una convención desprovista de causa, y se alegaba ese pretendido dolo para atacar la convención misma. La Corte de Bruselas había admitido este sistema. Esto era violar el art. 1,341 y hacer una falsa aplicación del art. 1,348. Si se admite la prueba del dolo por testigos, y si, como consecuencia de la prueba, se anula la convención, es solo cuando se trata del dolo que vicia el consentimiento. La Corte de Casación tiene razón en decir que esta prueba no ataca el acta, en el sentido que no lo combate en ningún punto; no es el instrumento el que está redargüido, es el consentimiento que está anulado. Si el dolo consiste en prevalecerse de una convención sin causa ó con causa falsa, no puede decirse que este dolo vicia el consentimiento y el contrato, pues es posterior á la convención. De esto resulta que la convención y el acta en que consta queden bajo el imperio del derecho

1 Casación, 20 de Marzo de 1826 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,350). Compárese Colmar, 6 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 222).



común. ¿Es real ó falsa la causa de la convención? La cuestión se decide según las reglas que rigen la prueba, el acta constando de la causa, no puede probarse que esta causa es falsa sin atacar el acta; y no se puede por testigos, el artículo 1,341 prohibiendo oír testimonios contra el contenido en el acta. Y si se trata de la falta de causa, la misma disposición prohíbe también recibir prueba por testigos además de lo contenido en el acta. (1)

## 2. Los terceros.

585. La ley da el nombre de fraude al dolo que se practica en perjuicio de los terceros; es así como el art. 1,167 que permite á los acreedores atacar en nombre personal las actas hechas por su deudor en fraude de sus derechos. Es de principio que los terceros puedan siempre probar por testigos el fraude que se les hace. (2) En efecto, se hallan en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del fraude. El principio debe ser generalizado; no solo se aplica á las actas fraudulentas, recibe su aplicación á todos los hechos jurídicos en los que los terceros han permanecido extraños y de los que no pudieron procurarse una prueba literal; la prueba del fraude es solo una aplicación del principio: el mismo principio concebido en términos más generales se aplica *todas las veces* (art. 1,348) que ha sido imposible al demandante procurarse una prueba literal. Así, un acreedor pretende que una hipoteca está extinguida por el pago de la deuda; será admitido á probar el pago por testigos, pues se encontró en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del pago. (3)

Con mayor razón se admite á los terceros probar el fraude cometido á su perjuicio. Cuando se quiere defraudarlos,

1 Casación, 26 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848. 1, 477).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 811.

3 Burdeos, 18 de Marzo de 1852 (*Dalloz*, 1852, 2, 280).

se disfraza el pensamiento y se oculta, volviéndose la prueba tanto más difícil: exigir una prueba escrita, sería poner á los terceros en la imposibilidad de probar el fraude; aun la prueba por testigos es rara vez posible; lo más á menudo es necesario recurrir á simples presunciones, lo que permite la ley expresamente; volveremos sobre este punto explicando el art. 1,353. Tal es el derecho de los acreedores que atacan una acta hecha por su deudor en fraude de sus derechos.

Hemos dicho en otro lugar en qué consiste esta prueba, los acreedores tienen el mismo derecho en todos los casos en que están interesados en probar la mala fe.

En los términos del art. 1.º de nuestra ley hipotecaria, las actas no transcriptas no pueden ser opuestas á los terceros que las hubieran contraído sin fraude: si lo son con fraude; es decir, sabiendo que el acta no ha sido transcripta, no pueden prevalecerse del defecto de transcripción. ¿Cómo probarán las partes interesadas que los terceros las han contraído con fraude? Por testigos; el art. 1,348 les da el derecho, puesto que han estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal.

De la misma manera el vendedor primitivo, acreedor privilegiado, puede probar que los pagos hechos por los adquirentes sucesivos y que constan en las actas, son simulados; que la simulación sea fraudulenta ó no, poco importa, el vendedor no ha podido procurarse una prueba literal del hecho litigioso, por lo que está admitido á probarla por testigos. (1)

El art. 1,348 hace excepción á la segunda regla del artículo 1,341, como á la primera. No hay más que una restricción al derecho de los terceros; las actas auténticas y las privadas, en la opinión común, hacen, en ciertos casos, fe

1 Caen, 24 de Junio de 1839 (*Dalloz*, en la palabra *Hipotecas*, número, 346, 2º)



hasta inscripción por falsedad con relación á los terceros como con la de las partes; es decir, que la prueba contraria, aunque fuese literal, no es admitida; con mayor razón no se admite la prueba testimonial. Para que pueda promover un hecho por testigos, es preciso, naturalmente, que la prueba de este hecho sea admisible.

586. ¿La excepción establecida por el art. 1,348 puede ser invocada por los herederos que atacan las actas hechas por el difunto? A primera vista, parece que los herederos no son admisibles, porque representan al difunto, y aquellos de los sucesores universales que no continúan la persona de su autor suceden á sus derechos y sus obligaciones.

Hemos respondido ya á la objeción. Cuando los herederos atacan una acta del difunto como hecha en fraude de sus derechos, obran en virtud de un derecho que les es propio, derecho que su autor les ha legado. Es verdad que contratamos por nosotros y por nuestros herederos, pero esto 1.º es verdad sino cuando obramos de buena fe; el derecho y el buen sentir, dicen que no representamos á nuestros herederos cuando contraemos, no por ellos, sino por contra ellos y en fraude de sus derechos. Hemos encontrado bastantes aplicaciones de este principio, lo resumimos aquí á fin de presentar un cuadro completo de la materia.

587. La ley sujeta á los herederos al producto de las liberalidades que han recibido del difunto con el fin de mantener la igualdad entre los sucesores. Sucede frecuentemente que las liberalidades se hacen á reserva de uno de los herederos, ya de mano á mano, ya bajo forma de contrato oneroso, ya por una persona interpuesta. ¿Cómo se probarán esas ventajas? Es de doctrina y jurisprudencia que puede hacerse esta prueba por testigos. ¿Cuál es la razón de ello? La Corte de Casación contesta que no ha lugar á aplicar á la especie los principios rigurosos relativos á la prueba de las obligaciones; que para llegar á la constancia de

semejantes hechos y al mantenimiento de la igualdad entre los coherederos, todo género de prueba es admisible. (1) La decisión es justa pero esta mal motivada. Si las reglas establecidas en el título *De las Obligaciones* no son aplicables en materia de productos, ¿cuáles son, pues, los textos que hacen excepción á esas reglas? Se les buscaría en vano. Deben aplicarse los principios consagrados por el legislador en el título *De las Obligaciones* ó debe decirse que no hay principios; y tampoco pertenece al intérprete decidir que los principios generales deben aplicarse con más ó menos rigor; si pues, en materia de producto hay excepción á las reglas generales acerca de las pruebas, es menester buscar esta excepción en la ley y es muy fácil encontrarla.

La Corte de Orléans admitió á los herederos á probar por testigos y por los libros domésticos del difunto, los préstamos que éste habia hecho á uno de sus sucesores, préstamos de que el art. 829 ordena la proporción. La Corte aplica á este caso la excepción establecida por el art. 1,348; el heredero ha estado de seguro en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de los anticipos hechos por el difunto á uno de los sucesores. Esto también se funda en razón. La ley que quiere la proporción de las deudas así como de las donaciones directas ó indirectas hechas á uno de los herederos, debió dar á los demás herederos un medio de probar esas deudas y esas liberalidades; y solo hay la prueba testimonial y á falta de ella las presunciones. El art. 1,348 debe, por consiguiente, recibir aplicación en materia de proporción. (2) Así, los herederos que solicitan probar por testigos el hecho que da lugar á la proporción, invocan los principios generales de derecho tales como el Código los establece en el título *De las Obligaciones*.

588. Hay herederos á los que la ley concede una reserva,

1 Casación, 13 de Agosto de 1866 (Daloz, 1866, 1, 467).

2 Orléans, 28 de Julio de 1849 (Daloz, 1850, 2, 29).



lo que implica la prohibición de disponer en perjuicio de los reservatarios; éstos tienen el derecho de promover por reducción de las liberalidades que menguan su reserva; en este caso, el derecho de los herederos no es dudoso; en tanto que piden la reducción de las donaciones que exceden lo disponible, obran no como sucesores del difunto, sino en virtud de un derecho que tienen por la ley. En este sentido se les puede asimilar á los terceros; pueden, pues, invocar los principios que rigen los derechos de los terceros; de donde resulta que están admitidos á probar por testigos las liberalidades escondidas, disfrazadas ó indirectas que ha hecho el difunto de sus derechos. El principio no está redarguido, pero importa precisar el verdadero motivo que lo define. Se halla en el art. 1,348. Los herederos con reserva se hallaron en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de las actas por las que el difunto atentó á sus derechos; luego deben ser admitidos á la prueba por testigos, y se les admitiría aunque no hubiera escritos contra los que demandarían la prueba. Se les opone en vano el art. 1,341, que prohíbe recibir á ningún testimonio contra las actas; la respuesta está en el art. 1,348 que deroga á las dos reglas establecidas por el art. 1,341.

La jurisprudencia ha consagrado estos principios (1) pero las sentencias no siempre están motivadas por la precisión necesaria, lo que deja alguna incertidumbre acerca de los verdaderos principios, de donde resultan errores que sorprenden encontrarse en una materia tan sencilla. Una madre vende todos sus bienes á su hijo; las actas hechas ante notario, dicen que el precio ha sido pagado, contado en presencia del oficial público. Las hijas redarguyen la venta como disfrazando una liberalidad. La Corte de Burdeos determinó que debían inscribirse por falsedad. Ya hemos hecho notar el error de la Corte; la sentencia fué casada, pero la

1 Bruselas, 21 de Enero de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 36).

redacción de la sentencia de casación deja también que desearse. La Corte invoca únicamente el art. 1,353 que autoriza á los jueces á resolver por simples presunciones cuando el acta es redarguida de fraude ó de dolo. (1) El art. 1,353 es sin duda aplicable al caso, pero la disposición que admite la prueba testimonial para probar el fraude, no es ella misma, sino la aplicación del art. 1,348, como lo diremos más adelante. El principio de donde proceden todas las consecuencias, está establecido por la ley en los términos más generales: todas las veces que no ha sido posible al demandante procurarse una prueba literal del hecho litigioso, será admitido á la prueba por testigos. Esta excepción concierne á la segunda regla tanto como á la primera, á menos que el acta no haga fe hasta inscripción por falsedad; es acerca de este punto que se equivocó la Corte de Burdeos, como lo hemos dicho al tratar de la fuerza probante de las actas auténticas. No es, pues, en el art. 1,353 en el que la Corte de Casación debería fundar sus sentencias como lo hace de ordinario, diciendo que el fraude á la ley puede siempre probarse por presunciones; (2) el verdadero sitio de la materia es el art. 1,348; en cuanto al fraude á la ley que la Corte invoca para justificar la admisión de la prueba testimonial, no desempeña papel en materia de prueba, sino cuando el acta es redarguida por simulación; cuando se trata de fraude propiamente dicho, el art. 1,348 basta para resolver la cuestión de prueba.

La ley establece incapacidades para dar y para recibir; para eludir las partes interesadas ocurren á liberalidades indirectas ó disfrazadas. No es necesario decir que los herederos reservatarios ó no, son admitidos á la prueba testi-

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

2 Denegada, 27 de Abril de 1830 (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 325, 1°); 18 de Agosto de 1862 (Daloz, 1863, 164); 20 de Marzo de 1865 (Daloz, 1865, 1, 285).



monial para establecer el hecho de la liberalidad. Aquí hay fraude á la ley, á la vez que fraude á los derechos de los herederos, en el sentido que éstos tienen el derecho de pedir la nulidad de las liberalidades hechas á incapaces. Una madre dispone de todo su haber en provecho de un hijo natural; los hijos legítimos son admitidos á probar por presunciones y por testigos las liberalidades hechas al hijo natural; en el caso, hay ataque á la reserva. Los principios serían los mismos si hubiera herederos no reservatarios.

Tales son también las liberalidades hechas en provecho de congregaciones religiosas no autorizadas; su incapacidad es radical, puesto que por la ley no existen dichas congregaciones, y está fundada en motivos de orden público; de donde resulta el derecho de los herederos para atacar las liberalidades que fuesen hechas á congregaciones, y el de dar la prueba por testigos y por presunciones. La Corte de Casación da regularmente como motivo para decidir el fraude á la ley. (1) Repetimos que hay un motivo más general, el principio establecido por el art. 1,348 del que el artículo 1,353 solo es una aplicación; tales son también las liberalidades hechas á personas interpuestas para hacerlas llegar á legatarios que no designa el testador, y que por esta razón se llaman legatarios inciertos; estos fideicomisos esconden ordinariamente liberalidades hechas á incapaces, lo que permite aplicar el art. 1,348 y el 1,353; se pueden establecer por testigos y por presunciones los hechos de interposición ó de fideicomiso. La jurisprudencia es constante, ella invoca regularmente como motivo el fraude á la ley, citando el art. 1,353. (2) A nuestro modo de ver, el verdadero motivo para decidir se halla en el art. 1,348.

1 Denegada, 3 de Julio de 1839 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 321). Compárese Paris, 27 de Junio de 1850 (Dalloz, 1850 1, 70); Colmar, 22 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 288).

2 Denegada, 5 de Enero y 3 de Mayo de 1857 [Dalloz, 1857, 1, 197 y 128]; 28 de Mayo de 1859 [Dalloz, 1859, 1, 442].

589. Todo fraude cometido en perjuicio de un tercero puede probarse por testigos, aunque no haya fraude á la ley. Tal es el caso en que el donante pide la revocación de una donación por advenimiento de un niño. El donatario pretende que hubo suposición de hijo y pide probar el hecho de la suposición. Se le opondrá el acta de nacimiento que según el art. 45 hace fe hasta inscripción por falsedad. La Corte de Burdeos ha admitido al donatario á la prueba testimonial; (1) pero se ve por la redacción dificultosa de la sentencia, que la Corte no sabía como contestar á la objeción muy especiosa que ministra el art. 45. No es exacto decir, como lo hace la ley, que el acta de nacimiento hace fe hasta inscripción por falsedad probando que tal mujer dió á luz á un niño; el acta solo hace fe de los hechos que constan al oficial público por haberlos visto; luego prueba hasta inscripción por falsedad que un niño recién nacido le fué presentado y que los comparecientes han declarado que dicho niño había nacido de tal mujer; pero la verdad de esta declaración no está probada sino hasta prueba contraria. ¿Cuál es esta prueba contraria? La prueba por testigos, cuando el acta atacada lo es por causa de fraude. En definitiva, la prueba testimonial es admisible por aplicación del art. 1,348.

## II. La simulación.

### 1. Entre las partes.

590. Hemos dicho en otro lugar que existe una diferencia entre la simulación y el fraude. La simulación puede ser fraudulosa, en este caso, parece confundirse con el fraude, y podía creerse que no hay ninguna diferencia entre la simulación y el fraude bajo el punto de vista de la prueba. Sin embargo, hay una diferencia esencial en lo que con-

1 Burdeos, 8 de Julio de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 41).