

cierte á las partes contratantes. Lo que caracteriza la simulación es que supone que un concierto entre las partes contratantes, se hace por concurso de voluntades. De esto resulta una consecuencia importante en cuanto á la prueba. La simulación no puede, en lo general, ser probada por testigos cuando es una de las partes contratantes la que promueve contra la otra. En efecto, la simulación es un hecho jurídico; el demandante quiere probar que la pretendida venta, que consta en acta, es una liberalidad; quiere pues, probar la existencia de una donación; es decir, de un contrato, por consiguiente, da lugar á aplicar el art. 1,341: el demandante debe producir un escrito. No puede invocar la excepción establecida por el art. 1,348, pues no se encontraba en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, pues nada le impedía hacer constar la verdadera convención por una contraletra.

Sin embargo, en el derecho antiguo, la jurisprudencia admitía fácilmente la prueba por testigos para establecer la simulación, fundándose en los hechos de dolo ó de fraude que se mezclan de ordinario á la simulación, al menos cuando la simulación es negada; y, es cuando se niega como se presenta la cuestión de saber si puede probarse por testigos. Un contrato de matrimonio dice que la dote de la futura es de 60,000 francos, y que esta suma ha sido entregada al futuro esposo en presencia del notario. El matrimonio no se verifica. Acción en repetición por el dote. El demandado contesta que la entrega fué simulada. ¿Se le admitirá á dar la prueba por testigos de esta simulación? Nó, puesto que podía procurarse una contraletra. Objetaría en vano que hay dolo y fraude de parte del demandante, reclamando un dote que no le fué entregado. Esto será verdad, pero el dolo es extraño al contrato y á la simulación que se trata de probar; el dolo es posterior al contrato de matrimonio; el contrato no tiene ningún vicio de consentimiento; fué con co-

nocimiento de causa como el futuro reconoció haber recibido un dote que realmente no le fué entregado; podía y debía exigir una prueba literal de la simulación; luego no puede reclamar el beneficio de la excepción establecida por el art. 1,348, se encuentra bajo el imperio de la regla que prohíbe dar prueba por testigos contra lo contenido en las actas. La doctrina (1) y la jurisprudencia (2) están unánimes en este punto.

591. Las sentencias de la Corte de Casación que desechan la prueba testimonial de la simulación entre las partes, admiten que éstas pueden probar aquella cuando tienen un principio de prueba por escrito, ó cuando pueden invocar el art. 1,348. (3) Esto no es dudoso en cuanto al principio. La simulación supone la existencia de una acta que se pretende simulada en todo ó en parte. Aunque el acta fuera auténtica, no prueba la verdad de las declaraciones procedentes de las partes contratantes; estas son, pues, admitidas á probar la simulación; queda por saber como la probarán. Lo pueden evidentemente hacer con una contraletra; y si la prueba literal es admitida, la prueba testimonial lo será también en el caso en que la prueba por testigos puede substituir á la prueba escrita; es decir, en los casos previstos por los arts. 1,347 y 1,348. No hay ninguna dificultad en cuanto al principio de prueba por escrito. (4) La

1 Toullier, t. V, 1, pág. 169, núms. 179-184. Aubry y Rau, t. VI, pág. 466, nota 26. Larombière, t. V, pág. 150, núm. 18 (Ed. B., tomo III, pág. 210).

2 Casación, secciones reunidas (en materia fiscal), 29 de Diciembre de 1821 (Daloz, en la palabra *Registro*, núm. 2,495). Casación, 6 de Agosto de 1828 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,737). Bruselas, 31 de Diciembre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 396), 15 de Octubre de 1829 (*ibid.*, 1829, pág. 259).

3 Casación, 6 de Agosto de 1828 (precitada, nota 2). Denegada, 30 de Abril de 1828 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,037, 2°).

4 Denegada, sección civil, 7 de Marzo de 1820 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,113, 1°), y las sentencias citadas en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,945. Hay que

aplicación del art. 1,348 es más difícil; debe suponer que aquel que ha consentido la simulación no lo hizo sino bajo la influencia del dolo ó de la violencia; en este caso, su consentimiento está viciado y es siempre admitido á la prueba testimonial para las causas que vician el consentimiento. (1)

592. Si el vale enuncia una causa falsa ¿serán admitidas las partes á probar por testigos que la causa es falsa y cuál es la verdadera? Nó, pues es por un libre concurso de consentimientos como han indicado como causa de su obligación un hecho jurídico que fué simulado; podían y debían haberse procurado una prueba escrita de esta convención, redactando una contraletra. El art. 1,341 les prohíbe probar por testigos contra el contenido del acta; no pueden invocar la excepción del art. 1,348 y suponemos que no tienen un principio de prueba por escrito.

Hay acuerdo en cuanto al principio, pero se enseña y ha sido sentenciado que la prueba testimonial es admisible cuando todas las partes reconocen que la causa de un vale es simulada. (2) La Corte de Casación no da ningún motivo de esta excepción; se limita á decir que las partes, conviniendo que la obligación litigiosa era una acta simulada, solo quedaba que el juez buscara las causas que habían podido engendrar una obligación legítima y válida. Sin duda, pero la dificultad está en saber por qué prueba puede establecerse la existencia de una causa. El primer juez había ordenado una instrucción y había inducido de ella que la obli-

agregar Denegada, 16 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1860, 1, 167); Aix, 25 de Enero de 1871 (Daloz, 1871, 2, 52); Bruselas, 14 de Junio de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 113); Lieja, 12 de Agosto de 1863 (*ibid.*, 1869, 2, 60); Gand, 20 de Noviembre de 1874 (*ibid.*, 1875, 2, 88).

1 Toullier, t. V, 1, pág. 173, núm. 184. Aubry y Rau, t. VI, página 466, nota 27. Larombière, t. V, pág. 149, núm. 18 (Ed. B., tomo III, pág. 210).

2 Denegada, Sala Civil, 8 de Abril de 1835 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 547). Aubry y Rau, t. VI, pág. 466, nota 28.

gación era sin causa. ¿Qué le autorizaba para admitir la prueba testimonial? La causa de una obligación es el motivo jurídico que inclina á las partes á contraer; luego la causa es un hecho jurídico, por consiguiente, la parte interesada debe procurarse una prueba por escrito en virtud del art. 1,341, á no ser que se halle en una de las excepciones previstas por el art. 1,347 y el art. 1,348; no pertenece al juez admitir otras excepciones que las establecidas por la ley.

593. Se pregunta si los herederos de las partes contratantes son admitidos á probar por testigos la falsedad de la causa. La negativa ha sido sentenciada y esto nos parece seguro. Los herederos no tienen otros derechos que los de su autor; y, los que han sido parte en el acta, no pueden probar la simulación por testigos; lo mismo debe pasar con sus herederos. Los herederos dirán en vano que se han encontrado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, se les contesta que su autor podía y debía haber exigido una contraletra, que no habiéndolo hecho, no podía oponer testimonios al escrito que había subscripto y que sus herederos no tienen más derecho que él. (1)

594. Se admite generalmente que estos principios reciben excepción cuando la simulación concertada entre las partes tiene por objeto encubrir un fraude á la ley. Se dice que en este caso la parte interesada es admitida á probar la simulación por testigos. Esta opinión se funda en el art. 1,353 que permite al juez admitir simples presunciones, cuando el acta está atacada por causa de fraude y dolo. Resulta que el fraude á la ley puede establecerse por presunciones llamadas de hombres, pues el artículo está concebido en términos generales y no distingue entre el fraude á la ley y el fraude hácia las personas. Si el fraude á la ley puede probarse por simples presunciones, debe admitirse, por vía de

1 Chambéry, 6 de Mayo de 1861 [Daloz, 1861, 5, 328].

consecuencia, que la prueba testimonial es también admisible, pues el art. 1,353 pone en una misma línea la prueba por testigos y las presunciones. En apoyo de esta opinión se invoca la imposibilidad moral en que se halla la parte para procurarse una prueba literal. (1)

No admitimos esta opinión sino en los límites del artículo 1,348, en otros términos, si realmente hubo imposibilidad para la parte interesada de procurarse una prueba literal; es decir, una contraletra que pruebe la simulación. El artículo 1,353, que se invoca para deducir de él el principio que todo fraude á la ley puede probarse por testigos, no dice lo que se le hace decir. Tomada al pie de la letra la disposición de este artículo concerniente al fraude y al dolo, no tiene sentido, pues la ley parece decir que el fraude y el dolo no se prueban por testigos, lo que es inadmisibile, puesto que lo contrario resulta del principio consagrado por el artículo 1,348. Para dar un sentido al art. 1,353 hay que considerarlo como la aplicación de las reglas que rigen la prueba testimonial; pero la aplicación no puede sobrepasar al principio; no es, pues, en el art. 1,353 en el que debe buscarse la solución de nuestra cuestión, es en el art. 1,348. Y el art. 1,348 no dice en términos absolutos que todo fraude á la ley se prueba por testigos; la palabra *fraude* no se halla en él; si se admite que en virtud del art. 1,348 puede probarse por testigos el fraude y el dolo, es por aplicación del principio general que la ley establece, y ella exige, como condición para la admisión de la prueba testimonial, que no haya sido posible al demandante procurarse una prueba literal del hecho litigioso. Esta condición recibe su aplicación á los hechos de fraude y de dolo hácia las personas; debe también aplicarse al fraude que las partes hacen á la ley

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 466, nota 29, pfo. 765. Marcadé tomo V, pág. 149, núm. 4 del artículo 1,348. En sentido contrario, Devilleneuve (Sirey, 1836, 1, 597). Compárese Larombière, t. V, páginas 153 y siguientes, núm. 19 (Ed. B., t. III, pág. 211).

concertando una simulación. En teoría, debería admitirse que toda especie de prueba puede establecer el fraude á la ley, porque el interés de la sociedad exige que las leyes se respeten; importa, pues, que la simulación por la que las partes quieren eludir la ley, se descubra y se reprima. Pero esta observación se dirige al legislador; el intérprete no tiene que preocuparse de lo que debió hacer el legislador, está ligado por las reglas que la ley establece. Y, estas reglas en materia de prueba testimonial, no pueden dar lugar á dudas; es la prohibición de la prueba testimonial, salvo las dos excepciones de los arts. 1,347 y 1,348. En la opinión que combatimos, se admite una tercera excepción que se toma fuera de la sección que trata de la prueba testimonial, en un artículo que no tiene sentido sino cuando se ve en él una aplicación del art. 1,348. Esto no es ni lógico ni jurídico. El art. 1,348 es nuestra única regla: si la simulación que consiste en un fraude á la ley no pudo constar por escrito, la parte interesada será admitida á probar por testigos, puesto que no pudo procurarse una prueba literal. Si, al contrario, le era posible exigir una contraletra, no podrá probar la simulación por testigos.

595. La jurisprudencia asienta como principio absoluto, como si fuera un axioma, que el fraude á la ley se prueba por testigos. En nuestro concepto, debe verse en cada caso, si fué posible ó no procurarse una prueba literal. Si el fraude á la ley tiene por objeto disfrazar y esconder un delito, hay imposibilidad moral para aquel que comete un delito el firmar un escrito que ministre la prueba del delito. Vales de comercio son subscriptos por una causa que el deudor pretende ser falsa é ilícita; las cantidades que se obligó á pagar tenían por objeto apartar á aquellos en provecho de quienes eran subscriptos de la adjudicación de una entrega de efectos para una prisión penitenciaria; se trataba de encubrir por una causa simulada, una causa que constituía un delito,

la paralización de la libertad de la almoneda. ¿El suscriptor de los vales podía exigir una contraletra en que constara la verdadera causa? No por cierto, pues hubiera hecho constar su propio delito y la complicidad de sus socios. Luego el art. 1,348 era aplicable, si se admite que la imposibilidad moral basta para autorizar la prueba testimonial, y en el caso, esta cuestión no sería dudosa. La Corte de Limoges ha sentenciado en este sentido; no invoca el art. 1,348, asienta en principio absoluto, que la prueba testimonial es admisible todas las veces que se trata de buscar la causa del fraude y del dolo. (1) Lo mismo sucedería, y por identidad de razón, si se tratase de todo otro delito, por ejemplo, del contrabando. (2) La jurisprudencia francesa ha aplicado este principio á la usura y con razón; hay imposibilidad para exigir al usurero una contraletra que compruebe el delito y ministre una prueba en su contra. (3)

596. ¿Debe aplicarse el mismo principio á los hechos que, sin ser delitos criminales, son contrarios á las buenas costumbres ó al orden público? Sí, bajo la condición determinada por el art. 1,348, y es que la parte que pide la prueba de la simulación por testigos, se haya encontrado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de ella. Tales son las deudas de juego. “La ley no da ninguna acción á una deuda por juego ó para el pago de una apuesta” (art. 1,965). De donde la necesidad de disfrazar la verdadera causa de la obligación contraída por la parte que perdió. ¿Será admitida á probar la simulación por testigos? Hay una duda; estaba libre para no consentir la simulación, podía rehusarse

1 Limoges, 16 de Abril de 1845 (Daloz, 1846, 2, 191). En el mismo sentido Denegada, 4 de Enero de 1808 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,969).

2 Colmar, 26 de Febrero de 1819 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,950, 3º). Riom, 23 de Noviembre de 1820 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 542, 1º).

3 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,948.

á firmar el vale simulado; esto es verdad, pero consintiendo á pagar, y á pagar en caso de pérdida, estaba moralmente obligado á dar un recibo de su obligación poniendo en él una causa falsa, y por la misma razón, le era imposible pedir una contraletra, pues ésta hubiera hecho constar la nulidad del vale que subscribía, lo que sería contradictorio, y por consiguiente, imposible. (1)

597. La jurisprudencia francesa aplica este principio á la estipulación de un suplemento de precio dicho en el trato de la cesión de una oficina. Hay un motivo para dudar, es que toda convención debe, en principio, estar probada por escrito, y cuando hay un escrito, ninguna prueba por testigos es admitida contra él; no se admitiría, pues, á probar por testigos que el precio de una venta fijada en 10,000 francos en el acta, fué en realidad de 15,000. Pero la cesión de las oficinas está regida por principios particulares; está permitido á las partes estipular un suplemento de precio; cuando esto sucede, se ven precisadas á ocurrir á la simulación, y les es imposible redactar una acta de la dicha simulación por medio de una contraletra, puesto que esto sería la prueba escrita de la nulidad de sus convenciones. La Corte de Casación no invoca este motivo; asienta en principio que la prueba por testigos contra una acta, es admisible cuando está atacada por fraude; agrega que este principio debe recibir aplicación á las convenciones escritas que tienen por objeto substraer á la vigilancia de la autoridad, los tratados relativos á la transmisión de oficinas. Estas convenciones siendo contraídas en fraude de leyes que tienen por objeto el interés público, importa que sean anuladas, y por consiguiente, la prueba testimonial debe ser recibida. (2)

1 Durantou, t. X, pág. 384, núm. 370. Aubry y Rau, t. VI, página 469, nota 31.

2 Casación, 9 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 1, 467).