

verbalmente solo es recibida conforme con el título *De los Contratos*; es decir, que si la cosa excede del valor de 150 francos, deben las partes levantar una acta, de donde se concluye que la prueba no puede hacerse por presunciones. Esto es olvidar el art. 1,347, que hace excepción á la prohibición de la prueba testimonial cuando existe un principio de prueba por escrito; y cuando la prueba por testigos es admitida, el hecho litigioso puede también establecerse por presunciones. (1)

La Corte de Casación ha hecho una aplicación interesante de estos principios en el caso siguiente. Una casa de comercio tenía por comisionado en Gambia un dependiente al que se abonaba un sueldo anual, primero de 10,000 francos, y más tarde de 12,000. A su muerte, se encontraron 27,000 francos colocados por el difunto, y le era debida por honorarios una suma de 47,000 francos. Sus patrones sostuvieron contra los herederos que las colocaciones de fondos habían sido hechas por el comisionado con dinero de la caja que administraba y en cuenta de los salarios que se le debían; no atacaban la honorabilidad de su agente: había obrado de buena fe, públicamente, y con intención de arreglar cuentas; la muerte le impidió regularizar su posición. En apoyo de sus alegaciones, los patrones se prevalecían de un principio de prueba por escrito, las presunciones abundaban: el agente no tenía otro recurso que su sueldo, le era prohibido hacer negocios por su cuenta; los títulos de los créditos encontrados en su sucesión no podían, pues, proceder sino de fondos pertenecientes á sus patrones; las circunstancias en las que las colocaciones de fondos habían sido hechas, no dejaban ninguna duda acerca de este punto. Esta defensa, admitida por la Corte de Apelación, fué consagrada por la de Casación. (2)

1 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 25 de Julio de 1850 (Daloz, 1851, 1, 179).

2 Denegada, 20 de Marzo de 1865 (Daloz, 1866, 1, 268).

631. La excepción del art. 1,348 se aplica también á las presunciones. Cuando el acreedor se ha encontrado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, se le admite á dar la prueba por testigos de la obligación contraída hácia él. Pero lo más á menudo faltan los testimonios, en cuyo caso se ocurre á las presunciones en virtud del artículo 1,353. Hé aquí por qué esta disposición es de muy frecuente aplicación.

Los delitos y los cuasidelitos se prueban por presunciones, lo mismo que por testigos. Debe, pues, dárseles las reticciones que la doctrina y la jurisprudencia han consagrado para la prueba testimonial, con el fin de conciliar la excepción del art. 1,348 y la regla del art. 1,341. La Corte de Tolosa ha juzgado que el abuso de la firma en blanco no puede ser establecido con ayuda de las presunciones sino cuando la existencia de la firma en blanco está probada por escrito ó por un principio de prueba por escrito. (1)

El art. 1,348 admite la prueba testimonial cuando el título se ha perdido por un caso de fuerza mayor. La Corte de Casación ha sentenciado que cuando la minuta de una sentencia de adjudicación se pierde por un acontecimiento fortuito, las presunciones son admisibles para reconocer si dicha adjudicación contenía una elección de domicilio del adjudicatario, y la apreciación de estas presunciones es abandonada á la prudencia y conocimiento de los jueces. (2)

632. El principio del art. 1,348 recibe numerosas aplicaciones: todas las veces que por razón de la imposibilidad de procurarse una prueba literal, la prueba testimonial es admitida, las presunciones lo son también. Así, los vicios de consentimiento, la violencia, (3) y el dolo, se prueban

1 Tolosa, 5 de Diciembre de 1838 (Daloz, en la palabra *Abuso de confianza*, núm. 48). Véase más atrás, núm. 556.

2 Denegada, 9 de Abril de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,041, 1°).

3 Denegada, 5 de Febrero de 1828 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 193).

por presunciones. El dolo se prueba lo más á menudo por presunciones: se les aplica todo cuanto hemos dicho de la prueba testimonial del dolo. Se puede, pues, probar por presunciones el dolo que vicia el consentimiento de una de las partes contratantes. Se han hecho objeciones poco serias; la Corte de Casación las contesta de un modo perentorio. El art. 1,116 dice que *el dolo no se presume*, ¿esto quiere decir que el dolo no puede ser establecido por presunciones? Esto sería un mal juego de palabras; el art. 1,116 dice en qué sentido no se presume el dolo, es que debe ser probado; ¿que pruebas son admisibles? Todas las pruebas legales; luego las presunciones, cuando la prueba testimonial es admitida; y, la ley dice que la prohibición de esta prueba tiene excepción todas las veces que no ha sido posible al acreedor procurarse una prueba literal; esto es decisivo. Cuando las partes han levantado una acta de sus convenciones, se hacen otras objeciones. Según los terminos del art. 1,319, el acta auténtica hace fe plena y el acta privada igual fe que la auténtica cuando está reconocida ó comprobada. ¿Es esto decir que no se pueda probar que el consentimiento de las partes fué sorprendido por dolo? No es el acta ni su fuerza probante la que se ataca, es la convención que consta en ella. Se insiste y se dice que atacar la convención es probar contra el acta, lo que prohíbe hacer por testigos el artículo 1,341, y por tanto, por presunciones. La respuesta es la misma: la prueba del dolo se liga á la convención y no al acta. Por otra parte, el art. 1,341 que prohíbe la prueba testimonial contra el contenido del acta, recibe excepción cuando el demandante no pudo procurarse una prueba literal, y tal es seguramente el caso en que su consentimiento ha sido sorprendido por dolo. (1)

1 Denegada, 1° de Febrero de 1832, 22 de Abril de 1828 (Daloz, núm. 5,043, 6° y 7°); 17 de Agosto de 1853 (Daloz, 1854, 5, 594); Gante, 15 de Febrero de 1849 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 143).

El fraude es ingenioso para defenderse después de urdir sus tramas para sorprender el consentimiento, pero la defensa solo consiste en mala chicana. Se conviene que el dolo puede ser invocado para atacar el acta, pero se dice que los terceros solo son admitidos á dicha prueba. La Corte de Casación ni siquiera contestó á esta interpretación del artículo 1,353. (1) Confunde el dolo y la simulación. Es verdad que las partes contratantes no pueden, en general, probar la simulación por testigos ni por presunciones, mientras que los terceros lo pueden porque han estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal de la simulación. (2)

Ha sido sentenciado por aplicación de estos principios, que los terceros podían atacar una acta por causa de simulación, y que la simulación podía probarse por testigos, aunque en el acta constase la numeración de los fondos. Se objetaba que la numeración de fondos estaba probada hasta inscripción por falsedad. Sin duda, el hecho material de la numeración de fondos está probado hasta inscripción por falsedad, pero la numeración puede ser simulada, y el notario no tiene misión ni capacidad para hacer constar la verdad de las declaraciones de las partes y de los hechos materiales que pasan ante él. La Corte de Casación ha vuelto á establecer los verdaderos principios, declarando que los terceros son admitidos á probar la simulación por simples presunciones. (3)

633. Hemos supuesto en lo que acabamos de decir, que el art. 1,353 solo aplicó á las presunciones, los principios que la ley establece acerca de la prueba testimonial. El final del artículo parece al contrario, derogar á estos principios.

1 Denegada, 3 de Junio de 1835 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,935, 2°)

2 Paris, 26 de Noviembre de 1836, y Denegada, 30 de Abril de 1838 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,034). Denegada, Sala Civil, 9 de Julio de 1851 (Daloz, 1851, 1, 311).

3 Casación, 16 de Junio de 1816 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,114, 1°).

Después de haber dicho que el magistrado no puede admitir las presunciones simples sino en los casos en que la ley admite la prueba testimonial, el art. 1,353 agrega: "á menos que el acta esté atacada por causa de dolo y fraude." Tomada al pié de letra, esta reserva significa que las presunciones son admitidas para establecer el fraude y el dolo por excepción á la regla que asimila las presunciones á los testimonios; de manera que debería concluirse que el fraude y el dolo no se prueban por testigos. Esta interpretación es inadmisibile, pues hace decir al art. 1,353 lo contrario de lo que se dice en el art. 1,348. El principio establecido por el art. 1,348 es general, absoluto. *Todas las veces* que ha sido imposible á la parte interesada procurarse una prueba literal, es admitida á probar por testigos el hecho litigioso; y el dolo y el fraude no se hacen constar por escrito; luego el art. 1,348 autoriza la prueba testimonial en todos los casos en que el acta es atacada por causa de fraude y de dolo. ¿Podrá suponerse que el legislador haya dicho en el artículo 1,353 lo contrario de lo que dijo en el art. 1,348?

Ahí no está la verdadera dificultad que presenta el artículo 1,353. La doctrina y la jurisprudencia, lejos de restringir el art. 1,348 por el art. 1,353, dan al principio del artículo 1,348 una extensión mayor en virtud del art. 1,353. Se admite generalmente que el art. 1,353 permite de un modo absoluto, probar el fraude por testigos, mientras que el art. 1,348 no autoriza la prueba testimonial del fraude, sino por razón de la imposibilidad en que se encontró el acreedor para procurarse una prueba literal, y por consiguiente, en los límites de esta imposibilidad. Hemos combatido la opinión general. A nuestro parecer, el art. 1,353 no deroga nada al art. 1,348, y solo asimila las presunciones á los testimonios. Esta es la doctrina tradicional. Danty decía que la ley considera las presunciones como testimonios. (1) Y

1 Danty acerca de Boiceau, VII, 62, pág. 243.

el art. 1,348 no admite los testimonios para probar el fraude, sino en los casos en que ha sido imposible obtener una prueba literal; lo que es decisivo.

¿Deberá hacerse una excepción para el fraude que ataca la ley? Hemos ya contestado á la pregunta; en teoría, debe admitirse toda prueba, aun simples presunciones, para descubrir y reprimir el fraude por el que se trata de eludir la ley. Pero el Código no consagra esta teoría; es, pues, necesario atenerse al principio del art. 1,348; es decir, no admitir la prueba testimonial del fraude sino cuando la parte interesada no pudo procurarse una prueba literal. Por lo demás, como la imposibilidad moral basta para aplicar el artículo 1,348, se alcanza casi el mismo objeto que la jurisprudencia (núm. 577), pero se le alcanza por una vía legal, mientras que la jurisprudencia hace la ley. (1)

534. La jurisprudencia asienta, en principio, que el juez puede admitir presunciones simples cuando se ataca una acta por causa de fraude á la ley. (2) Por aplicación de este principio, la Corte de Casación ha sentenciado en cámaras reunidas, que las presunciones eran admisibles para establecer que un vale ha sido subscripto como retractación de una promesa de matrimonio. Preferimos la sentencia de la Corte de Gante que admite igualmente las presunciones, pero fundándose en el art. 1,348 (núm. 598). La Corte de Casación aplica también el art. 1,353 á las deudas de juego, y decide que este artículo hace excepción al art. 1,341. (3) Nos es difícil admitir que un artículo extraño á la prueba testimonial, derogue una disposición que contiene los principios fundamentales acerca de la prueba testimonial. Sin embar-

1 Compárese Duranton, t. X, núm. 196, y t. XIII, núm. 530. Aubry y Rau, t. VI, pág. 466, nota 29, pfo. 765. Larombière, t. V, páguina 379, núm. 4 (Ed. B., t. III, pág. 299).

2 Denegada, 14 de noviembre de 1843 (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1,684, 6°).

3 Denegada, 4 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1857, 1, 441).

go, en el fondo la Corte ha sentenciado bien. El deudor no puede, en el caso, procurarse una prueba literal de la causa ilícita que vicia la deuda de juego; luego el art. 1,348 es aplicable, y por consiguiente, es admitido á probar por presunciones que el vale que ha subscripto tiene por causa una deuda de juego.

De ordinario, el fraude y la simulación están concertados entre las partes contra un tercero. En este caso, no hay ninguna duda: los terceros pueden siempre invocar la excepción del art. 1,353. La simulación fraudulenta se prueba regularmente por presunciones: Tal es el fideicomiso hecho en provecho de un incapaz, por ejemplo, una congregación religiosa. (1) En esta materia, los herederos son considerados como terceros; se les admite á probar por presunciones que una donación ha sido hecha en fraude de la proporción (2) ó en fraude de la reserva. (3) La verdadera razón para decidir, es, como lo dice la Corte de Bruselas, que los herederos están en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del fraude que se practicó contra ellos; (4) la jurisprudencia francesa se limita á decir que hay fraude á la ley.

635. Cuando el demandante no ha estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, no puede invocar la prueba testimonial ni las presunciones. La Corte de Dijon lo juzgó así en el caso siguiente. Un ascendiente pide que se le atribuya á título de devolución legal, ciertos inmuebles que pretende haber dado á su descendiente ya difunto. Los inmuebles habían sido comprados por un notario en adjudicación pública; posteriormente los había transmitido al hijo del demandante. Este pretendía que la adquisición había tenido lugar para su hijo, y que el acta subsecuente era una

1 Bruselas, 13 de Mayo de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 191). Compárese Limoges, 13 de Mayo de 1867 (*Dalloz*, 1867, 2, 81).

2 Denegada, 20 de Marzo de 1863 (*Dalloz*, 1865, 1, 285).

3 Denegada, 18 de Agosto de 1862 (*Dalloz*, 1863, 1, 144).

4 Bruselas, 28 de Julio de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 165).

donación disfrazada hecha mediante persona interpuesta. El ascendiente solo invocaba presunciones, la Corte decidió que las presunciones no eran admisibles contra una acta auténtica de las que tendían á cambiar el carácter. (1)

*Núm. 2. Fuerza probante de las presunciones de hombre.*

636. El art. 1,353 dice que el magistrado solo debe admitir presunciones graves, precisas y concordantes. No basta, pues, que existan presunciones, es necesario que presenten los caracteres determinados por la ley. Las presunciones descargan en probabilidades; y, hay varios grados en las probabilidades. Cuando se trata de decidir una contestación, el juez debe tener la convicción que el derecho que reconoce y sanciona existe; es, pues, precisa la certeza; por tanto, las probabilidades que una de las partes invoca deben dar al magistrado una convicción segura. Es en este sentido como la ley dice que las presunciones deben ser graves; una ligera probabilidad no basta para engendrar la certeza legal. Las presunciones deben ser precisas; consisten en razonamientos, es necesario que la consecuencia venga lógicamente del hecho conocido del que el juez deduce el hecho desconocido. En fin, las presunciones deben ser concordantes: puede haber probabilidades en pro y en contra; si una destruye la otra, no pueden conducir á la certeza legal, resultará al contrario, la incertidumbre, la duda, y en el caso de duda, el juez no puede adjudicar las conclusiones. (2)

Esta última condición que la ley exige, implica que hay varias presunciones. ¿Debería decidirse que el juez no pue-

1 Dijon, 28 de Marzo de 1862 (*Dalloz*, 2862, 2, 188).

2 Duranton, t. XIII, pág. 574, núm. 533. Larombière, t. V, página 381, núm. 7 (Ed. B., t. III, pág. 299).

da resolver el juicio en una sola presunción? Pothier parece decirlo: algunas veces, dice, el concurso de varias presunciones unidas equivale á una prueba. Esta es también la opinión de Toullier, (1) pero excepción aislada. El Código no exige que haya varias presunciones, solo quiere, si las hay, que sean concordantes; desechó el viejo adagio: *Testis unus, testis nullus*; y, las presunciones son asimiladas á los testimonios: ¿por qué no había de poder fundar el juez su decisión en una sola presunción cuando ésta le da una entera entereza, así como puede invocar un solo testimonio?

637. Citarémos un ejemplo tomado de la jurisprudencia. La Biblioteca Nacional reclamó, como perteneciéndole, un autógrafo de Montaigne que se hallaba en manos de un literato. Sostenía que esta pieza había sido sustraída ó que se había perdido, lo que le permitía reivindicarla contra un tercer poseedor de buena fe. La demandante invocaba los arts. 1,348 y 1,353, en virtud de los cuales era admitida á probar el hecho de la pérdida ó el robo, por testigos y por presunciones. No había testigos, pero había una presunción. La carta de Montaigne había sido insertada en una obra publicada bajo el título de: *Galería francesa ó colección de retratos de literatos célebres que han ilustrado á Francia en los siglos XVI, XVII y XVIII, con un facsimil de autógrafos*. Se lee en esta obra una nota que dice: "La carta siguiente es la única que posee la Biblioteca real; hace parte de un tomo que tiene por título: *Cartas francesas de varios grandes hombres*." La Corte encontró en esta nota una presunción grave, estableciendo que el autógrafo de Montaigne hacía parte de una colección de la Biblioteca Nacional; concluyó que no había podido salir del dominio de dicha Biblioteca sino por una sustracción. El poseedor invocó en vano su buena fe y la máxima que en asunto de muebles, la po-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 849. Toullier, t. V, pág. 17 núm. 20.

sesión vale título; el Código hace excepción á la regla cuando se trata de una cosa perdida ó robada. (1)

638. Es inútil multiplicar los ejemplos: las presunciones varían de un caso á otro, de manera que, en esta materia, las sentencias no pueden mucho servir de precedente. Además, los jueces del hecho gozan de un poder discrecional. Esto resulta de los términos de la ley: "Las presunciones, dice el art. 1,353, que no son establecidas por la ley son encomendadas á las luces y á la prudencia del magistrado.

La Corte de Casación sentenció, por numerosas determinaciones, que toca al juez de hecho apreciar las presunciones que no están establecidas por la ley y declararlas graves, precisas y concordantes, (2) que sus decisiones en esta materia son discretionales y soberanas: (3) esto es decir que escapan necesariamente á la comprobación de la Corte de Casación. (4) Esto supone, sin embargo, que la Corte de Apelación se limita á apreciar los hechos. Si hubiera admitido presunciones en un caso en que la ley las desecha, sentenciaría en derecho y su decisión sería sugenta á la Corte de Casación. Lo mismo si el juez primero hubiera admitido como presunción legal una de esas presunciones de derecho de que es tan pródiga la jurisprudencia antigua, también habría lugar á la casación. Las presunciones de derecho que se admitían antaño y que el Código no ha mantenido, no pueden ser ya invocadas sino á título de presunciones de hombre. Así, las cortes deciden de hecho que cuando el deudor presenta un recibo del último plazo de la renta que no

1 Paris, 18 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 96).

2 Denegada, 11 de Noviembre de 1806 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,020, 1°).

3 Denegada, 27 de Abril de 1830 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 5,043, 7°).

4 Denegada, 21 de Agosto de 1827 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,020, 6°). Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 22 de Mayo de 1862 (*Pasicrisia*, 1822, 1, 298).

contiene reserva, hay presunción que los plazos anteriores hayan sido pagados, sobre todo cuando el acreedor ha quedado varios años sin promover. (1) Ha sido sentenciado en este sentido, que el recibo dado sin reserva por un notario por gastos de actas redactadas por él deja presumir el pago de gastos concernientes á actas anteriores. (2)

639. De ordinario el juez toma las presunciones en los hechos y las circunstancias de la causa. ¿Puede tomarlas fuera de la causa, por ejemplo en instancias judiciales anteriores? Cuando son las mismas partes que han figurado, la afirmativa no es dudosa. La jurisprudencia va más allá; admite que el juez puede buscar las presunciones en actas extrañas á las partes litigantes. Se ha objetado ante la Corte de Casación de Bélgica, el viejo adagio: *Res inter alios acta, aliis nec prodesse nec nocere potest*, adagio que el Código ha consagrado en el art. 1,165: Las convenciones solo tienen efecto entre las partes contratantes, no perjudican á los testigos y no les aprovechan sino en los casos previstos por el artículo 1,121. Esto era confundir la prueba resultando de las actas con el efecto de las convenciones, confusión tan habitual, que el intérprete está obligado á señalarla á cada paso. En el caso, como lo dice la Corte de Casación, la Corte de Apelación solo había invocado el acta como confirmando un derecho á una de las partes en el terreno litigioso, lo que había únicamente prevalecido de tal derecho para establecer que antiguamente el terreno litigioso era en parte municipal, lo que ministraba una presunción, pudiendo servir con las otras piezas del proceso, para probar que dicho terreno constituía por naturaleza una propiedad del municipi-

1 Colmar, 22 de Mayo de 1812 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,850, 1º). Compárese Angers, 27 de Julio de 1816 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,011, 3º).

2 Burdeos, 8 de Diciembre de 1835 (Daloz, en la palabra *Notario*, núm. 530).

pio. (1) También se quiso prevalecer de la máxima análoga que rige los efectos de la cosa juzgada; de que no pueda perjudicar ni aprovechar á los terceros, se concluirá que el juez no puede tomar presunciones en ella. La ley da al juez un poder discrecional para tomar sus presunciones en donde quiera, en los documentos de una instancia judicial, como en toda otra acta, (2) aun en una instrucción hecha en el curso de un procedimiento criminan. (3)

1 Denegada, 27 de Julio de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 1, 291).

2 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 28 de Abril de 1842, (*Pasicrisia*, 1842, 1, 362). Bruselas, 12 de Agosto de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 168).

3 Aix, 4 de Mayo de 1874 (Daloz, 1875, 2, 52).