

guar si la factura es únicamente un documento probatorio o también un verdadero título de disposición.

Hay en el Código de comercio, primer apartado del artículo 804, un precepto que equipara la factura a la póliza de cargo y a la carta de porte, ya admitiendo la posibilidad de una factura a la orden o al portador, ya reconociendo que el adquirente de una factura está, respecto a la reivindicación de la mercancía, en caso de quiebra del comprador, en las mismas condiciones del que adquiere una póliza de cargo o una letra de cambio.

Sabemos que tanto la póliza de cargo como la carta de porte son títulos de crédito y de disposición, es decir, títulos a los cuales se incorpora el derecho a la devolución de objetos indicados en ella, y por esta razón el que adquiere una póliza de cargo o un talón de porte, adquiere el derecho a retirar los objetos; y el Código de comercio, por ello, considera la transmisión de estos títulos equivalente a la entrega de la mercancía; en substancia, que esta transmisión constituye una forma de entrega simbólica (arts. 555, 362, 456, 392 y 804 del Código de comercio).

Pues bien: ¿tiene el mismo carácter la factura?, ¿va incorporado a ella el derecho de retirar las mercancías de suerte que el que adquiere la factura «mediante endoso o tradición manual» adquiere asimismo el derecho a retirar la mercancía?; la opinión general es adversa, y a nuestro juicio con razón (425).

Realmente existe una profunda diferencia entre la póliza de cargo, el talón de porte y el certificado de depósito, por un lado, y por otro, la factura; para retirar las cosas cargadas, transportadas o depositadas, se necesita poseer la póliza de cargo, el talón o el certificado de depósito; por ello hay verdadera conexión entre derecho y documento, y únicamente el que posee éste tiene el derecho. En cambio, para retirar las mercancías detalladas en la factura no es realmente necesario poseer ésta, no hay relación alguna entre factura y posesión de mercancías; la factura puede acompañar a ésta, pero puede enviarse posteriormente a la entrega.

142. Hasta ahora hemos hablado de la factura como *título de disposición*; vamos, pues, a ocuparnos de su *eficacia probatoria*.

Con este motivo hay que distinguir el valor probatorio de la factura respecto al *redactor* y respecto al *destinatario*.

A) La factura prueba *contra* el que la extiende por el solo hecho

(425) Véase a este propósito, Bolaffio: *Comm.*, vol. II, pág. 444.

de su emisión, y con independencia de si ha sido o no aceptada. El fundamento jurídico de esta eficacia probatoria es la *confesión* extrajudicial que contiene, cuya confesión se refiere a:

a) Un contrato anterior celebrado entre el emitente y el destinatario, o bien a la ratificación que se hace de un contrato celebrado entre el destinatario y el representante del librador que carece de los necesarios poderes;

b) La cantidad y calidad de las mercancías expedidas.

A este caso se aplican las normas relativas a la confesión (artículos 1.356 y sigs. del Código civil) (426).

B) La factura prueba *contra* el que la recibe, sólo si fué *aceptada*.

La aceptación puede ser *expresa* o *tácita*.

La *expresa* puede realizarse mediante aviso escrito (carta o telegrama) u oral, y también con la simple firma estampada en uno de los ejemplares de la factura.

La *aceptación tácita* se desprende de actos concluyentes, como la retirada de la mercancía después de recibir la factura, o su depósito en los almacenes del destinatario, o la reventa, o el descuento de las letras de cambio dadas al pago, descuento que debe hacerse después de recibir la factura.

Discútese si el *silencio* puede equivaler a aceptación tácita, o sea, la simple actitud pasiva del que la recibe; prevaleció durante mucho tiempo en la jurisprudencia la opinión de que quien recibe la factura y no protesta de ella debe considerarse que la acepta, pero a nosotros nos parece inadmisibles esta opinión, porque la simple actitud pasiva no puede equivaler a declaración de voluntad, a menos que no vaya acompañada de circunstancias tales que la priven de su natural carácter de equivocidad.

Como creemos que la factura es sólo *un medio de prueba*, carece para nosotros de importancia el que se refiera exactamente al contrato ya celebrado o contenga *cláusulas nuevas*; la existencia y validez,

(426) Discútese si pueden reconocerse aún los caracteres de una verdadera y propia confesión extrajudicial, y especialmente si han de aplicarse en su integridad los principios que rigen la confesión acerca de las revocaciones, las retractaciones y la indivisibilidad del contenido. Hay quien dice que la factura constituye una prueba, aunque no necesariamente plena. Es decir, que la prueba inicial de la factura puede combatirse; esto hace Segrè: *Della sede del contratto e della fattura accettata*, en *Rivista di Diritto commerciale*, 1911, II, pág. 953. Otros niegan que la extensión de la factura sea para el que la extiende un testimonio o una confesión extrajudicial contra sí mismo, divisible o indivisible; Bolaffio: *Commento*, vol. I, pág. 346.



tanto del uno como del otro, es un problema harto distinto del valor probatorio de la factura, que hay que resolver conforme a los principios generales que regulan la celebración de los contratos.

Por ello las cláusulas nuevas incluidas en la factura son, para el emitente, simples propuestas que únicamente vincularán, a tenor de las normas generales del art. 36, cuando hayan sido aceptadas y esta aceptación llegue a noticia del proponente, salvo los casos en que el artículo 36 reconozca que el contrato se perfecciona comenzando su ejecución. De igual suerte esas proposiciones vinculan al receptor únicamente cuando las *accepte*, siempre según los principios del art. 36. Por tanto, la aceptación de la factura en que estén incluidas nuevas cláusulas produce eficacia jurídica substancial y jurídico-probatoria, perfecciona un nuevo contrato y constituye prueba de él (427).

(427) El asunto de la factura mercantil ha provocado numerosas sentencias y una bibliografía copiosa, sobre todo respecto a las cláusulas, generalmente impresas, que se incluye en las facturas, cláusulas muy discutidas, tanto respecto al lugar del pago en el domicilio del vendedor como acerca de la derogación de los preceptos relativos a la competencia por razón del territorio, y también al plazo especial de caducidad para reclamar, etc. Fué creencia muy extendida, y en ella se inspiró durante cierto tiempo la mayor parte de la jurisprudencia, que si el destinatario, sobre todo después de recibir la mercancía, no reclama, esto equivale a la aceptación de las cláusulas todas insertas en la factura. Pero con justicia fué combatida esta teoría, fundándose en que la inclusión en la factura de cláusulas no convenidas anteriormente no puede tener otra eficacia, como decimos en el texto, que la de una proposición cualquiera. Conforme a algunos escritores, la obligatoriedad de las cláusulas no convenidas está fundada en los usos comerciales que motiva el que la simple inactividad de una de las partes respecto a la explícita declaración de la otra, encaminada a regir la relación con una modalidad accesoria, equivale a la aceptación. Pero claro que, aun en el caso de existir este uso contrario a la ley mercantil (art. 36), carecerían de eficacia. Otros tratan de distinguir entre cláusula accesoria referente a la ejecución del contrato, que debe estimarse aceptada, no por falta de reclamación o simple inercia, sino por la cooperación efectiva que presta el destinatario a la ejecución del contrato; en cambio, aquellas cláusulas agregadas a la factura que discrepen substancialmente de las pactadas necesitarían aceptación expresa (Bolaffio, *Comm.*, vol. II, págs. 353 y 354). No me parece aceptable esta distinción; no puede negarse, tratándose de estipulaciones nuevas, la necesidad de la aceptación expresa o tácita, a tenor del art. 36, si ha de tener eficacia vinculativa; porque, además, si esa cláusula se limita a expresar llana y simplemente normas corrientes, y como tales integradoras del contrato, la fuerza vinculativa de ellas no derivaría del silencio de la parte ni de la in-

### § 33.—LA CORRESPONDENCIA.

SUMARIO: 143. Eficacia probatoria de la correspondencia. Copia de la correspondencia reproducida en el copiador de cartas.—144. Eficacia probatoria de los telegramas. El telegrama y el despacho. Prueba de la fecha y de la procedencia. Presunción de conformidad entre el telegrama y el despacho. Presunción de la procedencia y de la verdad de la fecha.—145. Telegrama conteniendo mención de firma legalizada por notario. Eficacia constitutiva del acto.—146. Discrepancia entre el original y el telegrama. Sus efectos. Resarcimiento de daños por error o retraso.

143. La *correspondencia* la componen las cartas, tarjetas postales y telegramas expedidos y recibidos; debe conservarlos el comerciante, a tenor de lo dispuesto en el art. 21 del Código de comercio.

El original de la correspondencia es un documento privado, y a él se aplican las normas relativas a la eficacia probatoria y constitutiva de

serción de la cláusula en la factura, sino de la existencia de ese uso que legalmente forma parte de los pactos contractuales; esto es manifiestamente ajeno a la cuestión de la fuerza obligatoria o simplemente probatoria de la factura aceptada; en opinión de Bolaffio, una cláusula de tal naturaleza es la que ha producido más discusiones. Tratándose de la relativa al pago en el domicilio del deudor, el uso comercial derogaría lo dispuesto en el Código civil de que el pago ha de hacerse en el lugar del domicilio del deudor, y por eso en materia mercantil, salvo pacto en contrario, debe hacerse el pago en el domicilio del vendedor. La cláusula inserta en la factura en este sentido no haría más que referirse a un uso. Pero verdaderamente en materia mercantil es muy dudosa la existencia de un uso general en este sentido, y el hecho mismo de que el mayor número de discusiones recaiga precisamente sobre la eficacia vinculadora de esa cláusula inserta en las facturas, y sobre la aceptación de ella hace, por lo menos, discutible la existencia de lo invocado por Bolaffio. Entre los muchísimos escritos que tienen por asunto la factura, debemos recordar principalmente: Sraffa: *L'accettazione delle fatture e il silenzio*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1903, I, 27, y 1904, II, 326; Pagani: *Le fatture accettate col silenzio* (*Ivi*, 1908, II, 475); Carnelutti: *Sull'efficacia delle clausole non accettate contenute nelle fatture commerciali* (*Ivi*, 1915, II, 1); Barrault, en *Annales de Droit commercial*, 1913, 347. Existe una extensa reseña de la numerosa jurisprudencia acerca de este escrito hecha por Osilia, en *Riv. di Dir. comm.*, 1925, 10-12. La jurisprudencia más reciente opina, en general, como nosotros en el texto: indiscutible es que la aceptación puede ser tácita y su aceptación cosa esencialmente de hecho: Tribunal Supremo del Reino, 9 y 25 de mayo 1925 (*Repertorio del Foro ital.*, 1925, palabra *Fattura* n. 6 y 7).



esos documentos. Aun los contratos solemnes que requieren únicamente ser consignados en documento privado pueden formalizarse por correspondencia, siempre que ésta constituya un documento privado en sentido propio, es decir, que esté firmado por su autor (428). Desde el punto de vista de la eficacia probatoria también puede hacer fe la correspondencia no firmada, siempre que se pruebe que la letra procede de la persona contra quien se alega.

Pero la especialidad de la eficacia probatoria de la correspondencia consiste en que, no sólo basta para ello el *original*, sino también la *copia*, reproducida en el *copiador de cartas*, y en que constituye prueba, no sólo *contra*, sino también *en favor* del comerciante, según los preceptos relativos a los libros de comercio (art. 50), entre los cuales está incluído precisamente el copiador de cartas (429).

El copiador de cartas hace prueba del *contenido* de éstas y de los telegramas que en él se transcriben, no sólo del *envío*, sino del *recibo*, circunstancias que han de probarse por separado; una vez probado el envío y la recepción de una carta que puede individualizarse como la transcrita en el copiacartas, constituye prueba de su tenor exacto sin más requisitos.

Los *telegramas* merecen ser tratados por separado de la correspondencia.

144. El Código dedica a los telegramas los arts. 45, 46 y 47.

*Telegrama*, en el sentido propio de la palabra, es el escrito que se envía al destinatario por la oficina telegráfica de llegada, cuyo *original* o *despacho* es lo que ha escrito el expedidor y entregado a la oficina de origen.

Como el telégrafo es un medio de transmisión de la declaración de voluntad del expedidor, puede considerarse como una *copia* del original depositado en la oficina de origen; copia *indirecta* en muchos sistemas de telegrafía, porque la oficina de llegada redacta el telegrama, no sobre el original, sino conforme a signos transmitidos por la oficina

(428) Recordemos que ni la contextualidad ni la simultaneidad de la firma son requisitos necesarios en los documentos privados (véase más atrás, número 137).

(429) La eficacia probatoria de la correspondencia varía según esté dirigida a la otra parte o a un extraño; en este segundo supuesto constituye sólo un indicio, a tenor de los principios reguladores de la confesión extrajudicial (art. 1.358 Cód. civ.): Tribunal Supremo del Reino, 10 abril 1926 (*Glur. Ital.*, 1926, I, 1, 685).

na de origen, pero copia, porque, a su vez, la oficina de origen lo que hace es reproducir en signos el original que se le ha entregado; en una palabra, que el telegrama puede definirse *copia de copia*. En los recentísimos sistemas de telegrafía en que las máquinas receptoras estampan directamente sobre cintas especiales el telegrama que se reexpide al destinatario, también es una copia hecha y enviada por la oficina transmisora, del despacho que fué entregado. Claro es, por consiguiente, que el valor de una copia depende: primero, del valor del original; segundo, de la fidelidad de la copia.

Conforme a los principios generales, el que recibe un telegrama y quiere servirse de él como medio de prueba, deberá demostrar: 1.º, que el original extendido es un medio idóneo de prueba; 2.º, que la copia reproduce fielmente el original. La ley, en su artículo 45, acude en auxilio del destinatario del telegrama indicando que, cuando pueda probar que el original estaba firmado por el expedidor o fué entregado o mandado entregar por él en la oficina de origen, el telegrama constituye prueba como documento privado, sin más requisitos.

Semejante precepto se interpreta de tres maneras:

Hay quien ha sostenido que la prueba que está a cargo del destinatario debe de ser, no sólo de la firma y entrega del original, sino, además, de la conformidad del telegrama con aquél, y ese auxilio consiste únicamente en equiparar a los documentos privados el despacho u original no firmado, sino simplemente entregado o hecho entregar por el expedidor.

Según otra opinión, una vez probada la firma o la entrega, se presumirá inmediatamente la conformidad dicha, y con presunción *iuris et de iure*, es decir, no susceptible de prueba contraria (430).

Según una tercera opinión, muy de nuestro agrado, probada la firma o la entrega, se presume, con presunción *iuris tantum*, la conformidad del telegrama con el original. Realmente, con la perfección técnica lograda en los medios de transmisión telegráfica, casi han desaparecido los motivos de error de transmisión, y se justifica, por tanto, perfectamente, la presunción de conformidad del telegrama con el original, basada en una probabilidad efectiva. En cambio, no se justifica la presunción absoluta, porque acabaría por prevalecer como declaración de voluntad del expedidor el telegrama sobre el despacho.

Esta opinión está, además, justificada por el texto legal que dice precisamente que, probada la firma o la entrega, el telegrama consti-

(430) Vighi: *La teoria dell'affidamento e l'articolo 46 del Codice di commercio*.



tuye prueba como documento privado, salvo que necesite alguna otra cosa para que el telegrama despliegue su eficacia probatoria.

De suerte que, demostrada en vía de prueba suministrada por el destinatario, que el original procede del expedidor, y, por vía de presunción (431), la conformidad del telegrama con el original, el telegrama constituye prueba como documento privado.

Significa esto, que el telegrama, aun cuando no esté firmado por el expedidor, la ley lo equipara a los documentos privados en sentido propio o restringido.

Dice el artículo 45 que el telegrama hará prueba como documento privado, y eso equivale a decir que sólo tiene el valor probatorio, no el valor constitutivo de los documentos privados; de modo que no sirve para dar vida a un negocio jurídico para el que se requiera el documento *ad substantiam* (432). Y añade el primer apartado del mismo artículo 45, que «si la firma del original está legalizada por notario, se aplicarán los principios generales; si la identidad de quien ha suscrito o entregado el original se comprueba por otros medios señalados por los Reglamentos de Telégrafos, se admite prueba en contrario».

La primera parte de este artículo podría inducir a creer que, cuando la legitimación notarial aparezca en el telegrama, se admite como cierta la firma del original mientras no sea tachada de falsa; pero la deducción sería inexacta; el telegrama no es obra del notario, sino del telegrafista; la afirmación de la existencia de la legitimación es perfectamente impugnabile sin necesidad de accionar de falsedad; basta impugnarla y probar de cualquier modo su falsedad; pero si la afirmación resulta cierta, la exactitud de la firma en el original, probada queda hasta que se tache de falsa. De modo que, cuando el telegrama cursado al destinatario contenga la afirmación de la oficina telegráfica de que la firma del original ha sido legitimada por notario, surge la pre-

(431) Coppa-Zuccari: *I telegrammi in rapporto alle scritture private*, n. 128 y 129, seguido por Navarrini: *Trattato*, vol. V, n. 2.128 y 2.129, niega la existencia de esta presunción, y dice que el destinatario debe probar también la conformidad del telegrama con el despacho. Pero Vivante: *Trattato*, vol. IV, n. 1.611, nota 74, dice en contra, y con razón, que, si se atribuye eficacia jurídica exclusivamente al despacho, se priva de su razón de ser a lo dispuesto en los artículos 45 y 47 del Código.

(432) Cuanto queda dicho en el texto es aplicable al telegrama: el despacho en cambio, cuando reúna los caracteres de verdadero documento privado, también tiene el valor constitutivo probatorio de éste (Vivante: *Trattato* IV, n. 1.617).

sunción de existencia de la legitimación en el original y, consiguientemente, la otra presunción de autenticidad de la firma, que no puede destruirse sino en virtud de declaración de falsedad.

La segunda parte del primer apartado del 45 establece la presunción de legítima procedencia en el caso también de que la identidad del expedidor se declare en las formas establecidas en los Reglamentos de Telégrafos; se trata aquí también de una presunción *iur. tantum*, que puede impugnarse aduciendo todos los medios de prueba.

El segundo apartado del 45 establece una última presunción legal para cuando la fecha que aparezca en el telegrama, tanto de expedición como de llegada a las oficinas de Telégrafos, se presuma cierta, mientras no se pruebe lo contrario.

Trátase, en realidad, de una ampliación posterior de la presunción, mediante la cual, declarada la procedencia del telegrama del expedidor, se presume la conformidad del telegrama con el original o despacho; realmente, la fecha es un elemento del original, y si se presume cierta, esto implica la presunción de que corresponde a la del original.

145. En esta materia del valor jurídico del telegrama como reproducción del despacho, hay un precepto muy obscuro en el artículo 47, que añade: «será válido y hará prueba en juicio en materia mercantil, tanto el mandato como cualquier otra manifestación de consentimiento, aun judicial, transmitido telegráficamente, cuya firma haya sido legalizada por notario conforme a los Reglamentos de Telégrafos».

Difícil es concordar este artículo y el primer apartado del 45, porque, según éste, cuando el original ha sido legalizado por un notario, y se reproduce en el telegrama la mención de ello, se presume auténtica la firma, mientras no se tache de falsa, y no se adivina qué ha podido agregar a esta disposición el artículo 47; el inciso «en materia comercial» frente al artículo 45, sería una limitación, porque éste es aplicable también en materia civil, y es una de aquellas disposiciones, como la del 36, redactada ocasionalmente en el Código de comercio, pero que es aplicación y desenvolvimiento de principios generales de derecho privado.

En substancia, que la distinción del 47 es, por lo menos, superflua, y la mejor explicación que puede darse de la inserción de este artículo en el Código de comercio es la de que, según el 47, ha querido darse al telegrama legitimado, además de la *eficacia probatoria* de que se



ocupa ya el 45, la *constitutiva* también de que carece, según éste (433). Ya hemos visto que con el artículo 45 el legislador atribuye al *telegrama*, aunque esté redactado por el oficial de Telégrafos y no por la parte, igual valor *probatorio* que al documento privado; pero no le ha reconocido también *eficacia constitutiva*, es decir, la posibilidad de crear un negocio jurídico que exija *ad solemnitatem* que se consigne por escrito; eficacia que le atribuye el 47 cuando el original o despacho lleve la legitimación de notario. Esto se deduce también de la dicción distinta usada en los dos artículos: en tanto que el 45 dice que el telegrama *hará prueba como documento privado*, el 47 dice que el telegrama *será válido y hará prueba*.

146. La distinción entre *telegrama* y *original* o *despacho*, consiste en que el primero, que se entrega al destinatario, debe ser considerado únicamente como copia del original; implica que, para la eficacia jurídica del telegrama, lo decisivo es el tenor del original y no el de la copia librada al destinatario; es el despacho, no el telegrama, el que encierra la declaración de voluntad del expedidor (434); por lo tanto, en caso de disparidad entre el original y el telegrama, no habrá declaración de voluntad válida, porque la declaración llegada a manos del destinatario no es la que quiso el expedidor, y la que, efectivamente, fué querida por éste, no llega a manos del destinatario.

Nace en este caso la duda de si se trata de discrepancia entre voluntad y declaración, o bien de una declaración de voluntad imperfecta; e importa mucho distinguirlo, porque, si se trata de declaración de voluntad viciada, la disparidad entre voluntad y declaración no causa nulidad si se debe a culpa del declarante, en tanto que la habrá siempre si se trata de declaración incompleta, salvo el resarcimiento de daños si la declaración llega a manos del destinatario alterada por culpa del expedidor.

Creemos que no cabe hablar de discrepancia entre voluntad y declaración, porque el telegrama no es un medio de *expresión* de la voluntad del expedidor, sino un medio de *transmisión* de la voluntad declarada ya en el original o despacho; por consiguiente, aun en el caso de error de transmisión por culpa del expedidor, jamás habrá validez de la declaración equivocada contenida en el telegrama, y sólo habrá lu-

(433) Consúltese Coppa-Zuccari: *I telegrammi in rapporto alle scritture private*, Roma, 1900, n. 12 y siguientes.

(434) Segrè: *Comm.* al art. 46, n. 4.

gar al resarcimiento de daños por el expedidor cuando los daños existan y la culpa sea de éste.

En tal sentido, parece realmente resuelto el problema por el artículo 26 del Código de comercio, que dice: «En caso de error o retraso en la transmisión de telegramas, se aplicarán los principios generales relativos a la culpa; pero el expedidor de un telegrama, si ha cuidado de pedir el cotejo o de certificarle con arreglo a los reglamentos telegráficos, se presume exento de culpa».

Y a virtud de esta disposición, quien debe resarcir los daños es aquel a quien se retrotraiga la *culpa* del error o del retraso entre los que hayan intervenido en la transmisión telegráfica: expedidor, administración de Telégrafos, destinatario; culpa que habrá de probarse severamente conforme a los principios del derecho común.

Pero la oficina de Telégrafos, que es la culpable, en la mayor parte de los casos, de los errores o retrasos, está exceptuada completamente de responsabilidad por una serie de disposiciones contenidas en reglamentos y reiteradas en la ley de 7 de abril de 1892, n. 184, acerca de los teléfonos (art. 23) (435), que amplía expresamente la irresponsabilidad del Estado, tanto por faltas en el servicio telefónico como en el telegráfico, y disipa cuantas dudas pudieran surgir para lo sucesivo acerca de la constitucionalidad de las anteriores normas reglamentarias. De suerte que hoy día, y cualquiera que sea la culpa de la Administración, no hay que pensar en responsabilidad de ella, y únicamente puede pedir el perjudicado la devolución de lo pagado, o una indemnización fija, si el telegrama fué «recomendado». No hay más responsabilidad que en caso de dolo, que se exige íntegra; ni tampoco cabe el que, una vez exenta de responsabilidad la Administración, subsista la personal del funcionario culpable del error o del retraso, porque a más de la insignificancia práctica de semejante responsabilidad, como se trata de una culpa contractual por incumplimiento de obligación, y, por tanto, del incumplimiento no puede responder sino quien asume la obligación, que es, en este caso, el Estado, no el funcionario.

Desechada la responsabilidad de la Administración, queda la del expedidor o la del destinatario, según quien tenga la culpa, que en el expedidor puede consistir en la mala redacción del despacho, dirección inexacta o incompleta, tardía presentación en la ventanilla de Telégrafos, etc.; y la del destinatario en no haber pedido rectificación de un telegrama ambiguo o incompleto, en no haber facilitado su dirección,

(435) Véase texto único, 3 mayo 1903, n. 196, arts. 32 y 33, y reglamento 21 mayo 1903, n. 253, art. 103.