

bunado. Después de recordar que la transacción es un contrato y que debe reunir las condiciones esenciales requeridas para la validez de las convenciones Albisson dice: «La única condición que agrega el proyecto y que debía serlo por relación á la naturaleza particular de la transacción es que sea redactada en escrito; lo que es infinitamente sabio, pues que debiendo la transacción terminar en un proceso se hubiese corrido el riesgo de hacer nacer un nuevo proceso, dejando depender el efecto de la solución del problema acerca de la admisión ó el resultado de una prueba testimonial. (1) Merlin dice muy bien que nada en estas palabras indica la mente de hacer del escrito una solemnidad esencial para la existencia de la transacción. Para que se le pueda dar este sentido se necesitaría que el Relator se hubiera servido de algunas expresiones que marcasen que la transacción, á diferencia de los demás contratos onerosos, sería un contrato solemne. Todo lo que dice Albisson es que la transacción debe ser redactada en escrito en razón de su naturaleza particular; queda por saber qué influencia tendrá la naturaleza del contrato en la forma. No tiene más que la del efecto de la transacción no debe depender de una prueba testimonial. Se trata, pues, de una cuestión de prueba, y la transacción tiene esto de especial: que la ley no admite la prueba testimonial aun en los casos en los que conforme al derecho común fuera admisible. (2) La jurisprudencia se pronunció en este sentido; (3) á decir verdad, la cuestión nunca ha sido discutida seriamente porque la solución no es dudosa.

368. Hay casos en que la transacción está sometida á formas particulares sin que por esto se haga un contrato so-

1 Albisson, Informe núm. 2 (Loché, t. VII, p. 464).

2 Merlin, *Asuntos de derecho*, en la palabra *Transacción*, pfo. VIII, núm. 1 (t. XVI, p. 54).

3 Lieja, 29 de Agosto de 1814 (Pasicrisia, 1814, p. 215). Bruselas, 11 de Abril de 1864 (Pasicrisia, 1865, 2, 115).

lemne. El tutor no puede transar en nombre del menor sino después de estar autorizado por el consejo de familia y de la opinión de tres abogados designados por el Procurador del Rey; además la transacción debe ser homologada por el tribunal después de oír al Ministerio Público (artículo 467). Ya explicamos esta disposición en el título *De la Tutela*. Nos trasladamos al mismo título en lo relativo á los tratos que se forman entre el recién llegado á mayor y su tutor en la cuenta de tutela (art. 472).

Conforme al Código de Procedimientos ninguna transacción podrá ejecutarse en la promoción del falso incidente si no ha sido homologada en justicia después de comunicada al Ministerio Público (art. 249). Se juzgó que la transacción liga á las partes antes de estar homologadas; el contrato se forma por concurso de voluntades solamente; no puede ejecutarse antes de estar homologado; y esta homologación siempre puede pedirse por una de las partes sin que la otra se pueda oponer sino por motivos legítimos. (1) No insistimos por pertenecer á la materia del procedimiento.

369. La cuestión de prueba da siempre lugar á dificultades aun en la materia más sencilla. Cuando la transacción está redactada en escrito privado las partes deben observar las formalidades del art. 1325, puesto que la transacción es un contrato sinalagmático. Si no han llenado estas formalidades no habrá prueba literal; ¿pero de que no haya prueba literal se debe concluir que la transacción misma no existe? Nó, ciertamente, puesto que el escrito no está exigido ni para la existencia ni para la validez de la transacción. Sin embargo, un autor estimado dice que la transacción que hubiera sido redactada en un solo original sería considerada como simple proyecto, no tendría ningún valor. Formulada así la proposición ciertamente que es errónea, puesto que parece hacer de la validez del escrito una con-

1 Bruselas, 12 de Febrero de 1830 (Pasicrisia, 1830, p. 41).

dición de la existencia de la transacción. Después de haber dicho que la transacción no tendría ningún valor M. Pont agrega que esta nulidad es susceptible de cubrirse. (1) Lo que es un nuevo error. ¿Se confirma un acto que no tiene existencia? Si realmente la transacción no era más que un proyecto sólo habría un medio de darle vida: hacer una nueva convención. Nos trasladamos en cuanto á los principios á lo dicho en el título *De las Obligaciones*.

La confusión entre las condiciones requeridas para la validez del escrito y las requeridas para la validez de la convención se encuentra también en la jurisprudencia. Una transacción interviene entre herederos; el acta debía haberse hecho en cinco originales; parecía que sólo se había redactado en uno solo, el que se depositó en casa del notario de la familia y fué guardado por éste con sus minutas en virtud de una sentencia judicial. Uno de los herederos pidió la nulidad de la transacción fundándose en la no observancia del art. 1325. Así motivada la acción carecía de sentido: ¿es nula la transacción cuando la prueba literal es nula? De hecho todas las partes reconocían la existencia de las convenciones de que el escrito tenía por objeto comprobar.

¿Qué faltaba? ¿Y qué importaba después de esto que el acta se hubiese redactada en cinco originales? Sin embargo, la Corte de Casación prueba extensamente que el depósito en casa de un notario reemplazaba los duplicados, lo que en derecho es contestable. (2) Esta discusión es perfectamente ociosa. La confesión es la mejor de las pruebas; y es profundamente inmoral decir á la justicia: Yo confieso que he hecho tal convención, pero me niego á ejecutarla por que tal escrito no tiene duplicado. ¿Puede la ley consagrar semejante doctrina? Una sentencia de la Corte de Lieja di-

1 Pont, t. II, p. 29, núm. 490.

2 Denegada, 22 de Febrero de 1835 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 1270, 1.º).

es muy bien que no siendo requerida la escritura más que para la prueba basta que se confiese la transacción porque recibía su ejecución. (1)

370. ¿La correspondencia puede reemplazar el acta redactada en las formas del art. 1325? En principio nó, puesto que las cartas no son actas; y aunque lo fueran tendrían además que ser redactadas en las formas legales. Traducimos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XIX, núm. 224). Entre comerciantes la correspondencia es un medio legal de prueba. ¿Quiere decir esto que la transacción podría hacerse por cartas? Las transacciones no son contratos mercantiles, como lo vamos á decir; es una acta esencialmente civil; luego es el derecho civil el que regla la prueba. Fué sentenciado que una carta regularmente insertada en los libros de comercio no puede ser invocada por el comerciante como dando la prueba de una transacción intervenida entre él y su antiguo dependiente acerca de una cuenta que existía entre ellos. (2) La sentencia no discute la dificultad de derecho.

371. Hay transacciones que se hacen ante el juez: cuando las partes se arreglan por intermedio de sus abogados ó hacen conclusiones y el juez toma nota de ellas se da á esas transacciones el nombre de *sentencia de expediente*. Esta denominación está tomada de la jurisprudencia antigua; se designaba con ella la sentencia fijada amigablemente entre las partes ó sus abogados; se depositaba en la secretaría y luego se *expeditaba* bajo forma ejecutoria. Estas transacciones judiciales son á la vez un convenio y una sentencia. Así como las sentencias no pueden ser atacadas más que por los recursos que la ley abre contra las decisiones judiciales forman un título ejecutorio; y bajo el imperio del Código Civil tenían la gran ventaja de implicar hipoteca judi-

1 Lieja, 31 de Marzo de 1834 (Pasierisia, 1834, 2, 79).

2 Paris, 5 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 2, 39).

cial; nuestra Ley Hipotecaria no mantuvo esta hipoteca. Las *sentencias de expediente* son también convenciones, puesto que se forman por concurso de consentimientos y no por la decisión del juez; para ser válidas tienen, pues, que reunir las condiciones requeridas para la existencia y la validez de toda transacción convencional; son indivisibles como toda transacción, mientras que las sentencias no lo son. (1)

372. Hay un magistrado instituido para conciliar á las partes: es el juez de paz. Si llega á conciliarlas el secretario redacta una acta del arreglo tomado. Según el art. 54 del Código de Procedimientos «las convenciones de las partes insertadas en el proceso verbal tienen fuerza de obligación privada.» Esto quiere decir que el acta no es un título ejecutorio, pero no hay que inducir de esto que el acta es un escrito privado. Es un juez quien recibe las convenciones y es un secretario quien las hace constar; luego el acta es auténtica en cuanto á la formalidad y en cuanto á la prueba que resulta.

Un juez de paz conoció de una acción de límites y comprobó el arreglo intervenido entre las partes en cuanto al derecho de paso; es decir, de un pleito que no era de su competencia. Se pretendió que el juez de paz, actuando como juez, no podía recibir el arreglo de las partes. La Corte de Bourdeos desechó esta singular doctrina. El juez de paz, reuniendo calidades, es juez y es magistrado conciliador; luego aunque actúe como juez tiene calidad para conciliar á las partes acerca de las contestaciones que no son de su competencia y en las que, por consiguiente, las partes debían comparecer ante él en conciliación. Sería inútil y casi ridículo mandar á las partes para que comparezcan después ante él cuando se encuentran ante el juez de paz que siempre tiene misión para conciliarlas. (2)

1 Pont, t. II, p. 41 núm. 493 y los autores que cita.
2 Bourdeos, 6 de Julio de 1858 (Sirey 1859, 2, 54).

Ha sucedido que una de las partes se niegue a firmar el acta levantada por el secretario, creyéndose con esto desprendido del convenio. Como el acta no se levanta sino cuando las partes han fijado su arreglo negarse á firmar no puede ser considerado como negarse á tratar; y desde que la convención está perfeccionada por el concurso de consentimientos de las partes tiene que ser ejecutada aunque una de las partes se negara á firmar el acta; basta que esta esté firmada por el juez y el secretario para ser válida en la forma. (1)

373. Las partes comparecen en audiencia ó en cámara de consejo; ahí se concilian y el secretario levanta acta de sus arreglos. ¿Será válida en la forma esta transacción? No, los tribunales no tienen misión de conciliar á las partes, ni los secretarios de levantar actas de sus convenios. Luego si las partes quieren redactar inmediatamente una acta de sus convenciones deben hacerlo en la forma prescrita por el art. 1325. (2)

374. ¿Las transacciones pueden ser probadas por testigos? En principio no. Este es el sentido del art. 2044. «Este contrato debe ser hecho por escrito» cuando se combina el texto con el informe dado al Tribunalado por Albisson (núm. 367). ¿Por qué excluye el legislador la prueba testimonial? El Relator dice que esto procede de la naturaleza de las transacciones. Una sentencia de la Corte de Lieja que desechó esta prueba nos dice en qué sentido la transacción excluye la prueba por testigos mientras que los demás contratos no solemnes la admiten en los límites de la ley. Las dificultades, dice la Corte, que arredran á las partes eran muchas y eran de tal gravedad que no se puede suponer que hubiesen querido dejar en los términos de una simple transacción verbal prohibida por la ley la convención que ter-

1 Denegada, 5 de Marzo de 1855. (Dalloz, 1855, 1, 99).
2 Lieja, 29 de Agosto de 1814. (Pasicrisia, 1814 p. 215).

minaba sus dificultades. (1) ¿Qué hubiera resultado con la admisión de la prueba testimonial? Es que regularmente hubiera habido un litigio acerca de la prueba; de modo que el acto destinado á terminarlo ó á evitarlo hubiera engendrado un proceso cuando se trataba de probar la transacción. Se conciben los testimonios cuando se trata de comprobar un hecho ó una simple convención, no se concibe que se atenga uno al dicho de los testigos cuando se trata de dificultades de derecho que los testigos no entienden. Había, pues, para dar estabilidad á las convenciones que exigir que fuesen redactadas por escrito.

375. En materia de comercio la prueba por testigos está indefinidamente admitida. ¿Debe concluirse de esto que se puede probar por testigos una transacción intervenida en materia comercial? La jurisprudencia se ha pronunciado por la negativa, y con justicia. Aunque la transacción se haga en asuntos de comercio no se puede decir que constituya un acto mercantil. Terminar ó evitar un proceso nacido ó por nacer no tiene nada de común con el comercio que consiste en vender ó comprar. Esta es esencialmente una acta civil sometida á las reglas del derecho civil. Además, los motivos por los que la ley desecha la prueba testimonial en materia de transacción se aplican á todas las transacciones, cualquiera que sea su objeto. La Corte de Lieja lo ha hecho notar. Es de la esencia de la transacción poner fin á los pleitos nacidos ó por nacer entre las partes; nada fuera más contrario á este objeto como autorizarse con un acuerdo verbal cuya prueba se diera por testigos; lo que colocaría á las partes en medio de las dificultades de un proceso cuyo resultado dependería de las suertes inseguras de los testimonios. (2)

1 Lieja, 3 de Febrero de 1849. (Pasicrisia, 1849, 2, 181) Gante, 22 de Febrero de 1856 (Pasicrisia, 1856, 2, 130).

2 Lieja, 10 de Julio de 1858 (Pasicrisia, 1859, 2, 107). En el mismo sentido Bardeos, 5 de Febrero de 1857 (Daloz, en la palabra *Transacciones*, núm. 34.)

La prueba testimonial no está admitida, aunque los casos que son objeto de la transacción tuvieran un valor menor de 150 francos. Acerca de este punto todos están acordes. Al decir que la transacción debe ser redactada por escrito sin reservar la prueba testimonial el art. 2044 deroga la regla general del art. 1341. Acabamos de dar los motivos (núm. 375). Sin embargo, el solo texto hubiera sido insuficiente; el art. 1341 comienza también por decir que *debe* levantarse una acta de todas las cosas que excedan del valor de 150 francos. Se hubiera podido decir que el artículo 2044 sólo reproduce la regla del art. 1341. Pero el informe de Albisson no permite esta interpretación; dice claro que la prueba por testigos no es de admitirse en materia de transacción; el art. 2044 tiene, pues, un sentido restrictivo, lo que excluye la prueba testimonial. (1)

376. ¿Pasa lo mismo cuando hay un principio de prueba por escrito? Esta cuestión está muy controvertida. Todos los autores, con excepción de Pont, Merlin y Zachariæ, enseñan que la prueba testimonial no está admitida. (2) La Corte de Casación se pronunció por la opinión contraria, pero las cortes de apelación se han adherido á esta doctrina. Las Cortes de Bélgica están también divididas. Creemos que en ningún caso la transacción puede ser probada por testigos; el texto del art. 2044, combinado con el informe de Albisson, conduce irresistiblemente á esa consecuencia. Si el art. 2044 excluye la prueba testimonial como generalmente se admite la excluye en todos los casos, pues está concebido en términos absolutos; se refiere á todas las hipótesis en las que la prueba testimonial puede admitirse,

art. 12 de Agosto de 1871 [Daloz, 1873, 2, 103]. En sentido contrario, véase *Derecho comercial*, t. IV, núm. 2695.

Durantón, t. XVIII, p. 453, núm. 406, y todos los autores.

Véanse las citaciones en Pont, t. II, p. 245, núm. 502. Aubry y Rau, t. IV, nota 8, p. 420.

al art. 1349 tanto como al art. 1341. El espíritu de la ley es tan absoluto como el texto. ¿Por qué admite la prueba testimonial cuando existe un principio de prueba por escrito? Es porque haciendo el escrito probable la cosa hay menos peligro en completar el principio de prueba con testimonios siempre sospechosos. Esta teoría no tiene nada de común con la transacción. Si la ley desecha la prueba testimonial en esta materia no es porque desconfíe de los testigos, es porque los testigos no estarían en estado de dar cuenta de lo que pasó en su presencia; esto conduciría inevitablemente á un conflicto acerca de la prueba. Pues bien, este motivo recibe su aplicación cuando la prueba testimonial sólo se admite con un principio de prueba escrita tanto como cuando se admite directamente. Si se admite la explicación que Albisson ha dado del art. 2044 se debe necesariamente concluir que la exclusión de la prueba por testigos es absoluta. Sin embargo, la Sala Civil ha desechado esta opinión después de larga deliberación y sobre las conclusiones del Abogado General. Hay, pues, duda. Debe oírse á la Corte.

Esta admite que el art. 2044 deroga el 1341 y, por consiguiente, la prueba testimonial no es admisible aunque el interés comprometido en la transacción fuera mayor que 150 francos. La Corte concluye que el art. 2044 deja entera, por lo mismo que nada dice de ella, la disposición del art. 1347 que autoriza como regla general la prueba testimonial cuando puede apoyarse en un principio de prueba escrita. Este argumento supone que el art. 2044 se refiere únicamente al art. 1341; la suposición es puramente gratuita; en efecto, el art. 2044 está concebido en términos absolutos: quiere que la transacción se haga por escrito; y puede decirse que la transacción está escrita cuando sólo hay un principio de prueba escrita? Luego el art. 2044 impide la aplicación del art. 1347 como impide la del artículo

lo 1341. Los motivos del art. 2044, tales como los ha expuesto el Relator del Tribunalado, son igualmente absolutos; nos sorprende que la Corte de Casación nada diga de un elemento tan esencial del debate. Es inútil continuar esta crítica de la sentencia de la Corte de Casación; si lo que decimos del punto de partida de la Corte es verdadero todas las consecuencias que dedude caen por esto mismo. (1)

377. Hay un caso en el que, en opinión general, la prueba testimonial es admitida: este es el caso de pérdida del acta que fué levantada para comprobar la transacción. No se puede en este caso reprochar á las partes el haber descuidado de conformarse al art. 2044, puesto que lo habían hecho, y como es una fuerza mayor que las privó de esta prueba la ley tiene que darle la prueba por testigos; el derecho y la equidad así lo exigen. Traducimos á lo dicho acerca del art. 1348, núm. 4, en el título *De las Obligaciones* (t. XIX, núm. 571).

378. Se pregunta si la transacción puede ser probada por la confesión de las partes. La afirmativa está escrita en el texto del art. 1356, según el cual la confesión judicial hace fe plena contra aquel de quien procede. Esto no es dudoso. Pero hay controversia acerca del punto de saber si una de las partes puede interrogar á la otra; esto también nos parece dudoso, pues el interrogatorio no tiene más objeto que el de obtener una confesión por parte del interrogado. Tal es también la opinión de todos los autores, excepto Troplong, y ha sido consagrada por la jurisprudencia. (2) ¿Qué dice Troplong para justificar su disentiimiento? Que es deplorable abrir la lucha judicial acerca de la existencia de una ac-

1 Casación, 28 de Noviembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 105). En el mismo sentido, Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 25 de Abril de 1844 (Pasierisia, 1844, 1, 152). Bruselas, 13 de Mayo de 1863 (Pasierisia, 1864, 2, 22). En sentido contrario, Nancy, 5 de Diciembre de 1867 [Daloz, 1868, 2, 45]; Metz, 30 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1860, 2, 239). Lieja, 1.º de Marzo de 1848 (Pasierisia, 1848, 2, 49).

2 Véanse las citaciones en Pont, t. II, p. 252, núm. 506, nota 2.

ta destinada á concluirse. En nuestro concepto hay algo más deplorable aún: es contestar á las partes interesadas un derecho que las leyes les conceden. "Las partes pueden, en cualquiera materia, pedir que se absuelvan posiciones" (Código de Procedimientos, art. 324). Troplong agrega: "¿Qué impedía á las partes concluir su arreglo por escrito si era esto definitivo?" (1) No se trata de lo que las partes podían hacer y no han hecho, se trata de lo que tienen el derecho de hacer; y su derecho está escrito en la ley.

379. ¿El juramento decisorio puede ser diferido acerca del punto de saber si hay transacción? Esta es otra cuestión más controvertida, y no debería serlo. "Según el art. 1358 el juramento decisorio puede ser diferido en toda clase de contestación." Los tribunales se han atenido á este texto tan claro y tan terminante. Lo han aplicado á la transacción porque no hay ningún motivo para excepción. Los autores también se pronuncian en favor de esta opinión. (2) Troplong sólo es de opinión contraria. Uno solo puede tener razón contra todos. ¿En el caso tiene Troplong motivos tan poderosos para separarse de la doctrina que los autores enseñan y que la jurisprudencia consagra? Cita primero una sentencia de la Corte de Montpellier que no dice lo que el autor le hace decir. Luego viene la razón que hace que deseche la opinión común. El juramento decisorio, dice, es un medio de prueba que pugna con la naturaleza de la transacción; supone un proceso en la prueba y *la ley no quiere que pueda haberlo*. ¿Cuál es esta ley? El único artículo del Código que trata de la cuestión es el 2044. ¿Quiere decir este artículo que la ley no quiere que haya proceso acerca de la prueba? Sí, cuando se trata de prueba testimonial úni-

1 Troplong, *De las Transacciones*, núm. 31.

2 Véanse las citaciones en Pont, t. II, p. 252, núm. 507 y en Aubry y Rau, t. IV, p. 660, nota 7, pfo. 420. Debe agregarse La Haya, 3 y 26 de Julio de 1823 (Pasicrisia, 1823, ps. 456 y 486).

ca que deseche el Código. Nó, cuando se trata de cualquiera otra prueba. No sólo la ley pretendida por Troplong no existe sino que nunca la hará el legislador porque sería absurda. Troplong admite la confesión. ¿Acaso no puede haber pleito acerca de la confesión? Surgen cada día, y de los más difíciles, acerca de la indivisión de la confesión; tendría, pues, que desecharse la confesión. Sería también necesario desechar la prueba literal que el Código admite, pues los escritos también dan lugar á pleitos, así como cualquiera prueba. Troplong combate después á Merlin. No interviene en este debate en el que la vanidad del autor está en juego mucho más que la ciencia. (1)

1 Troplong, *De las Transacciones*, núm. 29.