

NOTA MINIMA SOBRE LA PRUEBA DOCUMENTAL



JAIME SOTO GOMEZ
Magistrado del Tribunal Superior de Medellín

NOTA MINIMA SOBRE LA PRUEBA DOCUMENTAL

I- Noción General

En su obra Pruebas Judiciales, el Dr. Luis Alzate Noreña se refiere a un concepto amplio de prueba preconstituídas, que comprende algo llamado "prueba preconstituída documental", la cual incluye no solo pruebas escritas, sino ciertos signos o datos anteriores que aseguran la existencia de un hecho, como mojones de límites o linderos. Pero veremos que el concepto que nuestro C.P.C. da de documento no es tan amplio.

Para Jaime Guasp y Pedro Aragonese, citados por el Dr. Devis El, los signos que no pueden ser llevados al juez no constituyen prueba documental, sino prueba de monumentos. ¹

Es notable que, siendo la prueba documental la más elaborada, se aproxime a otras pruebas, como el indicio, o las comprenda, según veremos. Así, ciertos signos que no alcanzan a ser documentos se quedan en meros indicios, como un "calvario" popular (montículo de piedra, con una cruz, que hace el pueblo en despoblado, donde alguien murió).

No reproducimos el cuadro que el Dr. Cardoso Isaza hace de los documentos, por no comprender solo documentos jurídicos ni com-

1 Las pruebas en el Procedimiento Civil Colombiano, Instituto de Especialización en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, abril de 1971. pág. 159 (mimeógrafo).

prenderlos todos, sino algunos extrajurídicos y algunos jurídicos. El art. 251 del C.P.C. se refiere a documentos muebles y a inscripciones, en soportes inmuebles, no a signos mudos, como los mojones.

Por la fijeza de las inscripciones en un inmueble, en contraste con la prueba documental móvil, podemos hablar de prueba documental inmueble y prueba documental mueble. (Veremos varias divisiones de la mueble).

En el capítulo sobre el tema de prueba, al hablar del hecho notorio, como hecho que no es tema de prueba, se dice la importancia de la prueba de inscripciones en relación con hechos notorios, como prueba de poca aplicación en la práctica (casi limitada al campo de los derechos de autor: vgr., como prueba de que es hecho notorio que tal prócer nació en tal lugar, de suerte que afirmar esto no es plagio a alguien que lo afirma).

El C.P.C. se ocupa poco en esta prueba limitada. Se verá que no es posible incluirla en ciertas clasificaciones, válidas solo para la mueble, como la de documentos auténticos y no auténticos. Resulta, pues, una prueba estéril, frente a la fértil prueba documental móvil.

Recordando palabras de Portalis y de Savigny, nos concretaremos a la prueba documental mueble, de amplia aplicación.²

Es notable el hecho de que, aunque el C.P.C. elude las definiciones, en los arts. 194, 251 y 302 da nociones sobre figuras jurídicas, nociones no siempre acertadas, como se hace notar a propósito del art. 194.

En el art. 251 da la noción de que los documentos muebles representan o declaran; pero en el art. 277 se refiere a documentos dispositivos, como forma de los declarativos.

2 El Dr. Bernardo Trujillo Calle (pág. 55 de su obra) cita a Savigny, en el sentido de que "todas las obligaciones de alguna importancia se concluyen habitualmente por actos escritos (títulos, etc.), en lugar de simple convención verbal". Pero se referiría a una cultura distinta a la nuestra.

Y, en el Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés, a la vez que dice que "la prueba testimonial es la prueba natural de los actos recientes" (pág. 84), Juan Esteban Marfa Portalis dice que "en todas las naciones civilizadas, la escritura es la prueba natural de los contratos. Sin embargo, conformándonos a todas las leyes precedentes, autorizamos la prueba por testigos en los casos en que existe un principio de prueba por escrito. Más este principio de prueba por escrito no es necesario en los negocios mercantiles, que se consuman en bolsa, en la plaza pública o en la conversación imprevista" (pág. 92), conceptos revaluados al analizar la teoría de los arts. 187, 232 y 265 de nuestro C.P.C., en cuanto se apartan de nuestra idiosincracia o nuestra cultura.

Los representativos reproducen, no expresan.

El citado art. 251 define los documentos públicos y especies suyas, y define los privados por exclusión: los que no reúnen requisitos para ser públicos.

Según él, el documento público es género y consiste en ser otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención.

Puede consistir en escrito autorizado o no suscrito. Para distinguir éste de aquel llamaremos documento público simple el no suscrito ni autorizado.

El suscrito o autorizado por funcionario público en ejercicio de su cargo (documento público complejo) es instrumento público.

También podemos hablar de instrumentos público simple (no suscrito por notario) y escritura pública: instrumento público otorgado por un notario o por alguien que haga sus veces (como consúl) e incorporado en el respectivo protocolo.

II- Complejidad, nexos y posibles avances de la prueba documental.

Aunque es quizá la prueba más compleja, tiene nexos con pruebas simples, como vimos, en el caso del signo que no llega a ser documento formal (caso del "calvario" popular). El principio de prueba por escrito (art. 232) contiene un indicio, según se ve en el capítulo respectivo. El certificado médico a que se refiere el art. 659 contiene un testimonio calificado (art. 227), próximo al dictamen pericial. El memorial auténtico ante el juez o notario, en casos contemplados en los arts. 65, 84, y 107 del C.P.C., puede equivaler a documento privado al cual solo falta la firma del "declarante" en la diligencia de reconocimiento, que exige el art. 68 del Dto. 960 de 1970, para tener el valor reconocido en este y en los arts. 273 y concordantes del C. P. C., no obstante ser un acto presenciado por el juez en ejercicio de sus funciones (art. 116 ib.); de suerte que contiene por lo menos una prueba incompleta de autenticidad.³ Y frecuentemente los documentos contienen confesio-

3 Según el art. 34 del Dto. 2148 de 1983, reglamentario de los Dtos. 960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973, "en la diligencia de reconocimiento de un documento privado el notario dejará constancia de la manifestación del interesado, suscrita por este, de que el contenido de aquel es cierto. Para el efecto podrá utilizar un sello en donde se exprese de manera inequívoca esta declaración. Si el documento contiene varias hojas, sellará y rubricará cada una de ellas. Esta diligenciada será firmada por el notario en primer lugar. En igual forma procederá para el reconocimiento de firma".

nes (así lo hacen los recibos), como contempla expresamente el C.P.C. de 1931 (art. 637) en relación con documentos privados expresivos de obligaciones, y lo hace el art. 53 de la Ley 57 de 1931, sobre vales, recibos, etc.

Así mismo, la prueba documental es la más propicia para avances técnicos previstos en el art. 175 del C. P. C., como se ve en el capítulo respectivo.

III- La Autenticidad.

Con base en este concepto podemos hacer una clasificación de los documentos.

El art. 21 del C. C. da una noción errónea de autenticidad, por compleja, pues dice que se refiere "al hecho de haber sido (el documento) realmente otorgado y extendido por las personas y de la manera que en tales documentos se expresa".

En cambio de los conceptos de haber sido otorgado y extendido por determinadas personas y de determinada manera, el art. 252 del C.P. C. reduce el concepto a la "certeza sobre la persona" que lo firmó o lo elaboró.

Luego distingue entre certeza presunta y certeza probada: documentos que se presumen auténticos y documentos cuya autenticidad está probada.

En relación con algunos documentos solo presume auténtica la firma (con efecto sobre el contenido, como el caso del art. 273), incurriendo en petición de principio, al decir que se presume auténticos "las firmas de quienes suscriben", como si ya se supiera quienes suscriben (que es lo que se requiere saber), en lugar de decir que se presumen auténticos las firmas que "aparezcan" en tales documentos, como de suscriptores de ellas.

Así, el art. 252 presume auténticos los instrumentos públicos, "los libros de contabilidad debidamente registrados y llevados en legal forma" y las firmas que aparezcan en otros que enuncia.⁴

4 El Dto. 1024 de 1982 (meramente ejecutivo) dispone que "ningún documento suscrito por funcionario público en ejercicio de sus funciones requiere autenticación" (art. 1o.); que "los documentos originales que deban presentarse ante autoridades oficiales no requieren autenticación ni el cumplimiento de formalidad especial, salvo en los casos de

El C. de Co. de 1887 no contenía presunciones de autenticidad. Así, reconocía mérito probatorio a los libros de comercio sin establecer aquella; y, en el art. 834, reconocía mérito ejecutivo a la letra de cambio "judicialmente reconocida con arreglo a la Ley".

Se debe al art. 5o. de la Ley 46 de 1923 ("sobre instrumentos negociables") la presunción de autenticidad de las firmas contenidas en los títulos valores; el cual imponía la carga de la prueba a quien alegara la falsedad.

Sin embargo, la Ley 105 de 1927 volvió al sistema tradicional, en el art. 25, al reconocer mérito ejecutivo a la póliza de seguro (antecedente del art. 1053 del C. de Co. actual) sin presumir su autenticidad. Igual sistema adoptaba el C. P. C. de 1931 en relación con los documentos públicos.

El art. 252 del actual volvió al sistema de la presunción con causa final, que también adopta el art. 259.

El C. de Co. aceptó un sistema híbrido, de presunciones tácitas, como en los arts. 68, concordantes y 1386, y presunción expresa, en los arts. 189 y 1052, como ejemplos.

Y el art. 793 adopta el sistema tradicional de la presunción tácita.

Creemos que en este punto hay conflicto, por lo menos aparente, entre el C. P. C. y el C. de Co., posterior a aquel; el cual no reconoce el Dr. León Posse Arboleda y no advierte el Dr. Luis F. Helo Kattah.

Aquel dice: "De otra parte, el art. 793 dispone que procede la acción ejecutiva con base en un título-valor sin necesidad de reconocimiento de firma. Se mantiene el principio que daba al instrumento negociable el carácter de recaudo ejecutivo, pero se quita el peligro que entrañaba la presunción de autenticidad, sobre la cual el profesor ROBLEDO URIBE anota: "Sin embargo, hasta el presente esta disposición no ha producido los efectos inconvenientes que pueden preverse. Sin duda porque los maleantes no la conocen todavía. Y por el contrario, ha servido para darles mayor eficacia a los instrumentos negociables". Es decir, que como lo dispusieron las **Ordenanzas de Bilbao** (art. 4o. del

autorización por documento privado y los expresamente señalados por la Ley" (art. 2o.); y que "la certificación del ejercicio del cargo de notario solo se exigirá para los documentos que deban presentarse en el exterior". (art. 3o.). Rige desde el 15 de abril de 1982 (art. 4o.).

capítulo 13), se da a los títulos-valores eficacia judicial y extrajudicial, reconociéndoles la misma fe que merecen los documentos auténticos pero sin caer en el vicio de presumir auténtica la firma.

“La excepción fundada en no haber firmado el obligado el título envuelve una tacha de falsedad, que implica para el excepcionante la carga de la prueba, pero sin encontrarse colocado frente a la presunción de autenticidad, que en ocasiones hacía imposible el ejercicio del derecho. Tratándose de una operación mercantil, cuando se realice entre comerciantes, los libros y papeles de comercio serán prueba de especial significado en estas discusiones que, repetimos, implican para quien las provoca la carga de demostrar su afirmación”.⁵

Sencillamente, encontramos contradictorio su planteamiento.

Pero no encontramos más lógico el del Dr. Helo Kattah: después de transcribir el art. 244 del Proyecto Intal, dice: “El artículo 793 del Código corresponde textualmente al artículo 244 del Proyecto INTAL, razón por la cual cabría en principio el mismo comentario que hicimos en el epígrafe anterior respecto a este último, o dea, no establece propiamente una presunción de autenticidad con las consecuencias que se dejaron vistas en el terreno probatorio.

“Sin embargo, debemos hacer dos breves consideraciones que separan a los referidos ordenamientos.

...“la segunda observación es la siguiente: El artículo 233 del Proyecto INTAL enumera las **excepciones y defensas** oponibles al ejercicio de la acción cambiaria; el artículo 784 de nuestro Código de Comercio se refirió únicamente a las excepciones y eliminó de su enunciado la referencia al concepto de defensa. Vista la diferencia existente entre los conceptos de defensa en sentido estricto y de excepción, en la forma como se dejó explicable en la sección octava de este mismo capítulo, se podría afirmar que el demandado, al alegar la circunstancia de no haber sido él quien suscribió el título, debe probar los hechos en que se apoya para destruir las pretensiones de la demanda no trasladada al actor la carga de la prueba de la autenticidad de la firma del deudor sino que a este como excepcionalmente le corresponde el Onus Probandi: “Reus in Excipiendo Fti Actor”.

⁵ Los Títulos Valores en el Código de Comercio, 3a. ed., 1980, pág. 34

“Las anteriores observaciones tienden a demostrar que el espíritu del legislador en esta materia fue el de consagrar una verdadera presunción de autenticidad de las firmas impuestas en los títulos valores, además de dotarlas de eficacia ejecutiva sin necesidad de previo reconocimiento. Claro está que, en parte, ella se explica porque el Código de Procedimiento Civil, que sí consagra una presunción de autenticidad, es anterior al Código de Comercio y este, lógicamente debía estar en concordancia con aquel”.⁶

Así, desde el punto de vista de la autenticidad, existen documentos (privados) no auténticos por naturaleza, simplemente; documentos no auténticos pero con valor de auténticos (amparados por presunción tácita), como la copia a que se refiere el art. 13 de la Ley 182 de 1984 (sobre propiedad horizontal), los libros de comercio, los títulos valores y las mencionadas en los arts. 191, 233, 178 y 659 del C. P.C. y 1386 del C. de Co., y documentos que se presumen auténticos como los contemplados en el art. 252 del C.P.C. y no excluidos por el C. de Co.

IV- Noción de Documento Privado.

La Ley da una noción negativa y tautológica de esto, incluyendo lo definido en la definición, en cuanto dice que documento privado “es el (documento) que no reúne los requisitos para ser documentos públicos” (art. 251).

Debió decir, simplemente, que es privado un documento que no reúne los requisitos para ser público.

Un caso especial está contemplado en el art. 266 (repetición de un inciso del art. 1760 del C.C.).⁷

V- Clases de Documentos

Podemos hacer una clasificación material, no hecha especialmente por la Ley, y basada en la persona de quien emanen (aspecto subjetivo), y

6 De los Títulos Valores en General, Bogotá, 1975, pág. 219, 221 y 223.

7 En armonía con el art. 36 del Dto. 2.163 de 1970 (sustitutivo del 28 de Fyo. 960 de 1970), el art. 99 de este establece causales de nulidad de la escritura; y, en relación con la representación del apoderado, el art. 14 del Dto. 2143 citado atrás establece que “el poder otorgado por documento privado deberá ser presentado personalmente o reconocido ante juez o notario, con las formalidades de ley”.

una clasificación formal o jurídica, que mira a la fuente de su autenticidad (aspecto objetivo).

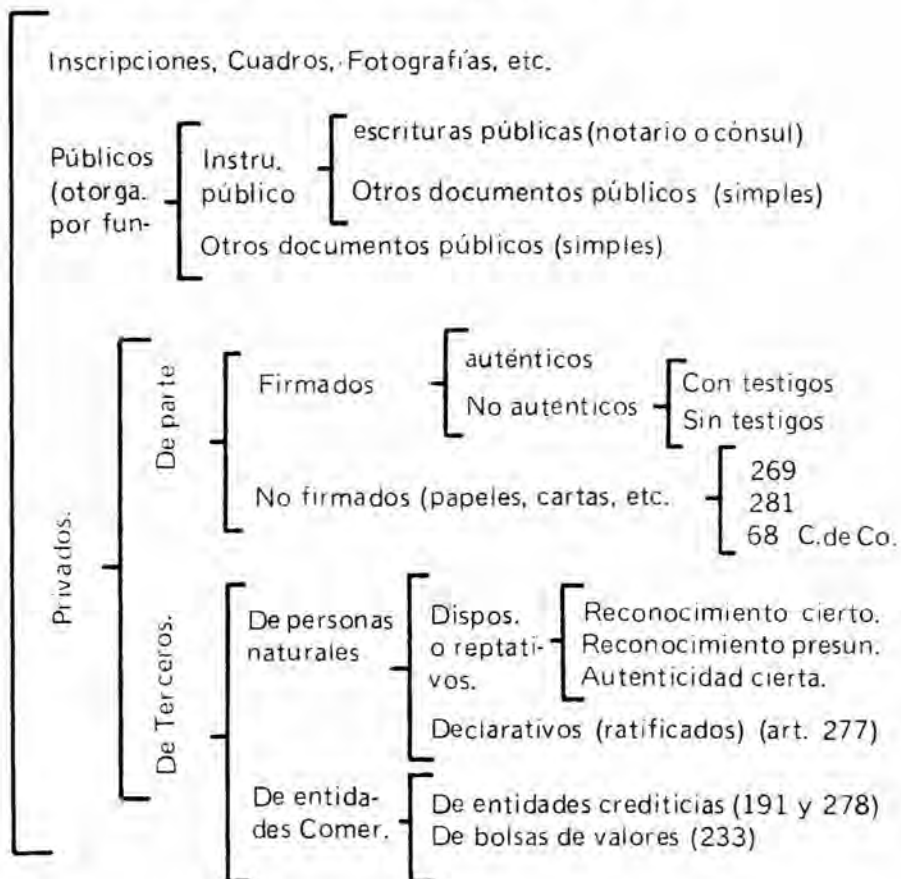
Por ese aspecto material se pueden clasificar en de parte y de terceros.

Por otro aspecto pueden ser bilaterales y unilaterales.

Por otro lado, los no auténticos absolutamente (no amparados ni con presunción tácita) han de ser de parte para tener valor probatorio. A la vez, pueden ser firmados y no firmados. Y los firmados pueden ser tales ante dos testigos o no firmados ante testigos.

La clasificación de los documentos se resume así:

Los Documentos. Por su naturaleza (origen y forma)



Fuera del caso del art. 13 de la Ley 182 citada, sobre propiedad horizontal, es difícil encontrar un caso de autenticidad siquiera tática de un documento privado civil. Los documentos privados que la ley presume auténticos o cuyas firmas presume tales, expresa o tácitamente, son comerciales, según los arts. 189 del C. de Co. (copia del acta social) y 1052 (firmas de pólizas y documentos anexos) y 252, inciso final, del C.P.C. (El certificado médico de que trata el art. 659 ib. es "sui generis", según se vio).

Fuera de casos excepcionales, solamente documentos privados comerciales unilaterales tienen valor de plena prueba, no documentos civiles.

VI- Aportación de Documentos al Proceso

Entre los principios probatorios se destaca el de proximidad de la prueba (de la originalidad de ella, según la doctrina), y se hace anotar que en materia de documentos él aproxima tal prueba a la tarifa legal.

En armonía con tal principio, los arts. 253, 254 y 268 establecen como se aportan los documentos, públicos y privados, al proceso: en original o en copia, según autorización de la Ley, no según la voluntad de las partes, como practican algunos litigantes (contrariando toda una gama de principios probatorios).

Por cierto, el art. 268 citado con contempla sino un caso, bajo la apariencia formal de tres casos: el que la parte no tenga el original en su poder, pues en ninguno de los tres casos lo tiene. (Pero duplicado no es copia, es original).

Refiriéndose al art. 77, en su aparte 6, en cuanto ordena acompañar a la demanda "los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante", el Dr. Devís dice que tal norma no es absoluta, en el sentido de permitir que no se presente si, accidentalmente, no se tiene el documento en el momento, como si se extravió transitoriamente, está en poder de otra persona, aunque por cuenta del dueño, etc. (casos distintos a los del art. 268).⁸

Pero esto implica que el juez aplaze proferir el auto que el art. 183 le ordena dictar, hasta cuando la parte presente el documento anunciado, y que para la parte contraria no opere la carga de tacharlo en la contes-

8 Las pruebas en el Procedimiento Civil Colombiano...,pág. 187.

tación de la demanda, establecida en el art. 289 ib., porque no se cumple la hipótesis puesta en él como condición: que se haya acompañado a la demanda; pues mal podría la parte tacharlo, aunque lo conozca, sin comprobar si el que se presenta corresponde o no al que conoce.

El art. 253 indica dividir las copias en transcripciones y reproducciones, tomando aquellas en sentido manual y estas en sentido mecánico.

Hay que entender aquellas ajustadas al art. 115 del C.P.C., en cuanto regula el modo como el Juez las expide.

Así, éste, como el notario, puede autenticar sumariamente copia de documentos que no hacen parte en la forma dispuesta en el art. 115, como oportunidad de depurar la prueba.

El art. 253 habla de "autorizar", en el sentido de autenticar (como lo hace el art. 14 del Dto. 1265 de 1970, en relación con la firma del secretario, referida a actos distintos de copias de documentos: es un notario del juez).

Así, en el apte. 1, el art. 254 contempla estos actos: 1) autenticación de juez o notario de copia tomada de original que el funcionario custodie, 2) autenticación por uno u otro de copia tomada de copia que él custodie y, 3) reproducción autenticada por juez o notario, mediante cotejo con fuente de donde se tomó (con original por cualquier funcionario de uno u otro ramo, o con copia auténtica por funcionario que la custodie en ejercicio de sus funciones).

En el tomo II, Pruebas Judiciales, de su Compendio de Derecho Procesal, el Dr. Devis E. no contradice lo anterior, sino que tácitamente lo corrobora⁹. En su obra *Las Pruebas en el Procedimiento Civil Colombiano*, ya citada, parece contradecirlo en un punto, porque no especifica "copia auténtica", "autorizada" o "autenticada, previamente, por el mismo funcionario", así: "Copias de Documentos —es importante la innovación que trae el art. 253 del nuevo Código al aceptar las copias de los documentos mediante el sistema de su reproducción mecánica (fotocopia, xerocopia, etc.), siempre que se autentique por un notario o un juez previo el respectivo cotejo. El art. 254 dice que esas copias tienen igual valor que el original, lo mismo que las autorizadas por un notario u otro funcionario público en cuya oficina se en-

9 3a. ed., 1973, pág. 387.

cuentra el original u otra copia auténtica (lo último se refiere a la copia auténtica). Es decir, la reproducción mecánica puede ser autenticada por el funcionario en cuyo archivo esté el original u otra copia, o por el juez o notario que coteje esa reproducción con el original o la copia auténtica (autenticada o autorizada por él, con anterioridad, entendemos nosotros) que el interesado le presente con ese fin y que le es devuelto a este una vez hecho el cotejo. También el inciso final del art. 115 autoriza la reproducción mecánica para la expedición de copias de expedientes judiciales o de los documentos que en ellos existan".¹⁰

Por tanto, si se tiene copia de copia, solo puede ser autenticada por el funcionario que custodie el original o la copia autenticada de la cual se tomó la otra copia. De esta suerte, si a una copia tomada del original o del protocolo del notario primero se toma fotocopia, solo él puede autenticar esta nueva copia, mediante confrontación con la fuente que él custodia.

Y, según el apte. 2 del art. 254 citado, si la ley no dispone otra cosa, también se toma como auténtica la copia que el Juez toma del original o de copia auténtica en el curso de inspección judicial, porque se están cumpliendo todos los requisitos necesarios para comprobar su autenticidad.

El caso del apte. 2 se explica por su analogía con los casos explicados. Un caso en que la ley dispone otra cosa es el del art. 46 del Dto. 1250 de 1970, en que no basta que el juez la haya tomado, en las circunstancias ya dichas, sino que se haya perdido el original.

Aunque los arts. 244, 253 y 287 se refieren a inspección judicial sobre documentos, la economía procesal indica que el juez debe limitarla a los casos de necesidad, como de cotejo (art. 255) y de exhibición (art. 287), pues en los demás casos basta copia autenticada expedida por el funcionario competente.

VII- Valor de los documentos por el aspecto material (Subjetivo)

Hicimos una clasificación material, por los aspectos subjetivos y objetivos del documento.

¹⁰ Págs. 174 y 175.

Los arts. 258, 264 y 279 atienden a la autenticidad del documento, para reconocer su valor con respecto a las partes y a sus causahabientes, y difiere al juez su apreciación con respecto a terceros.

Con respecto a las partes y a sus causahabientes sus declaraciones equivalen a confesión, por lo cual normalmente son plena prueba.

Pero con respecto a terceros equivalen a testimonios informales, injurados; por lo cual normalmente solo contienen indicios, y su valor depende de que normalmente la gente tiende a decir la verdad, si no tiene interés en mentir. (Lo enseña la experiencia). Pero su valor es inferior en cuanto se advierte un posible interés. Así, es común que para justificar una oposición a una entrega (art. 338) o a un secuestro (art. 686) se presenta un documento que dé cuenta de una presunta enajenación del bien materia de la diligencia, como indicio de posesión material que se alega (en cuanto el dominio indica posesión (porque se adquiere él para poseer), así como ella indica dominio) (suponemos que con fecha cierta, según el art. 280); pero el posible interés que se advierte merma el valor del contenido del documento frente a quienes no son parte en él, como es el demandante afectado por la oposición.

El segundo caso que contempla el art. 277 no corresponde a lo dicho, porque el documento a que él se refiere da origen a un testimonio juramentado, sometido a los medios de depuración de la prueba testimonial.

En cambio, en los casos de los arts. 191, 233 y 278 ib. se trata de documentos de origen unilateral, en que no hay de por medio un posible interés en mentir; por lo cual la ley les reconoce pleno valor.

Valor semejante tienen los documentos eclesiásticos de estado civil anteriores a la iniciación de la vigencia de la Ley 92 de 1938, emanados de la Iglesia Católica, de acuerdo con los arts. 22 de la Ley 57 de 1887 y 105 del Dto. 1260 de 1970, con respecto a hechos y actos anteriores a la iniciación de la vigencia de la citada Ley 92.

Con respecto a actos y hechos posteriores a la iniciación de la vigencia de esta no tienen ningún valor, según el citado art. 105.

VII- Medios de Establecer la Autenticidad de Documentos Privados.

Atrás vimos autenticidad cierta y presunta, con respecto a documentos.

El tercer inciso del art. 252 está integrado por cuatro párrafos o apartados, de los cuales algunos bastan por sí mismos para regular el punto a que se refieren, y otros están complementados por los arts. 272 y siguientes del C.P.C. y 68 y siguientes del Dto. 960 de 1970.

El C.P.C. establece estos medios para determinar la autenticidad de documentos privados (no amparados con autenticidad original): 1) inscripción de un registro público a petición de quien firmó (mediante identificación de quien lo pide) (apte. 2 del art. 252) . 2) reconocimiento expreso, ante juez o notario, espontáneo (arts. 68 y ss. citados), o forzado (arts. 272 y 273); 3) reconocimiento "fictio", por renuncia del citado (art. 274); 4) declaración del juez en incidente de tacha de falsedad (arts. 289 y ss.) y 5) reconocimiento implícito (art. 275, en armonía con el apte. 3 del art. 252).

Caben varias observaciones. Una es que el C.P.C. de 1931 establecía una regla especial para el reconocimiento espontáneo del otorgante, con simple atestación, sin juramento (art. 646), pues bien se ve que este no es necesario. El actual omite contemplar tal caso, y solo contempla el reconocimiento forzado (arts. 272 y ss.). Pero creemos que la omisión del juramento no vicia el reconocimiento, porque la espontaneidad lo suple, así como no es necesario él ante notario (arts. 68 y ss. citados).

Otra es que son comunes los registros públicos que exijan identificación, como lo hace la Cámara de Comercio (art. 40 del C. de Co.); por lo cual tal forma de reconocimiento es poco frecuente en la práctica.

Cabe anotar también que el art. 4 del art. 252 no corresponde a una forma autónoma de reconocimiento, sino que contempla una simple forma de prueba trasladada, y a él hicimos referencia en el capítulo respectivo.

En efecto, si se tomara como una forma autónoma de reconocimiento, habría que preguntar por qué vía se reconoció en ese proceso, y si en el actual no existiría tal vía.

El apte. 3 del art. 252 suscita otro comentario, acorde con uno que suscita el art. 197 ib., en relación con el curador "ad litem": tal aparte no es aplicable al caso del demandado representado por curador "ad litem", por no tener estas facultades dispositivas, que sí tiene el apoderado, de suerte que el art. 70 ib. se debe entender referido a facultades meramente defensivas. En aquel sentido se ha pronunciado la H. Corte.

El establecer la autenticidad por inscripción en un registro público, mediante identificación, presenta notable analogía formal o jurídica con la autenticación de memoriales ante juez notario, en los casos de los arts. 65, 84, y 107, comentados atrás (no semejanza material); lo cual refuerza la idea de que tal diligencia constituye indicio de autenticidad, según se anotó atrás.

IX- Autenticidad (por reconocimiento) y Autenticación

Es preciso distinguir estos dos fenómenos jurídicos, que intérpretes empíricos confunden.

Los arts. 65, 84 y 107 citados distinguen entre presentación del poder y de la demanda ante el secretario y autenticación por el juez, cuando uno u otro se dirige a un juez de otro lugar. El art. 107 no le da el mismo nombre a aquel acto.

Algunos intérpretes confunden tal acto con el muy inútil designado con el mismo nombre por los arts. 73 y ss. del Dto. 960 de 1970, el cual tiene distintas formas.

Así, el art. 73 citado contempla una consistente en que el notario hace de perito grafólogo improvisado diciendo que una firma puesta en un documento "corresponde" a la de una persona que la tiene registrada ante él, mediante previa confrontación.

Otra forma consiste en dar testimonio de que alguien firmó en su presencia, habiendo establecido previamente la identidad del firmante. Es explicable que en este caso tal atestación tenga valor de un testimonio fidedigno, según al art. 77, por tener notable analogía con los testimonios que autorizan los arts. 95 y 96 del mismo estatuto; aunque, a la vez, dice que tal testimonio no agrega valor al documento, cosa que resulta contradictoria.

El art. 74 contempla autenticación de una copia mecánica o literal de un documento, en la forma prevista en los arts. 253 y 254 del C.P.C., los cuales vienen a reformar el erróneo art. 77, dando certeza de autenticidad a la copia. (Téngase en cuenta que son normas de 1971, posteriores al Dto. 960 citado).

El art. 76 establece también la autenticación de una fotografía.

Pero el art. 77 citado establece, en forma errónea, que la autenticación solo vale con respecto "a documentos de que no emanen directamen-

te obligaciones", como si fuera posible con respecto a documentos que den cuenta de extinción de obligaciones; lo cual tampoco es posible, porque unos y otros están sometidos a las reglas del C.P.C.

Con razón, sí, dice que la mera autenticación no equivale al reconocimiento, pues la forma de este está regulada por el art. 68 ib. y los arts. 272 y concordantes del C.P.C., normas que exigen que quien reconoce la firma firme el acta de reconocimiento.

Pero, además de decir que la autenticación "tiene el valor de un testimonio fidedigno" (como si un testimonio sustituyera a un perito, en el primer caso dicho), dice que ella "no confiere al documento mayor fuerza de (sic, por "que") la que por sí tenga"; de suerte que, si el documento no era auténtico por naturaleza, la autenticación no lo convierte en tal (a pesar del nombre) (y, si fuera tal, no se justificaría ella). Así, no da al documento la fuerza que no tiene.

Entonces, fuera del caso en que el art. 253 del C.P.C. reforma el art. 74 del decreto, la autenticación dispuesta por este no tiene más efecto que dar fecha cierta al documento, de acuerdo con el art. 280 del estatuto procesal citado.

Como es fácil deducir, lo que sí confiere autenticidad al documento privado (pues el público la tiene por naturaleza) es el reconocimiento de firma, regulado en los arts. 68 y siguientes ya citados y en el C.P.C.

X- Libros y Papeles de Comercio

Los arts. 68 y ss. del C. de Co. sustituyen el art. 271 del C.P.C.

Este regulaba el valor de aquellos documentos en forma más simple. Así, no distinguía su valor entre comerciantes por razón de la naturaleza comercial o civil del asunto. Suponía que un comerciante que lleva bien su contabilidad en materia mercantil también la lleva bien en asuntos civiles, sin hacer discriminación adversa a esto.

Lógicamente, no los tenía como prueba contra personas no comerciantes, sino contra el comerciante mismo, en forma análoga a lo que dispone el art. 281 ib. (de frecuente aplicación en materia laboral).

Los citados arts. 68 y ss. también sacan los libros, tácitamente, de la presunción del art. 252 del C.P.C., en forma análoga a la de los títulos valores, como vimos atrás, y establecen una regulación más compleja y, además, desordenada, en forma que dificulta su entendimiento.

to. Así, comprende estos puntos: uno general, de asuntos entre comerciantes; uno de asuntos civiles, con persona comerciante o no; uno de asuntos mercantiles con persona no comerciante; uno de comerciante que ofrece estar a la contabilidad del otro; y uno de contabilidad fraudulenta.

El primer inciso del art. 68 establece una regla general sobre libros y papeles de contabilidad relativos a asuntos mercantiles, entre comerciantes, la cual desarrolla el art. 70.

Según el apte. 1 de este artículo, en tal caso, los libros y papeles de comercio de dos comerciantes, llevado regularmente y acordes entre sí, hacen plena prueba. Son confesiones acordes y complementarias. (Atrás mencionamos analogía con el art. 281).

Si no están acordes, a pesar de estar ajustados a la ley, solo contienen confesión contra cada parte, de acuerdo con el párrafo 2.

Si los libros de contabilidad de una parte, sin constituir contabilidad doble o fraudulenta por otro concepto, no están ajustados a la ley y los de la otra sí, la cuestión se decidirá por los de ésta, a menos que la otra presente plena prueba contraria, en conformidad con el aparte 3. (La doble o fraudulenta por otro aspecto solo hace fe contra quien la lleva).

Si las dos partes presentan libros irregulares, se estará a las demás pruebas, sin contar con ellos, en lo favorable, según el aparte 4. Pero contra quien los lleva contienen confesión, en conformidad con el párrafo 2 citado.

Si no es que una parte lleva contabilidad irregular, sino que no presenta o no lleva contabilidad, y la otra parte la lleva ajustada a la ley, esta prueba plenamente y no admite prueba contraria, según dispone el aparte 5.

En materia civil, aún entre comerciantes, tales libros y papeles solo tiene valor contra el propietario, en conformidad con el segundo inciso del art. 68.

Y el art. 69 establece que "en las cuestiones mercantiles con persona no comerciante, los libros solo constituirán un principio de prueba en favor del comerciante, que necesitará ser completado con otras pruebas legales".

Los arts. 71, 72, y 73 se refieren, en forma oscura, al caso de que un comerciante ofrezca estar a lo que conste en los libros del otro. Si este no lleva, los oculta o los lleva irregularmente (o sea si no presenta libros llevados regularmente), se aplican las normas anteriores. Si los lleva regularmente, harán plena prueba en su favor, según los arts. 71 y 72, por la confianza demostrada por el otro.

En síntesis, los libros mercantiles bien llevados hacen plena prueba en favor del comerciante en asuntos mercantiles entre comerciantes , si la otra parte no presenta libros contrarios bien llevados. o ésta ofrece estar a lo que consta en los libros y papeles de aquel. La parte que los lleva mal puede probar en sentido contrario. La que no presenta o no lleva no puede hacerlo. La contabilidad doble o fraudulenta por otro aspecto prueba en contra de quien la lleva, pero no rechaza prueba contraria.

Los arts. 528 y 529 de nuestro C. de Co. hacen responsable al adquirente de establecimiento de comercio, solidariamente con el enajenante, de obligaciones de este no consignadas en los libros de contabilidad, aunque se hayan llenado requisitos que estas normas establecen, si no prueba buena fe exenta de culpa, a pesar de regla general contraria que sienta el art. 835, en el sentido de presumirla. En tal sentido restan valor a tales libros.

XI- La solemnidad y su omisión

Algunos actos jurídicos no existen por falta de un elemento intrínseco, como el consentimiento (art. 1502 del C.C.). Los arts. 1865, 2081 y 2112 contemplan otros casos, entre otros que hay. A veces el acto solo existe en apariencia, como el absolutamente simulado: ninguna de las partes quiere un resultado jurídico (sino uno material, como ocultar los bienes de una a sus acreedores): el acto simulado es material o absolutamente inexistente.

Pero en otros casos la ley dice lo contrario de lo que dicen las partes: que jurídicamente no existe, por falta de un requisito extrínseco: una simple solemnidad.

Eso dicen los arts. 1500, 1527, en su apte. 3, y 1760 del C.C. y el 265 del C.P.C.

Sin embargo, a propósito del art. 6o., la H. Corte, en 1943, rechazó la figura de la inexistencia jurídica.

Por otra parte, los arts. 1740 y 1741 ib. hablan de nulidad absoluta por falta de requisito o formalidad.

En su estudio sobre obligaciones, el Dr. Ricardo Uribe Holguín concilia esta aparente contradicción, observando que los arts. 1500, 1527 y 1760 citados se refieren a la solemnidad de la escritura pública, y los arts. 1740 y 1741 a la del documento privado, lo cual resulta lógico.

Con todo, en los arts. 187, 232 y 265, el C.P.C. unificó los efectos de una y otra omisión, simplificándolos desde el punto de vista probatorio: en ninguno de los dos casos el acto admite prueba distinta del documento omitido: en uno y otro caso no existe probatoriamente. Eso no impide que el art. 1527 citado, en su apte. 3, le reconozca efectos meramente morales, de generar obligaciones naturales.

Pero el art. 898 del C. de Co. simplificó aún más el problema: si falta la solemnidad exigida por la ley (escritura pública o documento privado) el acto no existe absolutamente (no produce siquiera obligaciones naturales). En ese sentido se confunden la inexistencia jurídica y la ineficiencia jurídica, aunque esta es por naturaleza una sanción más severa, por vicios de fondo. Sin embargo, en relación con la sociedad de responsabilidad limitada, el art. 366 del C. de Co. establece que “la cesión de las cuotas deberá hacerse por escritura pública, so pena de ineficacia”.

XII- Informalidad y Solemnidad

No hablemos de consensualidad y solemnidad, porque consensualidad hace referencia a dos partes, por lo menos, e informalidad comprende el acto unilateral, como el testamento.

Consideramos que el C.C. no aprovecha suficientemente las ventajas del documento privado como solemnidad (que llamamos sencilla y simple) y que fluctúan entre los extremos de exigir escritura pública (que llamamos solemnidad compleja, completa o plena) (la cual exigía registro en todos los casos, hasta la vigencia del Dto. 1250 de 1970, que suprimió registros innecesarios) y la informalidad.

Así, por virtud del art. 796 del C.C., el fideicomiso de cualquier bien, como un anillo, exige escritura pública.

Los arts. 1195 y 1262 contienen exigencia de escritura pública, sin consideración a que el acto respectivo sea de valor alto o exiguo (donación revocable y promesa de no donar ni asignar).

Según el art. 1461 ib., "las donaciones con causa onerosa,...o a título de dote por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública"; aunque correspondan a muebles, aún de exiguo valor.

En conformidad con el art. 1772, si los bienes que los esposos aportan por capitulaciones matrimoniales valen más de mil pesos, aunque no comprendan inmuebles, se requiere escritura pública.

El art. 1843 exige escritura pública para promesas de un esposo al otro, sin consideración a la naturaleza de los bienes ni a su valor.

Según los arts. 1837 y 1956, la compraventa y la permuta de derechos hereditarios también exigen tal instrumento, cosa que la ley no exige para otras formas de enajenación de tal bien, como donación, aporte a sociedad civil, etc., a menos de entender que, por analogía, también se requiere para ello.

En el art. 2292, para la constitución de renta vitalicia, el Código exige escritura pública, aunque el precio sean muebles, aún de exiguo valor.

Quizá admita documento privado como solemnidad en disposiciones distintas de los arts. 117 (permiso al menor para casarse), 301 (autorización al menor para ejecutar actos en relación con su peculio ordinario), 470 (inventario de curador), 1460 (donaciones a plazo o bajo condición), 1772 (capitulaciones matrimoniales sobre muebles que no valgan más de mil pesos), 1781, apte. 4 (exclusión de muebles de la sociedad conyugal) y 1861 (arras).

En cambio, estableció la consensualidad para actos complejos, como sometidos a las modalidades de plazo y condición, o tan arriesgados como contratos de tracto sucesivo, constitución de usufructo y uso, sobre muebles (arts. 825, 826 y 871); testamento, en el caso del art. 1092, sin exigir como requisito para admitirlo la imposibilidad de otorgarlo siquiera por documento privado; la sociedad colectiva civil y el mandato. En la práctica opera poco para esto, por opuesto a la realidad social, de tal suerte que la ley misma tiene que exigirlo como solemne en algunos casos, como en el art. 11 de la Ley 57 de 1887 (que constituye el 144 del C.C.), en que exige la solemnidad compleja o plena; en el art. 65 del C.P.C. (mandato judicial) (aunque el art. 25 de la Ley 57 de 1887 no lo exige en relación con la designación de representantes de iglesias particulares, como mandatarios generales, aún con facultad para representarlas en pleitos) y en el caso del art. 836 del C. de Co., que exige escritura pública; y en los casos de los arts. 1312 del C.C. y 36 del Dto 2163 de 1970 (28 del Dto. 960 de 1970), en armo-

nía con el art. 99, apte. 4, del mismo Dto. 960, exige prueba documental del poder (plena), en lugar de admitir prueba libre, a pesar de mantener la consensualidad. Y la práctica ha introducido la celebración por escrito de contratos de tracto sucesivo. (En relación con el art. 99 citado, existe jurisprudencia errónea de la H. Corte que niega lo acabado de afirmar).

En forma acertada, el art. 263 del C. de Co. permite conferir poder general (con facultades para presentar en pleitos) por simple documento privado (auténtico).

A pesar del exceso anotado, del art. 366 del C. de Co., en materia de documentos es uno de los pocos puntos en que él presenta equilibrio lógico, en cuanto solo exige escritura pública en relación con la constitución de sociedad comercial (art. 110) (no de colectivas y en comandita simple civiles, según el art. 121), las reformas sociales (art. 158), las enajenaciones de cuotas o partes de interés social (arts. 301, 329, 330, 338 y 366), la disposición de inmuebles, en cuanto la exige el C. Civil, y la disposición de naves (arts. 1438 y 1571), y a la vez, exige documento privado en casos en que la conveniencia lo reclama.

Insistimos en afirmar que falta una política de fomento del acto escrito, especialmente del documento privado auténtico, que dé seguridad y certeza sin afectar gravemente la celeridad de los negocios.

A ello induce el art. 2544 del C.C., en cuanto interrumpe la prescripción por consignar la obligación por escrito.

Lo mismo hace el art. 784 del C. de Co., al restringir las excepciones que caben contra los títulos valores, especialmente en el apte. 7, en armonía con el art. 624 y el parágrafo del 777, en cuanto restringe al máximo la de pago y la de quitas, a que el acto conste en el título (aunque el catálogo de excepciones que caben en los arts. 622, 639 y 784 del estatuto mercantil pocas excepciones dejan por fuera en la práctica).

Algo análogo hace el art. 1021, en cuanto da efectos decisorios a la carta de porte.

El último proyecto de C.C. busca equilibrio entre la certeza y la seguridad que da la prueba documental y la celeridad que permite el documento privado.