

cuyo valor esceda de 150 francos; otra que no se reciba prueba alguna de testigos contra ó fuera de lo contenido en las actas ó escrituras. Se vé que una de estas dos reglas propende á escluir á priori la prueba testimonial en ciertos casos, aunque esta fuese el último recurso de la parte que la invoca: mientras que la otra se limita á rechazarla á posteriori, cuando, de hecho, se ha extendido una acta ó escritura (1).

Estando la regla que prefiere las actas ó escrituras á los testigos menos alejada del derecho común, y dando ocasion á menos dificultad que la que rechaza los testigos de primera vista, vamos á tratar de ésta primeramente.

REGLA PRIMERA.

Exclusion de la prueba de testigos, contra y fuera del contenido de las actas ó instrumentos.

SUMARIO.

137. Como se justifica la exclusion de la prueba contra y fuera del contenido de las actas ó instrumentos.
138. Historia.
139. Legislaciones extranjeras.
140. Reserva del derecho de terceros.
141. Derecho de las mismas partes, en caso de violencia ó de dolo.
142. Quid, si hay simulacion sin dolo.
143. Facultad de completar las enunciaciones del acta.
144. ¿Se puede probar por medio de testigos el pago de un crédito cuando se prueba por escrito, pero cuyo importe ó montante es inferior á la tasa para la que se exige escrito?
145. ¿Esta exclusion es aplicable en materia mercantil?
146. No deben confundirse los tratos en feria con los negocios de comercio.
147. Aplicacion del principio en materia criminal.

137. Si es difícil desconocer la utilidad de las pruebas preconstituidas, y especialmente de las escrituras ó instrumentos (*instrumenta*), es preciso confesar que gran

1. Nuestras antiguas leyes de España no contienen disposicion general que prescriba ú otorgue escritura pública cuando el objeto del contrato escede de suma alguna, así como tampoco contienen disposicion que permita la prueba de testigos contra el contenido de los instrumentos. El Código de Comercio, sancionado en 1829, ha establecido algunas disposiciones análogas con

parte de dicha utilidad consiste en que estos instrumentos hacen desaparecer ordinariamente toda arbitrariedad, todo equívoco, dando una expresion fija y marcada al pensamiento de las partes, tan difícil frecuentemente de comprender pasado algun tiempo. En la antigua Roma cuando se hacia poco uso de los escritos, se conseguia un resultado semejante, haciendo uso de las formas solemnes de la estipulacion. El rigor mismo de la fórmula, inoportunamente criticada por entendimientos superficiales, propendia á precisar ó marcar claramente la intencion de los contratantes y á impedir que se estraviara la memoria de los testigos (1). Si la prohibicion de la ley de probar por medio de testigos tal ó tal convencion, tal ó tal hecho, puede parecer dura á ciertos entendimientos, cuando de hecho, se ha redactado un escrito, parece tan útil como razonable no buscar en otra parte la relacion de lo que ha pasado. Porque, aun suponiendo que las conferencias que han precedido ó acompañado á la redaccion, sean fielmente referidas por los testigos, ¿cómo confundir sin incurrir en arbitrariedad estas conferencias con la redaccion? ¿No es sumamente probable, que en el mero hecho de no haberse reproducido en el instrumento estas modificaciones del contrato, se ha querido escluir las de él, ó por lo menos, que no se han fijado los contratantes en ellas formalmente? Al sentar esta regla, la ley no se separa de la voluntad de las partes, sino que se limita á interpretarla rectamente. Así, vamos á ver que esta idea es mucho mas antigua y se halla mucho mas generalmente admitida que la que propen-

respecto á los negocios mercantiles, á las reglas que prescribe al artículo 1341 del Código Napoleón francés, segun puede verse en los artículos 237, 238, 262, 284 y 288; mas en el Proyecto del Código civil español de 1851, se consignan prescripciones en que se adoptan mas de lleno dichas reglas y las consecuencias que de ellos se siguen, con aplicacion al derecho civil.

Véase los párrafos y notas adicionales á las primeras reglas de este libro, donde se marcan las principales diferencias del derecho español relativamente al francés sobre este punto, núms. 147 y 152.

1. La intervencion de los *pacta abjecta*, que podian modificar la estipulacion, es probablemente una derogacion posterior, fundada en la equidad, al principio que solo daba fuerza á los pactos autorizados por el derecho civil.

de, á priori, á escluir la prueba testimonial en ciertas hipótesis.

138. Aunque los romanos estuvieran lejos de dar esta importancia á la prueba escrita, y que no estuviera casi nunca prohibida por ellos la prueba testimonial, leemos en las sentencias de Paulo (lib. V, tit. XV, §. 4). "Testes, quum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt." Este testo establece una importante distincion, aplicable aun en el dia; ó se trata de atacar la veracidad del escrito, de investigar su origen, y entonces puede haberse recurrido á la prueba testimonial, ó bien se quiere, sin atacar la veracidad del escrito, sostener que las convenciones han sido diferentes de lo que arroja su tenor, y entonces no se admite la prueba de testigos sobre este punto. Pero el estado en que nos han llegado las sentencias de Paulo se presta á la suposicion de una interpretacion de este fragmento, en apoyo del cual no se puede citar ningun otro testo antiguo de una autenticidad reconocida. Es igualmente dudoso que se deba atribuir á Caracalla, como piensa Cujacio, la ley primera, *de testibus*, del Código de Justiniano: "Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur." Esta constitucion restituida por Cujacio segun las Basílicas, pero de cuya fecha no aparece indicacion alguna, podria ser de algun emperador mas moderno. Opónese ordinariamente á este testo y al de Paulo esta última constitucion de Constantino, que forma la ley 15, *de fide instrumentorum* en el mismo Código: "In exercendis litibus eadem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium." Pero esta última constitucion no dice nada preciso y determinado. Puede ser que haya querido indicar sencillamente la admisibilidad de dos géneros de pruebas, considerados aisladamente, sin suponer conflicto entre ellos y sin explicarse en su consecuencia sobre la superioridad relativa de los escritos y de los testigos.

Como quiera que sea, aun admitiendo la alteracion del testo de Paulo, y dando á

la ley 1ª del Código, *de testibus*, una fecha mas reciente que la que le atribuye Cujacio, quedaria siempre consignado, que lo mas tarde en el siglo VI, cuando se publicaron las compilaciones en que se encuentran estos dos textos, tanto en Oriente como en Occidente (1), quedó admitido que la prueba escrita no puede combatirse por la prueba testimonial (2). Es verdad que Justiniano (V. la ley 14, Cód. *De contr. stip.*, § 12, Inst., *De inut. stipul.*) creyó deber dar una constitucion especial para impedir que se atacase, alegando una coartada, la escritura que consignaba que habian estado presentes las partes á la estipulacion, á no ser que se probase la coartada claramente por escrito ó por testigos intachables. Pero no se trata aquí de suplir las enunciaciones de la escritura por medio de pruebas que no se contengan en el escrito: se trata de una especie de medio de redargüir de falsedad, que pone en duda la veracidad misma de esta escritura. Refiriéndonos á la distincion que hace el testo atribuido á Paulo "quum de fide tabularum nihil dicitur," reconoceremos que no hay nada en esta decision de Justiniano que contrarie el principio general sobre la fé debida á las escrituras. Todavía debe estarse menos, como hace Tullier (*De la prueba testimonial*, § 3), á la novela 73, cap. III, que establece la superioridad de la prueba testimonial cuando se trata únicamente de apreciar la veracidad de un escrito, comprobacion para la cual, en efecto, valen mas evidentemente los testimonios directos que el cotejo de escrituras. La misma observacion se ha hecho frecuentemente entre nosotros, y no obstante, estamos lejos de admitir la prueba testimonial contra el contenido de las escrituras; pero es porque debe suponerse que no se pone en duda la veracidad de estas escrituras.

En la Edad Media, cuando solo se practicaba el arte de escribir por algunos clér-

1. Sabido es que las sentencias de Paulo conservaron su fuerza en Occidente.

2. Puede consultarse sobre esta cuestion la disertacion de M. Derome *De la autoridad relativa de la prueba literal y de la prueba testifical en derecho romano* [Rev. de legisl., nueva serie, tomo 1.º, pág. 291]

rigos, no siempre se admitió la máxima: *Testigos vencen escritos*. "Cuando algunos se obligaron por medio de escritos, escribía Beaumanoir (cap. XXXIX, § 3 en el siglo XIII), y el que se obligó niega la obligación, no le conviene hacer prueba, sino por medio de escritos." Esta doctrina no prevaleció en la práctica del siglo XV, como nos lo dice Boufeillier en su *Suma rural* (tít. VI): "Si acontece que quiera una parte valerse en juicio de escritos como prueba, y la otra quiera valerse del testimonio singular, sépase que la viva voz vence la fuerza de los escritos, si los testigos son contrarios á estos." Pero añade, que en materia de rentas anuales (lo cual comprendía entonces los créditos mas importantes), debe darse mas fé á los escritos que á la viva voz de los testigos, si no se atacan como falsos dichos escritos. "Finalmente, cuando se trataba de probar contra el tenor de una acta, escritura ó instrumento público, exigían ciertos intérpretes, dos testigos, otros, tres, y otros, hasta cuatro (Fab. ad leg. 15, Cód. *De fir. instr.*). Véase, pues, que la facultad de atacar la prueba escrita por medio de la prueba oral no se ha admitido sin restriccion, aun en nuestro derecho mas antiguo, ni en todas épocas, ni en toda clase de materias. En 1556 fué cuando se suprimió definitivamente en Francia por la ordenanza de Moulins, cuya decision no ha hecho mas que reproducir la ordenanza de 1667 (tít. XXX, art. 2) y el art. 1341 del Código Napoleon. No parece, por otra parte, que se hayan suscitado sobre este punto formales reclamaciones cuando se promulgó la ordenanza. La jurisprudencia de los parlamentos se ha conformado constantemente con esta regla. Así se ha reconocido siempre, que á no redargüirse de falsedad un instrumento ó escritura, no se permite á una parte presentar para que sean oídos, los testigos que asistieron al otorgamiento de la escritura ó los notarios que la otorgaron para explicar su contenido y declarar sobre lo en que convinieron las partes cuando se otorgó (V. M. Pothier, *Oblig.*, n.º 797).

139. El principio que *escritos vencen testigos* se halla en el día admitido generalmente en Europa; lo está asimismo en los países que no escluyen la prueba testimonial con la misma estension que la ley francesa. Así, el Código austriaco (art. 885.-887), que permite en general probar, lo mismo por medio de testigos que por escritos, añade no obstante, que, si hay contrato escrito, quedan sin efecto las deposiciones orales. En Inglaterra, en que segun veremos, las restricciones á la prueba por testigos son ménos estensas que entre nosotros, se declara, no obstante, no ser admisible la prueba oral, aun en los tribunales de equidad, para anular ó modificar el tenor de un escrito. "Parol evidence, dice Blaxland, autor que se ha ocupado en comparar las leyes inglesas con las nuestras, is not admissible at law or in equity, to disannul or substantially vary a written agreement." (*Codex rerum anglicanarum; or a Digest of the principles of English law.*) Londres, 1839, lib. III, tít. IV, secc. II, V. tambien M. Greenleaf, tom. I, part. II, cap. 15), Asimismo, el Código del canton de Berna, despues de haber declarado: que no se exigirá un escrito, sino en los casos determinados por la ley, quiere, no obstante, que no se pueda alegar contra un contrato escrito, las convenciones hechas antes de redactarse este contrato ó al mismo tiempo (1).

140. Este principio de que no puede oírse á testigos contra y fuera de lo contenido en las escrituras, debé interpretarse rectamente. No quiere decir que no se pueda invocar la prueba testimonial para combatir las alegaciones consignadas en una escritura. Se trata únicamente en esta prohibicion del caso en que los contratantes quisieran hacer revivir simples conversaciones ó proposiciones, para modificar el convenio, tal como resulta de la escritura que es su obra. Poco importa entonces que se trate de un convenio modificativo celebrado posteriormente, puesto

1. Respecto á lo que el derecho español previene sobre este punto, véase la adición inserta al fin del núm. 146.—[N. de C.]

que no se puede probar por testigos lo que se hubiera alegado haber dicho antes, al tiempo ó despues de otorgada la escritura. Seria preciso redactar una nueva escritura como ha juzgado perfectamente el tribunal de casacion, el 10 de Mayo de 1842. Pero se debe dejar toda latitud para combatir las enunciaciones falsas que puede contener esta escritura, á los terceros, á los cuales no se podría oponer una redaccion que no es obra suya. Esto fué lo que decidió Dumoulin, respecto del señor cuando se trataba de defraudar sus derechos. "Dominus admissibilis est ad probandum contra actum ab utraque parte approbatum." (V. tambien Pothier, *oblig* número 801.)

Es imposible invocar la máxima: *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur*, en todos los casos en que atacan terceros el acta ó escritura como conteniendo una simulacion ó falsedad en perjuicio suyo: lo cual se ha declarado por el tribunal de casacion de 10 de Junio de 1816, en cuanto á la simulacion del precio en un contrato de venta hecho en detrimento de un tercero.

141. Si en las enunciaciones falsas hay dolo ó violencia, se admite á las partes mismas á atacar la redaccion de la escritura (1). Tal es la idea que se expresa en un rescripto de Diocleciano (l. 5, Cód. *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*), en que supone el emperador que se ha hecho firmar á alguno que no ha vuelto á leer el escrito (*non relegendem, sed fidem habentem*) una escritura de venta, de arrendamiento. La ordenanza de Moulins no prohibió en tal hipótesis la prueba por testigos. Quotiescumque, dice Boiceau (par. 1.ª, cap. 7, núm. 8), *in contractum scriptum aliquid objicitur, quod genuinam contractus naturam destruit, ut vis, metus... dolosa inductio... hæc omnia sub lege ista comprehendendi non possunt, quod nimirum criminis speciem habeant*. En el día igualmente, el art. 1353, aunque solo hable de las

presunciones (1) se interpreta generalmente, segun veremos, como autorizando implícitamente la prueba testimonial por causa de fraude ó de dolo. Por esto se ha admitido á un acreedor á probar que el deudor habia escrito en el título ó documento que se le habia encargado redactase, cien francos en vez de trescientos, montante efectivo de la deuda. (Sent. deneg. de 14 de Julio de 1848.)

142. Pero escepto el caso de violencia ó de dolo, ¿se admite á las partes atacar por causa de simulacion un escrito que han firmado voluntariamente? ¿Es esto contravenir al principio que prohíbe probar contra y fuera del contenido de los actos ó escrituras?

Si consta que las partes no procedieron formalmente, parece extraño admitir que la ficcion venza á la verdad. ¿Puede considerarse una convencion simulada como formada legalmente, y en su consecuencia obligatoria? (Cód. Napoleon art. 1134.) Tal era la doctrina de los jurisconsultos romanos, que no hacian otra distincion entre las partes contratantes y los terceros. "Acta simulata, dice Diocleciano (l. 3 Cód. *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*), "veritatis substantiam mutare non possunt." Esta doctrina ha prevalecido entre nosotros, pero solamente en el caso en que la simulacion implique un fraude á la ley, aunque no haya habido ningun fraude respecto de terceros. Se ha sostenido á la verdad que, en la misma hipótesis, los terceros interesados son los únicos que pueden atacar una acta ó escritura por causa de simulacion, y que el que la suscribe no es nunca admitido á volver sobre su propio hecho, por ejemplo, á probar que la causa real de un vale que firmó es una deuda de juego. Se ha invocado sobre esto la opinion de Pothier que dice (*ibid.*, núm. 801) que las partes deben imputarse el no haberse hecho dar una

1. Los antiguos intérpretes se preguntaban [Danty add. al cap. 7.º de Boiceau, núm. 57 y siguientes] cuántas presunciones era preciso reunir para que se permitiera atacar un contrato como simulado; pero ya veremos que semejante cuestion no puede agitarse en el día.

1. En el mismo sentido está la doctrina inglesa [M. reeleaf, t. 1.º pág. 373].

contra escritura. Pero nada indica que Pothier hable en la hipótesis de un fraude á la ley, y vemos por el contrario declarar nulas, por el derecho antiguo, las promesas hechas en juego, aunque fueran simuladas: art. 138 de la Ordenanza de 1629. Subsisten en el día los motivos que han dictado esta disposición, y la jurisprudencia autoriza á las partes para probar por todos los medios posibles la simulación *in fraudem legis*. Esto es lo que ha decidido el tribunal de casación, por sentencia de 7 de Mayo de 1836, en la hipótesis de un vale que tuviera por causa aparente un préstamo, y por causa real un pago por retractación de un contrato civil de matrimonio. Era verdaderamente sobrado irrisorio en tal caso, exigir que se probara la falsedad de la causa por medio de una contra escritura; entender así el art. 1341, sería autorizar toda clase de fraudes contra la ley, puesto que vendría á ser imposible su prueba. Por otra parte, el art. 1353 que autoriza la prueba testimonial, como veremos, en caso de *fraude*, no distingue entre el fraude hácia los particulares, y el fraude á la ley. La Audiencia de Lyon ha hecho una aplicación notable de esta doctrina, el 10 de Abril de 1856, anulando por causa de simulación un contrato civil de matrimonio contraído el 4 floreal art. III, entre un joven de 23 años y una mujer de 68, para librarse de las leyes de quintas (1).

Pero ¿qué debe decidirse en caso de simulación simple, es decir, que no tenga por objeto perjudicar á terceros, ni defraudar la ley? Cuando no ha habido dolo ni violencia, se está en el caso de decir con Pothier, que la parte que arguye la simulación falta en no haberse hecho entregar una contra escritura. Así, el vendedor, á quien reclama el comprador el sanea-

1. Se ha dicho, para criticar esta sentencia, que hubiera debido adoptarse el medio de redargüir de falsedad [*inscription de faux*] para destruir las enunciaciones del funcionario civil. Pero esta observación es inexacta. *Aliud verum falsum, aliud simulatio*. [Dumoulin sobre el art. 3, cap. 31, de la costumbre de Nivernais.] Pero no es atacar la fé del acto, sostener que se han cumplido ó observado las formas, pero sin intención formal de parte de los pretendidos esposos.

miento de lo que le vendió, no es admitido á sostener que la pretendida venta solo era una liquidación de sociedad (sent. de cas. de 6 de Agosto de 1828); así el marido, salvo el derecho de los herederos por reserva, no es admitido á pretender que no recibió de su mujer el haber mencionado en el contrato de matrimonio (Orleans, 29 de Marzo de 1855). De otra suerte sería después del matrimonio, porque la pretendida carta de pago podría encubrir una liberalidad indirecta, y en tal caso se defraudaría la ley que prohíbe las donaciones irrevocables entre esposos durante el matrimonio. (Cód. Nap. art. 1096). Y en todos los casos, la parte que hubiese confesado la circunstancia de la simulación, no sería admitida á hacer que se ejecutara la escritura como formal (sent. den. de 16 de Noviembre de 1859).

143. No debe tampoco darse una trascendencia exagerada á la prohibición de probar *contra el contenido* de las actas ó escrituras. Esta prohibición se refiere á las modificaciones que se pretendiera haber introducido verbalmente en un convenio ó contrato, bien cuando se redactó la escritura, bien posteriormente. (Sent. deci. de 10 de Mayo de 1842). Pero no se entiende que [se prueba contra el contenido de las escrituras, cuando se completan por medio de la prueba testimonial enunciaciones ambiguas ó insuficientes (1); cuando se determina, por ejemplo, que el dominio ó propiedad mencionados en tal título comprenden tales ó cuales terrenos (sent. de cas. de 23 de Enero de 1837), ó que se verificó un contrato de matrimonio á tal hora, cuando esto no se mencionó por el funcionario público (sen. de 15 de Julio de 1818 y de 18 de Agosto de 1840). Con razón, pues, admite Danty (ad. sobr. el cap. 9, lib. 1.º de Boiceau, núm. 9) la prueba por testigos sobre que se verificó un trato en tal feria, cuando el escrito en que este se consigna no menciona el lugar; no son, pues, funda-

1. *Parol evidence*, dice M. Greenleaf [tomo I, página 380], "is admissible of any extrinsic circumstances, tending to show what persons, or what things were intended by the party."

das las dudas de Pothier (Oblig. núm. 796) sobre la justicia de esta decisión; porque esto no es probar contra el contenido de las escrituras; una cosa es la extensión y otra la interpretación de lo que pasó entre las partes. Estas hipótesis, como observa perfectamente M. Greenleaf (tomo 1.º, página 372), no constituyen escepciones á la regla, sino que están fuera de su aplicación.

144. Una doctrina que prevaleció en la jurisprudencia del último siglo (V. Merlin, *Repert.*, palabra *Prueba*, sec. II, §. 2, art. 1.º, núm. 20), y que han reproducido graves autores bajo el imperio del Código (V. la disertación especial de M. Mourlon, *Revista crítica*, tom. V, pag. 114, y M. Larombiere, *Oblig.*, tom. V, núm. 29), rehusa admitir la prueba testimonial para probar el pago de un crédito que de hecho se consignó por escrito, aun cuando no se exigiera esta redacción por escrito. No hay duda que, según hemos reconocido mas arriba (número 140), considerándose el escrito como la expresión fiel de la voluntad de las partes, se debe desechar toda convención que modifique el acta ó escritura, bien sea que se haya verificado posteriormente, bien que sea concomitante, y este es el sentido en que no puede probarse por medio de testigos lo que se ha dicho *antes* de redactarse la escritura, ó *cundo* se redactó, ó *después*. Pero ¿es esta una razón para prohibir la prueba testimonial de la extinción del crédito, y especialmente del pago, cuando su valor no excede de ciento cincuenta francos? ¿Es probar contra el contenido de las escrituras probar la extinción del derecho que se consigna en ellas?

Invócase en apoyo de la afirmativa el principio que por el mero hecho de producirse un escrito, se reputa existir la convención ó contrato de que hace fé. Así como no es permitido, se dice, consignar por medio de testigos modificaciones aun posteriores de la convención, no debe ser permitido justificar su extinción total ó parcial, el deudor ha incurrido en la falta de haber dejado subsistir el título en su tenor primitivo en poder del acreedor. Tal era

la idea de Justiniano (1-14 Cód. *De testib.*), cuando quiso que el pago de una deuda que constaba por escrito, solo pudiera probarse por escrito, ó á lo menos por la declaración de cinco testigos intachables.

Creemos, por el contrario, que no se podría, sin incurrir en una verdadera confusión de ideas, ver una prueba contra el acta ó escritura en la alegación de un hecho posterior que tuviera por objeto extinguir la obligación, cuyo origen habia consignado dicha escritura. Es verdad que mientras el acreedor tiene en su poder el título, se presume que subsiste la obligación; pero esta presunción solo existe hasta la prueba en contrario. ¿Cómo debe, pues, producirse esta prueba contraria? Por escrito ó por testigos, según la importancia del litigio. ¿No sería fuera de razón exigir la prueba por escrito del pago de 5 francos porque el deudor se hubiese obligado á pagarlos por escrito? Así es de notar, que el estatuto de Bolonia de 1453, reproduciendo la decisión de Quintiniano, limitaba su aplicación al caso en que el valor de la suma contenida en un vale pasaba de cincuenta libras de Bolonia (1). En vano se alega que no puede hacerse por testigos la prueba de las modificaciones hechas en la convención, y por ejemplo, del cambio del importe del interés estipulado. En una materia enteramente práctica conviene atenderse á consideraciones prácticas. Pues bien, es costumbre cuando las partes modifican sus convenciones, hacer mención de ello en el título. Mas lo contrario se observa respecto del pago, el cual, especialmente en cantidades tan pequeñas, suele hacerse en el acto, y sin que el acreedor tenga el título en su poder. Si no se quiere que jamás pueda oponerse el testimonio al título que prueba el crédito, es preciso hasta llegar á prohibir que se compense con una deuda consignada por escrito una deuda probada por testigos, cualquiera que sea su valor; resultado, que es enteramente inadmisibile. Tal no era en Roma, la consecuencia de la máxima: *Contra*

1. *Excedente summam, seu conditionem quinquaginta librarum Bononorum.*