

del objeto litigioso. Refiérese desde luego al momento en que se ha verificado la convención para ver, si en esta época, escedía ó no su valor de la tasa legal, aun cuando á la sazón fuera inferior á esa tasa. Además, en sentido inverso, no basta que en el origen no haya escedido de la suma de ciento cincuenta francos; y así, examina si despues se ha traspasado el límite fijado. Estos dos puntos de vista corresponden á los dos motivos muy distintos de la prohibición. La ley se refiere á lo pasado, porque su objeto es asegurar una prueba estable desde un principio. Se refiere á lo presente, porque no debe perderse de vista tampoco el peligro de que se soborne á los testigos.

Con el auxilio de estas observaciones, que no son mas que el análisis de las disposiciones del Código, es posible resolver la cuestión tan controvertida que suscita el texto del art. 1834: "Toda clase de sociedad debe redactarse por escrito, cuando su objeto es de un valor de mas de ciento cincuenta francos (1)." Pregúntase ¿qué debe entenderse por el objeto de una sociedad? Existen sobre este artículo dos opiniones diametralmente opuestas. Penetrados unos de la idea de que lo que el legislador ha querido es que se redacte una acta ó escrito cuando se forme la sociedad, se atienen, no al interés ulterior de los asociados sino al valor en un principio de la sociedad, cualquiera que sea el aumento que haya recibido despues. Otros, por el contrario, teniendo sobre todo presente, el peligro de que se soborne á los testigos, no se hacen cargo de la importancia que puede tener la sociedad considerada colectivamente, sino que atienden tan solo al interés del asociado demandante á quien autorizan para obtener la información, si su reclamación no escede de ciento cincuenta francos. Cada una de estas opiniones se funda en un fondo de verdad; su sola falta es ser exclusivas. Si, como hemos reconocido, en las relaciones de un solo acreedor

1. Véase el párrafo final de la nota inserta en el núm. 152, sobre lo que prescribe el Código de Comercio español acerca de este punto.—[N. de C.]

y de un solo deudor, prueba el análisis de los testos que se ha pensado igualmente en la virtud *antilitigiosa* (1) de un escrito, y en el temor del soborno, ¿qué motivo habria, pues, para decidir de otra suerte con respecto á los asociados? Así, parece que no pueden admitirse testigos ni en el caso de que el objeto total de la sociedad escediera primitivamente de ciento cincuenta francos, ni en el caso de que el interés colectivo hubiera llegado á esceder á la sazón de esta suma. Decimos el interés colectivo y no el individual; porque hablando del objeto de la sociedad y no del fondo de cada asociado, el Código mira en globo el activo social. Si se alega, en el primer caso, que ha disminuido el valor de la sociedad, es fácil contestar, que no se admite la prueba testimonial respecto de una suma que seria el remanente de un crédito mayor, no probado por escrito. (art. 1344). Y si se pretende en el segundo caso, que ha bastado á las partes no contravenir á la ley cuando se celebró el contrato, ¿no se puede oponer el art. 1342 que obliga á acumular los intereses al capital? ¿No hay identidad de razón respecto de los beneficios capitalizados? Esta última idea debe, no obstante, aplicarse con prudencia. No estando anticipadamente previstos los beneficios como los intereses, el mero hecho de su vencimiento no bastará para que deba estenderse una acta, sobre todo si no se han acumulado á la masa social. Si, por consiguiente, el vencimiento mismo de estos beneficios fuera la señal para disolverse la sociedad, seria fuera de razón exigir un escrito de parte de los asociados, suponiendo que no tuvieran esta misma obligación cuando se hallaban reunidos. En este sentido es como debe aprobarse una sentencia del tribunal de Turín, del 24 de Marzo de 1807, que admite la prueba testimonial de una sociedad para jugar á la lotería, aun cuando el lote ganado escediera de ciento cincuenta francos, si lo puesto no escedia de este valor. Aun cuando debiera subsistir la sociedad,

1. Espresiones de Bentham.

debe reconocerse con el Tribunal de Turín, que el beneficio *incierto, futuro, accesorio* por su naturaleza, no debe confundirse con el objeto de la sociedad. Pero si se capitalizaran los beneficios, de modo que aumentaran notablemente la importancia de la sociedad, creemos que convendria estender por escrito la acta social.

El proyecto del Código civil español de 1851 contiene tambien varias disposiciones para determinar la cuantía ó importe del objeto del litigio. Ya en el párrafo 2º del artículo 1220 determina que, la prohibición del párrafo primero, de no admitirse prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público ó privado, es aplicable al caso en que el capital de la demanda reunido al importe de los intereses, ascienda á cien duros ó mas. En el art. 1221 se previene además, que al demandante de cien ó mas duros, no se admitirá la prueba testimonial, aunque limite su demanda á una suma menor, y en el 1222 se determina, que tampoco se admitirá prueba testimonial en las demandas de menos de cien duros, cuando se declare que la suma demandada es la parte ó resto de un crédito mas cuantioso que no está consignado por escrito; y finalmente, se previene en el art. 1223 por vía de excepción á dichas prescripciones, que lo dispuesto en los tres artículos anteriores no tiene lugar cuando existe algun principio de prueba por escrito, determinando los casos en que la hay, y asimismo el art. 1224 exceptúa tambien el caso de que no haya sido posible al acreedor obtener una prueba instrumental de la obligación; cuyas excepciones se esponen en las adiciones á los números 170 y 176.—[N. de C.]

Sobre los hechos probados por confesión judicial, no podrá el que haya confesado rendir prueba de testigos. Se tendrá por confeso al actor respecto de los hechos propios que afirmare en las posiciones, y sobre ellos no se le admitirá prueba testimonial, arts. 730 y 657 Código de proc. del Dist. fed.—[N. de los EE.—]

SEGUNDA CAUSA DE ESCEPCION.

Principio de prueba por escrito.

165. La esclusión de la prueba testimonial en materia convencional al menos, no tiene por objeto, segun ya hemos dicho, exigir imperiosamente un escrito. Las demás

pruebas orales menos sospechosas, la confesión, el juramento (1) son admisibles cuando no se requiere la escritura para la sustancia ó esencia del acto, como en el contrato de matrimonio. Pero si una confesión completa prueba la convención, se concibe que pueda haber una confesión incompleta que haga inverosímil el hecho alegado, sin que no obstante lo demuestre plenamente. Si esta confesión imperfecta se halla consignada por escrito, porque de otra suerte se caería en un círculo vicioso, dá á la pretensión una base bastante sólida, para que se pueda sin peligro admitir los testigos; tal es la teoría que resulta de la definición que dá el art. 1347 del principio de prueba por escrito: "Se llama así toda acta ó escrito que emana de aquel contra quien se entabló la demanda, ó de aquel á quien representa y que hace verosímil el hecho alegado."

En la antigua jurisprudencia, y sobre todo, en una época muy próxima á la ordenanza de Moulins, no se exigía como hoy, que el principio de prueba tuviera el carácter de una confesión, es decir, que emana-se del demandado. Considerándose la ordenanza como exagerada, se miraba favorablemente todo medio de eludir su aplicación. Mornac (*ad leg. certi §. quoniam, D. de reb. cred.*) se espresa en estos términos: "Prohibita non est edicto regio probatio per testes in summa quæ centum libras superat, si vel tantillum scripto, cui fides adhibeatur, de re controversa constiterit, quum sunnum illud jus invecum sit in mores gallicos ob testium facilitatem." Por esto se consideró por una sentencia citada por Vrevin (sobre el art. 54 de la ordenanza de Moulins) un recibo emanado de una viuda como un principio de prueba contra los herederos de su marido. La ordenanza de 1667, si no confirmó esta jurisprudencia, no la condenó tampoco, puesto que no hizo mas que mencionar (tít. XX, art. 3) el principio de prueba por escrito, sin definirlo.

1. El juramento no producirá ningun efecto legal en los contratos; y jamás en virtud de él ni de la promesa que la sustituya, podrá confirmarse una obligación, si no hubiere otra causa legal que la funde, art. 1397 Código civil.—[N. de los EE.—]

Los autores mas exactos, especialmente Danty (ad. sobre Boiceau, partida II, capítulo 1º) y Pothier (oblig. núm. 808) enseñaron perfectamente, que el escrito debía emanar de una parte interesada en la controversia, pero nada obligaba á los tribunales á conformarse con esta opinion, y el tribunal de casacion juzga constantemente, que se puede aun en el dia, en los casos ocurridos antes de la promulgacion del Código, considerar como principio de prueba una pieza que emane de un tercero extraño al litigio.

166. La doctrina de Danty y de Pothier, autorizada en el dia por la ley, recibe todavía notables escepciones (V. los artículos 1335 y 1336). Pero no es aún tiempo de examinar las cuestiones tan controvertidas que se suscitan sobre los actos que pueden servir de principio de prueba, cuando estos actos emanan de terceros, ó bien cuando presentan ciertos vicios de forma. La solucion de estas cuestiones supone necesariamente el conocimiento de las condiciones requeridas para que haga fé un acto. La remitimos, pues, á nuestros desarrollos ulteriores sobre las pruebas preconstituídas. Aquí supondremos que se ha presentado en juicio el escrito como emanado de aquel contra quien se interpuso la demanda, y tenemos que preguntarnos con qué condiciones puede admitirse á título de principio de prueba.

167. En primer lugar, segun los términos del art. 1347, el actor del escrito debe ser el demandado, ó *aquel á quien representa*, por ejemplo, el difunto relativamente al heredero. Lo mismo sucede en sentido inverso, respecto de *aquel que lo representa*; así, pues, los escritos del mandatario, pueden oponerse al mandante.

168. En segundo lugar, el escrito debe emanar del demandado. Es un grave error calificar de principio de prueba por escrito, como hace Toullier (5ª edicion, tom. IX, núm. 61) las escrituras privadas que no están comprobadas ni reconocidas. Estas escrituras no son absolutamente nada, mientras se ignora su origen, y seria incurrir

en una verdadera peticion de principio, querer corroborar con la prueba testimonial una confesion cuya existencia no se ha demostrado. El ilustre profesor de Rennes parece haber confundido los testigos llamados algunas veces á comprobar una escritura con los que vienen á declarar sobre la existencia del contrato. En el primer caso, vienen á atestiguar los testigos, no lo que contiene el escrito, sino la confeccion misma del escrito, cuyo origen se niega. En el segundo caso, vienen á atestiguar el hecho que el escrito hace verosímil. Así, cuando se trata de principio de prueba por escrito, puede haber en él dos informaciones distintas; la una teniendo por objeto consignar que el escrito alegado es de puño y letra de aquel á quien se atribuye; la otra teniendo por objeto acreditar, por medio de otras declaraciones, el hecho mismo del contrato, que este escrito permite probar por medio de testigos. La primera de estas informaciones se admite solamente *de plano*, como refiriéndose á un simple hecho, la confeccion del escrito, al cual no se aplica la prohibicion del art. 1341 (V. el núm. 153).

Pero, como no se trata aquí de un acto en forma, no es necesario que la nota producida esté escrita ó firmada por la parte, con tal que se pruebe ó consigne auténticamente su origen. Si el tribunal de casacion ha desechado con razon (Cas. 9 de Noviembre de 1842) la autoridad de notas informes que se hallaron en los papeles del pretendido deudor, ha admitido á título de principio de prueba, las declaraciones hechas en un interrogatorio sobre hechos y artículos, bien que no firmadas por la parte (Sent. den. de 15 de Marzo de 1843), y lo mismo seria respecto de una acta de un juicio de conciliacion (1). En cuanto á las respuestas dadas en una comparecencia de las partes en la audiencia y consignadas en los resultandos de la sentencia, se ha criticado la jurisprudencia (Sent. den. de 7 de Julio de 1840 y de 27 de Noviembre de 1842), que las considera como emanadas de la par-

1. En el caso de no haber conciliacion, no deben mencionarse los dichos de los interesados.—Cód. de proc. artículo 54.—

te á la que atribuyen los resultados. Mas, en derecho, los procuradores representan á sus clientes, y las decisiones del tribunal de casacion son inatacables bajo este punto de vista. Solamente en hecho, los tribunales deben acoger con precaucion lo que solo se ha consignado por los resultandos, cuya redaccion no ofrece todas las garantías necesarias.

Pregúntase sobre este particular, si se puede invocar como principio de prueba por escrito ante los tribunales civiles, las respuestas dadas anteriormente en el curso de un procedimiento criminal. Los términos generales de la ley. "Todo acto por escrito... que hace verosímil el hecho alegado," conducen á esta solucion. La Audiencia de Paris habia juzgado lo contrario en 13 de Agosto de 1836, pensando que los jueces civiles no pueden adquirir su convencimiento en los documentos de un procedimiento criminal. Pero esta restriccion es enteramente arbitraria; y no se confunde la jurisdiccion civil con la criminal, porque autorice á los tribunales civiles para ver un principio de prueba por escrito en una instruccion hecha en forma debida, que bien equivale á simples notas que emanan del demandado. Así la sentencia de la Audiencia de Paris fué anulada en 2 de Junio de 1840 (V. tambien la sent. den. de 21 de Enero de 1841). No obstante, esta doctrina requiere que se la aplique con precaucion. No debe perderse de vista, tampoco, que el acta debe emanar de aquel contra quien se entabla la demanda. Pues bien, si pertenece este carácter á las respuestas que se dan ante el juez de instruccion, respuestas que se leen al inculcado, para que pueda reconocer si se han desnaturalizado sus declaraciones, no sucede lo mismo generalmente respecto de los dichos consignados tan solo por las notas del examen ó interrogatorio que redactó el escribano. Así se ha juzgado con mucha razon, por sentencia de casacion de 17 de Julio de 1841: "Considerando que no se puede atribuir este carácter á un escrito, que no ha emanado del acusado, cuyo tenor no ha podido

comprobar, el cual no ha visto ni firmado, y que es obra de un funcionario á quien no ha dado la ley mision especial para este efecto." Creemos que debe aplicarse esta decision, aun á las notas de examen redactadas por el escribano del tribunal correccional, y visadas por el presidente, segun los términos de la ley de Junio de 1856 (Cód. de inst. nuev. art. 200). Si la nueva ley ha dado una mision especial al escribano, no es menos cierto que el acusado, tanto en el dia como antiguamente, no está llamado á comprobar el tenor de su redaccion.

169. Finalmente, el escrito debe hacer verosímil el hecho alegado. En su consecuencia hay abuso cuando el juez, á falta de todo escrito, comienza ordenando un interrogatorio sobre hechos y artículos y despues se funda en algunas respuestas insignificantes, y aun á veces en la negativa de contestar, para mandar la informacion. Pero en derecho, es incontestable la facultad de adquirir un principio de prueba en el interrogatorio (Sent. den. de 14 de Julio de 1856). Además, si acontece que se haya admitido algunas veces con sobrada facilidad la prueba testimonial, debe reconocerse, que en muchas ocasiones, han experimentado los jueces la necesidad legítima en el fondo, de desembarazarse de las trabas de un sistema sobrado absoluto, y de aligerar su conciencia oyendo á los testigos. Nuestra legislacion civil en el dia es mas formalista que nuestras costumbres, y nuestros magistrados dirian con Mornac (número 165), que esto es *summum jus, invec-tum in mores gallicos propter testium facilitatem*.

170. Por lo demás, el saber cuál debe ser el carácter del escrito que se invoca, puede provocar el examen del tribunal de Casacion (sent. den. de 7 de Julio de 1840 y de 29 de Noviembre de 1842). Pero la apreciacion de la mayor ó menor verosimilitud que adquiere en el escrito el hecho alegado, pertenece esclusivamente á los Jueces del hecho (sent. den. de 17 de Mayo de 1855).

El proyecto de Código civil español de 1851, enumera en su art. 1223 haber principio de prueba por escrito: 1.º Cuando ocurra alguna de las circunstancias espresadas en los artículos 1207, 1208, 1213, 1216 y 1217. 2.º Cuando existe algún documento escrito por el demandado ó por quien le representa, aunque no esté firmado, con tal que haga verosímil el hecho litigioso. Creemos no deber esponer aquí las disposiciones contenidas en los artículos citados en la primera enunciación del presente, por no dar demasiada estension á este apéndice, lo cual no juzgamos oportuno, y mas si se atiende á que las prescripciones enunciadas no forman derecho constituido. Baste, sin embargo, observar, que la regla general en esta materia es que el principio de prueba por escrito puede resultar, ó de un instrumento auténtico en que haya sido parte aquel contra quien se quiere probar, ó de un instrumento privado firmado por él, ó á lo menos escrito de su mano. Todos los artículos á que se refiere el 1223, son conformes á esta regla; los 1207 y 1208 se refieren á documentos privados, y los 1213, 1216 y 1217 recaen sobre instrumentos públicos. — (A. de C.)

TERCERA CAUSA DE ESCEPCION

Imposibilidad de procurarse una prueba literal ó instrumental

171. Ya hemos advertido que los delitos y cuasi-delitos, así como el cuasi-contrato de gestión de negocios, están fuera de la regla del art. 1341, y que por consiguiente no se debe ver una escepcion, aunque la ley parece decirlo, sino la aplicación del derecho comun, en la facultad de probarlos por todos los medios posibles.

Los casos verdaderamente excepcionales de que vamos á ocuparnos son aquellos en que se trata de las convenciones que no se han podido consignar por escrito.

172. Raras veces aparecerá la imposibilidad física en la práctica. El Código Napoleon señala los casos en que no se podrá adquirir actas por escrito (art. 1348, 3.º). No es necesario suponer una imposibilidad absoluta, como si se prestase dinero á alguno en un desierto, sin tener medio algu-

no de escribir y lejos de toda comunicación; basta que exista imposibilidad local y momentánea. Si encuentro á una persona á quien han robado los ladrones, podré con toda seguridad prestarle ante testigos una suma de mas de ciento cincuenta francos para ayudarle á continuar su camino. No hay duda que en todo rigor hubiera sido posible redactar un escrito, haciendo venir un notario ó funcionario público; pero la ordenanza de Moulins no ha querido poner trabas á las relaciones de humanidad y de filantropía. Por eso el Código, reproduciendo (art. 1348, 2.º) la ordenanza de 1667, dispensó formalmente de recibo escrito en los depósitos necesarios que se hacen por causa de incendio, ruina, tumulto ó naufragio. No es posible hacer inventario de los efectos muebles que se han entregado á toda prisa á los vecinos en circunstancias en que por lo comun el interés mucho mas grave de salvar á las personas no permite ocuparse minuciosamente de los bienes ó intereses. Aun rigiendo la ordenanza de Moulins, que nada decia sobre esta escepcion, el Parlamento de París habia admitido por sentencia del mes de Agosto de 1573 á los herederos de un protestante á probar con testigos un depósito de esta naturaleza, hecho por su autor en el momento en que iba á ser degollado el dia de San Bartolomé. Algunos autores querian ir mas lejos y poner el depósito voluntario en la misma línea que el depósito necesario. "Velim excepi sacriarcanique depositi causam," decia Cujacio (*Paratit., Cód. ad tit. depositi*), espresando un deseo mas bien que una opinion.

Pero se ha reconocido que los motivos de delicadeza exagerada que podian impedir procurarse un recibo, no debian preferirse al peligro de abrir una puerta á los abusos que ha querido proscribir el legislador. Así, tanto la ordenanza de 1667, como el art. 1341 del Código civil, comprenden espresamente en la prohibición el depósito voluntario. Además los casos de imposibilidad que menciona la ley no son mas que ejemplos, perteneciendo siempre á los jueces del hecho apreciar la imposi-

bilidad (sent. den. de 18 de Mayo de 1844). Por eso una jóven que abandonó la casa materna despues del segundo matrimonio de su madre, fué autorizada por la Audiencia de Bourges, el 19 de Mayo de 1826, á probar por medio de testigos el importe de los bienes muebles que reclamaba; pues la habia sido moralmente imposible pedir á su madre y á su padrastro un recibo ó nota por escrito de los objetos que dejaba en su poder.

173. Hay casos en que hubiera podido hacerse, en rigor, un escrito, pero en que se considera la rapidez de las transacciones, como ocasionando una especie de imposibilidad moral. Por eso los depósitos hechos en una hostería se han asimilado á los depósitos necesarios, primeramente por la jurisprudencia, y despues por la ordenanza de 1667 y por el Código Napoleon. Como generalmente son tan numerosos los viajeros, y permanecen tan poco tiempo, seria sumamente incómodo para ellos y para el fondista obligarles á hacer inventario de sus efectos (1). Pero en este caso, como en el de depósito necesario propiamente dicho, la facilidad que concede el legislador podria dar lugar á grandes abusos; por lo tanto, ha tenido cuidado de añadir, para advertir al juez que sea circunspecto en admitir semejantes reclamaciones: "Todo esto, atendiendo á la calidad de las personas y á las circunstancias del hecho" (art. 1348, 2.º).

Preténdese á veces que es permitido probar por medio de testigos la entrega de objetos á un traginero, así como se admite respecto del fondista; pero esta asimilación es abusiva. Es verdad que el art. 1782 dice, que los tragineros por tierra, y por agua están sujetos en cuanto á la custodia y conservación de las cosas que se les con-

1. Dede asimilarse á las hosterías los *restaurant*, *cafés* y baños públicos. Pero Rodier consideraba indebidamente [en el tit. XX, art. 4 de la orden.] como un depósito necesario la entrega de objetos á un joyero ó á un sastré; y tambien se ha querido atribuir indebidamente este carácter á la entrega de títulos á un oficial ministerial [sent. den. de 6 de Noviembre de 1838]. Tambien há lugar á criticar el uso de los egentes de cambio, que se niegan á dar recibo á sus clientes de los valores que les han confiado.

fiaron, á las mismas obligaciones que los hosteleros; pero una cosa es la estension de la obligación que se supone probada, y otra la prueba misma de la obligación. Era de interés público imponer á los tragineros la misma responsabilidad que á los hosteleros; mas para esto es necesario consignar previamente la entrega de los efectos ó ropas y maletas. Esta entrega no puede asimilarse á un depósito necesario. Lejos de dispensar el Código que se recurra á un escrito (art. 785), prescribe espresamente que se lleven registros en que se inscriba todo lo que se confie al empresario de carrajes públicos, al paso que no ha establecido respecto de los fondistas semejantes registros. En vano se dice que se trata de un acto de comercio (Cód. de Com., art. 632), y que además todos los comerciantes están obligados en general á llevar libros, lo cual no impide que se admita la prueba testimonial para probar las operaciones mercantiles. Porque esta admision no tiene lugar en ciertos contratos, y tal nos parece haber sido aquí la intencion del legislador, cuando comparamos los artículos 1950 y 1952 del Código Napoleon, que autorizan indefinidamente la prueba testimonial respecto del depósito necesario hecho á los hosteleros ó fondistas, con los arts. 1785 de este mismo Código y el 96 del Código de Comercio, que prescriben á los empresarios de transportes la inscripcion de la naturaleza y calidad de las mercancías. El art. 96 supone tambien que el empresario puede ser requerido por el expedicionario para que inscriba ciertas particularidades (el valor de las mercancías), lo cual prueba que el registro no es solamente en este caso, como habitualmente, un medio de comprobar la regularidad de las operaciones de los comerciantes, sino un título que se destina á ser invocado por los que contratan con él. ¿No sabe el viajero que el uso destina cierto espacio de tiempo para inscribir las mercancías? ¿No incurre en culpa grave por su parte en no declarar sus ropas y efectos? No puede haber imposibilidad moral si no en el caso