

sido destruido por efecto de un delito. El hecho de un tercero que la parte interesada no pudo impedir, ha sido siempre considerado como caso fortuito; con mayor razón debe considerársele como tal, cuando este hecho es un delito.

Se pregunta si la pérdida de un título basta para que la prueba testimonial sea admisible. En lo general, el que pierde una cosa es culpable de descuido; con mayor cuidado hubiera podido impedir la pérdida, lo que excluye la aplicación de la ley; no hay caso fortuito imprevisto resultando de caso de fuerza mayor. Pero también puede suceder que el título se pierda por el hecho de un tercero sin que ninguna culpa tenga el acreedor; en este caso, el art. 1,348 será aplicable. La jurisprudencia está en este sentido. Ha sido sentenciado que si un título se pierde á consecuencia del traslado de archivos, la prueba testimonial no es admisible; no debe tomarse esta sentencia como una decisión general, es un fallo de especie que se justifica por las circunstancias del hecho. (1) En otro caso se falló que había caso fortuito. Un título fué depositado en primera instancia en la mesa del presidente por orden del Tribunal, y para las necesidades de la deliberación. El título se pierde. La parte que había hecho el depósito estaba obligada á hacerlo, y después de hecho no tuvo ya remedio alguno para cuidar de la conservación de su título; si se perdía era por hecho del magistrado ó de su secretario; en todo caso, hecho de un tercero sin que la parte interesada tenga alguna culpa. La Corte de Pau juzgó bien, pues, decidiendo que la prueba testimonial era admisible. (2)

Desde que hay un descuido que reprochar á aquel que solicita dar la prueba por testigos de la pérdida de un título,

1 Riom, 28 de Noviembre de 1838 (Daloz, en la palabra *Derecho civil*, núm. 651). Compárese la crítica de Aubry y Rau, t. VI, página 470, nota 36, pfo. 765.

2 Pau, 12 de Junio de 1858 (Daloz, 1858, 1, 194).

lo, el art. 1,348 no es ya aplicable, pues el descuido excluye la fuerza mayor; aunque hubiese caso fortuito deja de ser de fuerza mayor si procede por culpa de la parte interesada. Un testamento ológrafo, es presentado al presidente del Tribunal, se toma copia en los libros de la Secretaría y es transcrito por el registrador; el acta desaparece. Los legatarios piden dar prueba por testigos del testamento; fué sentenciado que el art. 1,848 era inaplicable. La Corte admite que es verosímil que haya existido un testamento, pero debía imputarse descuido á los depositarios por no haberlo conservado bien; no alegaban ningún caso fortuito que hubiese destruido el testamento. En semejantes circunstancias, la admisión de la prueba testimonial sería muy peligrosa; bastaría presentar al presidente ó al legislador un testamento supuesto, que se suprimiría después, para hacer imposible la confronta de escritura: el descanso y seguridad de las familias quedaría quebrantado con semejante jurisprudencia. (1)

573. La prueba de un caso fortuito no basta; el art. 1,348 dice que la excepción se aplica al caso en que el acreedor ha perdido el título que le servía de prueba literal por fuerza mayor. Debe, pues, probar también que poseía un título en que constaba su crédito y que dicho título fué destruido por un caso fortuito. Esto resulta del texto. Esta prueba, si debiera hacerse rigurosamente, sería á menudo imposible. Sucede un incendio, consume todos los papeles del propietario: éste pretende que entre éstos, se encontraba el título del crédito que solicita probar por escrito. ¿Deberán los testigos declarar haber visto el título en el momento en que las llamas lo consumieron? Esto sería pedir una prueba imposible. Los jueces deberán conformarse con una probabilidad más ó menos grande. Es probable que el título se ha-

1 Lyon, 22 de Febrero de 1831 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,407, 1°).

llase entre los papeles destruidos, si los testigos vienen á declarar que han visto el título antes del accidente, y que el acreedor conservaba sus títulos en un mueble destruido por el fuego. (1)

Se supone que la pérdida del título está establecida. Queda por probar lo que el título contiene; es decir, el crédito cuyo pago reclama el demandante. ¿Deberán declarar los testigos que han leído el acta y relatar sus cláusulas? Esto sería también una prueba las más veces imposible y que el legislador se guarda de exigir. El art. 1,348 dispone que la prohibición de la prueba testimonial recibe excepción en el caso en que el título ha sido perdido por un caso fortuito; esto es decir que el acreedor puede probar su crédito por testigos; la ley no agrega que los testigos deban haber leído el acta, nada dice de particular respecto de la prueba testimonial, ésta queda, pues, bajo el imperio del derecho común. Es en este sentido como Pothier se expresa: "Puedo hacer esta prueba por testigos que declaren haber visto en mis manos los vales de mis deudores, de los que conocen la letra y se acuerdan del tenor, ó que declaren tener algún conocimiento de la deuda." (2)

574 ¿El art. 1348 se aplica al caso en que el título perdido era una acta privada? Toullier dice que hay razón para dudar. Una acta privada prueba por sí misma. ¿De qué serviría, pues, probar que una acta privada llevando mi firma ha sido vista y leída por diferentes personas? Hecha esta prueba quedaría por probar que la firma que se encontraba en el acta era verdaderamente la mía. El acta no existiendo ya, será imposible confrontar la letra y no puede decirse que un escrito no confrontado sea un título. ¿Podría seme-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 203, núm. 209. Merlin, *Questiones de derecho*, en la palabra *Prueba*, pfo. VII.

2 Pothier, *De las Obligaciones* núm. 815. Aubry y Rau, t. VI, página 470, nota 35. Marcadé, t. V, pág. 151, núm. 5 del artículo 1,348.

jante título autorizar la prueba testimonial? La objeción es seria; sin embargo, no es decisiva.

Desde luego, el texto no exige que el título sea auténtico; y comprende á las actas privadas. No se les puede confrontar, pero no se trata de confrontar el crédito por la escritura que ya no existe; este escrito ofrece solo una probabilidad que permite admitir la prueba testimonial. La certeza moral que un título existía basta, pues. ¿Cómo adquirirán los jueces esta certeza? Esta es una cuestión de hecho. Pothier supone que los testigos han visto el título y se ha conocido su firma: no es esto, por cierto, una confronta de escritura, es una prueba moral; nada hay que decir acerca de este punto, dependiendo todo de la aplicación del juez; éste no está obligado á admitir la prueba testimonial; pero puede hacerlo. (1)

Las actas solemnes presentan otra dificultad. Tales son los testamentos. Es de doctrina y de jurisprudencia que las disposiciones del Código acerca de la prueba, se aplican á todas las materias; luego también á los testamentos. Se admite, pues, á probar por testigos que un testamento existió pero fué destruido por caso fortuito. Pero el testamento, lo mismo que toda acta solemne, difiere de una obligación; ésta existe independientemente del escrito en que consta, el título es solo un asunto de prueba; mientras que las solemnidades del testamento son de la esencia misma del acta, no hay testamento sin la observancia de las formalidades prescritas por la ley. Es, pues, ménester que los testigos declaren que estas formalidades han sido cumplidas. La dificultad es ya grande para el testamento ológrafo; se necesitará que los testigos conozcan la letra del testador y que declaren que el testamento ha sido escrito, fechado y firmado por él. En el testamento por acta pública, las formalidades son

1 Toullier, t. V, 1, pág. 206, núm. 215.

aun más numerosas y más difíciles de comprobar. Al juez toca decidir si son suficientes los testimonios para comprobar que hubo testamento válido en la forma. (1)

575. Una dificultad particular se presenta para las obligaciones de empréstito. Se ha pretendido que debían asimilarse al papel moneda, ó á los billetes de banco; de donde resultaría que la destrucción de un título privaría al acreedor de todo derecho. La Corte de Lieja no admitió este sistema, que es evidentemente falso; que las obligaciones sean al portador ó no, poco importa; unas y otras comprueban un crédito á cargo del Estado, que es el que pidió el préstamo, lo mismo que una acta privada ó auténtica, comprueba un préstamo. La única diferencia que existe entre los títulos al portador y los títulos nominales, es que los primeros se transmiten por la entrega del título y que aquel que los detiene es el propietario. Pero esto no cambia nada á las obligaciones del Estado, siempre es deudor; y si el título que comprueba la deuda se pierde, el acreedor puede prevalerse del art. 1,348. (2)

576. Una sentencia de la Corte de Casación decide otra dificultad. Las partes han hecho constar sus convenciones por escrito, no presentan el acta; en el caso, no pudieron probar la pérdida del título por un caso fortuito, pero, apoyándose en un principio de prueba por escrito, reclamaban el beneficio del art. 1,347. ¿Había lugar á admitir la prueba testimonial, aunque no fuese probada la pérdida del título? La Corte de Douai rehusó admitirla, fundándose en el núm. 4 del art. 1,348. Su sentencia fué casada, y debía serlo. El art. 1,347 admite la prueba testimonial cuando existe un principio de prueba por escrito; la ley no distin-

1 Toullier, t. V, 1, pág. 207, núm. 216. Denegada, 12 de Diciembre de 1859, Sala Civil (Daloz, 1860, 1, 334). Tolosa, 12 de Noviembre de 1862 (Daloz, 1863, 2, 25).

2 Lieja, 22 de Julio de 1847 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 33).

que si las partes han ó no redactado una acta: por esto solo de existir un principio de prueba por escrito, la prueba testimonial debe ser admitida, á reserva que decida el juez si hay ó no prueba por escrito. Pero no puede decidir en derecho que la prueba por testigos no es admisible, porque había un título y que su destrucción no está probada por escrito. (1)

*Núm. 3. Aplicación del principio á los casos no previstos por la ley.*

577. Hemos dicho que el principio establecido por el artículo 1,348 es general y que recibe su aplicación á todos los casos en los que no ha sido posible al demandante procurarse una prueba literal del hecho litigioso. Las aplicaciones que da la ley en los núms. 1 y 4 solo son ejemplos; estos ejemplos, aunque nada tengan de limitativo, sirven, sin embargo, para explicar lo que la ley entiende por *imposibilidad* de procurarse una prueba literal. ¿Se necesita una imposibilidad absoluta, material, ó una imposibilidad moral, y relativa será suficiente? En teoría, la solución no es dudosa; el texto de la ley prueba que se conforma con una imposibilidad moral; lo hemos hecho notar al explicar el núm. 2 concerniente al depósito hecho por el viajero en una posada (núm. 567). El núm. 3 muestra el mismo argumento; admite la prueba por testigos para probar las obligaciones contraídas en caso de accidentes imprevistos en que no podía haberse hecho una acta escrita. ¿Cuáles son las circunstancias en las que no pudo haberse hecho un acta escrita? Toullier contesta: Esto es una pura cuestión de hecho, y de cualquiera manera que pronuncie el juez, su decisión no puede ser remitida á la Corte de Casación. (2)

1 Casación, 18 de Agosto de 1873 (Daloz, 1874, 1, 20).

2 Toullier, t. V, 1, pág. 197, núm. 203; pág. 12, núm. 139. Aubry y Rau, t. VI, pág. 461, nota 3.

¿No será esto demasiado absoluto? Así entendida, la excepción absorbería á la regla, puesto que siempre dependería del juez el alegar una imposibilidad moral cualquiera. Esto es también ir más allá de los términos y del espíritu del art. 1,348; éste no habla de imposibilidad moral, y todo lo que puede concluirse de los ejemplos dados por la ley, es que la imposibilidad no debe ser absoluta, pero debe haber imposibilidad, y es necesario que el juez funde su decisión en dicha imposibilidad. Sin duda, la apreciación de la imposibilidad escapará las más de las veces á la casación, pero esto no quiere decir que el juez del hecho sea soberano; su sentencia puede ser casada, si admite como imposibilidad hechos que por su naturaleza misma no constituyen ninguna imposibilidad.

578. La jurisprudencia está indecisa é incierta, lo que es inevitable en una materia en la que el juez tiene un tan gran poder de apreciación. Un doméstico pretende haber prestado dinero á su amo; no produce escrito. ¿Estaba en la imposibilidad moral de procurárselo? La Corte de Burdeos negó la prueba testimonial, y con razón, según creemos. (1) No hay imposibilidad absoluta para que un doméstico pida un recibo á su amo, solo hay un sentimiento de delicadeza; pero si el amo consiente en hacerse deudor de su criado, abandona por esto mismo su posición de superioridad; ya no existe razón para que se niegue á dar un recibo del préstamo que recibe. En contra, ha sido sentenciado que la hija que se retira de la casa materna, es admitida á probar por testigos la consistencia y valor de sus cosas, y de los vestidos que eran de su personal y que dejó. No podía, dice la Corte de Bourges, proponer á su padrastro y á su madre que le dieran un recibo por escrito sin *lastimar su delicade-*

1 Burdeos, 13 de Junio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,876, 3°).

za. (1) ¿Era esto una imposibilidad moral? Dudamos de ello. Es seguro que entre los ejemplos que da la ley, no hay ninguno que pueda aplicarse por analogía al presente caso; los núms. 2 y 3, suponen que por razón de las circunstancias no fué posible al acreedor redactar una acta por escrito, no suponen qué sentimientos de delicadeza ó de conveniencias lo hayan impedido.

La Corte de Gante admitió la imposibilidad moral en un caso análogo. Un joven prometió casarse con una señorita; con el fin de obligar á su madre á consentir firmó vales en provecho de su futura; fué conociendo que estos vales equivaldrían á una multa en caso de la no ejecución de la promesa. El matrimonio no se verificó; el signatario de los vales se negó á pagarlos, sosteniendo que eran debidos por una promesa de matrimonio, y por lo tanto, nulos. ¿Podía dar la prueba por testigos de dicha promesa y de las circunstancias que lo habían llevado á subscribir los vales? La Corte contesta que el joven no hubiera podido solicitar una contraletra sin lastimar la delicadeza de la señorita, y que ésta hubiera rehusado firmar dicha contraletra. (2) Siempre es una imposibilidad fundada en sentimientos de conveniencia, y no conocemos texto alguno que autorice al juez para ordenar la prueba por testigos en el caso de semejante imposibilidad. Hay al contrario una disposición que prueba que, en el pensamiento del legislador, no basta semejante imposibilidad. El art. 1,341 prohíbe la prueba testimonial para el depósito voluntario, aunque el acreedor tenga razones de delicadeza para no pedir una prueba escrita.

579. Hay entregas de mercancías al por menor, que no es de uso hacer constar por escrito. ¿Constituirá el uso una

1 Bourges, 19 de Mayo de 1826 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,875, 1°).

2 Gand, 26 de Marzo de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 182).

imposibilidad moral en el sentido del art. 1,348? La cuestión se ha presentado varias veces ante las Cortes de Bélgica, y ha sido resuelta en diferentes sentidos. Un empresario debe la suma de 254 francos por entrega de cerveza hecha á sus operarios; la Corte de Bruselas sentenció que el art. 1,348 era aplicable, porque no es de uso tomar obligaciones por escrito por razón de estas ministraciones. (1) Lo mismo sucede con los trabajos de detall que hacen los obreros; la Corte de Bruselas sentenció que la gente trabajadora no tenía costumbre de hacer constar esos créditos por escrito, y que les era moralmente imposible presentar una prueba literal de dichos créditos; que, por consiguiente, debían ser admitidos á la prueba testimonial. (2) Cuando al contrario, se trata de entregas que no está en el uso pagar á cortos plazos, la Corte aplica la regla general del art. 1,341 y niega la prueba testimonial. (3)

Esta jurisprudencia está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley, como lo dijo muy bien la Corte de Casación. La prohibición de la prueba testimonial es la regla; la ley solo la admite por excepción, y toda excepción es de interpretación rigurosa. Debe, pues, considerarse que el uso, por muy general que se le suponga, de no exigir un escrito para ciertas entregas y ciertos trabajos, pone al acreedor en la imposibilidad de procurarse una prueba literal. La negativa es segura, dice la Corte; en efecto, ningún ejemplo dado por el art. 1,348 autoriza para interpretar así el principio establecido por el art. 1,348. (4) La Corte de Gante se ha pronunciado en el mismo sentido. Se trataba, en la especie, de la entrega de una alfombra de sala con un valor de 2,000 francos; el Tribunal de Primera Instancia, había resuelto que el uso y la delicadeza se oponían á que el demandante exi-

1 Bruselas, 2 de Agosto de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 200).

2 Bruselas, 4 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 23).

3 Bruselas, 31 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 142).

4 Casación, 24 de Abril de 1845 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 60).

giera una acta por escrito de la convención. Esta sentencia fué reformada en apelación; la Corte dice que el pretendido uso y las razones de delicadeza que se invocaban no son una excepción legal; y admitir una excepción sin texto, es hacer la ley. (1) La Corte de Bruselas en una sentencia reciente modifica su jurisprudencia. En Amberes es de uso tomar abonos al teatro por una simple declaración verbal en el despacho de boletos; álguien se prevaleció de esta circunstancia para probar por testigos el hecho de la locación; la Corte rechazó el pedimento por el motivo de no constituir este uso una imposibilidad de procurarse una prueba literal como lo manda el art. 1,348. (2)

### *I. Aplicación á los vicios de consentimiento.*

#### *1. Las partes.*

580. Para contratar, como para testar, es necesario estar sano de espíritu. ¿Cómo se probará que una parte no estaba sana de espíritu sea por causa de demencia, sea por embriaguez? Hemos ya contestado á esta cuestión (núm. 426). En nuestra opinión, la insanidad es uno de los hechos puros y simples que pueden probarse indefinidamente por testigos; no se trata, pues, de la excepción establecida por el artículo 1,348, debe decirse que este caso no entra en la regla.

Podría creerse que lo mismo sucede con la violencia que vicia un consentimiento, y se vuelve una causa de nulidad. Es seguro que los hechos de violencia son hechos materiales, pero no puede decirse que no tienen ningún efecto jurídico, pues constituyen un delito cuando menos civil, y el delito es un hecho jurídico, puesto que resulta de él una acción por daños y perjuicios contra el autor del hecho perjudicial. Cuando una de las partes contratantes ha consentido

1 Gand, 9 de Marzo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 69).

2 Bruselas, 28 de Noviembre de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 59).

bajo el imperio de la violencia, puede pedir la nulidad del contrato por vicio de consentimiento. No hay que decir que la violencia puede probarse por testigos; aquel que la emplea mucho se cuidará de ministrar una prueba literal de los hechos ilícitos que constituyen la violencia; hay, pues, imposibilidad de procurarse una prueba literal, lo que hace aplicable el art. 1,348. La Corte de Casación así lo sentenció, pero por una singular reminiscencia del derecho romano, se fundó su decisión en el carácter de dolo que implica la violencia; se apoyó, por consiguiente, en el artículo 1,353 que admite las simples presunciones para probar los hechos de dolo y de fraude, y, por consiguiente, la prueba testimonial es también admitida. (1) Esta laboriosa argumentación es inútil, puesto que el principio del art. 1,348 basta para decidir la cuestión.

El error se prueba igualmente por testigos. Se puede decir del error que es evidente que no puede procurarse una prueba literal. ¿Cómo podría constar por escrito un hecho de que no se tiene conciencia en el momento del contrato? Si aquel que está en error tuviera conciencia de él, no contrataría.

581 El dolo da lugar á dificultades. Cuando se alega como vicio de consentimiento, al mismo título que el error y la violencia, la aplicación del art. 1,348 no es dudosa. Debe decirse del dolo lo que hemos dicho del error; aquel que es engañado por maniobras fraudulentas ignora que se le engaña; luego está en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del dolo. Esto le es además imposible por razón de la naturaleza de las maniobras fraudulentas; aquellos que se valen de esos medios ilícitos tienen muy buen cuidado de esconderlos y de no dejar de ellos ningún rastro escrito.

1 Denegada, 5 de Febrero de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 193).

Cuando el dolo se invoca como viciando el consentimiento, se encuentra en la misma línea que el error y la violencia; las causas que vician el consentimiento implican que hubo consentimiento y, por consiguiente, que la convención existe y que consta, puesto que se prevalece de estos vicios para pedir la nulidad del contrato. Pero el demandante puede probar la existencia de la convención que está viciada por el dolo, alegando los mismos hechos de dolo. ¿Será admitido á probar por testigos los hechos dolosos, las maniobras fraudulentas que lo han conducido á contraer? La pregunta es compleja; implica desde luego que hay una convención, puesto que ésta se halla viciada por el dolo. En cuanto á la convención, la prueba debe ser hecha por escrito conforme á lo prescripto por el art. 1341; se dirá en vano que son maniobras fraudulentas las que han conducido á la parte engañada á consentir un contrato y que los hechos de dolo se prueban por testigos; la objeción confunde la existencia de la convención con el dolo que la vicia. El dolo se prueba por testigos, pero la convención debe probarse por un escrito. ¿Qué importa que yo haya contraído porque fui engañado por maniobras fraudulentas? Estas maniobras no me impedían de levantar una acta de la convención; no puedo, pues, decir que me fué imposible procurarme una prueba literal del contrato. Solo cuando habré probado la convención por un escrito será como se me admitirá á probar por testigos el dolo que vició mi consentimiento. Esta distinción está admitida por la doctrina (1) y por la jurisprudencia. (2)

582. ¿Qué debe decidirse cuando es á consecuencia de maniobras fraudulentas como la parte engañada renuncia á exigir una prueba literal del contrato del que solicita establecer la existencia por testigos? La cuestión está controver-

1 Aubry y Rau, t. VI. pág. 464, y nota 18, pfo. 765.

2 Casación, 29 de Octubre de 1810 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,939). Compárese Bruselas, 12 de Febrero de 1817 (*Pasicrisia*, 1817; pág. 330).