

183. Sociedades de comercio distintas de las sociedades en participacion.

184. Origen de las reglas sobre la publicidad de las sociedades.

185. Sancion de estas reglas.

186. Abolicion de las sociedades tácitas [taibles].

178. Si el legislador ha hecho cesar con frecuencia por varios motivos el rigor del principio que no admite la prueba testimonial de las convenciones, tambien algunas veces le ha agravado, rechazando absolutamente los testigos, por módico que sea el valor del litigio. Entonces evidentemente no tiene ya á la vista el peligro del soborno, sino solo el temor de que se multipliquen los procesos.

179. Por eso, segun la letra del art. 1715 del Código Napoleon, conforme al antiguo uso de París, no se puede probar por testigos un alquiler ó arriendo de casas ó bienes rurales que no se ha ejecutado en manera alguna. Era preciso agotar la fuente de innumerables contestaciones en una materia tan usual. El legislador, añadiendo que puede deferirse el juramento solamente al que niega el arriendo (art. 1715 citado), anuncia suficientemente la intencion de no admitir otra prueba que el juramento, y á lo mas, la confesion del demandado; en su consecuencia, debe rechazarse el uso de la prueba testimonial, aun en el caso de que hubiera un principio de prueba por escrito (Caen, 23 de Marzo de 1840; Rouen, 18 de Febrero y 19 de Marzo de 1841). Pero ¿se podrá oír á testigos sobre el hecho mismo de la ejecucion del arriendo, cuando se pone en duda? Del sistema de la ley parece resultar necesariamente la negativa: "atendiendo," dice con sumo acierto una sentencia de casacion de 14 de Enero de 1840, "que admitir á probar por medio de testigos hechos que se consideran como principio de ejecucion de un arriendo verbal, seria admitir como consecuencia necesaria la prueba testimonial de un arriendo verbal, prueba formalmente prohibida por la ley." Por lo demás, podrá probarse la ejecucion por confesion de la parte, y especialmente por su correspondencia (Sent. den. de 5 de Marzo de 1856).

En cuanto á la prueba de las cláusulas de un arriendo, cuya existencia consta, debe distinguirse entre el precio y las demás condiciones. En cuanto al precio, el locador es creído bajo su juramento, salvo al locatario provocar un juicio pericial (ibid., artículo 1716). En cuanto á las demás condiciones, debemos atenernos al derecho comun y no autorizar su prueba por medio de testigos, sino en el caso de que el interés de la controversia no esceda de ciento cincuenta francos; en el caso contrario, se recae bajo el imperio de la regla que prescribe se otorgue escritura de todo contrato. Aun cuando no se haya fijado la jurisprudencia sobre este último punto, nos parece ofrecer tanta menor dificultad, cuanto que la cláusula mas importante, la de la duracion del arriendo, se halla suplida por la ley (ibid., artículos 1736 y 1774), á falta de prueba en forma de la convencion ó contrato. No es, pues, necesario recurrir á la prueba testimonial (1).

¿Deberá deducirse de los principios que acabamos de sentar, que un propietario que hubiera dejado ocupar durante cierto tiempo su casa ó su campo, sin hacerse entregar ningun escrito, no tuviera ningun medio de obtener una indemnizacion del arrendador bastante descarado para negar la existencia del arriendo? La dificultad habia sido prevista y resuelta en tiempo de Boiceau, que concede, en este caso, al propietario una accion *in factum* contra el ocupante, á quien se consideraba, no como arrendador sino como detentador de la cosa ajena: "Petitio hoc modo facta," dice (part. 1, cap. 16, núm. 2), *contractum non respiciet, qui testium probationem admitteret, sed nudam tantum et injustam occupationem quæ occupantem ex quasi contractu, vel cuasi delicto, obligasse videtur.* Y esta decision judicial ha sido despues universalmente admitida (V. Jousse, sobre la Ord. de 1667, tít. XX, art. 4). En el dia,

1. Ya hemos dicho que cuando en el arrendamiento la renta pasa de 300 pesos anuales debe otorgarse por escrito, y que siendo de predio rústico cuando la renta pase de 1000 pesos anuales, debe otorgarse en escritura pública, artículos 3079 y 80 Cód. civ.—N. de los EE.—

el art. 1382 del Código Napoleon es el que reemplaza la accion *in factum* de Boiceau (Orleans 12 de Febrero de 1842).

180. Segun el mismo espíritu se halla concebida la disposicion que prescribe que se estienda por escrito el contrato de transaccion (Cód. Napol., art. 2044), cuya verdadera trascendencia se indica en este pasaje del informe del tribuno Albisson: "Debiendo terminar la transaccion un proceso, se hubiera arriesgado originar otro nuevo, dejando depender su efecto de la solucion del problema sobre la admisibilidad ó los resultados de una prueba testimonial." La ley ha querido, pues, escluir totalmente la prueba por testigos; de donde se deduce la consecuencia, de que esta prueba no es nunca admisible, aun cuando el valor del litigio no esceda de ciento cincuenta francos (Caen 9 ventoso, año VIII), ó aun cuando haya un principio de prueba por escrito (1) (Caen, 12 Abril 1845). Sin embargo, el escrito no es de esencia de la transaccion; la prueba por medio de testigos es solo la sospechosa; así la mayor parte de las sentencias (Bruselas, 10 de Diciembre de 1810; Nancy, 19 de Julio de 1837; Limoges, 6 de Febrero de 1845) han admitido la prueba de la transaccion verbal por medio del juramento y del interrogatorio sobre hechos y artículos. Además, el motivo ó razon de que un acto destinado á cortar toda contestacion no debe ser objeto de una prueba difícil, siendo verdadero en materia mercantil, y siendo la transaccion un acto de comercio, la decision en nuestro juicio deberia ser la misma (2).

181. La ley no se esplica de un modo tan terminante en lo relativo á la particion de bienes. El art. 816 del Cód. Napoleon dice, que puede pedirse la particion, si no ha habido una *acta de particion* ó posesion suficiente para adquirir la prescripcion. Segun

1. Con mas razon, cuando se trata de un acto solemne, tal como la donacion, no es permitido modificar sus cláusulas por medio de la prueba testimonial, aun cuando hubiera principio de prueba por escrito. [Cas. 6 de Junio de 1835].

2. En otra nota dijimos que el Código civil exige que las transacciones cuyo interés esceda de 300 pesos, es preciso que se haga constar por escrito si proviene controversias futuras, art. 3293.—N. de los EE.—

varias sentencias, la mas reciente de las cuales se ha dado por la audiencia de Burdeos el 20 de Noviembre de 1852, no ha tratado el Código de hacer derogacion alguna al derecho comun; por *acta de particion*, debe entenderse *convencion* ó contrato de particion, y admitir á justificar una particion verbal á quien pudo procurarse un principio de prueba por escrito. Pero esta interpretacion se halla desmentida por las palabras de Simeon, que, presentando el voto del Tribunado al cuerpo legislativo, se espresó en estos términos: "Nunca hay particion de mero hecho; siempre es necesario una *acta* que la regule, á menos que la posesion separada que se hubiera tenido, no se transforme en título por medio de la "prescripcion." Se comprende en efecto, que la particion, siendo una operacion esencialmente compleja, no pueda acreditarse sin peligro por medio de la prueba testimonial. Así lo deciden tambien la mayor parte de las sentencias, y especialmente una de casacion del 6 de Julio de 1836.

182. Finalmente, hay contratos mercantiles, respecto de los cuales ha creído la ley deber, no solamente suprimir la latitud ordinariamente concedida á la jurisdiccion consular, sino tambien escluir la prueba testimonial por la misma tasa porque se la admite por derecho comun. Por eso, ciertos contratos marítimos, especialmente el contrato de seguros (Cód. de Com., artículo 332), deben *estenderse por escrito*. Siendo estas espresiones las mismas que se han empleado para la transaccion, es difícil creer que se les haya querido dar otro sentido. No podemos, pues, participar de la opinion de los autores que consideran estos contratos como solemnes, y admitiríamos respecto de ellos, la confesion y el juramento, como se ha decidido en lo concerniente á la transaccion y al arriendo que no se ha llevado á efecto. Pero ni la confesion ni el juramento pueden invocarse en perjuicio de tercero. Segun opinion de Emerigon, reproducida por Massi (Derecho com., tom. VI, núm. 203), seria preciso asimilar al contrato de seguro, el préstamo á la gruesa; mas por nuestra parte, estamos dispuestos á creer

por el contrario, atendiendo á la analogía que se advierte en los artículos 311 y 312 del Código de Comercio, que no se exige escrito sino en virtud del privilegio del prestador, y en su consecuencia, es admisible la prueba por testigos entre el que pide prestado y el que presta á la gruesa (1).

183. Debemos ahora detenernos, especialmente en una materia de gran importancia práctica, en la prueba de las sociedades mercantiles. No queremos hablar de las asociaciones en participacion, que por su poca importancia se han colocado entre los negocios mercantiles ordinarios, respecto de los cuales es siempre admisible la prueba por medio de testigos (*ibid.*, artículo 49), sino de las demás sociedades de comercio, que es sobre las que ha establecido la ley reglas especiales.

184. El primer gérmen de las disposiciones del Código de Comercio sobre la publicidad de las sociedades (2), se encuentra en la legislación del siglo XVI. En 1599 prescribió la ordenanza de Blois (art. 357) entre los extranjeros, el registro de las compañías en los registros de las bailías, de las senescalías y de las fondas comunes de las poblaciones. Esta prescripción, dirigida sobre todo contra los italianos que hacían entonces casi todo el comercio del reino, se hallaba establecida también en las relaciones de los asociados entre sí; á falta de registro, no podían tener acción alguna unos contra otros, (art. cit., §. 357). El art. 414 de la ordenanza de 1629, sometió á los nacionales á la misma obligacion. Y cuando recibió el comercio su primer Código en la ordenanza de 1673, se estableció de un modo general que se redactase toda sociedad por escrito, y que la falta de registro ocasionara la nulidad, ya respecto de los asociados, ya de los terceros. (*Título de las sociedades*, arts. 1 y 2). Este rigor extremo

1. En materia civil, se exige igualmente el escrito respecto de terceros en el contrato de fianza [Cód. Nap., arts. 2074 y 2085]. Pero entonces la prueba testimonial entre las partes está sometida á la restriccion ordinaria, no versando la diferencia sino sobre la estension de la exclusion.

2. Sobre este punto, como sobre todo lo concerniente á la historia de las sociedades civiles y mercantiles, se consultará el *Contrato de sociedad* de M. Troplong.

impidió que las disposiciones de la ordenanza llegaran á practicarse, y desde el 11 de Julio de 1680, mandó una providencia del Parlamento de París que tuvieran ejecución las sociedades no registradas. Por eso nos dice Pothier (*Sociedad* núm. 82), que habían caído en desuso las formalidades del registro. Finalmente, el Código de Comercio ha renovado con mas eficacia esta vez la prescripción de que se redacten por escrito y se publiquen las sociedades mercantiles (artículos 41 y 42).

185. Pero ¿cuál debía ser la sancion de esta regla? Era sumamente injusto, que se pudiese invocar respecto de terceros la falta de formalidades establecidas precisamente para proteger sus intereses. Así, los redactores del Código de Comercio, conforme á las observaciones hechas sobre la ordenanza por la cámara de comercio de Normandía, despues de haber exigido la observancia de estas formalidades, bajo pena de nulidad, respecto de los interesados, han añadido que no pueda oponerse á terceros por los asociados la falta de alguna de ellas. Así, el principio que exige ciertas solemnidades para que se reconozca la existencia de una sociedad mercantil, se aplica en todo su rigor, ya cuando quieren los asociados oponer á terceros la existencia de la sociedad, ya también cuando quieren prevalerse de esto unos contra otros; pero cuando obran los terceros contra los asociados por razon de la sociedad, se recae en el derecho comun sobre materia mercantil, es decir, que se tiene una latitud indefinida para la prueba. Es preciso confesar que seria bastante fundado en razon, admitir igualmente, en las relaciones respectivas de los asociados, que ninguno pudiera prevalerse de una falta que es comun á todos. Desgraciadamente el Consejo de Estado no ha tenido en cuenta las reclamaciones que origina sobre este punto la Ordenanza de 1673, y no ha querido limitarse á imponer una multa, como se le habia propuesto. Mantuvo, pues, con conocimiento de causa la sancion exorbitante de la nulidad de la convicción. Con mucho mas motivo se debe

admitir la facultad de invocar la nulidad respecto de los acreedores de los asociados, acreedores que no incurren de modo alguno en falta (cas. 18 de Marzo de 1851).

Sin embargo, por un temperamento equitativo, no se decide aquí lo que se decidiría respecto de un acto verdaderamente solemne, de un contrato de matrimonio, por ejemplo, que no estuviera revestido de autenticidad; contrato que no produciría efecto alguno ni para lo pasado, ni para el porvenir. Reconócese que ha habido hasta el día en que se ha pronunciado la nulidad, una comunidad de hecho, que se liquida segun las bases en que se habían convenido las partes. (V. sent. den. de 13 de Junio de 1832 y de cas. de 29 de Junio de 1841). Pero no podrían producir efecto alguno las estipulaciones contrarias al derecho comun, tales como la renuncia á apelar de las decisiones arbitrales (cas. 29 de Junio de 1843), y la prohibicion respecto de los asociados, de formar parte de asociacion alguna de la misma naturaleza (cas. 4 de Enero de 1853). El deseo de eludir las consecuencias inícuas de semejante disposicion, hizo ir á la jurisprudencia mucho mas lejos. Tribunales de apelacion (V. la sent. de Grenoble del 21 de Julio de 1823 y de Burdeos de 16 de Diciembre de 1829), y el tribunal de casacion mismo (V. sobre todo la sent. den. de 6 de Junio de 1831), consideraron la nulidad como pudiendo cubrirse entre los asociados por medio de la ejecución voluntaria de las convenciones sociales. Para admitir esta escepcion de incontestacion, seria preciso atenderse únicamente al interés de los miembros de la sociedad, pero entonces se correría el peligro de probar demasiado; porque, si no se trata sino de este interés respectivo, carece de objeto la misma nulidad, puesto que los asociados no necesitan otra manifestacion exterior para instruirse de la convencion que formaron. Solo ha podido introducirse la nulidad por habérsela considerado como de orden público, para asegurar por medio de una sancion enérgica, la observancia de las formas exigidas. Es

pues preciso suscribir, por temible que sea, á la doctrina consagrada en otras sentencias (V. entre otras, la de 30 de Enero de 1839 y la de cas. de 31 de Diciembre de 1844), segun las cuales, no puede cubrirse la nulidad por una ratificacion espresa ó tácita (1).

Si la jurisprudencia trata de atenuar el rigor del art. 42 del Código de Comercio en cuanto á las relaciones de los asociados entre sí, considera, al contrario, tan favorable la disposicion que permite á los asociados prevalerse, respecto de los terceros, de la omision de las formalidades legales, que propende á aplicarla también á las sociedades civiles. Tal es la doctrina de una sentencia denegatoria de 23 de Noviembre de 1812, segun la cual el artículo 1834 del Código Napoleon que exige la estension por escrito cuando el objeto es de valor de mas de ciento cincuenta francos, no podría oponerse á los terceros que hubieran contratado con una sociedad públicamente conocida, cualquiera que fuese su carácter. Aun cuando sea peligroso argüir del derecho especial al derecho comun, debe convenirse en que hay en estas dos hipótesis la misma razon para decidir. Cuando una asociacion cualquiera, aunque tuviese por objeto especular con inmuebles, como la explotacion de una mina, ha funcionado durante cierto tiempo á vista y paciencia de todos, seria sumamente duro subordinar á la representacion de un acto social escrito la validez de empeños que contrajo con terceros. No se trata aquí de un hecho que haya pasado en cierto modo en un instante indivisible, como el préstamo de una cantidad en dinero, sino de una série de operaciones que constituyen, respecto de la sociedad, una especie de posesion que puede sin peligro probarse contra ella con el auxilio de la prueba testimonial.

1. Por sentencia denegatoria de 28 de Febrero de 1859, se ha establecido sobre un caso muy delicado, el de una sociedad no legalmente publicada que hizo un arriendo por el acta social con uno de los asociados. El tribunal de casacion decidió que debería considerarse al asociado arrendador como un tercero, puesto que el arriendo tiene una existencia distinta de la de la sociedad.

Además, aun en las relaciones entre los asociados, no se exige escritura sino conforme al derecho comun en materia civil; sin que sea necesario producir una acta social, y bastando un principio de prueba por escrito para autorizar la prueba por medio de testigos (sent. den. de 17 de Febrero de 1858).

186. Los principios que acabamos de consignar, en cuanto á las sociedades civiles y mercantiles, cuya existencia no se justifica por escrito en debida forma, tienen aplicacion en las sociedades tácitas (*taisibles*), formadas por un acto de cohabitacion entre personas que viven á mesa comun, confundiendo de esta suerte su haber lo mismo que sus beneficios. Estas sociedades, muy en uso en la Edad Media y que sirvieron poderosamente, ya á la manumision de los siervos, ya á los progresos de la agricultura, recibieron el primer ataque, cuando se promulgó la ordenanza de Moulins, que por el mero hecho de exigir la prueba en toda clase de convenciones de alguna importancia, escluia estas sociedades tácitas. Hánse conservado, no obstante, en ciertas provincias, cuyas costumbres las autorizan espresamente, y aun bajo el imperio de costumbres mudas han sido admitidas, al menos entre los campesinos, por graves autores, especialmente por Lebrun (*Tratado de las sociedades tácitas*, á continuacion de su *Tratado de las sociedades*). Por último, los redactores del Código manifestaron formalmente la intencion de no admitir ya las sociedades tácitas, contra las cuales se dirige especialmente la disposicion del art. 1834 (V. la esposicion de motivos del título de las sociedades y el discurso del orador del Tribunalado). No es, pues, posible que semejantes sociedades puedan producir efecto para el porvenir, en cuanto llega á cesar el acuerdo unánime que las sostiene. Así, la audiencia de Besançon, despues de haber declarado tener efecto una sociedad de esta clase, por sentencia de 28 de Diciembre de 1842, volvió á atenerse al derecho comun por otra de 23 de Abril de

1845. Mas en cuanto á lo pasado, debe tener lugar lo regulado sobre las convenciones tácitas de las partes, y á este efecto se admite la prueba testimonial, puesto que las asociaciones de esta importancia, tales como las que se usan aun en el día, especialmente en el Franco Condado, toleran una especie de posesion, la cual puede probarse, repetimos, sin dar lugar al peligro de que se sobornen los testigos.

Por derecho español, el contrato de arrendamiento queda perfeccionado desde que los contrayentes se convienen en el objeto del arriendo y su precio, siendo obligatorio para ambos; sin embargo, si pactaron que se hubiere de consignar por escrito, será necesario cumplir este pacto para que el contrato quede perfecto (V. la ley 2, tít. 8, Part. 5). Así se ha ratificado tambien por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de Noviembre de 1859, haciendo comun esta doctrina á los demás contratos consensuales. En consecuencia de esta doctrina, es admisible por derecho español la prueba de testigos para acreditar, tanto el hecho de haberse contraido el contrato de arriendo como el de haberse ó no pactado que habia de otorgarse escritura pública. Así lo ratifica el hecho de haberse admitido la prueba testifical para justificar dichos extremos en el caso que dió lugar á la sentencia mencionada de 1859.

El proyecto del Código civil de 1851, exigia que estos contratos se extendieran en escritura pública (V. el art. 1003, núm. 4. V. tambien la adición al número 152 de esta obra.

Respecto de las transacciones, considerándose como una enajenacion de bienes, rigen respecto de este contrato las mismas reglas y escepciones que en cuanto á los consensuales y que á los de compra venta. Véase la adición inserta á continuacion del núm. 152.

El proyecto del Código civil de 1851, requería que se redactase escritura pública para las transacciones sobre cuantía de cien ó mas duros, siempre que recayeran sobre bienes inmuebles (V. el art. 1003, núm. 10).

En cuanto á las particiones de bienes hereditarios, si se practican estraajudicialmente, suelen consignarse por escrito por la complicacion de sus operaciones, y hay necesidad de reducir las á escritura cuando

los bienes que afectan son inmuebles, y si se efectuan judicialmente, se sigue un juicio, debiendo someterse las particiones á la aprobacion del juez, segun prescribe el art. 491 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La misma ley previene que las reclamaciones y oposiciones que se hicieren contra el inventario de los bienes hereditarios, su avalúo, y contra las mismas particiones se sustancien por la vía del juicio ordinario (V. los arts. 437, 468, 490 y 491. El art. 1004, núm. 2 del proyecto del Código civil de 1851, requería que se redactasen en escritura pública, las particiones de herencias cuyo importe escediese de 500 duros ó en las cuales hubiera bienes inmuebles, aunque fuese por suma inferior á dicha cantidad.

Acerea de las sociedades constituidas por derecho civil, á que hace referencia M. Bonnier en el núm. 185, siendo este contrato consensual, rigen sobre él las reglas y sentencia del Tribunal Supremo arriba espuestos al tratar del contrato de arriendo. En el proyecto del Código civil de 1851, se previene art. 1003, núm. 3º, que el contrato de sociedad se redacte en escritura pública cuando ésta sea universal, y cuando sea particular, si es de valor de cien ó mas duros, ó algunos de los bienes aportados son inmuebles. Esto mismo regirá para la prorogacion de dicha sociedad, cuando hubiere sido constituida por tiempo determinado.

Sobre los contratos mercantiles á que se refiere M. Bonnier en el núm. 182, á saber, el de seguros y el de préstamo á la gruesa, dispone nuestro Código de Comercio de 1829, que "el contrato de seguro ha de constar en escritura pública ó privada para que sea eficaz en juicio." Mas como dice un acreditado escritor, esto no impide que el que ha estipulado el seguro pueda demandar al que se niega al otorgamiento de la escritura, no por la accion nacida del contrato de seguro, sino por la general que proviene de la estipulacion. Las formas diferentes de su celebracion y los efectos respectivos de cada una son las mismas que con respecto al contrato á la gruesa se prescriben en el art. 812, (V. el artículo 840).

En dicho art. 812 se dispone, que los contratos á la gruesa pueden celebrarse: por instrumento público con las solemnidades de derecho; por póliza firmada por las partes con intervencion del corredor y por documento privado entre los contrayentes. Los contratos á la gruesa que consten por instrumento público traen aparejada ejecucion. El mismo efecto producirán

cuando habiéndose celebrado con intervencion del corredor se compruebe la póliza del demandante por el registro del corredor que intervino en el contrato, siempre que éste se encuentre con todas las formalidades que previene el art. 95. Celebrándose privadamente entre los contratantes, no será ejecutivo el contrato, sin que conste de la autenticidad de las firmas por reconocimiento judicial de los mismos que las pusieron, ó en otra forma suficiente. Los préstamos á la gruesa contraídos de palabra son insuficientes en juicio, y no se admitirá en su razon demanda ni prueba alguna.

Respecto á las sociedades comerciales, segun el art. 284 del Código de Comercio, todo contrato de sociedad se ha de reducir á escritura pública otorgada con las solemnidades de derecho; y el art. 285 previene, que si los que hubieren proyectado reunirse en sociedad consignaren sus pactos en un documento privado, valdrá éste al efecto de obligarlos á la formalizacion del contrato en la forma sobredicha, que se habrá de verificar indispensablemente antes que la sociedad dé principio á las operaciones de comercio. La contravencion de este artículo será suficiente escepcion contra toda accion que intente la sociedad por sus derechos, ó bien cualquiera de sus sócios por los que respectivamente le competan, y será de cargo de la sociedad ó del sócio demandante acreditar que la sociedad se constituyó con las solemnidades que van prescritas, siempre que el demandado lo exija. La compañía además incurrirá por dicha omision en la multa de mil reales vellon. El art. 289 dispone, que cualquiera reforma ó ampliacion que se haga sobre el contrato de sociedad, deberá formalizarse con las mismas formalidades prescritas para celebrarlo.

Acerea de la publicacion de las sociedades mercantiles que menciona M. Bonnier en el núm. 184, los arts. 25 al 31 de nuestro Código disponen, que los comerciantes estén obligados á presentar en el registro público y general de comercio de su provincia las escrituras en que se contrae sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto y denominacion, estableciendo la forma en que han de tomarse razon en el registro, y sus efectos; y conteniéndose respecto de éstos en el art. 28 una disposicion análoga á la del art. 42 del Código de Comercio francés espuesto por M. Bonnier en el núm. 185, puesto que en él se previene que las escrituras de sociedad de que no se tome razon en el registro de comercio, no producirán accion entre los otor-

gantes para demandar los derechos que en ellas les hubieren sido reconocidos, sin que por esto dejen de ser eficaces en favor de los terceros interesados que hayan contratado con la sociedad.

La disposición del art. 284 de nuestro Código de Comercio sobre que se reduzca á escritura pública todo contrato de sociedad, se haya ratificada en la ley de 28 de Enero de 1848 respecto de las sociedades mercantiles por acciones, puesto que en su art. 6.º se previene, que á la solicitud en que se pida la real autorización necesaria para la formación de toda compañía que no se halle comprendida en el art. 2.º de dicha ley, (que requiere una ley para la formación de toda sociedad que tenga alguno de los objetos que en el mismo se enumeran), ha de acompañarse, entre otros documentos, la escritura social y todos los estatutos y reglamentos que hayan de regir para la administración de la compañía. Respecto á las sociedades de derecho civil, véase lo que hemos expuesto mas arriba.

Acerca de las sociedades tácitas á que se refiere M. Bonnier en su art. 186, no se hayan introducidas por el derecho ni por la costumbre de España.—N. de C.)

## SEGUNDA DIVISION.

### RESTRICCIONES ESPECIALES RESPECTO DE CUESTIONES DE ESTADO.

#### SUMARIO.

187. Motivos especiales de exclusion en esta materia.

188. Exclusion en Roma, aunque solo respecto de los ingenuos.

189. Sustitucion progresiva en Francia de la prueba por registros á la prueba por testigos.—Institucion reciente en Inglaterra de un estado civil.

190. Division.

187. Ya hemos dicho, que además de la exclusion de la prueba testimonial en materia convencional, que se remonta hasta la ordenanza de Moulins, hay en el derecho francés respecto de las cuestiones de estado, exclusiones fundadas en motivos algo diferentes, y cuya naturaleza y estension están lejos de ser las mismas. Estas exclusiones no son corolarios de la que pronuncia la ordenanza de Moulins, sino que provienen generalmente de disposicio-

nes posteriores, algunas hasta del Código Napoleon tan solo.

188. Aunque en Roma se prescribió el llevar registros en forma, al menos para los nacimientos, desde el reinado de Marco Aurelio, *ut si quando de statu questio esset, inde probationes peterentur, quis, á quo editus esset* (*Julius Capitolinus*, vida de Marco Aurelio, § 9), se admitió siempre la libertad indefinida de la prueba testimonial respecto de las cuestiones de estado: "Si vicinus vel aliis scientibus," dice el emperador Probo (l. 9, *Cód. de nuptiis*) uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptae filia, suam habet potestatem." Las actas de que habla este testo, *tabulae*, llamadas algunas veces *professiones parentum* (Celso, l. 13, Terentius Clemens, l. 16, Scévola, l. 29, § 1, *D. de probat.*), no eran otra cosa que registros domésticos (1). No se derogó esta gran latitud sino tocante á la ingenuidad, á la cual daban los romanos una gran importancia (V. en el Digesto el título de *collusione detegenda*); lo mismo que hoy, en América, aun en los Estados que no admiten la esclavitud, hay una preocupacion arraigada en las costumbres contra los *hombres de color*. La prueba oral no podia bastar para probar el estado de ingenuo. "Si tibi controversia ingenuitatis fiat" dice Alejandro Severo (l. 2, *Cód. de testib.*), "defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potest. Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt" (2).

189. En nuestro derecho moderno, cuando se han establecido reglas fijas para probar el estado de las personas, se ha descar-

1. Véase M. Derome, *prueba del estado civil entre los romanos* [*Rev. de Legisl. nuev. ser.*, tomo III, página 261].

2. Los registros instruidos por Marco Aurelio, se referian especialmente á las cuestiones de libertad ó de ingenuidad, *ut si forte aliquis*, dice Elio Capitolino [loc. cit.] *causam liberalem diceret, testationes inde fierent*. Los registros del censo han debido tambien emplearse con este objeto, puesto que se manumitia por censo. Pero se sabe que llegó á no haber registros sino en largos intervalos, habiendo caido enteramente en desuso despues de Decio.

tado la prueba testimonial, no bruscamente, como hizo la ordenanza de Moulins respecto de las convenciones, sino sucesiva, parcialmente, y con numerosas distinciones, segun la naturaleza de los casos. El uso de probar por escrito los nacimientos, matrimonios y defunciones (1) se ha tomado de las prescripciones de la Iglesia católica, establecidas para consignar la administracion de los sacramentos, y adoptadas despues á las necesidades de la sociedad civil. Hállanse vestigios de este uso en San Gregorio Niceno y en San Agustin. En el siglo XVI, cuando ya se habian esforzado muchos símbolos en regularizar el modo de llevarse los registros por los curas párrocos, la autoridad civil se apropió en cierto modo la institucion canónica, para hacer prevalecer la prueba escrita sobre la prueba testimonial. Las ordenanzas de Villers-Cotterets (art. 50 y sigs.) en 1537, y de Blois (art. 181), en 1579, prescribieron que se mencionara la hora del nacimiento, así como la de la defuncion, y mandaron á los curas que depositaran un registro en los juzgados de las bailías y senescalías. Pero se observó muy mal estas ordenanzas, así es que no se habia mencionado la fecha del nacimiento en los registros conservados en París sino desde 1668, y el depósito de las actas en los juzgados reales, aunque mandado por la Ordenanza de 1667, no se organizó definitivamente sino por la de 19 de Abril de 1796. En cuanto á los protestantes, puestos fuera del derecho comun por la revocacion del edicto de Nantes de 1685, solo se permitió por un edicto de Noviembre de 1787, consignar en forma su estado civil. Finalmente, la ley de 20 de Noviembre de 1792, estableció un modo uniforme de estender las actas por una autoridad puramente civil, para la prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones. El Código Napoleon no ha hecho mas que reproducir esta ley con algunas modificaciones.

1. Conviene consultar el curioso trabajo de M. Loir sobre el estado religioso y civil de los católicos en Francia antes de 1792 [*Revista de derecho francés y extranjero*, tomo VI, página 701].

La consignacion ó prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones por medio de registros, independientemente de toda opinion religiosa, propende á prevalecer actualmente entre las naciones mas adelantadas. Así, hasta nuestros dias, no habia en Inglaterra mas que registros parroquiales, instituidos en 1538 por lord Cromwell en tiempo de Enrique VIII. Hoy se ha establecido por varios estatutos (6 y 7 Guill. IV, cap. 84—86, l. Vict., cap. 22) que lleve registros el escribano del distrito donde todo interesado, cualquiera que sea su creencia religiosa, puede hacer consignar los actos de la vida civil.

190. Para evitar toda confusion, en esta materia, conviene tratar á parte, desde luego, del nacimiento y de la defuncion, que son simples hechos, y despues, del matrimonio y de la filiacion, que constituyen relaciones sociales. Compréndese que la ley ha debido ser mas suave respecto de la primer clase de hechos que de la segunda, que se refiere á las cuestiones de estado propiamente dichas. Ya veremos despues que, aun respecto de estas últimas cuestiones, se apoya la prueba en principios enteramente distintos, segun que se trata de matrimonio ó de filiacion.

Nuestras antiguas leyes españolas guardan silencio sobre los registros del estado civil, esto es, como lo entiende el derecho francés, sobre los libros ó matrículas que deben llevarse por funcionarios ó autoridades civiles, generalmente del orden administrativo, para hacer constar los nacimientos, matrimonios y defunciones que ocurran en cada poblacion.

En España, como en la mayor parte de los países, y en la misma Francia, segun hace notar Mr. Bonnier en el núm. 188, se confiaron de muy antiguo á los eclesiásticos estos registros; pues como dice un célebre orador, "nada tan natural como que los mismos hombres cuyas oraciones y bendiciones se pedian en las épocas del nacimiento, matrimonio y defuncion atestiguaran sus fechas y estendieran las respectivas partidas; la sociedad prestó su confianza á la que les habia concedido ya la piedad cristiana; y es necesario confesar que

los registros se llevaban bien y fielmente por unos hombres cuyo ministerio exige instrucción y una probidad escrupulosa. Su conducta estaba garantizada por la sanción especial de la religión que enseñan. Además, recibido en España como ley el Concilio de Trento que contiene disposiciones sobre este particular, nuestras leyes acataron dichas disposiciones que son las que rigen aún en el día.

Por estas razones, la comisión del proyecto del Código de 1851 no creyó justo ni conveniente arrancar el registro de manos de los párrocos y confiarlo á un oficial del estado civil; mas sin embargo, dictó reglas especiales sobre el modo como debían llevarse estos registros; dando cierta intervención en esta materia á los funcionarios civiles del orden judicial. Ya anteriormente se habían dictado varias disposiciones legales, bien estableciendo algunas reglas sobre la forma y solemnidades que debían observarse al practicar la estension de las partidas en los registros ó las circunstancias que debían contenerse en estos; bien encargando á varias autoridades del orden administrativo que llevasen registros civiles de los nacimientos, matrimonios y defunciones; pero estas disposiciones tenían por objeto especialmente formar el censo de la población y la estadística de su movimiento. Véase el decreto de 23 de Julio de 1835, la real orden de 19 de Enero y 10 de Diciembre de 1836, la circular de 10 de Diciembre de 1837 y las órdenes de la Regencia de 21 de Noviembre de 1840 y de 6 de Abril de 1847.

En el proyecto de Código civil de 1851, se disponía en su artículo 334 que los nacimientos, matrimonios y defunciones, así como el reconocimiento de los hijos, deberían constar en un registro especialmente destinado á este efecto.

El artículo 335 prescribía que los curas párrocos llevaran por duplicado el registro de que hablaba el artículo anterior en tres libros; á saber, uno de nacimientos, otro de matrimonios y otro de defunciones. En los artículos siguientes, desde el 226 al 346, se prescribían las solemnidades con que debían llevarse dichos libros, y por último en el artículo 347 se prevenía, que acreditándose que no había existido ó que se había perdido ó inutilizado el registro, podrían probarse los nacimientos, matrimonios y defunciones, tanto por papeles emanados del padre y madre que hubieran muerto, como por testigos. Pueden verse los artículos 348 al 378, y así mismo las adiciones á los párrafos que comprende la segunda división á la segunda regla espuesta por M.

Bonnier, en el núm. 136 de esta obra y las adiciones al lib. 2, sección 1ª, división 2ª.—(N. de C.)

El Registro civil establecido hace tiempo en la República después de varias interrupciones y diversas organizaciones que le han dado las leyes, ha sido definitivamente establecido y reglamentado por el Código civil en el tit. IV, lib. 1º que se titula "de las actas del estado civil." El art. 48 manda que en el Distrito federal y Territorio de la Baja California haya funcionarios á cuyo cargo estará autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas al nacimiento, reconocimiento de hijos, tutela, emancipación, matrimonio y muerte de todos los mexicanos y extranjeros residentes en las demarcaciones espuestas.—[N. de los EE.]

#### §. I.—NACIMIENTO Y DEFUNCION.

##### SUMARIO.

191. Admisibilidad de la prueba por testigos de estos hechos.
192. Casos de perderse los registros.
193. Casos en que no ha habido obligación de llevarlos.
194. Casos en que ha habido omisión.

191. Si las actas del estado civil son los medios regulares de probar el nacimiento y la defunción, no era casi posible exigir de un modo absoluto la existencia de un escrito para consignar hechos tan poco complejos (dejando aparte todo lo concerniente á la filiación). Vamos ahora á ver, que puede oirse á testigos generalmente en las diversas hipótesis en que llegan á faltar las actas de nacimiento ó de defunción, bien porque se hayan perdido los registros, bien porque no se hayan llevado, ó que se haya omitido mencionar en ellos los hechos en cuestión. El Código Napoleon reproduce sobre este punto las disposiciones de la ordenanza de 1667 (tit. XX, art. 17).

192. El caso de pérdida de los registros, entra en la hipótesis mas general de la pérdida del título. Admitiendo entonces la prueba por testigos, como tambien por papeles domésticos, el art. 46 del Código Napoleon no hace mas que aplicar el principio que autoriza, atendiendo á la necesidad, el restablecimiento, por medio de una información testifical, del contenido de una acta que ha sido destruida por fuerza mayor aunque fuera solemne (núm. 175). La pérdida de los registros, bastante rara en los

tiempos modernos, ha ocurrido en Soisson, á consecuencia de los acontecimientos de la guerra, habiéndose formado de nuevo en virtud de una ordenanza de 6 de Enero de 1815 (1). Por otra parte se hallan de acuerdo la jurisprudencia y la doctrina para asimilar á la pérdida total de los registros la de la parte en que debía hallarse el acta que debía servir de prueba, segun se ha decidido respecto de los militares por el artículo 5 de la ley de 13 de Enero de 1817.

193. Si no se han llevado registros, se llega á la misma solución (art. 46 cit.) por otro motivo, á saber, que fué imposible redactar acta del suceso cuando tuvo lugar. Habria imposibilidad física, cuando se hubieran interrumpido las comunicaciones, por ejemplo, en caso de inundación. Habria imposibilidad solamente moral, en caso de negligencia por parte de los notarios ú oficiales que no hubieran llevado los registros. Pero no se puede exigir que promuevan las partes un proceso á estos oficiales ó notarios, para acusarles de demora en ejecutar la ley.

194. Finalmente, el caso más delicado es el en que se haya omitido mencionar el nacimiento ó defunción en registros que no presentan, por lo demás, ninguna señal de destrucción ó de alteración parcial. Aquí, sin duda, si estuviéramos bajo el imperio de la regla del art. 1341, debería decidirse que pudo estenderse acta, y que en su consecuencia, no debe admitirse la prueba de testigos. Se invoca además en este sentido el argumento á contrario, sacado del art. 46, que no prevee sino los casos de pérdida y de no existir registros. Se saca un argumento de la misma naturaleza del art. 19 del decreto de 3 de Enero de 1813, que para los accidentes que ocurren en la explotación de una mina, autoriza excepcionalmente para redactar una acta de defunción, sin haberse hecho presentar el cadáver. Pero estos ratiocinios no tienen fuer-

1. En Nápoles ha introducido útiles prevenciones un decreto de 16 de Agosto de 1815 para volver á formar los registros, en semejante caso, creando para este trabajo una comisión, la cual publica listas que se fijan por espacio de dos meses en los sitios públicos, quedando así sometidas á la comprobación de todos los interesados.

za alguna si se penetra bien la idea de que la prueba testifical es de derecho común, cuando no se trata de convenciones, sino de acontecimientos del orden de la naturaleza (1). En su consecuencia, debe eliminarse el art. 1341: el art. 46 no es limitativo, porque no constituye un favor de la ley, sino una deducción violenta de los principios generales, y lo mismo debe decirse del decreto de 1813, que suministra simplemente un medio de regularizar la prueba de la defunción. Admitiremos, pues, con la jurisprudencia (V, las sents. de 10 de Junio de 1830 y de 22 de Abril de 1831), que se puede suplir hasta las omisiones de las actas del estado civil. Pero entonces será necesario para probar los hechos una información especial, mandada practicar por el tribunal y dirigida por uno de sus miembros. Debe considerarse como concesiones enteramente escepcionales introducidas en favor del matrimonio, bien sea la fé que se concede á una acta de notoriedad estendida por un juez de paz, mediante declaración de siete testigos, para que sirva de acta de nacimiento al futuro cónyuge (Cód. Nap., artículo 70 y siguientes), bien sea la facultad de suplir, por medio de una declaración juramentada de las partes y de los testigos el acta de defunción de un ascendiente, cuyo último domicilio se ignora (Dictámen del Consejo de Estado del 4 termidor, año XIII).

En sentido inverso, existe un dictámen del 17 germinal del año XIII, que no autoriza á las mujeres de los militares para contraer segundas nupcias sino con la condición de presentar la partida de defunción de su marido. ¿Deberá verse en esto, como se cree generalmente, una restricción particular destinada á prevenir el peligro de bigamia, y en su consecuencia, aplicable aun á las mujeres de los no militares? Observemos desde luego que no se trata de un artículo de ley, sino de una interpretación cuya autoridad no puede al-

1. La ordenanza, decía el abogado general Gilbert de Voisins, no se explica sobre las materias de estado, como sobre las convenciones; respecto á éstos, se vale de términos prohibitivos, imperativos: nada de lo cual se vé en la cuestión de estado.