

gor de los principios, no debe distinguirse entre las dos hipótesis, y el pago de una suma inferior á la tasa legal debe poder probarse por testigos, cualquiera que sea el importe de la deuda. Pero debe observarse, que si se pudiera alegar muchos pagos parciales, y no se pudiera probar el pago sino por medio de escrito, se daría fácilmente un medio de eludir la prohibición legal, según se decidió ya por sentencia del Parlamento de Aix, del 20 de diciembre de 1640, que aprueba Danty (ad. á Bosieau, lib. II, cap. II, núm. 4), aunque profesando la misma doctrina que Pothier; y lo mismo debería decidirse actualmente por argumento del art. 1345. Aun cuando no articule el deudor, por el momento, mas que un solo pago parcial, pueden los jueces conocer, atendiendo á las circunstancias, que ha tenido intención de eludir la ley, y de negarse á admitir la prueba testimonial (1) mientras que, cuando la deuda misma es inferior á la tasa legal, no hay que temer ningun fraude de esta naturaleza.

Aunque un autor moderno (2) asegura que la opinion opuesta ha prevalecido á la nuestra en la práctica de los tribunales, no cita ni conocemos nosotros ninguna sentencia moderna que haya determinado sobre esta cuestion.

145. Es cuestion de alta importancia práctica, la de si la prohibición de probar contra y fuera de lo contenido en las escrituras, es aplicable en materia mercantil. Puede sostenerse en apoyo de la afirmativa, que especialmente en materia comercial conviene evitar toda equivocación y arbitrariedad. ¿Qué cosa mas peligrosa, se dice, que hacer revivir proposiciones que no tenían tal vez ningun carácter formal, para hallar en ellas el germen de una obligación? Si se diera, donde interviene el crédito, á los empeños de una parte una tramitación que no hubiera podido preveer, se causaría frecuentemente su ruina. Hácese notar finalmente, refiriéndose á la historia del art. 109 del Código de Comercio, que el testo primitivo de este artículo no admitía la prueba testimonial sino cuando habia habido un principio de prueba por escrito, y que las reclamaciones de los juzgados y tribunales de Comercio, con motivo de la innova-

(1) La sentencia del Parlamento de Grenoble, del 10 de diciembre de 1782, citada por Merlin (loc. cit.), resuelve sobre esta hipótesis.

(2) M. Lacombiere (loc. cit.), tal vez ha tenido á la vista la práctica de Limoges.

cion propuesta, se referian únicamente á la imposibilidad de estender un escrito en materia mercantil, en multitud de circunstancias, y de ningun modo á la admisión de la prueba testimonial, cuando se habia estendido un escrito. Entendida de esta suerte la redacción definitiva del art. 109, enunciando entre los medios de prueba la testimonial, en los casos en que el tribunal creyera deber admitirla, autorizaria á la jurisdicción consular á oír á los testigos con arreglo á las circunstancias, si no se habia podido estender un escrito, pero nunca cuando se hubiera redactado.

Esta opinion adoptada por muchas sentencias de tribunales, y que el deseo de evitar controversias nos obligó en un principio á admitir, nos parece, despues de maduras reflexiones, incompatible, bien sea con el testo de la ley, bien con los precedentes que pueden servir para explicarlo. El art. 1341 del Cod. Napoleon, despues de haber sentado los dos principios que escluyen la prueba testimonial, el uno cuando escede de 150 francos, y el otro contra y fuera del contenido de las escrituras, añade: «Todo se entiende sin perjuicio de lo que se dispone en las leyes relativas al comercio. Este testo es conforme al de la ordenanza de 1667. Pues bien, el artículo correspondiente á la ordenanza, tenia por objeto precisamente (tit. XX, art. 2.º) confirmar el uso preexistente, según el cual, los jueces consulares, según sus propias declaraciones, «no estaban sujetos en sus juicios á la ordenanza de Moulins.» (Acta verbal de la órd. de 1667, loc. cit.) Dos sentencias del Parlamento de París, la una de 22 de julio de 1613, la otra del 22 de julio de 1669, han admitido, en su consecuencia, en las jurisdicciones consulares, la prueba testimonial, contra y fuera del contenido de las escrituras. «Se ha preferido, dice Merlin (Questiones de derecho palabra, *Dernier ressort*. §. 18, núm. 1) «el peligro de algunos fraudes para poner trabas á las negociaciones y burlar la buena fé, si se exigian sobradas precauciones. Sabido es, que los negociantes dan frecuentemente cartas de pago por valor recibido, sin otra seguridad que simples palabras ú órdenes, y que este modo de negociar es el alma del comercio de todas las naciones. Era, pues, indispensable admitir la prueba de que el dinero enunciado en los libros, no habia sido contado, ó que no se habian entregado las mercancías, aunque habian sido pagadas.» Este es el sentido en que está concebido el art. 1935 del Código holandés, uno de los pueblos modernos, en cuyo seno han adquirido las rela-

ciones mercantiles mayor desarrollo. En vista de estos antecedentes, es difícil no entender en su acepción literal la última disposición del art. 109 del Código de comercio. «En el caso en que el tribunal crea deber admitirla.» Poco importa que para rechazar la innovación del proyecto del Código, se haya recurrido sobre todo al inconveniente más palpable de este proyecto, á la hipótesis de que hubiera sido moralmente imposible estender un escrito; en definitiva, háse rechazado toda innovación, y los términos generales del Código de comercio vuelven á colocar la cuestión en el terreno en que se hallaba en la antigua jurisprudencia. Cuando los redactores de este mismo Código quisieron aplicar los principios del derecho civil á las sociedades mercantiles, tuvieron cuidado de decir especialmente (art. 41): «que no puede admitirse prueba alguna contra y fuera del contenido de las actas ó escrituras de sociedad:» disposición que sería inútil, si tal fuese el derecho común en materia mercantil, así como en materia civil. Esta doctrina ha sido autorizada por una sentencia denegatoria de 10 de abril de 1860. No debe sin embargo, confundirse la cuestión especial de la aplicación del art. 1341 á las materias de concurso, con las dificultades suscitadas por este artículo, aun en materia civil. Así, en el caso de la sentencia denegatoria de 11 de junio de 1855, había principio de prueba por escrito, y en su consecuencia era admisible la prueba testimonial, aun en lo civil; en otro caso, fallado el 10 de junio de 1855, se trataba de probar que se habían verificado tratos á título de prenda y no de propiedad; pero es dudoso, según hemos visto (núm. 142) que sea aplicable el art. 1341 en caso de simulación: finalmente, una sentencia denegatoria de 6 de abril de 1841 determina sobre la hipótesis de una carta de pago ó libranza que era un duplicado de otra precedente: así, puede procederse á la revisión de una cuenta en caso de haberse duplicado (Cod. de prac. artículo 541). El caso en que nos parece haberse autorizado del modo más formal, la prueba contra el contenido de las actas es el de una sentencia del tribunal de Riom de 4 de agosto de 1857, que permite restablecer por medio de la prueba testimonial el precio de la venta de un café, fijado en 3,000 francos por una acta ó escritura autorizada por un notario.

146. No debe confundirse con los negocios comerciales los tratos ó ventas verificadas en ferias, cuando no han tenido lugar entre comerciantes ni para asuntos mercantiles. Boiceau (part. 2, capítu-

lo 9, núms. 5 y sigs.) conviniendo en que la ordenanza de Moulins era aplicable á estos tratos ó ventas, puesto que no era imposible procurarse un notario en los sitios en que se celebran las ferias, indicaba ciertos medios de eludir la prohibición. Pero Danty (adic. sobre el cap. 9, núm. 6 y sigs.) y Pothier (Oblig. núm. 788) excluyen de una manera general la prueba por testigos. Bajo el régimen del Código, se consideró por una sentencia del tribunal de La Châtre, como equivalente á la imposibilidad moral de tratar por escrito, «la rapidez, la multiplicidad y el movimiento de los negocios que no se tratan en feria, la dificultad de recurrir á cada instante á un notario, para hacer constar tratos, compras ó ventas que podría impedir el más ligero retraso.» Pero esta sentencia fué revocada el 13 de febrero de 1842 por el tribunal de Bourges, reconociendo que no existía de hecho la imposibilidad de obtener un escrito; que los tratos ó ventas en las ferias se hacen al contado, y que si el vendedor no sigue esta regla y concede al comprador plazo para el pago, debe hacerlo constar por escrito.»

147. En materia criminal, jamás se ha negado formalmente la aplicación del principio acerca de no poderse probar contra y fuera del contenido de las actas ó escrituras. Si se trata, por ejemplo, de la violación de un depósito consignado por un recibo del depositario, es evidente que no se podría buscar, fuera de este recibo, la prueba de las obligaciones que se le censura no haber respetado. Al aceptar este recibo el depositante, ¿no ha marcado en cierto modo la medida del empeño que contrajo? ¿Qué importa que siga después la vía criminal ó la civil para obtener la reparación de la falta de cumplimiento de este empeño? Entiéndase bien, por otra parte, que la regla del art. 1341 solo se aplica á los escritos que son obra de las partes, y que no hace referencia alguna á los escritos estendidos por funcionarios públicos, ni menos á los procesos verbales ó sumarios que consignan las infracciones á la ley penal, procesos verbales contra los que se admite la prueba con más ó menos latitud, según veremos en el lugar donde se trata de esta materia.

En los antiguos Códigos legislativos españoles, no existe disposición alguna que permita probar por medio de testigos contra el contenido de las escrituras ó instrumentos. Nuestras antiguas leyes, se hallan, pues, conformes con el espíritu y aun la letra de la mayor parte de las prescripciones del Derecho romano, que cita Mr. Bonnier, en el núm. 138 y si-

guientes, y con otras varias leyes del cuerpo de aquel derecho por las que estaba prohibida la prueba de testigos para dicho efecto. Una de nuestras antiguas leyes que contienen disposiciones mas análogas á esta materia, es tal vez la ley 115, tit. 18, Part. 3.<sup>a</sup> que declara «por cuáles razones, las cartas públicas que aducen las partes ante los juzgadores deben ser creídas ó por cuáles non,» y cuyo objeto es determinar en qué casos y con qué número de testigos, pueda probarse la *falsedad* de un instrumento público. Hé aquí el texto de esta ley, que creemos oportuno esponer, para mayor ilustracion de esta materia, y en atencion á la doctrina y fundamentos que en ella se contienen, y que completan ó aclaran los espuestos por M. Bonnier. «Si por aventura el escribano público cuyo nombre fué escrito en la carta viniese antel juzgador, e dijese quel non escribiera aquella carta, debe ser creydo, e la carta, desechada por falsa, *non probando la parte el contrario*. Mas si él otorgasse que verdad era que la escribiera, e los testigos que fuesen escritos en ella, dijessen que no se acertaran y cuando el pleyto fué puesto, *nin otorgado de las partes assi como es escrito en ella*, entonce dezimos, que si el escribano es ome de buena fama, e fallaren en la nota que es escrita en el registro que acuerda con la carta, que debe ser creydo el escribano e non los testigos, e debe valer la carta. *E esto es, porque muchas vezes contesce, que los omes son testigos de pleytos de que no se acuerdan despues*. Onde pues que la nota acuerda con la carta, e el escribano es ome de buena fama, razon es que sea creydo. Ca por esso escriben los omes los pleitos, e las posturas, porque maguer aquellos que las fazen e los testigos ante quien fueron fechas non se acordasen dellas, que finque por siempre remembranza de cómo pasaron e en qué quisa fueron puestas. Pero si el escribano non fuesse de buena fama, e los testigos fuessen omes buenos, e el pleyto, e la postura que dice en la carta, oviesse poco tiempo, que pue e fecha, estonce, acordándose todos los testigos de la carta en uno, deben ser creydos e non el escribano.» En el derecho foral aragonés hay tambien una disposicion espresa que dice: «Aunque segun el Fuero, no se admite contra la escritura pública mas que otra escritura que sea tambien pública, por costumbre se admite al notario testificante y á los testigos que firmaron en ella. *Observancia 25, de probationibus*».

Conviene tener tambien presente en la materia de que tratamos la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 2 de octubre de 1864, por la que se ha declarado, que por muy eficaz que sea la prueba documental no es opuesto á las leyes ni á los principios de derecho que para enervarla se dé valor á otras pruebas resultantes de distintos documentos, aunque sean de carácter privado, ni aun á la prueba testifical admitida tambien por la ley; la sentencia de 31 de diciembre de 1857, pronunciada por el mismo Tribunal Supremo, por la que se ha prescrito que no basta que un hecho se consigne en un instrumento público, para que se tenga por suficientemente probado, si aquel hecho puede ser combatido legalmente ó si la existencia de otro documento demuestra su ineficacia; y por último, la sentencia de 22 de marzo de 1860 que ha resuelto, que no por haberse autorizado un acto por escritura pública, deja de ser válido cualquier otro contrato privado que, lejos de oponerse á lo pactado y consignado en aquel documento, sirve solo de esplicacion de ello, y que al declararlo así una Audiencia no infringe la ley 115, tit. 18, Partida 3.<sup>a</sup>, que dice, por cuál razon debe ser creyda la escritura pública.

No debe entenderse, sin embargo que la ley de Partida ni las anteriores sentencias citadas autorizan la prueba de testigos *contra el contenido*

de las escrituras, sino que se refieren al modo de probarse la *falsedad* ó de combatirse la fuerza de aquellos instrumentos en ciertos casos y por otras pruebas que reconoce el derecho y aun la de testigos.

Conviene tambien tener presente que la ley 32, tit. 18, Part. 3, adopta la ley romana que cita M. Bonnier en el número 144, puesto que dicha ley de Partida dispone, que para probar que está satisfecho el pago de una deuda contraida por escritura pública, hasta presentar otra escritura en que así conste, ó cinco testigos que digan haber presenciado el pago.

Respecto de la prueba en materia comercial, de que trata M. Bonnier en el núm. 145, nuestro Código de Comercio consigna entre los medios por que puede probarse en general las obligaciones mercantiles, la prueba testimonial (V. el art. 262, núm. 7 del Código). Y en cuanto á las sociedades mercantiles, dispone espresamente el art. 288 de nuestro Código, á semejanza del 41 del Código francés, espuesto por M. Bonnier en el número citado, que los sócios no pueden oponer contra el contenido de la escritura de sociedad documento alguno privado, ni la prueba de testigos.

El Proyecto de Código civil de 1851 admite terminantemente la regla del art. 1341 francés de que tratamos. Segun prescribe su art. 1220, no se admitirá prueba de testigos, respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público ó privado.—Esta disposicion es aplicable al caso en que el capital de la demanda, reunido al importe de los intereses, ascienda á cien duros ó mas.—Tampoco se admitirá prueba de testigos para acreditar una cosa diferente del contenido de los instrumentos, ni para justificar lo que se hubiere dicho antes, al tiempo ó despues de su otorgamiento, aunque se trate de una suma ó valor por menos de cien duros.

Esta disposicion, segun el Sr. García Goyena en sus Comentarios á dicho proyecto, debe entenderse como prohibiendo la prueba por testigos aun respecto de los instrumentales y del escribano que autorizó la escritura, y como comprendiendo en las palabras *cosa diferente*, aun lo que no consta en el contrato, como si el acreedor quisiera probar por testigos que se pactaron intereses y el deudor que se otorgó plazo y no aparece así de la escritura, porque todo esto se considera cosa diferente de su contenido.

Véase la nota del núm. 152, donde se esponen las disposiciones del derecho español sobre la primera prohibicion del art. 1341 del Código Napoleon, y que es correlativa á la presente.—(A. del T.)

## SEGUNDA REGLA.

*Exclusion total de la prueba por testigos en ciertas materias.*

### SUMARIO.

148. No hay distincion alguna entre la jurisdiccion civil y la criminal.  
149. Restricciones especiales respecto de las cuestiones de estado.

148. No debe sentarse como principio, segun se ha hecho con frecuencia injustamente, que la prueba testimonial es generalmente rechazada por la ley en materia civil. Es verdad que el art. 1341 quiere que se estienda escrito *de todas las cosas* que escedan el

valor de ciento cincuenta francos. Pero estas espresiones cuyo origen explicaremos en breve, no pueden entenderse, y no se entienden jamás en la práctica, sino de los casos en que puede haber lugar á estender una acta ó escritura, es decir, convenciones ó contratos en el sentido mas lato de la palabra. *Todo aquello sobre que nuestros súbditos quieran tratar ó disponer*, decia con suma exactitud el art. 19 del edicto de 1611 de los archiduques de Flandes. Así vemos á la ley referirse al momento mismo en que se ha tratado, para significar su voluntad á los contratantes: *debe redactarse ó estenderse acta ó escritura*. Cuando se trata de un hecho distinto de una convencion ó contrato, las partes de quienes no es obra comun, no han podido estar obligadas á consignarlo de tal ó cual manera; por tanto se les admite la prueba testimonial. En materia civil, por lo comun se trata de convenciones; al contrario, en lo criminal, lo mas frecuente es tratar de hechos que en manera alguna son convencionales. De aquí la opinion vulgar, opinion que, segun veremos, ha dejado algunas huellas en nuestras leyes, segun la cual, esta prueba habitualmente inadmisibile en lo civil, seria siempre admisible en lo criminal. Pero esta opinion es inexacta, bajo uno y otro concepto, puesto que las disposiciones de la ley no atienden al carácter de la jurisdiccion, sino á la naturaleza de los hechos que hay que probar. Si un hecho ilícito se refiere á una convencion, si se trata, por ejemplo, de la violacion ó sustraccion de un depósito, la convencion cuya existencia debe consignarse previamente, no será jamás, si el valor escede de la tasa legal, susceptible de probarse por testigos, bien se agite la cuestión ante un tribunal de policia correccional, ó bien ante un tribunal civil. Por el contrario, cuando la jurisdiccion civil haya apreciado un hecho no convencional, por ejemplo, una dificultad relativa á la posesion, estará perfectamente autorizada para ordenar la informacion de testigos, cualquiera que por otra parte sea la importancia del litigio (1).

449. Pero independientemente del principio restrictivo del artículo 1541, aplicable á las convenciones, hay casos en que el legislador, sin examinar si el demandado ha podido ó no hacer com-

(1) Segun el mismo espíritu ha juzgado el tribunal de Douai el 6 de abril de 1851 que un contrato civil que no puede probarse sino por escrito, no es susceptible de prueba testimonial por el solo hecho de hallarse sometido el demandado, por razon de su cualidad, á la jurisdiccion comercial.

probar los puntos que tiene interés en acreditar hoy, rechaza la prueba testimonial, aun respecto de hechos del orden de la naturaleza. Tal sucede, cuando el carácter de estos hechos se presta demasiado á fraude, y que al mismo tiempo tienen una gran importancia social. Me refiero á las restricciones que experimenta la prueba por medio de testigos, en lo relativo á las cuestiones sobre el estado de las personas. Estas restricciones tienen menos estension que las del art. 1541, en cuanto no se dirigen á reprobador toda prueba por medio de testigos, sino solamente la prueba por testigos de ciertos elementos de decision. Por otra parte, son mas imperiosas en cuanto no admiten el recurso del interrogatorio y el del juramento; mientras que en lo relativo á convenciones, al menos cuando no se exigen ciertas solemnidades, solo está prohibida la informacion de testigos, siendo admisibles todos los otros medios de informacion.

Exclusion general de la prueba testimonial en materia de convenciones, exclusion en teramente especial en lo concerniente á las cuestiones del estado de las personas; hé aquí materias que importa distinguir bien, y de que vamos á tratar por separado. Despues explicaremos en párrafo aparte lo concerniente á la admisibilidad en lo criminal de la prueba testimonial.

## DIVISION PRIMERA.

### ESCLUSION DE LA PRUEBA POR TESTIGOS EN MATERIA DE CONVENCIONES Ó CONTRATOS.

#### SUMARIO.

- 150. Principios del derecho primitivo sobre la prueba testimonial.
- 151. Origen de la exclusion introducida por la ordenanza de Moulins.
- 152. Disposiciones de las legislaciones extranjeras sobre la prueba por medio de testigos.

150. La admision indefinida de la prueba testimonial parece haber sido sin escepcion en Roma, al menos cuando solo se trataba de acreditar las convenciones de las partes. Sabido es que los Romanos se fiaban de la memoria del hombre para consignar, bien fuese actos solemnnes, tales como la emancipacion, bien la misma existencia de un juicio, lo cual era objeto de la accion *judicati*, que

pareceria sumamente estraña en nuestras costumbres actuales (1). Esta facultad tan amplia no fué modificada en Constantinopla hasta el siglo VI, y aun entonces solo en casos particulares. En la ley 18 del Código, *de testibus*, quiere Justiniano, que cuando se ha consignado una deuda por escrito, no pueda hacerse la prueba del pago sino por medio de escrito, ó al menos por cinco testigos dignos de fé (2).

Nada hay en esto semejante al principio general sentado en las sentencias de Paulo (lib. V, tít. XV, §. 4), y reproducido en la ley 1.ª del Código, *de testibus*, cuando se trataba de la prueba por testigos opuesta á un escrito. Y sin embargo, las costumbres estaban lejos de ser puras en Roma, sobre todo en tiempo del imperio. Jamás han faltado testigos falsos para las acusaciones políticas: sabida es la sangrienta frase de Tácito (Hist., lib. 1.º, §. 2): *Quibus deerat inimicus, per amicos oppressi*. Pero el motivo fundado en la corrupcion de los testigos, aunque el mas aparente, no es el único que haya ocasionado la prohibicion entre nosotros. El temor de que se multipliquen los procesos ha sido para nuestros tribunales un motivo no menos poderoso. Pues bien, este temor no podia tener la misma influencia en el imperio romano, en que habia muchas menos riquezas que hoy en el mundo civilizado, y donde la poblacion era mucho menos considerable y en gran parte esclava. Además, las formas precisas de la estipulacion que se usaban en las ocasiones mas importantes, fijaban la atencion de los testigos y simplificaban su tarea. Así vemos arraigarse la prueba testimonial en los hábitos nacionales, aun en tiempo de Justiniano. Así en la novela 74, cap. IV, el emperador trata de introducir un escrito para hacer constar el matrimonio, al menos en la mayor parte de los casos; pero poco tiempo despues, en la novela 117, cap. IV, se vé obligado á restringir su innovacion á los grandes personajes del imperio. Y aun la ley 18 del Código, *de testibus*, no proscribió completamente la prueba por testigos en el caso que en dicha ley se prevee; exi-

(1) Resulta de las investigaciones del conde de Beugnot (V. el prólogo de un trabajo sobre los *Olim*), que el primer ejemplo de haberse redactado en debida forma las sentencias, se encuentra en 1336 en la tierra clásica de la jurisprudencia, en Normandía.

(2) Este es el origen de la opinion que rehusa admitir la prueba por testigos del pago de un crédito consignado por escrito (núm. 144).

giendo solamente, á falta de escrito, un número de declaraciones mas considerable.

En la edad media, si, como hemos visto, no se admitió siempre la superioridad de la prueba oral á la prueba por escrito, es evidente al menos, que el uso de la escritura estaba muy poco estendido para que fuese posible dejar de admitir la prueba testimonial de los contratos. Por otra parte, la utilidad de semejante exclusion no se notaba todavia cuando á razon del estado menos avanzado de la civilizacion, eran menos frecuentes los pleitos y menos depravadas las costumbres (1). Llegábase hasta consignar la existencia de la costumbre por medio de una *informacion por turba* ó pesquisa, que consistia en informaciones recogidas de boca de cierto número de personas, que se tomaba al azar, y á quienes se interrogaba sobre lo que creian ellas estar en uso.

151. Si la antigua Roma admitió los principios mas amplios en punto á testimonio, la Italia moderna, por el contrario, fué la primera que dió el ejemplo, en el siglo XV, de restringir la libertad de la prueba. Un estatuto de Bolonia de 1453, aprobado por el Papa Nicolás V, prohibió la prueba por testigos de los pagos de mas de cincuenta libras, y de los contratos de mas de cien libras. Asimismo, los estatutos de Milan, en 1498, prohibieron la prueba testimonial en ciertos casos. En Francia tuvo lugar una reforma análoga en el siglo XVI, en la época en que la redaccion por escrito de las costumbres hizo caer el uso abusivo de las informaciones por turba. En el Mediodía de un país de derecho escrito, fué donde emanó la proposicion de introducir restricciones semejantes á las que acababan de establecerse en Italia. El Parlamento de Tolosa envió diputados cerca de Carlos IX á los Estados de Moulins, para solicitar la disposicion que forma el art. 54 de la Ordenanza de 1566, y que requiere se otorgue contrato de todas las cosas que escedan del valor de cien libras. El preámbulo de esta Ordenanza, llamada de Moulins, la misma que prohíbe probar contra ó fuera del contenido de las actas ó escrituras, no menciona, lo cual es muy notable, mas que el motivo de la complicacion de los procedimientos. Refiriéndose al origen de la prohibicion, no parece ocuparse únicamente el le-

(1) No quiero decir, que las costumbres de las clases superiores fuesen siempre ejemplares; pero entonces la corrupcion no habia penetrado en la masa de la poblacion, como ha sucedido desgraciadamente en los tiempos modernos.

gislador, como imaginan muchos, del peligro del soborno de testigos. No obstante, este peligro habia llamado tambien la atencion de los contemporáneos, como lo prueba el adagio citado por Loisel: «Loco es quien se mete en informaciones, porque quien mas abrevia, mejor prueba.»

Esta ordenanza, cualquiera que fuese su motivo principal, verificaba una verdadera revolucion en los hábitos. Así Boiceau, comentador contemporáneo, nos dice comenzando la esposicion de la materia: «Quum primum nata et promulgata fuit hæc Caroli IX regia sanctio, plerisque visa est et dura, et odiosa, et juri contraria.» Esta disposicion era dura, en cuanto obligaba á usar de escritos embarazosos y costosos á las partes que anteriormente podian omitirlos; odiosa, en cuanto favorecia la mala fé, por no ser bien conocida de todos ni estar bien encarnada en las costumbres; y finalmente, contraria al derecho, es decir, al derecho romano, pero esto no era una razon para que habiendo cambiado las circunstancias, fuese rechazada por los modernos, puesto que quien la habia reclamado habia sido un país de derecho escrito. En cuanto á los dos primeros motivos, solo eran transitorios. Así Boiceau añade, que no obstante estas razones para dudar, la ordenanza fué altamente aprobada por los entendimientos mas graves, y especialmente por el Parlamento de París: «Nulla toto hoc sæculo constitutio ac lex regia sanctior ac probatior visa fuit amplissimo nostro Galliae Senatui.»

152. Antes de analizar este artículo 54 y las leyes posteriores que han reproducido su disposicion, echemos una ojeada sobre las legislaciones extranjeras. Hay países donde no se admite restriccion alguna, por ejemplo, el Austria, segun ya hemos observado. (Vea-se el Código Austr., art. 885.) Así se dispone por el derecho comun germánico. Parece que lo mismo acontece en Dinamarca, en Suecia y en Noruega. Esta sencillez de las poblaciones germánicas y escandinavas se encuentra en las naciones mas meridionales. El reglamento de 1834 para los asuntos civiles en los Estados de la Iglesia (§. 623-625), consagra como principio general la admision de la prueba por testigos. Otros países, tales como Inglaterra, á quien siguen en este punto los Estados Unidos, no exigen escrito sino para ciertos actos importantes, tales como los contratos sobre inmuebles, cuyo valor llega por lo menos á diez libras esterlinas; tal es el objeto de una disposicion comprendida en el estatuto vigésimonono

de Carlos II, é intitulada: *Acta para prevenir los fraudes y los perjuros*. Prescindiendo de esta restriccion (1), la Inglaterra ha permanecido, como en tantos otros puntos, fiel á las antiguas costumbres. Leon Faucher nos dice, en efecto, en sus *Estudios sobre la Inglaterra* (capítulo de la *Aristocracia*): «Todo se hace en Inglaterra sobre palabra, así como en Francia por obligacion escrita. El juramento se ha elevado al estado de institucion y se prodiga sin temor de que se envilezca.... Un testimonio en Inglaterra vale, y es mucho decir, lo que vale un guarismo entre nosotros.» Por el contrario, en la mayor parte de las codificaciones modernas, especialmente en el Código prusiano (2) (título de los contratos, art. 131), se ha admitido el sistema francés. Sin embargo, algunas veces se le ha templado, elevando el valor hasta el cual pueda ser recibida la prueba testimonial. Por eso el Código sardo (art. 1434) fija este valor en trescientos francos, y el Código del Canton de Vaud (art. 995) lo eleva á ochocientos francos. Se concibe fácilmente esta diversidad de legislaciones. La cuestion de la admisibilidad de la informacion testifical es una de las cuestiones de moralidad y de disciplina nacional, cuya solucion debe variar de pueblo á pueblo.

La legislacion española de nuestros antiguos Códigos no pone tasa ni limitacion alguna en el valor ó importe de los contratos y demás para que puedan probarse por medio de testigos. Nuestros antiguos legisladores, atendiendo á la hidalguía del carácter español, no han temido que fueran sobornados los testigos por suma alguna. Sabida es tambien la disposicion de la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 4.<sup>o</sup>, lib. 10 de la Nov. Recop., sobre que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse, quede obligado, segun la cual, queda perfecto el contrato inmediatamente que han convenido los contrayentes acerca de la cosa y del precio. Sin embargo, hay contratos en los que se requiere por nuestro derecho la escritura para la sustancia ó esencia del acto; y tales, por ejemplo, el caso en que los contrayentes quieran que para su perfeccion se otorgue escritura pública, en cuyo caso hasta el otorgamiento de ésta no se perfecciona el contrato segun prescribe la ley 4.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup>, Part. 5.<sup>a</sup> (si bien este caso tambien se rige por la voluntad de los contratantes).

(1) Hállanse restricciones análogas en las leyes anglo-sajonas; pero como no era posible en esta época exigir la redaccion de un escrito, se requería solamente para los actos importantes la presencia de tres á cuatro testigos, ó bien del alcalde de la ciudad.

(2) La Prusia se aproxima mas bien á las ideas francesas que á las otras naciones germánicas.

gislador, como imaginan muchos, del peligro del soborno de testigos. No obstante, este peligro habia llamado tambien la atencion de los contemporáneos, como lo prueba el adagio citado por Loisel: «Loco es quien se mete en informaciones, porque quien mas abrevia, mejor prueba.»

Esta ordenanza, cualquiera que fuese su motivo principal, verificaba una verdadera revolucion en los hábitos. Así Boiceau, comentador contemporáneo, nos dice comenzando la esposicion de la materia: «Quum primum nata et promulgata fuit hæc Caroli IX regia sanctio, plerisque visa est et dura, et odiosa, et juri contraria.» Esta disposicion era dura, en cuanto obligaba á usar de escritos embarazosos y costosos á las partes que anteriormente podian omitirlos; odiosa, en cuanto favorecia la mala fé, por no ser bien conocida de todos ni estar bien encarnada en las costumbres; y finalmente, contraria al derecho, es decir, al derecho romano, pero esto no era una razon para que habiendo cambiado las circunstancias, fuese rechazada por los modernos, puesto que quien la habia reclamado habia sido un país de derecho escrito. En cuanto á los dos primeros motivos, solo eran transitorios. Así Boiceau añade, que no obstante estas razones para dudar, la ordenanza fué altamente aprobada por los entendimientos mas graves, y especialmente por el Parlamento de París: «Nulla toto hoc sæculo constitutio ac lex regia sanctior ac probatior visa fuit amplissimo nostro Galliae Senatui.»

152. Antes de analizar este artículo 54 y las leyes posteriores que han reproducido su disposicion, echemos una ojeada sobre las legislaciones extranjeras. Hay paises donde no se admite restriccion alguna, por ejemplo, el Austria, segun ya hemos observado. (Vea-se el Código Austr., art. 885.) Así se dispone por el derecho comun germánico. Parece que lo mismo acontece en Dinamarca, en Suecia y en Noruega. Esta sencillez de las poblaciones germánicas y escandinavas se encuentra en las naciones mas meridionales. El reglamento de 1834 para los asuntos civiles en los Estados de la Iglesia (§. 623-625), consagra como principio general la admision de la prueba por testigos. Otros paises, tales como Inglaterra, á quien siguen en este punto los Estados Unidos, no exigen escrito sino para ciertos actos importantes, tales como los contratos sobre inmuebles, cuyo valor llega por lo menos á diez libras esterlinas; tal es el objeto de una disposicion comprendida en el estatuto vigésimonono

de Carlos II, é intitulada: *Acta para prevenir los fraudes y los perjuros*. Prescindiendo de esta restriccion (1), la Inglaterra ha permanecido, como en tantos otros puntos, fiel á las antiguas costumbres. Leon Faucher nos dice, en efecto, en sus *Estudios sobre la Inglaterra* (capítulo de la *Aristocracia*): «Todo se hace en Inglaterra sobre palabra, así como en Francia por obligacion escrita. El juramento se ha elevado al estado de institucion y se prodiga sin temor de que se envilezca.... Un testimonio en Inglaterra vale, y es mucho decir, lo que vale un guarismo entre nosotros.» Por el contrario, en la mayor parte de las codificaciones modernas, especialmente en el Código prusiano (2) (título de los contratos, art. 131), se ha admitido el sistema francés. Sin embargo, algunas veces se le ha templado, elevando el valor hasta el cual pueda ser recibida la prueba testimonial. Por eso el Código sardo (art. 1454) fija este valor en trescientos francos, y el Código del Canton de Vaud (art. 995) lo eleva á ochocientos francos. Se concibe fácilmente esta diversidad de legislaciones. La cuestion de la admisibilidad de la informacion testifical es una de las cuestiones de moralidad y de disciplina nacional, cuya solucion debe variar de pueblo á pueblo.

La legislacion española de nuestros antiguos Códigos no pone tasa ni limitacion alguna en el valor ó importe de los contratos y demás para que puedan probarse por medio de testigos. Nuestros antiguos legisladores, atendiendo á la hidalguía del carácter español, no han temido que fueran sobornados los testigos por suma alguna. Sabida es tambien la disposicion de la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 4.<sup>o</sup>, lib. 10 de la Nov. Recop., sobre que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse, quede obligado, segun la cual, queda perfecto el contrato inmediatamente que han convenido los contrayentes acerca de la cosa y del precio. Sin embargo, hay contratos en los que se requiere por nuestro derecho la escritura para la sustancia ó esencia del acto; y tales, por ejemplo, el caso en que los contrayentes quieren que para su perfeccion se otorgue escritura pública, en cuyo caso hasta el otorgamiento de ésta no se perfecciona el contrato segun prescribe la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup>, Part. 5.<sup>a</sup> (si bien este caso tambien se rige por la voluntad de los contratantes).

(1) Hállanse restriccciones análogas en las leyes anglo-sajonas; pero como no era posible en esta época exigir la redaccion de un escrito, se requería solamente para los actos importantes la presencia de tres á cuatro testigos, ó bien del alcalde de la ciudad.

(2) La Prusia se aproxima mas bien á las ideas francesas que á las otras naciones germánicas.

También requiere nuestro derecho que todos los contratos de bienes inmuebles se reduzcan á escritura pública. Así lo dispone la ley 114, título 18, Part. 3.<sup>a</sup>, que dice: «Mas si tal carta fué hecha sobre cosa señalada, así como sobre vendida o cambio de casa o de viña de otra tal cosa, non vale para probar con ella cumplidamente, como quier que faga alguna presuncion: e esto es porque las cartas de tales pleytos deben ser fechas por mano de escribanos públicos o de otros, seyendo firmadas por buenos testigos, porque falsedad ni engaño non debe ser fecho en ellas.» Sin embargo, no se considera esta disposicion como teniendo por objeto dar validez al contrato, ni á su perfeccion y consumacion, sino que se entiende como refiriéndose á los efectos del contrato, á saber, que debiendo tomarse razon de esta escritura en la Contaduría de hipotecas, en el plazo señalado por las leyes administrativas, se evitan los fraudes de los que venden lo que no pueden, y se consigue que se asegure el pago de los tributos que pesan sobre la traslacion de la propiedad inmueble. (V. las leyes 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, tit. 26, lib. 10 de la Nov. Recop. y el Real decreto de 22 de mayo de 1845. La falta del requisito de estenderse escritura pública de dichas enagenaciones de inmuebles, solo influirá, pues, en la validez y efectos del contrato á que el documento se refiere, cuando haya de perseguirse alguna hipoteca, ó de discutirse sobre el gravámen de la finca á que se refiere aquella obligacion (V. la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de setiembre de 1865).

En cuanto al derecho mercantil, nuestro Código de comercio, ha venido á adoptar la regla sancionada por el derecho francés que espone aquí M. Bonnier, sobre la prohibicion de constituirse ó de poder probarse las convenciones de cierta importancia por medio de testigos. En el artículo 237, al facultar á los comerciantes para contratar de palabra y al declarar válidos sus contratos, aunque no se hayan redactado por escrito, establece la limitacion de que el interés del contrato, en tal caso, no debe exceder de mil rs. vn., prescribiendo en tal caso, que no tenga éste fuerza ejecutiva hasta que por confesion de los obligados, ó en otra forma legal, se pruebe la existencia del contrato y los términos en que éste se hizo. En las ferias y mercados asciende dicha cantidad á tres mil rs. Asimismo, en el artículo siguiente 238, dispone, que los contratos por mayor cantidad que las que van designadas en el artículo precedente, se reduzcan necesariamente á escritura pública ó privada, sin lo cual no tendrán fuerza obligatoria civil.

Además, el art. 284, prescribe respecto de las sociedades mercantiles, que todo contrato de sociedad se ha de reducir á escritura pública otorgada con las solemnidades de derecho.

El proyecto de Código civil español de 1851, contiene disposiciones específicas que consignan por completo la regla en cuestion del derecho francés.

En su artículo 1002 se prescribe en efecto, que «toda obligacion que tenga por objeto una cosa ó cantidad de valor de cien ó mas duros, debe redactarse por escrito, y únicamente podrá probarse por otros medios en los casos señalados en el capítulo VII de este título.» (Es el 5.<sup>o</sup> de dicho proyecto.)

«Esta disposicion es aplicable á cualquier acto, por el que se otorgue la liberacion ó descargo de una obligacion de la misma cuantía.»—«Esceptúanse de lo dispuesto en este artículo las obligaciones consumadas por ambos contrayentes en el acto de contraerlas.»

En el capítulo VII á que se refiere este artículo, se trata de la prueba de

las obligaciones; mas en su seccion III, que trata de la prueba testimonial, se previene, que no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligacion que hubiere debido consignarse en instrumento público ó privado, disposicion que se declara aplicable al caso de que el capital de la demanda, reunido el importe de los intereses, ascienda á cien duros ó mas. Los arts. 1223 y 1224, establecen dos escepciones á estas reglas que pueden verse en los apéndices á los números 164 y 170.

Los contratos que deben redactarse en escritura pública, á que se refiere esta seccion se hallan enumerados en el 1003 y son los siguientes:

1.<sup>o</sup> Los contratos que tengan por objeto la trasmision de bienes inmuebles en propiedad ó en usufructo, ó alguna obligacion ó gravámen sobre los mismos.

2.<sup>o</sup> Las particiones de herencias, cuyo importe pase de 500 duros, ó en los cuales haya bienes inmuebles, aunque sea inferior á dicha cantidad.

3.<sup>o</sup> El contrato de sociedad cuando esta 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.

4.<sup>o</sup> Los arrendamientos de bienes inmuebles por seis ó mas años.

5.<sup>o</sup> Las capitulaciones matrimoniales, la constitucion y aumento de dote y la carta de pago dotal, siempre que la cuantía de cualquiera de estos actos esceda 200 duros.

6.<sup>o</sup> Las donaciones con arreglo á lo prescrito en el art. 946.

7.<sup>o</sup> Los censos y la constitucion de renta vitalicia.

8.<sup>o</sup> La cesion, repudiacion y renuncia de derechos hereditarios ó de la sociedad conyugal.

9.<sup>o</sup> El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública ó en que tenga interés un tercero.

10. Las transacciones sobre cuantía de cien ó mas duros, ó siempre que recaigan sobre bienes inmuebles.

11. La cesion de acciones ó derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

12. Todos y cualquiera otros actos que sean accesorios, esplicatorios, derogatorios ó modificativos de contratos redactados en escritura pública.

13. Los pagos de la obligacion consignada en escritura pública, á escepcion de los parciales y de todos los relativos á intereses, alquiler, renta, cánon y otras anualidades.

Véanse las notas y adiciones á los números 147, 164 y 170. (A. del T.)

Veamos ahora cual es la estension del principio sentado por la ordenanza de Moulins, tal como se ha desarrollado por la doctrina y por la legislacion posteriores. Despues veremos en qué casos hay escepciones á este principio, y en qué casos, por el contrario, se estiende mas allá de sus límites ordinarios.

## §. 1. Aplicacion de esta regla.

## SUMARIO.

153. Verdadera trascendencia de la regla.  
154. Consecuencias prácticas que deben sacarse de nuestra doctrina.

153. Aunque en la ordenanza de 1566 se emplea la espresion *todas las cosas* que vuelve á encontrarse en el art. 1541 del Código Napoleon, los autores contemporáneos estuvieron lejos de entenderla en el sentido de que lo comprendiera todo, *omnes res nostras*, como dice Boiceau. Al contrario, ateniéndose á la espresion práctica *se estenderá contrato*, usada con bastante impropiedad por los redactores que interpretaron la ordenanza en el sentido de ser aplicable solo á los contratos (V. Pothier, Oblig. núm. 786), esta interpretacion era poco racional, porque los hechos que disuelven la obligacion, como el pago, la remision, etc. se consignan por escrito lo mismo que las convenciones ó contratos que tienen por objeto constituirla. De aquí las espresiones mas generales de la ordenanza de 1667 (título XX, art. 2) que quiere se estienda acta ó escritura ante escribano, ó bajo firma privada de todas las cosas, cuyo valor esceda de cien libras. Por esta palabra *cosas*, empleada sin restriccion alguna, se ha querido comprender, tanto los distractos como los contratos, las convenciones *diversitivas*, como las convenciones *investitivas*, para usar el language de Bentham. Pero no se ha querido comprender en estas palabras mas que lo que emana de la voluntad del hombre, las cosas *de que se quiere tratar ó disponer*, como dice el edicto de 1614 que ya hemos citado (1). Las espresiones de la ordenanza vuelven á encontrarse en el art. 1541, y no es posible interpretarlas de otra suerte. Y este es el sentido en que decia el tribunal de casacion, en sus observaciones sobre el proyecto de Código (lib. III, tit. II, art. 322): *Facta probantur testibus, non conventiones*.

Es verdad que se ha propuesto sustituir á la redaccion del Código esta fórmula: debe estenderse acta ó escritura de todo *hecho*

(1) «Las cosas que no pueden reducirse á escritura» decia el abogado general, Joly de Fleury en su informe de 2 de agosto de 1706 «que no son susceptibles de convencion, no se han comprendido nunca en esta disposicion.»

*jurídico*, cuyo objeto es de un valor superior á ciento cincuenta francos. (V. Zaccharia, §. 762, con las notas de MM. Aubry y Rau.) De esa suerte, se ponen fuera de la regla los acontecimientos naturales (salvo disposicion espresa en sentido contrario, como la hay respecto de los nacimientos y defunciones) y los hechos del hombre que solo presienten resultados materiales, como la posesion. Este modo de explicar la regla, es sin duda alguna mas propio y atinado que la fórmula empleada por la ordenanza de 1667 y por el Código Napoleon, pero no nos parece enteramente exacto. Nos es imposible comprender, por qué no ha de ser la posesion un hecho jurídico, puesto que supone un elemento moral, prescindiendo del hecho material de la detencion: *Plurimum ex jure possessio mutuatur*, dice Papiniano (l. 59, pr. D. de adq. poss.) Así, pues, quedaria necesariamente comprendida en la regla entendida de un modo tan lato. La única idea racional es considerar, con los primeros comentadores de la ordenanza de Moulins, que la prohibicion se refiere al caso en que las partes trataron juntamente: *De quibus pacisci consueverunt*, dice Boiceau (lib. I, cap. II, núm. 1), *ut passim in jure reperitur sub his verbis, gesserunt, contraxerunt*. Es preciso, pues, que haya *aliquid gestum*. Por eso, se ha autorizado por sentencia de 23 de mayo de 1860, á un arrendatario á probar por medio de testigos, para obtener una indemnizacion, que habia efectuado plantaciones por valor de mas de ciento cincuenta francos, si bien en tal caso habia *aliquid factum*, pero no *aliquid gestum*. Por otra parte, si las espresiones *cosas ó hechos jurídicos* tienen sobrada estension, se comprende que el legislador no haya querido adoptar tampoco la palabra *convencion*, que se hallaba en la redaccion presentada al Consejo de Estado. Y en efecto, esta espresion no puede casi emplearse para designar el pago de los atrasos ó caidos de una renta, pago que tiene interés en justificar el acreedor para evitar su prescripcion; y no obstante, no es este un hecho susceptible de probarse por testigos, desde que el capital de la renta escede de los ciento cincuenta francos, puesto que el acreedor puede hacer que le entregue el deudor un contra recibo. En el dia se reprobaba generalmente la opinion contraria adoptada en un principio en varias sentencias. El tribunal de casacion anuló el 28 de junio de 1854, una sentencia del tribunal de Douai, que admitió la prueba testimonial, para el efecto de probar por testigos la percepcion de los atrasos de una renta, declarando inaplicables en semejante