

caso las disposiciones de los arts. 1341 y 1347 del Código Napoleón, relativas á los contratos. Versaba el caso sobre una *transacción* en el sentido mas lato de la palabra, de *cosas de que se quiera tratar ó disponer*, como dice el edicto de 1611. El objeto de la ley es, en su consecuencia, que se redacte un escrito.

Llégase sin duda alguna al mismo resultado práctico, cuando se pregunta de un modo general, si ha sido ó no moralmente posible, estender acta de lo que se trató. Pero sentada de esta suerte la regla, está lejos de satisfacer á la razon, puesto que siempre resta que preguntar, qué hechos ha querido someter el legislador á la necesidad de que se consignen por escrito. Creemos que no se puede entender bien el principio del Código, sino aclarándole, como hemos hecho, por medio de los documentos de la antigua jurisprudencia.

154. Esta observacion nos conduce á rectificar la opinion doblemente inexacta del art. 1348: 1.º Esta redaccion es desde luego viciosa en cuanto presenta como escepcion á la regla prohibitiva de la informacion, la admision de la prueba por medio de testigos de los delitos y cuasi delitos. No habia necesidad de exceptuar los actos ilícitos; puesto que jamás fueron comprendidos en la regla. Boiceau (libro I, capítulo X, número 5) no se equivocó sobre esto: «*Quod autem ad obligationes ex maleficio descendentes, satis vulgatum est eas hac lege non comprehendi, quia scriptis delinqui non soleat, inno clam vel noctu.*» Además, la facultad de probar por medio de testigos no se limita á los hechos calificados de delitos ó cuasi delitos. Siempre que arguyo dolo, no se trata de probar una convencion susceptible de consignarse por escrito, sino mas bien, maniobras fraudulentas que no serian precisamente tales, si me fuera posible estender acta de ellas instantáneamente. En su consecuencia, es aplicable la regla del art. 1341; y segun veremos, no hay que atenerse á la regla del art. 1355, que parece no reservar otro recurso para acreditar el fraude, que las presunciones que quedan abandonadas á la ilustracion del juez. La segunda inexactitud de estas mismas palabras del art. 1348, es que confunde en una misma redaccion todos los *cuasi contratos*, que presenta como fuera de la prohibicion. Ahora bien, de los dos cuasi contratos mencionados por el Código, hay uno sin duda, la gestion de negocios, que refiriéndose á un simple hecho ocurrido entre partes que no están presentes, no se halla sujeto á la prueba literal, y bajo este

respecto, como por otras consideraciones, es de grande interés distinguir en la práctica el *negotiorum gestor* del mandatario (sent. de 19 de marzo de 1848); pero el otro cuasi contrato que nace de la recepcion de lo indebido, entra en la regla del art. 1341, puesto que quien quiere verificar un pago, debe hacer que se le entregue un recibo. Nadie duda, á pesar de los términos generales de la ley, en hacer esta distincion; pero se comprende que es mas sencillo distinguir siempre si se trata ó no de un acto convencional (1).

## §. II. Excepciones á esta regla.

### SUMARIO.

155. Carácter de las diversas excepciones al principio que prohíbe la prueba testimonial de las convenciones.

156. Modicidad del valor del litigio: tasa de 100 libras antiguamente, de 150 francos en el dia.

157. Valuacion del importe de la demanda. Como se verifica cuando se trata de la competencia en última instancia.

158. Necesidad de que el juez haga aquí una valuacion, sino la hacen los demandantes.

159. Facultad de atacar esta última valuacion. Casos en que el crédito es el remanente de una suma mayor.

160. Acumulacion de los intereses al capital. ¿Qué debe hacerse respecto de los daños y perjuicios?

161. Casos en que se reclaman muchos créditos al mismo tiempo.

162. Acumulacion de las demandas. Trascendencia de esta regla.

163. Sancion de esta regla.

164. Resúmen de nuestra doctrina. Su aplicacion á la prueba de las sociedades civiles.

165. Principio de prueba por escrito: origen de esta excepcion.

166. Dificultades que suscita el principio de la prueba por escrito. Remision.

167. De quién debe emanar el escrito.

168. De qué piezas puede tomarse el principio de la prueba.

169. Debe hacer verosímil el hecho alegado.

170. Competencia en esta materia.

(1) Respecto á las prescripciones del derecho español, véase las notas y adiciones á los números sucesivos, y en especial al 164 y al 176.-- (N. del T.)

171. Imposibilidad de procurarse una prueba literal. La gestion de negocios, los delitos y cuasi delitos, se hallan fuera de la regla.

172. Imposibilidad física ó moral. Depósito necesario.

173. Prueba que debe hacerse contra el posadero ó contra el traginero ó conductor.

174. Materias comerciales.

175. Casos en que se pierde el escrito.

176. Disposición estremada en caso de perderse un proceso criminal.

177. Consentimiento del adversario. ¿Es suficiente este consentimiento para autorizar la prueba por medio de testigos?

155. Las escepciones á la regla del art. 1341, se refieren, ó al poco valor del litigio (art. 1341 y sigs.), ó á la existencia de un principio de prueba por escrito que dá una base á las pretensiones de los demandantes (art. 1347); ó finalmente, á la imposibilidad física ó moral de procurarse un escrito (1). Además de estas escepciones, fundadas en la ley, tendremos que investigar si puede ó no dispensar al demandante el consentimiento del adversario, de observar esta regla.

#### PRIMERA CAUSA DE ESCEPCION.

##### *Modicidad del valor de la prueba.*

156. La primer limitacion puesta al principio que escluye la informacion de los testigos en materia convencional, es el temperamento que se contiene en la misma enunciacion del principio que admite á los testigos cuando el valor no llega á cierta suma. Este temperamento parece racional, bien sea que se atienda á los gastos del escrito, bien sea al peligro de soborno. La suma fijada en cien libras por las ordenanzas de 1556 y de 1667, es de ciento cincuenta francos segun el Código de Napoleon. Pero al suavizar este Código, al parecer, la prohibicion, la agrava singularmente en el fondo, si se la compara hoy á lo que era en el siglo XV, porque no es necesario tener nociones muy profundas en economía política para saber, que cien libras en 1556 corresponden á mas de ciento cincuenta francos en el dia. Esta agravacion se ha hecho á cien-

(1) En el proyecto del Código civil de 1851, se establecen tambien estas escepciones en los artículos 1221, 1222 y 1223, y 1224 (N. del T.)

cia cierta por el legislador, como lo consigna el informe del Tribunalado. ¿Debe decirse, para deshonra de nuestro siglo, que este envilecimiento del valor del numerario está compensado por el acrecimiento de la corrupcion de las personas? ¿O debe únicamente observarse con el tribunal de casacion (Observaciones sobre el proyecto de Código, lib. III, tít. II, art. 292), que en el dia se halla mucho mas difundido el uso de la escritura?

157. Como quiera que sea, no hay que apreciar el valor ó importe del litigio solamente en el caso de la prueba testimonial. Sucede lo mismo cuando se trata de saber si se pronunció en primera ó última instancia la sentencia de un tribunal de distrito (*arrondissement*). En esta hipótesis, ó bien no ha valuado su pretension el demandante, y entonces el juez debe valuarla segun los elementos determinados por la ley, tales como una escritura de arriendo no sospechosa (ley de 11 de abril de 1838, art. 1.º), y faltando estos elementos, se sostiene generalmente que no debe verificarse un juicio pericial, porque seria demasiado costoso, sino que se debe admitir la apelacion en caso de duda; ó bien ha determinado el mismo demandante la cuota ó suma total de sus pretensiones, y entonces, como no puede escenderse de esta cuota (Cód. de proc., artículo 480, 4.º), fija irrevocablemente el montante de la demanda. Pues bien; ni una ni otra de estas soluciones es admisible respecto de la prueba por medio de testigos.

158. Y desde luego, en caso de guardar silencio el demandante, no ha determinado la ley ningun elemento al que sea preciso atenderse para averiguar si el valor del pleito escede ó no de ciento cincuenta francos. El juez tiene, pues, un poder discrecional para hacer esta valuacion; pero hay aquí una diferencia fundamental, cual es que esta valuacion es forzosa. A diferencia de la apelacion, la informacion no es de derecho comun, porque el demandado á favor del cual se ha introducido la restriccion, tiene siempre derecho de rechazar á los testigos, probando que ha habido exceso de la tasa legal; y de aquí la necesidad de una apreciacion, para la cual debe consultarse cuidadosamente todos los documentos de la causa ó negocio (Boiceau, lib. 1, cap. 48, n. 3). Convendrá no recurrir á un juicio pericial sino en el último extremo, puesto que será sensible, en negocios tan poco importantes, tener que sopor- tar á un tiempo mismo los gastos de un juicio pericial y los de una informacion.

159. Supongamos ahora que existe la valuacion por parte del demandante; en tal caso, no es posible aceptarla de un modo absoluto. En efecto: el único motivo que para ello tiene el legislador no es el temor de que sean sobornados los testigos; de otra suerte, procedería como respecto de las competencias; no atendería nunca más que al interés del demandante, interés cuyo máximo se fija en la súplica ó conclusiones. Al contrario, los arts. 1543 y 1544, reproduciendo la doctrina de una sentencia del Parlamento de París del 17 de diciembre de 1658, prohíbe la admision de la prueba testimonial cuando el demandante restringe su demanda primitiva (1), ó cuando declara que su crédito es el resto de un crédito mayor que excedía de la tasa legal (2). Estos artículos están en perfecta armonía con la disposicion del art. 1541, el cual, al ordenar que se estienda acta ó escrito, se refiere al momento de la convencion de las partes y no á la época del litigio. Así, pues, no puede admitirse la valuacion del demandante, sino en cuanto se reconoce que es sincera. Si pues los testigos á quienes se oye ó examina declaran que su valor es superior al que reclamaba el demandante, su pretension, suponiendo que se apoya solo en la informacion testifical, deberá ser desechada segun los términos mismos del art. 1544, puesto que se verá que la suma reclamada forma parte de un crédito mayor, y que no se ha probado por escrito.

Seria igualmente necesario atenerse á la deposicion de los testigos si de ella resultase que la suma demandada es el resto de un crédito superior á la tasa legal. Si el artículo 1544 habla de una *declaracion* del demandante, solo es en sentido puramente enunciativo.

Puede tambien suceder, que el demandante no haya sido jamás acreedor de una suma superior á ciento cincuenta francos, y que no se le admita á probar su crédito por medio de testigos. Por ejemplo, ha prestado una persona cien francos sin exigir recibo, y deja dos herederos: cada uno de estos herederos, aunque no tenga personalmente mas que un crédito de cien francos, no será admitido á probarlo con testigos; la culpa es de su autor por no haberse

(1) A menos que no haya error de hecho en la valuacion contenida en esta demanda, pues este error permite revocar una confesion, aunque sea judicial (Cód. Nap., art. 1356.)

(2) En cuanto á este último punto, ha prevalecido la opinion de Danty sobre la de Boiceau (Ad. sobre el cap. 18. n.º 5.)

colocado en posicion legal ó por no haber exigido el recibo que requiere la ley. Para comprender esta hipótesis, prevista por Pothier (Oblig., núm. 790), se añadió, á peticion del Tribunado, despues de las palabras *ser el remanente ó residuo*, que contenia el proyecto del Código, las palabras *hacer ó formar parte*, que se hallan en la redaccion definitiva del art. 1544.

Mas para que haya falta imputable al demandante, es preciso que haya existido un crédito de una suma superior á la de ciento cincuenta francos. Pues si desde un principio se hallaba reducido el crédito á una suma inferior al límite legal, á consecuencia de un pago parcial hecho al contado, no ha habido nunca obligacion de estender una acta ó escrito, por ejemplo, si se ha vendido un objeto en doscientos francos, de los cuales, se han pagado ciento cincuenta inmediatamente, pues no siendo el vendedor entonces acreedor mas que de cincuenta francos, no se podría exigir que soportara los gastos de un escrito, y es admisible en tal caso la prueba testimonial. Asimismo, Pothier (*ibid.*, núm. 791), despues de haber decidido que no puedo probar por testigos un crédito de cincuenta libras de mi haber hereditario en un préstamo de doscientas libras que contrajo mi padre á quien sucedí en una cuarta parte, añade, que debe admitirseme á ofrecer la prueba testimonial, no del préstamo de doscientas libras, sino de una promesa que me hiciera el deudor de pagarme cincuenta libras por la cuarta parte que se me debia; pues entonces se trata efectivamente de probar, no el crédito primitivo, sino un nuevo crédito que no cae bajo la prohibicion del legislador.

160. Es igualmente aplicable en lo relativo á la competencia y en lo concerniente á la prueba testimonial, la decision que prescribe acumular al principal los intereses vencidos hasta el dia de la demanda (Cód. Napol., art. 1542). Podría objetarse que el demandante no faltaba en el momento en que se constituyó el crédito, si independientemente de los intereses que han de vencer, no ascendía aquel á ciento cincuenta francos. Pero se supone que debió hacerse pagar los intereses, ó entregar un recibo, desde que excedieron de la tasa legal. Mas no debe confundirse con los intereses, cuya tasa pudo preverse anticipadamente, los *daños y perjuicios* que puede ocasionar la falta de cumplimiento de una obligacion. El perjuicio eventual que resulta de esta falta de cumplimiento es un hecho posterior que se aproxima mucho á un delito (Cód. penal, artículo

408; Cód. Nap., art. 1348, §. 1.º), y que no se podía racionalmente hacer entrar en cuenta, cuando se trata de saber si se debía ó no estender una acta de la convencion. Tal parece haber sido la idea de la seccion de legislacion del Consejo de Estado, visto el cambio de redaccion que hizo efectuar en el art. 1342, el cual, en el proyecto de Código se hallaba concebida en estos términos: «La regla arriba espuesta se aplica al caso en que contiene la accion, además de la demanda del capital, una demanda de indemnizacion de daños y perjuicios que esceda de la suma de ciento cincuenta francos.»

De otra suerte seria si hubiesen fijado las partes por una cláusula, anticipadamente, la suma de los daños y perjuicios (*ibid.*, artículo 1155). Esta cláusula, que equivale á una estipulacion de intereses, debe, como cualquier otra convencion, probarse por escrito dentro de los limites fijados por la ley.

En lo relativo á la competencia en última instancia de los tribunales civiles, como se trata de saber, no lo que ha debido redactarse por escrito, sino sobre qué es llamado actualmente á sentenciar el tribunal, las demandas sobre indemnizacion de daños y perjuicios, deben en general tomarse en consideracion para la evaluacion de la importancia del litigio (ley de 10 de abril de 1858, art. 2.º).

161. Boiceau (lib. I, cap. 48, núms. 11 y 12) se proponia la cuestion, de si habia lugar á admitir la prueba de testigos cuando se reunian en una misma reclamacion ó libelo muchas demandas, cuyo total importe escedia de la tasa legal: *Si plures videlicet petitiones uno libello concipiantur, quæ coacervatæ centesimam libram excedant, discretæ vero centesimam summam non egrediuntur.* Y respondia distinguiendo si estas demandas procedian ó no de diferentes causas. Esta decision era exacta en lo que no preveia el legislador: no se contravenia á la ordenanza de Moulins tratando verbalmente dos asuntos distintos, por ejemplo, un préstamo y una venta, cuando el importe de estos asuntos, considerados aisladamente, no escedia de la tasa legal. Pero la ordenanza de 1667 (título XX, art. 5), cuya disposicion reprodujo el art. 1345 del Código, estendió la prohibicion á esta hipótesis: «Habiendo sido el espíritu de la ordenanza, dice Pothier (*ibid.*, núm. 792), defendiendo esta prueba, que los particulares no se espusieran al riesgo de que se sobornaran los testigos con sumas considerables que escedieran

»de cien libras y que les pidieran testigos inmorales, debe denegarse aquella prueba, bien sea que se pretenda dicha suma por una ó por muchas causas, pues de esta suerte seria tan facil sobornar á testigos que testifican sobre muchos créditos falsos, como sobornar á los que testifican sobre uno solo. Cuando á los créditos que no esceden de esta suma, agrega el acreedor otro nuevo crédito que hace ascender el total de todos ellos á mas de cien libras, debe estender acta ó documento escrito.»

Este último motivo deja de ser aplicable cuando provienen los créditos de diferentes personas, por sucesion, donacion ó de otra suerte; en tal caso, no se contraviene al espíritu de la ley, ni por parte del acreedor actual, ni por parte de sus autores, desde que la acumulacion no es ya la consecuencia de un contrato que interviniera con el deudor, sino que resulta de la fuerza de las cosas. Entonces, tanto el Código (art. 1345) como la ordenanza, admiten la prueba de testigos.

162. Hubiérase podido eludir esta última prohibicion, intentando sucesivamente acciones inferiores á la tasa legal. Tal es el principal motivo de la regla (art. 1346) que prescribe acumular en un solo y mismo juicio todas las demandas por cualquier título que sea, que no están justificadas enteramente por escrito, añadiendo, que las demás demandas, de que no haya prueba por escrito, no serán admitidas. ¿Debe aplicarse esta prescripcion aun á las deudas que provienen de personas diferentes, y que son desde entonces susceptibles de probarse por testigos? Podria creerse que no, si solo se atendiera á la idea de que la ley ha querido evitar que se defraude la prohibicion del art. 1341, fraude que aquí no tiene objeto, puesto que se admite la informacion á causa del diverso origen de las deudas. Pero el art. 1346 no hace mas que reproducir una disposicion de la ordenanza de 1667 (tít. XX, art. 6) que, independientemente de las reglas de la prueba, tiene por objeto evitar la multiplicacion de procesos de poca importancia (1) (V. el acta

(1) No existe, no obstante, prescripcion de esta clase bajo el punto de vista de la competencia. Nada impide á un litigante dividir sus acciones para evitar los gastos de una jurisdiccion superior. No tenemos institucion alguna que se parezca á la escepcion *rei residua* (Gayo, com. IV, §. 122) de los romanos. Pero aunque nuestras leyes guarden igualmente silencio en el caso de que se dividiera un crédito único, lo cual daba lugar á la escepcion *litis dividua* (Gayo, *ibid.*), los autores mas exactos

verbal de las conferencias sobre la ordenanza 1667, discusion sobre el título XVII del proyecto, art. 4.). (1)

No obstante, no se podrá exigir del acreedor la acumulacion cuando fuese moralmente imposible, lo que sucederia, si hubiese ignorado que se habia abierto la sucesion de que provenia el nuevo crédito.

Dado este primer paso, ¿deberá avanzarse mas y exigir la acumulacion de las demandas tambien en el caso de que se apoyaran en un principio de prueba por escrito? Los términos de la ordenanza y del Código, que no se justifiquen enteramente por escrito, conducen forzosamente á esta solucion. Es verdad que el art. 1347 parece contradecirla, declarando que *las reglas arriba espuestas*, y por consiguiente, se dice, el art. 1346, se hallan esceptuadas cuando exista un principio de prueba por escrito; pero esta redaccion se explica perfectamente, si se refiere al proyecto del Código, en el cual no figuraba el art. 1346. A la ventaja que acabamos de notar de simplificarse el proceso, se puede añadir tambien la utilidad que resulta para la buena espedicion de los asuntos, de reunirse en una sola informacion, hechos que serán muchas veces conexos. No nos parece, pues, que esta parte del Código Napoleon merezca las críticas de que ha sido frecuentemente objeto.

No llegaremos sin embargo hasta estender, como han hecho ciertos autores, la prescripcion de la ley á los créditos que no son aun exigibles. No hay duda que el legislador hubiera podido llevar el rigor de la lógica hasta aquí. Pero no lo ha hecho, y se ha detenido en los términos del buen sentido práctico, hablando de las *demandas entabladas*; no se entabla demanda por créditos no vencidos, y no podria haber lugar, á falta de texto, á declarar la caducidad respecto del demandante por haber omitido en el libelo la mencion insólita de créditos estraños á la instancia actual.

163. Hablamos de caducidad. Tal es, en efecto, la sancion que formula el art. 1364, declarando, que las demandas sobre que no

---

sostienen, que el demandado podria obligar á su adversario á no fraccionar su demanda. La conducta del litigante que quiere proceder por partes, es tan inconsecuente, como poco respetuosa al tribunal.

(1) El presidente de Novion, dijo, que los procesos que se formen por diferentes causas, pueden acumularse para la mayor facilidad de su conocimiento; que esta multiplicidad de acciones, era contraria á la presente reforma.

haya prueba por escrito, *no serán admitidas*. No debe, pues, decirse solamente, que estas demandas no podrán probarse por testigos, y dejar abierto el camino á los demás medios de prueba, tales como la confesion de la parte y el juramento. Aquí se trata, no nos cansaremos de repetirlo, de una medida que tiene por objeto simplificar los procesos, y por consiguiente, prescrita de un modo absoluto. Asimismo, la ley se dirige al juez, prohibiéndole *admitir la demanda*, y desde entonces, si llega á reconocer por declaracion de las partes ó de los testigos, que existen, además de los créditos mencionados en el libelo, otros créditos exigibles no justificados por escrito, debe declarar de oficio no admisible la demanda del demandante.

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

Con el auxilio de estas observaciones, que no son mas que el análisis de las disposiciones del Código, es posible resolver la cuestion tan controvertida que suscita el texto del art. 1834: «Toda clase de sociedad debe redactarse por escrito, cuando su *objeto* es de un valor de mas de ciento cincuenta francos (1).» Pregúntase ¿qué debe entenderse por el *objeto* de una sociedad? Existen sobre este artículo dos opiniones diametralmente opuestas. Penetrados unos de la idea de que lo que el legislador ha querido es que se redacte una acta ó escrito cuando se forme la sociedad, se atienen, no al interés ulterior de los asociados sino al valor en un principio de la sociedad, cualquiera que sea el aumento que haya recibido despues.

---

(1) Véase el párrafo final de la nota inserta en el número 152, sobre lo que prescribe el Código de Comercio español acerca de este punto.— (N. del T.)

Otros, por el contrario, teniendo sobre todo presente, el peligro de que se soborne á los testigos, no se hacen cargo de la importancia que puede tener la sociedad considerada colectivamente, sino que atienden tan solo al interés del asociado demandante á quien autorizan para obtener la información, si su reclamación no escede de ciento cincuenta francos. Cada una de estas opiniones se funda en un fondo de verdad; su sola falta es ser exclusivas. Si, como hemos reconocido, en las relaciones de un solo acreedor y de un solo deudor, prueba el análisis de los textos que se ha pensado igualmente en la virtud *antilitigiosa* (1) de un escrito, y en el temor del soborno, ¿qué motivo habría, pues, para decidir de otra suerte con respecto á los asociados? Así, parece que no pueden admitirse testigos ni en el caso de que el objeto total de la sociedad esciediera primitivamente de ciento cincuenta francos, ni en el caso de que el interés colectivo hubiera llegado á esceder á la sazón de esta suma. Decimos, el interés colectivo y no el individual; porque hablando del *objeto* de la sociedad y no del fondo de cada asociado, el Código mira en globo el activo social. Si se alega, en el primer caso, que ha disminuido el valor de la sociedad, es fácil contestar, que no se admite la prueba testimonial respecto de una suma que sería el remanente de un crédito mayor, no probado por escrito. (art. 1544.) Y si se pretende en el segundo caso, que ha bastado á las partes no contravenir á la ley cuando se celebró el contrato, ¿no se puede oponer el art. 1342 que obliga á acumular los intereses al capital? ¿No hay identidad de razón respecto de los beneficios capitalizados? Esta última idea debe, no obstante, aplicarse con prudencia. No estando anticipadamente previstos los beneficios como los intereses, el mero hecho de su vencimiento no bastará para que deba estenderse una acta, sobre todo si no se han acumulado á la masa social. Si, por consiguiente, el vencimiento mismo de estos beneficios fuera la señal para disolverse la sociedad, sería fuera de razón exigir un escrito de parte de los asociados, suponiendo que no tuvieran esta misma obligación cuando se hallaban reunidos. En este sentido es como debe aprobarse una sentencia del tribunal de Turín, del 24 de marzo de 1807, que admite la prueba testimonial de una sociedad para jugar á la lotería, aun cuando el lote ganado esciediera de ciento cincuenta francos, si lo puesto no escedia de este valor. Aun

(1) Expresiones de Bentham.

cuando debiera subsistir la sociedad, debe reconocerse con el tribunal de Turín, que el beneficio *incierto, futuro, accesorio* por su naturaleza, no debe confundirse con el objeto de la sociedad. Pero si se capitalizaran los beneficios, de modo que aumentarían notablemente la importancia de la sociedad, creemos que convendría entender por escrito el acta social.

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

## SEGUNDA CAUSA DE ESCEPCION.

### *Principio de prueba por escrito.*

163. La esclusión de la prueba testimonial en materia convencional al menos, no tiene por objeto, segun ya hemos dicho, exigir imperiosamente un escrito. Las demás pruebas orales menos sospechosas, la confesión, el juramento son admisibles cuando no se requiere la escritura para la sustancia ó esencia del acto, como en el contrato de matrimonio. Pero si una confesión completa prueba la convención, se concibe que pueda haber una confesión incompleta que haga inverosímil el hecho alegado, sin que no obstante lo demuestre plenamente. Si esta confesión imperfecta se halla consignada por escrito, porque de otra suerte se caería en un círculo vicioso, dá á la pretensión una base bastante sólida, para que se

pueda sin peligro admitir los testigos; tal es la teoría que resulta de la definición que dá el art. 1347 del principio de prueba por escrito: «Se llama así toda acta ó escrito que emana de aquel contra quien se entabló la demanda, ó de aquel á quien representa y que hace verosímil el hecho alegado.»

En la antigua jurisprudencia, y sobre todo, en una época muy próxima á la ordenanza de Moulins, no se exigía como hoy, que el principio de prueba tuviera el carácter de una confesion, es decir, que emanase del demandado. Considerándose la ordenanza como exagerada, se miraba favorablemente todo medio de eludir su aplicación. Mornac (*ad leg. certi §. quoniam, D. de reb. cred.*) se expresa en estos términos: «Prohibita non est edicto regio probatio per testes in summa quæ centum libras superat, si vel tantillum scripto, cui fides adhibeatur, de re controversa constiterit, quum sunnum illud jus invecum sit in mores gallicos ob testium facilitatem.» Por esto se consideró por una sentencia citada por Vrevin (sobre el art. 54 de la ordenanza de Moulins) un recibo emanado de una viuda como un principio de prueba contra los herederos de su marido. La ordenanza de 1667, si no confirmó esta jurisprudencia, no la condenó tampoco, puesto que no hizo mas que mencionar (título XX, art. 5) el principio de prueba por escrito, sin definirlo. Los autores mas exactos, especialmente Danty (*ad. sobre Boiceau, partida II, cap. 1.º*) y Pothier (*oblig. núm. 808*) enseñaron perfectamente, que el escrito debía emanar de una parte interesada en la controversia; pero nada obligaba á los tribunales á conformarse con esta opinion, y el tribunal de casacion juzga constantemente, que se puede aun en el dia, en los casos ocurridos antes de la promulgacion del Código, considerar como principio de prueba una pieza que emane de un tercero extraño al litigio.

166. La doctrina de Danty y de Pothier, autorizada en el dia por la ley, recibe todavía notables escepciones (V. los arts. 1355 y 1356). Pero no es aun tiempo de examinar las cuestiones tan controvertidas que se suscitan sobre los actos que pueden servir de principio de prueba, cuando estos actos omanan de terceros, ó bien cuando presentan ciertos vicios de forma. La solucion de estas cuestiones supone necesariamente el conocimiento de las condiciones requeridas para que haga fé un acto. La remitimos, pues, á nuestros desarrollos ulteriores sobre las pruebas preconstituidas. Aquí supondremos que se ha presentado en juicio el escrito como

emanando de aquel contra quien se interpuso la demanda, y tenemos que preguntarnos con qué condiciones puede admitirse á título de principio de prueba.

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

168. En segundo lugar, el escrito debe *emanar del demandado*. Es un grave error calificar de principio de prueba por escrito, como hace Toullier (5.ª edicion, tomo IX, núm. 61) las escrituras privadas que no están comprobadas ni reconocidas. Estas escrituras no son absolutamente nada, mientras se ignora su origen, y seria incurrir en una verdadera peticion de principio, querer corroborar con la prueba testimonial una confesion cuya existencia no se ha demostrado. El ilustre profesor de Rennes parece haber confundido los testigos llamados algunas veces á comprobar una escritura con los que vienen á declarar sobre la existencia del contrato. En el primer caso, vienen á atestiguar los testigos, no lo que contiene el escrito, sino la confeccion misma del escrito, cuyo origen se niega. En el segundo caso, vienen á atestiguar el hecho que el escrito hace verosímil. Así, cuando se trata de principio de prueba por escrito, puede haber en él dos informaciones distintas; la una teniendo por objeto consignar que el escrito alegado es de puño y letra de aquel á quien se atribuye; la otra teniendo por objeto acreditar, por medio de otras declaraciones, el hecho mismo del contrato, que este escrito permite probar por medio de testigos. La primera de estas informaciones se admite solamente *de plano*, como refiriéndose á un simple hecho, la confeccion del escrito, al cual no se aplica la prohibicion del art. 1341 (V. el núm. 135.).

Pero, como no se trata aquí de un acto en forma, no es necesario que la nota producida esté escrita ó firmada por la parte, con tal que se pruebe ó consigne auténticamente su origen. Si el tribunal de casacion ha desechado con razon (Cas. 9 de noviembre de 1842) la autoridad de notas informes que se hallaron en los papeles del pretendido deudor, ha admitido á título de principio de prueba, las declaraciones hechas en un interrogatorio sobre hechos y artículos, bien que no firmadas por la parte (Sent. den. de 15 de marzo de 1843), y lo mismo seria respecto de un acta de un juicio de concilia-

cion (1). En cuanto á las respuestas dadas en una comparecencia de las partes en la audiencia y consignadas en los resultandos de la sentencia, se ha criticado la jurisprudencia (Sent. den. de 7 de julio de 1840 y de 27 de nov. de 1842), que las considera como emanadas de la parte á la que la atribuyen los resultandos. Mas, en derecho, los procuradores representan á sus clientes, y las decisiones del tribunal de casacion son inatacables bajo este punto de vista. Solamente en hecho, los tribunales deben acoger con precaucion lo que solo se ha consignado por los resultandos, cuya redaccion no ofrece todas las garantías necesarias.

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

(1) En el caso de no haber conciliacion, no deben mencionarse los dichos de los interesados. (Cód. de proc. art. 54.).

no ha visto ni firmado, y que es obra de un funcionario á quien no ha dado la ley mision especial para este efecto.» Creemos que debe aplicarse esta decision, aun á las notas de exámen redactadas por el escribano del tribunal correccional, y visadas por el presidente, segun los términos de la ley de junio de 1836 (Cód. de instr. nuev. artículo 200.). Si la nueva ley ha dado una mision especial al escribano, no es menos cierto que el acusado, tanto en el dia como antiguamente, no está llamado á comprobar el tenor de su redaccion.

169. Finalmente, el escrito debe hacer *verosímil* el hecho alegado. En su consecuencia hay abuso cuando el juez, á falta de todo escrito, comienza ordenando un interrogatorio sobre hechos y artículos, y despues se funda en algunas respuestas insignificantes, y aun á veces en la negativa de contestar, para mandar la informacion. Pero en derecho, es incontestable la facultad de adquirir un principio de prueba en el interrogatorio (Sent. den. de 14 de julio de 1836.). Además, si acontece que se haya admitido algunas veces con sobrada facilidad la prueba testimonial, debe reconocerse, que en muchas ocasiones, han experimentado los jueces la necesidad legítima en el fondo, de desembarazarse de las trabas de un sistema sobrado absoluto, y de aligerar su conciencia oyendo á los testigos. Nuestra legislacion civil es en el dia mas formalista que nuestras costumbres, y nuestros magistrados dirian con Mornac (núm. 165), que esto es *summum jus, invecum in mores gallicos propter testimonium facilitatem*.

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

El proyecto de Código civil español de 1851, enumera en su art. 1223 haber principio de prueba por escrito: 1.º Cuando concorra alguna de las circunstancias espresadas en los arts. 1207, 1208, 1213, 1216 y 1217. 2.º Cuando existe algun documento escrito por el demandado ó por quien le represente, aunque no esté firmado, con tal que haga verosímil el hecho litigioso. Creemos no deber esponer aquí las disposiciones contenidas en los artículos citados en la primera enunciacion del presente, por no dar demasiada estension á este apéndice, lo cual no juzgamos oportuno, y mas si se atiende á que las prescripciones enunciadas no forman derecho cons-

tituido. Baste, sin embargo, observar, que la regla general en esta materia es que el principio de prueba por escrito puede resultar, ó de un instrumento auténtico en que haya sido parte aquel contra quien se quiere probar, ó de un instrumento privado firmado por él, ó á lo menos escrito de su mano. Todos los artículos á que se refiere el 1223 son conformes á esta regla; los 1207 y 1208 se refieren á documentos privados, y los 1213, 1216 y 1217 recaen sobre instrumentos públicos.—(A. del T.)

### TERCERA CAUSA DE ESCEPCION.

#### *Imposibilidad de procurarse una prueba literal ó instrumental.*

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

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

172. Raras veces aparecerá la imposibilidad física en la práctica. El Código Napoleon señala los casos en que no se podrá adquirir actas por escrito (art. 1548, 3.º). No es necesario suponer una imposibilidad absoluta, como si se prestase dinero á alguno en un desierto, sin tener medio alguno de escribir y lejos de toda comunicacion; basta que exista imposibilidad local y momentánea. Si encuentro á una persona á quien han robada los ladrones, podré con toda seguridad prestarle ante testigos una suma de mas de ciento cincuenta francos para ayudarle á continuar su camino. No hay duda que en todo rigor hubiera sido posible redactar un escrito, haciendo venir un notario ó funcionario público; pero la ordenanza de Moulins no ha querido poner trabas á las relaciones de humanidad y de filantropía. Por eso el Código, reproduciendo (art. 1548, 2.º) la ordenanza de 1667, dispensó formalmente de recibo escrito en los depósitos necesarios que se hacen por causa de incendio, ruina, tumulto ó naufragio. No es posible hacer inventario de los efectos muebles que se han entregado á toda prisa á los vecinos en circunstancias en que por lo comun el interés mucho mas grave de salvar á las personas no permite ocuparse minuciosamente de los

bienes ó intereses. Aun rigiendo la ordenanza de Moulins, que nada decia sobre esta escepcion, el Parlamento de París habia admitido por sentencia del mes de agosto de 1573 á los herederos de un protestante á probar con testigos un depósito de esta naturaleza, hecho por su autor en el momento en que iba á ser degollado el dia de San Bartolomé. Algunos autores querian ir mas lejos y poner el depósito voluntario en la misma línea que el depósito necesario. «Velim excepi sacri arcanique depositi causam,» decia Cujacio (*Paratit.*, Cód. *ad tit. depositi*), espresando un deseo mas bien que una opinion.

Pero se ha reconocido que los motivos de delicadeza exagerada que podian impedir procurarse un recibo, no debian preferirse al peligro de abrir una puerta á los abusos que ha querido proscribir el legislador. Así, tanto la ordenanza de 1667, como el art. 1341 del Código civil, comprenden espresamente en la prohibicion el depósito voluntario. Además los casos de imposibilidad que menciona la ley no son mas que ejemplos, perteneciendo siempre á los jueces del hecho apreciar la imposibilidad (sent. den. de 18 de mayo de 1844). Por eso una jóven que abandonó la casa materna despues del segundo matrimonio de su madre, fué autorizada por la Audiencia de Bourges, el 19 de mayo de 1826, á probar por medio de testigos el importe de los bienes muebles que reclamaba; pues la habia sido moralmente imposible pedir á su madre y á su padrastro un recibo ó nota por escrito de los objetos que dejaba en su poder.

173. Hay casos en que hubiera podido hacerse, en rigor, un escrito, pero en que se considera la rapidez de las transacciones, como ocasionando una especie de imposibilidad moral. Por eso los depósitos hechos en una hostería se han asimilado á los depósitos necesarios, primeramente por la jurisprudencia, y despues por la ordenanza de 1667 y por el Código Napoleon. Como generalmente son tan numerosos los viajeros, y permanecen tan poco tiempo, seria sumamente incómodo para ellos y para el fondista obligarles á hacer inventario de sus efectos (1). Pero en este caso, como en el

(1) Debe asimilarse á las hosterías los *restaurant*, *cafés* y baños públicos. Pero Rodier consideraba indebidamente (en el tit. XX, art. 4 de la orden.) como un depósito necesario la entrega de objetos á un joyero ó á un sastre; y tambien se ha querido atribuir indebidamente este carácter á la entrega de títulos á un oficial ministerial (sent. den. de 6 de no-