

de depósito necesario propiamente dicho, la facilidad que concede el legislador podría dar lugar á grandes abusos; por lo tanto, ha tenido cuidado de añadir, para advertir al juez que sea circunspecto en admitir semejantes reclamaciones: «Todo esto, atendiendo á la cualidad de las personas y á las circunstancias del hecho» (artículo 1348, 2.º).

Preténdese á veces que es permitido probar por medio de testigos la entrega de objetos á un traginero, así como se admite respecto del fondista; pero esta asimilacion es abusiva. Es verdad que el art. 1782 dice, que los tragineros por tierra y por agua están sujetos en cuanto á la custodia y conservacion de las cosas que se les confiaron, á las mismas obligaciones que los hosteleros; pero una cosa es la estension de la obligacion que se supone probada, y otra la prueba misma de la obligacion. Era de interés público imponer á los tragineros la misma responsabilidad que á los hosteleros; mas para esto es necesario consignar previamente la entrega de los efectos ó ropas y maletas. Esta entrega no puede asimilarse á un depósito necesario. Lejos de dispensar el Código que se recurra á un escrito (art. 783), prescribe espresamente que se lleven registros en que se inscriba todo lo que se confie al empresario de carruajes públicos, al paso que no ha establecido respecto de los fondistas semejantes registros. En vano se dice que se trata de un acto de comercio (Cód. de Com., art. 632), y que además todos los comerciantes están obligados en general á llevar libros, lo cual no impide que se admita la prueba testimonial para probar las operaciones mercantiles. Porque esta admision no tiene lugar en ciertos contratos, y tal nos parece haber sido aquí la intencion del legislador, cuando comparamos los artículos 1950 y 1952 del Código Napoleon, que autorizan indefinidamente la prueba testimonial respecto del depósito necesario hecho á los hosteleros ó fondistas, con los artículos 1783 de este mismo Código y el 96 del Código de Comercio, que prescriben á los empresarios de transportes la inscripcion de la naturaleza y calidad de las mercancías. El art. 96 supone tambien que el empresario puede ser requerido por el espedicionario para que inscriba ciertas particularidades (el valor de las mercancías),

viembre de 1838). Tambien há lugar á criticar el uso de los agentes de cambio, que se niegan á dar recibo á sus clientes de los valores que les han confiado.

lo cual prueba que el registro no es solamente en este caso, como habitualmente, un medio de comprobar la regularidad de las operaciones de los comerciantes, sino un título que se destina á ser invocado por los que contratan con él. ¿No sabe el viajero que el uso destina cierto espacio de tiempo para inscribir las mercancías? ¿No incurre en culpa grave por su parte en no declarar sus ropas y efectos? No puede haber imposibilidad moral si no en el caso de no existir registros (arg. del art. 46 del Cód. Nap.), ó cuando se tratara de objetos de poca importancia que no fuese costumbre registrar ó inscribir, tales como un saco de noche; todo salvo el atender á las circunstancias (V. sent. den. de 19 frimario del año VII, y del 9 de noviembre de 1839).

La necesidad de declarar los efectos, no comprende la de declarar su valor, si este valor no escede de lo que se acostumbra llevar para un viaje, comprendiendo cierta suma de oro (sent. de la Audiencia de París de 24 de noviembre de 1837; y de Angers de 20 de enero de 1838). Pero si el espedicionario, para no pagar el precio fijado por la tarifa, se abstiene de declarar valores considerables, no hay accion alguna, si se perdieron, contra el traginero, segun ha decidido la Audiencia de París el 10 de abril de 1834, con respecto al envio hecho, sin indicacion de valores, por el camino de hierro de Orleans, de una caja que contenia títulos valuados en 96,000 francos. Asimismo, la Audiencia de Burdeos, el 24 de mayo de 1838, no abonó mas que 1,500 francos á un viajero que pretendia haber puesto 25,000 en un saco de noche, habiéndose denegado el 16 de mayo de 1839 la apelacion interpuesta contra esta sentencia.

174. Pero generalmente, hay imposibilidad moral, autorizada por el uso diario, en lo relativo á las operaciones mercantiles, cuya rapidez y economía se verian singularmente comprometidas si se requiriese que se consignaran por escrito. El Código Napoleon se contentó con hacer una remision respecto á esto. Ya hemos visto (núm. 143) que el proyecto del Código de Comercio quiso suprimir esta antigua prerogativa de las jurisdicciones consulares (1) que las ponía fuera de la ordenanza de Moulins; pero á cuya innovacion

(1) Esta práctica se habia ya atestiguado por los jueces consulares, cuando se redactó la ordenanza de 1667. (Danty, *Observaciones generales*, núm. 18.)



hicieron renunciar las reclamaciones unánimes de los interesados. Aunque el art. 109 del Código de Comercio parece no autorizar al tribunal á admitir la prueba testimonial sino respecto de las *compras y ventas*, se está hoy de acuerdo en generalizar la aplicacion de este texto, que no deja de regir sino donde el mismo derecho mercantil establece reglas particulares sobre la prueba.

Además, segun la antigua práctica de los jueces consulares que no autorizaban la prueba testimonial, sino atendiendo á la cualidad de las personas y á las circunstancias del hecho (Danty, *Observaciones generales*, núm. 18), nuestros tribunales se reservan decidir *si creen deber admitir* esta prueba, como lo indica el art. 109; lo cual no es mas que la aplicacion del principio general, segun el que, no debe nunca versar la informacion sino sobre hechos reconocidos concluyentes. (Cód. de proc., art. 234.)

175. Si la imposibilidad, aun simplemente moral, de procurarse un escrito, cuando se verifica el contrato, basta para que se admita la informacion, debe ser lo mismo, con mucha mas razon, cuando despues de haberse redactado el escrito segun quiere la ley, se pierde, á consecuencia de algun accidente (art. 1548, 4.º); aquí hay una imposibilidad absoluta *ex post facto* de producir una prueba literal. Justiniano, en la ley 18, Cód., *de testibus*, tuvo cuidado de exceptuar en este caso las reglas que habia establecido para la prueba del pago. «*Sin vero facta quidem per scripturam securitas est, fortuito autem casu vel incendii, vel naufragii, vel alterius infortuni perempta, tunc liceat his qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testem probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere.*» El emperador tiene cuidado de hacer observar, que ante todo, es preciso probar el accidente que fué causa de la pérdida, «*causam peremptionis probantibus;*» accidente que deja ordinariamente rastros esteriores y que, por derecho comun, es susceptible de la prueba testimonial. De otra suerte, si bastara hacer venir á testigos que declarasen haber visto tal escrito, alegando que este escrito desapareció ulteriormente, llegarían á ser ilusorias todas las restricciones relativas á la prueba testimonial. El punto fundamental de la informacion es la pérdida del titulo, y solamente en cuanto quede bien consignado este acontecimiento, se llegará necesariamente á oír testigos sobre el tenor del acta ó escrito que se ha perdido. El sistema contrario, no solamente no seria equitativo, sino que violaría

la ley, segun los términos de la sentencia de casacion de 7 de ventoso del año XI.

Por lo demás, admítase á probar la pérdida, aun cuando se requiriera escritura para la validez del acto. Un caso fortuito no puede destruir los derechos de quien hizo todo cuanto era humanamente posible para obedecer á la ley. Pero entonces se decide con razon, que las declaraciones de los testigos no pueden suplir al escrito sino en cuanto atestiguan el cumplimiento aparente de las solemnidades requeridas; por eso se ha juzgado por sentencia de casacion de 17 de febrero de 1806, que los testimonios que reprodujeran las disposiciones de un testamento, sin probar que reuniese las condiciones requeridas por la ley, no podían autorizar á los tribunales á ejecutar este testamento, cuya pérdida se alegaba. Compréndese la circunspeccion con que deberán proceder los jueces en semejantes negocios, en que verdaderamente caminan sobre ascuas. ¡Cuán seguros no deberán estar de la delicadeza y formalidad de los testigos para reconstruir así, bajo la fé de recuerdos fugitivos, actas que la solicitud del legislador creyó deber revestir con tantas formas! No sucede lo mismo, cuando solo se exige el escrito por vía de prueba. Entonces no es necesario que hayan visto los testigos, el vale ó pagaré, con tal que justifiquen la existencia del crédito consignado en este vale. (Pothier, *Oblig.*, número 816.)

176. Ateniéndose á la idea de que es permitido consignar ó probar por medio de testigos, vista la necesidad que hay de ello, el contenido de una escritura ó documento que se perdió ó destruyó, aunque fuese auténtica, se llegaría á reconocer que se puede probar de esta suerte la existencia misma de un proceso ó sentencia criminal. Pero el legislador ha retrocedido ante la admision de la prueba testimonial para probar tan importantes documentos. Reproduciendo en parte las disposiciones del Código de 3 frimario año IV (V. Cod. art. 548 y sigs.), el Código de procedimiento criminal (lib. II, tít. IV, cap. VII) traza reglas especiales para los casos de que se perdieran las piezas de un proceso criminal ó correccional (1). Segun la letra del artículo 525 de este Código, si no exis-

(1) En materia de simple policía, son tan poco importantes las pruebas, que es muy difícil suponer que se ha perdido la sentencia antes de ejecutarse. En todo caso, no deberian volver á comenzarse los procedimientos de esta clase, y su pérdida deberia ser en beneficio del condenado.



te despacho ni copia auténtica de la sentencia del tribunal criminal, pero existe aun la declaracion del jurado, se procede conforme á esta declaracion, á un nuevo juicio. Mas aun, (art. 524 *ibid.*) si no se puede volver á encontrar, bien sea la declaracion del jurado, bien la sentencia, en los negocios que no se someten al jurado, vuelve á comenzarse la instruccion ó procedimiento desde el punto en que faltan las piezas. Estas disposiciones constituyen una grave derogacion de la máxima, *Non bis in idem*, puesto que autorizan á volver á juzgar, tal vez *in pejus* un asunto definitivamente terminado. Este es el único caso, á nuestro juicio, en que el mismo legislador confunde espresa y voluntariamente la prueba con el fondo del derecho. Jamás hubieran admitido los jurisconsultos romanos que fuera la falta de prueba de una condena, un motivo para volver á comenzar la instancia. Menos escrupulosos sobre la admisibilidad de la prueba testimonial, habrian autorizado la prueba por medio de testigos de la existencia de la sentencia, y tal es aun en el dia, el curso que se sigue en la práctica inglesa y americana. (M. Greenleaf, tomo I, pág. 643). Entre nosotros, de atenderse á las reglas ordinarias, el ministerio público que quiere hacer ejecutar la condena, seria quien deberia probar su existencia y su naturaleza, debiendo presumirse hasta tanto la absolucion ó liberacion. Sin embargo, el Código de delitos y penas (artículo 535), agregaba al sistema que habia introducido, un temperamento que entrañaba algun tanto en el derecho comun. «En el nuevo debate puede producirse testigos, tanto por el acusador público como por el acusado, para dar cuenta de las circunstancias y del resultado de la declaracion del jurado y de la sentencia que se estraviara, salvo tener los jurados las consideraciones que creyeran en razon.» Pero por razonable que pueda ser en sí tratar de restablecer el proceso ó la sentencia antes de pensar en rehacerla, no habiendo pasado esta disposicion al Código de instruccion criminal, que nada dice semejante á esto será preciso para conformarse á la ley, volver á comenzar el procedimiento, como nuevo, sin atenderse á lo pasado.

Este sistema estremado ó violento, se aplica (Cod. de instr. artículo 521) al caso en que no existe minuta ni despacho ó copia de una sentencia *todavía no ejecutada*; lo cual debe entenderse de una ejecucion ya consumada, que siempre debe presumirse en regla. Pues si solamente se hubiera comenzado á ejecutar (lo cual

puede verificarse respecto de toda pena que no sea la de muerte, (las cuales se componen de hechos sucesivos), no podria continuarse, á falta de documentos auténticos propios para justificar la naturaleza y duracion de la pena. Entonces seria necesario rehacer una nueva instruccion ó procedimiento, como si la sentencia no se hubiera empezado á ejecutar. Por lo demás, estas palabras *no ejecutadas*, prueban que segun la mente de la ley, se trata de una condena, puesto que las sentencias absolutorias y liberatorias se ejecutan desde luego (*ibid.*, art. 538). No puede, pues, tratarse de renovar el proceso, sino respecto de los acusados que estuvieran en poder de la justicia, en virtud de una condena cuya prueba llegara á faltar. En cuanto á los que se vieran retenidos por otra causa ó que hubieran sido puestos en libertad, es evidente que no se deberia ponerles en la alternativa de probar una absolucion ó liberacion, ó de sufrir nuevas persecuciones ó procedimientos. Véase, pues, que si el sistema adoptado puede llevar consigo algunas veces la agravacion posterior de una condena definitiva, jamás al menos volverá á poner bajo el peso de una acusacion á quien hubiera sido declarado libre de toda persecucion. Finalmente, la regularidad de nuestra administracion de justicia hará por fortuna que sea muy rara la aplicacion de este capítulo del Código de instruccion criminal (V., no obstante, el caso citado por Legraverend, *Tratado de la legislacion criminal en Francia*, cap. XIV).

No habiéndose prescrito por los antiguos Códigos de España, ni por las leyes, reales decretos ni órdenes posteriores vigentes á la sazón, disposicion alguna semejante al art. 1341 del Código Napoleon, sobre que sea necesario consignarse en instrumento público ó privado las obligaciones cuyo objeto esceda de cierta suma, sin que se puedan probar dichas obligaciones por medio de testigos, no se ha prescrito tampoco disposicion que establezca escepciones á esta regla. En su consecuencia, no podemos atender en esta adición sobre dicha materia, al derecho constituido, teniendo que atenernos únicamente, segun hemos hecho en las adiciones anteriores referentes á este punto, al derecho constituyente, esto es, al último proyecto de Código civil que se publicó en 1851, y que conteniendo prescripciones análogas á las del art. 1341, las modifica tambien con escepciones semejantes. Sin embargo, como los casos exceptuados en dicho proyecto de la regla enunciada, quedan, en su consecuencia, colocados en el derecho comun y regidos por sus principios y disposiciones generales, y éstas se hallan consignadas en nuestra antigua legislacion, indicaremos, al hacernos cargo de dichos casos, algunos de los fundamentos en que se apoya la admision, respecto de ellos, de la prueba de testigos, que es la disposicion que rige en el dia.



El proyecto de Código civil español de 1851 consigna, pues, la escepcion de la regla establecida en su art. 1220, sobre que no se admita prueba de testigos respecto de las obligaciones que, segun el mismo proyecto, hubieran debido consignarse en instrumento público ó privado, á saber: el caso en que no hubiera sido posible al acreedor obtener una prueba instrumental de la obligacion, pues entonces debe permitírsele probar por testigos el hecho que la ha producido, sea cualquiera la suma á que pueda ascender el objeto de esta obligacion.

Esta escepcion tiene lugar, segun espresa el citado art. 1224: 1.º En las obligaciones que se contraen, sin convencion señaladas en el tít. XXI, libro 3.º de dicho proyecto. Y en el citado tít. 21 se enumeran: 1.º las obligaciones constituidas por la ley, á saber: las de los tutores, servidumbres, medianerías y otros; y 2.º las que se forman por hecho proveniente de los cuasi contratos, á saber, la agencia oficiosa de los negocios agenos, y el pago de lo indebido, y de los delitos y cuasi delitos ó de culpa ó negligencia. Pueden verse los arts. 1890 al 1905. El fundamento de esta disposicion consiste en que no interviniendo en esta clase de obligaciones la parte á cuyo favor nacen por ministerio de la ley, no le es posible procurarse prueba escrita, de suerte que es necesario admitir la prueba testimonial. Si se niega, pues, la obligacion por aquel que la contrato, v. gr. por el gestor de negocios, puede aquel á cuyo favor resultó dicha obligacion probar el hecho de que emanó por medio de testigos. En los casos de delito y culpa ó negligencia (cuasi delitos), el que los comete emplea por lo comun toda clase de medios para ocultarlos, por lo que exige la moral que se apele á todos los medios legales para probarlos, aun á los testigos y presunciones.

El 2.º caso de escepcion que espresa el art. 1224 consiste en los depósitos necesarios, de que se trata en los arts. 1686 y 1689 del proyecto. El artículo 1686 declara ser depósito necesario el que se hace por ocasion de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio ú otros semejantes. Como en tales casos el que es victima de ellos, no tiene el tiempo ni los medios de tomar las precauciones necesarias para hacer constar su derecho, como en el depósito voluntario, si se le niega por ejemplo, el depósito que hizo por aquellas circunstancias, puede probarlo por testigos. El art. 1689 á que se refiere el 1224 en su segundo número, declara que se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas ó mesones, debiendo responder de ellos los fondistas ó mesoneros como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento á los mismos ó á sus dependientes de los efectos introducidos en su casa. La ley 26, tít. 8.º, Part. 5.º, espresaba la razon de esta responsabilidad diciendo: «Los que van de camino, han de dar sus cosas á guardar á aquellos que y fallaren, fiándose de ellos sin testigos, é sin otro recabdo: e guisada cosa es que pues que fian en ellos los cuerpos ellos haberes, que los guarden lealmente.» La ley presume, pues, que han consentido tácitamente los dueños de fondas, etc., en custodiar aquellos efectos, y en su consecuencia, deben indemnizar á los viajeros de cualquier robo ó daño que se ejecutare por los criados de la casa ó por los extraños que entran y salen. La ley 7.ª, tít. 3.º, Part. 5.ª y la ley 8.ª, les condenan á la restitution del duplo. Esto debe entenderse cuando no hubiere ocultacion de los efectos que faltaron por parte de los viajeros, pues en tal caso no incurren los fondistas en aquellas responsabilidades. Por eso dice el epígrafe de la ley 26 de la Partida citada. «De las cosas que fueron y metidas con sabiduría e de los dueños de los hostales.» En el dia las empresas de diligencias suelen

sentar en el billete que espiden, el número y clase de bultos que se han manifestado, y el importe ó suma que se obligan á satisfacer por ellos en caso de pérdida; lo cual puede servir de prueba para las reclamaciones que puedan originarse, no solo contra dichas empresas sino tambien contra los dueños de las fondas ó posadas en que se hospedasen los viajeros, para hacer constar el número de bultos que introdujeron en ellas, si se hicieron exhibir dichos billetes con tal objeto, cuyo hecho puede tambien probarse por medio de testigos.

El caso 3.º de escepcion que espresa el art. 1224 del proyecto del Código civil, consiste en las obligaciones contraidas en casos de accidentes imprevistos en que no se hubiera podido estender documento; lo cual se funda, en que siendo imposible en tales casos procurarse prueba escrita, es justo y aun necesario recurrir á las demás establecidas por derecho, y entre ellas á la de testigos.

El caso 4.º de escepcion del art. 1224 es el de haber perdido el acreedor el documento que le servia de título, á consecuencia de un caso fortuito ó que provenga de una fuerza mayor. El fundamento de esta escepcion es igual al de la anterior. Sin embargo, como en este caso existia ya un documento, y si éste era público, aunque se perdiera la copia que poseia el interesado, quedaba la matriz en el protocolo del escribano otorgante; la escepcion mencionada solo se refiere á los documentos privados y no á los públicos de que existe matriz. Para el caso de no existir ésta, se contienen prescripciones en los artículos 1216 y 1217, en que por vía de escepcion se espresan los casos en que puede admitirse la prueba de testigos. (A. del T.)

#### CUARTA CAUSA DE ESCEPCION.

##### *Consentimiento del adversario.*

177. Despues de haber espuesto los casos en que cesa la exclusion de la prueba testimonial con aplicacion á los contratos, vamos á darnos cuenta del carácter mismo de esta exclusion, ¿Es acaso una de esas reglas de orden público, que no puede derogarse por voluntad de las partes? (Cód. Nap., art. 6). Esta cuestion, agitada desde el siglo XVI, no se ha decidido por nuestros Códigos modernos. Así, deberia dirigirse aquí al legislador la acusacion de incurria que le dirige d' Argentré, en una circunstancia semejante: «Admirabilis principium socordia, qui de his tamdiu patiuntur dubitari, de quibus uno verbo constituere poterant.»

La opinion, adoptada antiguamente en la mayor parte de las sentencias, consistia en atenerse á las palabras de las ordenanzas, reproducidas por el art. 1341 del Código: *No se recibirá prueba alguna de testigos*, para sostener que la prohibicion se dirige directamente al juez. No hay duda, se dice, que el motivo de la corrupcion



ó soborno de los testigos, es inaplicable cuando la parte adversa consiente en tenerlos por buenos; pero subsistiendo en toda su fuerza el otro motivo, el peligro de multiplicar los procesos, la disposición del Código es, pues, de orden público.

Concíbese hasta cierto punto esta jurisprudencia rigurosa en una época en que era nueva todavía la doctrina de la ordenanza de Moulins, y no había aun pasado completamente á las costumbres judiciarias. Entonces podia considerarse el consentimiento para la informacion como un negocio rutinario, mas bien que como una concesion formal. Pero desde que las exigencias de la ley sobre la prueba escrita se han hecho familiares á los litigantes, es mas difícil no ver una especie de confesion por parte del que consiente en dejar que se oiga á los testigos. Pues bien, no debe perderse de vista, que las convenciones verbales son perfectamente válidas en el fondo, y que bastaria para autorizar la informacion un principio de prueba por escrito. Siendo esto así, el consentimiento dado en juicio no tiene tanta fuerza como el indicio, por lo comun tan ligero que se adquiere con un principio de prueba. El argumento que se saca de estas palabras: *No se recibirá*, etc., es muy débil, porque de que se dirija el texto en su redaccion á los jueces, no se sigue necesariamente que sea la orden absoluta, y que les esté prohibido recibir la prueba, aun en el caso en que la parte interesada en rechazarla declarase que la admitia. Es necesario siempre volver á la cuestion de fondo. ¿Se halla directamente interesado en esto el orden público? No hay duda que la disposicion de que se trata se refiere á consideraciones de orden público, pero ¿no sucede lo mismo con el principio de que nadie puede ser distraido de sus jueces naturales, principio al cual, es, no obstante, facultativo renunciar? (Cód. de proc., art. 169). Para que sea nula toda convenion contraria, es necesario que la ley sea tal, que no sea posible separarse de ella sin destruir el objeto que se ha propuesto, como cuando se trata de la obligacion de estender las capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio. Pero aquí no hay nada parecido á esto. Todo lo que exige el interés público, es que la facultad de oponerse á la informacion sea siempre un arma que se halle á discrecion de las partes, pero no que las partes tengan obligacion de servirse de ella. Y por el solo hecho de depender siempre la prueba de semejantes convenciones de la buena fé del adversario, es poco de temer que se fien de ella habitualmente y que sean muy

frecuentes tales procesos. Esta opinion, seguida ya por Jousse y por Duparc Poullain, autores tan juiciosos y de un entendimiento tan práctico, parece prevalecer en la jurisprudencia. Muchas sentencias del tribunal de apelacion (Bourges, 16 de diciembre de 1826; Rennes, 25 de febrero de 1841; Burdeos, 16 de enero de 1846) (1), han juzgado *in terminis* que el consentimiento del demandado autoriza la informacion, y el tribunal de casacion ha decidido, que la parte que ha dado su adquiriescencia á la sentencia interlocutoria que ordena la informacion, no puede atacarla despues de la sentencia definitiva (sent. den. de 31 de marzo de 1847 y de 11 de marzo de 1853). Una doctrina opuesta sobre este punto, doctrina que es difícil no admitir en el sistema de la exclusion absoluta, permitiria al demandado consentir, en apariencia, en una informacion inútil, reservándose la facultad de atacarla, si le era desfavorable, y de volver á ponerlo todo en cuestion. Así se recae precisamente en esa multiplicacion de procedimientos que se trataba sobre todo de evitar.

Aunque por el derecho español constituido hasta el dia y que rige en la actualidad, no se admiten las reglas del derecho francés que prescribe se estienda escritura de las obligaciones cuyo importe asciende á cierta suma, ni en su consecuencia tampoco se admiten las escepciones á dicha regla, y por lo tanto, podriamos omitir toda advertencia sobre el motivo de escepcion que consiste en el consentimiento del adversario á que se prescinda de la regla mencionada, sin embargo, como segun indicamos en la adiccion inserta á continuacion del número 152, se requiere por la ley 114, tít. 18, Part. 3.<sup>a</sup>, y por las 2 y 3, tít. 16, lib. 10 de la Nov. Recop., que se otorgue escritura pública de todos los contratos de enagenacion de bienes inmuebles, creemos deber advertir, que no podrá dejar de cumplirse esta disposicion, porque las partes se avengan á no otorgar escritura, por ser dicha prescripcion de orden público, puesto que, segun ya dijimos, se dirige á que se tome razon en la Contaduría ó registro de hipotecas en el término señalado por las leyes, con el objeto, no solo de evitar los fraudes de los que venden lo que no pueden, con perjuicio de tercero, sino tambien con el de asegurar el pago de los tributos. En las demás obligaciones sobre otra clase de bienes y con otros objetos que no afecten

(1) Otra sentencia del tribunal de Burdeos de 6 de marzo de 1849, ha tratado de eludir la dificultad, autorizando el exámen, sin sujetarse á la forma de las informaciones de los testigos aceptados por ambas partes, en virtud de una especie de compromiso. Pero creemos con M. Devilleneuve (1849, part. II, pág. 314), que este término medio, que admite el testimonio en el fondo, sin la garantia de las formas de la informacion, debe ser desechado como poco conforme al verdadero espíritu de la ley.



intereses de tercero ó del Estado ó no son de órden público, podrán introducir las partes las condiciones que tuvieren por convenientes en materia de contratos, puesto que la legislación española es acaso de las que mas atienden á la voluntad de los contratantes en esta materia, segun se deduce de la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 1.<sup>o</sup>, lib. 10 de la Nov. Recop., que establece, que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse, quede obligado. (V. la adición inscrita despues del número 132 y del 177. (A. del T.)

§. III. Casos en que se estiende mas la exclusion.

SUMARIO.

178. Preocupacion del legislador con el peligro de la multiplicacion de los procesos.  
 179. Restricciones especiales respecto de los arrendamientos.  
 180. En lo relativo á transacciones.  
 181. Respecto de particiones.  
 182. En cuanto á ciertos contratos mercantiles.  
 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 (*taisibles*).

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*, arts. 1756 y 1774), á falta de prueba en forma de la convencion ó contrato. No es, pues, necesario recurrir á la prueba testimonial.

¿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, capítulo 16, núm. 2), *contractum non respiciet, qui testium probationemmitteret, sed nudam tantum et injustam occupationem quæ occupantem ex quasi contractu, vel cuasi delicto, obligasse vide-*



tur.» Y esta decision judicial ha sido despues universalmente admitida (V. Jousse, sobre la Ord. de 1667, tít. XX, artículo 4). En el día, 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, siendó verdadero en materia mercantil, y siendo la transaccion un acto de comercio, la decision en nuestro juicio deberia ser la misma.

181. La ley no se explica 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 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

(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.)

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 creido la ley deber, no solamente suprimir la latitud ordinariamente concedida á la jurisdiccion consular, sino tambien escluir la prueba testimonial por la misma tasa por que se la admite por derecho comun. Por eso, ciertos contratos marítimos, especialmente el contrato de seguros (Cód. de Com., art. 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., tomo VI, núm. 205), 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 arts. 511 y 512 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).

(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.



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.*, art. 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 (1), se encuentra en la legislacion 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 prescripcion, dirigida sobre todo contra los italianos que hacian entonces casi todo el comercio del reino, se hallaba establecida tambien en las relaciones de los asociados entre sí; á falta de registro, no podian *tener accion 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*, art. 1 y 2). Este rigor extremo 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 ejecucion las sociedades no registradas. Por eso nos dice Pothier (*Sociedad* núm. 82), que habian caido en desuso las formalidades del registro. Finalmente, el Código de Comercio ha renovado con mas eficacia esta vez la prescripcion de que se redacten por escrito y se publiquen las sociedades mercantiles (art. 41 y 42.).

185. Pero ¿cuál debia 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

(1) 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.

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 tambien 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 conviccion. Con mucho mas motivo se debe admitir la facultad de invocar la nulidad respecto de los acreedores de los asociados, acreedores que no incurreren de modo alguno en falta (cas. 18 de marzo de 1851.).

Sin embargo, por un temperamento equitativo, no se decide aquí lo que se decidiria respecto de un acto verdaderamente solemne, de un contrato de matrimonio, por ejemplo, que no estuviera revestido de autenticidad; contrato que no produciria efecto alguno ni para lo pasado, ni para el porvenir. Reconócese que ha habido hasta el dia en que se ha pronunciado la nulidad, una comunidad de hecho, que se liquida segun las bases en que se habian convenido las partes. (V. sent. den. de 15 de junio de 1852 y de cas. de 29 de junio de 1841.). Pero no podrian 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