

CAPÍTULO IV.

LOS LIBROS DE LOS COMERCIANTES.

130. Con relación á los libros de comercio, el artículo 1328 dispone que no hacen fe de los datos que suministran, contra las personas no comerciantes, pero que pueden autorizar al juez á deferir de oficio el juramento á una de las partes. Tales libros, prosigue el artículo 1329, harán fe contra los comerciantes, pero si alguno quiere beneficiarse de este modo, no puede rechazar lo que en contra suya resulte del contenido de dichos libros. Para que no haya lugar á dudas respecto de lo que el legislador quiso decir en las disposiciones de estos artículos, nos apresuraremos á declarar que el legislador no ha querido en ellos regular la fe debida á los libros de comercio entre los comerciantes, pues materia es ésta de que trata especialmente el Código mercantil.

El principio, pues, sentado por este artículo es que los libros del comerciante no hacen fe en su favor respecto de los suministros hechos á los no comerciantes; principio este perfectamente racional, puesto que no es lícito á nadie crearse un título ó medio de pueba en provecho propio. Sin embargo, la ley,

siempre que los suministros se encuentren registrados en dichos libros, da facultad para poder deferir de oficio el juramento á una ú otra parte. Trátase de una disposición excepcionalísima, así como aquella que obliga á la otra parte á sufrir las consecuencias de la prueba que el comerciante crea por sí mismo; toda vez que si el juez defiriese el juramento de oficio al comerciante, y de su prestación hiciera depender la resolución del litigio, el no comerciante se encontrará expuesto á sufrir una condena, sólo porque su contrario ha afirmado en juicio su propia pretensión. Se entiende, por tanto, que se ha de limitar la disposición al caso taxativamente indicado por el legislador, que es aquel en que se trata de suministros hechos al no comerciante. de cosas relativas al comercio que se ejerce; de donde se infiere que si el comerciante hubiese, por ejemplo, registrado en sus libros haber prestado á Ticio mil liras, tal registro no autoriza al juez á deferir el juramento de oficio, sino que la pretensión del comerciante debe ser rechazada, si no demuestra el fundamento con algún medio legal de prueba. Consideramos, además, que los libros del comerciante deben ser llevados regularmente, para que, fundándose en el registro, pueda el juez deferir de oficio el juramento. Verdad es que el texto del artículo que examinamos, no dice esto expresamente, pero si se reflexiona que el legislador, hablando de libros de comercio, no podía referirse más que á aquellos libros que se llevan de conformidad á sus prescripciones, y que en tanto pueden tales libros representar una garantía de la verdad en punto á las anotaciones que en ellos se hacen, en cuanto son regularmente llevados, se comprende en seguida que

el legislador autoriza al juez á deferir de oficio el juramento, sólo en el caso en que los libros se llevan con la debida regularidad.

Deja la ley á la prudencia del juez el decidir en cada caso, si será más oportuno y conveniente deferir á una ó á otra de las partes contendientes el juramento de oficio. Tal libertad parécenos razonable, puesto que el legislador no podía decidir *à priori*, cuál de ellas deberá merecer mayor confianza. El juez, por tanto, tendrá en cuenta todas las probabilidades, y la honradez mayor ó menor de los litigantes, y deferirá el juramento á aquel que resulte más á propósito para atestiguar la verdad.

Si los libros de los comerciantes no hacen fe en favor suyo, la hacen, no obstante, en su perjuicio; toda vez que en este último supuesto se trata de una confesión en contra de sí propio, á la cual no puede menos de atribuírsele fe. Hacen fe los tales libros contra los comerciantes aun cuando las anotaciones y registros se refieran á cosas extrañas á su comercio, pues que el legislador no limita sólo á los *suministros* la disposición del artículo 1329, como hace en el 1328. Y hacen igualmente fe, aun cuando no sean regularmente llevados, porque si esto se exige como garantía de verdad, cuando lo que en ellos se dice favorece al comerciante, tal garantía no es preciso en el caso contrario.

Declarando la ley que los libros de los comerciantes hacen fe en contra suya, añada luego que aquel que de ellos quiere obtener algún favor no puede rechazar su contenido en lo que éste le perjudique. La anotación que hace el comerciante en sus libros de una obligación por él contraída, no es más que una confesión suya, que en buenos principios de

derecho no puede partirse en trozos en daño del que confiesa. (LXXV.)

131. Los libros de los comerciantes frente á los no comerciantes no constituyen, pues, una prueba, sino una semiprueba.

«Es sabido que entre las diferentes opiniones relativas á la importancia probatoria de los libros de comercio, con respecto de los no comerciantes, prevalecía en Francia antes del Código Napoleón lo de que no constituían *plenam probationem, nec omnino semiplenam*, sino *aliquam praesumptionem* que podía autorizar al juez á deferir el juramento á uno de los contendientes. Esta opinión fué adoptada por el legislador francés en el artículo 1329, cual puede verse además en la exposición de motivos y en diversos autores como Larombiere, Zachariae y Demolombe. Y tal es la opinión aceptada explícitamente por el legislador italiano, el cual sustituye la locución francesa con ésta: pero pueden autorizar al juez á deferir de oficio el juramento á una ó á otra parte.

»Así se ha dejado al aprecio judicial el deferir el juramento, según la confianza que en todo caso le ofrezca cada una de las partes. En el caso en cuestión, si lo que aparece registrado en los libros del Banco, tiene por una parte una confirmación en las declaraciones explícitas de los apelantes de querer pagar, lo que implica el reconocimiento de una deuda; y si por otra el acreedor es una persona moral menos accesible á la mentira que una persona física, resulta evidente que no cabe censurar la sentencia apelada que defería al Banco el juramento supletorio» (1).

Para que los libros de comercio puedan hacer la

(1) Tribunal de Apelación de Génova, 4 de Diciembre de 1885, xxxviii, 11, 95.

semiprueba á que alude el Código civil, respecto de los no comerciantes, ¿es preciso que sean llevados con regularidad?

En el artículo 48 del Código mercantil, cuando se habla de la prueba plena que pueden hacer los libros entre los comerciantes, se exige que sean regularmente llevados, mientras tal expresión no figura en el artículo 1328 del Código civil. Si el legislador, pues, no exige tal condición para que hagan semiprueba dichos libros entre los no comerciantes, no le es lícito al intérprete imponerla á su arbitrio. Por otro lado, si es lógico exigir la regularidad de los libros cuando son admitidos á hacer prueba plena, no lo es cuando sólo se infiere de ellos lo bastante para constituir una simple presunción.

«Considerando que aun cuando el vigente Código mercantil exige que los libros llevados por los comerciantes deban indistintamente conformarse á sus prescripciones, y que no puedan ser producidos ni admitidos en juicio para hacer fe en favor de quien los ha llevado, si no se observaran, respecto de los mismos, las formalidades establecidas, no siendo lícito distinguir entre un género y otro de comercio, ni pudiendo así darse el caso de que libros faltos de las formalidades exigidas por el Código mercantil puedan admitirse como prueba, esto, sin embargo, no impide que puedan tomarse en consideración en favor de quien los ha llevado las graves, precisas y concordantes presunciones suficientes, para que el juez sea así autorizado á irrogarse la facultad de suplir la mayor prueba, mediante la delación del juramento de oficio» (1). (LXXVI.)

(1) Tribunal de Apelación de Turín, 21 de Junio de 1852, IV, II, 541.

132. El legislador, después de haber dispuesto en el artículo 27 del Código mercantil, con respecto á las comunicaciones de los libros de los comerciantes en los casos por él prescritos, dispone en el 28, que en el curso de un litigio, aun cuando no se refiera á los objetos indicados en el artículo anterior, el juez puede ordenar de oficio, ó á instancia de parte, la exhibición de los libros, para ver sólo aquello que con el litigio se relacione. Esta disposición, ¿es aplicable también á los litigios civiles?

«No hay por qué afirmar que la exhibición de los libros de comercio sólo puede ser ordenada por el juez mercantil y no por los Tribunales civiles; pues de dichos libros no habla sólo el Código de Comercio, sino también el civil, por lo que constituyen un medio de prueba, cuya producción en juicio se puede ordenar» (1).

«Resultando que se debe notar, que al tenor del artículo 25 del Código de Comercio, los jueces pueden, en el curso de un juicio, ordenar, á instancia de parte ó de oficio, la exhibición de los libros de un comerciante, disposición ésta que es sin duda aplicable al caso presente, porque si bien no se trata de litigio mercantil, hay, sin embargo, contienda entre las partes sobre la exhibición de los libros de un comerciante, no siendo posible dudar de que siempre que la exhibición de tales libros sea útil para la solución del litigio pueden los jueces ordenarla.....» (2).

La ordenación de exhibir los libros es siempre una facultad del juez, no una obligación, por la forma

(1) Tribunal de Casación de Florencia, 6 de Junio de 1881, *XXXIII*, I, 1, 550,

(2) Tribunal de Apelación de Turín, 5 de Marzo de 1860, *XII*, II, 351.

facultativa en que la disposición legal está concebida (1).

Requerida y obtenida la exhibición de los libros de comercio, no se infiere ya que quien la ha pedido deba someterse á los resultados de dichos libros, sean cuales fuesen. «No hay ley que deduzca, como hace la sentencia, de la petición de presentación de un título el cuasi contrato judicial que supone. Las disposiciones del Código de Comercio á que se alude, refiérense sólo al caso en que el requirente hubiese manifestado que daba fe á los libros de comercio» (2). (LXXVII.)

133. Según el artículo 26 del Código de Comercio, los comerciantes deben conservar, durante diez años desde la última anotación, los libros que están obligados á llevar; pasado este término, ¿podrá ordenarse la exhibición?

No estando obligado el comerciante después de los diez años á conservar sus libros, puede hasta haberlos destruído; no cabe, pues, obligarle á exhibir lo que no exista. Pero si se demostrase que los libros existen todavía, nada hay que impida al juez ordenar su exhibición (3).

Los comerciantes, además de los libros por la ley prescritos, pueden llevar otros libros usuales en el comercio; ahora bien, la facultad dada al juez para ordenar la exhibición de los libros de comercio, ¿se extiende á esos otros?

(1) Tribunal de Casación de Milán, 8 de Mayo de 1869, XIII, 1, 507.

(2) Tribunal de Casación de Turín, 7 de Abril de 1858, X, 1, 288.

(3) Tribunal de Casación de Florencia, 8 de Marzo de 1861, XXIII, 1, 1, 258.

«Dado que el vigente Código de Comercio, siguiendo al de 1865, después de haber indicado en el artículo 27 los casos en los cuales el juez puede ordenar la comunicación de los libros obligatorios, en el siguiente faculta al juez para ordenar, en el curso del litigio, la exhibición de los libros de comercio para examinar sólo lo que con el litigio tenga relación.

»Que ante tal y tan amplia disposición legal, es evidente que no hay motivo para censurar la sentencia del Tribunal que no ha hecho sino uso de una facultad expresamente concedida por la ley.

»Que al autorizar el legislador al juez para ordenar la exhibición de los libros de comercio, sin limitación alguna, no ha querido restringir tal facultad á los solos libros obligatorios, sino que se extiende ésta á todos los libros y registros, que dado el género de comercio, el juez considera como usuales, salvo que el comerciante que no está en situación de exhibirlos, manifieste al juez las razones de ello, que el juez además apreciará» (1). (LXXVIII.)

134. Los libros de comercio (artículo 48 del Código) llevados regularmente, pueden hacer prueba en juicio entre comerciantes en materias mercantiles.

Es obvia la razón de tal regla, porque el comerciante puede desmentir los asientos de su contrario con la presentación de los suyos; cosa que no siendo posible con relación á los no comerciantes, impide que tal fe subsista, por ser injusto permitir al acreedor crearse el título contra el deudor, sin garantía alguna en favor de éste» (2).

(1) Tribunal de Casación de Turín, 30 de Agosto de 1887, *CLXXIX*, I, 1, 706.

(2) Tribunal de Apelación de Milán, 22 de Diciembre de 1889, *CLII*, II, 205.

El texto dice que los libros bien llevados *pueden* hacer prueba plena entre comerciantes sobre asuntos del comercio; por tanto, si *pueden* hacer prueba plena, es que hay casos en que *pueden* no hacer tal prueba, de donde resulta la consecuencia de que compete al juez apreciar los resultados de los libros, considerando, según sus convicciones, si hacen ó no tal prueba plena.

»De que los libros debidamente llevados puedan suministrar prueba en juicio, en el recurso se saca una consecuencia excesiva, según la cual los libros deben ser atendidos. El sentido legal es el de que los libros puedan ser usados como medio de prueba, pero no que sean por sí mismos irrecusables sin que el juez pueda apreciar su valor. Si los libros de comercio llevados en debida forma constituyen una fuente probatoria, puede ocurrir que en ellos no esté la prueba que se necesita, y aun cuando esté, deberá ser seriamente estimada. Ahora, esto supuesto, el litigio presente hubo de depender de un juicio de hecho, reservado al juez y sustraído á la competencia del Tribunal de Casación; y no puede censurarse ante éste la violación de las normas de apreciación de pruebas. Así, pues, al considerar la sentencia recurrida que la prueba proporcionada en los libros resultaba dudosa y sospechosa, y al deferir en su vista el juramento supletorio al demandado, el Tribunal Supremo no es competente para someter tal juicio á examen» (1).

Es de advertir, además, que los libros pueden hacer prueba entre los comerciantes, pero sólo tratáu-

(1) Tribunal de Casación de Roma, 5 de Enero de 1881, xxxiii, 1, 1, 215.

dose de asuntos mercantiles, esto es, de operaciones del género de aquellas á que las partes se dedican. Si se trata de asuntos puramente civiles, los libros de los comerciantes no se deben admitir como prueba, ni aun entre comerciantes. (LXXIX.)

135. Para que los libros de comercio hagan prueba en juicio, deben ser regularmente llevados: en este caso es cuando pueden hacer prueba en favor de quien los lleva. Resulta esto de los artículos 29 y 50 del Código de Comercio. En el primero se dice que para que los libros que el comerciante debe tener puedan hacer prueba á favor de quien los tiene, es necesario que se observen las formalidades por la ley establecidas; en el otro se dice que todos los libros de los comerciantes, llevados de cualquier modo, hacen prueba en contra de ellos, pero que quien quiera aprovecharse de ellos, no puede hacer distinciones respecto de su contenido.

De esto resulta claro, que si tales libros se llevan regularmente, pueden hacer prueba en favor del comerciante que los lleve.

Es de notar, sin embargo, que el artículo 49, en el cual se dispone que los libros no llevados con regularidad no pueden hacer prueba en pro de quien los lleva, y del cual se saca la consecuencia de que si los libros se llevan bien pueden hacer prueba en pro de quien los lleva, se refiere sólo á los libros que los comerciantes están obligados á llevar, no á los otros, que no son obligatorios, aunque sí usuales en el comercio. De donde se infiere que los libros regularmente llevados, y que pueden probar en favor de quien los lleva, son sólo los prescritos por la ley.

Supuesto que, si por las exigencias especiales del comercio, del cual son alma y vida la buena fe, la

facilidad y prontitud en las contrataciones, el legislador ha conceptuado oportuno, separándose del rigor del derecho común, que el comerciante puede obtener la prueba de sus propios libros para sus litigios, también ha rodeado esta concesión de todas aquellas precauciones más adecuadas para garantizarles de los abusos y fraudes á que pudieran dar lugar.

»Así ocurre que sólo á aquellos libros que los comerciantes están obligados á llevar, es á los que ha atribuído la virtud probatoria en juicio entre comerciantes en materia del comercio, y con la condición de que se han de observar en ellos las formalidades establecidas, pudiendo, en el caso en que tales formalidades se descuiden, ser invocados los libros contra el comerciante que así los lleve, pero no en su favor.

»Tres son los libros obligatorios para los comerciantes, y, por tanto, privilegiados: 1.º, el diario, que presenta día por día sus débitos y créditos, las operaciones de su comercio, sus negocios, aceptaciones y giros, y en general cuanto recibe y paga por cualquier título; 2.º, el libro copiador de cartas y telegramas que expide, aparte del paquete en que debe conservar los que reciba; 3.º, el libro de inventarios, en que deben constar los que debe hacer cada año de sus bienes muebles é inmuebles, deudas y créditos de cualquier naturaleza que sean, ú origen de donde provengan.

»Estos libros, antes de ser puestos en uso, son numerados y firmados, folio por folio, por un juez del Tribunal y por el pretor; en la última página de cada libro se debe declarar el número de folios que le componen, poniendo el juez y el pretor la fecha y su firma.

»El diario debe presentarse una vez al año al Tri-

bunal ó al pretor, que lo visará bajo la última línea escrita.

»En el Tribunal hay un registro en el cual se indican los nombres de los comerciantes que han presentado los libros, la naturaleza de éstos y el número de folios firmados. Lo mismo debe hacerse con los diarios visados.

»Los libros indicados se deben llevar por orden de fechas, sin dejar espacio alguno en blanco y sin notas marginales ni raspaduras; cuando sea preciso alguna cancelación, debe hacerse de modo que las palabras canceladas sean siempre visibles.

»Sólo estos libros, debidamente llevados, pueden hacer fe en favor del comerciante que los tiene.

»Los demás libros, que suelen usarse en el comercio, no tienen por sí este valor, y se deja al comerciante completa libertad para tenerlos ó no.

»Ahora bien; los liquidadores nombrados por el Tribunal, al proceder á las operaciones que se les ha encargado, comenzarán por describir el sistema empleado por la casa Rocca, en punto á contabilidad, según resulta de los libros de almacenes, movimiento de caja y primeras notas de contabilidad.

»Basta mentar los títulos de estos libros para demostrar que no son aquellos á los cuales la ley atribuye el valor de prueba en favor del comerciante que los ha llevado. Haciéndose esto aun más evidente con la descripción hecha por los citados liquidadores, de la cual resulta que en los libros de almacén se anotaban las partidas de granalla recibidas por la casa Rocca, y entregadas á los diferentes compradores; en los de movimiento de caja se anotaban las sumas en caja; y en el último se anotaban las deudas de la granalla vendida. Según esto, ninguno de estos

libros presenta la historia escrita día por día de las deudas y créditos, operaciones de la casa, negociaciones, aceptaciones y giros, no pudiendo suplirse este defecto, y quedando además sin cumplir la exigencia legal del inventario anual.....

»Estos libros, pues, no pueden por su propia naturaleza y por la manera como han sido llevados, ocupar el lugar de aquellos que, llevados según la forma por la ley exigida, pueden hacer fe en favor del comerciante que á la ley se ha acomodado» (1). (LXXX.)

136. Los libros de los comerciantes no llevados regularmente no pueden hacer prueba en su favor, según el artículo 49. Si en el caso antes citado no son admitidos á hacer prueba, ¿podrán constituir una semiprueba ó un principio de prueba, que autorice al juez para deferir de oficio el juramento?

«En virtud de la expresión usada por el artículo 48 del Código de Comercio—pueden hacer prueba en juicio—se puede conceptuar que queda siempre al prudente arbitrio judicial conceder á los libros mayor ó menor fe, estén éstos ó no estén perfectamente llevados. Por otra parte, es verdad que la ley prescribe ciertas formalidades para llevar los libros que puedan merecer fe; mas, por la naturaleza misma de las cosas, no se puede admitir que la falta de cualquiera de esas formalidades implique la destitución de toda fuerza probatoria á todo el libro, porque la ley no alude á esto ni conmina con tal cosa, y porque sería absurdo, por ejemplo, que en virtud de tal ó cual raspadura ó enmienda que hu-

(1) Tribunal de Casación de Turín, 16 de Julio de 1879, xxxi, 1, 10, 75.

biese en un gran registro, todo este perdiera su fe. A lo más, podrían anularse aquellas anotaciones alteradas, irregulares ó dudosas» (1).

Debe, además, tenerse en cuenta que si la ley prohíbe atribuir fe á los libros no bien llevados, en favor de quien los ha llevado, no prohíbe inducir de los libros mismos una semiprueba ó una presunción en favor del comerciante. Siendo en materia comercial admisible todo medio de prueba, es, por tanto, admisible el juramento de oficio deferido en vista de los resultados de libros no llevados regularmente.

137. Según el artículo 27 del Código de Comercio, la comunicación de los libros, de las circulares y de los paquetes de cartas y telegramas indicados en el artículo 21, no puede ser ordenada en juicio, sino en los casos de sucesión, de sociedad, de quiebras ó de comunidad de bienes. Según el artículo 28, en el curso de un litigio, aunque éste no se refiera á los objetos indicados en el artículo 27, el juez puede ordenar á instancia de parte ó de oficio la exhibición de los libros comerciales para extraer tan sólo aquello que al litigio se refiera; puede ordenar también la exhibición de cualquier carta ó telegrama relativo al litigio mismo.

Concordando lo dispuesto por los artículos citados, no se debe confundir la *comunicación* (reconocimiento), con la *exhibición* de los libros.

«La ley distingue con precisión la *presentación* de los libros del *reconocimiento* de los mismos, y la *exhibición* ó *presentación* de los libros es bien dis-

(1) Tribunal de Apelación de Milán, 24 de Octubre de 1887, XL II, 88.

tinta del *reconocimiento*, pues que con la primera los registros y libros no deben ser examinados en su tenor completo, sino consultados sólo sobre aquel punto especial, á fin de que se pueda ver lo que tiene relación en la contienda pendiente entre las partes, para comunicarles á los interesados el extracto correspondiente.

»Por el contrario, el reconocimiento se verifica y obtiene mediante la entrega de los libros y registros del contrario en forma, con facultad de examinarlos y recorrerlos por entero. El juez, además, no puede disponer el reconocimiento, sino en los casos determinados por la ley; supuesto que el comerciante no está obligado á comunicar sus libros en todo litigio, mostrando así á las otras partes el secreto de sus operaciones, á menos que se trate de interés de carácter público, como una quiebra que puede entrañar la bancarrota.

»Este concepto racional en punto á exhibición, encuéntrase encarnado en la respuesta latina, cuando en discusión semejante el jurisconsulto Gayo, hablando de la presentación en juicio de los libros de los *argentari* y *banqueros*, decía: *scilicet est non totum cuique codicem rationem totæque membranæ inspiciendi describende qui potestas fiat, sed ut ea sola pars rationum, quæ ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur* (1).

»Las normas para la aplicación de este principio no exigen la notificación á la parte contraria, sea porque la ley no la impone, sea porque, tratándose de conseguir la simple aclaración de un hecho, son indiferentes la forma y el total contenido de aquellos

(1) Leg. 10, *De edendo*.

libros; bien porque la presencia del juez, que escucha de boca del que presenta el libro, la partida que se debe extraer es garantía suficiente, ó bien, todavía, porque tratándose de controversia relativa á un simple hecho, no puede llamarse esto propiamente una instrucción judicial, sino más bien una manera de traer al proceso la partida que, anotada en el libro, y aun después de comunicada á la parte, pueda siempre ésta impugnar su valor y aprecio, sin tocar al procedimiento, en el cual no tenía derecho á intervenir» (1).

En idéntico sentido se decidió el Tribunal de Casación de Florencia (2). (LXXXI.)

NOTAS Y ADICIONES.

(LXXV.) Respecto á la fe que hacen los libros de los comerciantes contra los que no lo son, conviene tener en cuenta lo que dispone el artículo 1228 del Código civil (ya citado), que es doctrina muy parecida á la sustentada por el autor.

En cuanto á la prueba entre comerciantes, establece el artículo 24 del Código de Comercio: «que los libros de los comerciantes probarán contra ellos sin admitirles pruebas en contrario; pero el adversario no podrá aceptar los asientos que le sean favorables y desechar los que le perjudiquen, sino que habiendo aceptado este medio de prueba, quedará sujeto al resultado que arrojen en su conjunto, to-

(1) Tribunal de Apelación de Nápoles, 9 de Septiembre de 1872, **xxiv**, 11, 628.

(2) Decisión de 8 de Mayo de 1881, **xxxiii**, 1, 1, 258.

mando en igual consideración todos los asientos relativos á la cuestión litigiosa.»

(LXXVI.) Respecto del caso, la doctrina jurídica que rige en España es la consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1863. «Las notas de libros cobradores ó de cuantos de uso privado, por carecer en sí de las formalidades legales de una obligación estricta, no son documentos eficaces para probar lo que las mismas expresan, si no son reconocidas en juicio por el deudor ó por la parte contra la cual se producen.» Véase, además, el citado artículo 1227 del Código civil.

(LXXVII.) En España no puede decretarse la exhibición de los libros de los comerciantes, como medio de prueba, sino en casos excepcionales. Basta para demostrar este aserto tener en cuenta lo que dispone el artículo 605 de la ley de Enjuiciamiento civil; «cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes, se practicará lo que ordenan los artículos 51 y 52 del Código de Comercio (46 y 47 del vigente de 1885), verificándose la exhibición en el despacho ó escritorio donde se hallen los libros.»

Artículo 46 del Código de Comercio. «Tampoco podrá decretarse á instancia de parte la comunicación, entrega ó reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes, excepto en los casos de liquidación, sucesión universal ó quiebra.»

Artículo 47. «Fuera de los casos prefijados en el artículo anterior, sólo podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes, á instancia de parte ó de oficio, cuando las personas á

quienes pertenezcan tengan interés ó responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. El reconocimiento se hará en el escritorio del comerciante á su presencia, ó la de persona que comisione, y se contraerá exclusivamente á los asuntos que tengan relación con la cuestión que se ventila, siendo éstos los únicos que podrán corroborarse.»

(LXXVIII.) En nuestra patria, según el artículo 49 del Código de Comercio. «Los comerciantes y sus herederos y sucesores, conservarán los libros, telegramas y correspondencia de su giro en general, por todo el tiempo que éste dure, y *hasta cinco años* después de la liquidación de todos sus negocios y dependencias mercantiles.» Aun cuando no conocemos jurisprudencia respecto de las dos cuestiones que trata en este número 133, entendemos que puede aplicarse á España lo existente en Italia, puesto que no hay doctrina legal que á ello se oponga.

(LXXIX.) Tampoco en España hacen prueba plena los libros de los comerciantes, aun llevados con todos los requisitos legales, en ciertos casos como en el previsto en el párrafo segundo del artículo 48 del Código de Comercio, que dice: «Si en los asientos de los libros llevados por dos comerciantes no hubiese conformidad, y los del uno se hubieran llevado con todas las formalidades enumeradas en este título, y los del otro adolecieran de cualquier defecto ó carecieran de los requisitos exigidos en este Código, los asientos llevados en regla harán fe contra lo de los defectuosos, á no demostrarse lo contrario por medio de otras pruebas admitidas en derecho», y en el 4.º, en que se lee: «Si los libros de los comerciantes tuvieran todos los requisitos legales y fueran contradictorios, el juez ó Tribunal juzgará por las de-

más probanzas, calificándolos según las reglas generales del derecho.»

(LXXX.) En España rige la misma doctrina jurídica, como lo comprueba lo prescrito en el párrafo segundo del artículo 48 del Código de Comercio. En cuanto al valor probatorio de los demás libros que lleven los comerciantes, fuera de los exigidos expresamente por el Código, puede haber casos en que hagan prueba, y es cuando haciendo uso de la facultad que les concede el artículo 34, los legalicen con arreglo á lo dispuesto en el 36; puesto que entonces, revestidos de las mismas formalidades que los otros, están revestidos de aquellos requisitos que los garantizan contra el peligro de fraude ó de abuso por parte de sus tenedores.

(LXXXI.) Según el Código de Comercio español (artículo 46 y 47 ya copiado), existe la diferencia que aprecia el autor entre la exhibición y el reconocimiento.

CAPÍTULO V.

DE LOS REGISTROS Y DE LOS PAPELES PRIVADOS.

138. Los registros y los papeles privados no hacen fe, según dispone el artículo 1330, en favor de quien los ha escrito, porque nadie puede crearse un título ó un medio legal de prueba que le sea favorable. La disposición excepcional, por la que se faculta al juez para deferir de oficio el juramento, cuando en los libros de los comerciantes se contenga una anotación en su favor, no se aplica al caso en que la anotación conste en registro ó papel privado, aun cuando pertenezcan éstos á un comerciante, porque la excepción no puede ampliarse á más casos de los previstos por la ley.

¿Qué se entiende, según esto, por registros y papeles privados ó domésticos? Los particulares que no ejercen el comercio no están obligados por la ley á tener libros ó anotaciones de ningún género, así que no se puede atribuir á las expresiones usadas por el legislador un significado legal. Conviene, pues, darles aquel sentido que tienen en el uso corriente, supuesto que en la categoría de papeles privados ó domésticos están todas aquellas hojas sueltas en que

cada cual escribe ó anota sus apuntaciones, sin formar un libro ó registro formal.

En estos registros ó papeles domésticos, cuando revisten tal carácter, no se exige en ellos la firma del que los escribe, como tampoco se exige la del comerciante cuando anota un suministro hecho en sus libros; pero ¿deberán estar escritos de puño y letra del propietario, ó bien se reputan papeles domésticos aun cuando sean de letra de mano extraña? Disponiéndose en el artículo que examinamos que los registros y papeles domésticos no hagan fe en favor de quien los escribe, parece como que el legislador no conceptúa como documento de ese género más que los que están escritos de puño y letra del propietario. Lo cual, si es admisible en tesis general, puede sin embargo, no serlo cuando lo escrito sea obra de persona á quien el propietario confiara el encargo de llevarle sus libros, ó de las anotaciones de cuanto deseaba no resultase desmentido. En este caso, en virtud de las relaciones jurídicas entre mandante y mandatario, lo escrito por este último debe considerarse como hecho por cuenta y orden de su principal. Aquellos, pues, á quienes interese, deberán demostrar que la persona que ha hecho la anotación en los libros ó papeles del propietario, tiene de éste semejante encargo, y una vez demostrado esto, no podrá ya desconocerse en el documento el carácter de papel ó escrito doméstico.

Característica esencial de los papeles domésticos es que queden en posesión de aquel que los ha escrito para su gobierno. Cuando una anotación relativa á obligaciones contraídas se entregue al acreedor, ya no se trata de un documento doméstico, sino de un título, si además tiene la firma del deudor. La libreta,

por ejemplo, que el patrono entregue á su servidor, en la cual se anota el salario que le es debido, no puede considerarse como un simple papel doméstico, pues asume el carácter de un verdadero título.

«El Tribunal, dice el de Casación de Nápoles, ha observado que se comete otro error en el concepto expresado por el inferior, porque las cuentas aprobadas no debieron considerarse como títulos, sino como simples papeles domésticos. El Tribunal ha invocado los artículos 1325 y 1330 del Código civil; sin embargo, de tales disposiciones es quizá aplicable la primera en favor del recurrente, porque en la cuenta escrita y firmada por el patrono, está precisamente la promesa de que habla el artículo 1325, y no es aplicable la otra, porque la libreta fué entregada al servidor, por lo que no puede llamarse papel doméstico, pues para ser tal, debía permanecer en poder de quien lo escribió; no pudiendo decirse que falta la mención de querer suplir el título, porque esta mención es necesaria precisamente cuando el registro queda en poder del deudor, y no cuando se la deja al acreedor» (1). (LXXXII.)

139. Si los registros y los papeles domésticos no prueban en favor del que los ha escrito, tampoco prueban en favor de sus herederos, en cuanto éstos no son sino continuadores de la misma persona del autor.

En las relaciones entre el padre y los hijos ó entre estos últimos, ¿harán fe los papeles domésticos?

Para responder afirmativamente convendría introducir en el texto una distinción que el legislador no ha puesto. El papel doméstico prueba sólo contra

(1) Decis. del 5 de Noviembre de 1883, xxxvi, 1, 1, 46,

quien lo escribe, no en su favor; el padre, según esto, no puede hacer servir de título su anotación contra el hijo, ni el hijo, en sus relaciones con sus hermanos, puede invocar tal anotación como un medio de prueba, en cuanto si los registros domésticos prueban á favor de tercero contra el que los ha escrito, no prueban á favor de un tercero contra otro tercero. Suponiendo, pues, que el padre registró en sus libros domésticos, haber entregado una cantidad dada á uno de sus hijos, no sólo éste no podrá, con la base de tal anotación tan solo, ser condenado al pago de la suma anotada, sino que ni los otros hijos, cuando se trate de la apertura de la sucesión paterna, podrán, fundándose en tal escrito, pretender la colación de la suma anotada como deuda de uno de ellos.

Se ha juzgado, sin embargo, con respecto de esta última hipótesis, que la anotación puede servir de principio de prueba escrita, para hacer admisible la testimonial, con el fin de demostrar en las relaciones entre los diversos hermanos, el hecho de la entrega á uno de ellos de la suma anotada en el registro doméstico (1).

No somos de este parecer, porque el escrito que se conceptúa como principio de prueba, debe provenir de aquel mismo contra quien la prueba testifical se invoca. En el supuesto indicado, el escrito no proviene de la parte á quien se opone, así no puede valer en contra suya. Verdad es que el escrito proviene del autor de la sucesión, pero desde este punto de vista, también proviene de los cohere-

(1) Tribunal de Casación de Turín, 14 de Abril de 1853, v, 1, 404.

deros que le invocan en su interés, y no sólo de aquel contra quien se opone; falta, pues, el extremo por la ley exigido para constituir el principio de prueba escrita.

140. Más arriba hemos anotado, que el registro prueba contra quien lo tiene, aun en el caso en que las anotaciones no hayan sido hechas de su mano, sino de mano de la persona encargada de hacerlo. Ahora bien; si la anotación prueba en este caso contra el propietario y el que conserva el registro, no puede hacer igual prueba contra aquel que, en virtud del encargo recibido, ejecuta la anotación. Suponiendo que el hijo encargado de tomar nota en los registros domésticos anota en ellos el pago de una suma, no podrá de esto deducirse la prueba de que el hijo ha recogido para sí la suma pagada.

«Si es verdad que aparecen registradas por Bernati en el libro doméstico algunas entregas, podría pensarse que ambos hermanos anotaban en el libro mismo las sumas que su madre exigía y daba, toda vez que no sabiendo ella escribir, estaba imposibilitada para tomar nota alguna; las anotaciones, pues, hechas por Bernati de las sumas que salían, provenientes de la madre, pueden, sí, hacer fe del hecho material de la salida, pero no valen, ciertamente, para constituir por sí la prueba de que hiciese suya la suma que salía, prueba indispensable para poder exigirle en este punto cuentas» (1).

141. Según dispone el artículo 1330, los registros y papeles domésticos hacen fe contra el que los ha escrito en sólo dos casos: el primero, ocurre siem-

(1) Tribunal de Apelación de Génova, 5 de Febrero de 1853, v, II, 173.

pre que en el escrito se enuncia formalmente el recibo de un pago, y el otro cuando, conteniendo una obligación contraída por el que ha escrito, se lea que la anotación se ha hecho para suplir la falta de título del acreedor.

Examinaremos estos casos separadamente.

En cuanto al primero, la ley exige la enunciación formal de un pago recibido: ¿qué debe entenderse por enunciación formal? Un pago puede enunciarse de dos maneras, bien para librar al que paga, bien para gobierno y memoria de quien recibe. En el primer caso el fin de la enunciación es proporcionar al acreedor la prueba de su pago; en el otro, la enunciación se limita á consignar un hecho realizado, y en este sentido precisamente debe entenderse la enunciación formal de que habla la ley. La diferencia entre los dos casos es bien notable. Un recibo puede prepararse por el acreedor, en espera de un pago próximo del deudor; pero si éste no paga por entonces, y no habiéndose destruído el recibo del acreedor queda entre los papeles domésticos, ¿será justo que se haga depender la prueba del pago de semejante papel? Por el contrario, cuando el escrito no está redactado en forma de recibo, sino que de su tenor resulta claro que se ha hecho para poder recordar al acreedor el pago verificado, se debe racionalmente suponer que se haya escrito la anotación con posterioridad al pago, por lo cual puede ser invocada como prueba de éste.

El segundo caso del artículo 1330 es muy distinto del primero. En éste, en efecto, se tiene la enunciación hecha por el acreedor del pago recibido, y en ella se contiene la de la extinción de la obligación que no puede revivir. En el otro se tiene la enuncia-

ción de que el que escribió había asumido una obligación, y así es cierto, en virtud de la misma, que la obligación existe en el momento en que la anotación se ha hecho; pero, ¿será por esto igualmente cierto que la obligación existe aún, cuando el papel doméstico se presente contra el propietario? ¿No puede, entretanto, el acreedor que ha hecho la anotación, haber saldado completamente su deuda? Si, pues no hay certeza de que el que ha escrito está aún obligado, no es lógico que el papel en que se ha anotado una obligación suya, tenga siempre fuerza probatoria en contra suya. Por respeto, precisamente, á estas consideraciones, el legislador sólo admite que la anotación de la obligación hecha en el papel ó registro doméstico, hace prueba contra el que lo ha escrito, cuando se advierta que la anotación se ha hecho para suplir la falta de título á favor del acreedor. El motivo de esta condición es fácil de comprender. En efecto, la mera enunciación de la obligación hecha por el deudor en sus registros de familia, no sirve, según la intención del que escribe, sino como simple recuerdo, mientras el acreedor tiene una prueba escrita de su derecho. Puede ocurrir, por tanto, en este caso, que el deudor pague su deuda, retirando el documento privado que el acreedor tiene, sin cuidarse de cancelar la mención ó anotación por él sentada en su libreta doméstica; ¿será razonable, pues, que una anotación de este género obligue al deudor á un segundo pago? Al contrario, cuando resulta que la anotación de la deuda se ha hecho con el solo fin de suplir el título que falta al acreedor, se puede estar cierto de que efectuándose el pago, el deudor cancelará la anotación referida. Así si la anotación subsiste, ha de conceptuarse que el

deudor no había satisfecho aún su deuda, y ha de considerarse aquélla con fuerza probatoria.

Fuera de los dos casos indicados en el artículo 1330, los papeles y registros domésticos no hacen fe contra quien los ha escrito: pueden, sin embargo, constituir un principio de prueba escrita, siempre que sea verosímil lo que en ellos se sustente, siendo admisible entonces en su apoyo invocarse la prueba de testigos.

142. Si lo escrito en los papeles ó registros domésticos presenta signos que indiquen la cancelación, ¿hará fe contra el que lo hubiere escrito? No se puede responder á esta pregunta sino distinguiendo caso por caso. Si lo escrito enuncia un pago, no hace más que testificar la existencia de un hecho que se ha realizado; ahora, ¿el hecho se extingue con la destrucción ó con la cancelación del escrito destinado á conservarlo como presente en el recuerdo? No; porque nadie tiene poder de hacer que un hecho deje de ser un hecho; el principio de contradicción lo impide. No obstante, pues, que el escrito que enuncia formalmente un pago recibido, presente signo ó trazas de cancelación, atestiguará siempre contra el que lo ha hecho la existencia del hecho consumado. Por el contrario, si lo escrito enuncia la obligación contraída por el que escribe, su cancelación no puede, ciertamente, hacer que la obligación no haya existido; pero puede demostrar que se ha extinguido, y que se ha querido por esto cancelar su memoria, que viene á suplir la falta de título del acreedor; por donde se infiere claramente que en este caso el escrito cancelado no hace fe en juicio contra su autor.

143. La parte á quien interese, ¿puede obligar á

la otra en juicio á exhibir sus papeles domésticos, con el fin de demostrar su pretensión mediante ellos?

En pro de la afirmativa, se dice que la disposición legal, con la cual se atribuye á estos documentos plena fe contra el que los ha escrito, resultaría inútil si no se tuviere el derecho de exigir su exhibición en juicio, constando su existencia. No participamos de semejante opinión, porque no puede introducirse una excepción de principio general de derecho, sin que exista un texto expreso en que fundarse. Ahora bien; ¿cuál es el principio fundamental en materia de prueba? Aquel según el cual nadie puede ser obligado á suministrar pruebas en contra de sí propio: tal principio está expresamente derogado por la ley respecto de los libros de comercio; pero no hay texto derogatorio con relación á los registros y papeles domésticos. No es exacto, por lo demás, afirmar que resulte el artículo 1330 inútil, porque se niegue el derecho á que aludimos, toda vez que estos escritos pueden constar en un inventario, ó bien puede producirlos en juicio el propietario mismo, encontrando entonces completa aplicabilidad la disposición citada. (LXXIII.)

144. Los registros de entidades morales, de obras pías y de las suprimidas corporaciones religiosas, ¿deben también considerarse como papeles domésticos que no hacen prueba á favor de quien los escribió?

«Considerando, que si el derecho moderno en el artículo 1330 ha unificado el sistema probatorio italiano, respecto de registros y papeles domésticos, disponiendo: «que no hagan fe en pro, pero sí en »contra de quien los ha escrito», es innegable que,

por el *jus receptum*, en las diversas comarcas de Italia, antes de su unificación, los registros y papeles de administración de las entidades morales no estaban excluidos de merecer fe aun en favor de las entidades mismas; ejemplo: la antigua legislación y jurisprudencia de las provincias meridionales, lo cual explica que hasta poco ha, y bajo la diversa influencia legislativa, se hayan encontrado escritores de Derecho civil y canónico, y hasta jueces que creían deber conceder fe y autoridad á los papeles y registros antiguos de los lugares píos ó entidades morales en favor de los mismos. Pero habiendo ya desaparecido tales particulares influencias, los legisladores modernos se avinieron poniéndose más en consonancia con los preceptos generales de justicia é igualdad, los cuales disponen que deben ser observadas las mismas reglas cuando se trate de registros y papeles de un padre de familia, que cuando se trate de los registros de la administración de las entidades dichas: el mismo ex rey de las provincias meridionales dictó en el Código de 1819, para el reino de Sicilia, el artículo 1285; el cual dispone que «los registros y papeles domésticos no hacen prueba á favor de quien los ha escrito, haciéndolo en contra»; disposición igual al artículo 1330 del Código vigente en Italia toda.

»Considerando, pues, el caso de referirse los registros de los administradores y procuradores de la iglesia de Cervaro, á documentar de la posesión inmemorial de la exigencia del canon controvertido, ó sea á documentar un hecho acaecido en las provincias meridionales, cuando en ellas aun no había cesado el referido *jus receptum*, no se podía ciertamente excluir el carácter probatorio á fa-

vor de la posesión de los citados registros» (1).

Sostiene esta opinión otro Tribunal (Apelación de Catania), el cual conceptúa que los registros de una entidad moral reconocida hacen fe en su favor; así las anotaciones hechas de pagos recibidos pueden invocarse contra el deudor, á fin de demostrar que la prescripción se ha interrumpido.

«Los registros y papeles de una entidad moral legalmente reconocida, dice, hacen prueba en juicio de las anotaciones que resulten en su favor, á menos que no fuesen impugnadas por razón de fraude ó falsedad, no pudiendo equipararse á aquellos á que alude el artículo 1330 del Código civil. Y ciertamente, la entidad moral legalmente reconocida debe tener por necesidad los registros y papeles de sus administraciones, y aun cuando no tengan el carácter de auténticos, son siempre dignos de fe, porque forman los elementos para la rendición de cuentas de sus administradores ó procuradores, no estando escritos por la entidad misma, sino por los empleados encargados de administrar su hacienda, y éstos, salvo por dolo ó culpa, no tienen interés personal en variar sus verdaderas anotaciones. Además, como estas corporaciones están reglamentadas, están obligadas á presentar sus cuentas anuales á alguna autoridad superior, por lo que tienen que llevar sus registros con regularidad, anotando con exactitud las entradas y salidas, de todo lo cual puede inferirse, que semejantes registros y papeles no son como los de los particulares, debiendo sin duda concedérseles una fuerza probatoria que éstos no tienen.

(1) Tribunal Supremo de Roma, 29 de Diciembre de 1885, **XXXVIII**, 1, 3, 77.

» Realmente, ningún particular está obligado á llevar sus registros ni estos están destinados á la publicidad, así que la regularidad no resulta exigida de ninguna manera, así que no cabe confundirlos con los otros.

» Las palabras, pues, de registros y papeles domésticos que en el artículo 1330 se leen, no pueden tener un significado extensivo, sino restrictivo, y sometido estrictamente á lo que el legislador ha querido indicar; teniendo en cuenta que este se dirige á evitar que los particulares pudieran crearse sus títulos, cosa que no debe temerse de la persona jurídica ó moral» (1).

El Tribunal Supremo de Roma ha rectificado su primera opinión, sosteniendo con razón que las anotaciones contenidas en los registros de los suprimidos monasterios no hacen fe contra terceros.

«Se consideraba fuera de duda, dice, que en el tiempo anterior al Código, se tenía por doctrina constante, como *jus receptum*, que las anotaciones en los libros de los obispos, cabildos, monasterios y otros lugares píos, hacían fe contra terceros *in antiquis*, y se reconocía que en derecho estricto eran libros privados, teniendo en cuenta que por derecho común, ley 5.^a, 6.^a y 7.^a del Código *De probat.*, ni aun el fisco podía por su simple anotación hacer prueba del débito.

» Afírmase que lo mismo ocurre después de la nueva codificación, ya que no se ha mudado en este punto el sistema de pruebas, citándose los artículos 1331 del Código francés, 1285 de las leyes civiles de 1819, y 1330 del Código vigente, que recuerda una dispo-

(1) Decis. de 31 de Marzo de 1886, xxxviii, II, 335.

sición idéntica á la citada ley del Código *De probat.*

»No es este un argumento de valor, si se tiene en cuenta que no es en las indicadas disposiciones del Código donde se debe buscar la derogación del *jus receptum*, sino en el principio por los mismos Códigos afirmado, de que los derechos particulares no son compatibles en las materias expresamente comprendidas, y á que los Códigos mismos aluden. Realmente no podía admitirse en la referida materia, que junto al precepto codificado por el legislador, hubiese un derecho particular que lo contradijese.

»Ni puede decirse que la disposición de los nuevos Códigos, que trata de los registros y papeles domésticos que se escriben por el padre de familia, en su interés exclusivo, no pueda aplicarse á los registros de los conventos y otras personas morales, en cuya tarea interviene un tercero, el cual, al anotar en los libros el recibo de un pago, se convierte ya en deudor responsable de otras tantas sumas, respecto de la entidad moral.

»Fundándose en esta consideración, se pretende sostener que los registros de las entidades citadas viene á ser semejantes á la de los registradores del fisco, respecto de lo cual la jurisprudencia ha conceptualizado que hace fe contra los terceros el recibo firmado en los registros mismos.

»Pero, si esta razón se puede presentar para los indicados registradores, no puede afirmarse que sea la única ni principal, sino que tiene el carácter de un argumento secundario, que por sí solo no tendría fuerza para derogar el principio general de prueba reconocido por la ley civil, toda vez que contra la presunción de que el administrador, sea del fisco, sea de las hermandades eclesiásticas, no firmaría el re-

cibo de un pago no verificado, se opone la de que pudo haberse propuesto, consignando el pago no cumplido, sustraerse á una mayor responsabilidad por negligencia ó descuido.

»Sería, por otra parte, extraño equiparar los registros de la hacienda pública á los de los monasterios, y á los administradores de éstos, con los cobradores del dinero del Estado.

»Y no se procede oportunamente recurriendo á cuanto se ha dispuesto para la anotación de los pagos hechos en los libros de las obras pías. Teniendo presente el interés público, no se deja la beneficencia pública en el dominio del derecho privado; por donde resulta que las disposiciones legislativas que regulan este servicio se han equiparado con las relativas á los ramos de la administración del Estado, revistiéndoles con aquellos mismos privilegios establecidos para el cobro del dinero público, y confiando á los contadores y gestores de las obras pías las atribuciones y la responsabilidad que son la consecuencia del carácter de funcionarios públicos que se les ha impreso, respecto especialmente de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones; todo lo cual no ha acaecido con los administradores de los monasterios.

»Debe notarse, que si es cierto que estos monasterios no podían considerarse, bajo determinadas relaciones, como instituciones privadas sometidas á la ley civil, no se refiere esto á la administración de su patrimonio. Las rentas de los monasterios, á diferencia de las de las obras pías, no están adscritas á un servicio de interés público, sino que ceden en beneficio exclusivo del monasterio. Y si por la policía eclesiástica, posteriormente á la publicación del

nuevo Código, se tenía una sanción que someter á la vigilancia del ordinario diocesano, la administración de las casas monásticas, era esto en interés de las mismas, no pudiendo por ello atribuirse á sus administradores el carácter de funcionarios públicos, como ocurre con los cobradores del Estado y de la beneficencia pública. Los primeros, en verdad, conservan siempre su carácter de administradores privados, y por tanto, no hay manera de aplicarles las disposiciones legales relativas á los administradores de la hacienda pública, ni dar á los registros y á las anotaciones de los mismos, una eficacia que como registros y anotaciones privados no podrían tener» (1).

145. Una anotación cualquiera (artículo 1331) puesta por el acreedor al pie, margen ó dorso de un título suyo de crédito, que tiende á demostrar la liberación del deudor, hará fe, aunque no tenga fecha ni firma del acreedor, si el título ha permanecido siempre en su poder. Importa formarse una idea exacta de la anotación á que este artículo alude. No se trata de lo que la ley llama un documento ó acto, ya porque la anotación puede no llevar la firma de quien la ha hecho, ya porque no se ha dado el destino propio á lo escrito, previo consentimiento de las partes, de que ha de servir de medio de prueba para demostrar la existencia del hecho jurídico que contiene. No se trata tampoco, seguramente, de un papel doméstico, porque éste está destinado á permanecer en manos de quien lo ha escrito; mientras que, como título de crédito, se debe restituir al deudor, en cuanto pague, la anotación que contenga no puede permanecer á perpetuidad en manos de

(1) Decis. de 31 de Marzo de 1890, XLII, 1, 3, 154.

quien la ha hecho, sino que pasa con el título á manos del deudor que ha cumplido la obligación por él contraída. Resulta de esto, que las reglas propias del documento privado y de los papeles domésticos no pueden convenir á esta especie de anotaciones, siendo así necesario que el legislador declare normas especiales relativas á la fe que á las mismas debe atribuirse.

La anotación no es necesario que enuncie formalmente el hecho de un pago recibido; la ley no exige tal condición, sino que basta, según el artículo citado, que tenga por fin hacer fe de la liberación del deudor. Ahora bien; como esto puede depender de causas distintas de las del pago, según se ha demostrado en el título relativo á la extinción de las obligaciones, se explica por qué la liberación declarada por el acreedor hará fe aunque no se refiera al pago por el deudor hecho.

La ley supone que la anotación ha sido puesta de mano del acreedor, para que haga fe contra él. ¿Conceptuaremos, pues, que, sea cual fuere la mano que haya hecho la anotación, ésta no hará prueba en contra suya? Si quien ha escrito la anotación no ha recibido encargo del acreedor, sin duda que no puede oponérsele lo hecho por el tercero; pero si el que ha escrito es un comisario del acreedor, ó la persona por él encargada de registrar y anotar lo que se refiere á sus negocios, debemos sostener que lo hecho por el mandatario, dentro de los límites de su mandato, es como si fuera hecho por el mandante.

¿Quién debe probar que el que ha escrito la anotación estaba encargado para ello por el acreedor? El deudor, en cuanto al querer aprovecharse de la

anotación, debe probar que tiene ésta todos los requisitos legales.

«Considerando, que el concepto predominante en la ley es que la anotación sólo produce la liberación del deudor, si ha sido puesta por el acreedor, pues sólo su libre voluntad, en la anotación manifiesta, es lo que hace presumir que el pago se ha hecho, en cuanto sólo él puede disponer, como de propiedad suya, de su crédito; y teniendo en cuenta que al igual que el pago no es válido si no se hace al acreedor, así el recibo ó cualquier otra anotación del pago no vale si del acreedor no emana.

»Considerando, que si juzgó rectamente el Tribunal, al declarar innecesario que la anotación sea puesta de mano del acreedor, ó sus herederos, bastando que sea puesta por persona que represente legítimamente á aquél, erró, en cambio, diciendo que al permanecer el título de crédito siempre en manos del acreedor ó de sus herederos, se podía presumir que éstos habían escrito la anotación dicha.

»Lo cual va contra la disposición de la ley, que exige, para que la anotación haga fe de liberación, el concurso de dos condiciones: que sea puesto por el acreedor, y que el título continúe sin interrupción en poder del mismo.

»De donde resulta, que la opinión sostenida de que basta una sola de dichas condiciones, se halla condenada por ser contraria á la ley, á la jurisprudencia y á la autoridad de los más importantes escritores.

»Considerando, que el Tribunal erró también cuando, partiendo de que podía la anotación ser hecha por un tercero, representante del acreedor, se negó á indagar quién fuese éste y por qué título representaba á la parte acreedora. La anotación era recha-

zada; no era, pues, sino un documento privado, y como tal no podía hacer fe de su contenido, en tanto que no fuese admitida ó se considerase reconocida legalmente.

»El deudor, pues, al pretender ser librado de su deuda en virtud de la anotación escrita al dorso del título de crédito, tenía la obligación de probar que tal anotación se había hecho, ya que no por el acreedor ó sus herederos, á lo menos por su orden. Faltando tal prueba, la anotación no tenía ni podía tener valor jurídico alguno» (1). (LXXXIV.)

146. El título, en cuyas márgenes ó dorso se contiene la anotación, debe haber quedado siempre en poder del acreedor, para que la anotación haga fe en contra suya. ¿Cuál es el motivo de esta disposición? Si el título se encontrase en poder de un tercero, se puede suponer que la anotación se haya hecho en vista de un pago futuro, que el poseedor del título hubiera debido exigir por cuenta del acreedor. Ahora bien; si el pago no se ha efectuado, ¿es razonable que el escrito destinado á conservar la memoria de los hechos futuros, haga fe de la existencia de estos hechos? Por el contrario, si el título ha permanecido siempre en poder del acreedor, no es admisible ya la indicada hipótesis, y por eso hace fe la anotación contra quien la ha escrito.

Supongamos que el título, en cuyo dorso ó margen hay una anotación, ha estado por algún tiempo en poder de un tercero, pero que después ha vuelto á manos del acreedor, ¿hará fe en este caso la anotación? La ley exige que el título haya estado *siem-*

(1) Tribunal de Casación de Turín, 21 de Julio de 1877, xxx, 1, 36.

pre en poder del acreedor; así, pues, si ha estado por algún tiempo en poder de un tercero, falta la condición exigida por la ley, por lo que no puede aplicarse su disposición. Por otra parte, si el título ha estado durante algún tiempo en manos de un tercero, la hipótesis de que la anotación se haya escrito en vista de un pago futuro, se hace probable, no habiendo seguridad de que responda á la idea de librar al deudor. ¿A quién corresponde probar que el título con la anotación ha estado siempre en poder del deudor? El deudor que hace depender su suerte de tal, de la anotación, ¿es quien habrá de demostrar que el título no ha salido de poder de su acreedor, ó bien deberá éste, sus herederos ó causahabientes probar el hecho de que el título ha estado durante algún tiempo en manos de un tercero, según que se alegue, respectivamente, uno ú otro hecho? El deudor que ofrece como prueba de su liberación la anotación hecha por el acreedor, al margen ó al dorso del título, debe, sin duda, demostrar que tal anotación tiene todos los requisitos legales para hacer prueba contra el acreedor; por lo que á nadie más que á él puede corresponder la demostración de tal extremo. Sin embargo, la prueba de tal extremo, como implica un puro hecho material, puede hacerse por medio de indicios y presunciones adecuadas, para producir en el ánimo del juez el convencimiento de que el título ha estado siempre en poder del acreedor. A éste y á los suyos corresponde el derecho á la prueba contraria, debiendo probar á su vez los hechos que destruyan aquellos indicios y presunciones. (LXXXV.)

147. Las anotaciones hechas por el acreedor, según dispone el otro párrafo del artículo 1331, en el dorso, margen ó pie del duplicado de un título propio del

deudor ó de un finiquito anterior, hacen fe contra él, aunque tal documento se encontrase en poder del deudor. A un doble documento se refieren estas disposiciones: al duplicado y al finiquito. Suele hacerse el título privado, por duplicado, cuando cada una de las partes contrae respecto de la otra una obligación, porque importa á ambos estar previstos de la prueba de la obligación de la otra parte. Ahora bien; sobre este documento pueden encontrarse anotaciones de letra del acreedor: si éstas existen en el ejemplar propio del acreedor, hállanse en el caso del primer párrafo de este artículo, pero si existen en el ejemplar del deudor, nos hallamos de lleno en el párrafo segundo del mismo. Supongamos un documento en que se ha estipulado un arrendamiento, y el cual se ha extendido por duplicado: el arrendador anota en el ejemplar del arrendatario el pago de los correspondientes alquileres, ¿hará fe tal anotación contra el arrendador que tal ha escrito? Sí, responde el párrafo citado del artículo 1331, siempre que dicho ejemplar se encuentre en poder del deudor. Encontrándose dicho ejemplar en manos de un tercero, puede suponerse que el deudor, prometiendo un pago próximo, había remitido al acreedor por medio de una persona extraña su duplicado, para que aquél pudiera realizar la anotación; de donde resulta que, quedando el duplicado en manos de un tercero, es señal de que no se ha efectuado todavía el pago, mientras que si pasa luego á manos del deudor, se puede suponer que la restitución se ha verificado precisamente en vista del pago cumplido, por todo lo cual la anotación hace fe contra el acreedor. (LXXXVI.)

148. El otro documento á que se refiere el párrafo

del artículo que examinamos, es el recibo en cuyo dorso ó margen el acreedor puede haber hecho anotaciones relativas á pagos posteriores ejecutados por el deudor. Si tales anotaciones están firmadas por el acreedor, constituyen un recibo regular, un documento privado, por lo que no se refieren á ellas las disposiciones de que tratamos. Es preciso que sean anotaciones no firmadas. Tales anotaciones, cuando se han hecho de puño y letra del acreedor ó de su mandatario, hacen fe de los pagos indicados con posterioridad al recibo, cuando el documento esté en manos del deudor, porque encontrándose al presente en otras manos, hay motivos para suponer que se han hecho las anotaciones en vista de un pago prometido, pero todavía no efectuado.

NOTAS Y ADICIONES.

(LXXXII.) El Código civil (artículos 1228 y 1229), y la ley de Enjuiciamiento civil de España (artículos 602 á 605), confieren á los registros, asientos y papeles privados el mismo valor que la legislación italiana.

(LXXXIII.) En España se puede obligar á las partes, en el juicio, á la presentación de documentos. Dedúcese rectamente esta doctrina del contenido del artículo 603 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dice: «No se obligará á los *que no litiguen* á la exhibición de documentos privados de su propiedad exclusiva, salvo el derecho que asista al que los necesitase, del cual podrá usar en el juicio correspondiente.»

(LXXXIV.) Igual doctrina se sanciona en el artículo 1228 del Código civil español.

(LXXXV.) Creemos perfectamente aplicable á España la interpretación que se consigna en este número en vista del citado artículo 1228 del Código civil.

(LXXXVI.) Lo mismo sucede en España, con arreglo á la disposición contenida en el párrafo segundo del artículo 1225, que parece ser copia de la del Código italiano, citado por el autor.

TÍTULO V.

De la prueba testifical.

CAPÍTULO PRIMERO.

GENERALIDADES.

149. Pasó ya el tiempo en que la prueba testifical era la preferida por el legislador, fundándose en aquel principio: *in ore duorum vel trium stat omne verbum*. Hoy la prueba testifical no constituye la regla, sino la excepción. Los testigos no son admitidos á probar las convenciones pactadas entre las partes, salvo en los casos señalados por la ley. Tal es el principio en que aparece inspirado el Código vigente.

No quiere esto decir, como por algunos se ha pensado, que presuponga el legislador la mentira y el fraude en las declaraciones de los testigos, por lo que procura mantener á cierta distancia de los juicios semejante género de prueba. Puede, en algunos casos, desconfiarse de la prueba oral, ya en virtud de la cuestión que se debate, ya en vista de las condiciones de la persona del testigo; pero tales deficiencias no pueden elevarse por el legislador á regla general,

supuesto que una ley fundada sobre la *inmoralidad presunta* de los ciudadanos, es algo que tiene todo el aire de una monstruosidad, y por tanto incompatible con la civilización de los tiempos en que vivimos.

Mejor, pues, se puede asegurar que la prohibición legal se funda en el interés que la sociedad tiene de que los derechos de los particulares sean ciertos fijos, no dependientes de la frágil memoria de los testigos, ó de su ignorancia respecto de la voluntad de los contratantes. En los asuntos civiles ocurre con frecuencia que los testigos son llamados á deponer mucho tiempo después que los mismos se han verificado; en tal supuesto, ¿quién garantizará que los testigos recuerden todas y cada una de las circunstancias, y que no se haya escapado á su memoria alguna, acaso interesante, en el proceso? Muchas veces no les es dado á los testigos interpretar exactamente la voluntad de las partes, y en tal caso, las circunstancias especiales revisten para ello una importancia, que varía según el diverso concepto que del asunto se han formado. Llamados luego á deponer, es evidente que las circunstancias en que se han fijado, y el modo como lo han entendido, pueden fácilmente hacer que se atribuya á la parte una voluntad muy distinta. Preocupado el legislador con tales peligros, cuya consecuencia final es la incertidumbre de los derechos de los diferentes ciudadanos, ha prohibido la prueba oral, exceptuó en aquellos asuntos en que, teniendo en cuenta la claridad de los mismos, el tiempo limitado en que se realizan, se ha creído que no hay, respecto de ellos, los inconvenientes que en los otros se ofrecen. Excluyendo de los juicios la prueba oral, el legislador logra el doble fin de obligar á los ciudadanos

á procurarse una prueba cierta de sus derechos, y de hacer más expeditos y fáciles los litigios, evitando los retardos y las incertidumbres, que la mayoría de las veces constituyen el único resultado de la prueba testifical.

«El peligro de encontrar testigos complacientes antes que verídicos, dice el Preámbulo con el cual el Ministro de Justicia presentaba al Senado el proyecto del libro tercero del Código civil, ha hecho que la prueba testifical se haya mirado generalmente por los legisladores y magistrados con desconfianza. Tal peligro no puede decirse que ha desaparecido en el estado actual de la sociedad.

»Por otro lado, aun suponiendo los testigos concienzudos, la limitación de la prueba testifical se ofrece clara. La memoria débil del hombre, las expresiones dudosas adoptadas por las partes, la materia misma de las convenciones que puede ser complicada, hacen incierta é insegura dicha prueba. Quien quiera que tenga alguna práctica de las cosas forenses, ha tenido que reconocer que las deposiciones de los testigos no concuerdan siempre, y á menudo se contradicen». (LXXXVII.)

150. La prueba por medio de testigos es una de aquellas que el juez no puede decretar de oficio, como puede decretar de oficio la pericial, una inspección ocular, ó deferir un juramento supletorio. Tal resulta del texto y del espíritu de la ley; del texto, porque disponiendo el Código de procedimiento civil sobre las formas á que ha de acomodarse la práctica de semejante prueba, no concede al juez la facultad de ordenarla de oficio; realmente, exigiendo que la parte que la pide formule el interrogatorio de preguntas que á los testigos deben

hacerse, excluye la hipótesis de que el juez puede decretarla de oficio. Por otra parte, dado que el legislador no mira con gran entusiasmo este medio de prueba, resultaría ilógico si á pesar de eso concediese al juez la facultad de decretarla de oficio, cuando la mayoría de los litigantes no manifiesta la necesidad de acudir á ella. Si ninguna de las partes aduce testigos aun en el caso de ser admisibles, ya indica esto que la prueba testifical les falta; y en tal supuesto, ¿cómo ordenar de oficio una información testifical?

Sin embargo, si el juez no puede decretar de oficio semejante medio de prueba, en cambio puede, cuando alguna de las partes lo hubiese propuesto, determinar mejor su objetivo y fin, modificando los interrogatorios presentados.

«Si el Tribunal ha creído proceder bien al admitir la prueba, señalando el fin que debía proponerse para que resultase eficaz, ha obrado dentro de su competencia, no pudiendo por esto censurar que haya decidido *extra ó ultra petita*. La instrucción del pleito se hace ciertamente por las partes, y ellas son las que atienden á la formación y reunión de las pruebas. Pero todo esto se cumple bajo la superior dirección de la autoridad judicial, la cual debe velar ante todo por la eficacia y oportunidad de la prueba misma, evitando dispendios inútiles é impidiendo que los juicios resulten difíciles, intrincados y eternos. Ahora bien; no ha salido de estos límites el Tribunal, cuando al admitir la prueba testifical propuesta indica el sentido que debe seguir para lograr su objeto pronto.

»Considerado este punto especial de la cuestión en su verdadero aspecto, se comprende inmediata-

mente que no tiene nada que ver con él, ni la necesidad de articular específicamente los hechos, ni el modo de practicar la prueba, ni la decisión *ultra ó extra petita*, ni el equilibrio que el juez debe guardar ante las partes» (1). (LXXXVIII.)

151. Son objeto de la prueba oral los hechos determinados y concretos, que quien propone semejantes medio de instrucción debe articular específicamente. Apreciar los hechos mismos, es de la competencia del juez, no del testigo que debe tan sólo narrar cuanto ha caído bajo la acción de sus sentidos; así no puede el juez admitir una información testifical que tenga por objeto, antes que los hechos materiales, juicios y apreciaciones de aquellos que son llamados á deponer.

«Es un principio indiscutible de derecho probatorio, tanto según la ley anterior, cuanto según la nueva legislación y jurisprudencia, que la prueba por testigos no puede versar más que sobre hechos y cosas que puedan caer bajo la acción de los sentidos, y los cuales se hallan deducidos expresamente en los interrogatorios propuestos, no sobre creencias, intenciones, apreciaciones, y mucho menos sobre argumentaciones y juicios jurídicos, que constituyen en rigor la verdadera y propia misión del juez» (2).

No se puede, pues, admitir una prueba testifical que tienda á demostrar que una cosa dada pertenece á uno y no al otro de los litigantes. «Oportunamente advirtieron en primera instancia, afirma el Tribunal de Apelación de Génova, como el dicho de

(1) Tribunal de Casación de Roma de 18 de Junio de 1882, xxxiv, I, 1, 29.

(2) Tribunal de Apelación de Venecia de 28 de Febrero de 1873, xxv, II, 124.

que una cosa es propiedad de una de las partes, se resuelve en una apreciación jurídica que no puede ser dejada á la conciencia de los testigos. Es función propia de éstos afirmar ó negar hechos, no decidir sobre las condiciones jurídicas de una cosa.

»Hacer decir á los testigos que una cosa es propiedad de una persona, cuando acerca de esta propiedad es precisamente sobre lo que recae el debate, sería dejar que ellos decidieran lo que sólo puede ser decidido por la autoridad judicial» (1).

De igual manera, la prueba oral no puede admitirse para que los testigos afirmen si es legítima una posesión dada; sólo puede admitirse sobre aquellos hechos materiales de los cuales el juez debe inducir los fundamentos para decidir respecto de la legitimidad de la posesión controvertida.

«Considerando, que la posesión es un nombre genérico, un resultado de varios hechos específicos y concretos, la posesión debe ser legítima, y la ley misma determina sus caracteres; así la posesión con valor para hacer al poseedor adquirir un derecho real, implica la idea de actos exteriores y precisos, practicados por el pretendiente, y un concepto jurídico acerca de la índole y el valor de los hechos mismos; de donde resulta la consecuencia de que si los primeros pueden ser objeto de prueba testifical, en cuanto son materiales y sensibles, no ocurre lo mismo con el concepto jurídico que compete exclusivamente al juez» (2).

Tampoco es admisible la prueba oral para estable-

(1) Decis. de 21 de Noviembre de 1876, **xxix**. II, 242.

(2) Tribunal Supremo de Turín, 3 de Julio de 1874, **xxvi**, I, 722.

cer la bondad ó el precio de un trabajo dado, y la cualidad de los materiales empleados. Acerca de esto, dice lo siguiente el Tribunal de Apelación de Génova:

«Advierte el Tribunal, que si la deposición judicial de un testigo debe ser la relación de un hecho por el individuo que depone ocurrido ante él, ó por él oído, es evidente que en el actual litigio el individuo presentado debería referir que había visto mármoles trabajados de una determinada manera, ó bien que había oído que el precio exigido ó pagado por el trabajo era elevado, y no en relación con la calidad de la piedra y con la fatiga empleada para reducir el mármol á la forma en que el testigo vió ú oyó que aquél había sido reducido.

»Ahora bien; no es esto lo que se cree probar con el capítulo presentado por Nali, sino que el mármol era de mala calidad, que había sido malamente trabajado, que el trabajo hecho no correspondía al diseño, y que el precio exigido era exagerado, dada la piedra y el esfuerzo empleado; la relación que el individuo habría de hacer, dadas las preguntas, sería sin duda la expresión de un juicio personal, que tiene por base la inteligencia del individuo interrogado, y la mayor ó menor satisfacción que puede haber experimentado al contemplar los objetos elaborados, todo lo cual depende de los conocimientos de que el individuo puede estar adornado, resultando así que el juicio emitido se refiere al valor de aprecio que en su concepto debiera atribuirse y atribuiría á la obra si él quisiera adquirirla.

»No todos los individuos capaces de referir que han visto á un mismo objeto, se encuentran dotados de igual inteligencia ó provistos de los suficientes conocimientos para que el objeto se estime por todos de

igual manera; y así resultaría que interrogados en la forma que Nali presenta, los testigos revelarían en sus respuestas la expresión de su pensamiento personal, de su juicio relativo, no consignando la mera relación del hecho, sobre la cual se debe fundar la sentencia de los jueces.

»Para apreciar las cosas que forman el objeto de las deducciones de Nali, serían preciso respuestas de personas inteligentes en la materia, con conocimientos especiales sobre precios y defectos del mármol, modo de elaborarle y de darle forma agradable, según el uso á que se le destine, y también que supieran indicar el precio correspondiente al valor de la piedra, al esfuerzo hecho para trabajarla y al tiempo empleado en su elaboración» (1).

Al no permitir que los testigos expongan sus juicios y apreciaciones, debe advertirse la necesidad de evitar el extremo opuesto, muy peligroso.

Hay juicios y apreciaciones propias de quien quiera que tenga discernimiento, que surgen espontáneos, sin presuponer en el sujeto especiales conocimientos ó aptitudes; prohibir á los testigos semejantes juicios equivaldría á inutilizar en absoluto la misma prueba testifical.

«Así como los peritos ante hechos que á su presencia se ofrecen, emiten á veces juicios sobre sus circunstancias al modo que lo harían los testigos, así ocurre también que un testigo, á más de referir las puras circunstancias *de visu et de auditu*, expone su personal criterio, dando ciertas explicaciones para determinar adecuadamente el hecho en su material causalidad y en sus consecuencias. Queda, sin em-

(1) Decis. de 15 de Marzo de 1890, xvii, II, 597.

bargo, reservado al Juez apreciar estas explicaciones á la vez que las deducciones periciales *secundum acta et probata*, teniendo en cuenta los demás resultados del litigio, y en especial las circunstancias del hecho mismo, manifestadas de algún modo, y las deducciones de las partes» (1). (LXXXIX.)

152. Debiendo tener por objeto la prueba oral hechos determinados y concretos, está dispuesto que quien la invoca debe deducir específicamente los hechos sobre los cuales ha de recaer el examen. En esta prescripción se procura atender á dos fines igualmente esenciales. El primero consiste en determinar bien el objetivo de la prueba, de modo que las indagaciones é interrogatorios de los testigos se ciñan á él; el otro consiste en colocar á la parte contraria en la situación de apercibirse á la propia defensa, procurando testigos que desmientan el hecho mismo. Infiérese de esto, que si del examen verificado resultase un hecho distinto del que se propone en el articulado, el juez no puede tenerlo en cuenta para nada; ya porque desaparecería la garantía que la ley ofrece con el fin de asegurar la sinceridad del examen, ya porque los resultados de mero hecho son para la otra parte una verdadera sorpresa, de la cual no consiente la ley que resulte víctima (2).

Mucho menos atendible sería aún el mero hecho surgido de las deposiciones testificales, si por acaso no fuese admisible tal género de prueba respecto del mismo, no pudiendo invocarse para hacerla valer

(1) Tribunal de Apelación de Venecia de 21 de Diciembre de 1881, xxxiv, II, 133.

(2) Tribunal de Apelación de Turín de 21 de Febrero de 1870, xxii, II, 150.

frente al juez, la autoridad de la decisión, en virtud de la cual la prueba ha sido admitida.

«No es en realidad exacta la teoría de la cosa juzgada, sobre la admisibilidad de la prueba testifical, cuando proviene del autor y ha sido admitida, en el caso en que por los resultados de la práctica de la prueba se pudiese en claro un hecho que si ha sido revelado como verídico por el autor, no hubiera sido posible la realización de dicha prueba, respecto de él.

»Sería, después de todo, este, el medio más cómodo para hacer admisible en todo caso la prueba, excepcionalmente admitida por la ley, pues bastaría falsear el hecho generador de la obligación para obtener la prueba, no pudiendo oponerse el demandado que niega ó encuentra oportuno negar la causa de la obligación misma, y encontrándose sin la garantía legal suficiente.

»En segundo lugar, faltan por completo los extremos jurídicos de la cosa juzgada, para inducir que existan en la decisión que dispone la prueba, aun cuando se practique sobre hecho distinto.

»La cosa juzgada se tiene indudablemente, tan sólo, respecto de lo que fué deducido y discutido. Es éste un teorema jurídico irrefutable. Y de él se infiere la consecuencia de que la admisibilidad de la prueba reviste aquel valor con relación al hecho deducido, y sobre el cual se ha dispuesto, no con relación al otro, no deducido ni dispuesto para ser probado.

»Si, pues, este hecho resultase, y se encontrase que respecto de él la prueba no era admisible, no podría invocarse como cosa juzgada la decisión que hubiese admitido la prueba, quedando esta

misma infecunda y sin eficacia jurídica.» (1). (XC.)

153. Debiendo los hechos sobre los cuales ha de recaer el examen, articularse, y no pudiendo articularse ó especificarse más que lo que es concreto y determinado, se infiere que sobre hechos vagos ó indeterminados no puede admitirse la prueba oral.

«Se pretende que la falta del articulado específico no sería una buena razón para rechazar la prueba, afirmando ser un hecho único, bien especificado y determinado el de la triste condición económica de Boracchi. Semejante censura no tiene consistencia ante el juicio contrario del juez, apareciendo por otra parte bien claro que no se proponía la prueba sobre un hecho específico, sino sobre un concepto genérico, que requiere ser explicado especificando en sus circunstancias. Los hechos que se quieran probar por medio de testigos deben ser deducidos en artículos separados específicamente. Así lo dispone el artículo 229 del Código procesal civil. La razón de éste está en el derecho de la parte contraria á conocer con especialidad los hechos y sus circunstancias particulares á fin de combatirlos eficazmente, lo cual no es posible cuando se enuncian hechos vagos y generales, cuya explicación se debe esperar para el momento en que los testigos los analicen en todas sus particularidades. Faltando la especificación de los hechos, falta el elemento que constituye la esencia del acto formal para proponer la prueba, y se presenta un motivo legítimo para rechazarla, sin necesidad de sanción expresa de la ley» (2).

(1) Tribunal de Casación de Nápoles, 24 de Enero de 1889, xli, 1, 1, 390.

(2) Tribunal de Casación de Nápoles, 24 de Enero de 1889, xli, 1, 390.

«Si es cierto que para la admisión de los artículos de prueba no hace falta que en ellos se indiquen las circunstancias secundarias, es indispensable que se determine de un modo claro é inequívoco las circunstancias esenciales y decisión del litigio» (1). (XCI).

154. La falta de probabilidad de que los hechos hayan ocurrido según aparecen articulados, ó la dificultad de lograr un buen éxito en su prueba, ¿son razones suficientes para declarar inadmisibile la prueba testifical?

La dificultad con que una prueba tropieza para ser practicada y lograr su fin, no es, ni puede ser motivo justo para rechazarla.

«Por difícil que resulte la prueba testifical, no debe el juez preocuparse del éxito de las preguntas, sino tan sólo de que se verifique» (2).

El que haya transcurrido mucho tiempo desde que han acaecido los hechos especificados no es razón suficiente para rechazar la prueba oral presentada acerca de los mismos, á causa de la dificultad de encontrar testigos. «El juez inferior rechaza el invocado medio de prueba, teniendo en cuenta que sería *obra peligrosa é inútil* admitirlo, aun cuando todavía hubiese personas capaces, después de pasado medio siglo, de recordar y precisar con todo detalle el número, calidad y valor de los diferentes objetos muebles, utensilios, y de los créditos dejados por el difunto Benito Giovannola.

»Resulta aquí bien de manifiesto que el peligro y

(1) Tribunal de Casación de Florencia, 26 de Mayo de 1884, xxxvi, 1, 1, 370.

(2) Tribunal de Casación de Turín, 29 de Enero de 1889, xli, 1, 1, 148.

la inutilidad de la prueba se hace depender del largo tiempo transcurrido, deduciéndose de esto por una especie de adivinación su ineficacia.

»Partiendo, sin embargo, de este concepto, el Tribunal ha venido á desconocer y á violar los principios y los criterios bajo que debe ser regulada la prueba testifical, la cual no puede ser rechazada sino cuando no sea admisible según la ley, ó bien cuando los hechos que se sometan á la prueba no sean por sí mismo concluyentes para establecer lo que está en la intención del que la presente.

»Nunca, en verdad, puede ser tal prueba rechazada en virtud de un inoportuno juicio anticipado sobre la mayor ó menor seguridad del éxito, y á causa de la antigüedad de los hechos que se intenten probar.

»Después de todo, los hechos, aunque sean remotos, pueden ser bien confirmados de una manera ya directa, ya indirecta, por testimonios *de præsenti*, y sólo del tenor de los mismos se podrá inferir si la prueba ha logrado su objeto.....

»Y no valdría para apoyar la sentencia del Tribunal, aducir que al calificar de inútil la prueba ofrecida por el recurrente, ha emitido un juicio y apreciación por sí mismo incensurable, toda vez que las apreciaciones judiciales deben ser motivadas, y así debe afirmarse que la que aquí se examina sólo hubiera podido sustraerse á la censura, cuando el Tribunal hubiese indicado que los hechos que se querían probar eran por sí ineficaces y sin importancia para lograr el fin deseado, cual es la falsedad del inventario y el dolo y el fraude de José Giovannola en la renuncia subsiguiente. Ó bien que en vista de lo actuado, y por otras fuentes, se hubiese formado en él el

convencimiento de que no hay la falsedad y el fraude que se acusan» (1).

El principio no puede ser más exacto. Que el juez debe reconocer la pertinencia y procedencia de los hechos articulados, antes de admitir el medio de prueba invocado, está fuera de duda, porque no es lícito á nadie alargar un juicio fatigando al contrario, proponiendo diligencias inútiles y sin valor. Dada, sin embargo, la pertinencia de los hechos articulados, es totalmente arbitrario rechazar el medio propuesto porque sea difícil alcanzar con él el fin que se persigue. Supuesto el juicio, si el fin de la prueba se logra ó no, es cosa que no puede lógicamente decidirse *à priori*; hacerlo, equivale á decidir sin conocimiento de causa. Además se va derechamente contra la ley, toda vez que ésta determina taxativamente los casos en los cuales la prueba testifical no puede admitirse, y entre ellos no se comprende el de la dificultad para alcanzar su fin; negar, pues, en este supuesto el medio de prueba, vale tanto como ampliar la limitación de la ley, lo que no está permitido al intérprete.

Y no es esto todo. Si se reconociera en el juez el poder de rechazar la prueba, porque sea difícil su éxito, se llegaría lógicamente á admitir, que invocado un medio de prueba, el que tal hace debe demostrar no sólo su eficacia, sino que logrará conseguir el intento, practicando el medio de prueba propuesto; pues no dándose tal demostración, cabe siempre creer siempre que hay dificultad en aplicarlo, y el juez podría, cuando le acomodase, no permitir á la parte

(1) Tribunal de Casación de Roma, 15 de Diciembre de 1885, xxxviii, 1, 1, 709.

verificar su intento. Lo ilógico y arbitrario de todo esto es tan claro que cualquiera lo ve.

155. Si los testigos deben ser interrogados sobre hechos específicamente deducidos, no es necesario, para la admisibilidad de la prueba, que se hayan realizado á la vista de los testigos, los cuales no hacen fe por propia ciencia, siendo así admisibles los testigos para deponer sobre circunstancias ó sobre hechos que hayan oído referir á otros.

«Considerando que, dada la admisibilidad de la prueba testifical y de las personas que se presentan á suministrarla, la ley no prescribe regla alguna á la cual deban someter los jueces su conciencia sobre los resultados de las mismas, ni menos determinar el valor de la prueba para testigos *ex auditu*.

»Por tanto, habiendo el Tribunal admitido una prueba con el examen de los testigos, los cuales referían lo dicho por otras personas presentes al contrato, no ha violado las normas legales que sigue la prueba» (1).

A la prueba *ex auditu* se acude siempre que ocurre demostrar hechos muy antiguos, usos y costumbres introducidos en una localidad dada; quedando á salvo siempre la facultad del juez de apreciar concienzudamente el dicho de cada testigo que depone sobre cosas y hechos referidos por otro, no puede declararse *à priori* inadmisibile la prueba *ex auditu*.

«Toda prueba que no sea ilegal ó improcedente debe ser admitida, dejando luego al juez apreciar la importancia de los resultados.

»Considerando que el Tribunal de Teramo re-

(1) Tribunal de Casación de Turín, 18 de Mayo de 1870, xxii, 1, 509.

chazó la prueba testifical pedida para demostrar el larguísimo tiempo durante el cual los ascendientes poseyeron la tierra en cuestión, sólo porque estos testigos no podrían deponer más que de oídas, no mereciendo atención alguna tal manera de probar.

» Semejante razonamiento se opone á lo dispuesto por la ley, la cual, al estatuir respecto de la prueba testifical, fija los límites dentro de los cuales puede ser admitida respecto de las convenciones, y prohibiéndola, por lo general, con relación á las modificaciones de los documentos, la deja intacta para demostrar toda otra clase de hechos.

» Por donde, supuesto que en el caso presente la prueba de la posesión propuesta por medio de testigos, es prueba admitida por la ley, la sentencia que la rechaza, fundada en su ineficacia, contiene un error de derecho, y debe ser anulada» (1).

156. Apreciar el dicho de los testigos, prestar fe á los mismos ó negársela, según las circunstancias, compete exclusivamente al juez; así, pues, su juicio en este asunto no puede ser modificado por el Tribunal Supremo.

«Es inherente á la función del juez, y constituye uno de sus deberes, ponderar el dicho de los testigos, y, ante el contraste de opuestas declaraciones, indicar lo resultante de la prueba, no sólo en el número, sino en el contexto de los mismos y en la generalidad de los deponentes.

» Que si no está prohibido al juez considerar, según las circunstancias, lo dicho por los testigos que han merecido la calificación de sospechosos, con mayor razón debe ser libre para apreciar en conciencia

(1) Decis. de 23 de Noviembre de 1876, **XXIX**, 1, 197.

tal género de pruebas en el caso en que no ofrecen objeción alguna; por todo lo cual, el Tribunal de Apelación, al reputar como previamente concertadas las deposiciones de los testigos de la recurrente, no ha podido violar ley alguna» (1).

«Resultando que el Tribunal sólo se negaba á dar fe al testigo único presentado por el actor, porque él mismo, en su cualidad de hermano de la demandada, podía ser sospechoso, y en cuanto que la razón de la sospecha se agravaba, teniendo presente que se refería á un litigio injusto que se sostenía contra la hermana.

»Que la apreciación de la prueba y de la fe debida á los testigos, corresponde exclusivamente á los jueces del caso.

»Que, según esto, al prescindir el Tribunal, por la circunstancia dada, de la declaración de un hermano que se presenta como testigo contra su hermana, ha hecho uso de una facultad que la ley deja á su prudente arbitrio, muy lejos de violar la ley, no ha hecho más que aplicarla rectamente» (2).

El juez no se halla sometido al formar su juicio, á la condición del número mayor ó menor de testigos; así como puede dar fe á un solo testigo, así puede negarla á la conjunción ó acuerdo de más testigos, si es que se ha convencido, que por razón del interés que en el litigio pudieran tener, por su calidad ó por cualquier otro motivo, no debían merecer fe sus declaraciones (3). (XCII.)

(1) Tribunal de Casación de Turín, 23 de Marzo de 1858, x, 1, 230.

(2) Tribunal de Casación de Turín, 5 de Mayo de 1858, x, 1, 364.

(3) Tribunal de Casación de Turín, 23 de Julio de 1855, vii, 1, 670.

NOTAS Y ADICIONES.

(LXXXVII.) Aun cuando la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo ha decidido que la colocación ú orden con que aparecen enumerados en el artículo 578 de la ley de Enjuiciamiento civil, los diferentes medios de prueba no determinan el valor relativo de los mismos, ni suponen preferencia alguna entre ellos, por donde atribuye á la prueba testifical la misma eficacia que á las otras maneras de justificación de los actos jurídicos, es lo cierto que el nuevo Código civil parece relegarle al último lugar, si bien no se atreve á romper abiertamente con la ley 1.^a, título 16, partida 3.^a, que dice de ella: «que se sabe la verdad por su testimonio, que en otra manera sería escondida muchas veces.» No contento el legislador con prevenir en la última parte de la base 19 de la ley de 11 de Mayo de 1888 que «se fijaran, en fin, principios generales sobre la prueba de las obligaciones, cuidando de armonizar esta parte del Código con las disposiciones de la moderna ley de Enjuiciamiento civil, respetando los preceptos formales de la ley notarial vigente, y fijado un máximum, pasado el cual toda obligación de dar ó de restituir, de constitución de derechos, de arrendamiento de obras ó de prestación de servicios, *habrá de constar por escrito para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento ó ejecución*, reduce hasta un punto extremo el medio de prueba testifical, como lo demuestra el artículo 1280 que determina los actos ó contratos que *deberán* constar en documentos públicos, y por último, lleva su desconfianza hacia la prueba de tes-

tigos, al punto que señala el artículo 1248, cuando al fijar la fuerza probatoria de sus declaraciones, previene *«que se cuide de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, á menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados ó algún principio de prueba por escrito.»*

(LXXXVIII.) Igual doctrina se puede sostener en España al tenor del artículo 230 (ya copiado) y de los 638, 639 y 641 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los cuales se fija cómo se puede presentar y practicar la prueba de testigos por las partes, y la intervención que en ello toca al juez.

(LXXXIX.) Idéntica es la doctrina jurídica admitida en España. Dedúcese ésta de la letra del segundo párrafo del artículo 638 de la ley de Enjuiciamiento civil. «Estas preguntas, dice, se formularán con claridad y precisión, numerándolas correlativamente y concretándolas á los hechos que sean objeto del debate. «Además, entre otras sentencias que comprueban este criterio legal, citaremos las del 28 de Febrero, 9 de Abril, 19 de Diciembre de 1861, 20 de Febrero de 1869, 11 de Mayo de 1870 y 22 de Diciembre de 1877, en las cuales se advierte *«que en las cuestiones de hecho debe estarse á la apreciación que de la prueba testifical haga la Sala sentenciadora.»*

(XC.) Según el artículo 638 de la ley de Enjuiciamiento civil: «Al escrito solicitando la admisión de este medio de prueba (testigos), se acompañará el interrogatorio que contenga las preguntas á cuyo tenor hayan de ser examinados los testigos..... Estas preguntas se formularán con claridad y precisión, enumerándolas correlativamente y concretándolas á

los hechos que sean objeto del debate»: el 639 de la misma ley dispone, «que el juez examinará el interrogatorio y admitirá las preguntas que sean pertinentes, desechando las que estime no serlo». Véase también el artículo 641 referente á los interrogatorios de repreguntas.

(XCI.) Véanse los mismos artículos citados en la nota anterior.

(XCII.) Coincide con el criterio legal dominante en España. (Véanse el artículo 1248 del Código civil y el 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, que han venido á recoger la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo.) Entre otras, son notables las Sentencias de 27 de Marzo de 1865 y 3 de Abril de 1868, que establecieron «que nunca se ha reconocido como principio de derecho que los jueces deban atenerse para la calificación y apreciación de la prueba al número de los testigos presentados, sino al valor que merezcan sus dichos con arreglo á la ley 41, título 16, Partida 3.^a», y la del 15 de Junio de 1864 que consigna la doctrina siguiente: «que cuando la ley dispone que la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos sea apreciada según las reglas de la crítica racional, no imponen á los jueces y tribunales el deber de contar, sino el de pesar los testimonios, dejando libertad prudente y racional para formar su convicción.»

CAPÍTULO II.

INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ORAL EN CONTRA
Ó PARA FAVORECER LA ESCRITA.

157. No será admitida la prueba testifical, dice el artículo 1341, de una convención sobre objeto cuyo valor pase de quinientas liras, aunque se trate de depósito voluntario. Tampoco se admitirá semejante prueba contra ó á favor de la convención escrita, ni sobre lo que se alegue como dicho antes, simultánea ó posteriormente á la misma, aun en el caso de tratarse de suma ó valor menor de quinientas liras.

En el informe ministerial que acompañaba la presentación al Senado, del proyecto del libro tercero del Código civil, se lee lo siguiente:

«El Código francés no admite la prueba testifical, sino hasta el valor de ciento cincuenta liras. El de las Dos Sicilias límitala á cincuenta ducados. En el Código sardo se permite hasta trescientas. El Código de Parma no contiene limitación alguna á la prueba testifical por razón del valor.

»En el proyecto se admite la prueba testifical hasta el valor de quinientas liras. Teniendo en cuenta el valor relativo de la moneda desde el tiempo en que fué publicado el Código francés, y el

de las Dos Sicilias y el sardo, la suma de quinientas liras corresponde actualmente á la de ciento cincuenta, ó á los cincuenta ducados, ó á las trescientas liras, de los diferentes Códigos citados.

»Todos ellos, sin embargo, rechazan la prueba testifical, sea en contra, sea en pro del contenido del documento, y sobre lo que se hubiese dicho antes, simultánea ó posteriormente á él, sea cual fuere el valor del litigio.

»Desde el momento en que las partes han creído necesario formalizar un escrito para consignar sus relaciones jurídicas sobre un determinado objeto, la modificación de estas relaciones no puede ser probada sino por documento, ó por la confesión misma de las partes; admitir en este caso la prueba testifical contra la escrita ó en pro de la misma, es como querer volver sobre la misma dificultad que las partes han querido evitar formalizando su escritura.»

La prohibición de la prueba oral es, por tanto, doble; por razón de la materia, y por razón del valor. Hablaremos de cada una por separado; entre tanto conviene tener presente lo que es común á ambas limitaciones. (XCIII.)

158. La prohibición de la prueba oral, sea por razón del valor, ó por la materia, es de orden público no pueden derogarla las partes. Si una prueba testifical fuese practicada mediante acuerdo entre las partes, en un caso en que la ley la prohíbe, el juez no puede ni debe tenerla en cuenta para nada.

«Considerando que sólo por motivos de orden público no permite el legislador la prueba testifical para las convenciones, restringiéndola á aquellas cuyo objeto no exceda de quinientas liras, á no ser que existiese ya un principio de prueba escrita:

encontrándose la razón de semejante prohibición en la poca seguridad que presentan de suyo las declaraciones orales, por la frecuencia con que aparecen los testimonios opuestos sobre un mismo hecho, y más aún por lo poco favorable de las condiciones morales á la sinceridad de las deposiciones.....

»Que ese sin duda, ha sido el concepto del legislador al hacer tal prohibición, se infiere de las precauciones por él tomadas, hasta impedir que se pudiese eludir de un modo indirecto, y especialmente de lo imperativo de los términos empleados al prescribirle.

»En efecto, en el artículo 1331 y en los siguientes del Código, está escrito que no se admite ni puede admitirse la prueba testifical; términos éstos que de modo absoluto é incondicional sancionan una prohibición, no sólo respecto de las partes, sino en cuanto al juez. El cual, fuera de los casos en que la ley permite la prueba testifical, tiene la obligación de rechazarla aun estando de acuerdo las partes para admitirla; pues no es lícito que con acuerdos privados se deroguen leyes que atienden al orden público» (1).

«Y no se diga que en el Código procesal civil vigente no aparece reproducida la disposición del artículo 295 del de 1859, que expresamente estatúa que no se tuvieran en cuenta los exámenes que por acuerdo de las partes se hubiesen verificado en hechos, sobre los cuales la ley prohíbe la prueba testifical; porque la razón de omisión semejante encuentra sin suponer una desaprobación de tal

(1) Tribunal de Casación de Turín de 24 de Mayo de 1884, **xxvi**, 1, 1, 486.

principio, si se reflexiona que, de un lado no es á la ley ritual, sino á la civil, á la que corresponde determinar el valor y la admisibilidad de las pruebas, y los efectos del consentimiento de las partes, y que de otro, puesto el principio de que la prohibición expresa es de orden público, de suyo se infiere, sin necesidad de declaraciones especiales, que no se podrá variar por el mero acuerdo entre las partes.

»Se arguye que el peligro del soborno de los testigos y los inconvenientes que trae consigo la prueba testifical, desaparecen desde el momento en que la parte contraria renuncia á su derecho y demuestra no tener miedo á tales inconvenientes. Pero cuando la razón histórica y la letra de la ley demuestran claramente que ésta obedece á consideraciones de interés general, no es lícito ponerse en lugar del legislador para imprimirle el carácter de una disposición privada. El raciocinio aducido podrá tener un valor en abstracto, pero no tiene ninguno ante la ley positiva; no es además conciliable con los términos absolutos de la ley; en rigor, antes que la voluntad de las partes, debe ser respetada la voluntad del legislador» (1).

De la misma opinión es el Tribunal de Casación de Roma.

«Resulta, dice, que el Tribunal ha declarado admisible en el caso de autos la prueba testifical, fundándose en el consentimiento prestado por las partes, y en otros términos, ha estimado que la prohibición de la ley se ha inspirado en consideraciones de interés privado, que aconsejan callar cuando el inte-

(1) Tribunal de Casación de Turín de 2 de Marzo de 1888, xxxv, 1, 1, 480.

resado no quiere aprovecharse de ella. Verdad es que ante la gran divergencia de doctrinas y de sentencias, la solución no puede encontrarse sino en virtud del estudio de las razones que han aconsejado, con relación á las obligaciones, poner un límite á la libre indagación de su existencia.

»Las deficiencias achacadas á la prueba testifical, son antiguas: en la formación sucesiva de las legislaciones, aun en aquellas más propicias al sistema de la prueba moral, aquellos temores nunca han dejado de sentirse; si bien se puede decir que han sido heredados por los Códigos más recientes. Y tales sospechas tienen su raíz en el temor tradicional de que los grandes valores que constituyen los objetos de los contratos, y respecto de los cuales se litiga, puedan servir para inducir á la mentira á los testigos, como consecuencia de indignos pactos estipulados con las partes interesadas.

«Ahora bien; es cosa clara que esta solicitud legislativa, para prevenir semejantes censurables convenios, toda vez que viene aconsejada por conveniencias de carácter público, no debe desaparecer ante el asentimiento de una parte ó demasiado confiada ó poco provisorio. Y si en lugar de atender á esto, se atiende á la necesidad de evitar los litigios y de aclarar y precisar las relaciones jurídicas, para definir las seguramente en los juicios, la virtud de la prueba documental, cuando es posible, resulta tan evidente, que no hay manera de defender que la voluntad de las partes derogue la prohibición del artículo 1341 del Código civil» (1).

(1) Tribunal de Casación de Roma de 9 de Noviembre de 1887, XL, I, 1, 119.

Ni aun cuando en el supuesto del consentimiento de las partes, se hubiese dictado la admisión de la prueba oral, puede tenerse ésta en cuenta, no obstante haberse practicado, siempre que se trate de un caso en que la ley la prohíbe.

«El juez, dice, que habiéndose acordado esta prueba en virtud de decisión consensual, pronunciada por el pretor, con acuerdo de las partes, decisión que no había sido apelada en tiempo hábil por ninguna de ellas, reviste la autoridad de la *re judicata*, derogando el art. 1341 del Código civil, que prohíbe la prueba testifical sobre contratos acerca de valor superior á 500 liras, sugiriendo así que la cosa juzgada legitima aquello que en sí no es legítimo.

»Semejante principio se opone á una de las doctrinas más elementales de derecho, y á la vez va contra la más constante jurisprudencia. Está, en efecto, fuera de duda, que el sistema probatorio atiende imperativamente á necesidades de orden público. Y así debe ser considerada en su génesis y fin la prohibición de probar por testigos un convenio superior á 500 liras, según dispone el artículo 1341, del cual son complemento y garantía los artículos siguientes, relativos á excepciones especiales, entre los cuales está el artículo 1344, que, para impedir toda duda, prohíbe precisamente dicha prueba, aun para suma menor de 500 liras, cuando éstas resulten como residuo ó parte de un crédito mayor no probado por escrito. Sostener, pues, como el Tribunal sostiene, que una diligencia de admisión de prueba, apoyada sólo en el asentimiento de las partes, basta para sancionar sus efectos, aun á pesar de la prohibición legal, es desconocer el valor jurídico de aquella providencia. Cuando el pretor con una pro-

videncia á que asienten las partes, da lugar á una prueba, no por ello entra á conocer, respecto de si es ó no atendible, ni conocerá de esto porque las partes no hayan provocado una decisión judicial acerca del asunto. No hace más que sancionar un acuerdo, dejando *in dominio juris* la ulterior discusión de la eficacia jurídica de las pruebas que resulten. Por todo lo cual no puede decirse que la falta de reclamación imprime á una prueba así admitida la fuerza de la cosa juzgada. La imprimirá á la providencia en sí misma desde el punto de vista del procedimiento, pero no podrá evitar que se calcule el valor de la prueba, respecto de lo que la providencia no ha conocido ni ha podido conocer. Repetidas sentencias de este Tribunal confirman este mismo sentido» (1).

159. Si la prueba testifical fuese admitida por sentencia con fuerza de cosa juzgada, por no haberse impugnado en tiempo legal, ¿puede el juez, después que fuese practicada, conocer nuevamente de su admisibilidad, no teniéndola en cuenta para nada, cuando se hubiese convencido de que se trataba de un caso en que la prueba está prohibida por la ley?

«El Tribunal olvidaba que lo que en su origen es ilegítimo, por efecto de la sentencia, que adquiere fuerza de cosa juzgada, se hace legítimo; que la presunción relativa á que en la sentencia se contenga la verdad, no se puede rechazar sino por alguno de los remedios taxativamente indicados por la ley; que semejante principio ha adquirido en la vigente legislación una fuerza mayor, que, en fin, la presun-

(1) Tribunal de Casación de Turin de 12 de Febrero de 1889, *XLI*, 1, 1, 193.

ción legal, que reviste de una fuerza insuperable á la cosa juzgada, ha sido consagrada por la ley por motivos superiores de utilidad pública é interés general.»

Expuestas estas consideraciones, el Tribunal de Casación de Nápoles decidió, que admitida la prueba testifical por sentencia con autoridad de cosa juzgada, no puede ya plantearse la cuestión, discutiendo de nuevo la admisibilidad ó inadmisibilidad de la prueba misma, no quedándole al juez otro recurso que el de apreciar sus resultados (1).

«No puede ponerse en duda, dice el Tribunal de Casación de Turín, que el Tribunal desconoció la autoridad de la cosa juzgada. Apenas el actor se ofreció en primera instancia á probar por testigos la existencia de las servidumbres, y la verdad del contrato estipulado entre él y el demandado, éste opuso que la admisión de tal prueba está prohibida por la disposición de la ley, que no admite la prueba testifical sobre objeto cuyo valor exceda de 300 liras; disputóse sobre la aplicabilidad del artículo 1464, ante el pretor, el cual por sentencia vino á rechazar la excepción del demandado, admitiendo los artículos y disponiendo el examen.

«Se comprende perfectamente que desde el momento en que la prueba oral se había admitido con plena discusión y la oposición del demandado, y rechazado éste, ya no le era permitido al mismo que no había apelado de la sentencia del juez, suscitar de nuevo una cuestión ya definida y resuelta.

»Fuera de propósito resulta la cita del artículo 295 del antiguo Código procesal civil, porque este ar-

(1) Decis. 16 de Julio de 1881, xxxiii, 1, 1, 657.

título habla de los exámenes hechos con el asentimiento de las partes. El legislador no quiere dejar á la facultad de las partes el sustraerse á lo dispuesto por la ley, acordando verificar los interrogatorios de los testigos sobre hechos respecto de los cuales la ley prohíbe la prueba testifical; así, pues, aquella disposición legal no podía encontrar aplicación en el caso presente, mucho más cuando el mismo Tribunal reconoce que no sólo no se trataba de interrogatorios verificados por acuerdo entre las partes, sino que su admisión se había combatido civilmente por el demandado» (1).

Séanos ahora permitido observar, que el paso de una sentencia de admisión de prueba en autoridad de cosa juzgada, por efecto de la aquiescencia tácitamente prestada á la misma por la parte vencida, implica, sí, que la cuestión se ha de tener como bien resuelta, pero no en virtud de la aceptación de las partes litigantes, sino en virtud del vigor y de la fuerza legal de la cosa juzgada misma (2).

Si la sentencia, admitiendo la prueba oral y con autoridad de cosa juzgada no hubiere estatuido nada sobre la admisibilidad ó inadmisibilidad de la prueba misma, por no haberse presentado tal cuestión por ninguna de las partes, ¿impedirá aquella condición de la cosa juzgada que tal controversia pueda suscitarse ulteriormente? La negativa se ha sustentado por el Tribunal de Casación de Turín.

«El Tribunal, dice, ha admitido la prueba por testigos de la sociedad en participación, porque Ron-

(1) Decis. de 16 de Junio de 1869, XXI, I, 360.

(2) Tribunal de Casación de Nápoles, 3 de Abril de 1875, XXVII, I, 745.

coroni no se había opuesto á semejante prueba, porque la eficacia de los hechos articulados era manifiesta, y porque la prueba misma se presenta sin perjuicio de los derechos de las partes. La cuestión de si para la sociedad dicha, la formalidad de los documentos está ordenada *ad substantiam*, ó bien sólo *ad probationem*, y si en este segundo caso la prueba testifical se admite sin limitación alguna, ó bien sólo en los casos en que el Código civil lo permita, es cuestión nueva que Roncoroni ha propuesto por primera vez en la apelación, pero que no indicó en la primera instancia, no siendo tratada ni decidida por el Tribunal. Ahora, para que la cosa juzgada tenga el valor legal de una verdad intangible, se requiere que el punto de hecho ó el principio de derecho, por el juez declarado, haya sido objeto de controversia, y que el juez lo haya examinado y decidido con conocimiento de causa. Pero no hay cosa juzgada cuando no se contendió, ni el juez tuvo intención de decidir, limitándose á relatar la declaración de las partes, tomando nota, cuando éstas se refieran á relaciones de orden público.

»Cuando el Tribunal de Apelación admite sin examen una diligencia de la instrucción consentida por las partes y ordena la ejecución, la providencia tiene verdadera y propia naturaleza de una diligencia, al tenor de los artículos 51 y 181 del Código procesal civil, más bien que la de una sentencia; ni cambia de naturaleza la providencia sólo porque contra ella no se haya presentado oposición en forma.

»Resultando, que para hacer rechazar la excepción de la ilegalidad de la prueba testifical, no empece tampoco el asentimiento prestado por Roncoroni á

la admisión de la prueba, pues que si pueden las partes renunciar á las disposiciones y á las formas de carácter privado, no ocurre lo mismo con las de carácter público, siendo de esta naturaleza la disposición del artículo 1341.

«Resultando, que tampoco vale decir que el Tribunal admite la prueba de la sociedad por testigos, no sólo porque se había consentido por las partes, sino porque la eficacia é importancia de los hechos articulados era manifiesta. Y, en verdad, el punto del litigio no estaba en ver si los hechos aducidos fuesen por sí eficaces é importantes, sino en si la prueba de los hechos podría ser producida mediante testigos; de ahí que sea preciso no confundir una cuestión de hecho y de apreciación respecto del valor y la eficacia de los hechos que han de probarse con la cuestión de derecho referente á la legalidad del medio probatorio ofrecido; esto es, sobre la admisibilidad de la prueba testifical en los contratos de sociedad» (1).

Esta teoría no nos parece correcta. La razón aducida por la sentencia dictada, esto es, que la cuestión sobre la admisibilidad de la prueba oral no fuese propuesta ante el juez que admite la prueba, y que por esto su decisión, en consideración al principio, *tantum judicatum quantum discussum*, no puede constituir un obstáculo por virtud de cosa juzgada, no la encontramos fundada, porque el principio invocado es aplicable con relación al objeto de la contienda, pero no relativamente á los medios de defensa ó de excepción contra tal objeto. Cuando una demanda se presenta en juicio, y sobre la misma es lla-

(1) Decis. de 24 de Febrero de 1887, xxxix, 1, 1, 328.

mado á decidir el juez, es preciso oponer todas las excepciones que contra la misma quepan; no siendo lícito, una vez acogida la demanda, ponerla de nuevo en cuestión, deduciendo una excepción no presentada primero, y acerca de la cual no pudo el juez decidir. La cosa juzgada es siempre un obstáculo para que la cuestión decidida pueda suscitarse de nuevo, ya porque se ofrezcan nuevos medios de defensa, ya porque se aduzcan nuevas excepciones. ¡Si así no fuera, los pleitos serían eternos! Invitado, pues, el juez á decidir por sentencia, sobre la prueba testifical exigida, el que no haya opuesto la otra parte excepción alguna, ó que no haya opuesto todas aquellas que podía oponer, no impide que la decisión pase en autoridad de cosa juzgada, y que esta no sea un obstáculo para conocer luego de una excepción no deducida cuando se estatuyó sobre la demanda.

160. Vamos ahora á hablar más especialmente de la prohibición de la prueba oral por razón de la materia, prohibición que se refiere á la prueba dicha contra ó en pro del contenido de los documentos ó escritos, y también respecto de lo que se alegase, como dicho antes, simultánea ó posteriormente á los mismos, aun cuando se trate de sumas ó valores menores de quinientas liras.

Cuando se trata de probar contra los resultados de un documento, impera el principio *contra scriptum testimonium, testimonium non scriptum non fertur*; y esto en virtud de la importancia preponderante que tiene la prueba escrita de su certeza sobre la prueba oral, que es siempre incierta; contra la escrita no se admite la prueba oral, aun tratándose de valor inferior á las quinientas liras; así lo dispone el texto legal: es por tanto inútil indagar si las partes han po-

dido ó no obligarse válidamente sin escritura, para hacer depender la admisibilidad de los testimonios orales contra la escritura, en el caso en que los contratantes hubieran podido obligarse verbalmente, estando como está excluída la prueba oral, siempre que se intente contradecir la escrita (1).

En consideración al principio anunciado, se ha juzgado no ser lícito probar con testigos que el precio de una venta es mayor ó menor que el que de la escritura resulte (2).

También se ha decidido, que no se puede probar con testigos que la causa de la obligación es distinta de la que del documento resulte. «El deudor, dice el Tribunal de Casación de Nápoles, entendía justificar hechos que cambiaban la naturaleza de la obligación, mas semejante prueba está rechazada por el artículo 1341 del Código civil, el cual prohíbe probar por testigos contra lo que en la escritura se contenga; pretender, pues, cambiar la causa de una obligación por otra, á fin de eximirse del cumplimiento de deberes propios, es una ilegalidad tal, que no puede permitirse» (3).

Para entender como se debe la prohibición de la prueba oral contra ó en pro de los resultados de los documentos, es preciso determinar lo que el legislador quiere decir con la palabra documentos (*atto scritto*). Ahora bien; no se trata de un documento ó escrito cualquiera, sino sólo del documento destinado á hacer fe.

(1) Tribunal de Casación de Milán, 11 de Julio de 1861, XIII, 1, 738.

(2) Tribunal de Apelación de Venecia, 31 de Diciembre de 1880, XXXIII, II, 123.

(3) Decis. de 20 de Agosto de 1869, XXV, 1, 665.