

tas de pago, que habia pagado durante treinta años una suma inferior á lo que se habia estipulado en su origen.

789. El Código sardo, ilustrado por las críticas de que ha sido objeto nuestro Código sobre este punto, ha vuelto al único sistema que reconoce la razon. "El acta de reconocimiento," dice el artículo 1450 de este Código, "hace prueba contra el deudor, sus herederos y causa-habientes, á menos que éstos, por la representacion del título primordial, prueban que ha habido en el acta de reconocimiento error ó aumento de la deuda primitiva."

790. La sutil regla sentada por el art. 1337 del Código Napoleon repugna á la interpretacion amplia y equitativa que requiere la sencillez de las operaciones mercantiles. Hállase en armonía por otra parte con un sistema de legislacion fundado casi esclusivamente en la prueba escrita. En los casos en que se admite la prueba testimonial indefinidamente, no puede tener aplicacion semejante regla; de donde la consecuencia, autorizada por una sentencia de 27 de Diciembre de 1835, que en materia de comercio los jueces tienen un poder discrecional para decidir si ha habido reconocimiento válido de una deuda anterior.

791. Por otra parte, el deseo de restringir la trascendencia de una disposicion verdaderamente exorbitante, ha hecho imaginar una distincion, mas especiosa que sólida, entre el reconocimiento de una deuda y la de un derecho real. Diciendo el art. 695 del Código Napoleon sencillamente, que el título constitutivo de una servidumbre puede reemplazarse por un título de reconocimiento de la servidumbre emanada del propietario del fundo sirviente, segun una opinion acreditada por la doctrina, y seguida tambien por la jurisprudencia del tribunal de casacion (sent. de 16 de Noviembre de 1829 y de 2 de Marzo de 1836), no habria lugar á exigir, para el título de reconocimiento de la servidumbre, las condiciones especiales del art. 1337. Esta opinion nos parece refutada por una conside-

racion muy sencilla, y es, que las reglas del Código Napoleon sobre la prueba, aunque colocadas en el título de los *contratos*, rigen incontestablemente la materia de los derechos reales. Hacer un examen de estas reglas para no aplicar á los derechos reales mas que las que parecieran razonables, es incurrir inevitablemente en la arbitrariedad. ¿Cómo habia de tener efecto la simple mencion de un título de reconocimiento para derogar anticipadamente los principios establecidos ulteriormente sobre lo que constituye un título de reconocimiento válido? Admitiendo una escepcion para las servidumbres, no se podria, sin consultar la ley, estender esta derogacion á los demás derechos, y por otra parte, rehusarse á esta estension es incurrir en una verdadera contradiccion de principios. Añadamos, finalmente, que la confirmacion *in forma speciali*, habiendo sido precisamente imaginada para las concesiones de derechos reales (núm. 783), es bastante singular querer, por el contrario, limitar á los créditos la aplicacion de esta regla especial.

La doctrina espuesta por M. Bonnier en este §. es análoga al espíritu de nuestras disposiciones legales sobre las escrituras de reconocimiento, las cuales suelen ser mas frecuentes y mas útiles en materia de censos y prestaciones ánuas ú otros derechos perpétuos de cualquiera especie, puesto que remontándose los títulos primordiales, por lo comun á épocas muy lejanas, están espuestos á desaparecer por mil accidentes, y que para evitar este inconveniente, se recurre á las escrituras de reconocimiento.

En el proyecto de Código civil de 1851 se contienen sobre esta materia las siguientes disposiciones: "Para que una escritura de reconocimiento dispense de la presentacion del título primordial, debe contener sustancialmente el tenor de este último. Lo que contenga de más ó que sea diferente del título; no surte efecto, á no ser que conste claramente que ha sido otra la voluntad de las partes. El acreedor podrá ser dispensado de la obligacion de presentar el título primordial, si hubiera varios reconocimientos de hecho conformes y soste-

nidos por la posesion que basta para adquirir por prescripcion:" art. 1218.

La intencion de las partes, dice el Sr. García Goyena, al otorgar estas escrituras, no ha sido la de contraer una nueva obligacion, sino de reconocer la ya existente á virtud de un título primordial; en este, pues, se ha de buscar la verdadera voluntad de las partes y la fuerza y efectos de la obligacion. Por lo mismo, es de cargo del acreedor presentar de nuevo el título primordial, si el deudor lo pide, á menos que se haya insertado testualmente en la escritura de reconocimiento, porque entonces equivale esta al título primordial, y nada importaria su pérdida.

Se dice que no surtirá efecto lo que contenga de más, porque puesto que en la escritura de reconocimiento no se contrae una nueva obligacion, y solo se recuerda la que ya existia por el título primordial, es consiguiente caso, ha habido error, que aparecerá por el cotejo con el título primordial; y el error es una de las causas de nulidad aunque hayan mediado diversos reconocimientos. Esta disposicion favorece no solo al deudor, sino tambien al acreedor: la equidad y la justicia son las mismas en ambos. En el caso de la escepcion que se establece en el artículo citado, dispensando al acreedor de la obligacion de presentar nuevamente el título primordial, si lo pide el deudor, se trata de escrituras de simple reconocimiento, y en las que no se haya insertado testualmente el título primordial. La multiplicidad de ellas, su conformidad, la antigüedad de la fecha y tan larga posesion, hacen de esta escepcion un dictado de justicia y equidad. El artículo dice "podrá," porque no queda dispersado *ipso jure*, como en el caso anterior, sino que se deja al prudente arbitrario del juez el dispensarle ó no, atendida la gravedad y certeza de las diversas circunstancias.

En el art. 1212 de dicho proyecto se establece tambien, que no es válido el instrumento en que se confirma ó ratifica una obligacion nula sujeta á rescision, si no contiene: 1.º La sustancia de esta obligacion. 2.º La expresion del vicio que dá lugar á la nulidad ó rescision, y la intencion de repararlo. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de tercero.—(N. de C.)

§. II. COPIAS.

SUMARIO.

792. Qué copias pueden tener autoridad.

793. Fé esclusiva del título original.

794. Secus respecto de las actas del estado civil.

795. Respecto de los *exploits d'huissier* [1]

796. Fé decreciente de las copias.

797. Primeras copias.

798. Copias que se les asimilan.

799. Copias cuya fé depende de su antigüedad.

800. Copias que no sirven mas que de principio de prueba.

801. Copias de copias.

802. Como deben sacarse las copias.

803. *Compulsorio*.

804. Casos en que se puede invocar la transcripcion.

805. ¿*Quid* respecto del registro?

806. ¿Debe darse mas fé á las actas del escribano de actuaciones? [*huissier*].

792. La necesidad de poner á disposicion de cada una de las partes un título que le permita hacer valer sus derechos, dejando el original en manos del oficial público, así como la ventaja de multiplicar los medios de prueba, á fin de no poner á merced de un accidente los intereses mas importantes, han hecho introducir hace largo tiempo en nuestro derecho reglas especiales sobre las copias de las actas auténticas. En cuanto á los escritos privados, el original solo puede hacer fé, y las copias que de él se libren, aun por notarios, no tendrán autoridad alguna. Nadie tiene cualidad oficial para trascribir estos escritos. Por otra parte, la reproduccion de una acta auténtica por un simple particular, no tendria fé alguna. No tenemos, pues, que ocuparnos sino de las copias de actas auténticas libradas por oficiales públicos, tales como los notarios y escribanos.

793. El legislador aplica desde luego á la prueba literal esta verdad que reconocen la razon y la esperiencia, que el testimonio directo debe ser siempre preferirse al testimonio indirecto.

Esto no es mas que una aplicacion del principio mas general, sobre el cual insisten

1. En Francia se dá el nombre de *huissier* al oficial público encargado principalmente de notificar los actos de justicia, de ejecutar los juicios, etc. y muchos de los cuales, hacen el servicio en las vistas del tribunal á que pertenecen. En su consecuencia, los *exploits d'huissier* no son mas que actos de procedimiento libelados en forma legal, escritos en papel sellado, y entregados por ellos á la parte citada, hablando á su persona ó á uno de los suyos. El *huissier* viene pues á equivaler á nuestro escribano de actuaciones, y sus *exploits* á los escritos en que se consignan las diligencias de notificaciones, citaciones, embargos, ejecuciones y demás á que ha lugar. Nos valdremos pues, de la palabra *exploits*, en la presente traduccion, por referirse á todos estos escritos.—[N. de C.]

con razon los juriconsultos ingleses, que es preciso siempre haber recurrido al mejor medio de prueba de que es susceptible un asunto (V. tomo I, pág. 308, nota 1.)

"Las copias, dice el art. 1334, cuando subsiste el título original, no hacen fé sino de lo que se contiene en el título, cuya representacion puede siempre exigirse."

Desde que la parte á quien se opone la copia, aun la mas en forma, pide, á fin de que se verifique su comprobacion, la presentacion del original, no pueden los jueces dispensarse de mandarla, pues no podria autorizar la negativa el temor de retardar el curso de la justicia: *Semper oportet ostendi originale*, dice Dumoulin (Cort. de París, tít. 6, pág. 8, núm. 32): así lo ha juzgado una sentencia de casacion de 15 de Julio de 1829. Pero el acta se considera perdida legalmente por el solo hecho de no encontrarse el título original en el sitio en que debia depositarse. El que produce la copia, no está obligado á producir la prueba del acontecimiento que ha ocasionado la pérdida del original (Sent. deneg. de 10 de Noviembre de 1830).

794. Los extractos de los registros del estado civil tienen mas autoridad. La fé que se les atribuye, cuando se han librado conforme á los registros (C. Nap., art. 45) se entiende generalmente en el sentido, no de que sea preciso justificar su conformidad con los registros, lo cual obligaria á la traslacion perpétua de estos preciosos documentos, sino en el sentido de que, cuando se declare que se han entregado conformes, segun la fórmula usada, debe presumirse la conformidad. La parte contraria puede pretender que no existe esta conformidad, pero á ella corresponde hacer su prueba presentando un nuevo extracto, lo cual dará lugar á ordenar la produccion de los registros si hay desacuerdo entre los diversos extractos presentados (Bourges, 17 de Febrero de 1841). La opinion contraria profesada por nuestros autores, tendria inconvenientes sensibles en la práctica, en que tienen una aplicacion tan usual las actas del estado civil.

795. Conviene tambien observar, que la distincion del original y de la copia no es aplicable á los *exploits d'huissier*. La copia de semejante acta hace las veces de original respecto de quien la recibe, y, debiendo verificarse con respecto á la copia, bajo pena de nulidad, todas las formalidades requeridas para la validez intrínseca del *exploit*, seria inútil exigir la presentacion del original.

796. El legislador aplica en seguida á las copias otro principio, que la prueba se debilita á medida que se aleja de su fuente. En su consecuencia establece, en cuanto á la fé de las copias, para el caso de pérdida del original, una progresion decreciente, cuyo primer término es la primera copia, que es casi contemporánea de la original, y el último término, la simple copia de copias. Es de advertir, que las copias del primer grado tienen una fuerza que no pertenece menos al testimonio de oídas. "El declarante, dice Bentham (lib. IV, cap. 9), puede haber tomado al vuelo el discurso que llegó á su oído, y haberse equivocado sobre su sentido. El copista tiene siempre un original delante, y puede volver á consultarle para asegurarse de su exactitud."

797. Las primeras copias, dice el art. 1335, hacen la misma fé que el original.

Sabido es, que estas copias se libran en forma ejecutoria; pero las primeras copias en que no se encuentra esta fórmula, cuando se trata de un acto que no está destinado á ser ejecutado, como el que consigna el reconocimiento de una servidumbre, en favor de un vecino, se colocan por la ley en la misma línea que dichas copias, y tienen efectivamente la misma fuerza probatoria (sent. deneg. de 17 Medidor, año X). La importancia de estas copias, que deben servir de títulos á los contratantes, y el poco tiempo que separa habitualmente la confeccion del original de la expedicion de la primera copia, garantizan suficientemente la exactitud de la reproduccion del título original. *In effectu et virtuti probandi*. Dice Dumoulin (*ibid.*, núm. 42), *est verum originale*. El oficial público no puede en-

tregar mas que una primera copia á cada una de las partes (ley de 25 de Ventoso, año XI, art. 26), bajo pena de destitucion. El motivo de esta prescripcion, que es muy antigua, se comprende fácilmente. La entrega de una segunda copia al acreedor, sin intervencion del deudor, podria permitirle hacer revivir un crédito estinguido. Así se ha establecido por el art. 178 de la Ordenanza de 1559. "Propter præjudicium, dice perfectamente Dumoulin (*ibid.* §. 46), quod posset fieri alteri parti; quæ forte satisfecit, prout apparere posset per cancellationem vel apocham scriptam in dorso prioris instrumenti." En cuanto á las copias no ejecutorias, es permitido, sin duda, entregar muchas, pero solo la primera hace plena fé en caso de perdersè el original.

798. "Lo mismo acontece, añade el art. 1335, 1.º, respecto de las copias que han sido sacadas por autoridad de magistrado, estando presentes las partes ó siendo debidamente llamadas, ó respecto de las que se han sacado en presencia de las partes y de su consentimiento recíproco."

Dumoulin, cuya doctrina sobre las copias ha sido reproducida por Pothier, dice que es preciso restringir á las partes y á sus sucesores la fé de la copia así sacada con su consentimiento; ó debidamente llamada, y que de otra suerte es respecto de los terceros: "Hanc conclusionem limito, dice (*ibid.*, núm. 37) ut procedat contra eum, cum quo vel quo vocato solemniter facta est exemplatio, contra quem plene probat, sicut originale, et retrotrahitur ad datam originalis. Secus contra alium, quia non faceret fidem." ¿Cuáles son los terceros de que se trata? Si se trata de un coobligado, de una caucion, de un codeudor solidario, etc., es claro que no se podria obligarle á reconocer como conforme al original una copia cuya confeccion no hubiera sido llamado á comprobar. En esto la doctrina de Dumoulin es de una exactitud incontestable. Bajo este respecto, las copias de que hablamos tienen menos fuerza que las primeras copias, que puede emplear el acreedor contra todos los coobligados, aunque

él las haya sacado sin hacerse dar ninguna autorizacion. Pero es más difícil admitir con este juriconsulto, que sea imposible invocar contra los terceros las copias de que nos ocupamos, no para obligarles personalmente, sino para forzarles á reconocer la existencia del acta reproducida en la copia, si se trata, por ejemplo, de oponerles la prescripcion de diez ó veinte años. Y no obstante, la fecha de este original ¿no es un hecho de que el notario ha podido convencerse *propriis sensibus visus et auditus*, como dice este mismo autor? Habia una razon mas plausible de dudar, en tiempo de Dumoulin, como hace observar Merlin perfectamente (*Questiones de derecho*, v.º *Triage*, §. 1), porque antes del edicto de Mayo de 1597, no estaban encargados los notarios de guardar los originales de las escrituras que habian autorizado (núm. 462), y en su consecuencia no podian, al dar la copia, atestiguar la verdad del original. Pero desde que los mismos oficiales ó funcionarios libran las escrituras y guardan el original, tienen calidad para certificar la sinceridad del original de que son depositarios. ¿No es, en su consecuencia, un escrúpulo exagerado, no admitir la fecha del original, cuando la copia que la relata ofrece todas las garantías apetecibles? Las partes que tienen derecho de recurrir á esta operacion son, pues, las cointeresadas, cuyos derechos se hallan directamente en juego, pero no los terceros desconocidos, sobre cuyos intereses no produce efecto el acta sino de rechazo.

799. "Las copias que sin decreto judicial ó sin el consentimiento de los interesados, y despues de haberse dado las primeras, se hayan sacado por el protocolo del acta ó escritura por el notario ante quien se otorgó, ó por uno de sus sucesores en el oficio, ó por los oficiales públicos que en calidad de tales son depositarios de los protocolos, pueden, siendo antiguos, hacer fé en caso de pérdida de los originales."

"Se consideran antiguos cuando su fecha tenga más de treinta años."

"Si tienen menos de treinta años, solo pueden servir como principio de prueba instrumental."

Dos circunstancias impiden á estas copias poder ordinariamente hacer plena fé: el no ser sacados en una época próxima al contrato, y el no haberse dado con el consentimiento de la parte contraria, ó por decreto judicial. Así, es menos segura su exactitud, y es mas de temer la colusion. Sin embargo, este último peligro, era el mas grave, por la exposicion de incurrir en error de poca importancia en el fondo, cuando la copia es cotejada con la original ó registro por un oficial en cuyas funciones entra especialmente la entrega de tales copias. No podemos, pues, admitir el motivo que dá Dumoulin (*ibid.*, núm. 65) repetido con frecuencia: "Tempore exemplationis non fit instrumentum originale, nec geritur actus ni eo contentus, nec possunt tabelliones esse rogati de veritate facte in neo contenti, nec illius habere notitiam proprius sensibus, et hoc est impossibile quum actus transierit, et sic non est possibile exemplum esse instrumentum authenticum de veritati facti vel actus in originali contenti." Esto podia ser verdadero, como acabamos de ver, en tiempo de Dumoulin, cuando el oficial que llevaba la copia no era el mismo que el redactor del original. Pero en el dia, es difícil sostener, que el notario, á un tiempo mismo redactor y espedidor, no tenga calidad para certificar la conformidad de su copia con el original. El oficial que verifica el cotejo, atestigua hechos de que tiene conocimiento *proprius sensibus*, y sobre los cuales le dá su profesion luces especiales. El verdadero motivo se encuentra en la posibilidad de una colusion, cuando no ha sido llamada la otra parte, y por esto acontece que haciendo la antigüedad esta conformidad fraudulenta poco verosímil, las copias, al cabo de treinta años, hacen plena fé, cuando son libradas por el depositario legal del original ó registro. Si por el contrario, dominara la presuncion de inexactitud, seria fuera de razon transformar al

cabo de treinta años el error en verdad. "Non potest antiquitas" dice Dumoulin (*ibid.*, núm. 76), "de novo inducere in totum probationem que nulla est, sed eam demum quæ aliqua est, adjuvare."

Cuando el acta ó escritura tiene menos de treinta años (1), el legislador la considera como un principio de prueba por escrito, porque si es posible el fraude, está lejos de ser cierto, y la prueba testimonial puede permitir llegar á la verdad. Esta es una de las escepciones sobre esta materia, de que el principio de prueba debe emanar de la parte contraria. La presuncion de la exactitud de una copia librada por un oficial público, aunque en ausencia de la parte contraria, iguala á la fuerza de los indicios que puede ofrecer una causa que emane de esta parte. Además, las presunciones serán admisibles, por el solo hecho de ser admisible la prueba de testigos, presunciones á las que se habrá recurrido para la prueba, cuando el acta, aun teniendo menos de treinta años sea bastante antigua para que no pueda presentar la informacion ninguna utilidad formal.

800. "Cuando las copias sacadas por el protocolo de una acta, no lo hayan sido por el notario, por ante quien se otorgó, ó por uno de sus sucesores en el oficio, ó por los oficiales públicos, que bajo esta calidad son depositarios de los protocolos, solo podrán servir, como principio de prueba instrumental."

Concíbese que un oficial público, que no es depositario legal del protocolo, no tenga calidad para librar una copia que puede hacer fé, en caso de perderse el original; y en efecto, cuando coteja la copia, puede atestiguar de la conformidad que existe entre los dos escritos, pero nada le asegura que el pretendido protocolo que se le presenta, es un verdadero original, y sin dolo alguno por parte suya, puede llegar á ser fácilmente instrumento de un fraude (2).

1 No es necesario que la copia tenga fecha, puesto que esta puede acreditarse por las circunstancias de la causa (sent. deneg. de 10 de Noviembre de 1830).

2 Esto no es mas, segun las expresiones de los prácticos, que un simple indicio, al cual ciertos autores citados por Delapois y Fremenville, en su *Libro universal*

Háse pues, decidido, que un documento de esta naturaleza no puede servir nunca, á lo menos, sino como principio de prueba por escrito. "Non audeo simpliciter dicere," dice Dumoulin (*ibid.*, núm. 75), quod nullam pæsumptionem nullum indicium faciat."

Esta decision tenia frecuentes aplicaciones en el siglo XVI cuando no estaba garantizada la conservacion de las actas por la prohibicion impuesta á los notarios de desprenderse de los protocolos bajo pretesto alguno (art. 22). En esta época, las actas mas importantes eran entregadas por oficio, y las partes se dirigian en seguida á cualquier notario para hacerle entregar una copia. En el dia, que los protocolos permanecen en el oficio del notario, no acontecerá sino en casos escepcionales, por consecuencia de la violacion de la ley ó de algun accidente, que se espida una copia por otra persona que por el notario depositario del protocolo ó por su sucesor, pues que en el caso en que el escribano se halle momentáneamente investido del poder de entregar copias de actas depositadas en la escribanía, es su depositario legal, y sus copias tienen entonces tanta autoridad como las de un notario (Cód. de proc. art. 245).

801. Finalmente, "las copias de copias podrán (*ibid.*, 4^o) considerarse segun las circunstancias que tengan, como simples noticias ó indicios."

Dumoulin (*ibid.*, núm. 33) compara las copias de copias al testimonio de segundo grado: "Exemplum exempli nullo modo probat, sicut nec testimonium de auditu auditus, vel de auditu alieno." En el dia, que no se halla sometido el exámen de testigos á reglas preconcebidas, hemos visto que el testimonio del segundo, del tercer grado, etc., debe ser acogido con desconfianza, pero no puede ser rechazado de plano. Estando, por el contrario, la fé de los escritos sometida á reglas fijas, el Código, siempre fiel á la doctrina de Dumoulin, no vé ni un principio de prueba en la copia de de los Terratenientes, tom. 3.º, rehusaban absolutamente toda autoridad.

copia, que suponemos, no obstante, espedita siempre por un oficial público. Seria mas exacto decir con Pothier (*Oblig.*, núm. 776) que semejante copia tendrá á lo mas la fé de la copia de que se ha sacado, y que podrá tenerla menor segun las circunstancias. La antigua jurisprudencia, por lo demás, estaba lejos de ser rigurosa respecto de las copias de copias, puesto que se cita una sentencia del Parlamento de París de 22 de Julio de 1763, que sostuvo á la princesa de Nasau en los derechos que la concedia una copia de 24 de Junio de 1329, aunque no constaba la existencia de esta carta sino por una tercera copia, sacada esta tambien el 6 de Febrero de 1746 de otra segunda copia, sacada asimismo el 6 de Abril de 1486 de otra primera copia, sacada del original ó protocolo el 12 de Diciembre de 1429.

Poco importa, añade Dumoulin, que la copia de que se saca otra nueva ofrezca todas las garantías apetecibles. "Etiam si esset sumptum de exemplo solemnissime exemplato cum vero, et publico, et indubitato originali, et iudice authore, etiam partibus presentibus et expresse consentientibus." Hay exajeracion en esta regla absoluta. Si la copia de copia ha sido estendida por el oficial depositario del protocolo en una época próxima á la de la confeccion de este protocolo, que se perdió despues accidentalmente, de una copia original ó primera, cuya fé se confunde con la del protocolo, se hubiera podido autorizar al juez para ver, segun las circunstancias, en esta copia de segundo grado, un principio de prueba por escrito. Lo que por lo menos se puede negar hoy difícilmente es, que no pueda el consentimiento de las partes elevar á un grado superior la autoridad de la copia de copia. El tribunal de casacion ha decidido con razon (sent. deneg. de 17 de Diciembre de 1838) que pueden hacer fé copias de copias cuando se han recibido en el proceso sin contradiccion. ¿Por qué no habia de ser lo mismo respecto de aquellas que se han sacado por consentimiento recíproco de las partes?