

original del que ha sido sacada; pero no habiendo sido sacada conmigo, no puede probar contra mí que el original del que fué sacada y que no se presenta, tenía todos los caracteres necesarios para hacer fe; no prueba que mi firma, que se dice en la copia hallarse en el original, sea efectivamente la mía. Esto es verdad, ¿pero no prueba demasiado esta razón? Si una copia sacada hoy, no prueba que yo haya firmado la minuta, ¿por qué hará prueba cuando tendrá treinta años? Pothier contesta que las copias antiguas enuncian que hubo un original en regla; hay, pues, que aplicar el adagio según el que *in antiquis enuntiativa probant*. (1) Si tal es el motivo de la ley, está en contradicción con los nuevos principios; en efecto, el Código no admite la máxima *in antiquis enuntiativa probant*; y consagra una de sus consecuencias en el art. 1,335. 2.º

El orador del Gobierno reproduce la razón dada por Pothier, y agrega que si la copia es antigua, no puede suponerse que se haya hecho en vista de un fraude cualquiera, pues no se prepara un fraude con treinta años de anticipación. (2) Este motivo está desechado por todos los autores; no tiene gran fuerza según creemos. Si la ley no da fe á una copia que tiene menos de treinta años de fecha, no es porque sospeche el fraude; el dolo no se presume jamás, pero siendo hecho fuera de la presencia de las partes interesadas, merece menos fe por esto solo de no haber sido confrontada. Esto es una cuestión de descuido y no de mala fe, pero el descuido no se enmienda por el tiempo; no se comprende, pues, por qué una copia presumida inexacta en principio, adquiere fuerza probante después de treinta años.

1 Pothier. *De las Obligaciones*, núms. 770 y 771.

2 Bigot-Péameneu, Exposición de motivos, núm. 202 (Loché, tomo VI, pág. 183). Toullier da otra razón que no vale mucho más (t. IV, pág. 40, núm. 433) y Larombière á guisa de razón hace la paráfrasis del texto, t. IV, pág. 535, núm. 3 del artículo 1,335 (Ed. B., t. III, pág. 98).

378. El art. 1,335 dice que las copias antiguas *pueden hacer fe*. ¿Esto quiere decir que la fuerza probante depende de la apreciación del juez? Pothier, de quien los autores del Código han tomado la teoría de las copias, dice que las antiguas *hacen fe contra todas*, y no se ve que el legislador haya pretendido derogar ésta opinión, puesto que la Exposición de los motivos reproduce las razones dadas por Pothier. (1) Hay, pues, que decir que las palabras *pueden hacer fe*, significan que las copias antiguas á diferencia de las que tienen menos de treinta años, tienen fuerza probante. (2)

Si las copias tienen menos de treinta años, dice el artículo 1,335, núm. 2, no *pueden* servir sino como principio de prueba por escrito. Hé aquí otra vez la palabra *poder*. ¿Cómo debe interpretarse? Durantón dice que los jueces no están obligados á admitir esas copias como principio de prueba, si se opone á ello su convicción. Nos parece que esto es demasiado absoluto. La copia está admitida como escrito susceptible de formar un principio de prueba aunque no proceda de los partes á quien se opone. No quiere esto decir que la copia *debe* necesariamente ser aceptada por el juez como formando un principio de prueba. Hay en el principio de prueba un elemento que se abandona siempre á la apreciación del Tribunal, es la probabilidad del hecho litigioso que permite recibir la prueba por testigos. En este sentido, es verdad que al juez toca apreciar la copia, aunque fuese antigua, y declarar que no hace prueba el hecho que se alega.

III. De las copias del núm. 3 del art. 1,335.

379. La ley supone que una copia ha sido sacada de la minuta por el notario que recibió el acta, por su sucesor ó

1 Larombière, t. IV, pág. 545, núm. 16 del art. 1,335 (Ed. B., tomo III, pág. 102).

2 Durantón, t. XIII, pág. 254, núm. 216.

por un oficial público depositario de las minutas. Todos los autores hacen notar que raramente se presenta este caso. Antiguamente los notarios devolvían á las partes las minutas de las actas después de haberlas copiado en unos registros ó protocolos que tenían obligación de llevar. Sucedió frecuentemente que las partes presentaban la minuta á otro notario para sacar una copia de ella. Pero la ley de 25 ventoso, año XI, prohíbe á los notarios desprenderse de la minuta de las actas que han recibido (art. 22). Es, pues, difícil que la copia de una acta esté sacada por un notario que no sea otro que el depositario de la minuta. (1) ¿Cuál sería la fuerza probante de esas copias? El art. 1,335 núm. 3, contesta que podrán servir *cualquiera que sea su antigüedad*, solo como principio de prueba por escrito. ¿Qué significan estas palabras: *cualquiera que sea su antigüedad*? El sentido natural es que aunque fuesen *antiguas*; es decir, aunque tuviesen más de treinta años, no podrán, sin embargo, servir sino como un principio de prueba escrita; de donde resulta que antiguas ó no, tienen siempre la misma fuerza probante. Esto no está en armonía con la regla que sirve de base al art. 1,335, núm. 2: *In antiquis enuntiativa probant*. Resulta también otra anomalía, á saber que las copias hechas por un notario que no es depositario de la minuta, cuando no son antiguas, tienen la misma fe que las copias hechas por el depositario; es decir, cuando tienen más de treinta años. Para salvarse de esta última contradicción, Duranton interpreta el núm. 3 en el sentido de que las copias de que trata no adquieren fuerza probante sino cuando son antiguas. Pero esta interpretación es contraria al texto de la ley; la doctrina (2) y la jurisprudencia se han pronunciado por la opinión contraria.

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 411, núm. 437.

2 Larombière, t. IV, pág. 542, núm. 13 del artículo 1,335 (Ed. B., t. IV, pág. 101). En sentido contrario, Duranton, t. XIII, pág. 256, núm. 245.

IV. De las copias del núm. 4 del art. 1,335.

380. "Las copias de las copias, podrán, según las circunstancias, ser consideradas como simples noticias" (artículo 1,335, núm. 4). ¿Qué entiende la ley por *copias de las copias*? Son copias sacadas de un testimonio ó una primera copia por un oficial público. Sucede algunas veces, dice Toullier, que una persona alejada de su domicilio por razón de negocios, tiene necesidad de una copia ó duplicado del testimonio de una acta que tiene, y que precisa presentar en varios lugares á la vez. Se dirige entonces al notario del lugar en que se halla, y solicita saque una copia certificada de conformidad con la copia que le entrega. La copia de una copia, de que habla la ley es, pues, una copia sacada por un oficial público con derecho para instrumentar; es decir, un notario. En cuanto á las copias sacadas por personas particulares, ó lo que es lo mismo, por oficiales públicos que no tienen facultad para instrumentar, la ley nada dice de ellas porque no hacen ninguna fe; Pothier las llama copias absolutamente informes. (1)

381. Cuando las copias de las copias están sacadas por un notario, la ley dice que según las circunstancias, podrán ser consideradas como *simples noticias*. Dumoulin compara la certificación del notario que saca una copia de una primera copia, á la declaración de un testigo que lo hace de la declaración de otro, ó por haber oído decir. Y semejantes testificaciones no hacen prueba, excepto en los casos muy excepcionales, en los que la ley admite la prueba de *fama común*. Es difícil precisar el sentido de las palabras *simples noticias* de que se sirve el art. 1,335, núm. 4. Es seguro que una simple noticia no es un principio de prueba

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 416, núm. 439 y pág. 420, núm. 443. Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 740.

por escrito. Se dice que *tal vez* autoriza al juez para conferir el juramento supletorio; (1) esto es muy dudoso, pues el art. 1,367 exige un principio de prueba ó una semiprueba; y no puede decirse que una simple noticia sea una prueba cualquiera. Todo lo que puede inducirse, es que los jueces pueden tomar de ellas presunciones, porque las presunciones están enteramente entregadas á su sabiduría.

V. De la transcripción.

382. La transcripción es una copia literal de una acta hecha por un oficial público llamado conservador de hipotecas, en un registro destinado especialmente á esas copias. Según nuestra nueva ley hipotecaria, todas las actas translativas ó declaratorias de derechos reales inmobiliarios, deben ser transcriptas, así como los arrendamientos por más de nueve años, y los que constan de un pago anticipado de tres años de renta; se admiten á la transcripción, solo las actas auténticas (arts. 1 y 2). La transcripción siendo la copia literal de una acta auténtica hecha por un oficial público no depositario del acta, entra en la categoría de las copias. La ley no le da, en principio, ninguna fuerza probante. Pothier da la razón: el oficial público que transcribe el acta, no tiene ningún medio de asegurarse si el escrito que se le presenta procede del notario de quien lleva la firma; desde el momento en que el acta tiene el carácter de autenticidad, debe recibirla y hacer su transcripción. Un falsario podría, pues, fabricar una acta de donación ó de venta, que haría transcribir y destruir después el acta para impedir la prueba de falsedad. (2)

Sin embargo, el art. 1,336 da más fe á la transcripción que á las copias de las copias; éstas están consideradas se-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 578, núm. 304 bis.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 772. Bigot-Préameneu, *Exposición de motivos*, núm. 203 (Loaré, t. VI, pág. 183).

gún las circunstancias, como simples noticias; mientras que la ley dice: de la transcripción que podrá servir como principio de prueba por escrito, la ley le atribuye, pues, la misma fe que á las segundas copias sacadas por el notario (artículo 1,335, núm. 2), pero los términos del art. 1,336, implican que el legislador tiene poca confianza á las copias hechas por el conservador. "La transcripción, dice el art. 1,336, solo podrá servir como principio de prueba por escrito y aun para esto será necesario....." Siguen las condiciones exigidas por la ley, que son rigurosas y destinadas á probar que el acta existió realmente y pereció por accidente.

383. Cuando se alega la transcripción como prueba, esto supone que el original no existe ya. Este original es la minuta de una acta notariada. ¿Cómo sucede que la minuta no se encuentre ya? Hé aquí una primera sospecha á la que la ley contesta: "Es preciso que conteste que todas las minutas del notario del año en que el acta pasó se hayan perdido, ó que se pruebe que la pérdida de la minuta de esta acta, tuvo lugar por un accidente particular." La ley no exige esta prueba para las copias hechas por los notarios en los diversos casos previstos por el art. 1,335. Se demuestra, pues, más desconfiada para las actas transcriptas por el conservador de las hipotecas, que para las copias expedidas por los notarios; sin duda porque los notarios conocen ordinariamente las firmas puestas en el acta de que son llamados á expedir una copia; mientras que el conservador no puede conocerlas.

La ley exige una segunda condición, y es que exista un repertorio en regla del notario en que conste que el acta fué hecha en la fecha que lleva. Se entiende por repertorio, un registro en el que los notarios inscriben día á día, sin blancos ni interlíneas, y por orden numérico, todos los contratos y actas que reciben. La inscripción de las actas en el repertorio, impide que los notarios anticipen la fecha de las

actas é impidan la substracción de ellas. Ofrece una garantía preciosa en la hipótesis prevista por el art. 1,336. Una acta está transcripta en los registros del conservador, no se presenta el original, pero se prueba primero: que los papeles y minutas del notario que las recibió, han perecido, y el duplicado del repertorio firmado por él, se encuentra en la Secretaría del Tribunal. Este repertorio concuerda con el registro del conservador; se puede también consultar el registro del registrador, puesto que el acta debió ser registrada; si todas estas noticias concuerdan, resulta un principio de prueba por escrito, comprobando que el acta transcripta es sincera; esta prueba quedará mejor confirmada por el testimonio de aquellos que asistieron á la redacción del acta.

El art. 1,336 exige, en efecto, una última condición: "Cuando por medio del concurso de estas dos circunstancias, la prueba por testigos está admitida, será necesario que aquellos que fueron testigos en el acta, sean oídos si todavía existen."

Pothier agrega que si los testigos instrumentales no existen, ya no bastaría oír testigos que solo hayan visto el acta de que se trata, ya en poder del notario, ya en poder de las partes; los testigos que solo ven una acta, no saben si es verdadera y si está revestida de las formas legales; es necesario, y es la opinión de Toullier, que se hagan oír testigos que hayan leído el acta, ó que conozcan sus cláusulas por las partes interesadas. (1) Nos parece haber, en todo esto, un verdadero lujo de desconfianza. Los autores del Código no han seguido á Pothier en esta materia, no habiendo reproducido las severas condiciones que él exige; es claro que estas condiciones no ligan al juez; solo es un consejo de prudencia; y solo á ese título lo reproducimos.

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 772. Toullier, t. IV, 2, página 436, núm. 471,

VI. Del registro.

384. La ley no habla del registro; se pregunta si hace la misma fe que la transcripción; esta es una cuestión que no debía ponerse en debate, ni siquiera en la escuela, mucho menos ante los tribunales. Está, sin embargo, controvertida en doctrina y en jurisprudencia. Según nuestro parecer, no es dudosa, y el silencio de la ley basta para decidirla. ¿Puede haber otras pruebas que las consagradas por la ley? Todo es de estricta interpretación en materia de prueba, y sobre todo, las disposiciones que admiten pruebas excepcionales; tales son, por cierto, los arts. 1,335 y 1,336, y particularmente este último. La ley concede con mucha pena, cierta fuerza probante á las copias de las copias, y cuando el conservador de las hipotecas es quien las hace, exige las más rigurosas condiciones; y la mención que hace el registrador no es una copia, es una enunciación semanal de la naturaleza del acta que tiene por objeto el monto de los derechos para percibirse. El único efecto que la ley da al registro, es que da fecha cierta á las actas registradas. Ir más allá, es hacer la ley. Que teóricamente el registro baste para formar un principio de prueba por escrito, importa poco; trasladamos esas consideraciones al legislador, el interprete no tiene derecho de tenerlas en cuenta. Delvincourt ha enunciado la opinión contraria, y Durantón ensayó justificarla; pero Toullier dice, con razón, que sus propios raciocinios bastan para respetarla.

Toullier pone en principio, y la ley lo dice, que la escritura debe proceder de aquel á quien se la opone, para que pueda servir de principio de prueba; por excepción es como la ley admite las copias con este título; y el art. 1,336 no habla de la transcripción; es decir, de la copia completa y literal del acta; luego no puede extenderse á la mención del registro. No es tal la conclusión de Durantón: dice que se

puede, sin serios inconvenientes, admitir el registro de las actas como principio de prueba por escrito, porque el registro hace el hecho alegado, más probable que una simple copia sacada por cualquiera otro que no sea el oficial competente. ¡Sin inconvenientes serios! ¿Colocarse encima de la ley no es más que un inconveniente? ¡Así es como los intérpretes demuestran su respeto á la soberana voluntad del legislador! Concluirémos con Toullier que la decidió, y que debemos atenernos á su decisión. (1)

La jurisprudencia está dividida; ha sido juzgado que el extracto del registro no puede suplir al acta de venta. Esto es evidente. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia había decidido lo contrario, y la sentencia que infirmó el juicio fué diferida á la Corte de Casación; no necesita decirse que intervino una sentencia de denegada. (2)

Hay sentencias que admiten que la mención del registro forma un principio de prueba por escrito. (3) No es imposible combatirlas porque no están motivadas; las cortes afirman, y afirmamos lo contrario, pero nosotros lo probamos. Hay una sentencia en el sentido de nuestra opinión, igualmente sin motivos. (4) En términos semejantes, la jurisprudencia está sin autoridad alguna.

385. Es también seguro que el registro de las *actas privadas* no tiene ninguna fuerza probante; el art. 1,336 que admite la transcripción á título de prueba por escrito, supone que se trata de una acta auténtica; por razón de las condiciones que prescribe, no puede dicho artículo recibir aplica-

1 Toullier, t. V, pág. 67, núm. 72. Colmet de Santerre. t. V, página 579, núm. 505 bis III. Aubry y Rau, t. VI, pág. 418 y nota 7, pág. 760. En sentido contrario, Duranton, t. XIII, pág. 263, número 255.

2 Denegada, 28 de Diciembre de 1858 (Daloz, 1859, 1, 470).

3 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4 403).

4 Burdeos, 30 de Noviembre de 1825 (Daloz, en la palabra *Arbitraje* núm. 1,183).

ción á las actas privadas; luego falta toda base para argüir por analogía acerca de la transcripción de las actas notariadas al registro de las actas privadas: ¿Y puede haber una prueba legal sin ley? La jurisprudencia está en este sentido; creemos inútil citar las sentencias. (1)

§ VI.—DE LAS ACTAS DE RECONOCIMIENTO.

Núm. 1. Actas de reconocimiento y título primordial.

386. El acta de reconocimiento es la que contiene el reconocimiento de un título anterior. Se llama *título novel*, cuando tiene por objeto interrumpir la prescripción: según los términos del art. 2,263, el deudor de una renta puede ser obligado á dar á sus costas un *título novel* á su acreedor, después de veintiocho años de haberle dado el primero. Volverémos á ocuparnos de esta disposición especial á las rentas al tratar de la *Prescripción*. Por ahora consideraremos al acta de reconocimiento como una de las pruebas literales admitidas por el Código.

El acta de reconocimiento de que habla el art. 1,337 supone también la existencia de un título anterior, que se llama *primordial*. Cuando se trata de una prestación anual y perpétua, por ejemplo una renta, sucede frecuentemente, cuando la creación de dicha renta remonta á mucho tiempo atrás, que las partes interesadas redactan una acta por la que el deudor reconoce la obligación que consta en el título primitivo. La cuestión es saber qué fe es debida á dicha acta de reconocimiento (2)

387. Si las partes interesadas conservasen los primitivos títulos, sería enteramente inútil redactar otro para su reco-

1 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 4,407-4,409.

2 Jaubert, Informe al Tribunado, núm. 23 (Loché, t. VI, página 230).

nocimiento. Pero, dice Jauber el informante del Tribunal, ya se sabe lo que sucede en las familias. Las hay y muchas, en las que los títulos no se conservan. Las particiones, las ausencias, los cambios de lugar, los accidentes á los notarios, son tantas causas que impiden encontrar una minuta del acta ó su copia. En vista de esas probabilidades de pérdidas ó de destrucción, es como las partes redactan una acta de reconocimiento, cuando el título primordial existe aún, ó que lo suplen cuando éste pereció.

¿Qué relación hay entre el título primordial y el acta de reconocimiento? Mientras subsiste el título primordial no hay ninguna dificultad; este último es el que hace fe; el acta nueva no es sino el reconocimiento de este título. De donde una primera regla que el legislador debiera haber colocado en cabeza del art. 1,337, y que está formulada por el segundo inciso en estos términos: "Lo que las actas de reconocimiento contienen á más de lo contenido en el título primordial, ó lo que se halle diferente, no tiene ningún efecto." Esta regla resulta de la misma esencia del acta de reconocimiento; aquel que la subscribe no intenta contraer una nueva obligación, solo reconoce la antigua tal como consta en el título primordial. Si, pues, existe una diferencia entre el acta de reconocimiento y el título primordial, bastará presentar á éste para probar que hubo error en el reconocimiento que se hizo de él. El título primordial será preferido al acta de reconocimiento. Lo dice el Código para lo que el acta contiene de *más* ó de *diferente*; son estas las expresiones de Pothier que siguieron paso á paso los autores del Código. Pothier prevee también el caso en que el acta de reconocimiento contuviera alguna cosa de *menos* que el título primordial; según el, si hay varios reconocimientos conformes y que remonten á treinta años, el acreedor no puede reclamar lo que dice el título primordial y lo que *falta* en el reconocimiento, porque hay prescripción ad-

quirida en lo sobrante. (1) ¿Debe aún seguirse esta opinión de Pothier? La cuestión está controvertida y hay alguna duda; puede decirse que los autores del Código habiendo reproducido la doctrina de Pothier por lo que el acta de reconocimiento contiene de más ó diferente, mientras no han reproducido lo que dice del caso en que el acta contuviera alguna cosa menos, han pretendido innovar. Se contesta, y la respuesta nos parece perentoria, que era inútil reproducir lo que Pothier dice, puesto que es la aplicación del derecho común en materia de prescripción; las obligaciones pueden extinguirse parcialmente como por el todo; esto es decisivo. (2)

Núm. 2. Fuerza probante de las actas de reconocimiento.

388. El Código distingue dos especies de actas de reconocimiento: las en que el tenor del título primordial está especialmente relatado; Pothier las llama, según Dumoulin, actas de reconocimiento *in forma speciali*; y las en que el tenor del título primordial no está especialmente relatado; Dumoulin, y según él, Pothier, las llaman actas de reconocimiento *in forma communi*.

En la doctrina de Pothier, hay una gran diferencia entre las dos especies de actas de reconocimiento. Las que relatan el tenor del título primordial equivalen á este título en el caso que se hubiere perdido, y prueban su existencia contra el deudor, siempre que tengan la disposición de sus derechos; dispensan, por consiguiente, al acreedor de presentar el título primordial en el caso en que no lo tenga. Las actas de reconocimiento que no relatan el tenor del título primordial, solo sirven para confirmarlo, pero no lo confirman sino

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms 778 y 779.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 419, nota 2, pfo. 760 *bis*. Bonnier, tomo II, pág. 370, núm. 788. En sentido contrario, Toullier, t. IV, 2, pág. 446, núm. 489; Larombière, t. IV, pág. 573, núm. 10 del artículo 1,337 (Ed. B., t. III, pág. 112).