

á la condición de que sea verdadero; no prueban su existencia y no dispensan al acreedor de presentarlo. Sin embargo, si hubiese varios reconocimientos conformes de los que alguna fuese antigua, ó una sola, siempre que sea antigua y sostenida por la posesión, podrían equivaler al título primordial y dispensar al acreedor de presentarlo, lo que tiene lugar particularmente, cuando el título primordial es muy antiguo. (1)

Pothier no da razón de esta diferencia que él establece entre las actas de reconocimiento *in forma speciali* y las que están redactadas *in forma communi*. Los autores del Código han seguido la opinión de Pothier sin someterla á un examen crítico. La expondremos primero, y luego la explicaremos.

I. De las actas de reconocimiento in forma speciali.

389. El art. 1,337 dice: "Las actas de reconocimiento no dispensan de la presentación del título primordial, á menos que su tenor esté relatado en ellas." Esta disposición concierne á las actas que Pothier llama *in forma speciali*. Lo que las caracteriza, es que "el tenor del título primordial está especialmente relatado en ellas." ¿Qué se entiende por *tenor* y *especialmente*?

¿La relación especial del tenor del acta es la copia literal del título? Dumoulin así lo entendía; Pothier no dice lo que entiende por tenor del título, y los autores del Código no han dado explicación. Nos parece que el texto de la ley decide la cuestión. El *tenor* no es la *transcripción*; no es menester que el título primordial esté copiado literalmente: la ley no lo exige. Según esto, es difícil definir lo que el acta de reconocimiento debe contener para poder de-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 777. Dumoulin expone la teoría de las actas de reconocimiento en su *Comentario acerca de la costumbre de Paris*, tít. 1.º pfo. VIII, núms. 88 y siguientes.

cir que el *tenor* del título primitivo se halla relatado en ella; es menos que la transcripción de que habla el art. 1,336 y es más que la substancia que exige el art. 1,338 para las actas confirmativas; hay, pues, que decir con los autores que las disposiciones del título primordial deben ser reproducidas, pero que no es necesario que lo sean textualmente. (1) ¿Por qué los autores del Código se han apartado en este punto de la doctrina de Dumoulin? Sin duda ha sido porque Pothier solo se ocupa del tenor, sin explicar lo que se entiende por esto. Ellos agregan la palabra *especialmente*; no sabemos por qué los señores Aubry y Rau dicen que esta palabra *parece* haber sido agregada con la intención de exigir que resulte del conjunto del acta de reconocimiento la reproducción de las disposiciones del título primordial. (2) Esto es una conjetura que nos parece difícil admitir, pues agrega una condición á la ley. Más sencillo es suponer que la palabra *especialmente* expresa la idea de las palabras latinas de que se sirve Pothier: *In forma speciali*.

Hay una sentencia de la Corte de Casación acerca de nuestra cuestión; la Corte es menos exigente que la doctrina. Pone, en principio, que la transcripción literal del título primordial no es una condición esencial para la validez del acta de reconocimiento; basta que la convención original se halle en ella relatada en sus *cláusulas principales*. ¿No es esto reducir el *tenor* á su *substancia*? La Corte hace constar después, que en el caso, la convención constitutiva de servidumbre, se halla relatada en sus *cláusulas esenciales* en el acta de reconocimiento, particularmente en lo que concierne á la destinación, la naturaleza y la extensión de la servidumbre de que se trata. (3)

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 443, núm. 484. Aubry y Rau, t. VI, página 420, pfo. 760 bis. Larombière, t. IV, pág. 567, núm. 1 del artículo 1,337 (Ed. B. t. III, pág. 109).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 421, nota 9 pfo. 760 bis.

3 Denegada, 15 de Abril de 1867 (Daloz, 167, 1, 296).

390. El art. 1,337 dispone que el título de reconocimiento que relata especialmente el tenor del título primordial, dispensa de la presentación de este último. Esta es la doctrina de Pothier; debe, pues, interpretarse esta disposición tal cual Pothier la entendía: el acreedor está dispensado de presentar el título primordial en el caso en que se haya perdido. Si existe aún el deudor, puede exigir su presentación; tiene interés en ello si pretende que el acta de reconocimiento contiene cosas de más ó diferentes; el reconocimiento no hace fe sino por lo que dice el título primordial, á no ser que la intención de las partes haya sido de innovar; pero la novación no se presume, es preciso que la voluntad de hacerla resulte claramente en el acta (art. 1,273). Si no hubo novación, el acta de reconocimiento solo es la confesión de lo que dice el título primordial; de esto resulta el interés y el derecho que tiene el deudor para pedir la presentación del título primordial. (1) Si el acreedor negase que el título primordial existiese aún, el deudor sería admitido á probar su existencia por testigos y por presunciones, y si el acreedor se obstinaba en no presentarlo, el Tribunal podía conferir el juramento supletorio al deudor; no debe dejarse al deudor á merced de la mala fe del acreedor.

La Corte de Pau ha juzgado, sin embargo, por una sentencia muy bien motivada, que el acta de reconocimiento dispensa de una manera absoluta al acreedor del título primordial, aunque existiese y aunque difriese del acta de reconocimiento. Hay que distinguir, dice la Corte, el caso en que el nuevo título tiene solo por objeto reconocer la existencia del título primitivo el que, en la intención de las partes, debe continuar haciendo fe de sus convenciones; en este caso, el deudor tiene el derecho de exigir la presentación del título primordial, puesto que el acta de reconocimiento

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 421, nota 10, pfo. 760 bis.

se refiere á éste y no hace fe por lo que se dice en él; Este es el caso supuesto por Pothier, y reproducido por el artículo 1,337. Pero también puede suceder que una acta se haga para reemplazar el título original por un nuevo título, el que en lo porvenir solo hará fe; no será una acta de reconocimiento, será un título equivalente á otro primordial; el antiguo está anulado y substituido por el nuevo, y no puede tratarse entonces de solicitar la presentación del título primitivo. (1) La distinción es justa, solo que como en este caso hay una especie de novación en cuanto al título, debería aplicarse la regla del art. 1,273; es decir, que los tribunales no la admitirán si no resulta claramente del acta.

II. De las actas de reconocimiento in forma communi.

391. El tercer inciso del art. 1,337, dice así: "Sin embargo, si hubiese varios reconocimientos conformes, sostenidos por la posesión, y de los que uno tuviese treinta años de tiempo, el acreedor podrá ser dispensado de presentar el título primordial." Esta disposición está mal redactada. Debe suponerse que el acta de reconocimiento de que la ley habla, no reproduce el tenor del título primordial; trátase, pues, de una acta de reconocimiento *in forma communi*; basta comparar el texto del Código con la doctrina de Pothier para convencerse de ello. (1) Pothier pone como regla que los reconocimientos *in forma communi* no prueban la existencia del título primordial y no dispensan al acreedor de presentarlo. Es lo que se supone también en el art. 1,337, aunque no se diga en él; la ley lo subentiende, prevee solamente el caso en que por excepción, el reconocimiento *in forma communi* dispensa al acreedor de la presentación del

1 Pau, 24 de Agosto de 1828 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,447) y denegada, 29 de Enero de 1829 (Daloz, en la palabra *Rentas constituidas*, núm. 73).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 190.

título primordial. Esta excepción también está tomada de Pothier, pero el Código la precisa exigiendo siempre *varios* reconocimientos conformes sin determinar, no obstante, su número, y define lo que debe entenderse por reconocimiento *antiguo*, y es el que tiene más de treinta años. ¿Cuál es, en este caso, la fuerza probante del acta de reconocimiento? El art. 1,337 responde que el acreedor *podía* ser dispensado de la presentación del título primordial; comparando el tercer inciso con el primero, se ve que la ley no da la misma fe al reconocimiento del acta *in forma communi*, como al acta de reconocimiento *in forma speciali*, aunque reúna las condiciones prescriptas por el tercer inciso. El acta *in forma speciali* dispensa al acreedor de presentar el título primordial, mientras que si el acta está *in forma communi* y que reúna las condiciones determinadas por la ley, el acreedor podrá ser dispensado del título primordial, lo que implica que el juez decidirá según las circunstancias, si el acreedor debe presentar el título ó si se le dispensa de ello. Se sigue que el acta de reconocimiento *in forma communi* jamás hace fe por sí de la obligación que relata. Aun cuando hubiese varios reconocimientos conformes, de los que uno tuviere treinta años, y que estos reconocimientos fuesen sostenidos por la posesión, el juez podrá, no obstante, decidir que el acreedor debe presentar el título primordial; y si este título no existe, el acreedor quedará sin prueba literal á pesar de los reconocimientos conformes subscriptos por el deudor y de la posesión que lo confirma.

392. Cuál es la razón de este excesivo rigor? Harémos desde luego constar que de hecho la ley no es tan rigurosa como parece serlo. Supongamos que el acreedor no pueda presentar el título primordial. ¿Cómo probará la existencia de la obligación? Por una vía muy sencilla: la prueba testimonial. En efecto, los reconocimientos firmados por el deudor son como principio de prueba por escrito y, por consi-

guiente, la prueba testimonial será admisible. Esta prueba se confunde, en realidad, con la de *posesión* que exige el tercer inciso del art. 1,337; es decir, que los testigos comprobarán la existencia de la obligación deponiendo que la renta ha sido servida regularmente. La jurisprudencia y la doctrina están en este sentido. (1)

393. Sin embargo, las disposiciones del Código acerca de las actas de reconocimiento, se concilian difícilmente con los principios generales del derecho. Un reconocimiento es una confesión, y cuando ésta consta por escrito, hace plena fe; es, en otros términos, una acta que hace constar la existencia de la obligación y que debe hacer fe tanto como cualquiera acta auténtica ó privada. Es verdad que existe una diferencia entre la confesión propiamente dicha y el reconocimiento del art. 1,337. La confesión se refiere directamente á la obligación que se trata de probar, mientras que el reconocimiento tiene por objeto el título primordial al que se refiere; aquel que firmó una acta de reconocimiento solo entiende, pues, reconocer la obligación tal cual consta en el título primordial. Pero todo lo que resulta de esta diferencia, es que el título primordial debe ser presentado por el acreedor si el deudor lo exige; si el título no existe ya, la confesión que de él se hace en el acta de reconocimiento debería hacer plena fe sin distinguir entre el caso en que el tenor del título primordial está en ella relatado, y el caso en que no lo está; tal es la doctrina de Dumoulin. Toullier estableció este punto con verdadera evidencia, pero Dumoulin hacía excepción al derecho común para las rentas feudales; abusando de su poder y de la ignorancia de sus vasallos, los señores aumentaban las cargas de los deudores en las actas de reconocimiento que les hacían firmar; de donde las reglas de desconfianza que Dumoulin saca del derecho

1 Angers, 19 de Enero de 1843 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,465). Aubry y Rau, t. VI, pág. 420 y nota 7, pfo. 760 bis.

canónico. Estas reglas constituían, pues, una excepción. Pothier hizo de ellas un principio aplicable á todas las obligaciones. Se equivocó, y los autores del Código se equivocaron como él. Esto lo reconocen todos, y es inútil renovar el debate ya concluido. (1)

SECCION III.—De la prueba testimonial.

ARTICULO 1.º —Nociones generales.

394. La prueba testimonial, á diferencia de la prueba literal, solo se admite en principio para los hechos jurídicos cuyo valor no pasa de 150 francos; cuando la cosa excede de esta suma, la ley quiere que se haga una acta ante notario ó privadamente (art. 1,341); es decir, que la prueba literal es la regla, y la testimonial la excepción. ¿Cuál es la razón de este principio que tan gran papel desempeña en materia de pruebas?

La prueba testimonial comenzó por ser admitida de una manera ilimitada. Aun hay más: nuestros antepasados, dice Boiceau, hacían más caso de la prueba testimonial que de la prueba por escrito, y cuando era contraria por testigos, era preferida; es, en este sentido, como Bouteiller dice en su *Summa Rural*: “testigos de viva voz destruyen letras.” (2) Loisel hizo con esto uno de sus adagios: *testigos pasan letras*. El cambio es radical. ¿Cuál es la razón? La ordenanza de Moulins de Febrero de 1566, es la que consagra esta gran innovación; transcribiremos el art. 54, porque da mejor á conocer el espíritu de la nueva ley, que el art. 1,341 que reproduce la ordenanza bajo una forma más concisa:

1 Toullier, t. V, 2, pág. 256, núm. 312, y pág. 258, núms. 314, 331 y todos los autores, excepto Larombière, quien ensayó tímidamente justificar el art. 1,337 (t. IV, pág. 581, núm. 17 del art. 1,337, Ed. B., t. III, pág. 115).

2 Boiceau, *Tratado de la prueba por testigos, con las notas de Danty* (Paris, 1769, en 4º), pág. 49, núm. 34.

“Para obviar á *multiplicaciones de hechos* que se ha visto poner en tela de juicio, sujetos á prueba por testigos de donde resultan *varios inconvenientes é incitaciones de procesos*, hemos ordenado y ordenamos, que de hoy en adelante, para toda cosa excediendo el valor de 100 libras, por una vez pagadas, han de pasarse contratos ante notario y testigos, por los cuales contratos solo será recibida toda prueba de la misma materia, sin recibirse ninguna por testigos, otra del contenido del contrato, ni en lo que se alegase haber sido dicho de su contenido antes, mientras y después. Por lo que no entendemos excluir las pruebas de las condiciones particulares, y otras, hechas por las partes bajo su firma privada.”

La ordenanza de 1667 (título XX, art. 2) reproduce esta disposición poco más ó menos, en los términos que el artículo 1,341. Esta ordenanza no da ningún motivo; solo consagra un estado de cosas que existían ya desde un siglo. La ordenanza de Moulins, es también muy lacónica; en sus considerandos, no dice cuáles son los *inconvenientes* que resultan de la admisión ilimitada de la prueba testimonial. Este vacío está llenado por los autores antiguos. Danty, en sus notas acerca de Boiceau, dice que la prueba por testigos es la más sencilla y la más natural, y que también es la mejor cuando existe buena fe en los hombres. Pero añade: las costumbres se han corrompido de tal manera en la sucesión de los siglos, la mentira y la calumnia se han vuelto tan frecuentes, que con mucha razón esto prueba que no encuentre ó tenga el mismo crédito. El abuso que se cometía con ella llegó á tal grado en el siglo XVI, que los parlamentos enviaron al Rey Carlos IX diputados para quejarse, lo que dió lugar á la ordenanza de Moulins. Cuando ésta apareció en 1667, se la criticó porque no permitía ni probar el depósito voluntario por testigos; Danty justifica esta prohibición severa: si la prueba del depósito hubiese sido permiti-