

EL DERECHO

Órgano Oficial

de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real de Madrid

—TERCERA EPOCA—

Semanario de Jurisprudencia y Doctrina Jurídica, Economía Política y Ciencias Sociales.

*S'il n'y avait pas de justice
il n'y aurait ni gouvernement ni société.*

EDOUARD LABOULAYE

DIRECTORES PROPIETARIOS: AGUSTIN VERDUGO y MANUEL F. DE LA HOZ.

Revista de Jurisprudencia CIVIL Y MERCANTIL.

SUMARIO.

- ACCION.—¿Puede decirse que se obliga á ejecutarla, cuando en la sentencia se expresa que se deja á salvo?—XXIV.
- ID.—¿Puede decirse que la sentencia no se ocupa de ella, cuando la deja á salvo?—XXV.
- ID. REAL.—¿Entra bajo la prescripción del art. 1,575 del Código de procedimientos civiles, segunda parte?—V.
- ID. REIVINDICATORIA.—¿Requiere la prueba del dominio sobre la cosa que se reclama?—XXXII.
- ID. NEGATORIA.—¿A quién incumbe, por causa de ella, el *onus probandi*?—IX.
- ACREEDORES DE DOMINIO.—¿Gozan del privilegio de no entrar en concurso?—III.
- ACUMULACION.—¿Procede la de un juicio, que se sigue contra un concurso por acción real, con los autos de éste?—IV.
- AUTO.—¿El que señala día para la audiencia de alegatos, es apelable ó revocable?—II.
- CASACION.—¿Procede, cuando la violación no fué reclamada en la instancia anterior?—I.
- ID.—¿Procede por violación del art. 356 del Código de procedimientos civiles, cuando el tribunal *a quo* rechaza la acción negatoria, apreciando conjuntamente las pruebas del actor y del reo?—X.
- ID.—¿Procede, cuando se cita un texto legal, inaplicable al caso de la violación que se invoca?—XII.
- ID.—¿Procede por violación del art. 360 del Código de procedimientos civiles contra la calificación judicial de la pertinencia de las pruebas?—XIII.
- CAUCION JUDICATUM SOLVI.—¿Esta excepción dilatoria debe ser exigida por nuestros jueces sólo en los casos y términos que prevengan las leyes del país á que el demandante pertenece?—XXX.
- ID.—¿La responsabilidad del fiador puede ser ilimitada?—XXXI.
- COMPROMISO ARBITRAL.—¿Es como cualquier contrato?—VI.
- ID.—¿Debe ser interpretado restrictivamente, como excepción de la jurisdicción ordinaria?—VII.
- ID.—¿Ante quién debe ser demandado lo que atañe á su subsistencia?—VIII.
- CONTRATO.—Hecho bajo determinadas condiciones ¿puede después uno solo de los contratantes exigir su cumplimiento bajo otras?—XX.
- ID. EN FRAUDE DE ACREEDORES.—Siendo gratuito ¿no requiere el *consilium fraudis* entre el deudor y el adquirente?—XLIII.
- ID.—Siendo oneroso ¿requiere esa circunstancia?—XLIV.
- COSTAS.—¿Debe ser siempre condenado en ellas, independientemente de la apreciación judicial, el litigante que no ha rendido ninguna prueba sobre la acción que dedujo?—XXVI.
- DAÑOS Y PERJUICIOS.—¿Proceden como anexos de la acción *adimpleti contractus*, cuando está probado que no se faltó al contrato sino por causa sólo imputable al actor.—XIX.
- ID.—¿Procede la condenación á su pago, en un juicio sobre acción reivindicatoria, cuando el actor no ha probado el dominio sobre la cosa que reclama?—XXXIV.
- DEMANDA.—¿Debe presentarse acompañada del documento que acredite el carácter con que el actor promueve?—XXXVII.
- DESISTIMIENTO DE ACCION.—¿Puede decirse que lo hay, cuando meramente no se insiste en ella?—XXIII.
- EVICCIÓN.—¿Puede decirse que la sufre el permutante, porque su cocontratante no le entrega los títulos?—XXI.
- EXCEPCIONES.—¿Pertenecen á la clase de los procedimientos llamados *ordinarii litis*, y por tanto no cabe, tratándose de ellas, efecto retroactivo?—XXVIII.
- JUICIO MERCANTIL.—¿Cómo debía sustanciarse según el Código de Comercio de 1884?—XXVII.
- LEY EXTRANJERA.—El que la invoca, como prueba, ¿debe demostrar su vigencia y aplicabilidad al caso?—XXXVI.
- LIBRANZA.—Para ser documento mercantil ¿requiere ser otorgada entre comerciantes y si no, expresar el contrato mercantil de que procede?—XXIX.
- POSESION.—¿Vale título en materia de servidumbre?—XIV.
- PRUEBAS.—¿Son lo mismo las *pertinentes* que las *eficaces*?—Inteligencia del art. 360 del Código de procedimientos civiles.—XI.
- PRUEBA TESTIMONIAL.—¿Es admisible contra un instrumento público, para privarlo de la fe que merece conforme al art. 551 del Código de procedimientos civiles?—XXXIII.
- PRESUNCIONES.—¿Cómo deben de ser las *humanas*?—XLI.
- ID.—¿La ley las entrega al poder discrecional del Juez?—XLII.
- SERVIDUMBRE.—¿El signo aparente de ella entre dos fincas pertenecientes á un mismo dueño se considera como título, si al pasar á dueños distintos, no se expresa lo contrario?—Derecho moderno.—XV.
- ID.—La misma cuestión.—Antiguo Derecho.—XVI.
- ID.—¿Podía decirse adquirida en este caso por prescripción?—Antiguo Derecho.—XVII.
- ID.—¿Podía existir en pared medianera?—Antiguo Derecho.—XVIII.
- SIMULACION.—¿Importa un ataque á la fe pública del instrumento que se objeta como simulado?—XXXVIII.
- ID.—¿Cómo puede probarse la de los contratos?—XXXIX.
- ID.—¿Son admisibles para probarla hasta las presunciones?—XL.

SOLEMNIDADES EXTERNAS.—¿Las de los contratos, testamentos y de cualquier instrumento público deben sujetarse á la ley del lugar del otorgamiento?—XXXV.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Federal (1ª Sala) de 25 de Abril de 1892 (El Derecho, tomo 3, núm. 25, pág. 393.)

I. *Hechos.* L. conviene en prestar á los Sres. J. y E. B. la cantidad de \$3000 de los cuales éstos confiesan, al firmarse la escritura respectiva, haber recibido ya \$2100 y aquel se obliga á entregar los 900 restantes en semanarios de á 100. Se expresa que el término para la redención del capital sería el de un año, y que durante él los Sres. B. pagarían por vía de interés \$500 cada cuatro meses, garantizando su obligación con hipoteca especial de los derechos de propiedad que tenían sobre una negociación minera.—No habiendo pagado ningunos réditos los mutuuarios, el mutuante con testimonio de dicha escritura, se presenta ante el Juzgado 4.º de lo Civil, demandando á aquellos en juicio ejecutivo por la cantidad de \$2100, réditos y costas, en atención á que el plazo para la redención estaba vencido y que no habían sido pagados los segundos, agregando que con objeto de evitar dificultades, limitaba la demanda á la cantidad expresada, no obstante tener los comprobantes de haber entregado los \$3000 convenidos, cuyos derechos se reservaba para otra oportunidad. El Juez despacha la ejecución, que se traba en los derechos designados, y los Sres. B. apelan del auto de *exequendo*, no sin oponerse también á la ejecución; pero sin hacer valer excepción alguna, nombrando perito y representante común. Recusado el Juez 4.º por los mismos Sres. B., pasan los autos al 5.º el cual ha por opuestos á los demandados á la ejecución y por nombrado al representante común, como por designado al perito. Entregadas las copias de la demanda para el traslado, los demandados no la contestaron, por lo cual el actor les acusó rebeldía, dando el Juez aquella por contestada negativamente, y abriendo á prueba el juicio. Durante la dilación probatoria, el actor pidió se tuviera como parte de su prueba la escritura antes mencionada, y los demandados simplemente, que se agregara á los autos testimonio de otra de censo

consignativo entre aquel y éstos, y relativa al mismo negocio, materia del juicio.—En estado el Juez pronunció sentencia, declarando haber habido lugar á la ejecución y condenando á los demandados al pago de la suma de \$2100, los intereses y las costas. Apelado este fallo y turnados los autos á la 3.ª Sala del Tribunal Superior, es confirmado en todas las partes.—Se interpone casación por los Sres. B., por creer violados en su contra por la causa del art. 714, frac. I, los arts. 1061, 87, 97, 1019, 551 y 546 del Código de Procedimientos Civiles, y la sentencia que nos ocupa (considerandos 1 y 2), declara improcedente el recurso por todos los capítulos, pues unas violaciones no fueron reclamadas, pudiendo haberlo sido, en primera instancia, y otras debieron hacerse valer y así no se hizo, como excepciones al contestar la demanda. "De donde se deduce, dice la sentencia de casación, que el recurrente para producir sus quejas, supone colocado el debate judicial en un terreno en que de hecho no lo ha sido, contra la claridad y precisión que exige en la interposición del recurso el art. 720."

Sentencia del Juzgado 5.º de lo Civil del Distrito Federal de 15 de Junio de 1891. (El Derecho, tomo 3, núm. 25, pág. 396.)

II. ¿El auto por el que se señala día para la audiencia de alegatos, es apelable ó revocable? Se decide lo primero, conforme á los arts. 642, 658 y 659 del Código de Procedimientos Civiles, porque dicho auto tiene fuerza de definitivo, causando gravámen que no puede repararse en la sentencia, toda vez que cierra las puertas á la admisión de pruebas.

Sentencia del Juzgado 5.º de lo Civil del Distrito Federal de 22 de Junio de 1891. (El Derecho, tomo 3, núm. 25, pág. 397.)

III. *Hechos.* Habiendo R. hecho cesión de bienes ante uno de nuestros Juzgados de lo Civil, entre los cuales listó una botica que por lo mismo fué secuestrada V., se presentó ante otro Juzgado reclamando la propiedad de aquella, con apoyo de haberle sido vendida ante Notario Público por J., lo cual demostraba con la escritura respectiva. Seguido este segundo juicio por todos sus

trámites contra el concurso de R., terminó por sentencia que lo condenó á devolver á V. la botica en cuestión ó su precio, á juicio de peritos, según el estado que guardaba cuando la recibió el concurso y á las costas; sentencia que fué confirmada por el Tribunal Superior. No pudiendo el concurso devolver á V. la botica de su propiedad por haber dispuesto de ella, optó el actor por el pago de precio en que fué listada entre los bienes concursados y obtuvo mandamiento de ejecución por la cantidad debida, la cual se verificó, no obstante la apelación interpuesta por el Síndico del concurso, que fué desechada por improcedente, en virtud de tratarse de la ejecución de una sentencia. La parte actora, en su oportunidad, pidió se previniera al concurso nombrase perito valuador, para proceder al remate de otra botica que había sido embargada en la diligencia mencionada. Así las cosas, el Síndico del concurso pidió al Juez donde aquel estaba radicado y éste acordó, la acumulación del juicio iniciado por V., librando al otro Juzgado el oficio respectivo, con fundamento del art. 1575 del Código de Procedimientos Civiles. Hecho saber esto á V., se opuso á la acumulación, invocando los arts. 1572, frac. II y 1574 del mismo cuerpo de leyes. De aquí las siguientes cuestiones de derecho: ¿Qué clase de acreedor es V? La sentencia que tenemos á la vista, resuelve (considerando 1.º) que de dominio, cuyo carácter está demostrado indubitablemente por la ejecutoria del Tribunal Superior de que antes se hizo mérito, y si se recuerda que V., al deducir su acción contra el concurso, acompañó á su demanda la escritura de compra-venta de la finca en cuestión, con arreglo al art. 8 del Código citado, no puede menos que reconocerse que el carácter de dueño y no otro es el que le corresponde. Ahora bien, continúa la misma sentencia (considerando 2.º), es de vulgar jurisprudencia que los acreedores de dominio gozan del privilegio de no entrar en concurso, debiéndoseles restituir las cosas de su propiedad, inmediatamente que justifiquen su derecho (leyes 2ª, tít. 3; 1ª tít. 8, Partida 5; 46ª, tít. 28, Partida 3; arts. 1481 del Código de Comercio de 1884, 998 del actual y 1928 del Civil.

IV. Mas, habiendo el concurso dispuesto

de la botica reclamada y en esta virtud optado V. por su precio, como queda dicho, ¿puede todavía considerársele como acreedor de dominio, ya no respecto de la cosa reivindicada sino en orden á su precio y contra el deudor? Con el debido respeto al ilustrado Juez, autor de la sentencia que analizamos, creemos que no, pues lo característico de la acción *real* ó de dominio, es proceder solo sobre la cosa (*in rem*) por lo cual es indiferente la persona del poseedor. Si, pues, la cosa ha desaparecido de poder del primer detentador, ya no puede intentarse contra él la *rei-vindicatio-res extinctæ vindicari non possunt* (1)—y menos por el precio de aquella, porque ésto ya constituye una obligación de carácter esencialmente *personal*. Sin embargo la sentencia resuelve [considerando 3.º], que no procede la acumulación, pues V. no ha perdido el carácter de propietario de la botica ni por lo mismo, el privilegio de no tener necesidad de entrar al concurso, pues el precio de la cosa reclamada hace las veces de la cosa misma.—Lo primero me parece incontestable; pero no por la razón que se dá ni contra el concurso de R. sino porque la acción real compete contra cualquier poseedor, (art. 4 del Código de Proced. Civ.)

V. Prescribiendo el art. 1575 (Cód. id.), en su segunda parte, que si bien según el 1572, frac. II, no son atraídos por el juicio de concurso los de *cualquiera clase* en que se hubiera citado ya para sentencia, deban sin embargo incorporarse á aquel, pronunciada que sea la ejecutoria respectiva, ocurre esta otra cuestión: ¿el art. 1575 comprende también los juicios en que la acción deducida es la de dominio? El fallo que nos ocupa (considerandos 4 y 5) decide con el mayor acierto que no, fundándose para ello en las siguientes declaraciones de la parte expositiva del Código de Procedimientos de 1880 en orden á los arts. 1677 y 1680, concordantes de los 1572 y 1575 del Código vigente: "Los acreedores comprendidos en la 2.ª fracción (del primer precepto) son *acreedores comunes*, y la circunstancia de que hayan demandado antes que otros, no les dá privilegio alguno: si por haber demandado antes y obtenido sentencia favo-

(1) Inst. de Just., 26, de *Res. divis.*

nable, han sido pagados, han dejado de ser acreedores y nada tienen que ver con el concurso; pero si no han sido pagados, ejecutoriada que sea la sentencia que les manda pagar, deben venir al concurso para que sus créditos sean graduados y clasificados en el lugar que les corresponda conforme á la ley."

Sentencia de la 3.^a Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal de 29 de Julio de 1892. [El Derecho, tomo III, núm. 32, pág. 506].

VI. *Hechos:* Una persona se había asociado con otra sobre la base de que ambas se sujetarían á la decisión de determinado abogado, en calidad de árbitro arbitrador, en todas las diferencias que entre ellas surgiesen sobre inteligencia y ejecución del contrato, disolución de la sociedad y examen de ciertas cuentas. Posteriormente uno de los socios demanda al otro ante uno de nuestros jueces de lo civil sobre rescisión del contrato social, revocación del nombramiento de gerente y pago de daños y perjuicios, pidiendo además, se nombrara un interventor para la sociedad. El socio demandado contesta que la diferencia á que la demanda se refiere, debe resolverse ó por la mayoría de los socios ó por un árbitro, según el tenor liberal del art. 2297 del Código Civil, y conforme además á lo expresamente estipulado en la escritura del contrato. No habiendo ninguno de los interesados rendido prueba durante el término respectivo, el juez falló no ser procedente la excepción opuesta por el socio demandado, mandando correrle traslado de la demanda y nombrando el interventor solicitado. Apelado este fallo, fueron turnados los autos á la 3.^a Sala mencionada, que pronunció la sentencia revocatoria que nos ocupa.

Siendo el compromiso arbitral, en esencia, como cualquier contrato, cae necesariamente bajo la prescripción del art. 1279 del Código Civil, que prefiija las condiciones de validéz de toda convención. (Considerando 2). Esto supuesto, claro es que el cumplimiento de la obligación de someterse á árbitros, está subordinado á la voluntad expresa en el contrato respectivo. ¿Tal diferencia no fué prevista por los contra-

tantes para someterse en cuanto á ella al laudo arbitral? Pues esa diferencia queda fuera de su alcance, perteneciendo entonces á la jurisdicción ordinaria, á la cual cualquiera de los interesados puede acudir sin faltar al contrato compromisorio. Esto tiene además, cómo debía ser, la más perfecta sanción en la nulidad de todo lo que los arbitros hagan fuera de los límites trazados por la escritura de compromiso. En este sentido son terminantes la leyes y autoridades que el Magistrado disidente en la sentencia que analizamos, invoca en su voto particular: leyes 26, tít. 4; 23 y 106, tít. 18, Partida 3; 32, §§ 15 y 21, *Dig., de Recep., arb.*; Caravantes, tom. II, pág. 294; Manresa y Reus, tom. IV, pág. 11; Emilio Reus, tom. II, pág. 257.

VII. La primera cuestión, pues, que suscita el caso de que se trata, es la de si la pretensión del socio demandante se halla ó no comprendida en las facultades que se convino en otorgar al árbitro. Entendemos, salvos por de contado nuestros respetos á los dos Magistrados que suscribieron la sentencia que estudiamos, que nó. La razón se viene por sí misma, atenta la relación de hechos que antecede. En efecto, así como las leyes que establecen excepciones á las reglas generales, no son aplicables á caso alguno que no esté expresamente especificado en ellas, del mismo modo, importando el juicio arbitral una excepción respecto de la jurisdicción ordinaria, no pueden pertenecer á aquel sino los casos que expresamente se exceptuaron de ésta. La organización judicial es la regla general; la facultad de nombrar árbitros constituye una excepción cuya ley se encuentra en la escritura de compromiso. Hay, en consecuencia, que interpretar el compromiso arbitral estricta y casi literalmente, conforme al principio: *exceptio est strictissimæ interpretationis*. Por esto el Código de Procedimientos Civiles, al enumerar los requisitos *sine qua non* de la escritura compromisoria, expresa: art. 1244, frac. VIII, que debe contener el negocio ó negocios que se sujetan al juicio arbitral, con lo cual, sin duda, ha querido dar á entender el legislador que debe huirse en esta materia de toda vaguedad y cerrarse la puerta á las

interpretaciones *lato sensu*. Y como este peligro es mayor cuando se trata de varios negocios, el art. 1285 prescribe que se especifiquen *exactamente* en la escritura de compromiso los negocios que por modo arbitral hayan de decidirse.

VIII. Más, si se ofrece duda sobre si tal diferencia está ó no incluida en el compromiso, ¿ante quién deberá ventilarse? Trátase nada menos que de la nulidad del contrato arbitral, de lo que afecta á su esencia, al objeto de su aplicación según el convenio previo de las partes. El art. 1245 nos parece decisivo á este respecto, así como para resolver cualquiera cuestión que atañe á la existencia ó inexistencia del contrato: si hay ó no árbitro, su carácter, plazo para dar el laudo, etc., etc. La sentencia que nos ocupa, interpreta así ese texto legal: «Considerando quinto: Que por lo que al segundo argumento se refiere, el Juez no pudo legalmente entrar á la calificación del compromiso y declararlo nulo por medio de un considerando, ni la Sala puede tampoco entrar á esa calificación en la forma propuesta de simple razonamiento ó alegato en el artículo de declinatoria. La ley dice que la falta de cualquiera de las condiciones presentas en el art. 1244, anula el compromiso; pero que la nulidad *sólo puede reclamarse ante los árbitros* antes de la contestación de la demanda. Hecha la reclamación, los árbitros remitirán los autos al Juez ordinario, designado para la ejecución de la sentencia, á fin de que sustanciando el incidente relativo, dicte la resolución que corresponda, y si la ley manda expresamente que la nulidad se trate en un incidente que debe ventilarse y decidirse ante el Juez ordinario, la Sala tiene que reputar válido y subsistente el compromiso y por legalmente constituido el árbitro hasta que haya esa sentencia que lo declare nulo; y como ésta no aparece en autos, pues ni siquiera se ha promovido el incidente; fuera de él sería arbitrario examinar el compromiso, aun cuando saltaran á la vista sus defectos, porque el fallo sería *ultra petita* con violación del art. 605 del citado Código, supuesto que no hay demanda relativa á la nulidad.» «Considerando sexto: Que en la sentencia apelada y en el

debate se ha sostenido que en el incidente de declinatoria no se examina la validéz ó nulidad del compromiso, sino únicamente si existe el árbitro que pueda conocer de la demanda instaurada para saber quién debe ser el competente, pero en realidad, esta aserción carece de exactitud.

El contrato de compromiso debe contener: los nombres y domicilio de los árbitros; el nombre y domicilio del tercero ó los de la persona que haya de nombrarle y la manera de hacer el nombramiento; y por último, la manera de suplir las faltas de los árbitros y del tercero, y la persona ó Juez de 1^{ra} Instancia, Menor ó de Paz que haya de nombrar á éste en ese caso: así es, que si para saber la existencia del Juez árbitro, se necesita entrar á estudiar si han sido llenados esos requisitos, es de absoluta claridad que el compromiso en esa parte entra en tela de juicio desde el momento en que se pretenda decidir si han constituido Juez legalmente á quien corresponda conocer de la demanda, por ser absolutamente imposible saberlo, sin tocar á la validez del contrato. Precisamente lo más esencial del compromiso, es la constitución del Juez árbitro, y resolver sobre su existencia, es afectar lo principal de la estipulación, anteponerse al objeto del art. 1,245 y dar juicio a finado sobre esa parte del compromiso.» «Considerando séptimo: que reputado por hoy legalmente válido el compromiso á virtud de que, como se ha dicho, no ha recaído sentencia alguna que lo nulifique; es una consecuencia indeclinable que las partes contratantes están obligadas, en obediencia á lo dispuesto en el art. 1,276 del Código Civil, no solamente á cumplir lo expresamente pactado, sino también á todas sus consecuencias, y de aquí se infiere que habiéndose estipulado en la cláusula 18^a de la escritura social, que el Juez árbitro sea el competente para dirimir las diferencias que entre ellas se susciten, al árbitro nombrado y no al Juez ordinario corresponde el conocimiento de la demanda.»

Sentencia de la Sala de casación del Distrito Federal de 13 de Julio de 1892. (El Derecho, tom. 3, núm. 33, pág. 516).

IX. *Hechos*: M. promueve juicio ordinario contra P., pidiendo que su casa, sepa

rada por pared medianera de la de éste, se declarara libre de la servidumbre *liminum*, mandándose cerrar la ventana que P. había conservado abierta en dicha pared y que existía desde antes del año de 1856 en que ambas casas fueron denunciadas conforme á la ley de desamortización de 25 de Junio de ese mismo año y pasaron á ser propiedad de distintos dueños. Como antes de esa fecha las dos fincas tenían un sólo dueño, dice el actor, no existía la servidumbre, según el principio: *res sua nemini servit*, siendo necesario para que surgiera tal desmembramiento de la propiedad un contrato, ó testamento que no había habido, ó prescripción cuyo tiempo no podía decirse que hubiera empezado á correr, pues primero era que se estuviese en el goce de la servidumbre. Carecía, en consecuencia, P., del título legal á que se refiere el art. 1,035 del Código Civil. El demandado evacúa el traslado, oponiendo, entre otras excepciones, la perentoria de propiedad sobre la servidumbre. Durante la dilación probatoria, se rinden por la parte actora la pericial y la documental, encaminada ésta á demostrar que antes de 1856 las dos fincas de que se trata pertenecían al fondo de Aniversarios, y por el demandado, entre otras, inspección ocular y presentación de los títulos de propiedad del actor. En 18 de Diciembre de 1886, el Juzgado pronuncia sentencia, declarando que P. no ha probado como debía la existencia de la servidumbre, de la cual estaba libre por lo mismo la casa de M. y que el primero estaba en la obligación de cerrar la ventana. Apelado este fallo, la 4ª Sala del Tribunal Superior, sentenció en 31 de Octubre de 1887 revocándolo, porque, en su concepto, M. no había probado la libertad de su casa respecto de la obligación de tolerar la ventana, lo cual sí había hecho P., por haber justificado la adquisición de la servidumbre mediante prescripción. Contra esta sentencia interpone M. el recurso de casación por la causa de la frac. I del art. 711 del Código de Procedimientos Civiles, en virtud de haber violado leyes aplicables al caso y desconocido la interpretación jurídica de otras, que son en conjunto los arts. 356, 360 del Código de Procedimientos; 828, 1,035

del Código Civil; leyes 2, 15 y 17 del tít. 31 y Part. 3ª.

Primera violación: Según el recurrente al declarar la Sala que M. no había probado su acción, implícitamente declaró también que estaba en la obligación de probar la que dedujo, lo cual es contrario á la naturaleza de la acción *negatoria*, que conforme á la jurisprudencia universal y á la común doctrina de los autores, está libre del *onus probandi*, que gravita todo entero sobre el demandado. «Está admitida efectivamente, dice el Ministerio Público en su pedimento relativo á este negocio, por todos los tratadistas antiguos y modernos, la teoría que asegura que cuando se ejercita la acción negatoria es al demandado á quien toca probar sus aserciones, porque él es quien desconoce la presunción legal que tiene todo propietario en favor de la libertad de su finca.

La ley 2, tít. 5, libro 8 del Digesto declara que cuando se ejercita la acción negatoria, el que quiere librar su fundo de una servidumbre, no está obligado á presentar prueba alguna, mientras que cuando se ejercita la acción confesoria, debe en primer lugar probarse el dominio sobre el prédio dominante y luego el derecho *in re* que constituye la servidumbre.

Esta doctrina ha sido desarrollada por los juriconsultos españoles Gómez de la Serna, Manresa y Reus, con acopio de razonamientos; pero el Sr. Laurent la expone todavía con mayor claridad y extensión: «La prueba, dice, da origen á una cuestión sobre la cual se ha suscitado una viva controversia. Es un principio elemental que la prueba incumbe al demandante. ¿Es decir, que el que sostiene que su fundo está libre, debe probar que el vecino no tiene derecho á la servidumbre que ejercita? Decimos que ejercita, porque para que haya lugar al debate, es necesario suponer que el vecino está en posesión de la servidumbre. Coloquémonos en la hipótesis más favorable al poseedor: ha obtenido en el juicio posesorio una sentencia que lo mantiene en la posesión. ¿El propietario que pretende que su fundo está libre, debe entablar el petitorio, debe probar la libertad de su fundo? La jurisprudencia es casi unánimemente favorable al propietario: éste nada

tiene que probar, se dice, porque tiene la presunción de que la propiedad es libre: por otra parte, obligarlo á probar la libertad de su fundo, sería obligarlo á rendir una prueba negativa, supuesto que debería probar que el vecino no tiene servidumbre sobre su finca, y la prueba de este hecho negativo es imposible.»

«Nos parece, dice poco después, que los principios generales bastan para arrojar la prueba sobre el que pretende tener derecho á una servidumbre, aun, cuando esté en posesión de ella. Así lo expresa Pothier cuando dice: En una y otra acción, es decir, en la negatoria lo mismo que en la confesoria, el que pretende tener un derecho de servidumbre, debe justificarlo según la máxima: *Incumbit onus probandi ei qui dicit*. Así es que Pothier se funda en los principios generales sin distinguir si el que reclama la servidumbre está en posesión de ella ó no. Esto no ofrece duda alguna cuando el debate se refiere al juicio petitorio. El propietario es el actor. ¿Qué debe probar? Su derecho de propiedad; si prueba que es propietario, demuestra por ésto sólo, que tiene sobre la cosa un derecho absoluto, exclusivo, un derecho en virtud del cual puede rechazar cualquiera invasión que un vecino haga en su heredad. ¿Qué le contesta el demandado? ¿Qué posee una servidumbre? El propietario le replicará: La posesión es un hecho; en presencia de mi propiedad, este hecho no es más que una usurpación, mientras no me pruebes que ese hecho es el ejercicio de un derecho. Pretendes tener un derecho; me opones una excepción, y esta excepción te convierte en demandante: prueba, pues, que tienes un derecho de servidumbre" (1).

La cuestión, sin embargo, se agita desde los antiguos intérpretes del Derecho Romano. Heineccio (2), Guy-Pape (3) y Dunod (4) fundándose en la ley 8 párrafo 3, tít. 5, lib. VIII del Digesto, sostienen que si el demandado está en posesión de la servidumbre, al demandante corresponde el *onus probandi*, con tanta más razón con cuanta que no se limita á negar aquella si-

no que en rigor afirma la franquía ó libertad de su finca. Delvincourt (1), Duranton, Pardessus, entre los modernos y el alemán Thibaut siguen también esta opinión (2), la cual con todo, no tiene apoyo en la generalidad de la doctrina ni de la jurisprudencia. Heineccio mismo dice refiriéndose á la interpretación que combate: *in foro triumphat*. Brunemann, sobre la ley 9, tít. 34, lib 3 del Código, no puede ser más terminante: *Servitutem esse probandam etiam ab eo qui in possessione servitutis est; ita ut possessio quia contra naturam rei frionævam est, possidentem non relevat*. Dumoulin y D'Argentè han emitido la misma opinión: *Possessio, dicen, non relevat ab onere probandi in servitute reali--Possessio contra jus non relevat ab onere probandi* [3]. En nuestro derecho positivo apenas puede concebirse lo duda, después del texto formal del art. 1035 del Código Civil: «Al que pretende tener derecho á una servidumbre, toca probar aunque esté en posesión de ella, el título en virtud del cual la goza.» El motivo de esta prevención creemos encontrarse en los principios generales sobre la prueba. La propiedad es libre por su naturaleza; luego establecida su existencia, debe presumirse su libertad hasta la prueba en contrario; pero la servidumbre constituye una excepción del derecho común de propiedad, y, como toda excepción, debe ser probada por aquel que la alega. Esto nos parece evidente (4).

X. Empero, volviendo á la violación del art. 356 del Código de Procedimientos, invocada por el recurrente en casación ¿es cierto que ese precepto fué hollado por la sentencia de la 4^{ta} Sala del Tribunal Superior? Vemos aquí un falso supuesto, al tratarse de fundar el recurso. La casación, á no dudarla, prosperaría, si el tribunal *a quo* hubiera mantenido la servidumbre en cuestión, sólo por falta de pruebas del actor. Ejercitando éste la acción *negatoria*, ya hemos dicho que el *onus probandi* gravi-

(1) Delvincourt, tom. 1, pag. 572.

(2) Duranton, tom. 5, núm.—641. Pardessus, tom. 2, núm. 330. Thibaut, I, 319. Bonjean, *des actions*, tom. 2, § 280.

(3) Dumoulin, *Antiq. cons paris* § 2, gloss. 6, núm. 4 fol. 116. D'Argentè, art. 59, gloss. 5, núm. 3. Mascardo, *De prot.—conclus.* 1306 et in proem. quæst. 17, núm. 9. Van-Weter, tom. I, § 205.—Demolombe, tom. 8, núm. 957.—Merlin, *Quest de droit*, "Servit" § 3, núm. 1.—Demante, tom. II, núm. 546. bis. III.

(4) Maynz, tom. I, § 121, edit. de 1891.

(1) Laurent, *Droit civ. franc.* Tom. 8, núm. 288.

(2) Heineccio, *Elenc juris*, núm. 1137.

(3) Guy-Pape, *Quest.* 38

(4) Dunod, *Des prescript.* 3^{ème} part. 9, pag. 293.

taba sobre el demandado, sin constituir una obligación para su colitigante. La controversia, pues, queda reducida á averiguar si el demandado rindió pruebas sobre su derecho, y si éstas fueron estimadas y tomadas en cuenta por la Sala sentenciadora. Ahora bien, la afirmativa resulta de los considerandos del fallo recurrido, sin que sepamos que el recurrente hubiera indicado siquiera, como violadas, las leyes reguladoras de la prueba en orden á las rendidas por el demandado, únicas que era oportuno invocar, toda vez que esas pruebas existían [considerando 3º].

XI. Segunda violación. Al fallar el Tribunal *a quo* que el actor no había probado su acción ¿violó el art. 360 del Código de Procedimientos? El recurrente así lo pretende, recordando las pruebas por él producidas; pero hay en esto un error lamentable en cuanto á la aplicabilidad de ese texto legal. El dice que "el Juez hará en la sentencia definitiva la calificación de las pruebas, y, en su caso, la condenación de gastos y perjuicios á que se refiere el artículo anterior." Ahora bien, el art. 359 habla de *pruebas notoriamente impertinentes*; luego el 360 no se refiere á otra cosa. Se comprende que el concepto violatorio invocado por el recurrente, fué que la 4ª Sala no había estimado como *eficaces* las pruebas por él rendidas, para lo cual debió citar, como violados, el art. 612, frac. III y todos los demás reguladores de la prueba, desde el 546 hasta el 568 que están en el capítulo intitulado: *Del valor de las pruebas*.

XII. Esta equivocación hace ilegal la interposición del recurso. «El concepto, dice la sentencia, (considerando 1º) que tiene por fin demostrar que no se dió eficacia y valor á las pruebas, cuando no se ha recurrido por infracción de la ley reguladora de la prueba, resulta incongruente y vago con referencia al citado artículo [el 360] que para distinto efecto quiere que se califique lo adecuado ó impertinente de la prueba. La jurisprudencia de la Sala ha establecido que este defecto hace ilegal la interposición. (Ejecutorias de 14 de Marzo de 1890 y 18 de Septiembre de 1891).»

XIII. Obra además otro motivo para esa

ilegalidad: Hemos dicho que el recurrente afirmó ser la causa para la casación la frac. I del art. 711 del Código de Procedimientos Civiles, según la cual puede recurrirse en cuanto á *la sustancia del negocio*, "cuando la decisión es contraria á la letra de la ley aplicable al caso ó á su interpretación jurídica." Se trata, pues, en el art. 711 de agravios que afectan al fondo, á la sustancia del negocio, á la parte resolutive en lo principal. Es así que dicho art. 360 en nada sirve para decidir el fondo de un litigio, ya que pueden las pruebas ser calificadas de impertinentes y condenado su autor al pago de los gastos y perjuicios, obteniendo sin embargo en lo principal, luego la causa legal para la casación no existe (considerando 1º).

XIV. Tercera violación: La de los artículos 828 y 1,035 del Código Civil. «Al declarar, dice el recurrente, el tribunal *a quo* que aquel no probó su acción, mal aplicó el primero de esos textos é infringió el segundo, pues si bien el 828 establece una regla general en favor del poseedor, por la presunción de propietario que le otorga, el 1,035 establece á su vez una excepción, cuando se trata, como en el caso, de servidumbre. Entonces, debe decirse que la simple posesión no vale título, sino que exige la prueba al poseedor.» ¿Ha procedido la casación por infracción de esos preceptos legales? Entendemos con la Sala (considerando 3º) que en esta parte incurrió también el demandante en un falso supuesto, consistente en creer que el tribunal *a quo* falló, como lo hizo, fundándose solamente en la pretendida falta de pruebas del actor, cuando la verdad es que esa circunstancia no fué tomada en consideración, de acuerdo con la naturaleza de la acción negatoria, sino secundariamente, para apoyarse con especialidad en las pruebas directas y positivas de la existencia y legitimidad de la servidumbre en cuestión. El *onus probandi*, pues, fué evacuado por el demandado con entero arreglo, según la 4ª Sala, á la ley que trata de la manera de adquirir las servidumbres.

XV. Cuarta y última violación: la de las leyes 2, 15 y 17 del tít. 31, partida 3ª ¿Se han cometido estas infracciones? Ante todo y para evitar equívocos, fuerza es decir

que la legislación aplicable al presente caso es la antigua española, y no la novísima, por tratarse de derechos nacidos y existentes antes del año de 1870, en que se promulgó el primer Código Civil del Distrito Federal. Según éste, así como conforme al actual, la menor duda es imposible en favor del derecho invocado por el demandado. Es curioso notar cómo es éste uno de los puntos en que radicalmente se separa el antiguo del moderno derecho. Desde el art. 694 francés hasta el 1037 de nuestro Código Civil actual se lee el siguiente texto: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido ó conservado por el propietario de ambas, se considera como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, cuando las fincas pasan á propiedad de diferentes dueños; á no ser que al tiempo de dividirse la propiedad, se exprese lo contrario en el título de enagenación de cualquiera de ellas». Tal es nuestra ley vigente, que en el desenvolvimiento del derecho nacional remonta al art. 540 del proyecto del Sr. Dr. Don Justo Sierra y constituye el 653 del Código del Imperio, que fué después el 1143 del nuestro de 1870 [1]. Según esta legislación basta la conservación de un signo aparente de servidumbre, entre dos fincas que fueron de un sólo y mismo dueño, después de que cada una pasó á ser propiedad de diversa persona, para que deba considerarse que la servidumbre continúa, salvo que al dividirse la propiedad se *exprese* lo contrario, pues la existencia de ese signo vale el título legítimo de adquisición de la servidumbre.

XVI. No era así en el derecho antiguo: Las leyes 30, tit. 2, lib. 8 del Digesto y la 17, tit. 31, Partida 3.^{ra}, son terminantes en contrario: *Si quis ædes, quæ suis ædibus servirent, quum emisset, traditas sibi accipit, confusa sublataque servitus est; et si rursus vèndere vult, nominatim imponenda servitus est; alioquin liberæ veniunt*. De paso hemos de notar al menos la superioridad de esta redacción tan clara y precisa sobre la del derecho moderno, tan va-

ga y tan viciosa. ¿Por qué hablar de *continuación* de servidumbre á pesar del *nemini res sua servit*? Esto no ha dejado de provocar candentes dudas en la jurisprudencia y en la doctrina francesas [1], cuya razón de ser no hemos encontrado en ninguna parte mejor expresada que en las siguientes palabras de Gregorio López sobre la ley de Partida antes citada: *Nec si postea illud alienet, servitus extincta reviviscit, nisi noviter constituatur; et tunc non ut antiqua, sed ut nova servitus acquiratur, et possidebitur ab es, qui antiquitus habuit illam*.

XVII. Sea de esto lo que fuere ¿ha habido las infracciones que se invocan? El recurrente hace este razonamiento: «Habiendo pertenecido las dos fincas de que se trata á un solo dueño hasta 1856; al separarse dejó de existir, por explicarse así, la servidumbre, de luz y aire, puesto que no hubo entre los propietarios ningún contrato expreso para su continuación, conforme á las leyes antiguas, aplicables al caso; en consecuencia, habiendo fallado la sala sentenciadora que debía subsistir dicha servidumbre violó á la vez la ley 17.^{ta} mencionada, la 2.^{ta} que prohíbe haber servidumbre sobre pared medianera, como la de que se trata, y la 15 que fija el tiempo necesario para la prescripción de la servidumbre, lo cual supone que ésta haya empezado á existir.» Nos parece, en cuanto á las leyes 15 y 17, íntimamente conexas en el pensamiento del recurrente, que le asiste completísima razón. Trátase en el caso de una servidumbre *continua y aparente*; y si bien es cierto que las de esta clase se adquirían en el antiguo derecho, como en el moderno [art. 1033 de nuestro actual Código Civil] por cualquier título legal, inclusa la prescripción, no lo es menos que ese medio adquisitivo dejaba de ser eficaz, en orden á la servidumbre que, más bien que resurgir de la división de dos predios, antes pertenecientes á un solo dueño, nacía por la primera vez de esa circunstancia; pero á condición de convenirse así expresamente: *nisi noviter constituatur*, como con tanta claridad lo enseñaba el glosador del

(1) Véase sobre el art. 694 francés, concordante del 1037 de nuestro Código Civil vigente: Laurent, tom. 8, núm. 184 á 189; Merlin, *Rep.* "Servitude" § 19; núm. 2; Pardessus, tom. 2, números 289 y 300; Taulier, tom. 2, pags. 450 y sigts.

(1) Fuzier-Herman, *Cade civannot.* sur l'art. 694, núm. 1.^{er} Aubry et Rau, tom. 3, pag. 85, note 9.

Código de las Partidas. Si, pues, la prescripción positiva, que en el caso en cuestión invocó el demandado, consistía en el mere goce de la servidumbre, tenía que ser insuficiente para su adquisición, so pena de quedar burlada la intención del legislador. "Por Derecho romano y Patrio, dice Goyena, la confusión ó reunión de la propiedad de ambos predios en una misma persona, extingüía de tal modo la servidumbre que, enajenándose después uno de ellos, no revivía, á menos *de pactarse especialmente* (1)." Para prescribir, se necesitaba que hubiere materia prescriptible; en el caso la materia sería la servidumbre; pero como ésta no existía desde que los predios pasaban á diversos dueños según terminante declaración de la ley, hasta el grado de que aun interviniendo venta de uno de los predios por el propietario común, se necesitaba pacto expreso sobre la constitución de la servidumbre, resulta fuera de duda que la prescripción era imposible. En consecuencia y reiterando siempre nuestros homenajes de respeto á Sala tan distinguida como la de Casación, creemos que el recurso debió ser declarado por infracción de dichas leyes de Partida aplicables al caso (*Contra*: considerando 5.º).

XVIII, En cuanto á la infracción también invocada de la ley 2, estamos en un todo conformes con el siguiente considerando: «4.º La interpretación que da el recurrente á esa ley de Partida, es la base de su queja; pero no es esa la racional ni la que ha tenido. Esa ley tiene por objeto definir las servidumbres urbanas y enumerar las que tienen tal caracter; no establecer prohibición ni abolir lo que ya existía en el derecho: «*Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo jure fenestras immisisse* (Paulo, 8, 2, 40).» Las palabras: «ó de haber derecho de foradar la pared de su vezino, para meter y vigas ó para abrir finiestra por de entre la lumbre á sus casas . . . » es una descripción de la servidumbre de luz; pero no tiende á excluir más que la pared propia en la que la apertura de una ventana es parte del ejercicio del dominio y no puede constituir servidumbre, si no es co-

mo base de la *ne luminibus officiatur*. Convence de ello la glosa de Gregorio López á la palabra: *finiestra*, donde dice: "*et nota quid, neque in pariete communi potest socius invito socio facere fenestram.*" No es tampoco racional la interpretación que dá el recurrente, porque lo mismo tratándose de pared ajena que de pared común ó medianera, nadie tiene derecho de abrir ventana, y si la abre, ya sea por consentimiento expreso del dueño y copropietario, ó revelado, como dice el patrono de Castro, por el uso de ventana durante el tiempo que la ley establece para prescribir, disfruta del derecho que ella proporciona á título de servidumbre. Si el hecho es generador del derecho, el de la apertura de un hueco que suministra luz en muro que no es propio, hace surgir un derecho que no puede ser otro, que el de servidumbre, ya se defina ésta: *quoddam jus prædio inhærens et ipsius utilitatem respiciens et alterius prædiis jus sive libertatem minuens*; ya sea: "derecho ó uso que ome ha en los edificios, ó en las heredades ajenas para servirse de ellas á pro de las suyas;" como lo define la ley 1.ª del título y Partida citados. En resúmen; la violación solo existiría, si la ley 2 dijera que se prohíbe ó que no puede constituirse servidumbre por el hecho de abrir ventana en pared común ó medianera; pero dicha ley habló de la del vecino en contraposición á la propia, en razón de que en ésta, la apertura sería á título de dominio y no de servidumbre. No ha establecido, pues, la sentencia nada que sea contrario á la interpretación jurídica de la ley 2 que se cita como infringida, y en consecuencia, no existe el motivo consignado en la frac. I del art. 711 del Código de Procedimientos Civiles."

—
Sentencia de la Sala de Casación del Distrito Federal de 9 de Agosto de 1892. [El Derecho, tom. 3, núm. 35, pág. 550.]

XIX. *Hechos*. Un abogado tratando de adquirir un terreno perteneciente á un intestado, se acerca á los interesados, que todavía no lo habían denunciado y les propone arreglarlo todo hasta ponerles en posesión judicial del terreno, lo cual verifica. Poco después se celebra un contrato de permuta entre el abogado y los interesados,

(1) Goyena, *Proyecto*, art. 540.

dándose aquel por recibido de los títulos de propiedad del terreno y éstos, de una casa y conviniéndose en que el primero se encargará de obtener la declaración de herederos por la consecución de los certificados de parentesco. Por causas que se ignoran esos certificados no se obtienen por el patrono del intestado; y como él mismo hubiera concertado con una tercera persona la venta del repetido terreno, en cantidad que se reconocería sobre él á cierto tipo de interés; no habiéndose podido otorgar la escritura respectiva por la falta de la declaración de herederos, demanda á éstos por cumplimiento de contrato y daños y perjuicios.— Los demandados contestan, negando la demanda, atribuyendo al actor, como director del juicio de intestado y según el convenio, la falta de los títulos necesarios para el otorgamiento de la escritura á que se refería y contrademandándolo por determinada suma en que estimaban los perjuicios que se les habían seguido por no haber podido vender la casa que habían recibido en permuta, á causa de una providencia precautoria obtenida por el actor sobre ella.—Abierto á prueba el juicio, el actor rindió algunas conducentes á su derecho, no haciendo otro tanto en lo absoluto los demandados. A su tiempo el Juzgado 4.º de lo Civil pronunció sentencia declarando: 1.º que los reos estaban obligados á entregar al actor los justificantes de herederos; 2.º que se les absolvía de la demanda de daños y perjuicios y 3.º se les dejaba á salvo su derecho para reclamar al actor en la vía y forma que correspondieren la cantidad por que lo habían reconvenido.—Apelado este fallo por ambas partes, fueron turnados los autos á la 3.ª Sala del Tribunal Superior, que en 30 de Enero de 1892 sentenció de conformidad en los puntos 2.º y 3.º y reformando el 1.º en el sentido de concederse á los demandados el plazo de dos meses para verificar la entrega de los justificantes reclamados.—El actor interpone el recurso de casación con arreglo al art. 711 del Código de Procedimientos Civiles ó sea en cuanto al fondo del negocio, por infracciones de los arts. 1350, 1421, 1459, 1463, 1486, 2831, 2860, 2933, 2935, 1483 del Código Civil; los 21, 23, 143 y 605 del Código de Procedimientos y la ley 10, tít. 22, Part. 3.ª.

En cuanto á los cinco primeros y á los 2,860 y 1,483 que conjuntamente se refieren á la responsabilidad civil de los demandados, ó sea al pago de daños y perjuicios y costas judiciales, que según el recurrente se le habían seguido por la falta de entrega de los justificantes de herederos, la sentencia de casación (considerando 2.º) expresa, con todo acierto, que el recurso no procede, pues al absolver la Sala sentenciadora, de acuerdo con esos textos legales, á los demandados de la responsabilidad civil, lo hizo estimando, por las pruebas rendidas, que aquellos no habían faltado al cumplimiento del contrato de permuta, ni caso de existir, esa falta les era imputable, como lo requiere el art. 1,459, pues «en la misma escritura de permuta, presentada por el actor con su demanda, aparece que éste se dió por recibido de los títulos de los permutantes,» y éstos, «al contestar la demanda, adujeron esta excepción y explicaron de buena fe, que si el demandante se dió por recibido, fué porque era su abogado, porque tenía conocimiento de los hechos y porque por esto él mismo se encargó de obtener la declaración de herederos, mediante la adquisición de los certificados de parentesco con el autor de la sucesión.»

XX. «Los contratos, dice el mismo considerando, reposan, entre otras condiciones esenciales, sobre el mútuo consentimiento, que hace que aquellos no puedan alterarse ni dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes, y sobre la buena fe (arts. 1,278, 1,419 y 1,276 del Código Civil); de manera que si por una parte el actor expresó en la escritura de contrato haber recibido los títulos de sus cocontratantes, dió por cumplida la parte final del art. 2,860, base de su demanda, y si está probado en autos, por la otra, que esa declaración era la expresión más eficaz de su consentimiento en cuanto á dar por entregados dichos títulos, que él, de acuerdo con sus referidos cocontratantes se encargaba de obtener, no ha podido después, á su solo arbitrio, volver sobre sus pasos, para pedir en otra forma la ejecución del contrato, reclamar la falta de cumplimiento de él, ni menos gravar á sus cocontratantes con el pago de daños y perjuicios y gastos judiciales.»

XXI. Respecto de la infracción del art.

2,933 del Código Civil, que también invoca el recurrente, creemos con la Sala [considerando 1º], que es absolutamente inepta é inoportuna en el caso. En efecto, el art. 2,933 declara que «el permutante que sufra evicción de la cosa que recibió en cambio, podrá reivindicar la que dió, si se halla aún en poder del otro permutante, ó exigir su valor y los daños y perjuicios.» Ahora bien, ¿cómo puede decirse que sufre evicción el permutante, porque su cocontratante no le entrega los títulos? El lenguaje mismo natural se resiste á un símil semejante, que el jurídico terminantemente rechaza. "Habrá evicción, dice el art. 1,488, cuando el que adquirió alguna cosa, *fuere privado* del todo ó parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior á la adquisición."

XXII. ¿Qué diremos sino lo mismo de la infracción de los arts. 2,831 y 2,935 del Código Civil? El primero declara nula la venta de cosa ajena, haciendo responsable al vendedor de los daños y perjuicios, si ha procedido con dolo ó mala fe. El segundo sujeta el contrato de permuta á las reglas del de compra-venta, con excepción de lo relativo al precio. ¿Y qué? ¿Acaso la falta de entrega de los títulos por el permutante significará por sí sola, que la cosa permutada no era suya?

XXIII. Llegamos á las últimas infracciones invocadas por el recurrente: las de los arts. 21, 23, 605 del Código de Procedimientos y ley 10, tít. 22, Part. 3ª. Habiendo la Sala sentenciadora, dice aquel, dejado á salvo la acción deducida por los demandados, al reconvenir al actor, para que la dedujeran en la forma y vía correspondientes, no obstante que ninguna prueba rindieron en demostración de ella, violó esos preceptos legales, pues el primero castiga el desistimiento de la acción intentada con la condenación al pago de costas; el segundo ordena que á nadie se obligue á intentar ó proseguir una acción, sino en determinados casos, y el tercero, que la sentencia se ocupe exclusivamente de las acciones deducidas y de las excepciones opuestas en la demanda y en la contestación. La sentencia en que nos hemos venido ocupan-

do, declara [considerando 1º] que la no insistencia de la acción intentada, pero sin rechazarla expresamente ni cambiarla por otra, es cosa muy diversa del desistimiento de ella. Hay, pues, flagrante supuesto falso en el concepto de la violación que se invoca.

XXIV. ¿Ocuparse la Sala sentenciadora en esa acción, así abandonada, importará infracción del art. 23 citado? Tal pretendió el recurrente; pero no alcanzamos la razón que para afirmarlo haya tenido. «La salvedad de derechos, dice la Sala de Casación (considerando id.) no impone la obligación de ejercitar la contrademanda en juicio diverso contra la voluntad de los interesados.»

XXV. ¿Fue infringido el art. 605? Los hechos referidos al principio protestan muy alto de lo contrario, pues cualquiera que haya sido la conducta de los demandados en orden á la excepción de reconvección, la verdad es que la opusieron al contestar la demanda, como lo es también que la Sala sentenciadora se ocupó de ella, cumpliendo con lo que aquel artículo prescribe (considerando id).

XXVI. Infracción del art. 143 y de la ley 10, tít. 22, Partida 3ª. ¿La ha habido? No nos ocupemos de la ley de Partida sobre la contumacia, que, como muy bien lo declara la Sala de Casación [considerando id.], está derogada, bastando para convencerse de ello, leer el art. 6 de los transitorios del Código de Procedimientos civiles, y fijémosnos en el art. 143. En nuestro concepto, cuando el que deduce una acción ó una excepción, no presenta ninguna prueba para apoyarla, cae bajo la sanción, no de la primera parte del art. 143 que comete al Juez la calificación de la temeridad ó mala fe, sino de la segunda, que empieza con estas imperativas palabras: "siempre serán condenados en las costas." Ahora bien, los demandados reconviniéron al actor, y sabemos que no promovieron ninguna prueba. En consecuencia, la sentencia recurrida debió ser casada en este punto por violación del inciso 1º de dicho artículo y por la causa del inciso 1º del art. 711 del Código de Procedimientos.

Sentencia de la 3ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal, de 12 de Mayo de 1892. [El Derecho, tomo 3, núm. 35, pág. 554].

XXVII. Hechos: Bajo la vigencia del Código de Comercio de 1884, un individuo gira á la orden de otro y á cargo de un tercero que acepta, una libranza por valor de \$2,000, cuyo origen es el pago de parte del precio al tenedor, por la venta que había hecho al aceptante, de una finca de campo. No pagada la libranza á su vencimiento y protestada, se presenta el tenedor ante uno de nuestros jueces de lo Civil, demandando al aceptante ejecutivamente en la vía mercantil, el pago de la libranza, con más los réditos y costas, con arreglo á los arts. 449, 527, 534 y demás relativos del *actual* Código de Comercio. Obtiene el peticionario el auto de *exequendo*; se verifica la ejecución, y se hace al ejecutado la notificación que previene el art. 1,396 del Código citado. El demandado, en su oportunidad, se opone á la ejecución, y entre otras excepciones de que no es necesario hacer mérito, con la de improcedencia del procedimiento mercantil, y en consecuencia, falta de fuerza ejecutiva en el documento presentado con la demanda, por no ser mercantil, atento su origen. Abierto el término probatorio, el actor no demuestra ni la cualidad de comerciante del aceptante ni la procedencia mercantil de la libranza; pero lo contrario de esto último sí es demostrado por éste, mediante la escritura de compra-venta de la finca de campo de que ya se hizo mención. En estado, el Juez pronuncia sentencia, que es confirmada con la que nos ocupa y cuya parte resolutive es como sigue: 1º no ha procedido la vía ejecutiva mercantil, debiendo, en consecuencia, levantarse el embargo; 2º se dejan á salvo sus derechos al actor para que los deduzca en la vía y forma correspondientes; y 3º se condena al mismo á las costas de las dos instancias. Veámos los fundamentos de derecho de este segundo fallo.

El actor, como lo hemos notado, puso en práctica, desde su punto de vista de tratarse, en el caso, de una *letra de cambio*, el riguroso y severo procedimiento mercantil, que establece nuestro actual Código de Comercio en sus arts. 534, 535 y sus re-

lativos. Según éstos, contra la ejecución de las letras de cambio no se admiten sino determinadas excepciones, entre las cuales no figura la opuesta por el demandado. Al contrario, conforme al Código de Comercio anterior, los juicios mercantiles debían seguirse con arreglo á los procedimientos civiles de cada entidad federativa, salvas ciertas restricciones (art. 1,502). Entonces, nuestro derecho mercantil no era como hoy, para servirnos del elogio de un renombrado jurisconsulto francés que acaba de comentarlo (1), un derecho propio é independiente, que descansa sobre principios fijos, derivados del derecho natural y de la índole especial de las operaciones mercantiles.

XXVIII. ¿Cabe la excepción opuesta por el demandado? Se nos permitirá recordar lo que á este respecto hemos dicho en nuestra obra. «Principios de Derecho Civil mexicano (2):» «Es doctrina casi universal, establecida por los autores y respetada siempre por los tribunales, la de que no solo tienen, sino que es necesario tengan *efecto retroactivo* las leyes que arreglan el procedimiento en los juicios. Este no es otra cosa que la forma en que hacemos valer nuestras acciones, y por tanto, pertenece al Derecho Público de cada nación, la cual lo modifica, según las circunstancias y necesidades de cada época. Más una ley nueva de procedimientos nunca puede aplicarse, ni á hechos consumados, ni á aquellos actos que, aunque de forma, envuelvan sin embargo en sus efectos, derechos adquiridos, cuyo respeto importa una grave obligación para el legislador y el juez.» Ahora bien, creemos con ésto poder resolver la cuestión propuesta. Hay en las mismas leyes de procedimientos, unas que simplemente se refieren á la forma, á la tramitación de los juicios, y que se llaman *ordinatoriæ litis*, y otras que afectan á la materia misma del negocio y que reciben por esto la denominación de *decisoriæ litis*. Si en cuanto á las primeras la retroactividad se impone por la naturaleza de las cosas, no puede decirse otro tanto respecto de las segundas, en que pue-

(1) Henry Prudhomme, *Code de Commerce Mexicain*.

(2) Tomo I.º, núm. 60.

den hallarse vinculados verdaderos derechos, que nacidos á la sombra y sobre la confianza de aquellas, sería inicuo no respetar. Esto supuesto, tenemos que reconocer como pertenecientes á las leyes de segunda clase, las que tratan de la admisión ó no admisión de las pruebas y por consiguiente también las que tratan de las excepciones que no son otra cosa sino la promesa ó compromiso de producir aquellas. «Esigualmente, dice Marcadè, por la ley del día del contrato, como es necesario determinar que género de prueba se debe admitir para establecer las convenciones de las partes. Esta ley, en efecto, la que las partes habían tenido en vista, y es sobre el género de pruebas entonces admitidas sobre lo que han debido descansar y sobre ésto solamente. Porque la ley de ese día les indicaba que tal punto podía probarse por testigos, ellas no se procuraron una prueba escrita [1].» En consecuencia, damos toda nuestra aprobación á los considerandos 1.º y 2.º de la sentencia que ahora nos ocupa, y que resuelven no deber seguirse en el caso en cuestión el Código actual de comercio sino el anterior, cuya amplitud de criterio no rechazaba la excepción opuesta por el demandado.

XXIX. Más ¿qué especie de documento es el de que se trata? La misma sentencia (considerando 3.º) decide que es una libranza. Las letras de cambio son la expresión del contrato de este nombre, cuyo principal objeto es la situación de dinero en distinto lugar de aquel en que se toman las letras, que precisamente han sido creadas para facilitar las operaciones mercantiles; removiendo la dificultad del transporte de una suma de dinero de un lugar á otro, que las embarazaría y aun las haría imposibles; son, pues, esencialmente mercantiles, y no se necesita para que surtan los efectos de tales, que los que intervienen en ellas sean comerciantes [art. 735 del Código de Comercio de 1884]. Pero las libranzas, aunque tienen el mismo objeto que las letras de cambio, no son mercantiles por su esencia, sino que pueden ser la expresión de un con-

trato meramente civil; son simples mandatos á la orden y para ser mercantiles, necesitan ó pasar entre comerciantes ó expresar el contrato mercantil de que proceden (art. 913 del Código citado). Y no se les puede conceder en todo caso, porque como privilegio de documentos de comercio que corresponde á las letras de cambio, es de estricta aplicación.»

Sentencia de la 3.ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal de 10 de Agosto de 1892. (El Derecho, tom. 3, número 38, pag. 603.)

XXX. Según el art. 938 del Código de Procedimientos civiles, si el demandante es extranjero ó transeunte, es excepción dilatoria la de arraigo personal ó fianza de estar á derecho, las cuales habrán de exigirse por nuestros jueces sólo en los casos y en los términos que determinen las leyes del Estado ó Nación á que el actor pertenezca. En este sentido están redactados los arts. 16 del Código Civil y 166 del de Procedimientos civiles de la República francesa (considerandos 1.º y 2.º).

XXXI. Atentos esos textos, la responsabilidad del fiador, en el caso de la caución *iudicatum solvi*, no es ilimitada, pues el artículo 167 del Código de Procedimientos civiles en Francia, prescribe que la sentencia que decreta la fianza debe *fixar* la suma por que debe otorgarse (considerando 4.º).

Sentencia de la 3.ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal de 25 de Julio de 1892. (El Derecho, tomo 3, núm. 40, pag. 633.)

XXXII. La acción reivindicatoria requiere demostración, con arreglo á la ley, del dominio sobre la cosa que se reclama. Por manera que si una persona demanda á otra, pretendiendo que ha edificado sobre parte de un terreno perteneciente á aquella y que por tanto, lo edificado le pertenece también; si de las escrituras que presenta, no se deduce que sea propietaria de esa parte, la segunda debe ser absuelta de la demanda, por carecer de su base esencial la acción deducida [considerando 4.º]. Es la aplicación del art. 3, inciso 1 de nuestro Código de Procedimientos. (1)

(1) Marcadè, tom. 1, sur l'art. 2, núm. 54.—Duranton, tomo 1, núm. 66.—Laurent, tom. 1, núm. 231.—Merlin, *Rep.* "Effet retroact." sect. III, § VIII *in fine*.—Theodosiades, *De la non retroact.* pag. 58.

(1) *Dig.* lib. 44, tit. 7, l. 25.—*Inst. de Just.* lib. 4, tit. 6 § 1.—Ortolán, *Inst. de Just.* tom. 2, pag. 455.—Etienne, tom. 2, págs. 359 y 360.—Ducaurroy, tom. 2, pag. 304.—Bonjean, tom. 2, lib. 3.

XXXIII. Es un principio de antiguo derecho: *adversum instrumentum testimonium non admittitur*. «Los instrumentos públicos hacen prueba plena, aunque se presenten sin citación del colitigante. . . . » dice el art. 551 del Código de Procedimientos. La prueba testimonial siempre ha sido vista con disfavor, salvo en materia criminal, si por medio de ella se quiere probar contra lo que consta y debe constar en un instrumento público: *Qui vult testibus probare, quod potest probare instrumentis, præsумitur calumnia et falsitas*, dice Carleval (1). Conforme á estos principios, la sentencia que examinamos, (considerando 5.º), resuelve que la prueba testimonial de nada sirve al actor, contra el instrumento público que acredita la adquisición por su parte del terreno en cuestión, para recobrar las varas que reclama del demandado y lo edificado en ellas por éste.

XXXIV. Según el art. 1463 del Código Civil, la responsabilidad en que incurre el detentador de cosa ajena, que es condenado á su devolución, importa la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios. En consecuencia tal responsabilidad no puede existir cuando la acción reivindicatoria no prospera, como en el caso de la sentencia que nos ocupa, [considerando 6º].

Sentencia de la 4.ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal, de 15 de Diciembre de 1881. (El Derecho, tomo 3, núm. 40, pág. 636.)

XXXV. Hechos: P., con poder otorgado en Francia por los Sres. R. O., y Comp. demandan en esta Capital á E. sobre reivindicación de una casa de que es poseedor, acompañando á la demanda dicho poder; pero no la escritura de sociedad de los poderdantes. Corrido el correspondiente traslado á E. lo evacúa, oponiendo la excepción dilatoria contenida en el art. 28, frac. 3.ª del Código de Procedimientos Civiles, ó sea la de falta de personalidad, pues 1.º los Notarios ante quienes se había extendido el poder en París, no daban fe de conocer á los otorgantes, ni menos de su capacidad legal para obligarse civilmente y 2.º exten-

dido el poder á nombre de una sociedad mercantil y siendo ésta la obligada á las resultas de cuanto en su nombre se promueva, los mismos Notarios no daban fe de haber tenido á la vista la escritura social asentando las referencias conducentes. —Durante el período probatorio en el incidente, E., presentó la traducción de los arts. 11, 13 y 14 de la ley francesa de 25 Ventoso año 11 y solicitó del Juzgado pidiera informe, por el conducto respectivo, al Encargado de Negocios de la República Francesa, sobre si 1.º la ley vigente en Francia para el régimen y funciones del Notariado es la antes citada y 2.º sobre si los mencionados artículos expresan lo que dice la traducción. —Practicadas estas diligencias, el Juzgado pronunció fallo, resolviendo que E., no había probado la excepción opuesta á P. y condenándolo en las costas. —Interpuesta apelación y turnados los autos á la 4.ª Sala de nuestro Tribunal Superior, P. pidió que el incidente se recibiera á prueba, presentando, para que se tuviera como parte de ella, la escritura original del contrato de sociedad de los Sres. R. O. y Comp., que se mandó agregar á los autos con su copia respectiva. —Verificada en su día la vista, la 4.ª Sala pronunció la sentencia que pasamos á analizar.

Según el art. 14 de nuestro Código Civil la forma ó solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento público deben regirse por las leyes del país en que se otorguen. Es el estatuto llamado *formal* en el lenguaje de los tratadistas de Derecho Internacional y que se traduce por la fórmula: *locus regit actum*. En consecuencia, en todo lo relativo á las solemnidades externas un poder escriturario que se otorga en Francia debe sujetarse á la ley francesa de 16 de Marzo de 1803 que es la de 25 Ventoso, año XI y á sus arts. 11, 13 y 14 que determinan la forma y solemnidades que necesitan revestir los instrumentos públicos (considerandos 1.º, 2.º y 3.º).

XXXVI. Según esos textos legales, los Notarios deben asentar en las escrituras los nombres, estado, cualidades y habitación, tanto de las partes [art. 11] como de los testigos instrumentales [art. 13] y cono-

(1) Carleval, *de judic.* tom. 2, tít. 3, disp. 13, núm. 15.—Vinnio, *Inst.* tom. 2, lib. II, tít. 22, núm. 2.—Ricci, *Trat. de pruebas*, tom. 2, págs. 414 y 447.

cer á los otorgantes; sin decirse nada en orden á que den fe de esta circunstancia ni de haber tenido á la vista la escritura ó título con que el instrumento se otorga. Y como el poder en cuestión llena esas condiciones, la Sala (considerandos 4º, 5º y 6º) declara que aquel no es de tenerse por defectuoso, sino que satisface perfectamente á su objeto, no habiendo el demandado cumplido con la obligación que, al fundarse en una ley extranjera, le imponían los arts. 19 del Código Civil y 357 del de Procedimientos.

XXXVII. Según los arts. 45 y 926 del Código de Procedimientos Civiles, el actor debe acompañar á su primer escrito, el de demanda, ó el de cualquiera otra promoción en juicio, «el documento ó documentos que acrediten el caracter con que se presenta, en caso de tener representación legal de alguna persona ó corporación, ó cuando el derecho que reclame provenga de habersele transmitido por otra persona.» La sanción de este precepto consiste *exclusivamente* en la no-admisión de esos mismos documentos, si se presentan fuera de dicha oportunidad legal; más de ninguna manera en su nulidad ó absoluta ineficacia, si el Juez ó el Tribunal no han creído necesario rechazarlos. En este caso, aun pueden servir tales documentos como prueba del derecho deducido ó como base de la sentencia (1). Por esto la que nos ocupa, decide (considerandos 7º, 8º y 9º) que la escritura de sociedad de los Sres. R. O. y Comp., aunque presentada por P. en la 2ª instancia y no objetada por E., debe surtir sus efectos legales, sin que sea posible rechazarla, una vez admitida, ni por vía de excepción, pues la de falta de personalidad no fué opuesta por ese fundamento, y es bien sabido que según el art. 605 del Código de Procedimientos Civiles, la sentencia *sólo* puede ocuparse de las acciones deducidas y de las *excepciones* opuestas respectivamente en la demanda y en la contestación.

A. VERDUGO.

(Concluirá).

(1) Véase la sentencia de la 3ª. Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal, de 14 de Diciembre de 1891 (considerando 5º.), publicada en este semanario, tom: 3, núm. 11, pág. 170; y nuestra *Revista de Jurisprudencia Civil y Mercantil*, tom. 5º, núm. 8, pág. 114, § IV.

AVISO

A LOS

Suscriptores de este Semanario.

Nuestro deber de procurar hacer de nuestra publicación la más completa en su género, tanto para los tribunales como para los abogados postulantes y aún para los jóvenes que se dediquen al estudio de derecho, nos ha surgido la idea, que desde hace tiempo llevamos á cabo, de agregar á cada número de "El Derecho" *y esto sin alterar su precio*, un pliego que contenga ocho páginas de aquellas obras que tanto por su interés científico, como por su escasez en las librerías de México y del Extranjero, deban ser reproducidas ó traducidas, para lo cual nos proponemos que aparezcan alternativamente la monografía de W. Belime, intitulada: "Tratado del derecho de posesión y de las acciones posesorias" y el "Derecho Internacional Privado ó principios para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones en materia de derecho civil y comercial" por Pascual Fiore, edición de 1878. [Se está publicando el segundo Tomo.]

Ambas obras están hoy agotadas, no obstante haberse hecho de ellas diversas ediciones, como puede verse en los catálogos.

La Redacción.