

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.

ACADEMIA MEXICANA
DE
LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA
CORRESPONDIENTE
DE LA REAL DE MADRID.

DISCURSO pronunciado por el Sr.
*Lic. D. Jacinto Pallares en la sesión
del día 22 de Febrero de 1895. [1].*

I

Las originales y contradictorias soluciones que abogados respetables de este Cuerpo científico han dado al sencillísimo problema que se discute, son la consecuencia natural de un absurdo de la ley y no de una dificultad verdaderamente científica.

Si á un matemático se le propone el siguiente problema: "Resolver qué figura es, y cuáles son sus propiedades, del espacio cerrado por una curva reentrante, cuyos puntos todos sean equidistantes del centro; pero con la condición de no admitir que esa figura sea un círculo", si este problema se propone á un matemático, se le propone que resuelva una dificultad á condición de no resolverla; que diga cuál es la esencia de una cosa, á condición de que prescinda de la esencia de esa cosa; que explique las relaciones esenciales de un fenómeno, á condición de no tener en cuenta esas relaciones esenciales; en una pa-

labra, que dé la solución de una dificultad científica á condición de eliminar la única solución científica de la dificultad.

Si á ésta respetable Academia se propusiese la solución del siguiente problema: "¿Cuál es la esencia y cuáles son los efectos de los contratos en cuya virtud un abarrotero entrega en el mostrador á los individuos que allí ocurren, con ese objeto, botellas de vino para su apropiación y consumo, mediante ciertas cantidades de dinero que esos individuos entregan al abarrotero para que se las apropie; pero á condición de que no se acepte que esos contratos son de compra-venta," si semejante problema se propusiese á este ilustrado Cuerpo, sus más prominentes juriconsultos agotarían en vano su erudición, su fantasía jurídica y la sutileza de su espíritu para buscar una solución imposible, porque todas las que diesen bajo la cortapisa de esa absurda restricción, serían inevitablemente falsas y aún ridículas.

Pues ésto es precisamente lo que pasa en la presente discusión. Está allí vivo, vigente, imperioso, coercitivo un absurdo jurídico ó un despotismo legal, el absurdo ó despótico art. 24 de la ley de 4 de Junio de 1892; y bajo la taxativa, bajo la fórmula restrictiva é insensata de ese precepto se pretende que exista lo que ese precepto no quiere que exista; y para conciliar esa ley con la existencia de actos jurídicos cuya necesidad se impone irremisiblemente en el juego de la vida civil, en el juego de la vida industrial; para conciliar lo

(1) Véase el núm. 5, pág. 69.

inconciliable, para salvar el absurdo de la ley; se ocurre al absurdo de negar la esencia de las cosas, de quitar, de despojar á un contrato de su verdadera esencia, y de darle atributos y denominaciones imposibles.

Más científico, llano y leal es reconocer, ó que la ley es absurda ó que su despotismo hace imposible un contrato lícito, útil, necesario en la economía indestructible de la libertad convencional.

II

El art. 24 de la ley minera ordena que no son admisibles en asuntos mineros las *asociaciones* de que habla el Código Mercantil y que toda sociedad para explotación minera, debiendo regirse por los preceptos del Código mercantil, será forzosamente (excluidas, como lo están las *asociaciones*) ó sociedad colectiva, ó en comandita simple ó en comandita compuesta, ó cooperativa ó anónima (1).

No hay pues *asociaciones* en asuntos mineros; quedan prohibidos esos contratos y como cada contrato tiene cualidades *esenciales* que lo distinguen de los demás, donde quiera que encontremos las cualidades esenciales del contrato de asociación, allí estará la ley nulificando ese convenio por más esfuerzos que hagamos para cambiar la esencia, cambiando las denominaciones.

Ahora pregunto ¿qué contrato es aquel en cuya virtud dos personas ponen en común determinados bienes para dedicarlos á una explotación y dividirse las utilidades? Las leyes de todo el mundo han designado y designan ese contrato con el nombre de sociedad, es decir, que cuando existen los hechos contenidos en esa convención, la llaman *sociedad*, y que por lo mismo ante la ciencia y las leyes, la *esencia* de la sociedad es el hecho de que dos ó más individuos pongan en común determinados bienes, para dedicarlos á una explotación que produzca utilidades divisibles entre los contratantes. Esa es la esencia del contrato de sociedad; pero así como este contrato en general tiene su esencia, así también tienen su esencia las diversas especies de sociedad que la libertad individual y el derecho han inventado [artículo 2219 Cod. civil.]

[1] Esto de sociedad minera cooperativa es un rasgo de pueril ignorancia en una ley que prohíbe las *asociaciones* mineras que nada tienen de irregular, y permite las *cooperativas* cuya naturaleza difícilmente puede avenirse con lo aleatorio de la industria minera.

Supongamos que los dos socios que pusieron en común determinados bienes para dedicarlos á una explotación cuyas utilidades debían repartirse; supongamos que al celebrar este convenio estipularon que ninguno de los socios tendría la representación jurídica del otro, de manera que aunque entre ellos había negocio común, respecto de terceros, cada uno quedaría personalmente responsable de los actos ó contratos jurídicos que ejecutase. En este caso, el contrato general de sociedad existe porque existen los hechos esenciales que lo constituyen; pero existe además otro hecho especial, cuya existencia coloca á esa sociedad en una de las varias especies en que se dividen ó pueden dividirse las sociedades en general. Ese hecho especial que consiste en la no representación mutua de los socios y en que por lo mismo el contrato solo afecte los derechos de los contratantes y no aparezca respecto de terceros, este hecho especial hace que la sociedad no pueda ser ni colectiva, ni en comandita simple ó compuesta, ni anónima, ni cooperativa, porque es *esencial* en todas ellas, según la ley, ó la *representación recíproca de los socios ó la personalidad jurídica de la sociedad*.

Las sociedades en que no existen esas dos condiciones se llaman sociedades en participación, cuando se refieren á una ó varias operaciones; es decir, que la *esencia* del contrato de asociación en participación consiste en los siguientes hechos: convención entre dos ó más individuos; que el objeto de esa convención sea poner en común determinados bienes dedicados á determinada explotación lucrativa para repartirse las utilidades entre los socios; que estos no se concedan recíproca representación jurídica en la explotación convenida, sino que uno de ellos ó todos los encargados de ella contraten en nombre propio; que por lo mismo, ninguno de ellos contraiga responsabilidad personal por los actos de sus asociados, respecto de tercero, sino solo derechos y obligaciones personales entre los contratantes.

Donde quiera que existan estos hechos, donde quiera que exista un convenio con esas estipulaciones, existirán los elementos esenciales y constitutivos del contrato de *asociación en participación*, porque esos hechos, esas condiciones, son las que el derecho, la ciencia

y la ley han llamado *sociedad en participación* (1). (2).

Tenemos, pues, que donde quiera que exista el hecho de que dos ó más individuos hayan puesto por convenio determinados bienes en común, para determinada explotación lucrativa, con el objeto de dividirse las utilidades, sin atribuirse mútua representación jurídica en el ejercicio de los actos sociales y sin atribuir personalidad jurídica á la sociedad; donde quiera que existan esos hechos, existe contrato de sociedad en participación, porque esos hechos son los elementos *esenciales* de la sociedad en participación; esenciales, esto es, que puestos se pone la cosa y quitados se quita la cosa.

¿Esos hechos existen en el contrato que celebra el dueño de una mina con otro individuo ó individuos para trabajarla y explotarla por cuenta y riesgo de éstos, dando al dueño de la mina una parte alícuota de los metales que se extraigan? Ese contrato tiene los elementos esenciales que constituyen una sociedad en participación.

En ese contrato los contratantes ponen en común: el uno, el uso de la mina ó sean sus productos, frutos ó su riqueza (para evitar discusiones); el otro, pone en común su industria y su capital para explotarla; hay por lo mismo aporte de bienes determinados puestos en común y por lo mismo la primera condición esencial del contrato de sociedad: el ob-

(1) Arts. 92 y 270 del Código de Comercio, tomado casi textualmente del art. 3.º de la ley Belga de 18 de Mayo de 1873 y concordantes con los arts. 239 á 243 del Código español, 47 y 48 del Francés, 233 á 237 del Italiano, 37 del Holandés, 571 del Portugués.

(2) Cette doctrine á pour elle nos anciens auteurs. Voici ce que dit Savary: "Il reste maintenant á expliquer la troisieme sorte de société que l'on appelle anonyme. . . Elle s'appelle ainsi parce qu'elle est sans nom, et qu'elle n'est connue de personne comme n'importe en aucune façon quelconque au public; tout ce qui se fait en la negociation, tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne regarde que les associés, chacun en droit soi, de sorte que celui des associés qui s'oblige est celui qui achete et qui paie au vendeur; celui qui vend, recoit de l'acheteur: ils ne s'obligent pas tous deux ensemble envers une tierce personne, il ni y a que celui qui agit qui est le seul obligé; ils le sont seulement réciproquement l'un envers l'autre, en ce qui regarde cette société." Jousse (introd. au titre IV de l'ordonnance de 1673) n'est pas moins précis: "La troisieme espece de société est celle que l'on appelle anonyme, c'est á-dire qui ne se fait sous aucun nom. Ceux qui font ensemble cette société travaillent chacun de leur côté sous leurs noms particuliers, ils se rendent réciproquement compte les uns aux autres des profits et des pertes qu'ils ont fait, qu'ils partagent et supportent en commun." Jousse ajoute encore: "Comme elles n'ont quelquefois pour objet qu'une seule entreprise, ell se ne darent que le temps qu'il faut pour faire l'achat ou la vente ou le partage, ce qui fait aussi qu'elles sont appelées sociétés momentanées." Enfin Pothier admet ces idées quand il dit (Traité des Sociétés núm. 61): "La société anonyme ou anonyme qu'on appelle aussi compte en participatíon, est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine negociation qui sera faite par l'une d'entre elles en son nom seul."

jeto de ese aporte en común de determinados bienes es el de dividirse las utilidades representadas para el dueño de la mina, por la parte alícuota que le corresponde y para los aviadores por el sobrante que quede, deducida esa parte alícuota de los metales; hay, pues, el segundo elemento constitutivo de toda sociedad en general: el dueño de la mina no se obliga á responder de los actos jurídicos del aviador ni lo faculta para representarlo ni representar á la sociedad convenida; y recíprocamente el aviador no faculta al dueño de la mina para contratar en nombre del aviador ni en nombre de la sociedad, sino que las obligaciones y derechos convenidos solo surten efecto entre los contratantes, sin atribuir personalidad jurídica á la asociación; hay, pues, el elemento esencial y constitutivo, de la sociedad en participación, no siendo por otra parte, como no es, un negocio momentáneo, la explotación de una mina.

Luego el contrato propuesto es un contrato de *asociación en participación*, exactamente previsto y definido en el art. 270 del Código de Comercio, en los concordantes de los Códigos extranjeros de donde aquel está tomado, en las enseñanzas de la ciencia y en la voluntad de los contratantes, manifestada por una larga práctica que fué la que creó ese contrato especial con la intención deliberada y notoria de asociarse para pérdidas y ganancias en determinado negocio, de asociarse *en lo privado*, dejando que uno ó varios socios quedaran responsables en lo personal de los actos jurídicos que ejecutasen con relación al negocio social, de sustraerse á las responsabilidades solidarias y demás efectos jurídicos de las otras sociedades.

Con solo el hecho de que en ese contrato existan los elementos esenciales que constituyen una sociedad y una sociedad en participación, con solo ese hecho ese contrato no puede ya ser otro contrato distinto, dado que según la ciencia y según la ley, los contratos se distinguen unos de otros precisamente porque los elementos esenciales constitutivos de los unos, son diversos de los elementos constitutivos de los otros; y por lo mismo, si el contrato de sociedad de que se trata, es sociedad como lo es, no puede ser ni arrendamiento ni permuta, ni compra-venta, ni ningún otro nominado. Pero si independiente-

mente de esta demostración directa, se quiere por un método de eliminación, probar que no es ninguno de esos otros contratos, basta reflexionar que no puede ser arrendamiento, porque el contrato de que se trata es aleatorio; mientras que el contrato de arrendamiento es esencialmente conmutativo; tampoco puede ser venta porque no hay traslación de dominio de cosa cierta, por precio cierto consistente en dinero; menos puede ser permuta, porque no es aceptable que el dueño de la mina cambie los frutos de ella que son mayor; por los mismos frutos, cambie su propia cosa.

III.

¿Por qué, pues, el art. 24 de la ley minera prohibió ese contrato lícito, tradicional, útil y aun necesario para el desenvolvimiento de la industria minera? No cabe mas que esta contestación: Porque la ley minera es obra de oficinistas, cómo el Código mercantil es obra de políticos; y siendo la obra de oficinistas una obra que difícilmente pueden redactar juriconsultos consumados, nada tiene de extraño que consigne preceptos inexplicables. ¿Pero esos preceptos despóticos y sin base racional, esos arts. 24 y 25 de la ley minera, deben ser respetados, observados, obedecidos por los individuos y por los tribunales? No, absolutamente no, porque ellos violan una garantía constitucional, y las leyes que violan garantías constitucionales, no son obligatorias ni para los individuos ni para las autoridades. Esta Constitución, las leyes que de ella emanen y los tratados *serán la ley suprema* de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán á dicha Constitución, leyes y tratados, á pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones ó leyes de los Estados (art. 126 constitucional.)

Si la Constitución es la *ley suprema* de la Unión, las leyes que pugnan con ella no son leyes y los Jueces no deben observarlas ni hacerlas observar. ¿Pugnan con la Constitución los arts. 24 y 25 de la ley minera? Notoria y directamente. Según el artículo 4º de aquella, todo hombre es libre para aprovechar los productos de su trabajo en cualquiera industria útil y honesta; luego la ley no puede prohibir á los hombres, destinen los productos de su trabajo, es decir, sus propiedades á cualquiera industria útil, y como 1^a

industria minera es útil y honesta, la ley no puede prohibir á los individuos llamados aviadores dediquen sus capitales á explotaciones industriales. ¿Pero puede prohibir que dediquen sus capitales á esa industria bajo el amparo de un contrato de *asociación*? Tampoco, porque el art. 9º preceptúa que todo hombre es libre para asociarse, que *á nadie se le puede coartar el derecho de asociarse con cualquier objeto lícito*; y nada tiene de ilícito que un capitalista se asocie con un propietario de minas para explotarla, poniendo el primero su capital é industria y el segundo su mina, bajo la base de que se repartirán en proporción determinada los productos de la mina. Este contrato podría ser ilícito algunas veces, bajo el imperio de leyes que prohibían el mútuo usurario; pero nunca puede serlo hoy que nuestro derecho público desde 16 de Marzo de 1861 declaró libre y legítimo y lícito el mútuo usurario. Ese contrato no es tampoco ilícito en la única circunstancia que lo distingue de las demás sociedades en la circunstancia de no dar personalidad moral á la sociedad, puesto que todas las legislaciones cultas aceptan la licitud y validez de esa estipulación, y puesto que nuestro mismo derecho la declara válida y legítima en el Código mercantil; y si es lícita esa especulación para la industria fabril y mercantil, no puede ser ilícita para la industria minera.

No siendo ilícito ese convenio, está protegido expresamente por el art. 9º constitucional la libertad convencional de esa asociación cae bajo la protección de la garantía individual consignada en ese precepto, y siendo él la *ley suprema* de la Unión, ante su soberanía constitucional debe ceder, debe sucumbir el desacertado y opresivo precepto del art. 24 de la ley minera.

DISCURSO pronunciado por el Sr. Lic. D. Juan de Dios Villarello en la sesión celebrada el 5 de Febrero de 1895 sobre el mismo asunto.

SEÑOR PRESIDENTE:

SEÑORES ACADÉMICOS:

Uno de los hechos que más notablemente manifiestan el empeño con que esta Ilustrada Academia se consagra al cultivo de la ciencia jurídica, es sin duda el caso que

se discute en la actualidad y que ha ocupado varias sesiones en las que se han pronunciado y leído interesantes discursos que han traído tanta luz á la discusión y han dado á conocer la ciencia y la aptitud de los que han tenido parte en ella, y el deseo justísimo de todos por lograr el acierto en sus respectivas resoluciones. Cuando ya aparece agotada la materia, vengo yo con grande atrevimiento á pretender cerrar esta notable lucha de la inteligencia y del saber con una sencilla alocución, mediante la cual, deseo acreditar una vez más, que amante del estudio, procuro contribuir en lo que puedo á la obra de esta ilustrada asociación.

Bien conocido es de todos el caso propuesto por nuestro digno Presidente al escrupuloso y concienzudo exámen de la Academia; pero no está demás asentarlo:

«¿El contrato que se celebra con el dueño de una mina para trabajarla y explotarla, por cuenta y riesgo del minero, dando al dueño una parte alcuota de los metales que se extraigan, es un arrendamiento ó una sociedad?»

“Si es sociedad, cuál es su clase, supuesta la disposición del art. 24 de la ley minera de 4 de Junio de 1892, que no reconoce asociaciones ni momentaneas ni en participación en asuntos mineros?”

La nota dice así:

“Aunque en las antiguas ordenanzas de minería y en el Código de 1884, se llama minero al dueño ó propietario de la mina, en contraposición al aviador que suministra los fondos para la explotación, en las cuestiones que preceden, se toma la palabra *minero* en su sentido vulgar que es según el Diccionario de la lengua «El individuo que trabaja en minas material ó intelectualmente ó las beneficia,» induciendo para el restablecimiento de este significado la prescripción de la ley minera vigente, aboliendo el contrato especial de avío de que tratan aquellos Códigos, que era usado en la Nueva España y continuó en la República, engendrando la palabra *aviador* en contraposición á la de minero.»

El estudio que hasta ahora se ha hecho, no se ha limitado al extricto exámen de los extremos de la disyuntiva. «*es un arren-*

damiento ó una sociedad?» Acaso porque no se haya estimado que esta proposición compuesta en sus mismos términos, sea de tal suerte exacta y completa, que no queden uno ó más medios posibles entre sus alternativas, no se ha limitado la discusión á resolver sencillamente si el contrato que se examina es ó no un contrato de arrendamiento, es ó no un contrato de sociedad, pues que siendo exacta y completa la división, es sabido que el raciocinio puede hacerse ó bien quitando una parte para conservar la que queda, ó bien tomando una parte, con lo cual se excluye la otra. Y aunque algunos de los Sres. Académicos han considerado el caso bajo dichos extremos, decidiéndose por alguno de ellos, otros lo han examinado bajo diferentes aspectos á la luz de los principios que gobiernan los demás contratos, lo cual prueba que á su juicio hay medios posibles entre las alternativas propuestas. Y así hemos oído estudiados discursos que examinan el caso, asimilándolo á la compra-venta, á la permuta, á la aparcería, al contrato de obras y á otros con los que creen encontrar semejanza, bien que todos tropiezan con escollos inevitables y confiesan que faltan al contrato que se discute alguno ó algunos de los elementos constitutivos, de aquellos con los que más parecido tienen, resultando de todo que hasta hoy no está la conciencia de esta docta corporación colocar el contrato que se estudia entre los que se hallan clasificados en nuestros Códigos.

Pero lo que sí es indiscutible en el caso propuesto, es la validéz del contrato que celebran el dueño de la mina y el minero, pues reúne las condiciones que para ser válido un contrato establece el art. 1,279 del Código civil

I. Capacidad de los contrayentes.

II. Mútuo consentimiento.

III. Que el objeto materia del contrato sea lícito.

IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley.

Las dos primeras condiciones se subentienden, pues de otra suerte sería inútil la discusión cuando la falta de ellas constituiría un vicio radical que anularía el contrato. La tercera existe, porque es lícito en

derecho, conforme al artículo siguiente, lo que no es contrario á la ley ó á las buenas costumbres; y en cuánto á la formalidad externa, es de creerse que lo será la escritura pública, pues como dice el Sr. García Goyena: «El reposo de las familias y la estabilidad de las fortunas reclaman que ciertos contratos, á causa de su importancia, sólo puedan ser consignados en escritura pública; la ley podría quedar burlada si se reconociera el menor efecto en cualquiera otra forma ó manera de celebrarlos.» [1] «Y las ordenanzas de minería exijan que el contrato fuera por escrito" "es mi soberana voluntad, se lee en el tít. 15, artículo 1º, que ningún minero celebre pacto de avíos de minas, sin que sea por contrata firmada, quedando á su arbitrio el celebrarla ó no ante Escribano ó testigos, bajo la pena de que, siendo de otra manera, no se atenderá en juicio á las estipulaciones particulares que alegaren, sino que se determinará por solo las reglas generales.»

Los fundamentos de derecho que pueden citarse en apoyo de este contrato, tal como se propone son: el artículo 1,419 del Código, que dispone que "Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos, y no podrán revocarse ni alterarse sino por mútuo consentimiento de los contratantes; salvo las excepciones consignadas en la ley:» el 1,276: «Los contratos legalmente celebrados obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes á la buena fé, al uso ó á la ley,» y el 1,310 que consagra las estipulaciones llamadas en la legislación romana pactos adjectos, al establecer que «Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran á requisitos esenciales del contrato, ó sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen; á no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por el derecho.

Tenemos, pues, un contrato de reconocida licitud legal, y al cual solo falta un nombre, pues aunque se ha pretendido por al-

gunos de nuestros ilustrados académicos llamarle arrendamiento, sociedad, compra-venta, permuta, aparcería, contrato de obras etc, otros lo consideran como una convención sin nombre específico y particular, de aquellos que fueron en otro tiempo designados como contratos innominados y que, aunque innumerables, eran reducidos á cuatro clases, de las que la segunda, *Do ut facias* es á la que creen pertenecer este contrato, y en fin, otros observan que estos contratos innominados no están consagrados en nuestros Códigos; de donde se deduce que si el contrato que se discute es en sí lícito y exigibles sus estipulaciones, no tiene un nombre específico y particular dado ó confirmado por el derecho.

Este contrato, en lo antiguo, fué conocido en México, con el nombre de *contrato de avío*. En efecto, en Nueva España, se llamaba con este nombre el dinero ó recursos que se facilitaban (1) para alguna empresa de minas, labor ó ganados. Según el Diccionario de la Academia española, en América es *avío* el dinero ó efectos que se dan á alguno para el fomento de las minas ó de otras haciendas de labor ó ganados. En estos mismos términos define Escriche el avío y agrega en una nota, (2) que en los comentarios de Gamboa á las ordenanzas de minas, pág. 143, se dá razón de un gran proyecto de *compañía general de aviadores para el fomento de minas*: se dá razón del expediente, informes y junta sobre el asunto; en el § 4 se trata de la *conveniencia y utilidades de la compañía refaccionaria de minas*, pág. 159 y en el 5º, pág. 166 de las *causas que impiden* el efecto de esta Compañía.

El título 15 de las Ordenanzas de minería trata de los aviadores de minas y el 16 del fondo y banco de avíos de minas, por donde se vé que esta palabra *avío* de origen mexicano, está tomada de la industria minera y trasladada de ésta, con igual significación, á la agrícola y de ganadería.

Los precedentes de este contrato se encuentran en las mismas ordenanzas, cuyo art. 1.º del citado cap. 15 dice: Los mineros (aquí se entienden por tales, los dueños

1 Concordancias, tomo 3º, pág. 208, art. 1,202.

(1) Enciclopedia española de dro. y admon tom 5º pág. 114.
(2) Edic. de 1852.—*Avío*.

de las minas) trabajan muchas veces sus minas con caudales de otros, ó porque desde el principio no los tuvieron para habilitarlas, ó por haber consumido los suyos en obras y faenas antes de haber sacado metal que les deje ventaja sobre su costo; y suelen pactar con sus aviadores una de dos maneras: ó dándoles la plata y oro que sacaren por algo menos de su precio legal y justo, dejándoles la utilidad de esta diferencia, lo que llaman *aviar á premios de platas*; ó interesándose el aviador en parte de la Mina, haciéndose para siempre dueño de ella, ó de los metales por algún tiempo por especie de compañía (1).

Se vé, pues, que ese contrato ó *contrata* de avíos de minas tuvo origen en nuestra república, hace más de un siglo, supuesto que las ordenanzas del ramo de minería fueron dadas en Aranjuez á 22 de Mayo de 1783, tomándose razón en la Contaduría General de Indias en Madrid en 25 del mismo mes y año, publicadas en México, en 15 de Enero de 1784, y que no pudiendo designarse con el nombre de algunos de los otros contratos, salvo en alguna de las antedichas formas que era á manera de compañía, fué siempre llamado contrato de *avío*, con lo cual no se atacaba ningún principio legal, ni se suscitaban cuestiones de nombre, por lo que su conservación no debía presentar ninguna dificultad, á la vez que la supresión no traía ninguna utilidad evidente que es la que debe regir toda reforma legislativa, según la regla *«In novis rebus constituendis evidens esse utilitas debet ut recedatur ab eo quod diu æquum visum est,»* que es la L. 2. D. de Constit. princip.

No creo que haya ninguna dificultad seria para que al contrato que estamos discutiendo se le conserve el antiguo y tradicional nombre con que eran designados los de su clase, llamándole contrato de avío, pues el art. 25 de la ley minera vigente de 4 de Junio de 1892, que dice que «El contrato llamado hasta hoy *de avío*, revestirá en lo sucesivo el carácter ó de sociedad, en cuyo caso se observará la prevención del artículo anterior de esta ley, ó de hipoteca, etc, ya hizo notar uno de nuestros

compañeros que el precepto de ese artículo no suprime el contrato de avío, sino solo expresa los distintos caracteres que puede revestir. Pero aún cuando la intención del legislador hubiera sido abolir el antiguo nombre, ni aún así creo que esté inhibida una sociedad científica, una Academia consagrada al estudio y adelantamiento de la ciencia jurídica, para dar á un contrato un nombre, cuando no puede, sin contrariar principios fundamentales de la ciencia, llevar el que corresponde á otros contratos, por mucha semejanza que con ellos tenga. Esto es conforme al buen sentido, y lo contrario da lugar al inconveniente de tener que clasificar forzosamente un contrato, entre otros que la ley reconocé, y hacerle un lugar entre ellos *quepa ó no quepa*, como en momento de calor prorrumpia nuestro Vice-presidente.

Aún suponiendo que el espíritu de la ley y el sentido de su texto hubieran sido suprimir el nombre que llevaba ese contrato, ésto no obstaría para darle un nombre nuevo ó conservar el antiguo, particularmente si se atiende á que esta Academia no está reducida á ser un mero y servil instrumento de las leyes existentes; no es tan limitada su esfera, y por el contrario ella puede dilatarse ampliamente por el terreno de la ciencia y elevarse á la altura que le corresponde en el estudio de la legislación que es productora de la ley, porque es la ciencia que enseña su formación.

Gómez de la Serna, cuyas doctrinas son muy dignas de ser citadas ante un cuerpo de jurisconsultos de mérito, dice á este propósito: «No podemos negar que en el uso se confunde con frecuencia la significación de las palabras: legislación, derecho y jurisprudencia. La legislación examina los principios: el derecho formula las reglas positivas; la jurisprudencia enseña á aplicar estas reglas á los negocios de la vida; la legislación produce el derecho; el derecho la jurisprudencia; la legislación se remonta á los conocimientos filosóficos; el derecho se limita á los positivos; la jurisprudencia se reduce á la completa inteligencia y aplicación del derecho; la legislación es una ciencia especulativa; el derecho una institución; la jurisprudencia una ciencia práctica; la legislación es la guía

(1) Orden. pág. 153.

del legislador; la jurisprudencia, la del jurisconsulto."

Y Gutiérrez Fernández (1) que cita á ese autor contemporaneo, agrega: "Los tiempos han cambiado ciertamente: ya no existen ni Moisés ni Licurgo que civilicen las naciones, sino que en su seno la ciencia y el genio elaboran los principios y las ideas que más tarde han de convertirse en leyes."

Pues esto es precisamente lo que hace nuestra Academia y no puede ponerse en duda que llegará un día en que tendrá mucho que ofrecer al legislador. Por esto nos decía, en bellissimo discurso, uno de los socios que tan señalados servicios presta á esta Academia con el valioso contingente de su saber, que «esta corporación se cree capaz de cooperar á una obra que cederá en lustre y decoro de la Patria, que quizás contribuya á perfeccionar sus leyes, que producirá adelantamiento en las ciencias, y ha de ser parte sin duda á ennoblecer y realzar los prestigios de una profesión que es sacerdocio para cuantos la ejercemos, y que debe ser garantía de justicia y prenda de derecho para la sociedad.» Así lo decía el Señor Gutiérrez Otero tan acreedor por muchos títulos al muy honroso de socio de mérito.

No debe ser, pues, una barrera infranqueable para la Academia el precepto de la ley minera, aun suponiendo que en la mente del legislador hubiera estado suprimir el nombre de contrato de avío, ni para un abogado que tenga la justa mira de elevarse á la parte intelectual de su noble profesión. Si la cuestión es de dar ó restituir su nombre al contrato: ¿Qué importa que haya muerto el nombre que llevaba si puede renacer, como cualquiera otro nombre, como lo escribía Horacio á los Pisones (2)

*"Multa renascentur qua jam cecidere; cadentque,
Que nunc sunt in honore, vocabula, si volet usus
Quem penes arbitrium est et jus et norma loquendi."*

Antes de concluir voy á permitirme leer un párrafo del dictámen ó Memoria que sobre la naturaleza y licitud moral y legal del contrato de avío relativamente á la siembra y cosecha de tabaco en el Estado de

Veracruz, escribió hace cerca de cuarenta años el respetable abogado Dr. D. José Julián Tornel, por encargo de la Diputación de cosecheros de Orizaba. El párrafo 2º de esa Memoria que fué publicada en 1846 tiene este rubro:

¿Qué contrato interviene en el avío? Cuestión que resuelve de la manera siguiente:

PARRAFO SEGUNDO.

¿Qué contrato interviene en el Avío?

Esta es la cuestión principal de cuantas me he propuesto resolver; porque fijada bien su naturaleza, son ya bien notorias las estipulaciones que en ambos fueros se consideran como lícitas y las marcadas con el sello de reprobación por usurarias ó opuestas á la naturaleza del contrato en que intervienen.

El objeto de la presente discusión es saber «el contrato que tiene lugar entre el que ministra su dinero para los gastos, fomento y beneficios de una siembra y cosecha de tabaco, y el que lo recibe para emplearlo en estos objetos; estipulándose por parte de aquel, que dará el dinero que se requiera para cubrir todos los gastos del cultivo y beneficios de la cosecha, si toda ella se ha contratado; ó hasta igualar el importe de determinadas arrobas, sea en sartas, sea ya beneficiado al precio convenido desde el principio del contrato, ó al que corra al tiempo de la entrega: y por parte del segundo que de hecho emprenderá la siembra, cultivo y beneficios del tabaco; y recojido lo entregará al primero y no á otro alguno, al precio convenido.»

Propuesta así la naturaleza y fin de este contrato, no sé como pueda confundirse, según lo he oido hacer á algunos, con los diversos contratos de préstamo ó mutuo, y el de sociedad ó compañía. ¿Qué puede tener de común con el de mútuo? En el contrato de mutuo se dá dinero para recibir dinero; en el Avío se dá dinero para recibir tabaco; en el de mutuo se presta el dinero para hacer bien y buena obra al mutuario; en el Avío se entrega el dinero con el objeto de lucrar en el fruto que se recibe en cambio: no se presta por lo común el dinero sino á personas con quienes nos ligamos relaciones de amistad, parentesco, ó que á lo menos se encuentran en alguna

(1) Código ó Estudios fundamentales, sobre el dro. civ. esp. nol Tom. I.º pág. 43.

2 De arte poet. 70, 71, 72.

grave necesidad que queremos remediar; en el Avío suelen preferirse personas extrañas, las que tengan algunos bienes con que responder del dinero recibido, hayan sido fieles en cumplir contratos semejantes, ó á lo menos sean conocidas por la honradez de sus procederes; no se acostumbra comunmente prestar sino cantidades pequeñas comparativamente al capital que poseemos y que no hagan falta á nuestros giros ó negociaciones; en el Avío suele emplearse el todo ó cuando menos una parte considerable del capital y constituir por sí solo la industria y negocio del aviador; en el mutuo, de tal manera se hace dueño el mutuario del dinero recibido, que puede donarlo, gastarlo, ó comprar con él lo que necesite ó se le antoje, sin que el mutuante pueda reconvenirle, ni mezclarse en el empleo que de él hiciere; en el Avío, por el contrario, el aviado ni puede ni debe invertirlo, sino en la siembra, cultivo y beneficios del tabaco; teniendo derecho el aviador de cuidar por sí ó por medio de Veedores, el que el aviado verifique la siembra, la asista de la manera conveniente y dé al tabaco los beneficios de estilo; pudiendo demandarlo si así no lo hiciere. El contrato que interviene en el Avío, no es por lo manifiesto un contrato de mutuo.

¿Y será contrato de compañía? Vémoslo. Es de esencia de este contrato el que ambos socios participen de las utilidades ó pérdidas de la negociación, sea con igualdad, sea á prorata, sea en la parte convenida; en el Avío todo el producto ó utilidad de la siembra hasta entregarla al aviador es del aviado, y el lucro proveniente de los diversos precios á que paga la renta el tabaco es exclusivamente propio del aviador; en el caso de pérdida de cosecha el aviado sufre todo el quebranto, quedando en la obligación de entregar al aviador con el producto de las futuras cosechas las arrobas de tabaco cuyo precio le tiene satisfecho, y que no haya podido percibir por la inclemencia de los tiempos. No es conforme á la naturaleza de la compañía, que uno de los socios asegure con fianzas ó hipotecas el reintegro de las cantidades recibidas para el giro de la negociación; por el contrario en el Avío el Gobierno español no mi-

nistraba cantidad alguna sin la responsabilidad de las fincas del deudor, sin fianzas de personas abonadas y sin que estos fiadores hipotecasen fincas de su pertenencia para caucionar el reintegro.

Y aunque por la general pobreza de los actuales aviados no se acostumbra exijrseles estas seguridades, no se omite el que otorguen una obligación con los requisitos de estilo, comprometiendo sus bienes habidos y por haber á la responsabilidad y cumplimiento del contrato. Creo bastantes las diferencias indicadas para demostrar que es muy diverso del de compañía el contrato que interviene en el Avío.

No debiéndose calificar de sociedad ni de mutuo, no resta que sea sino contrato de compra y venta; no genérico y común, sino especial; como quiera que no se dá simplemente dinero en cambio de mercancías, sino que se anticipa el dinero á la entrega del fruto; y de tal manera se anticipa que ese mismo dinero se ha de emplear en la producción y fomento de los frutos vendidos; que es lo que vulgarmente se llama refaccionar la siembra.

Por tal contrato de «compra y venta» lo califica el célebre Molina en su inmortal obra de *Justicia et Jure*, trat. 2.º de contractibus, disp. 309, núms. 13 y 14, donde dice: «Pero sí, no interviniendo mutuo al anticipar el dinero, se compra con el trigo que deba entregarse al tiempo de la mies ó cosecha, al precio que actualmente se espera que entonces ha de valer, poco más ó menos, no se comete usura ni injusticia; porque el recibo del dinero, y la venta se hace dentro de los límites del justo precio, etc.»

Y poco más abajo. "Este contrato tampoco debe condenarse., "Te doy veinte monedas de oro, para que me las pagues con trigo al tiempo de la mies, al precio que entonces sea común., "Porque este contrato, no es contrato de mutuo con el gravamen de venderle el trigo al tiempo de la mies al precio común, sino una compra de trigo con el dinero anticipado; etc., etc.,"

Las condiciones con que se verifica la compra y venta del tabaco entre aviados y aviadores son de tal manera características y especiales, que me persuado no habrá inconveniente en darle un nombre pro-

pio y especial para distinguirlo de todos los otros con que pudiera equivocarse y que adoptando el modo común de apellidarlos, yo lo llamaría "*contrato de Avío*," definiéndolo "contrato que se celebra entre los aviados ó cosecheros y los aviadores ó compradores del tabaco por el que éstos se obligan á dar el dinero necesario para la siembra, cultivo y beneficios de este fruto, recibiendo en cambio el todo ó parte de las arrobas que produzca la cosecha al precio estipulado y corriente; y los cosecheros y aviados á emplear precisamente el dinero recibido en aquellos objetos y á entregar el tabaco cosechado al aviador y no á otro alguno al precio convenido."

Viniendo, pues, á la cuestión que ha provocado estas discusiones, está á mi ver todavía por resolverse, si la disposición de la ley minera, caso que por ella se haya querido suprimir el nombre de contrato de *avío*, ha sido *progreso* y mejora incomparable ó evidente *retroceso*, supuesto que abogados tan ilustrados como los que han expresado su opinión en notables disertaciones, no han podido ponerse de acuerdo acerca del nombre que debe dársele de los sancionados en los Códigos; y otros igualmente competentes han tenido que retroceder, y mucho, para poder colocarlo en alguna de las clases en que se dividían en lo antiguo los contratos innominados. Y para concluir diré mi parecer: pues que se trata de una cuestión de *nombre*, ó queda sin nombre, aunque muy válido, el contrato de que se trata, ó hay que restituirle su antiguo nombre, no estimando como insuperable dificultad para la ciencia el que la palabra esté muerta por la ley, porque no es imposible su legal renacimiento, pues «*Multa renascuntur quæ jam cecidere.*»

México, Febrero de 1895.

LIC. JUAN DE DIOS VILLARELLO.

SECCION FEDERAL

JUZGADO 1.º DE DISTRITO DEL DISTRITO FEDERAL.

Juez, Lic. José Juan Chavarría.
Secretario, „ Antonio Z. Balandrano.

EXCEPCIONES DILATORIAS.—¿Deben abrirse á prueba todas las opuestas?
AUTO INTERLOCUTORIO.—¿Es revocable por contrario imperio?

México, Noviembre 16 de 1894.

Visto el punto sobre revocación del auto de veinticuatro de Septiembre último, que mandó recibir á prueba solamente una de las excepciones dilatorias opuestas por el Sr. Don Francisco de Garay, en representación del Sr. William Henry Butler, patrocinado por el Sr. Lic. Don Agustín Verdugo, en su escrito de nueve de Agosto próximo pasado, contestando el traslado de la demanda que se instauró en su contra por la sociedad anónima de cigarrillos engargolados "El Buen Tono," representada por el Sr. Lic. Indalecio Sánchez Gavito (hijo), todos vecinos de esta Capital, sobre oposición al privilegio ó patente solicitada por el expresado Sr. Garay con el carácter mencionado.

Resultando primero. Que en diez de Agosto del corriente año, se corrió traslado á la Promotoria, de la expresada demanda, el cual fué evacuado en tres de Septiembre del propio año, en el que pide se reciba á prueba el artículo promovido por Henry William Butler, á efecto de que se comprueben las excepciones dilatorias opuestas.

Resultando segundo. Que el Sr. Lic. Sánchez Gavito (hijo) manifestó en trece de Septiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, por estar así fechado ese escrito, que está conforme en que el artículo referido se abra á prueba, según lo solicita el Señor Promotor.

Resultando tercero. Que mandado por el Señor Juez propietario, en su auto de veinticuatro de Septiembre ya expresado, que "Como pide el Señor Promotor se recibe á prueba el artículo de falta de personalidad por ocho días," del cual fué notificado el Sr. Garay, interponiendo contra ese auto el recurso de revocación.

Resultando cuarto. Que por excusa del Señor Juez propietario pasó á conocimiento del suscrito Juez el presente juicio.

Considerando primero. Que á instancia de parte, esto es, el Sr. Garay como representante del Sr. William Henry Butler, interpuso dentro del término legal el recurso de revocación del auto de veinticuatro de Septiembre del año próximo pasado, por estar incurso solamente en ese auto, la excepción dilatoria de falta de personalidad, y faltar las otras dos, pues el Sr. Garay opuso con la personalidad que tiene acreditada, en el escrito de nueve de Agosto último, tres excepciones dilatorias, y debiendo admitirse todas las excepciones dilatorias que se opongan, siéndolo en tiempo y forma, por tanto son de admitirse y recibirse á prueba las tres y no una sola, conforme á lo prevenido por la ley I, Tit. 7.º, Lib. 11 de la Nov. Recop., tanto más cuanto que, en el presente caso pidió la Promotoría que se abriera la dilación probatoria para que fueran probadas las excepciones dilatorias opuestas.

Considerando segundo. Que el auto de veinticuatro de Septiembre del año en curso expresado, es interlocutorio y en consecuencia, revocable por contrario imperio, según lo prescrito en las leyes II, tit. 22, Part. 3.ª y XXIII, tít. 20, Lib. 11 de la Nov. Recop.

Considerando tercero. Que estando en las facultades del Juzgado revocar por contrario imperio los autos interlocutorios en el caso de que existan fundamentos y razones legales para ello, como existe en el presente recurso. Y no habiendo temeridad á juicio del suscrito no es el caso de hacer condenación especial en costas.

Por los fundamentos y razones legales expuestas, se debe de resolver y se resuelve.

Primero. Que es de revocarse y se revoca el auto de veinticuatro de Septiembre del presente año.

Segundo. Se reciben á prueba por el término legal, las tres excepciones dilatorias opuestas en el escrito de nueve de Agosto del año en curso.

Tercero. No se hace condenación especial en costas.

Cuarto. Notifíquese.

Así interlocutoriamente lo sentenció y firmó el Sr. Lic. Juan Chavarría, Juez segundo suplente del Juzgado primero de Distrito del Distrito Federal, hasta hoy veintisiete en que se expensó la estampilla de esta hoja por parte del Sr. Garay Doy fé—*José Juan Chavarría—Antonio Z. Balandrano.*

SECCION PENAL

JUZGADO 2.º DE LO CRIMINAL.

Juez, Lic. Manuel F. de la Hoz.
Secretario „ Martin Mayora.

TERMINO PARA FORMULAR CONCLUSIONES. ¿El que señala el art. 261 del Código de Procedimientos Penales en consonancia con el 258, para que formule conclusiones el procesado y la defensa, debe ser común, en el caso en que haya varios inculpados, ó separado y diverso para cada uno de éstos?

Vistas por el Juez las constancias de este incidente y los razonamientos alegados en la audiencia.

Considerando: que el art. 261 del Código de Procedimientos Penales, previene que devuelto el proceso por el Ministerio Público, se ponga á la vista de la *defensa y del procesado* por el término que señala el art. 258 del mismo Código, sin preveer el caso en que intervenga más de un solo procesado, surgiendo en consecuencia la interpretación que ha provocado el presente incidente, porque no se expresa con claridad, si el término antes dicho debe de ser común para todos los acusados en el proceso ó sucesiva y separadamente para cada uno de ellos; que con el objeto de escudriñar la mente del legislador sobre el particular, conforme á las reglas de la crítica legal, es conveniente examinar los antecedentes del referido art. 261, que se encuentran en el 22 de la ley de 24 de Junio de 1891, reformatoria del Código de Procedimientos del año de 15 de Septiembre de 1880, puesto que con arreglo á los preceptos de este último ordenamiento el acusado y su defensor, no tenían obligación de formular por escrito sus conclusiones, á ejemplo del Ministerio Público, sino que gozando de la más amplia libertad, de la cual á menudo se abusaba, para sostener de palabra y nunca por escrito ante el Jurado, todas las exculpantes ó atenuantes que quisieran, ó diversa clasificación del delito; de aquella que precisaba el Ministerio Público; que esta radical innovación en los procedimientos del juicio por jurados, fué explicada en la parte expositiva de la ley de 24 de Junio de 1891, en los siguientes términos: «El art. 22 estableciendo que el defensor ó el procesado fijen en proposiciones precisas y concretas los descargos ó defensas, ó la inculpabilidad, ó las circunstancias exculpantes y atenuantes; les atribuye las mismas facultades que están concedi-

das al acusador público, inclusa la de clasificar el hecho imputado. Si rehusa colocarse en ese terreno leal en el que se realiza una *igualdad completa*, si omite expresar proposiciones de defensa, se le coloca todavía en *situación favorable*, suponiendo que su proposición consiste en afirmar que no es culpable; pero sin suponer que haya alegado excepción alguna que él mismo renunció ó rehusó formular;» que como consecuencia de esta franca explicación del legislador, al conceder que el acusado ó su defensor, pudieran tener á su vista el proceso, con objeto de establecer por escrito sus conclusiones, después de formular el Ministerio público las suyas, revela con toda claridad el propósito de igualar las condiciones del procesado y del acusador público y de conservar equitativamente la identidad absoluta de derechos, entre las partes que contienden en el juicio criminal; de manera que si tal ha sido el espíritu del legislador, por la interpretación que suministrar las palabras que se han subrayado de la cita anterior, es racional y equitativo concluir, que si el Ministerio Público disfruta del término, que para el solo concede el art. 268 del Código de Procedimientos Penales á fin de que formule conclusiones, ese mismo término debe correr para el procesado y su defensor ó defensores, á fin de no privarle de un derecho igual al que tiene en su favor el Ministerio Público; término que gozará cada procesado, en el caso en que hubiere varias, porque si fuera común, se rompería el equilibrio de igualdad estricta, que reclama la justicia intrínseca, que persuade el espíritu filosófico de la ley é imponen los imperiosos dictados de la equidad, que las mismas palabras que usa el art. 261 del Código de Procedimientos Penales, previniendo que se ponga la causa á la vista de la *defensa* y del procesado, (no de los defensores) induce ideológica y gramaticalmente á deducir, que la ley quiso decir que ese término fuera para cada procesado, fuera cual fuese el número de defensores que tuviera y á los que englobó en la palabra *defensa* y puntualizando el término *acusado* en singular, como siempre se expresa la ley en todos los artículos que al dicho *acusado* se refieran; que esta manera de interpretar el art. 261 ya citado, tiene en su apoyo el derecho público constitucional de la Nación, porque si el art. 20 frac. IV de la Constitución Federal, otorga como garantía individual, la de que se "faciliten al acusado los datos que necesiten y consten en el proceso para prepa-

rar sus descargos," de no concederse al mismo acusado la amplitud necesaria en los términos legales, para preparar su defensa, invocaría su agravio reparable en la vía de amparo, la violación que habría de fundar en el hecho de que se le restringían los plazos oportunos, para fundar sus descargos; que aún cuando la garantía individual concedida por la dicha frac. IV del art. 20 constitucional tiene necesariamente que reducirse á los límites prudentes que le fijan las leyes del procedimiento, y pudiera defenderse en el terreno especulativo, que el art. 961 del Código de Procedimientos Penales, no precisa con claridad, si el término de que goza el procesado para formular sus conclusiones, sea común en el caso en que haya varios acusados, ó separado y diverso para cada uno de ellos, basta para la introducción del recurso de amparo, y su éxito probable, la interpretación amplia y liberal que se le ha dado, por ser ésta la más adecuada á favorecer los intereses del acusado; que como consecuencia de lo expuesto y con apoyo de los razonamientos aducidos y preceptos legales enumerados, el suscrito Juez decreta; que el término de que gozan los acusados en este proceso, para formular conclusiones no es común para todos, sino sucesivo para cada uno de ellos, por el orden en que figuran en las conclusiones del Ministerio Público, haciéndolo así saber á los que no han concurrido á esta audiencia y certificando la Secretaría en el proceso la parte resolutive de esta determinación.

En seguida quedaron impuestos y conformes del fallo anterior, los que concurrieron á la audiencia y firmaron con el Juez y Secretario la presente acta. Doy fé.—*Manuel F. de la Hoz.*—*Martín Mayora.*

SECCION CIVIL

JUZGADO 5.º DE LO CIVIL.

Juez, Lic. Manuel F. de la Hoz.
Secretario „ Martín Mayora.

AUTO DE PRUEBA. ¿Qué recurso cabe contra él?
PRUEBAS. ¿Pueden calificarse antes de la sentencia?
IDEM IMPERTINENTES. ¿Deben de citarse á reserva de ser calificadas en la sentencia?
IDEM INMORALES. ¿Cuáles son?

México, Octubre veintitres de mil ochocientos noventa y cuatro.

Atendiendo á que los autos en que se con-

cede una prueba, no tienen más recurso que el de responsabilidad (art. 376 del Código de Procedimientos Civiles): que las pruebas no pueden calificarse si no es en la sentencia, y sólo lo pueden ser de antemano y para repugnarlas ó aceptarlas, las de confesión en los términos del art. 412 del propio Código, la documental y las de otra índole, sólo bajo el aspecto de su legalidad ó inmoralidad (art. 358 del Código de Procedimientos Civiles): que las pruebas notoriamente impertinentes deben admitirse si son ofrecidas, puesto que el último correctivo que la ley pone á esa eventualidad es el de que en la sentencia definitiva, se condene al pago de gastos y perjuicios á quien los hubiese promovido, por más que obtenga en lo principal sentencia favorable [arts. 359 y 360 del Código de Procedimientos Civiles]: que las pruebas solicitadas por el Sr. Manuel Amor, cuya recepción se le ha concedido y á que se refiere el escrito anterior, no son ilegales, puesto que, ese medio de prueba está autorizado por la fracción 2ª del artículo 375 del Código de Procedimientos Civiles, y únicamente son ilegales aquellas pruebas que no están comprendidas en la nomenclatura establecida por el precepto acabado de citar: que tampoco se les puede conceptuar de inmorales, porque las pruebas inmorales son aquellas que involucran la realización de un hecho in moral, permitido por el Tribunal; y la presentación de documentos, nunca puede considerarse como in moral; por más que contenga frases ó dibujos inmorales, ya que si lo contrario se admitiera, sería imposible el probar algunos hechos inmorales, que por esos dibujos ó escritos se consuman, y que notoriamente y con frecuencia son fuente de derechos garantizados por la ley, en el sentido de que su comisión atribuye al ofendido el derecho de exigir una indemnización pecuniaria que puede ser reclamada ante los tribunales civiles (art. 362 del Código de Procedimientos Penales], por lo que es doctrina correctísima y por ningún autor repugnada el que, la comprobación de hechos inmorales, nunca, si se acreditan por los medios de ley, pueden reputarse pruebas inmorales, cuando esa comprobación está permitida por la ley claramente; así verbi-gracia, no sería in moral el comprobar un adulterio valiéndose de una inspección ocular á que oportunamente fuere llamada la justicia, y lo sería con evidencia el que, se procuraran por la autoridad á instancia del esposo facilidades á la mujer para que delinquiera de

donde se desprende que una prueba es in moral, únicamente cuando en su esencia, implica un agravio á la moral, pero no cuando tiende únicamente á hacer patente un hecho in moral que existe independientemente de que se rinda ó no la prueba, y de la cual de ningún modo puede ser su consecuencia, siendo inmorales por tanto y exclusivamente las pruebas, cuya rendición produzca por sí misma una ofensa á las mismas costumbres, no debiéndose reputar inmorales además aquellas pruebas que solo por ser molestas é inconducen tes, merecerán el que de improcedentes se les califique, pero no de inmorales, siendo el procedimiento que propende á aceptar semejante género de probanzas, todo lo molesto que se suponga, pero no ciertamente in moral, una vez que, traer á cuenta en un juicio á costa de contrariedades de una de las partes, probanzas más ó menos extraviadas, implicará inconvenientes de cualquier género, menos in moralidades: que las molestias que un juicio puede causar á las partes, no son las prohibidas por el art. 16 Constitucional, pues este artículo autoriza las molestias decretadas con motivo bastante por autoridad competente, y en el caso, la competencia de este juzgado se halla reconocida por los demandados y es motivo bastante el garantizar un derecho que la ley concede expresamente á la parte actora, para autorizar el procedimiento que juzga molesto la parte demandada: que el que figuren en este incidente tales ó cuales piezas probatorias, no significa, ni puede significar, el que también y con igual carácter figuren en el juicio principal, pues esto solo puede obtenerse por medio de decisión en forma en la cual se enumeren los fundamentos que para decretarlo así, hubiese tenido el tribunal que lo ordena, y cuyos fundamentos deben estar amparados por la ley, siendo por consecuencia ineficaz el argumento que se presenta, bajo el supuesto de que con la recepción de pruebas en un incidente se logra el fin que en el juicio principal se persigue, y que sólo se debe alcanzar por la resolución que ejecutoriamente le dé término: que el juzgado en presencia del art. 376 del Código de Procedimientos Civiles, no puede acoger la práctica, que es opinión de algunos abogados, según lo manifiesta el Sr. Don Félix Cuevas, pues los términos de ese artículo por ser expresos, proporcionan al juzgado una evidencia de que no puede prescindir al resolver el punto de que se trata.

Por todo lo expuesto, se declara no haber

lugar á lo solicitado en el escrito á que se provee, excepto en lo que mira á la protesta que en él mismo se formula, la cual se tendrá por hecha, para que produzca los efectos que en derecho corresponda.

Así lo proveyó y firmó el Sr. Juez quinto de lo civil, Lic. Alonso Rodríguez Miramón.—Doy fé—*Alonso Rodríguez Miramón.*—*Francisco Luzuriaga*, Secretario—Rúbricas.

JUZGADO 5º DE LO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

Juez, Lic. Alonso Rodríguez Miramón.
Secretario „ Francisco Luzuriaga.

INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESION.—¿A quién corresponde?

IDEM DE OBRA NUEVA.—¿Cuándo procede?

DESPOJO.—¿Puede consistir en una construcción?

CUESTION DE PROPIEDAD.—¿Puede ventilarse en un interdicto?

COSTAS.—¿Debe haber siempre condenación en ellas en los juicios de interdicto?

México, Diciembre 15 de 1894.

Vistos estos autos del interdicto de recuperar la posesión, seguido por D. Pedro Pradal, contra la Señora Antonia Hidalgo de Ambrís, patrocinado el primero por el Lic. D. José Castañeda, y la segunda por el Lic. José María del Castillo Velasco, habiendo sido ésta última asistida de su esposo José C. Ambrís, vecinos todos de esta capital; y

Resultando: que en 21 de Marzo del año en curso, el Señor Pedro Pradal, se presentó al Juzgado manifestando, que era poseedor de la casa número 1 de la Plazuela de Morelos de esta ciudad, y por tanto, de la pared que limita esta propiedad, y al Poniente con la casa número dos de la Plazuela de Morelos del dominio de Doña Antonia Hidalgo de Ambrís; que la posesión de la pared indicada en su totalidad le fué reconocida por Doña Juana Martínez y por D. Carlos del Castillo Velasco, en la escritura pública otorgada en esta ciudad, á 9 de Septiembre de 1892, ante el Notario Gil Mariano León, al estipularse como se estipuló en efecto en dicho muro, que la Señora Martínez y el Señor Castillo Velasco, tendrían el derecho limitado de apoyar sus vigas ó maderas en la pared de que se trata, si cuando construyeran en la casa número dos de la Plazuela de Morelos, lo juzgaban conveniente. que la Señora Antonia Hidalgo de Ambrís, que adquirió del Sr. Carlos del Castillo Velasco, los derechos hereditarios que le correspondían en las sucesiones de D. Florencio del Castillo Ve-

lasco y Doña Juana Martínez, lo cual se ve por el testimonio respectivo, que exhibió la Señora Hidalgo de Ambrís en la secuela del juicio, llegó á adquirir la casa número dos de la Plazuela de Morelos ó de la Santa Veracruz de esta Capital, y como es de advertirse en el testimonio presentado por la Señora Hidalgo de Ambrís, de que se ha hecho mérito en la escritura de división de las testamentarias de D. Florencio del Castillo Velasco y de Doña Juana Martínez, otorgada á 28 de Abril de 1890, en esta ciudad, ante D. Manuel García Aguirre, á virtud del convenio celebrado entre la Señora Hidalgo de Ambrís, como cesionaria de D. Carlos del Castillo Velasco, y los demás herederos: que la expresada Señora Hidalgo de Ambrís había levantado una pared sobre el muro que limita las casas números uno y dos, y haciendo para ello uso de la mitad del espesor del mismo: que por tanto, y habiéndosele despojado con semejante hecho de la posesión del muro, que separa la propiedad del Señor Pradal, de la que corresponde á la Señora Hidalgo de Ambrís, se veía en el caso de intentar el interdicto de recuperar la posesión de la totalidad del muro, de la cual había sido privado: que rendida la información de ley, en el periodo del juicio adecuado, se rindieron por las partes, las pruebas de confesión, documental y de inspección judicial, pues la pericial, aunque intentada, no llegó á practicarse: que citadas las partes para alegar, ambas renunciaron la audiencia, presentando apuntes únicamente la demandada, y por último, se citó para sentencia; y

Considerando: que el interdicto de recuperar la posesión, se concede al que estando en posesión pacífica de una cosa raíz, aunque no tenga título de propiedad, ha sido despojado por otro (art. 1,184 del Código de Procedimientos civiles): que el despojo puede llevarse á cabo por medio de una construcción, sin que en el caso especial sea necesario, para remediarlo, usar del interdicto de obra nueva, pues éste se ha establecido para el evento de que con la obra se perjudique una propiedad, (art. 1,195 del Código de Procedimientos civiles,) y no para cuando con una obra, se llega hasta usurpar la posesión, una vez que entonces no existe el perjuicio á que se refiere el art. 1,195 del Código de Procedimientos civiles, y sí el despojo á que alude el 1,184, tanto más cuanto que, todo despojo supone é implica un perjuicio, por cuya razón es de concluirse, que el interdicto de obra nueva, procede

cuando por ella, sin invadir ó usurpar posesión ajena, se perjudica al colindante; y el de despojo, cuando se usurpa la posesión ajena, ya con la construcción de una obra ó con otros procedimientos: que el Sr. Pradal ha demostrado la existencia de los hechos en que se funda su acción, á saber: I. Que la Señora Hidalgo de Ambrís ha fabricado una pared sobre la mitad del espesor del muro que limita las casas números uno y dos de la Plazuela Morelos ó de la Santa Veracruz de esta Capital, por medio de la prueba de confesión, siendo así que la Señora Hidalgo de Ambrís, al absolver posiciones, declaró de conformidad con lo asentado en la demanda, por lo que mira á la realidad de la construcción de una pared por la Señora Hidalgo de Ambrís, sobre la mitad del muro, que separa las casas números uno y dos mencionadas, lo que determina que se aplique el art. 546 del Código de Procedimientos civiles en el sentido de reputar fehacientemente probado el hecho apuntado: II. Que ha estado en posesión de la totalidad del indicado muro, por más de un año con la prueba documental, consistente en el testimonio de la escritura otorgada en esta ciudad á nueve de Septiembre de 1882, ante el Notario Gil Mariano León, con motivo de la venta concertada con el Señor Pradal, por el Señor Francisco Piedra, de la casa número uno de la Plazuela Morelos ó de la Santa Veracruz, en tanto que, la Señora Juana Martínez, y el Señor D. Carlos del Castillo Velasco, reconocieron en el Señor Pradal la posesión de la totalidad del muro, sobre el que ha construido la Señora Hidalgo de Ambrís, al estipular con el Señor Pradal, que sobre el muro de que se hace mérito, tendrían el derecho limitado de apoyar vigas ó maderas en caso de que lo juzgara conveniente á construcciones que podrían levantar en la casa número dos, ya que los expresados Señores Juana Martínez y Carlos del Castillo Velasco, al reasumir en sí y como herederos de D. Florencio del Castillo Velasco y menor Concepción del Castillo Velasco todos los derechos que constituían el dominio sobre la casa número 2 de la plazuela de Morelos ó Santa Veracruz de esta ciudad, en aquel entonces; fueron los causahabientes de la Señora Hidalgo de Ambrís, lo que amerita la aplicación de los arts. 551 y 1,188 del Código de Procedimientos civiles, en el sentido de dar por plenamente probado el hecho posesorio aducido por el Señor Pradal, no siendo de estimarse procedentes las objeciones suscitadas por la

Señora Hidalgo de Ambrís, con referencia al valor del acto llevado á cabo por el Señor del Castillo Velasco y la Señora Martínez, en la escritura de 9 de Septiembre de 1882, una vez que esas objeciones, fundadas ó infundadas, se dirigen á la validez del acto como impicatorio de la enagenación, y por consiguiente de la traslación del dominio del muro, y no ser lícito ventilar en los interdictos, cuestiones de dominio ó de propiedad (art. 1,134 del Código de Procedimientos civiles), y no ser de significación alguna, el argumento aducido por la Señora Hidalgo de Ambrís, consistente en que ella adquirió la casa número dos de la Plazuela de Morelos por un convenio divisorio ajustado en las sucesiones de D. Florencio del Castillo Velasco y de Doña Juana Martínez, pues como se ha visto, de las pruebas presentadas por la Señora Hidalgo de Ambrís, en tanto obtuvo la adjudicación de la indicada casa, en cuanto que, representaba los derechos de D. Carlos del Castillo Velasco, quien con Doña Juana Martínez reconoció expresamente en Septiembre 9 de 1882, que al Señor Pradal correspondía y en efecto poseía la totalidad del muro de que se ocupa este fallo: que sea cualquiera la trascendencia de la declaración hecha por Doña Juana Martínez y D. Carlos del Castillo Velasco, en la escritura de 9 de Septiembre de 1882, es inconcuso que al establecer y procurar para sí un derecho limitado sobre el muro, cual es el de apoyar en él vigas ó maderas, claro es, que contiene el reconocimiento de una posesión cuya interrupción ó pérdida no ha demostrado la Señora Hidalgo de Ambrís, como á ello estaba obligada, en virtud del art. 354 del Código de Procedimientos civiles, y no poder alegar esta Señora más ni menos derechos por razón del título con que adquirió la casa número dos, que las que correspondían al Señor Carlos del Castillo Velasco y á la Señora Juana Martínez, porque ese título y la adjudicación que implica, se le otorgaron en sustitución de D. Carlos del Castillo Velasco, cuyo lugar ocupó en las sucesiones de D. Florencio del Castillo Velasco y de Doña Juana Martínez por la cesión de derechos que de Don Carlos del Castillo Velasco obtuvo: que la declaración del Señor Carlos del Castillo Velasco y Juana Martínez contenida en la escritura que se cita, como un acto en que se reconoció la posesión del muro al Señor Pradal, no se encuentra ni objetada ni con defecto alguno legal: que consta de autos que uno de los testigos Emilio Guerrier y Pedro del Moral, dando fundada razón de su dicho, la de haberlo visto ó contribuido á ello, han declarado que la pared levantada por la Señora Hidalgo de Ambrís, se estaba construyendo aun en el mes de Mayo de 1893, lo que determina la aplicación del art. 562 del Código de Procedimientos civiles, en el sentido de dar por probado el hecho de que en Mayo de 1893 aun se estaba construyendo la pared indicada; más si se atiende á que el último testigo fué de los presentados por la Señora Hidalgo de Ambrís y desempeñó el papel de ejecutor en

la obra: que por consecuencia, habiéndose instaurado el interdicto el 26 de Marzo de 1894 no había trascurrido un año entre la conclusión de la obra y la iniciación del interdicto: que á mayor abundamiento, para intentar el interdicto de despojo ó de recuperar la posesión, la ley no fija plazo alguno, y que la misma ley cuando ha querido someter el ejercicio de la acción posesoria á un término dado, lo ha cuidado de establecer de una manera clara y terminante, como se vé en el art. 1,140 del Código de Procedimientos civiles: que el interdicto de recuperar la posesión, cuando es procedente, trae consigo el que se decreta la ejecución de todos aquellos actos que sean necesarios para restablecer en la posesión al quejoso, pues de lo contrario, no tendría resultado práctico el interdicto procedente y no se cumpliría con lo ordenado en el art. 1193 del Código de Procedimientos civiles: que en todo juicio de despojo, y de tal clase, es el de recuperar la posición, debe cargar con las costas y daños y perjuicios, el que en él fuere condenado, (art. 143, frac. 3.^{ra} y 1,193 del Código de Procedimientos civiles.)

Por las consideraciones expresadas y fundamentos legales invocados, es de fallarse y se falla:

Primero: ha procedido el interdicto de recuperar la posesión intentada en estos autos por Don Pedro Pradal contra Doña Antonia Hidalgo de Ambrís.

Segundo: restitúyase al Sr. Pradal en la posesión de la totalidad del muro que separa las casas núms. 1 y 2 de la Plazuela de Morelos ó de la Santa Veracruz de esta Capital, respectivamente por los vientos Poniente y Oriente, practicándose al efecto los actos ú obras necesarias.

Tercero: son á cargo de la Sra. Antonia Hidalgo de Ambrís, las costas y gastos de este juicio, así como también los daños y perjuicios que se hayan ocasionado al Sr. Pradal por la construcción levantada por la Sra. Hidalgo de Ambrís en el mencionado muro.

Así definitivamente juzgando, lo sentenció y firmó el Señor Juez 5.º de lo Civil Lic. Alonso Rodríguez Miramón, ordenando á la vez, que se notifique este fallo, personalmente á las partes. Doy fé y de que se firmó hoy veintiseis de Enero de mil ochocientos noventa y cinco en que se expensaron los timbres de ley por la parte actora.—*Alonso Rodríguez Miramón*.—*Francisco Luzuriaga*, secretario.—Rúbricas.

JUZGADO 5.º DE LO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

AUTOS.—¿Son de ejecución todos los que se pronuncian después de la sentencia.

ID. DE EJECUCION.—¿Admiten los recursos de apelación ó revocación?

INCIDENTES.—¿Caben después de la sentencia ejecutoria?

AUTO DE PRUEBA EN CALIDAD DE MEJOR PROVEER.—¿Está comprendido en la prescripción del art. 376 del Código de Procedimientos Civiles?

AVALUOS.—¿Hacen prueba plena?

México, Septiembre 29 veintinueve de mil ochocientos noventa y cuatro.

Vistos en el punto pendiente de resolución y

Considerando: Que los autos y decretos, no por el mero hecho de pronunciarse después de la sentencia, se encaminan forzosa y derechamente á la ejecución, por lo que, no á todos esos autos y decretos puede aplicarse el art. 764 del Código de Procedimientos Civiles, que se refiere exclusivamente á aquellos que directamente se dirigen á la ejecución de la sentencia: que el auto recurrido, perteneciendo al procedimiento encaminado á proporcionar una base para el remate de la finca hipotecada, no propende inmediatamente á la ejecución de la sentencia, pues tal procedimiento constituye un período especial del juicio en el cual caben, recusación de peritos y otras cuestiones que debiéndose decidir son notoriamente ó apelables ó revocables, en virtud de los arts. 871 y 642 del Código de Procedimiento Civiles, como lo sería la decisión que repugnara la validez de un avalúo por defecto legal en su formación, v. g. la pronunciada por haberse demostrado ó intentado demostrar que el perito lo llevó á cabo en estado de enagenación mental, siendo inconcuso de una parte, que en el caso procede la formación de un incidente, y de otra, que esos incidentes pueden sobrevenir después de dictada sentencia ejecutoria: que el art. 376 del Código de Procedimientos Civiles se refiere á aquellas pruebas que se han concedido á instancia de parte, interpretación que evidencia el uso en el artículo de las palabras «negar y conceder, que suponen solicitud una vez que el Juez de oficio no puede conceder ni negar cosa alguna y que los autos «para mejor proveer» no están destinados á conceder algo á las partes, sino exclusivamente á ilustrar el criterio del Juez, que así mismo no puede concederse ó negarse nada sino simplemente ejercitar ó no ejercitar un derecho que la ley le atribuye: que obrando en autos avalúo que por haberse formado de conformidad con lo prescrito en el cap. 5.º, lib. 1.º, tít. 5.º del Código de Procedimientos Civiles, le es aplicable el art. 560 del propio ordenamiento y por consiguiente, hace inútil é ilegal que se proceda de nuevo á la formación de avalúo que como se ha dicho, obra en autos y por no haberse atacado de una manera legal goza de plena fuerza probatoria.

Por todo lo expuesto se resuelve: Es de revocarse y se revoca por contrario imperio el auto pronunciado en primero de Septiembre del corriente año por el señor Juez 4.º de lo Civil. Así lo proveyó y firmó el Señor Juez 5.º de lo Civil Lic. Alonso Rodríguez Miramón. Doy fé.—*Alonso Rodríguez Miramón*.—*Francisco Luzuriaga*, Secretario.—Rúbricas.