

X. ALEGATOS Y DICTAMENES

- | | |
|--|----|
| <i>71. Consulta en asunto con Moreno. 1870.</i> | 19 |
| <i>72. Consulta sobre testamentos extranjeros. Mayo 1o. de 1870.</i> | 27 |
| <i>73. Ocurso sobre juicio hipotecario. Junio 30 de 1870.</i> | 31 |

V. Esos descuentos son arbitrarios y caprichosos, y deben ser devueltos a mi poderdante.

VI. Se le debe también indemnizar como perjuicio la pérdida que ha sufrido con la retención ilegal de su capital, pérdida que representa el monto del interés calculado al 1 1/2% mensual.

De estos puntos culminantes, objeto de mis demostraciones y de las consecuencias lógicas y legales que de ellos he deducido, aparece en último extremo suficientemente probado esta conclusión final, a cuya demostración han tendido mis esfuerzos:

Ha llegado ya el día para el pago de los \$10,000 que el señor González reconoce sobre su hacienda de Amatitlán: y él está obligado a la indemnización de los perjuicios que le cobro.

No necesito decir más para dejar sólidamente fundada mi demanda: para concluir este largo informe, sólo me resta suplicar al juzgado que se sirva en definitiva declarar que don Gabriel González está obligado a pagar los \$10,000 del capital, los \$1,548.22 que importan los descuentos que él confiesa haber hecho, y los \$150 mensuales, importe del rédito de aquel capital, desde marzo último hasta que se realice el pago y el interés calculado al 1 1/2% mensual sobre los \$1,548.22; pido también que el citado señor González sea condenado en todas las costas del juicio por haber litigado temerariamente tratando de retener sin razón, un capital que no le pertenece.

Guadalajara, octubre 12 de 1867

71

CONSULTA EN ASUNTO CON MORENO (1870)

**Señor licenciado don José
María Iribarren.**

Muy señor mío, y amigo y compañero de mi aprecio:

Obsequiando las indicaciones que usted me hizo en lo verbal para que le manifestara mi opinión sobre las principales cuestiones que se debaten en los tribunales de Sonora, en el juicio que los señores Escalante siguen contra el señor Moreno, sobre rescisión de la adjudicación de la Hacienda de San Juanico, paso con gusto a exponer a usted lo que es mi sentir en aquellas cuestiones. La dificultad que éstas de suyo entrañan, mis pocos o ningunos conocimientos en la legislación especial del Estado de Sonora, la premura del tiempo en que he tenido que imponerme de aquel negocio, y el no haberlo visto tratado en los autos respectivos, sino en los documentos que se me han pasado para mi instrucción, todas esas causas de consuno conspiran para hacerme desconfiar a mí mismo del acierto que he buscado; con verdadera timidez, que esas causas disculparán, voy yo a decir las opiniones que he formado, y si en ellas encuentra usted algo que no sea la verdad o la justicia, le suplico me lo dispense en gracia de mis excusas. El deseo de complacerlo, obsequiando sus deseos

es acaso el único motivo que pueda alegar para despachar en un brevísimo tiempo un negocio que reclama más estudio, más calma y más dedicación. Vamos al asunto.

Primer punto. ¿La sentencia de remate en un juicio ejecutivo procede, en favor del que la obtuvo, la excepción de *cosa juzgada*? Los fundamentos y doctrinas que cita el 5o. considerando de la sentencia de 1a. instancia de 17 de septiembre de 1861, prueban hasta la evidencia que la sentencia de remate no sólo no excluye, sino que deja expedita la vía ordinaria para que los litigantes puedan con mayor amplitud tratar en ella las mismas cuestiones que fueron materia del juicio ejecutivo. Decir más sobre lo que es una verdad incontrovertible de nuestro sistema procesal, es ya inútil después de lo que ese considerando asienta.

En contra de esta verdad se hace una objeción por la parte del señor Moreno; dice que el juicio ordinario queda abierto para tratar de las excepciones opuestas en la vía ejecutiva; pero que sin embargo la sentencia de remate *causó ejecutoria* y "pasa por consiguiente a cosa juzgada", porque nunca se puede volver a tratar lo que estos juicios (los ejecutivos) han decidido en su misma naturaleza. "Reconocer que una sentencia se puede atacar nuevamente con excepciones que ella no consideró, es ya confesar que esa sentencia no es la *res judicata qua pro veritate habetur*, "la cosa juzgada que sostiene como la verdad", y esta sola consideración bastaría para satisfacer a la objeción; pero si se considera que los autos judiciales en la vía ejecutiva en tanto se *ejecutarían* sólo, en cuanto que las partes en la misma vía ejecutiva no pueden interponer de ellos los recursos superiores, se encontrará que la objeción no se puede afianzar en fundamentos legales.

La misma parte del señor Moreno asienta que el juicio ejecutivo acaba con la sentencia de remate, y que la vía de apremio y todos sus actos adquieren un carácter de irrevocabilidad que no consiente juicio ordinario después de ellos, que los hace pasar en cosa juzgada. Yo no estoy conforme con estos conceptos, y diré con brevedad las razones en que me fundo. La *cosa juzgada* no es sino el resultado de un juicio ordinario en que el juez con pleno conocimiento de causa resuelve la cuestión ante él discutida, y los actos judiciales que no son *sentencias*, no se pueden llamar *cosa juzgada*, para el efecto de hacerlos irrevocables; lo serán, si se quiere, por ministerio de la ley, por consideraciones de justicia; pero nunca pueden tener la virtud y efectos de la *re judicata*. El nombramiento de un perito, la aceptación de una postura, por esa consideración no se pueden llamar *cosa juzgada*. Si de estas observaciones abstractas, como la razón que las funda, descendemos al terreno de la práctica y de la doctrina, veremos que el acto mismo del remate es atacable por varios capítulos en la vía ordinaria. Así lo enseña Escriche, en su último Diccionario, artículo "Juicio ejecutivo" párrafo XL, y la misma doctrina expenden, Serna y Montalbán, "Procedimientos Judiciales", tom. 2., párr 22. No. 4o. Además de las autoridades que invocan los autores citados, funda a esta doctrina la parte final de la ley 52 tít. 5o. part. 5a. que anula los remates en que no se observaron las solemnidades legales. Todo esto prueba pues, que el acto mismo del remate se puede nulificar, aunque se haya ejecutoriado, por reclamación de parte legítima, cuando en él no intervinieron los requisitos necesarios, cuando medió fraude o seducción en las posturas, cuando hay un menor perjudicado, cuando intervino dolo VV. Por lo que he dicho y por lo que extensamente existe alegado ya, yo creo que la excepción de *cosa juzgada* que la parte del señor Moreno ha opuesto en el juicio, no puede ser considerada legalmente.

Segundo punto: ¿Cabe el remedio de la lesión en las ventas que se hacen en almoneda? La ley 2, tít. 1o. lib. 10 Nov. Rec., expresamente resuelve esta cuestión por la afirmativa, salvo en el caso de excepción que menciona en su parte final; conformes con esa ley nuestros autores sientan con unanimidad igual doctrina. ¿Y la adjudicación en pago que se hace a un acreedor por falta de postores es la "bendición de los bienes del deudor hechas contra la voluntad de éste y estando premiados y cumplidos los compradores para la compra"? ¿La dación *in solutum*, es la adjudicación forzada de que habla la ley recopilada como caso de excepción de la regla de que es atacable por lesión la venta hecha en almoneda? Yo no lo creo así y estas son mis razones.

En nuestra jurisprudencia no se ha conocido por *adjudicación forzada*, más que "la acción judicial que aplicaba forzosamente a los acaudalados de un pueblo, por el precio de la tasa, rebajado un tercio, los bienes

embargados a los deudores del fisco, cuando no se presentaban compradores". Testigos respetables y autoridades competentes de la acepción jurídica de esa voz, lo son sin duda Escriche y los autores de la "Enciclopedia de Legislación y Jurisprudencia". Estos autores asientan que *adjudicación forzada* no podía rescindirse por engaño en más de la mitad del justo precio, con referencia a la parte final de la ley recopilada citada. Esos autores que escribieron en una época de ilustración, en que los injustos privilegios fiscales han ido desapareciendo a medida que los adelantos de la ciencia de la justicia han ido matando privilegios odiosos, son una autoridad irrecusable en esta cuestión, y su testimonio y su cita vale por esto mucho más que los de los antiguos prácticos que escribían influidos por las falsas ideas sobre privilegios del fisco. Sólo estos privilegios, y más aún, la insaciable codicia de los "asentistas o arrendadores de rentas reales", pudieron decidir al legislador a sancionar una excepción *única* en materia de lesión, excepción que parece fue arrancada del trono en un momento de penuria, por la avaricia de los arrendadores reales, para encontrar ésta, siempre manera de cobrar las rentas, aun con notable agravio de los deudores. Que hoy ha desaparecido semejante monstruosidad en nuestra jurisprudencia un solo caso de *adjudicación forzada* es cosa que los autores que he citado lo aseguran, congratulándose con los progresos de la ciencia del Derecho.

El acreedor a quien se hace adjudicación en pago, nunca puede decirse *compelido y apremiado* a la compra, aun cuando falten postores, aun cuando haya pedido la retasa y hayan vuelto a faltar postores; ese acreedor recibirá, lo que no quisiera tal vez, en pago de su crédito; en lugar de numerario obtendrá la propiedad de una finca; pero aunque esto sea así, nunca puede decirse que es estrechado, apremiado o compelido a comprar contra su voluntad. Sobre esta materia se pueden invocar los principios que el Derecho consagra hablando de violencia, apremio, fuerza; el acto en que eso ha intervenido, como causa eficiente, es malo; pero los motivos morales, las consideraciones de conveniencia, las razones de interés que nos compelan a ejecutar un acto que no es a gusto de nuestra voluntad, no pueden ser considerados como la violencia y el apremio que quitan el consentimiento. La parte final de la ley recopilada tantas veces citada, habla de aquellas ventas en almoneda cuyos compradores, contra su absoluto consentimiento, eran apremiados a comprar; la adjudicación en pago, por más que consideraciones de conveniencia inspiren al acreedor a recibir *in solutum* lo que no quisiera, no importa jamás la humillación de hacer un contrato *a fuerza*, no quita la voluntad de comprar o de conceder nuevos plazos al deudor, hacerle quitar, V. V.; si al acreedor esto no conviene y es más conforme a sus intereses recibir en pago *cosas* del deudor, más que apremio, hay en ellos razones de conveniencia e interés.

Las indicaciones que acabo de hacer, que importan la refutación de las objeciones presentadas por la parte del señor Moreno en sus alegatos, están fundadas en las doctrinas de los mejores autores. Antonio Gómez, Var. Res. tom. 2o., cap. 2o., No. 23, prueba que la lesión se puede alegar aun contra las ventas hechas en almoneda y refuta el concepto de que "en las ventas en que se da por la cosa las dos terceras partes de su precio valuado por peritos no puede haber lesión", diciendo que "aunque en duda no se presume dolo o engaño en la venta hecha en almoneda; sin embargo, si se prueba que real y verdaderamente intervino, la venta se rescinde, y esto se confirma con la apremiante observación de que en la enajenación de las fincas de un menor, aunque hechas con decreto del juez y demás solemnidades legales, cabe el remedio de la lesión, por lo que se ha de sostener lo mismo, si un mayor de edad ha sido engañado en más de la mitad del justo precio. Parladocio lib. 2, cap. fin part. 1, párr. 26, ver. No. 10, se expresa en estos términos: "Por nuestras leyes la cuestión está definida y el remedio de la lesión cabe en las ventas hechas en almoneda, excepto en el caso en que *la compra se hiciere por el que fuere a ello obligado (invito)* y fuesen estimados los bienes por apreciadores" (leyes 1 y 6, tít. 11, lib. 5, Rec., o 2a. tít. 1, lib. 10 Nov.). Padilla no comprendió el sentido de esas leyes, cuando dijo que ellas se debían aplicar a las rentas hechas en almoneda por causa voluntaria y no necesaria, y en el mismo error cayó Gregorio López, que dice, que aquel remedio no tiene lugar, si la enajenación se hace por decreto del juez, porque aquellas leyes tienen caso, aunque haya decreto judicial, y aunque la enajenación se haga por causa necesaria o voluntaria: las palabras de la ley demuestran este concepto con más claridad que la de la luz. "Por tanto, la *compra forzada* y la estimación de apreciadores (de que habla la ley 6, tít. 11, lib. 5., Rec.) es la que se hace en ejecución de los deudores fiscales y esa coacción y no el decreto del juez o la necesidad de la venta es la que hace cesar el remedio de la lesión". Estas doctrinas, por fin, están acogidas por la Causa

Filípica, part. 2, párr. 22, No. 12, y com. ter. cap. 12 No. 32 –Febrero Mexicano, tom. 5, tít. 3, cap. 6, No. 34 y 44– Escriche, verbos "Adjudicación forzada", "Lesión", y otros autores cuyas citas en gracia de la brevedad omito.

Necesario creo para ver más claro en esta cuestión de derecho, examinar por qué autores tan respetables, como Gregorio López, sentaron doctrinas que hoy la ley vigente condena y que antes fueron contrarios a la opinión común. Gregorio López concordando nuestro Derecho con el romano, aceptó como una verdad que "la venta en que interviniere decreto del Juez no se puede rescindir por lesión" y se funda en la ley 1a. C. de prad. decun; pero la disposición de esa ley no se refiere más que al caso de que habla, y no viola ni deroga el principio que consigna la ley 16 C. De resand. vend. Por otra parte, aquel comentador tan amigo de la legislación romana que más de una vez sacrificó a ella las leyes de su país, quiso introducir en el foro español la severidad de la ley romana que tan avara era para conceder la lesión, y ese mismo comentador limita a pesar de todo, su doctrina al caso en que el decreto judicial se haya dado con pleno conocimiento de causa, cosa que en un remate no sucede, y esa limitación también es infundada, porque, según observa Antonio Gómez, la ley 11 C. de procedimientos, concede la restitución por lesión al menor aunque la venta se celebre por el Juez en almoneda y con pleno conocimiento de causa, fuera de los exagerados partidarios de las leyes romanas y encuentro en los autores de jurisprudencia española, reconocida unánimemente la verdad de que la lesión cabe y se da contra las ventas hechas en almonedas; reputo también como doctrina común, de la que a un Juez no es lícito separarse, que la *adjudicación forzada*, no es la *adjudicación en pago*, sino la que se hacía antes en favor del fisco y en contra del deudor de tributo, obligando a un comprador a hacer un contrato contra su voluntad. La *adjudicación en pago* puede ser *necesaria* para que el acreedor no quede insoluto; pero esa necesidad no es la coacción y el apremio de que habla la parte final de la ley 2, tít. 1, lib 10, Nov. Rec. y sin razón y sin justicia como observa la Curia, com. tes. loc. cit., se extendería un privilegio fiscal odioso a otro caso que la ley no expresa, principalmente cuando esa interpretación ampliativa trae como consecuencia necesaria el que se despoje al contrato de venta hecha en almoneda, de uno de sus requisitos naturales, requisito que por declaración de la ley 2a. citada, lo es de todos los contratos onerosos, el de que el *precio sea justo*.

Creo que lo que he indicado, sin pretender agotar una materia difícil en nuestra jurisprudencia y sin tocar los puntos que están ya tratados en los alegatos, funda mi opinión sobre la cuestión que he examinado, a saber: "el remedio de la lesión enorme cabe y es procedente en la *adjudicación en pago* que después del remate se hace al acreedor por falta de postores".

Tercer punto. ¿En la adjudicación en pago de la hacienda de San Juanico hubo lesión enorme? En el análisis de la prueba y apreciación de su valor, sigo, además de las doctrinas generales sobre prueba testimonial, sigo las teorías que enseña el maestro A. Gómez en sus Var. tun. 2, cap. 2, No. 25, ver. "Item added" y las que dicen así: "El precio y valor de la cosa vendida se debe probar de tal suerte que se sepa lo que ella valía en la común estimación, al tiempo del contrato: manifestación que esa cosa era de tal cualidad y situada en tal parte; que de ella se acostumbra escoger tantos frutos o réditos; y que una cosa de tal cualidad comúnmente según la justa y general estimación vale tanto, y se acostumbra vender por tanto... Sin embargo, aunque ésta sea la manera (de rendir la prueba de la lesión) también bastaría si los testigos dijeren que la cosa vale tanto, porque parece que entonces se refieren a la estimación común".

Ahora bien; es un hecho que la hacienda de San Juanico fue adjudicada al señor Moreno en el precio de \$14,155.56. ¿Cuánto valía esa hacienda al tiempo de la adjudicación que se hizo en 21 de enero de 1857? Veamos lo que dicen las pruebas.

En la sentencia de 1a. instancia que extracta las constancias de autos haciendo una minuciosa relación de ellos, he visto que se objeta la legalidad del remate, libertad en las posturas V., y estos puntos aunque no considerados en esa sentencia, los creo yo de interés por la conexión íntima que tiene con los hechos que se disputan en el juicio. Paso por ello a analizarlos.

Se aseguró por el actor, que el valuador don Antonio Rodríguez no fue nombrado por los ejecutados, ni en forma por el juzgado en rebeldía de aquello; el demandado presentó el testimonio del auto de 7 de noviembre de 1856 que mandó a los ejecutados que nombraran peritos, so pena de hacerlo el juzgado de oficio, y testimonio también de un escrito de don Leonardo Escalante, pidiendo término para hacer el nombramiento. Por estos *únicos* datos yo no puedo formar cabal juicio sobre si el nombramiento de Rodríguez estuvo hecho en forma, o si adolece de un vicio que unido a los otros que se alegan, nulifique el remate.

Se dice que el acto del remate no se celebró en la forma que esencialmente previene, so pena de nulidad, la ley 52, tít. 5, p. 5o. y la doctrina común de los autores: de esto no hay pruebas ni constancias.

Se asegura que el estado de sitio y continua alarma en que se mantuvo Hermosillo en el tiempo de la vía de apremio, impidió la presentación de postores y quitó en consecuencia todo medio de alzar el valor de la hacienda por medio de las pujas, y aunque el hecho del sitio está probado, no se sabe por los documentos que yo tengo a la vista, si esa alarma era tal que alejara a los postores, que hiciera imposible la almoneda y que diera el forzoso resultado por falta de libertad, de llegar a la adjudicación en pago.

Todos estos hechos deben constar en los autos ejecutivos y teniéndolos a la vista el tribunal que ha de fallar, y practicando para mejor proveer las diligencias que estime convenientes, resultará o no demostrado que el acreedor ejecutante dispuso o no las cosas de manera de adquirir la propiedad de la hacienda, no por el precio justo, sino por el que la fuerza de circunstancias violentas quiso darle. Yo reputo la aclaración de estos hechos como muy importantes para fijar en justicia las consecuencias del hecho de si hubo o no lesión.

Respecto del valor que la hacienda tuviera al tiempo de la adjudicación hay testimonios encontrados, cuyo valor debe pasar al criterio judicial. En 1a. instancia el actor presentó a los testigos señores Arvizu (Feliciano), Moreno, López Bernal, Mézquita, Carpena y González, diciendo el primero que San Juanico valía \$35,000.00 y los últimos dos tantos más del valor en que fue adjudicada. De estos testigos, fueron tachados por el demandado los señores Moreno, López Bernal y Mézquita, por amistad estrecha con los Escalante, y esa tacha no fue probada, el señor Capena por amistad y parentesco con el apoderado del actor, cuya tacha ignoro si fue o no probada por los documentos que tengo a la vista, y el señor González por parcialidad, por haberse excusado de servir de testigo al demandado, y hay prueba de que este señor realmente se excusó, pero no por parcialidad, sino porque no quería meterse en asuntos de juzgado, resultando por ello que esta tacha no está probada.

Parece que fuera de las tachas propuestas y no probadas, se pretendió alguna vez por el demandado invalidar el dicho de esos testigos, alegando que las preguntas que se les hicieron fueron sugestivas. Yo no conozco este incidente: pero viendo el tenor de las declaraciones y la calidad y categoría de los testigos de los que, uno era Ministro del tribunal, me inclino a creer que no se puede sostener esa sugestión.

El reo a su vez presentó como testigos a los señores Félix, Méndez, Garrobo y Preciado, que aseguran que la hacienda al tiempo del embargo no valía más que \$20 a \$25,000.00. Todos estos testigos fueron tachados por el actor: todos por contradictoria en sus declaraciones y los dos últimos por amistad con el señor Moreno. Esta prueba de tachas no se recibió, por haberse presentado fuera del término, pero de las constancias de autos a que se refieren los 16o., 17o. y 18o. de la sentencia de 1a. instancia, aparece que realmente el dicho de esos testigos, con excepción del de Félix es contradictorio y por esto no merecen fe.

Del anterior examen, resulta que el actor probó con un testigo que San Juanico valía más de la mitad del precio en que fue adjudicado, y cinco testigos que aseguran que valía dos tantos más de ese precio: el reo no presentó más que un testigo que dijera que la hacienda valía de 20 a 25 mil pesos. Todos estos testigos son mayores de toda excepción, y para no ser más largo me he excusado de citar los que están tachados.

El justo precio de San Juanico no sólo se ha tratado de probar por medio de la prueba directa, sino también por la justificación de hechos que dan aquella demostración. Vamos al análisis de estas pruebas y de estos hechos.

El actor probó con las declaraciones de los señores Carpena, González y Valencia que la hacienda era susceptible de producir 3000 tercios de trigo solamente, sin las otras semillas; este hecho confesaron también los testigos Garrobo y Preciado, testigos que aunque también presentados por el reo, están tachados, como se ha visto, por el actor. Los tres primeros testigos por no haberse tachado uno, y por no haberse probado las tachas de los otros dos se deben reputar mayores de toda excepción.

El reo presentó a los señores Garrobo y Preciado, quienes dijeron que en tiempo de la adjudicación lo más que la hacienda podía producir era 1500 tercios de trigo, siendo el valor de cada tercio dos pesos y los gastos cosa de la mitad. El testimonio no tiene valor probatorio por la evidente contradicción que tiene con el de los mismos testigos y de que se habla en el párrafo anterior.

Resultado de esto es, que el actor probó que la hacienda de San Juanico era susceptible de producir 3000 tercios sólo de trigo, sin que el demandado demostrara cosa alguna en contrario.

Reputo también hechos incidentales, probados: 1o. que el señor Moreno se opuso a que su sobrino don Eduardo, libertara durante la ejecución, por \$16,000 por la hacienda, con el pacto de retroventa, sin que conste que esa oposición se haya hecho o por convenir así a los intereses de éste, o por adquirir el mismo señor Moreno la hacienda. 2o. Que doña Dolores Escalante vendió al mismo señor Moreno en \$1,000 la parte que le correspondía en las fábricas y molinos, y en \$6,000 la que tenía por herencia paterna en las tierras de San Juanico; y 3o. Que don Pablo Rubio no quiso prestar a la parte actora la suma por la que era ejecutado San Juanico, subrogándose en la hipoteca que tenía el señor Moreno.

En 2a. instancia, las partes volvieron a rendir pruebas, y el actor presentó las declaraciones de los testigos señores Ruiz, Contreras, Ahumada, Moreno y Morán, quienes testifican que las cosechas de trigo que hacían los Escalante, cuando eran dueños de San Juanico, era de 2500 a 3000 tercios. Ruiz y Contreras no conocen este hecho, sino por la fama pública y el último por el señor Mendía. Ahumada lo asegura como vecino de la hacienda y Moreno y Morán lo supo por los mismos mayordomos de ella; todos esos testigos aseguran también que los terrenos de la finca son de buena calidad con excepción de uno.

Los testigos Salazar, Encinas, Peralta, Lino y José Arévalo, dicen, que en terrenos regulares y supuestas las demás condiciones de toda siembra y salvo epidemias, se pueden cosechar de 1000 a 1500 tercios de trigo en una labor que tenga 1000 varas de frente por cada lado.

El actor pidió también la exhibición del mapa de la hacienda y a ello se negó el señor Moreno, diciendo que se le había extraviado. Fleury confesó que había levantado aquel mapa; sin recordar la época en que lo hizo. El testigo Noriega reconoce que un mapa que se le presentó es igual al que en 1857 ó 1858 levantó Fleury; pero como este testigo no da razón de su dicho y éste es singular y el mapa no fue reconocido por su autor, creo que no está legalmente comprobada la legalidad del mapa. Por medio de diligencias para mejor proveer, se puede tal vez aclarar este punto importante y que sirve de base a los cálculos que de una manera subsidiaria pueden dar como resultado el valor de la hacienda de San Juanico.

El mismo actor trató también de justificar cuál ha sido el precio del trigo en Hermosillo desde 1861 hasta 1864, y los testigos Arvizu, Valenzuela, Auriola y Salgado dicen que el precio mínimo ha sido \$200 y el máximo de \$500 asegurando los dos últimos que este precio ha sido corriente desde 1855 acá.

El reo a su vez presentó a los testigos Carreón, Arvizu y Noriega quienes dicen que después de la bonanza de California decayó el valor de las fincas en Sonora. Noriega asegura que en una fecha que no recuer-

da ofreció por la finca de doña Amparo, \$1,500.00 y que sabe que después la compró Carreón en \$6,000.00 y éste confirma este hecho manifestando que la compra se hizo en 1857 a 1858. Arvizu testifica que vendió sus fincas perdiendo en ellas más de una tercera parte de su valor; pero dice que esto lo hizo para salvar su crédito y urgido por las circunstancias.

He aquí las pruebas que por ambas partes se han rendido sobre el punto principal de debate. Apremiarlas en todo su valor legal y juzgarlas en su conjunto, y en sus relaciones, es decir, si está o no demostrado que hubo lesión en la adjudicación de la hacienda de San Juanico.

Por cinco testigos mayores de toda excepción consta, que el valor de la finca cuestionada, era dos veces mayor que el precio en que la adjudicación se hizo. Esta prueba directa no ha sido combatida por la parte contraria del ser, que no consiste más que en el dicho de un testigo.

Se ha probado también por el actor en 1a. instancia, que San Juanico era susceptible de producir 3000 tercios de trigo por año y en 2a. que las cosechas que hacían los Escalante eran de 2500 a 2300 tercios de trigo. El reo en contra de este hecho no ha presentado sino dos testigos contradictorios, cuyos dichos no hacen fe.

El mismo actor ha demostrado que el precio corriente en los últimos años del tercio de trigo, es de \$200 a \$500, dos testigos Garrido y Preciado que aunque tachados, fueron presentados por el reo, fijan ese valor en dos pesos.

Estos dos hechos comprueban por sí mismos y sin necesidad de otra demostración, que San Juanico debe valer mucho más de \$14,155.56, pues las utilidades evidentes que sus esquilmos de trigo producen, representan la venta o rédito de un capital mucho mayor que ése.

La compra que el señor Moreno hizo de la parte de la hacienda que por herencia paterna le correspondió, tiende también indirectamente a probar la lesión, por las consideraciones y cálculos que expuso la nota del considerando 26o. de la sentencia; y si bien es cierto que ese solo hecho y aquellos cálculos no darían esa prueba por razón de que el señor Moreno estuvo obligado a comprar esa parte aun en alto precio, para conservar la integridad de la hacienda, como lo manifiesta su apoderado en los alegatos, sin embargo, unidos a las otras pruebas que se han referido, el mismo hecho y los cálculos que en él se basan, adquieren gran fuerza probatoria.

Contra la verdad demostrada legalmente, de la lesión, nada pueden las pruebas del demandado: su prueba testimonial de 1a. instancia no tiene valor probatorio por lo que ya he dicho, y la de 2a. relativa a los hechos que testifican los señores Carreón, Noriega y Arvizu, de nada sirve para justificar que San Juanico no valga ésta o aquella cantidad, primero, por las explicaciones del señor Arvizu, y segundo, porque cualquiera que sea la baja en el valor de las fincas en Sonora, por resultado de las circunstancias del Estado una hacienda cuyos esquilmos son abundantes, no puede valer menos que el capital que arroja el valor de esos esquilmos tomados como renta de aquel capital, y está probado que San Juanico ha producido de 2500 a 3000 tercios de trigo por año y que el valor de cada tercio ha sido de \$200 a \$500.

Hay en las pruebas rendidas otros pormenores en que yo no entro, así por falta de tiempo, como porque lo que he dicho es bastante para que apreciando el valor de la prueba en su conjunto, se puedan fundar mis diligencias probatorias, está legalmente demostrado que en la venta judicial de San Juanico hubo lesión en mucho más de la mitad del justo precio de esa hacienda.

Cuarto punto. Supuesto que la venta judicial de San Juanico se debe rescindir por causa de lesión, ¿qué se debe decretar respecto de los frutos de esa hacienda? Es un punto definido en nuestra jurisprudencia que en la lesión enorme no hay lugar a la devolución de frutos de la cosa vendida, y esto por las razones que expresa Antonio Gómez. Var. Res. Nom. 2o., cap. 2o., No. 24. ¿Pero qué sucede, cuando como en el caso presente la

lesión es enormísima? ¿Habrá entre comprador y vendedor la compensación de los frutos de la cosa, con el rédito del precio, cuando éste por *injusto y desproporcionado* no puede sostener esa compensación?

Ninguna ley existe que este punto resuelva, y él de suyo difícil, en medio de las encontradas opiniones de los comentadores, se hace mucho más difícil, cuando como en el presente caso la lesión enormísima se ha causado en una adjudicación en pago. En la exposición de este punto, yo reconozco como verdad jurídica que existe la *lesión enormísima* y que por más que la ley de ella no haya hablado, la opinión común y doctrina general de los intérpretes, marcan las grandes diferencias que entre la lesión enorme y la enormísima existen.

Esto supuesto, y abordando el examen de ese punto, nada mejor puedo hacer que transcribir lo que sobre él dice expresamente Parlatorio lib. 2., cap. fin., pág. 16, No. 12: "Los autores disputan mucho sobre si los frutos se han de restituir; por la afirmativa escribió Rofredo, cuya opinión (Parno dice la de otros), siguieron Manuel Costa, Gregorio López y Covarrubias; por la negativa opinaron Rota, Butrio, Imola y Antonio de Burgos; y Pinelo asegura que ésta es la opinión común. Covarrubias dice que ella está decidida en la práctica. Y yo creo que esta es la opinión que se debe seguir... aunque juzgo que se debe adoptar la de Ropedo y los suyos, cuando la lesión no sólo sea enorme sino enormísima, porque entonces el contrato se ha hecho con dolo y se da al engañado una restitución *in integrum* general, la que comprende la cosa con sus frutos".

Este autor lo mismo que otros que en gracia de la brevedad no cito, en tanto sostienen que en la lesión enormísima se debe restituir la cosa con sus frutos, en cuanto que en el contrato ha habido dolo, como causa del mismo contrato, y en tal caso las doctrinas legales contra el dolo vienen a sostener aquella vigorosa conclusión, ya que la ley no resuelve expresamente este caso.

Yo no examinaré si la lesión enormísima supone siempre dolo cuando los contratos en que recae se hacen espontáneamente entre los contrayentes; sí debo averiguar si en la venta judicial, si en la adjudicación *in solutum* hecha por falta de postores en una almoneda, puede haber dolo causante del contrato imputable al acreedor comprador por menos de una tercera parte del valor de la cosa.

Como en el contrato de venta judicial no interviene sólo el deudor vendedor y el acreedor comprador, sino que hay además otras personas que conforme a las disposiciones legales, arreglan el precio y condiciones de la venta, el dolo, causa del contrato, no sólo se debe imputar al acreedor, sino también a esas personas, sin cuya cooperación ningún dolo puede ser posible en el acreedor. Si los peritos de buena o mala fe dieron un insignificante valor a la cosa, si no hubo postores porque no se hizo el remate con publicidad, porque se eligiera un tiempo de alarma en que nadie piensa en esos negocios, si el remate en una palabra adoleció de vicios que conduzcan a demostrar que el acreedor impidió con infracción de la ley, que la cosa se valuara por su justo precio, que hubiera postores V. V., entonces y sólo entonces, creo que a ese acreedor se le puede considerar comprador doloso y de mala fe; entonces creo que hay dolo que interviene en el contrato; pero si esto no es así y el acreedor sin tratar más que del pago de su crédito, no coarta en manera alguna la libertad de la almoneda y obtiene, aunque sea por bajo precio, la cosa del deudor, será responsable por la acción de lesión; pero no será un contrayente de mala fe, que por esta circunstancia está obligado a la restitución de los frutos.

Fundado en estas consideraciones, que apenas indico, y supuesto que en los documentos que tengo a la vista, no consta averiguado si en la almoneda de San Juanico, hubo o no los vicios que se le objetan, yo no tengo datos para resolver, según los términos indicados, si hay o no lugar a la devolución de frutos.

Por esta falta de datos no sigo examinando más este difícil puente en las demás consecuencias que él engendra; en caso de que la cosa en los frutos se restituyan deducidas las dispensas, ¿puede el acreedor exigir su deuda con los intereses que le correspondan? Si se reputa comprador de buena fe a ese acreedor, ¿está obligado a devolver los frutos percibidos después de la contestación de la demanda, según el axioma de *Post li-*

tem contestatam omnes possessores sunt pares? Estas y más cuestiones que aún surgen del punto que analizaba, las dejo sin ocuparme de ellas por falta de datos y de tiempo.

Iguales consideraciones a las anteriores son las que me determinan a no ocuparme de las mejoras, motivo por el que me he cuidado de ocuparme de la prueba rendida sobre este punto: faltan en mi juicio datos para plantear la cuestión de mejoras y nada puedo decir sin riesgo de equivocarme.

Sea de esto lo que fuere y resolviéndose como en justicia se debe con conocimiento de causa los puntos de frutos, mejoras, dispensas V., yo creo que la sentencia que se pronuncie no debe mandar sacar a nuevos remates la hacienda de San Juanico: probado que la acción de lesión está entablada dentro del término legal, que el hecho de la lesión existe, el Juez debe declarar solamente que se rescinde la venta judicial de San Juanico, quedando a elección del perjudicado o bien recobrar su finca, devolviendo el precio, o bien exigiendo el suplemento del justo precio. Esta declaración es más conforme a la petición de la demanda, a la calidad de la acción y a la naturaleza del juicio que el mandato del nuevo remate. La doctrina de Hevia Bolaños que cita el 5o. considerando de la sentencia, me parece inadecuada a nuestro actual sistema procesal, y poco conforme con el espíritu de los remedios que las leyes conceden contra la lesión. Por otra parte, la declaración alternativa de la sentencia de que se rescinda la venta, sacando cada contrayente lo que llevó al contrato, o de que se supla el justo precio, es más conforme con la opinión de los prácticos, según lo asienta A. Gómez, en sus Var., tom. 2, cap. 2, párr. 22, ver. Item adde, quod principalius, al fin.

●

72

CONSULTA SOBRE TESTAMENTOS EXTRANJEROS

México, mayo 1o. de 1870

**Señor don
Teodoro Kunhardt.
Guadalajara.**

Muy señor mío y amigo de mi aprecio:

Me pregunta usted en su grata de 20 del próximo pasado, que contesto, si "los ciudadanos norteamericanos residentes y vecinados en la República Mexicana, con herederos forzosos o sin ellos pueden, al testar, disponer de los bienes que posean en este país con la libertad que les conceden las leyes de su país natal, o deben hacerlo con sujeción a las leyes de México"; y obsequiando sus deseos, paso a exponerle con la debida oportunidad mi opinión sobre este punto, manifestándole los principales fundamentos que la apoyan.

Vattel, el publicista, cuya autoridad se acepta en todo el mundo culto, se encarga de aquella cuestión y la resuelve en estos términos. "Se pregunta, ¿a qué leyes está obligado (el extranjero) a conformarse, ya en cuanto a las disposiciones mismas del testamento? En cuanto a la forma o a las solemnidades destinadas a justificar la verdad del testamento, parece que el extranjero *debe observar las establecidas en el país* que lo otorga, a menos que la ley del Estado de que es miembro no ordene otra cosa, en cuyo caso está obligado a obser-

var las formalidades que ésta le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria... Por lo que hace a las disposiciones en sí mismas, ya hemos dicho que las que corresponden a los inmuebles, *deben conformarse a las leyes del país en que están situados*. El testador extranjero tampoco puede disponer de los bienes mobiliarios o inmuebles que posee en su patria, sino conforme a las leyes de ellas, pero en cuanto a los bienes mobiliarios, dinero y otros efectos que posee en otra parte, que lleva consigo, o que siguen su persona, es preciso distinguir entre las leyes locales cuyo efecto no puede extenderse fuera del territorio, y los que afectan propiamente la calidad de ciudadano. Como el extranjero permanece ciudadano de su patria, está siempre sujeto a estas últimas leyes en cualquier paraje que se halle y debe conformarse a ellas en la disposición de sus bienes libres y mobiliarios de cualquiera clase que sean. "Las leyes de esta clase del país en que se halla y del cual no es ciudadano no le obligan". Derechos de Gentes, párrafo CXI, capítulo 8o. libro 2o.

Los términos en que estas doctrinas están expuestas, indican a su simple lectura las graves dificultades que en su aplicación práctica se presentan: habla este autor como si no estuviera seguro de sus teorías: *parece*, dice que las leyes del país en que el testamento se otorga, son las que rigen la forma y después consigna tales excepciones que en la práctica siempre se dudará si un caso cae bajo el imperio de la regla general o de sus excepciones. Se indica también en sus doctrinas que hay leyes que tienen efecto extra territorial, y determinar cuáles hayan de ser éstas, es una de las materias más difíciles del Derecho internacional privado. Sus expositores han llenado larguísimos tratados sobre el *estatuto real* y sobre el *estatuto personal*, y no han conseguido más que llegar a una confusión en que es difícil concordar dos opiniones.

Y para hablar en estos términos Vattel ha tenido razón. Hay tales contradicciones entre los publicistas sobre estas materias que es difícil sentar una sola regla en que todos estén de acuerdo. Las naciones mismas practican diversas sobre estos puntos y por esto al estudiar un caso dado, es necesario mejor que divagar sobre teorías generales que siempre están por algún autor, al menos desconocidas, seguir la jurisprudencia, las prácticas de los países, cuyas leyes en ese caso dado, llegan a ponerse en conflicto.

Estas muy superficiales indicaciones justifican mi propósito de no mencionar siquiera la opinión de los publicistas europeos sobre la consulta que tengo que resolver: si es difícil decidirla según el texto de Vattel que he citado, profundizando más la materia, esa dificultad se hace más grave. Y como en el caso en cuestión no puede haber sido colisión de leyes mexicanas y americanas, creo que exponiendo la jurisprudencia internacional de los Estados Unidos sobre este punto, sabremos qué efectos legales produzca allá un testamento otorgado por un americano aquí: qué ley deba éste seguir para que los tribunales de su país no invaliden los actos que aquí ejecute y a los que pretenda dar todo valor y estabilidad. Sigo en la exposición que voy a hacer a uno de los jurisconsultos más eminentes de la República vecina y en cuya obra está expuesta la jurisprudencia internacional de ese país.

La capacidad o incapacidad de testar disponiendo de bienes muebles se rige por las leyes del país en que el testador tenga su actual domicilio. "*The result of that examination*, dice Story (resumiendo sus doctrinas sobre este particular) *was that the law of the actual domicil of the party, at the time of the making of his will on testament, was to govern as to the capacity or incapacity*". "El resultado de este estudio ha sido, que la ley del actual domicilio del interesado, al tiempo de hacer el testamento, es la que debe seguirse en todo lo relativo a la capacidad o su incapacidad". *Comentaries on the conflict of laws for sign and domestic*. Chap. XI, No. 465.

Examinando este autor la importante cuestión sobre las leyes que deben aplicarse al testamento de un extranjero para juzgar de su validez, comienza por analizar esa cuestión cuando en el testamento se dispone sólo de bienes muebles, y hablando de la jurisprudencia inglesa de donde la americana se deriva concluye con esta decisiva aserción: "*And here it may be stated now to be a will, settled principle in the English law, that a will of personal or mutable property, regularly made according to the forms and solemnities required by the law of the testator's domicil, is sufficient to pass his personal motable property in every other country, in which it is situated*" (lugar citado). Y poco después añade que: "*The sane doctrine is now as firmly esta-*

blished in America", manifestando los repetidos casos en que los tribunales americanos la han consagrado en sus sentencias y llegando ese autor por esto a calificarla así: "*and may now be deemed as of universal authority here*". Y aquí se puede asegurar y tener como principio bien establecido en la ley inglesa, que un testamento en el que se disponen sobre bienes personales o muebles, hechos debidamente según las formas y solemnidades que se exigen por la ley del domicilio del testador, es bastante para disponer por testamento de tales bienes personales o muebles que se encuentren situados en cualquiera otro país. Dicha doctrina se refuta como firmemente establecida en América y puede estimarse hoy como generalmente aplicada aquí. Obra citada número 468.

Es, pues, en los Estados Unidos una doctrina general admitida por sus tribunales la de que "un testamento en que se dispone de bienes muebles, debe conformarse a la ley del lugar en que el Estado estaba domiciliada al tiempo de su muerte". Un testamento de esa clase otorgado en el extranjero por un americano, será respetado y tenido como válido por los tribunales de ese país. Esta conclusión fundada en la doctrina del autor que estoy citando, es ya importante para resolver el caso propuesto.

Story se hace cargo de la doctrina de Vattel que yo he transcrito al principio de esta carta y después de copiarla íntegramente, hace estas observaciones: "*Vattel is in this passage principally considering, the effect of the law of a foreign country upon a foreigner who is resident there. And there can be no doubt that every country may be, by its laws, prescribe whatever rules it may please, as to the disposition of the moveable property of its citizens either inter vivos or testamentary. But it is equally clear, that such rules are of no obligation as to movable property in any other country, and can be in force only by the comity of nations. So that a will of such movable property, made in a foreign country where he has domiciled, and according to its laws, will be held valid, wherever may be the validity of such a will, in the country to which the testator owes his allegiance by birth*". "Vattel en este trozo, está considerando especialmente el efecto producido por una ley extranjera sobre un extranjero que resida allí. Y no cabe duda alguna, de que toda nación puede dictar cualesquiera leyes que quiera, y que se refieran a las reglas que deben seguirse para disponer de bienes muebles en otra nación, de sus súbditos, ya entre vivos o por testamento. Pero también es evidente, que tales leyes no obligan en otro país sobre tales muebles a menos de que conste en el acuerdo de las demás naciones. De modo que un testamento disponiendo sobre bienes muebles, hecho en país extranjero en el domicilio del testador, y según estas leyes, se tendrá como válido, cualesquiera que sea lo que dispongan las leyes del país de su nacimiento" (obra citada, número 472). Estas aplicaciones quitan a las doctrinas de Vattel lo que en ellas hay de indeciso y de vago; las precisan y las substraen del dominio de las teorías del estatuto real y del estatuto personal que en tan grande confusión han puesto algunos importantes puntos del Derecho internacional privado. Estas explicaciones persuaden de que en los Estados Unidos no se siguen sobre estos puntos las doctrinas que los publicistas europeos asientan: ahí es un principio no disputado el de que el testamento sobre bienes muebles arreglado a las leyes del país en que el testador tuvo su domicilio es válido, aunque otra cosa disponga la ley del país del origen de ese testador.

Pero hay más aún: ese principio se acepta en la República americana hasta en sus extremas consecuencias. Ejecutorias existen ahí que dan a esta materia toda la claridad que se puede apetecer para la solución del caso en cuestión. En la Suprema Corte de Pensylvania se juzgó este caso: un extranjero que testó fuera de ese Estado, ordenó su testamento inválido según la ley del país en que murió, pero válido según la ley de Pensylvania, y se trataba de saber si tal testamento podía producir efectos legales en este Estado siquiera con relación a los bienes en él situados. La Corte falló en sentido negativo esta cuestión siguiendo la doctrina de que el testamento en que se dispone de bienes muebles, debe ser hecho según la ley del país en que testador estuvo domiciliado al tiempo de morir (Binney Report 1. R. 336 *Dessesbats v. Berquiers*).

Reputo lo dicho bastante a fundar esta extrema conclusión que resuelve en parte el caso propuesto, los ciudadanos norteamericanos vecindados en la República Mexicana, tienen que sujetarse a las leyes de ella para otorgar su testamento válidamente y en el que dispongan de sus bienes muebles.

Si entre el otorgamiento de ese testamento y la muerte del testador ocurre un cambio de domicilio, las doctrinas que he expuesto sufren tal modificación que pueden suceder que este testamento válido en su principio llegue por esa sola circunstancia hasta a invalidarse. Me ha parecido conveniente no pasar en silencio esta advertencia, que sólo indico sin profundizarlas.

En cuanto a los bienes de que en testamento se disponga, otras reglas son las que hay que seguir. Story sobre esta materia se explica así: "*And here the doctrine is clearly established at the common law, that the law of the place where the property is locally situated is to govern as to the capacity or incapacity of the testator, to the extent of his power to dispose of the property and the forms and solemnities to give the writ or testament it's due alltestation and effect*" y aquí está firmemente establecida la doctrina de la common-law de que la ley del lugar en donde está la propiedad raíz, es la que debe regir en cuanto a la capacidad o incapacidad del testador, para poder disponer de dicha propiedad, sujetándose a todas las formas y solemnidades que exija para hacer su testamento y que se tenga por obligatorio y surta sus efectos. Obra citada número 474.

Este autor nota que esta doctrina no está enteramente conforme con la que enseñan los publicistas europeos, aunque muchos de ellos la sostienen también. Pero es el hecho, que esa doctrina es la profesada por los tribunales americanos y a ella arreglan sus sentencias. Es profunda en efecto la división de opiniones entre los publicistas sobre estos puntos, y traspasaría con mucho los límites de una carta, siquiera al menos referir sus pareceres. Grocio, uno de los fundadores del Derecho de Gentes, dejó consignada esta regla que tan sencilla como es en su enunciación, es difícil en su aplicación: "*Ubi de forma, sirve de solemnitate testamenti agitur, respice locum conditi testamenti: ubi de persura testators jus domicili: ubi de rebus quoe testamento relinqui possent vel rem, respice locum domicili, inmobilitas in rebus soli sitrs loci*". "En donde se trate de la forma o de la solemnidad del testamento: atiéndase al lugar en donde se hizo el testamento; si se trata de la persona del testador, se sigue el fuero del domicilio; en donde se trate de la cosa o cosas que se hayan podido dejar por testamento, atiéndase al lugar del domicilio; tratándose de inmuebles, atiéndase al lugar en donde están situados". Epis. 467. Esa regla ha sido comentada por todos los autores que sobre la materia han escrito y han llegado a las más opuestas conclusiones.

Yo no debo siquiera pisar el terreno en que estas teorías se debaten: me asisten para ello dos decisivas consideraciones: la primera, que en los Estados Unidos, la doctrina de Story que acabo de copiar, es la que decide estas cuestiones; pero más que en Europa desde Grocio hasta Vattel hayan sentado diversas reglas siempre entre sí contradictorias que resuelvan estos puntos; y la segunda y principal que en la hipótesis que considero, en el caso que tengo que resolver el testador americano se supone sólo con bienes en México y no en Estados Unidos, ni en otro país extranjero. Siendo esto así, es claro que las teorías de Grocio de Vattel y de Story, se acuerdan para decidir que ese americano tiene que conformarse a las leyes de México para otorgar su testamento en que disponga de sus bienes raíces sitios en este país. Esto dicho, creo que dejo resuelta la cuestión que se me ha propuesto.

La breve exposición que de estas materias he hecho, hace entrever todas las dificultades que ellas comprenden, cuando un incidente tan casual, como un cambio de domicilio puede alterar todas las reglas invocadas. Hay tantas consideraciones que tener presentes para resolver con acierto una cuestión de éstas, como saber si el testador es o no casado, si tiene o no herederos en el extranjero, herederos cuya legitimidad esté por las leyes de su país arreglada de otro modo que por las de México, etc., etc., que no estoy seguro de que la resolución que he indicado sea acertada: considerando en abstracto el caso propuesto, creo que la opinión que he tratado de fundar, es segura.

No debo omitir una advertencia: los tratados celebrados entre la naciones son la primera fuente a que se debe ocurrir para resolver las cuestiones que se susciten sobre Derecho Internacional Público o Privado y sólo a falta de convención expresa hay que atenerse a las prácticas de los civilizados, a las doctrinas de los publicistas. Yo he comenzado por invocar éstas para resolver el caso consultado, porque no hay en los tratados

celebrados por México con los Estados Unidos en texto expreso que dé esa solución. El artículo 13 del concluido en México en 5 de abril de 1831 garantiza la reciprocidad de derechos entre los ciudadanos mexicanos y los americanos por lo que toca a la testamentificación; pero nada dice que determine a qué ley tengan que sujetarse para que su testamento otorgado en México por un americano, o en Estados Unidos por un mexicano sea válido en esos países respectivamente en el caso de conflicto de las leyes mexicanas o americanas sobre este particular. Y el artículo 17 del contrato concluido en Guadalupe Hidalgo en 2 de febrero de 1848 no hizo más que restablecer aquél por el término de ocho años sin ocuparse tampoco del punto que yo he estudiado. En el silencio de esos tratados, he debido, pues, ocurrir, como lo he hecho, a la doctrina de los publicistas y he seguido de preferencia la de un americano ilustre, porque en el caso de conflicto de leyes mexicanas y americanas, ese autor nos enseña lo que los tribunales americanos resolverán, si alguna cuestión sobre este particular se llegare a suscitar en los Estados Unidos. En cuanto al fallo que los jueces nacionales en esa hipótesis pronunciaron, no hay que decir, que se arregiarían a las leyes del país que conceden al extranjero la facilidad de hacer testamento y de disponer de sus bienes sitios en México lo mismo que los mexicanos.

Como resolución, pues, del caso que he analizado, creo que se debe asegurar que los ciudadanos americanos deben en todo sujetarse a las leyes de México, para ordenar válidamente su testamento en el que dispongan de bienes situados en la República, ya sea muebles o raíces. Válido este testamento en México por estar ajustado a sus leyes, lo será también en los Estados Unidos, aunque las leyes de allá no sean conformes con las de México en cuanto al derecho de testar. Los textos y autoridades americanas que he citado apoyan este aserto.

Ignoro si lo que dejo expuesto satisfará las exigencias del caso práctico que usted me consulta: yo no he podido considerarlo sino en la abstracción con que usted me lo propone. No tengo la presunción de haber acertado en mis opiniones; pero sí aseguro a usted que en mi sentir, se pueden seguir con toda seguridad.

Dejo ya contestada su apreciable a que me he referido y como siempre quedo a sus órdenes como su afectísimo amigo y seguro servidor Q.B.S.M.

Ignacio L. Vallarta

73

OCURSO SOBRE JUICIO HIPOTECARIO

**Expresa agravios pidiendo
se dé cuenta a la letra.**

Ciudadanos Magistrados de la Tercera Sala del Superior Tribunal de Justicia del Distrito:

Felipe Flores en autos sobre pesos con el señor don Agustín Prado como albacea de la testamentaria de don Francisco Valdez evacuando el traslado que se me ha ocurrido para expresar agravios en aquella vía y forma que sea más arreglada a derecho y con el respeto debido expongo:

La sentencia de remate de 2 de diciembre de 1869 pronunciada por el juzgado primero de lo civil (fojas 117 a 120 del cuaderno principal) me condenó a pagar a la testamentaría Valdez la suma que me demanda, expresándose esa condenación en estos términos: "...debía declarar y declaro: 1o. Que hubo lugar a la ejecución; 2o. Que es de llevarse adelante hasta hacerse pago de la suerte principal, réditos y costas causadas y que se sigan causando y 3o. Que para esto se venderá en los términos de la ley la *parte suficiente de la finca hipotecada*".

Yo apelé de esa sentencia y la apelación se me admitió en un solo efecto (foja 121 del mismo cuaderno).

El señor Prado me demandó el pago de la cantidad de setenta y siete mil setecientos noventa y cuatro pesos, noventa y cuatro centavos según es de verse en la foja 15 frente del cuaderno principal y, para hacer efectivo el pago se mandaron embargar por el juzgado todas mis propiedades rústicas que tengo en el Estado de Durango, así lo acreditan las constancias de la foja 17 vuelta y 21 vuelta. Esas propiedades valen más de cuatrocientos mil pesos; en el avalúo judicial practicado en 23 de junio de 1864 sólo de la hacienda de la Zarca ella fue apreciada en doscientos noventa mil doscientos sesenta y un pesos y además de esa hacienda, están embargadas las de San Juan, Mimbrera y Cruces.

En escritura que yo otorgué en esta capital el 26 de abril de 1848 y 25 de junio de 1861 (fojas 3 a 11) hipotecué todas esas propiedades y garantizando la suma de treinta y cinco mil pesos, que no recibí yo, a pesar de lo que esas escrituras dicen, suma que con la acumulación de réditos que se ha hecho ascienda a la de setenta y siete mil setecientos noventa y cuatro pesos, noventa y cuatro centavos que se me cobran.

Usando yo de los derechos que me daba la ley de 6 de febrero de 1861 ocurri al Ministerio de Fomento, solicitando en los términos que ella designa, el permiso para fraccionar las fincas hipotecadas y constituir en una parte de ellas bastante a cubrir el crédito, la hipoteca que antes pesaba sobre todas esas fincas. El Ministerio en la forma que aquella ley designa, concedió tal permiso, según lo acredita el oficio que constituye la foja 40 del cuaderno principal. Y el Juez 1o. Conciliador del mineral de Indé, a virtud de esa resolución suprema canceló las primitivas escrituras de 25 de julio de 1861, anotando que la hipoteca otorgada en favor de la testamentaría Valdez quedaba sólo constituida en la fracción de cuarenta y dos sitios que se designó en el respectivo presentado al Ministerio de Fomento. El certificado que estas anotaciones comprueba está visible en la foja 56 del cuaderno principal.

El inferior en su sentencia de 2 de diciembre reputó legal y válida la hipoteca constituida en 25 de julio de 1861, cuando el artículo 7o. de la ley de 6 de febrero declara que tal hipoteca no pudo así constituirse, no respetó aquellas operaciones, sancionó el abuso que se ha cometido de embargarme valores por más de cuatrocientos mil pesos para hacer un pago de setenta y siete mil setecientos noventa y cuatro pesos noventa y cuatro centavos y lo que es más grave aún, violó a ciencia cierta la citada ley de 6 de febrero sobre todo en su artículo 4o. En honor de la verdad debo decir que el Juez tuvo una disculpa para obrar así, si es que disculpa puede ser anteponer el cumplimiento de una circular al del precepto del artículo 126 de la Constitución de la República.

En 12 de noviembre de 1869, el Ministerio de Justicia expidió una circular que publicó el número 320 del Diario Oficial correspondiente al día 16 de noviembre de ese año, circular en que so pretexto de aclarar la ley de 6 de febrero de 1861, no sólo se derogaba esa ley, sino lo que es más, se declaraban en el fondo nulas y de ningún valor las operaciones practicadas bajo su imperio. Esa circular declaró (prevención 1a.) que: "Los avalúos de que habla el artículo 3o. de la ley citada, deben y han debido hacerse de acuerdo entre los deudores y acreedores, etc. y en la prevención 6a. dejó: "Hasta que estuviere hecho el avalúo en los términos expresados será cuando se remita al Ministerio de Fomento".

Y como la ley de 6 de febrero no previno nada de lo que la circular dispuso en materia de avalúos, aunque sobra razón para estas disposiciones, aunque la ley sea trunca y defectuosa, es lo cierto que declarándose que los avalúos han debido hacerse so pena de nulidad con requisitos que la ley no exigió, la ley no sólo quedó derogada, sino nulificada; es lo cierto que con la laudable intención de cortar de raíz los abusos que a la sombra de la ley se cometían, se nulificaban todas las operaciones buenas y malas, que conforme a sus preceptos se habían ejecutado.

El inferior sin citar esa circular, se inspiró en sus preceptos para fallar este negocio y para tener la ley de 6 de febrero por una cosa enteramente despreciable. Si el Juez hubiera considerado que el Poder Ejecutivo en pleno orden constitucional nunca puede legislar, *ni aclarar las leyes*; que menos puede so pretexto de aclararlas, derogar y declararlas *nulas*; que esto no lo puede ni el Poder Legislativo, porque las leyes nunca pueden tener efecto retroactivo, y menos las circulares pueden nulificar las leyes: si el Juez se hubiera inspirado al dar su fallo en los preceptos constitucionales, de seguro que no habría asegurado, repitiendo lo que la circular dice, que el fraccionamiento de mi propiedad fue *arbitrario y sin contar* siquiera con el consentimiento del acreedor, porque nunca es arbitrario lo que conforme a ley se hace...

En gracia de la justicia debo también hacer otra manifestación: aunque el Juez vio en la ley de 6 de febrero una especie de recurso para estajar, siempre en su justificación le pareció inocuo mandar vender propiedades que valen más de cuatrocientos mil pesos para pagar menos de setenta y ocho mil pesos, siempre respetó un tanto el principio de justicia que inspira el artículo 7o. de esa ley: no aplicó a este caso las leyes que mandan vender *la casa hipotecada* para el pago de la deuda, sino que reconociendo los principios en que está basada la citada ley de 6 de febrero, la división hipotecaria que facilitó la enajenación de la propiedad, que hace imposible la inequidad de que para hacer el pago de un crédito respectivo relativamente pequeño se vendan a vil precio grandes propiedades, etc., etc., aceptando, digo, esos principios invocó la 3a. Título 27 Partida 3a. y dispuso que de mis propiedades se tomaran para el pago tantas que cumplan "no todas" sino la parte suficiente de la finca "hipotecada". Me complazco tanto más en reconocer la justificación con que el Juez obró al disponer esto, cuanto que la preocupación que le produjo la circular de 12 de noviembre me ha ocasionado muy graves perjuicios.

Mi abogado ocurrió al Ministerio de Justicia rogándole que aclarase su circular para que no se siguiera entendiendo que "su objeto había sido anular las operaciones practicadas sin los requisitos que la ley previene". La suprema resolución de 24 de enero de 1870 visible en la foja primera de "La parte del cuaderno principal declara que esa inteligencia es *errónea*, determina que cuando el derecho de los acreedores no había sido perjudicado por bastar la fracción hipotecada... para cubrir el crédito hipotecario, ninguna acción compete para perseguir las otras fracciones".

Con los derechos que esa suprema resolución me dio, ocurrí luego al juzgado, que se ocupaba ya de la ejecución de la sentencia de 2 de diciembre, pidiéndole que al librar el exhorto respectivo a Durango para el avalúo y remate de la finca hipotecada aclarase las palabras de la sentencia que podían prestarse a dudas y que suscitaran más dificultades. Me parece tan fundado en la razón y en la ley mi escrito de 31 de enero de este año, escrito en que pedí se sirva tenerlo presente, considerándolo como parte integrante de este alegato.

El inferior en su auto de 8 de marzo último (foja 13 del cuaderno últimamente citado) creyendo carecer de jurisdicción para aclarar su sentencia, resolvió que: "Por ahora debe procederse solamente al avalúo de la parte que de las fincas embargadas sea suficiente a cubrir la cantidad de setenta y siete mil setecientos noventa y cuatro pesos noventa centavos que se han demandado, con sus réditos y las costas causadas y que se causaren y una tercera parte más del expresado capital con arreglo a derecho".

Apelé yo de ese auto, la contraria se adhirió a la apelación y de consentimiento de las partes se admitió el recurso en ambos efectos, remitiéndose en consecuencia los autos al superior (foja 14 del último cuaderno).

La reseña que de este negocio ha hecho y las apreciaciones, aunque muy ligeras, que me he permitido consignar al referir los hechos, indican ya cuáles son los agravios de que debía quejarme y que me ha inferido el auto apelado sin ocuparme en manera alguna de la cuestión sustancial del juicio, he referido sólo los antecedentes que con el presente debate se relacionan y ellos a la vez que fijan ese debate determinan los puntos de que debo ocuparme. Se trata de saber si en cumplimiento de la ley de 6 de febrero de 1861 no sólo es insuficiente la hipoteca *indivisible* constituida en todas mis fincas en 25 de julio del mismo año; sino si el fraccionamiento que de tales propiedades hice produjo o no derechos a mi favor, esto es, si se puede evaluar y rematar todas mis propiedades como el señor Prado lo quiere, o si ese avalúo y remate se debe limitar a la fracción especialmente hipotecada sin extenderla a las otras, sino cuando ella sea insuficiente para cubrir el crédito hipotecario. En 1.º de abril último se entregaron los autos a mi patrono para que expresara esos agravios; pero su deseo de buscar un arreglo a este negocio, y sus esfuerzos para conseguirlo no me habían dejado tiempo para evacuar ese traslado: el señor Prado ha notificado por fin a mi patrono el 20 de éste que ese arreglo es imposible y me veo ya en la necesidad de seguir ocupando la atención de esta Sala con este juicio.

Los agravios que la resolución del inferior fecha 8 de marzo y su concordante de 2 de diciembre me causan, están ya suficientemente indicados: consisten ellos en la violación de la ley de 6 de febrero y en el desconocimiento consiguiente de los derechos que me dio. Si la circular de 12 de noviembre pudo entenderse en el sentido de que tales derechos eran nugatorios, la de 24 de enero de 1870 visible en el número 33 del Diario Oficial correspondiente al día 2 de febrero pasado declaró *errónea tal inteligencia* resolviendo que "cuando el derecho de los acreedores no ha sido perjudicado por bastar la fracción hipotecada... para cubrir el crédito hipotecario *ninguna acción compete para perseguir las otras fracciones*". Como en el caso que nos ocupa no se puede aún saber, sino que sólo se sabrá después del avalúo que se haga, si el crédito del señor Prado cabe o no en la fracción hipotecada, yo insisto en sostener que este señor carece de derecho no sólo para pretender que se valúen y vendan todas mis fincas, sino aún que se conserven embargadas. Y como yo además he ofrecido espontáneamente al mismo señor Prado que si aquella fracción no cubre el crédito, se amplíe el avalúo hasta donde para ello baste, creo que estoy amparado por la ley y la justicia exigiendo que no se haga el avalúo como el señor Prado ha querido, sino como lo manda la ley de 6 de febrero de 1861 y en último extremo como lo resolvió la circular de 24 de enero último.

Aunque los esfuerzos de mi patrono para llegar a un arreglo fueron del todo estériles, como antes he dicho y aunque a primera vista parecerá que refiero lo que sobre el particular he pasado, es ya del todo inútil, yo me permito sin embargo acompañar copias de las cartas que mi abogado dirigió con ese motivo al señor licenciado Parada, no presentando ninguna de este letrado, porque sus contestaciones siempre las dio de palabra. Le ruego muy encarecidamente a la Sala que fije su atención en esa correspondencia, cuya simple lectura justifica a los motivos que me hacen traerla a este Tribunal.

La contraria se ha permitido hacer de mi conducta las más severas calificaciones: véase su escrito de 15 de febrero anterior y véase con qué prodigalidad se usan estos conceptos: mala fe, fraude, sorpresa, resistencia injustificable al pago, etc., etc. Es una imperiosa exigencia de mi honor responder a esas calificaciones con lo que la correspondencia que presento atestigua. El deudor que hasta ofrece darse de antemano por condenado retirarse del juicio ejecutivo reservando sus derechos para la vía ordinaria y pagar de pronto cuanto se le cobra, aunque sabe que no lo debe, el deudor que *previo avalúo* ofrece cuantos bienes tiene para pagar, ese deudor no puede llamarse deudor de mala fe. La Sala juzgará después las cartas a que me refiero y que ratifico, si merezco las calificaciones que de mí se han hecho.

Pero además de esa exigencia de honor, otro motivo me impele a presentar esa correspondencia, correspondencia que prueba que este pleito es ya inútil, supuesto las ofertas que en ella he hecho. Si yo quisiera

no pagar *sino* con la fracción hipotecada, razón pudiera tener el señor Prado en no aceptar mi proposición, temeroso de que su crédito no fuera satisfecho; pero desde el momento que ofrezco dar además de esa fracción cuantos bienes basten para cubrirlo, no alcanzo el motivo por el que esto no se admite, para proseguir un pleito demasiado ruinoso. Cree el señor Prado que mis bienes todos no valen nada, que son invendibles, hace una especie de cálculo, de lo que me costaron allá cuando los compré juntamente con el crédito de Restan Velasco: yo difiero esencialmente de esas apreciaciones; tal vez me equivoque; pero sujetándome al avalúo que en ningún caso se debe evitar ¿puede haber razón para no aceptar lo que ofrezco? ¿Qué más puedo yo ofrecer?... Inútil me es decir que ratifico el contenido de la correspondencia, y que sostengo yo lo que en ella mi abogado ha expresado por mis instrucciones: sólo añadiré aquí, por mi parte prorrogaría cuanta jurisdicción la Sala necesitara para que confirmando sin más términos que lo indica la carta de 18 de mayo, se abreviase la conclusión de este pleito.

Pero volviendo al auto apelado y a la 3a. proposición de la sentencia a que él se refiere, creo evidente que no se pueden sostener esas resoluciones judiciales en presencia de la circular de 24 de enero, sino que se debe mandar según ella lo dispone que se valúe desde luego la fracción hipotecada, y que sólo que ella no baste para cubrir el crédito, se sigan valuando los terrenos de las fracciones continuas hasta conseguir ese fin. Es de tal modo terminante esa circular que reputo inútil empeñarme en la demostración de esos conceptos.

Fundado en ella, pedí también al Juez en mi escrito de 31 de enero que mandase levantar el embargo de la parte excedente de mis fincas, una vez que previo el valúo se tomasen terrenos "tantos cuantos cumplan" para hacer el pago. Si la circular terminantemente declara que *ninguna acción compete para perseguir las otras fracciones*, si las leyes prohíben que se hagan embargos de todos los bienes de un deudor para el pago de un crédito, notoriamente inferior al importe de ellas, si el artículo 7o. de la ley de 6 de febrero no acepta la hipoteca indivisible de todas mis fincas hechas en 25 de junio de 1861, es evidente que se me está causando un perjuicio indebido con ese embargo, perjuicio que a su tiempo protesto reclamar, pero que entre tanto a ninguno de los litigantes conviene que se agrave más.

El Juez creyó que no tenía jurisdicción para aclarar la sentencia, siendo así que esta aclaración no venía a ser, más que la rectificación "de la inteligencia errónea" de la circular de 12 de noviembre, más que la consecuencia lógica de las prevenciones de la de 24 de enero. Pero sea lo que fuere de esa cuestión de jurisdicción, ella no existe ya hoy: al superior por la admisión de la apelación en ambos efectos se ha devuelto la plenitud de esa jurisdicción, y por esto hoy la Sala tiene la competencia necesaria para fallar sobre los puntos que el auto apelado se abstuvo de resolver.

Por las consideraciones que dejo indicadas y con fundamento de la circular de 24 de enero pasado suplico a la Sala que se sirva revocar el auto de 8 de marzo y modificar la tercera proposición de la sentencia de 2 de diciembre a que él se refiere, disponiendo: Primero, que el avalúo que se debe hacer para ejecutar esa sentencia debe comenzarse por la fracción hipotecada, sin extenderse a las otras sino después que aquélla no baste para cubrir el crédito hipotecario, y no tomándose de ellas en tal caso sino lo suficiente para este objeto, y 2o. que luego que ese avalúo quede hecho en términos de cubrir el crédito se levante el embargo indebido que están sufriendo mis propiedades. Así es de justicia, etc.

Junio 30 de 1870.

