

EL DERECHO

Órgano Oficial

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

—TERCERA EPOCA.—

Semanario de Jurisprudencia, Legislación, Economía Política y Ciencias Sociales.

S'il n'y avait pas de justice

il n'y aurait ni gouvernement ni société.

EDOUARD LABOULAYE.

TOMO III.

MEXICO, 24 DE SEPTIEMBRE DE 1892.

NUM. 39.

LA ACUMULACION DE LOS JUICIOS HIPOTECARIOS

A LOS CONCURSOS MERCANTILES

El Sr. Lic. D. Albino Uribe, Juez 1º de Letras de la Ciudad de León, antiguo amigo nuestro y suscriptor de *El Derecho*, nos ha remitido el siguiente informe, que con gusto publicamos, pidiendo sobre él nuestra humilde opinión. Tanto por deferencia cariñosa hacia el compañero de la juventud, como por cumplir la obligación que tenemos contraída con nuestros suscritores, emitiremos nuestro pobre juicio en la cuestión que ventilan los Jueces de León y 4º de lo Civil de esta Capital.

El informe dice así:

Dando cumplimiento al art. 1125 del Código Mercantil, me es honroso dar á ese H. Cuerpo el informe á que se refiere aquel precepto, al remitir los autos que el señor Juez 4º de lo Civil de esa Capital, pretende se acumulen á los de quiebra de la sucesión de D. Manuel María Gutiérrez; y en mérito de la brevedad, procuraré exponer con la mayor concisión y posible claridad, las razones en que me apoyo para negar la acumulación solicitada.

El Sr. Lic. D. Manuel Muñoz Ledo, mandatario jurídico del Sr. D. Juan Velasco, se presentó ante el Juzgado de mi cargo, por escrito fechado el 2 de Junio último, demandando en juicio hipotecario á la Sra. Doña Carolina Velasco, albacea de su finado esposo D. Manuel M. Gutiérrez, el pago de cuatro mil cincuenta pesos, intereses y costas; acompañando el testimonio del poder que acredita su personería y las primeras copias de dos escrituras públicas en las cuales funda su acción. Teniendo estos

instrumentos públicos los requisitos todos que exige la ley para declarar procedente el juicio hipotecario, y constando por los mismos documentos que el deudor renunció expresamente el fuero de su domicilio y se sometió á esta jurisdicción, se mandó expedir la cédula hipotecaria y secuestrar los ranchos de "San Gerónimo" y «Puchote," que para garantizar el pago relacionado, fueron expresamente hipotecados por el dueño; cuya providencia fué cumplimentada en veintidos del mismo Junio por el señor Juez de la ciudad de Silao, en cuyo Partido tienen su ubicación aquellos prédios; habiéndose registrado la cédula en los términos legales. Se libró exhorto al señor Juez 1º de lo Civil de esa Ciudad, emplazando á la señora demandada, desde el día 15 del mes de Junio, y fué devuelto hasta el 30 de Julio, en cuya fecha estaban ya en suspenso los autos con motivo del incidente de acumulación. Este se inició ante el señor Juez 4.º de lo Civil por los síndicos de la quiebra de la sucesión de D. Manuel M. Gutiérrez, á instancia de los cuales, aquel funcionario me dirigió exhorto con fecha 12 de Julio próximo pasado, reclamando los autos del juicio hipotecario referido, para acumularlos á los de quiebra también mencionada. Se procedió en los términos legales respecto de este punto, y habiéndose opuesto á la acumulación el Sr. Lic. Muñoz Ledo, este Juzgado tuvo por conveniente negarla, á pesar de lo cual el señor Juez requirente, insiste en su pretensión, y es llegado el caso de que, llevando ambos pleitos á la vista de esa Suprema Corte se decida la controversia suscitada.

Está, en mi concepto, fuera de duda, que el juzgado de mi cargo procedió con toda legalidad al denegar la acumulación, atendiendo únicamente á que no se tenía conocimiento al-

guno de haberse declarado en quiebra la sucesión de Don Manuel Gutiérrez, cuando se inició el juicio hipotecario por la parte de Don Juan Velasco, pues como se ha visto y aparece de autos, el juicio principió en 10 de Junio del año en curso, mandándose expedir la cédula respectiva, y en virtud de este mandamiento, se embargaron los ranchos hipotecados, con todas las formalidades legales, en 22 del propio mes, registrándose la cédula el día anterior; y hasta el siguiente Julio, con fecha 9 del mismo, promovieron los síndicos el incidente de acumulación, cuando se había recibido en esa Capital el exhorto que se libró para el emplazamiento de la demanda, y pudieron tener conocimiento de él los Síndicos. Aparece del mismo exhorto que la quiebra fué declarada desde el mes de Febrero último, mandándose en el auto respectivo asegurar los bienes del fallido; pero es el caso que los ranchos hipotecados, "San Gerónimo" y "Puchote," no habían sido comprendidos en aquella disposición, ni estaban en poder de los Síndicos al iniciarse el juicio hipotecario, á pesar de que habían transcurrido cuatro meses del auto mencionado, ó á lo menos, ninguna constancia hay de ello en el exhorto recibido de México nien el que este Juzgado libró á Silao con el objeto ya indicado, y por lo mismo pudieron embargarse aquellos fundos libremente y con toda legalidad, al expedirse la cédula hipotecaria. Y resulta de aquí que no habiendo estado sujetos á secuestro alguno los ranchos en cuestión, el embargo que decretó este Juzgado debe ser el que subsista; y por lo mismo, el juicio en que tal embargo se decretó no debe ser acumulado al de quiebra, porque no entraron á la masa del concurso, con anterioridad, los bienes embargados. Se decretó, es verdad, el aseguramiento general de bienes, pero no se cumplimentó esa providencia respecto de los ranchos de "San Gerónimo" y "Puchote," y por tanto no ha producido ni debe producir aquel auto ningún efecto con relación al juicio hipotecario, el cual debe considerarse como iniciado con anterioridad á la quiebra. Más aún cuando así lo fuera, tuvo el Juzgado en cuenta otras razones para negar la acumulación.

Suponiendo que á pesar de lo expuesto, se tenga el juicio hipotecario por iniciado después de la quiebra, todavía debe sostenerse que no procede la acumulación. El art. 983 del Código de Comercio, al sentar el principio de que á los autos de quiebra deben acumularse todos los juicios pendientes contra el fallido, estable-

ce una excepción en favor de los que procedan de créditos hipotecarios, y al hacer esta excepción de la regla general, se desprende con claridad que la ley exceptuó los juicios hipotecarios por la naturaleza de ellos, y por el privilegio de que gozan los créditos cuya legitimidad se ventila en los propios juicios; y por tanto, la misma razón que hay para que no sean acumulables á la quiebra los que estén pendientes, puede invocarse también para los que se han iniciado con posterioridad. Se diría, tal vez, que la razón de estar exceptuados los primeros, es la de que los bienes, objeto de ellos, están ya secuestrados formalmente al hacerse la declaración de quiebra; pero lo mismo pasa con los juicios ejecutivos, por ejemplo, y estos antes de la sentencia, son también acumulables. Podrán aducirse otras razones, pero no habrá una á mi juicio, que explique satisfactoriamente porqué deben gozar de la excepción solo los juicios anteriores y no los posteriores á la quiebra. Sobre todo el Código Mercantil no contiene ningún precepto que ordene la acumulación de los juicios hipotecarios á los autos de quiebra, y no estando resuelto este punto en aquella ley, debe ocurrirse, como lo dispone el art. 2.º de la misma, á las disposiciones del derecho común.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado, que así como el Civil son los que rijen, con ligeras variaciones, en el Distrito Federal, establece que el juicio de concurso es atractivo, y que declarado el concurso, el Juez reclamará los autos que se sigan en otros Tribunales, conforme á las reglas de acumulación; pero en el artículo siguiente exceptúa de lo dispuesto en el anterior, de un modo terminante, los juicios hipotecarios que estén pendientes y los que se promuevan después de la formación del concurso. De consiguiente, si el Código Mercantil, no establece que el juicio de quiebra sea atractivo, para que en virtud de tal declaración todos los juicios se acumulen á él; si para revestir de tal carácter á los juicios de quiebra es preciso recurrir á las prescripciones del derecho común, y si estas, al declarar que son atractivos los concursos, exceptúan de la acumulación los juicios hipotecarios, es evidente que estos juicios no deben acumularse á los de quiebra comerciales. Contra este propósito podría objetarse que el Código Mercantil, al tratar de la graduación de créditos, incluye entre ellos los hipotecarios, lo que parece demostrar que deben éstos entrar al concurso; pero bien examinada la objeción se vé que no tiene valor suficiente para destruir aquella con-

clusión; porque pueden encontrarse algunas razones que demuestren el objeto con que la Ley Mercantil incluye en la graduación á los acreedores hipotecarios. Estos, en efecto, tienen derecho para hacerse pagar sus créditos no solo con los bienes hipotecados, sino también, en su caso, con los demás que posea el deudor; y esto solo demuestra, que pueden renunciar el juicio hipotecario y entrar voluntariamente al concurso. Podría también suceder que los bienes hipotecados hubieran venido á menos al tiempo de declararse la quiebra del deudor, ó destruídose total ó parcialmente, y entónces solo quedaba á esos acreedores el recurso de entrar á la quiebra para alcanzar el pago de sus créditos. Por otra parte, como según el art. 970 del Código de Comercio, las acciones que se intenten contra los bienes del fallido tendrán que ejercitarse contra el Síndico, los juicios hipotecarios que se promuevan con posterioridad á la declaración de quiebra, deben seguirse contra el Síndico. Ahora bien, en estos juicios puede suceder que, después de haberse hecho cumplido pago al acreedor, sobre, ó quede, alguna cantidad de los bienes hipotecados, y esa cantidad ingresaría, sin duda, á la masa del concurso; ó bien, el producto de los mismos bienes podría no bastar para el completo pago del acreedor, y este tendría derecho de reclamar la parte insoluta de su crédito, en los términos legales, de la misma masa del concurso. Y es evidente que para cualquiera de estos casos, deberían considerarse y hacerse figurar en los juicios de quiebra, los créditos hipotecarios. Se vé, pues, bien claramente, que por sola la circunstancia de que se incluyan en la graduación aquellos créditos, no se debe asentar que los juicios hipotecarios son acumulables á los autos de quiebra. Fuera de estas razones, hay otras muchas que pudieran aducirse en apoyo de mi negativa, y de las cuales, para concluir, solamente apuntaré algunas.

Siendo la hipoteca un derecho real, que se constituye sobre bienes inmuebles ó derechos reales, para garantir el cumplimiento de una obligación y preferencia en el pago, se tiene con la misma hipoteca la garantía más sólida y eficaz que puede darse, no solo por la seguridad que tiene el acreedor de ser pagado con preferencia á los demás, sino también porque los juicios en que se hacen valer esas acciones, son breves, expeditos y poco dispendiosos. Más si se priva á estos juicios de los privilegios que trae consigo su propia y exclusiva

tramitación, y se les confunde con otros, de cualquiera clase que sean, acumulándolos á un concurso, es incuestionable que la garantía de la hipoteca, pierde mucho de su eficacia y tal vez de su seguridad; porque cuando los acreedores hipotecarios, sujetos á un concurso, ven transcurrir los días, los meses y acaso los años, en trámites lentos y onerosos, y en incidentes que surgen á cada paso, sin que lleguen á ver satisfechos sus créditos; ó ceden estos á otras personas, ó se ven obligados á celebrar alguna transacción, y de todos modos, pierden sin duda, parte de los mismos créditos. Sentar el principio de que es forzosa la acumulación, es dar lugar á que los que prestan sus capitales con garantía de hipoteca, se abstengan de hacerlo en lo sucesivo, por el temor de no ser pagados al vencimiento del plazo, que casi siempre es largo, si quiebra el deudor, y de tener que entrar á un concurso cuyo término se prolongaría indefinidamente, dando por fin el resultado que se indicó, ó sea perder parte de la deuda. Y si esos capitales no se aprontaran con la facilidad con que hoy se hace, fácil es comprender que esto sería de trascendencia para el comercio, no menos que para otros ramos de especulación. Así es que, por razones legales y por razones de conveniencia y universal interés, debe concluirse que no es obligatoria la acumulación de los juicios hipotecarios á los concursos mercantiles.

Tales son, en compendio, las razones en que me fundo para denegar la acumulación que solicita el señor Juez 4º de lo Civil de esa Capital.

Libertad y Constitución. León 14 de Septiembre de 1892.—*A. Uribe*, hijo.—Rubricado.—Ciudadanos Magistrados de la Suprema Corte de Justicia.—México.

* *

La simple lectura del informe precedente basta para formarse un juicio exacto del punto debatido y de los razonamientos en que se funda el Sr. Juez de Letras de León, para sostener, que no debe remitir al Juzgado 4º de lo Civil de esta Capital, el juicio hipotecario, que se le pide. Nos son desconocidas las razones, que juzga tener la autoridad judicial del Distrito Federal, para insistir en su propósito de acumular á los autos del concurso mercantil de la sucesión Manuel Gutiérrez, los del juicio hipotecario seguido en el Juzgado de León; pero creémos estar en aptitud de formular nuestra

opinión, con los datos que suministra el informe preinserto, porque en él se relacionan bajo la forma de objeciones, los argumentos que militan en favor de la acumulación.

El incidente sobre acumulación, que surja en los juicios mercantiles, cuando Jueces diversos conozcan de autos, que pretendan acumularse, debe seguir, conforme al artículo 1361 del Código de Comercio, la sustanciación establecida para la decisión de las competencias. Trátase en el caso de un Tribunal que conoce del juicio de quiebra mercantil de la sucesión de Don Manuel María Gutiérrez, y de otro de Estado diferente, que conoce del juicio hipotecario, que un acreedor, sin venir á la quiebra, ha insaurado en contra del deudor. El primero de los mencionados Tribunales pide al segundo, que resiste esa pretensión, le remita los autos del juicio hipotecario, para acumularlos á los de quiebra. Semejante conflicto, habrá de resolverlo el más alto Tribunal de la Nación.

Por regla general todos los juicios pendientes contra el fallido, son acumulables á los autos de quiebra, conforme á los preceptos indiscutibles del derecho, al carácter de atractivos que tienen los juicios universales y al texto expreso del artículo 983 del Código de Comercio. De semejante regla se exceptúan sin embargo: aquellos autos de todo género en que ya esté pronunciada y notificada la sentencia definitiva de primera instancia; los que procedan de créditos hipotecarios ó prendarios; y los que tengan por objeto, remates para pagar deudas de Banco ó de Instituciones de crédito.

Así enunciado el precepto de la ley, sería inconcuso el derecho del Sr. Juez de León, para resistir la remisión de los autos del juicio hipotecario, ante él seguido, al Sr. Juez 4.º de lo Civil de México, que conoce del juicio de quiebra, sino fuera porque surge esta duda. ¿Todos los juicios hipotecarios pendientes contra el fallido, están exceptuados de la acumulación, ó solamente aquellos que se hayan iniciado antes de la declaración de la quiebra? Dejemos asentado desde luego que el art. 983 que acabamos de citar, no hace distinción alguna; y si aplicamos el criterio, que sugiere la más sana crítica legal, debemos decidir en favor del Sr. Juez de León la controversia

pendiente. "*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*" A mayor abundamiento podrían invocarse, por razón de analogía, las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, mucho más explícito que el de Comercio, en el punto que estudiamos. Después de establecer en el art. 1571 que el juicio de concurso es atractivo, y que por lo mismo, declarado aquel, en los términos prevenidos por la ley, el Juez reclamará todos los autos que se sigan en otros tribunales, conforme á las reglas de acumulación, prescribe en el art. 1572 que la regla general ya mencionada, comporta entre sus excepciones, la de que no se acumularán al juicio de concurso, los hipotecarios que estén pendientes y los que se promuevan después de la formación del concurso.

El Sr. Juez de León, cita en apoyo de su tesis, otras razones que nos parecen enteramente satisfactorias. Los bienes afectos á la hipoteca, que se hace efectiva en el juicio seguido ante aquél funcionario, no figuran en el activo de la sucesión fallida, por una omisión notoriamente original, que no tenemos datos bastantes para calificar. Si esos bienes aparecían excluidos del monto total de aquellos que formaban el activo del deudor común en la quiebra; si estaban por lo mismo libres de toda acción que sobre ellos pudieran ejercitar los acreedores, con mayoría de razón podían soportar el ejercicio de la acción hipotecaria, con separación absoluta de las que asistieran á los restantes acreedores.

Además; aunque la quiebra se hubiera declarado con anterioridad al momento en que se iniciaba el juicio hipotecario, el Sr. Juez de León, no podía conocer esa antelación en los procedimientos del Sr. Juez 4.º de lo Civil de esta Capital, siendo muy digno de llamar la atención, que la acumulación se solicite por el segundo de los funcionarios referidos, de seguro á petición de los acreedores ó de la sucesión fallida, haciendo hasta entónces y solo para obtener la acumulación, figurar en el activo del quebrado, bienes que antes no se habían listado como de la propiedad de aquél. Omitimos entrar en el examen de este último dato, por que si se relaciona con la cuestión jurídica, de una manera incidental, no tiene influencia decisiva para resolverla y

sobre todo presenta cierto carácter de irregularidad, que solo pudiera calificarse, con mayores elementos de convicción.

A nuestro entender, los principales fundamentos que harán prosperar la opinión del Sr. Juez de León, ante la Suprema Corte de Justicia, son los que llevamos expuestos, dimanados de la ley; pero aún hay otros que se derivan de la naturaleza de la acción hipotecaria y de la filosofía del derecho.

La acción hipotecaria como mixta, radica principalmente para su ejercicio, en la cosa hipotecada y afecta al pago de la obligación; de manera que el acreedor, á quien asiste un derecho real sobre determinados bienes del deudor, puede ejercitar aquél, deduciendo su acción directamente sobre la cosa obligada, sin preocuparse porque la persona que la obligó, reporte compromisos y tenga contraídos deberes para con otros individuos. Así es como el acreedor hipotecario, privilegiado para el pago de su crédito, una vez concursado el deudor común, conserva su derecho para reclamar, aún después de vendida la cosa hipotecada y cubierto con su importe la obligación primitiva, si esta ha quedado insoluta en parte; así por último el acreedor de que hablamos, podía concurrir con los demás al juicio universal del concurso, ó bien ejercitar por sí solo la acción hipotecaria de que disfruta.

Esta es la doctrina universalmente aceptada en jurisprudencia, doctrina que además de contar en su abono, la opinión casi unánime de los preceptistas, puede vindicar en auxilio suyo la práctica constante de los tribunales y lo que es más, la razón filosófica del derecho.

En efecto, la acción hipotecaria, por más que sea mixta, está principalmente caracterizada entre las reales, porque su esencia, está íntimamente arraigada á la cosa hipotecada. Si la acción prendaria, es la acción real por excelencia, porque la posesión de la cosa mueble pasa á poder del acreedor, posesión que no puede existir en los inmuebles, por la misma naturaleza de éstos, la acción hipotecaria reviste también el carácter de real, á tal grado que la cosa conserva por decirlo así, el sello de la hipoteca, aunque pase á diversos poseedores.

Esta es en nuestro humilde concepto la razón principal, para que la jurisprudencia civil, favorecedora de los derechos del acreedor, haya establecido que en los juicios de concurso, aunque sean atractivos, no habrá acumulación de los hipotecarios, bien estén pendientes en los momentos en que se declare el concurso, bien se promuevan con posterioridad á esa declaración. No encontramos razón alguna, para que deje de aplicarse este precepto, en los juicios mercantiles, bajo el especioso pretexto del silencio en este punto de la ley privativa "*Ubi eadem est ratio, eadem debet esse juris dispositio.*"

Queda complacido nuestro amigo y antiguo colega el Sr. Juez de León, y abiertas las columnas de "El Derecho" por si acaso quisiera honrarlas el Sr. Juez 4.º de lo Civil de ésta Capital, para fundar sus procedimientos, en la inteligencia de que si sus razonamientos nos convencen, sabremos rectificar nuestra opinión.

MANUEL F. DE LA HOZ.

SECCION FEDERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

RETROACTIVIDAD.—Aplicación de los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

PEDIMENTO DEL C. PROMOTOR FISCAL.

C. JUEZ:

El Promotor Fiscal dice: que el Lic. Serralde en representación de la Compañía del Ferrocarril Nacional Mexicano, pidió amparo contra los actos del Juzgado 2.º de lo civil y 3.º Sala del Tribunal Superior, consistentes en las sentencias pronunciada por el primero y confirmada por la segunda, por las que se condenó á la Compañía a pago de dos mensualidades del sueldo que disfrutaba el empleado Mórcom, al separarlo de la Compañía, fundándose en lo que á este respecto ordena el Código de Comercio de 1884.

Seguido el juicio por todos sus trámites, suspendido el acto reclamado, no habiendo rendido la autoridad ejecutora el informe que previene el art. 27, abierto el juicio á prueba y remitido como prueba á petición del Lic. Serralde, el Toca de 2.º instancia se citó para sentencia.

Funda el amparo el quejoso, según refiere en su escrito, en que habiendo entrado Mórcom en el año de 1883 al servicio de la Compañía, que en-

tonces se llamaba "Constructora Nacional Mexicana," y hoy se denomina del «Camino de Fierro Nacional Mexicano,» al separarse el expresado Mórcom, debieron aplicársele las leyes vigentes en 1883, y nunca el Código de Comercio de 1884, que no estaba ni siquiera promulgado entonces.

De las pruebas rendidas, aparece que es cierto que el Sr. Walterio Mórcom, ingresó en el año de 1883 á la expresada Compañía, con el carácter de Agente General de fletes y pasajes que conservó hasta Abril de 1889; pero según se desprende del Toca de 2.ª instancia y de acuerdo con los resultados de la sentencia y del Considerando 5.º de la misma, ni al empleado Mórcom se le separó por culpa suya y si es cierto que desde el año de 1883, permaneció con el empleo que tenía hasta Abril de 1889, también lo es que celebró diferentes contratos con la Compañía ó Empresa citada: que esos contratos no pueden considerarse como una novación del de 1883, por las razones y fundamentos de derecho, expresados en el mencionado considerando; y que debiendo reputarse como nuevos contratos, él ó los celebrados con posterioridad al año de 1884, tanto el Juez como la Sala, debieron aplicar en las cuestiones que á este respecto se suscitaron las prevenciones del citado Código de Comercio, de lo que se infiere que constitucionalmente hablando es exacta la aplicación del art. 299 del cuerpo de derecho citado y del relativo del Código de Procedimientos civiles, de donde se infiere que no existe violación alguna de los artículos 14 y 16 de la Constitución.

Por otra parte, Mahillet de Chussat y Theodosiades en sus monografías sobre la retroactividad, así como Laurent y Dallóz, al tratar de este asunto están de acuerdo en que solo hay retroactividad, cuando con la aplicación de nuevas leyes se priva á alguien ó se le quitan *derechos adquiridos*. Y si la Compañía no había estipulado las condiciones para el caso de que se rescindiera el contrato celebrado con ella y Mórcom y esas condiciones no eran contrarias á lo que se estableció en el Código de Comercio, este fué el que debió aplicarse por estar vigente en la época de la rescisión, aún suponiendo que solo hubiera existido el contrato celebrado el año de 1883, porque á aquella no se le privó de ningún *derecho adquirido*.

Pero si como rectamente lo ha interpretado la Sala, hubo un nuevo contrato, es fuera de toda duda que la Compañía no había adquirido derecho alguno, contrario á los que da el Código de Comercio á Mórcom para el caso de su separación, y por consiguiente no ha habido en el caso violación alguna ni inexacta aplicación de la ley, y ha existido la causa legal del procedimiento, no habiéndose violado los artículos 14 y 16 de la Constitución.

Por lo que con fundamento de estos artículos, del 101 y 102 de la expresada Constitución; así como de lo que manda la ley de 14 de Diciembre de 1882, el Promotor pide á vd. se sirva declarar, que la Justicia de la Unión, no ampara ni protege á la Compañía del Ferrocarril Nacional Mexicano, representada por el Sr. Lic. Serralde, contra los actos de que se queja.

México, Febrero 8 de 1882.—*Velasco Rus.*

JUZGADO 2.º DE DISTRITO.

Juez: Lic. Ramón Vicario.
Secretario: „ Arcadio Norma.

México, Marzo 8 de 1892.

Visto este juicio de amparo, promovido por la Compañía del Ferrocarril Nacional Mexicano, contra los procedimientos del Juez 2.º de lo Civil y 3.ª Sala del Tribunal Superior, en autos seguidos con el Sr. Walterio Mórcom, por violación de los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal; las pruebas rendidas; la citación para sentencia y lo alegado por la Promotoría con lo demás que se tuvo presente y convino ver.

Resultando primero. Que en primero de Julio del año próximo pasado, el C. Lic. Francisco A. Serralde, apoderado jurídico de la Compañía del Camino de Fierro Nacional Mexicano, promovió el presente recurso porque el Juzgado 2.º de lo Civil, y la 3.ª Sala del Tribunal Superior, fundándose en el art. 299 del Código de Comercio de 1884, condenaron á la Compañía al pago en favor del Sr. Mórcom, de una cantidad de dinero por el completo de dos mensualidades de sueldo que el último disfrutaba como Agente General de fletes y pasajes en la misma Compañía, dándose con esta resolución un efecto retroactivo á la ley.

Resultando segundo. Que suspendido el acto reclamado, no habiendo rendido la autoridad ejecutora el informe debido y abierta la dilución probatoria, á petición del promovente, fué remitido en parte de su prueba el Toca de 2.ª instancia, del cual aparece, que el Sr. Walterio Mórcom había celebrado desde el año de 1883, contrato para prestar sus servicios como Agente General de flete y pasajeros, á la Compañía del Camino de Fierro Nacional Mexicano; que en Agosto de 1887, al tomar ésta posesión de la línea y sus oficinas, no alteró ni modificó dicho contrato, ni la circular que en Julio del mismo año se pasó al referido Mórcom, haciéndole saber que la nueva Compañía retenía á los empleados en sus respectivos puestos y *con sus mismas obligaciones* á menos que se les notificara lo contrario (Considerando segundo).

Resultando tercero. Que concluido el término de prueba y citadas las partes para sentencia, la Promotoría alegó pidiendo la denegación de este amparo.

Considerando primero. Que para juzgarse de la retroactividad legal reclamada, lo que únicamente debe examinar el suscrito, es la época de la obligación contraída por las partes contratantes para fijar de aquí, la ley vigente á la cual quedaron sujetos y por la cual debió ser dirimida su controversia judicial.

Considerando segundo. Que la Sala sentenciadora expone en su Considerando 4.º, "que el contrato celebrado por la Compañía demandada y el Sr. Mórcom, lo fué en Julio de 1887, porque entonces se prestó el consentimiento mutuo respectivo, y en el Considerando 5.º, al interpretar este contrato, examina y funda, "que el último contrato no puede estimarse como una novación del anterior ó los anteriores," para inferir de aquí «que la circunstancia de que Mórcom, desde 1883 sirviera en su carácter de agente de fletes y pasajeros á las compañías anteriores, no significa, sino la celebración de contratos sucesivos, cada uno independiente de los otros, pero también *distintos* que nada tienen que ver con los anteriores »

Considerando tercero. Que supuesto que de las constancias de autos resulta, como lo asienta la misma Sala en su Considerando 3.º, «que el Sr. Mórcom, siguió en su empleo ya mencionado, sin alterar ni modificar en manera alguna el contrato que desde 1883 había celebrado con la Compañía Constructora Nacional Mexicana, no ha sido recto inferir que el último contrato de 1887, es distinto del de 1883, sino antes bien, idéntico, reproducido y aceptado con sus mismas obligaciones y derechos, con todos sus efectos legales. Lo persuade así la circular del Sr. Rasul, que es el contrato de 1887 de la Compañía, con el Sr. Mórcom, *para retener á este en su puesto y con sus mismas obligaciones*; es decir, con las que le impone su contrato de 1883, en virtud del cual prestara sus servicios á la Compañía que los acepta expresamente; y como las obligaciones suponen derechos correlativos, aceptando la Compañía, en 1887 con el consentimiento de Mórcom, las mismas obligaciones impuestas á éste por su contrato de 1873, están aceptados por ambas partes los derechos que surjan del contrato, de esta última fecha.

Considerando cuarto. Que en esta virtud, y siendo de derecho explorado, que los contratos se rijan irrevocablemente por las leyes, bajo cuyo imperio han nacido, como lo enseña Theodosiades en su Ensayo, sobre la no retroactividad de las leyes, Cap. IV, diciendo: «que el principio general en esta mateia, ser que la ley vigente en el momento

en que se celebra el contrato, es la que regla todas las consecuencias del mismo contrato;" es fuera de duda, que la legislación en 1883, vigente en la época que se contrató por primera vez, y se aceptó en contrato posterior de 1887, es la que debe regir las consecuencias del mismo contrato.

Considerando quinto. Que una de las consecuencias de la obligación que se contrae, es la del modo de terminarla ó extinguirla, y por tanto, el modo de terminar ó extinguir las obligaciones y derechos entre Mórcom y la Compañía contratante, debió ser regulado por la legislación de 1883 vigente en el momento de la estipulación celebrada; lo cual constituye un derecho adquirido, del que sería despojada la Compañía si se aplicase la legislación nueva del año posterior de 1884; y en tal caso, contra el razonamiento de la Promotoría, y con perfecto acuerdo de las doctrinas que invoca de Mahillet de Chassat, Theodosiades, Laurent y Dallóz, quienes enseñan que hay retroactividad, «cuando con la aplicación de nuevas leyes, se priva á álguien, ó se quitan derechos adquiridos;" si se aplica la ley de 1884, al caso que nació en 1883, y con él un derecho, como el modo de terminar la obligación contraída, se dá indefectiblemente retroactividad á la ley.

Considerando sexto. Que evidenciado como queda expuesto, que no fué aplicada por la Sala sentenciadora la legislación vigente en el caso de que se trata, resulta una violación flagrante de los artículos 14 y 16 constitucionales, y por lo mismo, debe declararse procedente el presente recurso.

Por tales consideraciones y con fundamento de los artículos 14, 16, 101 y 102 de la Constitución Federal, y de lo dispuesto en la ley orgánica de 14 de Diciembre de 1882, es de fallarse y se falla:

Que la Justicia de la Unión, ampara y protege á la Compañía del Camino de Fierro Nacional Mexicano, de los actos de que se queja en este juicio.

Hágase saber, publíquese y elévense los autos á la Suprema Corte de Justicia para su revisión.

Así definitivamente juzgando lo mandó y firmó el Lic. Ramón Vicario, Juez primero suplente del Juzgado 2.º de Distrito, que actúa por licencia concedida al propietario. Doy fe.—*Lic. R. Vicario.*
—*Arcadio Norma*, secretario.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS.

Tribunal Pleno.

Presidente: Lic. Francisco M. de Arredondo.
Magistrados: „ J. M. Aguirre de la Barrera.
„ „ José María Lozano.

„ „ Félix Romero.
 „ „ Eligio Ancona.
 „ „ Pudenciano Dorantes.
 „ „ Eduardo Novoa.
 „ „ A. Falcón.
 „ „ J. M. Vega Limón.
 Secretario: „ Rodolfo Sandoval.

México, Abril 29 de 1892.

Visto el juicio de amparo promovido ante el Juzgado 2.º de Distrito de esta Capital, por el Lic. Francisco Serralde, como apoderado jurídico de la Compañía del Camino de Fierro Nacional Mexicano, contra las sentencias del Juez 2.º de lo civil y la 3.ª Sala del Tribunal Superior, por las que fué condenada dicha Compañía al pago de una suma de pesos en el juicio verbal mercantil promovido en su contra por el Sr. Walterio C. Mórcom, sobre pago de dos mensualidades del sueldo que disfrutaba como «Agente General de flete y pasajes,» de cuyo empleo fué separado por la propia Compañía sin previo aviso, fundándose esas sentencias en el art. 299 del Código de Comercio de 1884, no obstante que habiendo entrado á servir Mórcom en 1883 á la Compañía Constructora Nacional Mexicana cuando aún no regía ese Código, y habiendo continuado en su empleo bajo las mismas condiciones en 1887, al ser reemplazada esa Compañía por la actual, titulada como se ha dicho Compañía del Camino de Fierro Nacional Mexicano, esas sentencias dieron efecto retroactivo al enunciado Código de Comercio de 1884 con violación del art. 14 de la Constitución, y del 16 de la misma, por faltar la base del procedimiento. Visto el fallo del Juez 2.º de Distrito, que ampara á la Compañía fundándose en los siguientes:

Considerando primero. Que para juzgarse de la retroactividad reclamada, lo que únicamente debe examinar el suscrito, es la época de la obligación contraída por las partes contratantes para fijar de aquí, la ley vigente á la cual quedaron sujetos y por la cual debió ser dirimida su controversia judicial.

Considerando segundo. Que la Sala sentencia dora expone en su considerando 4.º: «que el contrato celebrado por la Compañía demandada y el Sr. Mórcom, lo fué en Julio de 1887; porque entonces se prestó el consentimiento mutuo respectivo,» y en el considerando 5.º al interpretar este contrato, examina y funda: «que el último contrato no puede estimarse como una novación de anterior ó los anteriores,» para inferir de aquí que la circunstancia de que Mórcom, desde 1883 sirviera en su carácter de Agente de fletes y pasajes á las Compañías anteriores, no significa sino la celebración de contratos sucesivos, cada uno inde-

pendiente de los otros, pero también *distintos* que nada tienen que ver con los anteriores.

Considerando tercero. Que supuesto que de las constancias de autos resulta, como lo asienta la misma Sala en su considerando 3.º: «que el Sr. Mórcom siguió en su empleo ya mencionado sin modificar ni alterar en manera alguna el contrato que desde 1883 había celebrado con la Compañía Constructora Nacional Mexicana,» no ha sido recto inferir, que el último contrato de 1887, es distinto del de 83, sino antes bien, idéntico, reproducido y aceptado con sus mismas obligaciones y derechos, con todos sus efectos legales. Lo persuade así, la circular del Sr. Rasul, que es el contrato de 87 de la Compañía con el Sr. Mórcom, *para retener á éste en su puesto y con sus mismas obligaciones;* es decir, con las que le impone su contrato de 83, en virtud del cual prestara sus servicios á la Compañía que los acepta expresamente, y como las obligaciones suponen derechos correlativos, aceptando la compañía en 87, con el consentimiento de Mórcom, las mismas obligaciones impuestas á éste por su contrato de 83, están aceptados por ambas partes los derechos que surjan del contrato de esta última fecha.

Considerando cuarto. Que en esta virtud y siendo de derecho explorado que los contratos que se rijan irrevocablemente por las leyes, bajo cuyo imperio han nacido como lo enseña Theodosiades en su Ensayo sobre la no-retroactividad de las leyes, cap. IV diciendo: «que el principio general en esta materia, es que la ley vigente en el momento en que se celebra el contrato, es la que regla todas las consecuencias del mismo contrato;» es fuera de duda que la legislación de 1883, vigente en la época que se contrató por primera vez, y se aceptó en contrato posterior de 87, es la que debe reglar las consecuencias del mismo contrato.

Considerando quinto. Que una de las consecuencias de la obligación que se contrae, es la del modo de terminarla ó extinguirla, y por tanto, el modo de terminar ó extinguir las obligaciones entre Mórcom y la Compañía contratante, debió ser regulado por la legislación de 83 vigente en el momento de la estipulación celebrada; lo cual constituye un derecho adquirido, del que sería despojada la Compañía contratante si se aplicase la legislación nueva del año posterior de 84; y en tal caso, contra el razonamiento de la Promotoría y con perfecto acuerdo de las doctrinas que invoca de Mahillet, de Chassot, Theodosiades, Laurent y Dallóz, quienes enseñan que hay retroactividad, cuando con la aplicación de nuevas leyes, se priva á alguien ó se le quitan *derechos adquiridos;* si se aplica la ley de 84, al caso que nació en 83, y con él un derecho, como es el modo de terminar

la obligación contraída, se dá indefectiblemente retroactividad á la ley.

Considerando sexto. Que evidenciado como queda expuesto, que no fué aplicada por la Sala sentenciadora la legislación vigente en el caso de que se trata, resulta una violación flagrante de los artículos 14 y 16 constitucionales y por lo mismo debe declararse procedente el presente recurso."

Por los mismos en cuanto á su parte sustancial y con fundamento de los artículos 101 y 102 de la Constitución General, y del 38 de la ley de 14 de Diciembre de 1882, se confirma la sentencia del expresado Juez y se declara: La Justicia de la Unión, ampara y protege á la «Compañía del Camino de Fierro Nacional Mexicano,» contra los actos de que se queja.

Devuélvanse los autos al Juzgado de su origen con copia de esta sentencia, archivándose el Toca.

Así por mayoría de votos lo decretaron los ciudadanos Presidente y Magistrados que formaron el Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y firmaron CC. Presidente, *Francisco Martínez de Arredondo*.—Magistrados, *José María Aguirre de la Barrera*.—*José María Lozano*.—*Félix Romero*.—*Eligio Ancona*.—*Pudenciano Dorantes*.—*Eduardo Novoa*.—*Antonio Falcón*.—*José María Vega Limón*.—*Rodolfo Sandoval*, secretario.

INSERCIONES.

APUNTES de informe en el recurso de casación interpuesto por la Sra. Doña Martina Rodríguez Arana contra la sentencia definitiva dictada en el juicio que siguió con D. Francisco de P. Castro, sobre negación de servidumbre de luz y aire que reporta la casa Núm. 6 de la calle del Mirador de la Alameda á favor de la Núm. 5 de la misma calle.

(CONCLUYE.)

En segundo lugar, el art. 1035 se refiere no á la acción negatoria, sino á la confesoria, á la que deduce el que pretende tener una servidumbre contra el dueño del predio que debe reportarla; el artículo se ocupa del caso en que el dueño del predio dominante es actor, y reclama la servidumbre; no cuando es demandado.

Esto se deduce claramente, 1.º de la redacción del artículo y 2.º de la naturaleza misma de las cosas; de la acción que se intenta, de la situación en que está colocado el que disfruta de la servidumbre, según que sea actor ó reo.

Efectivamente, cuando el artículo exige al que pretende gozar de una servidumbre, la prueba de su título, aunque esté en posesión de ella tiene que ser bajo el supuesto de que el dueño del predio dominante sea actor, porque entonces es cuando propiamente se dice que pretende ese derecho.

El poseedor de una servidumbre que es demandado con la acción negatoria, en el sistema de nuestra legislación, no formula una pretensión, resiste tan solo el ataque hecho á su posesión por el dueño del predio sirviente.

El artículo, pues, atenta la forma en que está concebido, tiene que referirse necesariamente al caso en que el poseedor sea quien demande.

A este mismo resultado se llega examinando la naturaleza de la acción que se intenta.

En la acción confesoria, el actor tiene que demostrar que el predio sobre el que pretende disfrutar la servidumbre reporta ese gravamen, por habersele impuesto en virtud de contrato, de testamento, ó por prescripción, ó por la ley si la servidumbre es legal. Estos son los únicos medios para constituir la servidumbre.

En consecuencia, cuando SE DEMANDA la protección de ese derecho, debe invocarse uno de esos medios para fundar la demanda, sin que baste tener la posesión.

Por el contrario, cuando el dueño del predio dominante es el demandado, le basta la posesión para combatir el título de propiedad en que esa demanda se funda, porque ese título por sí mismo no es bastante para destruir la presunción legal que tiene á su favor el poseedor.

El título de dominio demuestra que quien lo presenta es dueño de la cosa, con derecho exclusivo sobre ella; este derecho está por combatido por medio de una prueba plena, como es la de presunción, fundada en la posesión: el derecho del dueño queda restringido por el derecho que se presume tiene el poseedor como dueño de la servidumbre, mientras no se demuestre lo contrario.

Puede argumentarse en contra de esto, diciendo que cuando se deduce la acción reivindicatoria de dominio contra el poseedor, justificada la propiedad, queda el demandado excluido de ella mientras no presente título mejor.

"En materia de reivindicación, dice Molitor, (De la Poss. núm. 437) la prueba de dominio que rinde el actor, excluye en el reo hasta la posibilidad de semejante derecho: uno y otro no pueden ser propietarios de una misma cosa IN SOLIDUM."

La contestación brota desde luego.

Cuando la reivindicación no es total sino pe-

ricial, cuando se intenta la acción negatoria y se vindica la libertad del predio puede concebirse muy bien, que el actor sea propietario de ese predio y que el demandado que ejerce la servidumbre tenga derecho á ella.

En la reivindicación se discute tan solo el derecho de propiedad, que no puede existir IN SOLIDUM en el que intenta la demanda y en el poseedor que se presume tenerlo.

El título con que se prueba la demanda destruye la presunción fundada solo en un hecho.

En la acción negatoria no se discute el dominio, sino su libertad: ambos litigantes están conformes en que el actor es dueño; sin ese dominio de que carece el reo sería imposible la servidumbre.

Por lo mismo el título que demuestra la propiedad no basta para combatir la presunción de que existe la servidumbre.

Hay más todavía: el efecto del interdicto posesorio es emancipar de la prueba al que obtiene, conserva ó recobra la posesión

Is qui destinavit rem petere, dice Gayo, Dig. 6 1 24, animadvertere debet an aliquo interdicto nasci possit possessionem: quia longe commo- dius est ipsum possidere et adversari ad onera petitoris compellere, quam alio possidenti petere.

Vinnio enseña la misma doctrina: *Possessoris multo melior quam petitoris est conditio: nam possesor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi rem suam esse, ad in ea probatione cessante petitore, res APUD POSSESSORE REMANET, licet ipse nihil probaverit* (Inst. 4 15 4 núm. 2.)

Si pues el que disfruta de una servidumbre se ampara con la posesión que le concede un interdicto y de este modo se arma de una presunción legal con la que combate el derecho del actor hasta que éste no destruya la presunción con la prueba contraria, no tiene necesidad hasta entonces de presentar el título en virtud del cual goza de la servidumbre.

Se vé pues, que el art. 103 del Código Civil no consagra una excepción contra el precepto del art. 828; que tampoco es contradictorio de estey por fin que solo se refiere al caso, en que se intenta la acción confesoria.

Puedo pues concluir diciendo:

I. Que el demandado con la acción negatoria no tiene la obligación de probar la existencia de la servidumbre cuando ha sido amparado en la posesión de ella; porque tiene á su favor la presunción legal de disfrutarla con título.

II. Que en este caso, el actor tiene que probar no solo su dominio, sino también que el derecho presunto no existe.

III. Que el art. 1035 del Código Civil, no es aplicable sino cuando se intenta la acción confesoria.

Estas conclusiones sirven de base ya, para saber si la sentencia recurrida ha cometido ó no las violaciones que se reclaman.

Tolozan enseña qué condiciones deben reunirse para que una sentencia pueda ser casada: 1ª una ley aplicable al caso; 2ª, una sentencia en oposición con esa ley; 3ª, falta de elementos en el juicio que hagan desaparecer la oposición.

Las leyes que se dicen infringidas son los artículos 1035 del Código Civil, 828 del mismo y 356 del de Procedimientos.

El caso que tiene que decidirse es si el actor ha probado la libertad de su predio con respecto á una servidumbre de que está en posesión el demandado.

Desde luego puede decirse que el art. 1035 no es aplicable al caso, porque no se ha deducido la acción confesoria que es á la que se refiere.

Cuando la ley es inaplicable para resolver un litigio, y se cita como infringida no procede la casación.

Así lo tienen declarado muchas ejecutorias extranjeras.

Entre las nacionales, consagra el principio, la de 18 de Septiembre de 1891, que especialmente dice en su considerando 4º: «Tampoco es procedente la casación porque los artículos citados no son aplicables al caso, y el recurso no se concede, sino porque la decisión sea contraria á la ley que sea aplicable según la frac. 1ª del art. 711 del Código de Procedimientos.»

Desconocida por el actor la presunción legal que el art. 828 del Código Civil establece en favor del que posee, é invocada por el reo esa presunción, eran leyes aplicables para fundar esta, y para arrojar el peso de la prueba sobre el actor, el mismo art. 828 y el 356 del Código de Procedimientos.

Estos son los artículos en que se apoya la sentencia: no hay por lo mismo entre una y otros oposición.

Por tanto, no debe casarse la sentencia por los fundamentos expresados.

VIOLEACION DEL ARTICULO 360 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS.

La ejecutoria declara que la parte actora no probó su acción. Para fundar ese fallo, afirma la Sala que la prueba en la acción negatoria incumbe al actor, cuando el reo está en posesión de la servidumbre.

Aplicando esa doctrina la ejecutoria, dice que la Sra. recurrente tuvo necesidad de probar su

acción, no obstante ser la negatoria, y concluye así en el considerando 4º «que ninguna prueba ha rendido (la Sra. Rodríguez Arana) para JUSTIFICAR LA LIBERTAD ACTUAL de la casa núm 6 respecto de la servidumbre y la obligación que reporta el propietario de la núm. 5 de tapar la ventana que son los dos puntos á que se redujo la demanda.

Contra esa resolución interpone el recurso por violación del art. 360 del Código de Procedimientos, porque la Sala omitió hacer la calificación de las pruebas como ese artículo lo ordena, toda vez que en el transcrito considerando 4º se dice que la promovente no rindió prueba para justificar la libertad de la finca

En concepto de la Sra. Rodríguez Arana este hecho es inexacto, pues su cuaderno de prueba demuestra que rindió la pericial y la de confesión hecha por el Sr. Castro en el escrito en que promovió el interdicto, de las que resulta que la pared divisoria de los predios es medianera. Estas pruebas de las que parece deducir la parte actora la justificación de su demanda, pues no lo dice terminantemente, en su concepto fueron desconocidas y por lo mismo violado el art. 360 del Código de Procedimientos.

A mi juicio el recurso está mal interpuesto como voy á demostrarlo.

I.

La ejecutoria, como se ha visto, estima que la parte actora debió probar no solo su dominio sobre la casa núm. 6 sino la libertad de este predio respecto de la servidumbre de que disfrutaba la casa núm. 5.

Las pruebas rendidas á que se refiere el a sentencia en su resultando 3º enumeradas por el Juez inferior, son insuficientes según dice el considerando 4º para demostrar esa libertad, y la obligación del demandado de cerrar la ventana que es el signo de la servidumbre.

Siendo esta la situación en que se coloca la ejecutoria, resulta inaplicable el art. 360 del Código de Procedimientos, correlativo del 359. Estos preceptos dicen: "359. El que presentare pruebas notoriamente impertinentes, deberá pagar los gastos é indemnizar los perjuicios que de la presentación se sigan al colitigante, aunque en lo principal obtenga sentencia favorable." "360. El juez hará en la sentencia definitiva la calificación de las pruebas, y en su caso la condenación de gastos y perjuicios á que se refiere el artículo anterior.

Es decir, el artículo que se cita como violado ordena que el juez califique las pruebas rendidas cuando sean impertinentes, á efecto de que e

imponga al que las presenta la pena de los gastos é indemnización de perjuicios al colitigante.

La ejecutoria afirma que no rindió prueba la Sra. Rodríguez para acreditar la libertad de su finca, por lo mismo no pudo calificar su impertinencia.

Entonces el art. 360 es ciertamente inaplicable, porque se refiere á un caso que no es el que plantea la ejecutoria. Cuando se cita como infringida ley notoriamente inaplicable, se tiene el recurso por mal interpuesto.

Así lo han declarado entre otras ejecutorias, la de 14 de Diciembre de 1889, porque la cita de ley es inconducente.

II

Bajo otro concepto el recurso esta mal interpuesto.

Al desarrollar la Sra. recurrente su queja afirma que no es exacto que no rindiera prueba para acreditar la libertad de su finca, como lo asegura la ejecutoria, pues que rindió la pericial y la de confesión, que no fueron apreciadas, sino por el contrario, negada su existencia.

Segun he demostrado antes, la Sala sentenciadora, amerita su resolución en un hecho distinto: no niega absolutamente que se rindieran pruebas por parte de la Sra. Rodríguez Arana, antes bien dice que rindió algunas, y son las que el Juez inferior menciona en su sentencia; pero esas pruebas á juicio de la Sala son insuficientes para probar la acción deducida.

Califica pues la ejecutoria, implícitamente esas pruebas como pertinentes; pero no encuentra en ellas la eficacia que debieran tener para justificar los puntos á que se redujo la demanda.

Cuando pues la Sra. recurrente dice que la Sala desconoce y niega la existencia de las pruebas rendidas, supone una situación que no revela la ejecutoria, hace decir á la ejecutoria lo que no dice.

Esto se llama hacer supuesto de la cuestión y el recurso que así se funda está mal interpuesto. Tal es la doctrina corriente en todas las naciones que cultivan la casación.

III

Hay todavía otra razón para impugnar la interposición del recurso.

Según aparece por el escrito, la violación consiste en que la Sala omitió calificar las pruebas en los términos del art. 360; es decir, no dijo si eran ó no impertinentes.

La manera de hacer esa calificación, á juicio de la recurrente, era dar á la prueba pericial y á la de confesión el efecto de que por medio de ellas quedara acreditada la medianería de la pared que divide las casas núms. 5 y 6 del Mirado

de la Alameda, y probada la acción en consecuencia.

Como esto no se hizo, concluye la recurrente diciendo que se desconoció la existencia de estas pruebas y se violó el art. 360.

Comparado el fundamento de la queja con lo que dispone el art. 360 y con lo establecido por la sentencia, se ve que entre sí no hay relación.

Es cosa distinta calificar la pertinencia de la prueba y desconocer su eficacia probatoria. La prueba es impertinente cuando se refiere á puntos no debatidos; es insuficiente, cuando se rinde para justificar hechos al debate, pero sin llenar ese objeto.

Examinada la queja con relación al artículo, que se dice violado, parece fundarse en que no se hizo la calificación á que él se refiere.

Examinado el concepto que expresa, se ve que la violación consiste en que no se dió eficacia á la prueba para justificar la acción.

El concepto por lo mismo, es vago y no reúne los requisitos que el artículo 720 del Código de Procedimientos exige.

Conforme á este precepto, debe precisarse el hecho en que consiste la infracción de la ley que se cita como violada, y no haciéndose así, ya por que el concepto sea vago, ya porque sea incoherente, ya en fin porque no esté en relación con lo dispuesto por la ley y con la resolución impugnada, se tiene el recurso por mal interpuesto.

La ejecutoria de 14 de Marzo de 1890 dice en su Considerando 6: "la citación del art. 1595 sin los precedentes que completan su sentido, hace vago el concepto y pena contra la regla del art. 720 del Código de Procedimientos; la del 1605 del Código de Comercio, es igualmente vaga que la anterior; los conceptos son incoherentes é inexactos... Por esto desecha el recurso interpuesto"

La de 18 de Septiembre de 1891 dice: "Considerando 1: Por lo que se refiere á la legal interposición del recurso.....es indispensable entre otras cosas, que además de citarse la ley infringida de un modo preciso, igualmente se precise el hecho en que consiste la infracción (art. 720 del Código de Procedimientos) LO CUAL SOLO SE VERIFICA CUANDO SE RELACIONAN UNA Y OTRA; CONSTITUYENDO TAL RELACION EL CONCEPTO SEGUN LO TIENE DECIDIDO ESTA SALA POR REPETIDAS Y UNIFORMES EJECUTORIAS."

En el caso, como se ha visto, una es la disposición de la ley, y otra el concepto en que se hace consistir la infracción. En consecuencia, debe tenerse el recurso por mal interpuesto.

IV

Aunque el recurso no tuviera los vicios de interposición que dejo apuntados, hay sin embargo uno que indeclinablemente lo hace inepto.

El motivo por el que se intenta es el consignado en la fracción I del art. 711 del Código de Procedimientos, por haberse violado la ley en cuanto al fondo.

El art. 360 del mismo Código que se cita como infringido, en manera alguna puede consiliderarse como la ley de fondo, porque no puede regir nunca el caso al debate; sirve solamente para calificar la impertinencia de una prueba, no para decidir el derecho controvertido.

Esta ley impone al juez una obligación que tiene que cumplirla dictar su fallo, independientemente de la resolución principal, Tanto así, que el artículo fulmina una pena contra el litigante que rinde pruebas inadecuadas, aunque obtenga en el fondo sentencia favorable.

Entonces el fundamento del recurso es inepto; la causa que se invoca impotente para justificar su interposición.

La Sala no pudo, al decidir el punto debatido infringir una ley que no lo rige; este tribunal ahora, no puede tener por bien interpuesto un recurso por violación de la ley del fondo, cuando no existe esa ley.

VIOLACION DE LAS LEYES 2 15 Y 17

DE LA PARTIDA III TIT 31

Los términos en que está concebida la queja, con respecto á las leyes de Partida que acabo de enunciar, obligan á hacer un estudio separado de cada violación, porque como puede verse en el escrito respectivo, el concepto de la primera violación funda el de las siguientes.

En consecuencia, paso á hacer ese estudio.

VIOLACION DE LA LEY 2ª TIT 31 PARTIDA III

Declara la sentencia al fin de su segunda parte resolutive, que el Sr. Castro como dueño de la casa num. 5 probó haber adquirido la servidumbre de luz, por medio de la prescripción, y que en consecuencia, no debía mandarse tapar la ventana que demuestra la existencia de esa servidumbre.

Contra esta resolución se interpone el recurso, pues se dice violada la ley 2 tit. 31 Part. III que define la servidumbre no puede constituirse sino en pared agena, y no en medianera como lo declara la ejecutoria, y que en consecuencia, no pudo adquirir el Sr. Castro el derecho de conservar la ventana por medio de la prescripción.

Estudiaré primero la interposición del recurso y después su procedencia.

I.

INTERPOSICION DEL RECURSO.

Este en mi concepto esta bien interpuesto.

La queja como se ve, por la exposición que acabo de hacer, se funda principalmente, en que conforme á la ley de Partida que se cita como violada, la servidumbre de luz solamente puede constituirse haciendo ventana en pared agena y no de medianera, como es la que divide las casas núms. 5 y 6 del Mirador de la Alameda.

Como se relaciona este concepto de infracción con la ley infringida y con la sentencia pronunciada, y ademas se invoca para introducir el recurso la fracción I del art. 711 del Código de Procedimientos, puede decirse que el recurso está bien interpuesto.

II.

PROCEDENCIA DEL RECURSO.

Como la violación se hace consistir en que conforme á la ley de Partida no puede constituirse la servidumbre de luz sino en pared agena, para saber si la ley ha sido realmente violada debo estudiar las siguientes cuestiones:

1.ª La ventana abierta en la pared divisoria de las casas núms. 5 y 6 del Mirador de la Alameda constituye un signo de servidumbre?

2.ª Esa servidumbre es de luz?

Las ventanas abiertas en un muro, ó representan el ejercicio del derecho de propiedad del que las disfruta ó significan un derecho de servidumbre constituido á su favor. Lo primero se verifica cuando las ventanas están abiertas en pared propia del predio á que dan luz, y lo segundo cuando existen en muro ageno ó en pared común.

Nadie en efecto, puede abrir una ventana en muro ageno, necesítase para eso el consentimiento del dueño del muro, y este consentimiento importa una limitación en su derecho de propiedad.

Si pues se abre la ventana con ese consentimiento expreso, ó revelado después por el uso de la ventana durante el tiempo que la ley establece, se disfruta de ella entonces á título de servidumbre.

Lo mismo sucede tratándose de la pared común ó medianera. En ella á título de dueño nadie puede abrir ventana, ni puede conservarla una vez abierta sin el consentimiento del dueño.

Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt, decía Paulo (8 2 40) aperto pariete communi, nullo jure fenestras immisisse, respondi.

Es decir, el que abre ventana en pared común lo hace sin derecho, *nullo jure*, á no ser que se le haya concedido el *jus luminis immittendi*.

Gregorio López á la ley de Partida, objeto de este estudio, dice: *Et nota quod neque in pariete*

communi potest socius invito socio facere fenestram

Ceapolla en su famosa tratado de servidumbre sostiene la misma doctrina: *Nunc dicamus, an possit facere fenestram in muro communi ignorante vel invito socio. Et dicas regulariter quod non . . . quod ratio est, quia per eam puta, fenestram mutatur facies, puta parietis; et debilitatur paries, et per consequens nocet socio. Trac de Ser urb Cap. 62.)*

De estos principios tan sencillos se desprende que la ventana abierta en el muro divisorio de las casas núms. 5 y 6 del Mirador de la Alameda que es medianero, es una ventana abierta, no á título de dominio sino á título de servidumbre.

Es ella entonces un signo de servidumbre.

Y esa servidumbre significada por la ventana es servidumbre de luz?

La Sra. Rodríguez sostiene que en caso de existir la servidumbre es la negativa, *ne luminibus officiatur*, y no la positiva *luminum*.

Para entender lo que son estas servidumbres, dice Heineccio, (Recit. Lib. 2 Tit. 3 Part. 406) se han de tener presentes dos cosas: 1.ª que ninguno puede abrir ventanas mas que en su pared; 2.ª que cualquiera puede ciertamente abrir en su pared las ventanas que guste, más también se le permite al vecino quitarles la luz edificando (Ley 8 par 5 Si ser Vind; ley ult. part. ult. de Serv.)

Si pues consigo de mi vecino, agrega Heineccio, el abrir ventana en su pared, tengo servidumbre de luz, *luminum*, si en mi pared tengo ventanas que caen á la area de mi vecino, y éste me promete no quitarles la luz edificando, esta servidumbre se llama de no impedir la luz, *ne luminibus efficiatur*.

De aquí se infiere, que la propiedad de la pared, en que se abra la ventana, ó en donde exista la ventana, determinará la clase de servidumbre revelada por ese signo.

Estos principios han sido acogidos por nuestros tribunales, como se ve en las sentencias de 30 de Junio de 1848, Gaceta de los Tribunales tom. 3, pag. 312; 11 de Mayo de 1859 id. pag. 779,—27 de Noviembre de 1868 Derecho tom. 2 pag. 163.—5 de Febrero de 1872 id. pag. 14 2 Epoca, Septiembre de 1874, en el Foro, tom. 3 pag. 19—9 de Noviembre de 74, id. pag. 14 2—17 de Noviembre de 1872 N. 59, y 3 de Marzo de 1873, tom. 20, n. 98.

La ventana entonces abierta en la pared medianera ó común no puede revelar mas que una servidumbre *luminum*, una servidumbre positiva.

Por tanto, la Sala al decir que existe la servidumbre de luz, sobre la casa Núm. 6 á favor de

la Núm. 5 no ha infringido la ley citada, porque no hay oposición entre esta y la sentencia recurrida, que es el requisito que exige la fra. I del art. 711 del Código de Procedimientos.

VIOLACION DE LA LEY 15 TIT. 31 PARTIDA 3ª

La Sra. Rodríguez Arena pretende que al declarar la sentencia con el Sr. Castro tiene adquirida la servidumbre de luz por prescripción viola la ley 15 que se cita, porque no siendo cierto que existe la servidumbre no pudo ganarse por el uso durante el tiempo fijado por esa ley de Partida.

Lo mismo que en los anteriores capítulos estudiaré desde luego la interposición del recurso

I.

INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.

Como se ha visto, el concepto de la violación consiste, en que determinando la ley 15 el tiempo que se requiere para adquirir por prescripción una servidumbre, malamente pudo ganar el Sr. Castro de la luz de que se trata, *porque esta servidumbre no existe.*

La queja pues se funda en hechos que la sentencia no consigna: los considerandos de ella demuestran lo contrario, y la parte resolutive, que es contra la que debe interponerse el recurso, consigna de un modo evidente la existencia de la servidumbre.

Hace por lo mismo, la Sra. recurrente, supuesto de la cuestión, y en consecuencia, inepto el recurso.

No puede justificarse la suposición, porque la recurrente haya reclamado la violación de la ley 2 del mismo título y partida, como lo hace en la primera parte del capítulo que se ha examinado antes, pues esa reclamación tiene por fundamento, el que se haya interpretado la citada ley segunda; mientras que en el presente caso, se trata de negar la existencia de la servidumbre, contra lo definido en la sentencia.

Para que fuera admisible el supuesto, sería necesario que se reclamara contra la apreciación material de la ejecutoria, y contra la estimación de la prueba que sirvió para declarar la existencia de la servidumbre.

Las sentencias de 16 y 17 de Noviembre de 1888, terminantemente declaran que se hace supuesto de la cuestión, y que el recurso está mal interpuesto cuando se funda la queja en un hecho que el tribunal no establece, sin atacar previamente la apreciación que se haga de las pruebas.

Admitiendo sin conceder, que el recurso no estuviera mal interpuesto por ese motivo, lo sería por este otro.

Si la servidumbre no existe, es notoriamente inaplicable la ley que se cita como infringida, pues malamente podría prescribirse lo que no existe.

Ya he demostrado, que cuando se invoca ley notoriamente inaplicable el recurso está mal interpuesto.

Siendo esto así, no puede verse en el fondo.

VIOLACION DE LA LEY 17 TIT. 31 PARTIDA 3ª PA.

Para fundar la violación de esta ley, sostiene la parte recurrente, que confundido el dominio de las casas núms. 5 y 6 del Mirador de la Alameda en un mismo dueño, que era el Clero, y dividido más tarde por virtud de las leyes de Reforma, no pudo adquirirse por prescripción la servidumbre que reconoce la sentencia: 1º porque la ley que cita prohíbe ese medio de adquirir la servidumbre, al dividirse el dominio común de los predios respectivos; 2º porque la ventana abierta en la pared divisoria, por donde se ejerce la servidumbre no es signo aparente de esta, sino conforme al Código Civil; 3º porque siendo negativa la servidumbre de que se trata, son palabras textuales, no puede adquirirse por la simple tolerancia la cuasi posesión de ella, sino desde que se rechaza por parte del dueño del predio dominante el obstáculo puesto por el del sirviente al ejercicio de la servidumbre, y en consecuencia, no pudo ser prescrita por falta de cuasi posesión, y 4º porque no siendo posible adquirir por prescripción la servidumbre sino hasta que estuvo vigente el Código Civil, se dice que comenzó esa prescripción desde el año de 1856 en que se dividió el dominio de los predios.

I

INTERPOSICION DEL RECURSO

Esta es á mi juicio correcta, porque se relacionan claramente el concepto en que se dice infringida la ley, la prevención de esta y la parte resolutive del fallo; y de esa relación se deduce que la ley citada fué infringida por la ejecutoria.

Los cuatro fundamentos que se invocan, no tienen otro objeto; todos ellos se emplean para demostrar que la servidumbre no puede ser adquirida por prescripción después que se dividió el dominio común de los predios en que está constituida, conforme á la inteligencia que la recurrente dá á esa ley.

La fracción I del art. 711 que es en la que funda el recurso, ampara pues su interposición.

II

PROCEDENCIA DEL RECURSO.

Atenta la disposición de la ley 17, copiada en el escrito en que se introduce el recurso, según

la cual, la servidumbre se extiende por confusión del dominio de los predios en que se ejerce, de tal modo, que aunque se divida ese dominio con posterioridad, no renace la servidumbre, á menos que se imponga nuevamente, ocurre preguntar, si es cierto, que esta ley prohíba que se adquiriera otra vez la servidumbre por medio de la prescripción, como lo sostiene la parte recurrente.

La parte final de la ley 17 que es la única invocada en el escrito de casación, no basta por sí sola para resolver la dificultad. Examinado el tenor de la ley puede comprenderse el espíritu del legislador D. Alfonso.

Después de haber declarado en la ley anterior que la servidumbre se pierde por la falta de uso durante el tiempo por ella prefijado, dispone en ésta lo siguiente: Perderse podrían aun las servidumbres en dos maneras, sin aquellas que de su uso [dijimos. Esas dos maneras son: Primero, cuando el dueño ó dueños del predio dominante libertan al predio sirviente de la servidumbre; Segundo, cuando se confunde el dominio de uno y otro predio.

El fin por tanto, de la ley, es definir dos modos por los cuales deja de existir la servidumbre. Estinguida esta, por uno de esos medios, no puede revivir según la ley, cuando se divide el dominio, sino es que se estipula así expresamente. "El maguer, dice, la enagene después ó la tenga para sí, de allí adelante nunca debe ser demandada, ni es obligada la cosa que así es comprada, á aquella servidumbre. FUERAS ENDE SI DESPUES DE ESTO FUESSE PUESTO NUEVAMENTE"

Como se ve, la ley nunca tuvo por objeto limitar los medios de adquisición de las servidumbres; tuvo un fin distinto, cual fué el de fijar dos medios que antes no había definido, para extinguir las servidumbres.

Si la ley condeye diciendo, que el predio sirviente queda obligado tan solo cuando después de dividido el dominio, FUERA PUESTA NUEVAMENTE LA SERVIDUMBRE, con esta final prevención dá más fuerza á todo el precepto, en el sentido de que el signo aparente de la servidumbre, cuando lo hay, no hace presumir el renacimiento de esta sino que es preciso la constitución expresar por los medios reconocidos para ese fin.

Los términos en que está concebida la ley no puede de ningún modo considerarse como restrictivos; lejos de ello demuestran que la servidumbre puede ponerse nuevamente después de dividido el dominio, y ésta frase general no excluye la prescripción.

La ley por tanto se limita á preceptuar que la división del dominio común no drecede por sí

sola, el restablecimiento de la servidumbre, es necesario para eso la constitución expresa de ella.

Y ciertamente no hay motivo plausible para que si el contrato celebrado en el momento de dividirse el dominio ó con posterioridad á él, basta establecer la servidumbre, no puedan tener esa eficacia el testamento ó la prescripción, según lo sostiene la señora recurrente, cuando el primer medio, lo mismo que los otros dos, son reconocidos en derecho como capaces para transmitir el dominio y para adquirir derechos reales.

Dividido el dominio, el prédio sirviente queda libre de todo gravámen, como si nunca lo hubiese tenido impuesto, y cuando el prédio ha sido siempre libre, la prescripción es medio legítimo para establecer la servidumbre.

No hay en la ley 17 una sola palabra que pueda interpretarse de manera que se considere al prédio que en una época fué sirviente de mejor condición que el prédio que siempre ha sido libre.

Esa mejor condición resultaría evidentemente, admitiendo que el prédio que una vez tuvo impuesta una servidumbre, que se extinguió por confusión, no puede ser gravado nuevamente con ella, sino por uno solo de los medios que el derecho establece para ese propósito, por el convenio.

La limitación que se pretende establecer, por otra parte, no puede concebirse, si se examinan los motivos que la ley tiene para declarar que la prescripción es un medio de adquirir las servidumbres.

El derecho romano, en esta materia, como en muchas otras, es guía seguro para buscar ese fundamento.

Si quis diuturno uso et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, decía Ulpiano, (Dig. 8 5 10) *non est ei necesse docere de jure quod aqua contituta sit, veluti ex legato vel alio modo: sed utilem habet actionem ut ostendat per annos forte ut usum se non vi, non clam, non precario poseedisse.*

El uso continuado y la posesión de largo tiempo de la servidumbre, como se vé, suplen el título con que esta fuera constituida, sin el poseedor disfruta de ella sin violencia, sin clandestinidad, precariamente.

Y por qué razón ese uso, esa posesión suplen el título; por qué hacen adquirir la servidumbre?

La ley romana también lo dice: *Ego puto*, enseña uno de los más afamados jurisconsultos *usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse* (Dig. 8 1 ley *quotiens*.)

Ahora bien, sabido es que la tradición era lo que entre los romanos transfería el dominio de las cosas: *traditionibus non pactis dominia rerum transferuntur*.

La posesión, el uso de la servidumbre por el tiempo designado por la ley, surten efecto de tradición, hacen adquirir el derecho real sobre la cosa: la posesión después de ser un hecho se convierte en un derecho.

Esta posesión, este uso continuado que son el fundamento de la prescripción están justificados científicamente en los siguientes términos por Laurent:

«La sociedad, dice, (Tom. 32 núm. 5) tiene interés en que la prescripción consolide las posesiones: esto es evidente; por esto se llama la patrona del género humano..... Si recibe este nombre es porque consolida las posesiones imprimiéndoles el carácter de un derecho. ¿Que otra cosa es en definitiva la propiedad privada? Ha comenzado á ser una posesión sin título.... Para que la sociedad fuera posible se necesita que la posesión de largo tiempo se convierta en un derecho. Sin esta base todo es incierto. Remontando de adquisición en adquisición el primer poseedor no tuvo otro título que su posesión. Si la propiedad puede fundarse en la posesión agrega, puede adquirirse también por medio de ella, contra el que deje de poseer. La sociedad puede decir á los propietarios: He sancionado vuestra posesión dándole el carácter de un derecho, pero este no es en el fondo sino una posesión reconocida y confirmada por la ley. Selo podeis seguir siendo propietarios bajo la condición de poseer. Si dejais esa posesión, vuestro derecho no tiene razón de ser. Tu derecho nuevo se forma, que debo respetar y consolidar como respeté y consolidé el vuestro.»

Si este es el fundamento de la prescripción, si ella surte efectos de tradición, si eleva á la categoría de derecho la posesión de largo tiempo y la pone enfrente del que ha dejado de poseer, claro es que tiene que consolidar y que reconocer como derecho adquirido el uso de una servidumbre después de dividido el dominio común de los predios en donde se ejerce.

Si el dueño del fundo que fué sirviente, después de que efectúa la división de los predios, deja de poseer ese predio en toda su integridad, si sabe y sufre que el dueño del predio dominante usa y por medio de este uso, está en ejercicio de la servidumbre que es la que desmiembra esa integridad por ese hecho deja que se forme un derecho, que disminuye y menoscaba el suyo de dominio.

Se vé entonces, que siendo ésta la base de la prescripción no puede sostenerse que la ley de Partida que se dice violada, haya podido excluir este medio de adquirir la servidumbre después que se divide la propiedad de los predios en que alguna vez estuvo constituida.

Hecha esta demostración no creo necesario ocuparme detenidamente de los otros tres fundamentos del capítulo de casación que examino.

Una referencia á ellos es á mi juicio bastante para demostrar, su falta de solidez.

Se dice que la servidumbre no puede adquirirse por prescripción, porque la ventana abierta en la pared divisoria no es signo aparente de servidumbre sino con arreglo al Código Civil.

El caso que está al debate no se rige sino por la ley antigua. Conforme á ésta las servidumbres no eran consideradas como en el derecho moderno, con el calificativo de aparentes ó no aparentes; se llamaban tan solo continuas y discontinuas. Las continuas podían adquirirse por medio de la prescripción de diez años entre presentes ó de veinte entre ausentes y las discontinuas por tiempo inmemorial, si no había justo título pues habiéndolo surtía efectos la prescripción ordinaria. Así lo enseña la ley 15, tít. 31, part. 3.ª

Como he demostrado antes, la servidumbre á que este juicio se refiere es la de luz, que por su naturaleza es continua, y ha podido prescribirse al amparo de la ley de Partida.

La ventana que revela la existencia de esa servidumbre, no tiene conforme á la antigua ley ningún valor para el efecto de la prescripción, sino es el que pueda producir como elemento probatorio que determine la época desde la cual comenzó la posesión de la servidumbre.

En el derecho moderno es en que la existencia de un signo aparente influye en la prescripción, puesto que si la servidumbre no está revelada de ese modo, aunque sea continua no puede adquirirse por medio del uso y de la posesión, sino tan solo para convenio ó por testamento.

El argumento pues que se funda en la existencia del signo no tiene eficacia.

Menos aún, la tienen los dos últimos que consisten en decir que la servidumbre de que se trata es negativa, no pudo adquirirse por prescripción sino hasta la vigencia del Código Civil.

En uno de los anteriores capítulos demostré que la servidumbre es positiva, porque es la de luz, ó *luminum*, y no la de no impedir la luz, *ne luminibus efficiatur*.

También he demostrado que la prescripción pudo comenzar desde el año de 1856.

En consecuencia, no debo cansar por más tiempo la atención de los SS. MM., repitiendo los motivos jurídicos que repugnan la tesis de la Sra. recurrente.

Espero pues, que los SS. MM., sabrán ver mejor que yo la improcedencia del recurso; que la sentencia de 2.ª instancia no ha violado ley ninguna, que las apreciaciones jurídicas en que descansa su parte resolutive son correctas y por fin, que las constancias de autos justifican semejante resolución.

Con esta confianza me retiro de la Sala, agradeciendo la benévola atención con que ha sido escuchado.

LIC. PEDRO LASCURAIN.

AVISO.

Se publicará un juicio crítico de toda obra jurídica de la cual envíe su autor 2 ejemplares á la Redacción.

Tip. Manero y Nava. Tiburcio Núm. 18.