

parece muy duro, porque los herederos pudieran no tener noticia alguna del pleito; pero de esa ignorancia ¿no debieran ser ellos mismos los únicos que sufriesen los efectos, como acontece en los negocios extra-judiciales?...

Si, por ejemplo, el antecesor compró un fundo, obligándose a pagar el precio dentro de seis meses, y a los cuatro meses fallece, y pasados los seis o más meses, el vendedor propone acción resolutoria contra los herederos, ¿podrían éstos alegar que no han tenido noticia del contrato, y que el vendedor ha debido notificarles, en cuanto falleció el comprador, para que siguiese corriendo respecto de ellos el plazo de pagar?...

A nadie se le ocurriría justificar esta excepción, ni considerarla admisible, puesto que, por el hecho de la muerte, pasan al heredero todos los derechos y obligaciones del antecesor, y por ese mismo hecho, queda el heredero en posesión legal de esos bienes y de todas las relaciones jurídicas de su causante. El heredero es, jurídicamente, la misma persona del causante; y su ignorancia de los negocios de éste, de ninguna manera puede perjudicar a terceros ni imponerles nuevas obligaciones; significa tanto como si el mismo interesado olvidara alguno de sus propios negocios.

Y si esto es lógico y muy razonable al tratarse de asuntos extra-judiciales, ¿por qué ha de ser absurdo, aplicado a un negocio judicial que el antecesor dejó pendiente?...

Desamamos, pues, llamar la atención del foro ilustrado a este grave y delicado asunto, a fin de que pueda adoptarse definitivamente la doctrina y la práctica que mejor consulten las diversas situaciones que pueden presentarse.

251.—Representación de la herencia cuando el que fallece ha dejado procurador.

Si la parte que fallece después de comenzado el juicio, tiene en él anoderado, éste sigue representado a los herederos, al tenor del Art. 71 que ya estudiaremos y del 2156 del Código Civil, y se obvia toda dificultad.

Al apoderado le toca entonces entenderse con los herederos, y no puede separarse sino después de que éstos o el curador de la herencia estén ya citados, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 63.

Y debería suspenderse la causa por ocho días?—No habría ley en que apoyarse, sino en una analogía algo forzada, salvo el caso de absoluciones, reconocimiento de firmas, etc., en que fuese necesaria la intervención personal del heredero.

LECCION V

PARTE LEGAL

• DEL ACTOR Y DEL DEMANDADO

SINOPSIS

252.—Definición de actor y demandado en el Art. 38.—Paralelo con el Código de 1869.—Referencias.

253.—Relación de los Arts. 39, 40, 41 y 42, sobre comparecencia de los incapaces.—Impropiedades en la redacción.—Historia de las reformas relativas a la mujer casada.—Referencias.

254.—¿Puede el padre representar al hijo de familia y el guardador al pupilo en los juicios de inventario y partición u otros en que también ellos tengan interés personal? Conceptos jurídicos de la contraposición de intereses.—Sentido y conclusiones de la ley de 1921.

255.—Arcaica regla relativa a los religiosos, en el Art. 43.—Sus antecedentes.—¿Quiénes son preladados?—Referencias.

256.—Derecho y capacidad de comparecer por procurador, según los Arts. 44 y 45.—Obligación de comparecer personalmente según el 46.—Puede librarse comisión para la diligencia de confesión? Gastos del viaje.

257.—Representación judicial de la herencia según el Art. 47.—Referencias.—Nuevas observaciones y conclusiones.

JURISPRUDENCIA

Caso 1º.—¿Quién es el actor en la controversia sobre adjudicación de minas o de aguas?

Caso 2º.—Actor en las tercerías.

- Caso 3º—Ratificación expresa o tácita de las gestiones judiciales de los incapaces.
- Caso 4º—Ratificación tácita en el juicio con mujer casada.
- Caso 5º—Ratificación de los actos de un mandatario incapaz.
- Caso 6º—Contraposición de intereses en juicio divisorio.—Curador ad litem designado por el menor.—Ratificación.
- Caso 7º—Curador ad litem del sordo-mudo.
- Caso 8º—Divorcio consensual.—Distinción entre curador especial y curador ad litem.
- Caso 9º—Divorcio consensual.—Distinción entre curador especial y curador ad litem.
- Caso 10º—Juicio de divorcio.—Necesidad de curador general o especial para el cónyuge menor de edad.
- Caso 11º—Curador ad litem en juicio de nulidad de matrimonio, promovido por el padre.
- Caso 12º—Mujer separada de bienes.—Su modo de comparecer en juicio.
- Caso 13º—Comparecencia en juicio de la mujer divorciada con subsistencia del vínculo.
- Caso 14º—Representación de la mujer que ha pasado a segundas nupcias.
- Caso 15º—Representación de los hijos de matrimonio anterior.
- Caso 16º—Mujer casada fallida.
- Caso 17º—Autorización judicial, supletoria a la mujer.
- Caso 18º—Contraposición de intereses entre el padre y los hijos en la partición.—Curador ad litem.
- Caso 19º—Contraposición de intereses en el inventario.
- Caso 20º—Juicios criminales.—Capacidad del menor.
- Caso 21º—Sociedades en liquidación.
- Caso 22º—Comisión para la confesión.

DESARROLLO

NOTAS, COMENTARIOS, REFERENCIAS

Art. 38

252.—Definición del actor y demandado.— Paralelo con el Código de 1869.— Referencias.

Antes de la última edición, practicada por la Academia de Abogados, de acuerdo con la Corte Suprema, este artículo decía: "Actor es el que propone una demanda en juicio, y demandado aquel contra quien se la intenta."

Las palabras **en juicio** fueron suprimidas por absolutamente innecesarias.

El Código del año 1869 decía: "Art. 91.—Actor es "el que demanda en juicio a otro; y reo es el demandado." Definición legal de **juicio** tenemos en el Art. 89; y de **demandado** en el 100. En el lugar respectivo haremos la explicación y el comentario de esas voces.

Sobre el valor jurídico de los términos **actor**, **demandado**, **parte**, **tercero**, etc. véase la Prop. 222.— Véanse también en Jurisprudencia los Casos 1º y 2º.

Arts. 39, 40, 41 y 42

253.—Relación de estos artículos entre sí.— Impropiiedades en la redacción.— Historia de las reformas relativas a la mujer casada.— Referencias.

La relación que tiene entre sí, estos cuatro artículos relativos a la comparecencia de los incapaces, hace necesario considerarlos unidamente en las notas, comentarios y referencias.

La mala redacción del N° 2º del Art. 39, hizo necesario el Art. 40 que lo corrigiese y explicase. En el vocablo jurídico **menor** se comprenden, tanto el **hijo de familia**, como el **emancipado** que no ha cumplido 21 años. Por consiguiente, mal podía decirse, de un modo general, que los menores no podían comparecer en juicio sino por medio de sus **guardadores**.

O se creyó, tal vez, que entre los guardadores se incluían también los padres de familia con relación a sus hijos; lo cual sería otro error, dada la acepción jurídica de esa palabra, según el Art. 328 del Código Civil.

Y el Art. 40, que, en su primera parte, corrige el defecto del precedente, dando la regla especial para los hijos de familia, adolece, en la segunda, de un defecto análogo; pues la cláusula y **los demás incapaces** etc., comprende aún a la mujer casada, que es persona incapaz no sujeta a tutela o curaduría.

Cierto que de estos defectos de redacción no se sigue ninguna dificultad práctica, porque sabido es que en el conflicto de dos leyes, le especial prevalece sobre la general. Y así, la primera parte del Art. 40, relativa al menor no emancipado, prevalece sobre el N° 2º del

Art. 39, que habla en general del menor; y el N° 1° de este mismo Art. 39, y el Art. 43, que tratan de la mujer casada, prevalecen también sobre la segunda parte del Art. 40, referente a todos los incapaces no sujetos a patria potestad, tutela ni curaduría. Pero es una verdadera incorrección el establecer conflictos innecesarios en las leyes, aun cuando su resolución sea obvia, y crear reglas generales y excepciones, cuando ha podido consignarse perfectamente el pensamiento del legislador en *dos disposiciones separadas y armónicas*.

Preferible era la redacción del Código de 69 (1), pero sería mejor redactar así los números del Art. 39:

1°—La mujer casada, etc;

2°—Los que se hallan bajo patria potestad, a no ser representados por el padre o madre que la ejerza;

3°—Cuantos estén o deban estar bajo tutela o curaduría, a no ser representados por sus tutores o curadores;

4°—Las personas jurídicas etc.

Con esto no habría necesidad del Art. 40.

La regla del Art. 42, copiada casi literalmente del Código Peruano en nuestro Código del año 78, nada decía de la mujer separada de bienes ni de la que, teniendo hijos bajo su patria potestad, pasare a segundas nupcias. Lo relativo a este segundo punto fue agregado por la legislatura de 1890, en vista de las controversias y dificultades que se presentaban en la práctica, como lo indicamos en el N° 232, caso 6° y lo veremos en Jurisp., casos 14° y 15°; y lo concerniente a la mujer separada de bienes, se consignó por la legislatura de 1911 en la ley especial "de la exclusión de bienes de la mujer casada", de donde lo tomó la comisión compuesta de la Corte Suprema y la Academia encargada de la última edición.

(1) Decía así este Código: "Art. 92.—No pueden comparecer en juicio como actores o reos:

1°—La mujer casada, sin licencia de su marido o del juez, según lo dispuesto en el Código Civil;

2°—El menor de edad; y

3°—Cuantos se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser representados por sus respectivos tutores o curadores.

Algunas cuestiones a que dan lugar las reglas relativas a la mujer casada, a los hijos de familia, a las personas sujetas a tutela o curaduría y a las personas jurídicas, fueron objeto del estudio hecho en las props. 227 y siguientes de la parte doctrinal. De otros puntos importantes relativos a la representación de las personas naturales incapaces y de las personas jurídicas, tratamos en la sección siguiente, a propósito del Art. 66.

254.—¿Pueden el padre representar al hijo de familia y el guardador al pupilo en los juicios de inventario y partición u otros en que también ellos tengan interés personal? ... ¿Puede un solo guardador representar a dos o más pupilos, en los mencionados juicios? ... Concepto jurídico de la contraposición de intereses.— Sentido y conclusiones de la ley de 1921.

De estos puntos trataremos ya ligeramente al estudiar las proposiciones 232, 237 y 241. Creemos, empero, necesario hacer alguna ampliación en este lugar, considerando en conjunto, para precisar mejor los conceptos y el verdadero sentido de la doctrina legal, en materia tan importante.

El principio de que no puede una persona representar en juicio intereses opuestos, si evidente en teoría, no estaba consignado de modo expreso en nuestras leyes, antes de la Legislatura de 1921. Se hacía sólo de él, una aplicación algún tanto vaga y oscura en los Arts. 402 y 2131 y otros del Código Civil; y en la práctica no era bien comprendido, ni uniformemente respetado; por lo cual, y por las discrepancias que se notaban aún en el foro ilustrado, como lo manifiestan los mismos fallos que luego transcribiremos (Jurisp. casos 6°, 18° y 19°) se consideró necesaria la declaración expresa que en el citado año se hizo en la reforma del Código de Enjuiciamiento que dice: "Art. 25.—Después del Art. 1079 póngase el siguiente: "Art. ... "En los juicios voluntarios o contenciosos en que el padre o la madre representen a los hijos de familia, no es necesaria la intervención del defensor.

“Esa representación no cabe cuando, por la naturaleza del asunto, haya entre el padre o madre y los hijos oposición de intereses.

“Art. . . . Si dos o más incapaces intervienen en un juicio de inventario o partición con otras personas, pueden tener un solo representante, en el caso de que dar entre sí indivisos, es decir, siempre que no haya entre ellos oposición de intereses, sin perjuicio de su derecho de hacer por separado la partición de lo que les toque en común.”

Nos queda, empero, para la práctica, la cuestión no siempre clara de saber qué es y en qué casos ocurre la oposición de intereses. Débese, ante todo, tener en cuenta que, no es lo mismo oposición de intereses que oposición de voluntades. Pueden, por el contrario, ser estas perfectamente conformes y estar aquellos perfectamente opuestos, como pasa en los contratos. Al vendedor le interesa el precio alto, el pago al contado, etc., y al comprador, el precio barato, los plazos cómodos, etc.

Esto mismo ocurre a veces en los asuntos judiciales, especialmente en los de jurisdicción voluntaria, llamados por los autores, contratos revestidos de formas judiciales. A cada uno de los partícipes en una división, le interesa que su cuota sea mayor; que se le adjudiquen en pago las mejores cosas; que para sus reintegros se le concedan plazos y facilidades, etc.; y por lo mismo cada uno es parte contraria de los otros, como lo son entre sí el comprador y el vendedor, por más que todos esos puntos se arreglen de común acuerdo.

Por la propia razón, si en un acto divisorio hay dos o más personas que van a quedar entre sí indivisas, constituyendo por decirlo así, una sola parte o un solo interés al frente de los demás partícipes, esas dos personas pueden y deben ser representadas por un personero o representante común.

En síntesis podemos, pues, decir que hay oposición de intereses entre dos o más personas cuando aquello que le conviene a la una parte le perjudica a la otra, o cuando el derecho de cada una de ellas pueda existir o mejorar en cualquier sentido, en cuanto desaparezca o empeore el de los otros.

Conforme a estas ideas, se hace fácil la resolución del punto jurídico en los juicios de partición; mas en cuanto al inventario se necesita, tal vez hacer distinciones. **Inventario** es la descripción estimativa del todo o de una parte de los bienes o hacienda de una persona, hecha, unas veces, con avalúo y otras sin él, y con ciertas formalidades más o menos solemnes.

En el inventario, en el mero inventario, es decir, en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, no se controvierte sobre derechos recíprocos; no se los **ventila**, si por ventilar se entiende disputar o contender y solicitar una decisión judicial; ni cabe tal disputa o contienda entre los interesados, sino cuando alguno de éstos reclama que se agreguen o excluyan ciertos bienes y otro se opone, o cuando se suscita cualquiera otra cuestión o incidente de carácter contencioso.

Pero allí mismo, dentro de la jurisdicción voluntaria, se sientan a veces, bases o antecedentes que sirven para deslindar esos derechos recíprocos; y esto basta, en nuestro concepto, para constituir verdadera contraposición. Si, por ejemplo, el testador, que deja cónyuge e hijos legítimos, asigna al primero la cuarta de libre disposición, y por cuenta de esta cuota le adjudica un fundo suyo, el inventario, que en los casos de sucesión por causa de muerte, debe hacerse con avalúo, entrará en contraposición de intereses entre el cónyuge sobreviviente y sus hijos; porque al primero le interesa que el fundo se tase barato para que quepa dentro de la cuarta y aun le quede saldo a su favor, mientras que a los segundos les conviene tasación cara, para que suceda lo contrario.

Si el testador dice que el fundo tal deja a fulano, debiendo éste dar a zutano la mitad del valor, existe también la misma contraposición; y en general, ésta se produce siempre que el testador hace adjudicaciones a sus herederos, porque cada adjudicatario queda interesado en que se tase barato lo suyo, y caro lo de los otros.

Aun en la sucesión intestada, en que el cónyuge reclama la porción conyugal, está directamente interesado en que se taseen barato sus bienes propios o sus ganancias y caro los del difunto; por cuanto, en razón de dicha porción no puede exigir sino lo que, computados

aqueellos bienes suyos, le falte para llenar la porción conyugal.

Y así en muchos otros casos de sucesión testada o intestada.

Otras veces puede no haber contraposición alguna de esa clase. Si, por ejemplo, el cónyuge no tiene bienes propios ni gananciales o concurre sólo como heredero, en la sucesión intestada; si se trata de partícipes que no tienen adjudicaciones hechas en testamento, etc., etc., resulta que, si el monto de los bienes sube o baja, aprovecha o perjudica en la misma proporción, a todos. En estos casos creemos también, que la mera expectativa de que en el juicio de partición se adjudiquen ciertas cosas a uno, y otras cosas o dinero a otro, no es suficiente para establecer verdadera contraposición en el juicio de inventario.

Por manera que, ateniéndonos estricta y rigurosamente al principio jurídico, sería, quizá, necesario hacer esas distinciones en los casos prácticos, para saber cuándo el padre puede representar a los hijos y cuándo no lo puede, en el juicio de inventario. Mas como esto podía ocasionar frecuentes dudas y complicados incidentes, para cuyo esclarecimiento se hacía indispensable adelantar, en el juicio de inventario, discusiones propias del de partición, parecía preferible adoptar una regla más clara y genérica, como la que, de acuerdo con la doctrina prevaliente en el Tribunal Supremo, se contiene en el último de los artículos de la reforma, arriba transcritos; de cuyo tenor y espíritu se infiere:

1º—Que en concepto del legislador puede haber oposición de intereses entre las partes, no sólo en la partición sino en el inventario mismo que ha de servir de base a la partición;

2º—Que no la hay entre dos o más personas que, por representar a una sola parte o por otra causa, van a quedar entre sí indivisas. Si, por ejemplo, habiendo dejado el difunto tres hijos legítimos y tres nietos, representantes de otro hijo pre-muerto, la herencia debe dividirse en cuatro partes, tres para los hijos vivos y una para los tres nietos, por indiviso. éstos, si son menores, tendrán un solo representante legal, bien así como, si mayores, deberán tener un mandatario común;

3º—Que, por el contrario, si el difunto ha dejado dos hijos vivos y dos nietos representantes de dos hijos muertos, cada uno de los nietos será parte diversa del otro, y no podrán los dos figurar en la causa por medio de un solo representante, sino en el caso de que, por convenio legal o por disposición testamentaria, los dos nietos deban quedar entre sí indivisos;

4º—Que si el inventario ha de servir, no para partición entre los menores, sino para otros fines en que el interés de ellos sea uno mismo, v. gr., para entregar sus bienes a un curador, para las segundas nupcias del padre o la madre bajo cuya potestad se encuentren, para separar el patrimonio del viudo o la viuda del de los hijos menores, liquidando la sociedad conyugal, los menores pueden y deben tener un solo representante en el juicio.

Art. 43

255.—Regla relativa a los religiosos.— Sus antecedentes.— Quienes son prelados.— Referencias.

Este artículo es literalmente igual al 98 del Código de 1869, sin más diferencia que la de que éste no tenía las palabras "ora demanden sus propios derechos", "ora los del convento", que fueron agregados el año 78.

El Código Peruano antiguo, que sirvió, en gran parte, de modelo al nuestro, como ya hemos recordado, decía en este punto:

"Art. 151.—No pueden demandar ni ser demandados personalmente los religiosos, sin licencia de su prelado".

Prelados son los superiores eclesiásticos constituidos en alguna dignidad, como Obispos, Arzobispos, etc. Corresponde también esta denominación a los superiores de los conventos o comunidades religiosas; y parece que en este sentido se ha tomado la palabra en el artículo que comentamos, para guardar armonía con las reglas canónicas.

Como comentario a este artículo, verdaderamente arcaico en el Derecho moderno, e incompatible con el sistema y el espíritu de nuestras actuales instituciones jurídicas, nos referimos a la proposición 247.

Arts. 44, 45 y 46

256.—Derecho y capacidad de comparecer por procurador.—Obligación de comparecer personalmente.—¿Puede librarse comisión para la diligencia de confesión?—Gastos del viaje.

Los dispuestos en los Arts. 44 y 45 (derecho y capacidad de nombrar procurador) nos parece más propio de la sección siguiente que versa sobre los Procuradores; y allí lo estudiaremos, de acuerdo con el programa. **Primera parte del Art. 46** (obligación de comparecer personalmente, aunque se tenga procurador). Por regla general, los litigantes, tengan o no apoderado, no están obligados a comparecer personalmente ante el juez sino en los casos a que se refiere este artículo. En los demás, como juicios verbales, inspecciones, inventarios, juntas, etc., la comparecencia es un derecho, un medio de defensa que interesa sólo a la misma parte y cuya omisión no da lugar a ninguna coacción judicial.

Cuando la parte tiene apoderado, puede comparecer personalmente, si así lo quiere; pero en las citaciones se cuenta con el apoderado (Art. 67). Si el apoderado tiene facultad para confesar, puede hacerlo válidamente (Arts. 56 y 281); pero el interesado en la diligencia tiene derecho de exigir que comparezca personalmente el mandante; y aun el juez puede ordenarlo de oficio, de acuerdo con los Arts. 148 y 320. Esto es lo que significa el artículo en su primera parte (1).

Segunda parte (deprecatario en caso de ausencia). Con respecto a esta parte, debemos recordar la doctrina sobre **comisiones, exhortos**, etc. estudiada en la proposición 86 (Tomo primero), y las observaciones que allí hi-

(1) Si en este caso, la citación debe hacerse al apoderado, para que haga comparecer al mandante, lo veremos al estudiar el Art. 67.

timos respecto de la deficiencia de nuestras leyes y de que, por mera costumbre o práctica tradicional, basado en lo establecido en otros países, empleábamos **comisión** para recomendar a un juez inferior la práctica de ciertas diligencias; **deprecatario** o **exhorto** para encargarlas a otro juez de igual jerarquía, y **oficio suplicatorio** para un juez superior.

De acuerdo con esto, se cree generalmente en nuestra práctica que, al decir el Art. 46 que si la parte está fuera del lugar del juicio, se librará deprecatorios para la confesión, da a entender: 1º que en este caso **lugar del juicio** es toda la circunscripción territorial en que el juez de la causa ejerce jurisdicción: 2º que, por lo mismo, si la parte está dentro de esa circunscripción, debe presentarse personalmente, aunque resida a mucha distancia: 3º que para la confesión no cabe comisión de los Alcaldes Cantonales a los Jueces Civiles del mismo cantón.

Debemos, empero, declarar que esta doctrina, generalmente admitida en el foro y apoyada por un fallo del Tribunal Supremo, que luego estudiaremos (caso 22) no nos satisface plenamente, por las consideraciones siguientes:

a).—Porque en las leyes no está precisado el concepto de **lugar del juicio**; y si por tal puede tenerse todo el territorio del juez—en cuyo caso, tratándose de asunto de mayor cuantía, sería todo el cantón, y de asunto que se ventilase en la Corte Superior, todo el distrito jurisdiccional de ésta—puede entenderse también que se refiere a la ciudad o población en que está el despacho judicial, como se entendía cuando la ley mandaba que, a residir las partes en los afueras del **lugar del juicio**, las notificaciones se les hiciesen por boleta en las puertas de la oficina.

b).—Porque tampoco tenemos definición legal de deprecatario (1), ni nuestra ley se ha preocupado de establecer distinción alguna entre deprecatario y **comi-**

(1) Esta palabra no se usa en el lenguaje jurídico español: ni el Diccionario de la Academia la admite como sustantivo. Se emplea, sí, la equivalente **suplicatorio** o **suplicatoria**, que etimológicamente significa lo mismo.

sión, y la distinción tradicional de que hemos hablado, refiérese sólo a la forma y a circunstancias accidentales. Cabe, por tanto, que el legislador, sin cuidarse mucho del sentido usual de esa palabra, la haya empleado sin intención de excluir el encargo que el Alcalde pudiera hacer a un Juez parroquial, para la confesión, como puede hacerlo para declaraciones de testigos.

c).—Porque, si bien al tratarse de funciones oficiales, debe entenderse—como lo hemos advertido muchas veces—que todo lo no autorizado o permitido está prohibido, esa autorización o permisión puede fundarse, no sólo en texto expreso de la ley, sino también en las deducciones a que ella da lugar o en sólidas razones de evidente analogía. Y en esas razones y deducciones se han fundado siempre los jueces y tribunales para reconocer la posibilidad legal de comisiones y exhortos, en muchos casos no previstos por la ley: para embargos, para apremios, para inventarios, juramento de peritos, etc., etc.

Si ningún juez puede funcionar fuera de su territorio, y si, por otra parte, la administración de justicia exige ineludiblemente en muchos casos, la intervención judicial en lugar diverso de aquel en que se sigue el juicio, no cabe ni concebir que no se pueda emplear legalmente el medio tan obvio y razonable de las comisiones y exhortos, reconocido y adoptado en todo el mundo, para que el juez territorial auxilie al de la causa en la práctica de las diligencias conducentes a la realización de ese objeto social, la administración de justicia.

Y si por esto y por motivos de analogía evidente, pueden haber comisiones o exhortos, no permitidos expresamente por la ley, pero tampoco prohibidos, como en los ejemplos mencionados, por las propias razones podría considerarse legalmente posible la comisión de los Alcaldes a los Jueces parroquiales para la práctica de la confesión.

d).—Porque si bien esta diligencia es más importante que la declaración de testigos, evidente es también que entre las dos hay más analogía que entre esta última y un embargo de bienes, un inventario, un reconocimiento de documentos, etc., diligencias en que se hace

uso de comisiones o deprecatorias, sin ley expresa que lo permita y sólo por razón de analogía.

e).—Porque si la confesión en lo civil es un servicio a la justicia, lo es de modo más directo e inmediato a la parte contraria; a la parte que, omisa, tal vez, o negligente, no cuidó de procurarse en tiempo oportuno los comprobantes de su derecho. Justo, por tanto, que si la parte que debe confesar reside en una parroquia distante, no se le obligue a realizar un viaje, acaso incómodo o costoso, desatendiendo a las propias ocupaciones e intereses, para prestar ese servicio a su adversario, y que éste se atenga, bien a la comisión al juez de la parroquia respectiva, bien a la traslación del Juzgado, a su costa.

f).—Finalmente, por la doctrina del mismo Tribunal Supremo, en orden al reconocimiento de documentos; diligencia que, según el Art. 46, está en idéntico caso que la confesión, y sin embargo puede ser encargada por los Alcaldes a los Jueces parroquiales de su cantón, según lo declaró y reconoció el Tribunal en la causa Martínez Cordero - Arzube ("Gaceta Judicial" Serie 1ª Nos. 21 y 90).

Por estas razones nos inclinamos a creer que sería conveniente cambiar de doctrina en esta materia, admitiendo la posibilidad de la comisión para la confesión. Y de todos modos consideramos indispensable se procure armonizar la doctrina, adoptando reglas claras y precisas, comprensivas de todos los casos en que puede ser indispensable recurrir a ese medio, mientras no tengamos, como debemos tener, en la ley un capítulo especial sobre la materia, (1) como lo tienen otras legislaciones y lo hemos recomendado más de una vez (Tomo 1º, Prop. 86).

Además, mientras no se realice ese cambio de doctrina, debe reconocerse también y admitirse que el liti-

(1) La Ley Orgánica tiene, entre sus disposiciones comunes, la siguiente, que no es común, como debiera ser, sijo especial para los tribunales: "Art. 212—Cuando deban practicarse diligencias judiciales fuera del lugar donde reside el tribunal, podrá éste cometerlas a los jueces y tribunales inferiores o a cualquier abogado".—Por manera que, respecto de los tribunales no cabe cuestión sobre que les es permitido expedir comisión para la diligencia de confesión, denominada más comunmente en nuestro foro abso-lución de posiciones.

gante que exige a su adversario trasladarse de una parroquia distante a la cabecera del cantón; debe abonarle los gastos de viaje, ya que no los perjuicios y molestias que le causa. Esto nos parece indiscutible.

Otro caso.—Si una de las partes reside en diverso cantón, debe expedirse deprecatorio para la confesión que le pida la otra parte, atento el tenor mismo del artículo que estudiamos. Pero si acontece que transitoria o momentáneamente concurre esa parte al lugar del juicio, y allí se le cita para la confesión, quedará obligada a permanecer hasta que la diligencia se practique, o podrá volverse a su domicilio, exigiendo que se libre el deprecatorio?... Se ha ofrecido esto en la práctica, y nuestra opinión se ha inclinado en el sentido de que la parte citada, mientras permanezca en el lugar, puede ser compelida a la confesión; mas no ser obligada a prolongar su ausencia para servir a su contrincente, proporcionándole ese medio de prueba.

Art. 47

257.—Representación judicial de la herencia.—Referencias.—Nuevas observaciones y conclusiones.

Al ocuparnos en las proposiciones 249 y 250, estudiamos:

a).—El objeto especial de esta disposición legal, sus antecedentes históricos y su relación con varias disposiciones del Código Civil:

b).—Las conclusiones o reglas prácticas que, de la combinación de la disposición adjetiva con las sustantivas se deducen:

c).—La aplicación que de ellas pudiera hacerse al caso de fallecer una de las partes litigantes durante el juicio:

d).—La conveniencia de la citación por edictos o de la presentación espontánea de los herederos.

Sintetizando y ampliando esas observaciones, juzgamos conveniente llamar la atención a los puntos siguientes:

1º—El primitivo artículo del Código Civil decía :

“Art. 1367.—Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos.”

Y el actual, redactado por la Corte Suprema, en vista de la reforma introducida en el Art. 278 del Código de Enjuiciamiento de 1879, correspondiente al 47 de la edición vigente:

“Art. 1367.—Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero éstos no podrán ser demandados ni ejecutados dentro de los ocho días subsiguientes al de la muerte de la persona a quien han sucedido.”

2º—Lo que los títulos ejecutivos contra el difunto lo son contra los herederos, es una perogrullada que, de consignarla el legislador, debía estar en el Código de Enjuiciamiento y no en el Civil:

3º—El artículo antiguo hablaba sólo de ejecuciones, y el actual de ejecuciones o demandas. Por tanto, la espera de los ocho días es indispensable para toda la demanda:

4º—El artículo antiguo hacía necesaria esa espera tanto para proponer ejecución como para continuarla; mas el actual, que, como hemos dicho, extiende la regla a toda demanda, nada dice de los litigios pendientes. Esto no obstante, consultando el espíritu de la ley, nos hemos inclinado a creer que el legislador no tuvo intención de hacer cambio a este respecto, y que, por lo mismo, para continuar contra los herederos un juicio pendiente, debese dejar pasar también los ocho días. Es un respeto a la calamidad doméstica, que naturalmente susperde el movimiento de los negocios, y no puede ser omitido por el Legislador dentro de las más elementales consideraciones de cortesía:

5º—Este respeto establecido en favor de los herederos del demandado, debe tenerse en cuenta también en favor de los del demandante que ha fallecido durante el juicio:

6º—Por lo demás, para determinar la persona con quien deba continuar el juicio pendiente, se tendrá en cuenta lo expuesto sobre la proposición 250:

7º—Con respecto a la regla o conclusión cuarta de la proposición 249, conviene notar que, atendiendo sólo a las reglas del Código Civil, el que intenta demandar a los herederos, no necesita para el mero efecto de obtener el nombramiento de curador de la herencia, hacer el requerimiento a los llamados a la sucesión, para que declaren si aceptan o no; le basta esperar los quince días desde la apertura de la sucesión, esto es, desde la muerte del causante. Si dentro de ese término no hay ningún heredero aceptante, el acreedor o quien quiera que necesite demandar a los herederos, puede pedir el nombramiento del curador. Art. 1230.

Ese requerimiento, es, sí, indispensable para los que se creen llamados en segundo grado a la sucesión.

Esto que, por una parte, es una gran facilidad para el demandante, por librarle hasta de la necesidad de averiguar quiénes sean los verdaderos herederos y dónde existen, bastándole la simple expectativa de los quince días, constituye, por otra parte, una grave dificultad, una casi imposibilidad, la de rendir prueba de que, durante los quince días, no ha habido ningún heredero aceptante. Qué prueba podría rendirse respecto de esa negación absoluta e ilimitada, si, conforme al Código Civil, el hecho positivo de la aceptación expresa o tácita puede efectuarse en cualquier momento y lugar y sin solemnidad alguna?...

Mas, atendiendo al tenor literal del Art. 47 adjetivo, parece que los acreedores no pueden pedir el nombramiento de curador de la herencia yaente, sino dentro del plazo de deliberar, que no comienza a correr sino desde el requerimiento hecho a los herederos para que acepten o no la herencia, conforme al Art. 1222 del Código Civil. Por esto, combinada la regla sustantiva con la adjetiva, dedujimos que el que intenta demandar debe comenzar por el requerimiento; y, hecho, contar los quince días, no desde el mismo requerimiento, sino desde la apertura de la sucesión. Por manera que el día mismo del requerimiento puede pedirse el nombramiento de curador, si, desde la apertura de la sucesión, han pasado quince días sin aceptación de la herencia.

Por lo demás, insistimos en la conveniencia de establecer formulas y trámites legales en el lugar de la aper-

tura de la sucesión, para hacer constar, de modo público y auténtico, el hecho de la aceptación; punto del cual ha prescindido nuestro Código de Enjuiciamiento y nos preocuparemos especialmente, cuando lleguemos a estudiar los juicios sucesorios.

JURISPRUDENCIA

CASO 1º

Actor o demandado en juicio de adjudicación.

¿Quién es actor en la controversia sobre adjudicación de minas?... (o de aguas?).

Pedida adjudicación de una mina, ante el Gobernador, con arreglo al Art. 176 del Código de minería, comparece un opositor; y, convertido así el asunto en contencioso, pasa al juez ordinario, conforme al Art. 177 del mismo Código. Se suspende la causa por tres años, y el interesado en la adjudicación de la mina, solicita se declare abandonada la instancia promovida por el opositor. Se admite esta petición en primera y segunda instancia; y la Corte Suprema revoca el fallo, fundándose en que, conforme al Art. 38 del Código de Enjuiciamiento, es actor el que solicitó la adjudicación de la mina, y el actor no puede pedir abandono de la instancia.—Salva el voto uno-de los Ministros.

Cuestiones enteramente análogas pueden presentarse en los juicios de adjudicación de aguas, en los que la demanda es también de jurisdicción voluntaria, pero se vuelve contenciosa si comparece algún opositor. Y como, dada la divergencia de opiniones en el Tribunal Supremo y la circunstancia de haberse admitido el abandono en primera y segunda instancia, resulta muy posible que un cambio en el personal de los Tribunales, pudiera hacer triunfar la doctrina que en esta vez fracasó, creemos necesario fijar la atención en los fundamentos aducidos por una y otra parte, y hacer un breve análisis al respecto.

PRIMERA INSTANCIA

Riobamba, 18 de Octubre de 1917, las diez de la mañana.—Vistos: La oposición de fojas 2 equivale a una demanda; y como ha dejado de continuarse por más de tres años, es procedente el abandono solicitado a fojas 8. Por tanto, declárase abandonada la oposición consignada en la petición de fojas 2 siendo responsable de las costas la Municipalidad de Alausi, y por ésta su Procurador Síndico. Declárase legítimada la per-sonería del doctor Isaac Alvarez.—Robalino.—Alzamora.

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, 13 de Diciembre de 1917, las tres p. m.—Vistos: Hecha la denuncia de mina de azufre por Luis M. Maldonado ante el Gobernador, se opuso el Procurador Municipal alegando derechos exclusivos del Municipio a quien representaba. Esta oposición puso término, o suspendió, mejor dicho, la atribución del Gobernador para continuar el procedimiento sumario y de jurisdicción voluntaria, como si dijéramos, y pasó al Juez ordinario la oposición para que siga la sustanciación correspondiente. De la oposición se dió traslado al denunciante, porque la demanda propiamente es esa oposición en que se alega el dominio y se pide que lo declare el Juez ordinario. Por tanto, se confirma con costas el auto apelado, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 453 del Código de Procedimientos Civiles. Como el Procurador Municipal apela antipedidamente para el caso de que el fallo le sea desfavorable, se concede el recurso de tercera instancia, debiendo elevar el proceso al Tribunal Supremo, previa observancia de las solemnidades legales.—Vallejo G.—León.—Terán.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 14 de 1918, a las dos de la tarde.—Vistos: El escrito de la foja primera contiene la demanda por la cual Luis M. Maldonado solicita la adjudicación de la mina denunciada. Esa demanda, declarada ante el Gobernador del Chimborazo, conforme al Art. 186 del Código de Minería, pasó, por la oposición de fojas 2 y lo dispuesto en el Art. 177 del propio Código, para que se susanciara la causa, como lo prescribe el mismo artículo. Según el 38 del Código de enjuiciamientos, actor es el que propone una demanda en juicio; y, en el caso, esa calidad corresponde a Maldonado, que solicita la adjudicación de la mina, no a la Municipalidad de Alausi, que se opone a la pretensión de aquél. La Municipalidad tiene la calidad de demandada, ya se atienda a que Maldonado acudió al Gobernador en demanda de la adjudicación de la mina, ya a que, al inibirse esa Autoridad del conocimiento de la causa, él mismo solicita del Juez ordinario la mencionada adjudicación; y la oposición de fojas 2 y 7, antes que una demanda, contiene la respuesta a la de la foja primera. Ante lo expuesto, es inadmisible la solicitud de fojas 8, como presentada por el demandante; y lo es, también, la de fojas 9, por presentada después de aquella; y, por consiguiente, cuando, por lo

dispuesto en el Art. 452 del segundo de los Códigos citados, no puede considerarse vencido el término señalado, por la ley, para que surta el abandono de la primera instancia. En esta virtud, revocado el auto recurrido, se deniegan las solicitudes de fojas 8 y 9. Legalizado este papel, devuélvanse.—Pino.—Cárdenas.—Peñaherrera.—Albán Mestanza.—Pérez.

VOTO SALVADO

Quito, a 14 de Junio de 1918, a las dos de la tarde.—Vistos: El escrito de denuncia presentado por Luis M. Maldonado ante el Gobernador de la provincia del Chimborazo, no contiene ni el pedimento de la declaración de un derecho, ni la determinación de la persona a quien se exige, por haberlo violado, el cumplimiento de una obligación, circunstancias que constituyen la acción judicial y dan la situación jurídica de actor a la persona que la propone en un juicio contencioso. La indicada solicitud tiene por objeto tan sólo conseguir de la autoridad administrativa, mediante la denuncia, la concesión que la ley expresamente la declara, en tratándose de un bien que se considera corresponder a la Nación; mas la oposición del Concejo Municipal de Alausi a la indicada denuncia, es lo que ha motivado la controversia judicial ante la jurisdicción ordinaria y contenciosa; y en esta se contiene una verdadera acción, porque el indicado Concejo, que alega el derecho de propiedad, de la mina denunciada, pide, al propio tiempo, se declare la obligación de respetar ese derecho quien presentó la denuncia respecto de la mina de azufre, que el Concejo la reclama como suya y está excluida, por esto, de ser adjudicada al denunciante; condiciones todas que demuestran, en el presente juicio, el carácter de actor para el Concejo. En virtud de estos antecedentes, y de lo expuesto por la Corte Superior de Riobamba, se confirma con costas, el fallo apelado; más las costas no son de cargo personal del Síndico.—Modesto A. Peñaherrera.—Pino.—Cárdenas.—Albán Mestanza.—Pérez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 214, pág. 2948).

A primera vista, parecen decisivas las razones con que el voto salvado confirma los fallos de primera y segunda instancia; mas reflexionando despacio, nos inclinamos en favor de la doctrina contraria, que prevaleció en la Corte Suprema, y nos fundamos en que la oposición, por su naturaleza misma, no es acción; no es ataque; es defensa; y el que se defiende contra un ataque judicial, no puede llamarse actor sino demandado.

Un mismo derecho puede presentarse, como lo hemos observado otras veces, ya en actitud ofensiva, ya en la defensiva: puede ser acción o excepción, según la forma en que se actúe judicialmente. Y, alegando en forma

defensiva, puede, sin embargo, pretender la innovación de un estado de cosas que se lo tendrá como legítimo, si ese derecho no se justifica plenamente. En este sentido, es decir, para el mero efecto de la obligación de probar, dijeron los romanos: **reus in exceptione fit actor.**

Si al que demanda el pago de una cantidad prestada, se le contesta confesando el préstamo, pero alegando la excepción de pago, de novación, etc., el reo se convierte en actor, en cuanto a que, si no prueba esa excepción, con la que intenta innovar el estado de obligación, proventiente del préstamo confesado, la sentencia le será condenatoria. **Actore non probante, reus solvitur.** Pero ese mismo reo, así considerado como actor, en cuanto, por medio de sus excepciones intenta innovar, como parte que interviene en el juicio, es y no deja de ser demandado.

Del mismo modo, si alguien pide la adjudicación de una mina, fundándose en que las minas, por regla general, son baldías o pertenecientes al Estado y adjudicables al que las denuncia, es actor en el juicio; y no deja de serlo porque se le presente un opositor, alegando derechos adquiridos sobre la misma cosa; por más que el opositor tenga obligación de comprobar su derecho, y para este efecto, se le considere como actor.

Cuando la jurisdicción voluntaria se convierte en contenciosa, no se cambian los papeles de las partes, ni se forma un nuevo juicio, diverso del anterior. La misma demanda de jurisdicción voluntaria, se convierte en contenciosa: se supone que el actor la ha intentado directamente contra el opositor; aquél ataca y éste se defiende; y si la defensa se justifica legalmente, la sentencia rechaza la demanda; niega la adjudicación.

El juicio, así voluntario como contencioso, es de adjudicación de la mina; porque en la sentencia se ha de conceder o negar la adjudicación; y por lo mismo, si se lo suspende por tres años, podrá declararse abandonada la demanda de adjudicación, mas no la oposición.

En idéntico sentido opinaríamos en el caso de adjudicación de aguas. Pero diríamos lo contrario al tratar de las **excepciones** que, después del juicio de coactiva, deduce el ejecutado. Allí sí tenemos dos juicios contenciosos, sumario el uno, ordinario el otro. El primero termina con el pago; y en el segundo, que tiene por objeto

la restitución de lo pagado, se ventila la acción de **pago indebido**: el derecho del ejecutado se actúa en forma de ataque; y la sentencia ha de absolver o condenar al empleado recaudador.

Este empleado podría, por tanto, alegar el abandono, si se suspendiera la primera instancia por más de tres años (1).

CASO 2º

Actor en las tercerías.

En las tercerías excluyentes, el tercerista es actor, y son demandados el ejecutante y el ejecutado.

Este punto, entre otros de mayor importancia, resolvió el Tribunal Supremo, en el juicio Ribadeneira-Espinosa; y por ser muy obvio, reservamos transcribir las sentencias, cuando nos ocupemos en el estudio de las excepciones y de las tercerías.—“Gaceta Judicial”, Serie Cuarta, Nº 106.

CASO 3º

Ratificación expresa o tácita.

Cabe ratificación expresa o tácita de las gestiones judiciales de los incapaces.

En el juicio Salas - Montalvo, resolvió el Tribunal Supremo, revocando el fallo de la Corte Superior de Quito, que desde que el curador ad litem de un menor interviene en la prosecución de una causa, ratifica, tácitamente, la demanda deducida antes de su intervención.

Los fallos son del tenor siguiente:

(1) Esto se escribió antes de la reforma de 1921, según la cual, basta la suspensión de treinta días para que el juicio de excepciones quede terminado (Art. 23).

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Abril de 1924, las tres p. m.—Vistos: Por presentadas las partidas de matrimonio de Manuel M. López con la demandada y de bautismo de Ubaldo o Humberto Salas, estudiando la causa para resolver sobre lo principal, se nota haberse incurrido en las siguientes faltas sustanciales: 1º la demanda fué deducida por el menor Salas y el mismo presentó posteriormente el escrito de fojas 3 sobre litis expensas, ha por una persona incapaz, sin que siguiera hubiese intervenido la ratificación del curador *ad litem*; 2º citada la demandada Carmen Montalvo con dicha demanda y el consiguiente auto de prueba, alegó la incompetencia del Juez por razón del domicilio de aquella, solicitando expresamente la inhibición de éste, lo cual constituía un artículo de previo pronunciamiento, que obstaba el progreso del juicio sobre lo principal mientras no quedase determinada dicha competencia; pues, los artículos de esta índole suspenden por su naturaleza todo término, por el ministerio de la ley, según lo dispuesto en el Art. 355 del Código de procedimientos en materia civil, si bien los términos perentorios no pueden ser suspendidos por el Juez. Por lo expuesto, habiéndose incurrido en dichas faltas sustanciales que apuntan los números 1º y 2º del Art. 400 del Código de enjuiciamientos, se declara nulo lo obrado, reponiéndose la causa al estado de fojas 2, en que el Juez cerciorándose previamente por los medios legales de la minoridad de Humberto Salas le proveya de un curador, para que reproduzca la demanda sobre lo principal, si cree conveniente a los intereses del pupilo. La reposición es a costa del asesor doctor Tomás Paredes B. Conviértanse al sello de curata clase todos los folios de este proceso que no lo llevan antes de curar bajo el proceso al Juez inferior.—León.—Vallejo G.—Terán.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 12 de 1915, a las tres de la tarde.—Vistos: Desde que Daniel Naranjo, curador *ad litem* de Humberto Salas, intervino en la prosecución de la causa, ratificó, tácitamente, la demanda de la foja primera; y, ya por lo expuesto en el auto de fojas 31, ya porque, dada la naturaleza del juicio, no era del caso, discutir, previamente, sobre la jurisdicción, no es legal el fundamento aducido, por la Corte de Riobamba, en orden a la incompetencia alegada en apoyo de la nulidad del proceso. Por tanto, revocado el auto recurrido, en la parte materia del recurso de tercera instancia, se exonera al asesor doctor Paredes del pago de costas. Devuélvase.—Pino.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Maza.—Escudero.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 122, pág. 2212).

CASO 4º

Ratificación tácita.

Es válido el proceso seguido con una mujer casada, si en el juicio ha figurado también el marido.

Esto, que es muy obvio, se declaró en el juicio de Javier Carrión contra el doctor Francisco Dávila y otros. No transcribimos los fallos porque lo consideramos innecesario por ahora.

CASO 5º

Ratificación de los actos de un mandatario incapaz.

No pueden validarse, por la ratificación, los actos que ejecute como apoderado, una persona legalmente incapaz de serlo; porque tales actos son absolutamente nulos.

Así lo resolvieron nuestros tribunales en la causa de Benjamín Lombeida contra Luis del Pozo F. (Serie 2ª, N° 75, pág. 597); y en la Murriel - Beltrán (Serie 3ª, N° 137, pág. 2330). Reservamos transcribir y comentar los fallos, cuando estudiemos la sección Segunda de este mismo Título "De los Procuradores", y la que trata del recurso de nulidad. Lo citamos ahora, simplemente para hacer notar que los tribunales han recurrido a la distinción sustantiva de las nulidades en absolutas y relativas, para resolver la cuestión esencialmente adjetiva de la validación de las actuaciones judiciales por medio de la ratificación, cuando la nulidad ha provenido de ilegitimidad de personería; lo cual no nos parece admisible.

CASO 6º

Contraposición de intereses en juicio de partición.—Curador *ad litem* designado por el menor.—Ratificación.

Si los intereses del curador u otro representante legal son contrapuestos a los del representado, debe éste

figurar en el juicio por medio de un curador ad litem, y en el nombramiento del curador ad litem deben cumplirse las solemnidades del Art. 426 del Código Civil (designación de la persona por el menor y audiencia del defensor de menores).— La ratificación del curador legalmente nombrado, válida las gestiones del que lo fue ilegalmente.— Voto salvado en el sentido de que el curador ad litem puede ser nombrado por el juez, libremente.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Juzgado Segundo Municipal de Ibarra. (Asesorado en Quito).— Mayo 4 de 1918; las doce m.—Vistos: En el escrito de la foja primera se expresó que Zoila Victoria León, menor de edad, carece de representante legal y se pidió que, por ello, se le nombrara un curador ad litem. El Juzgado, en el decreto de la foja segunda, acogió tal solicitud y nombró curador ad litem a Manuel León.—No era el caso de nombrarle tal curador a quien no tenía representante legal, sino que debió nombrarse un guardador general; puesto que el curador ad litem no es representante legal y debe intervenir tan sólo en un litigio cuando hay intereses contrapuestos entre el representante legal y el representado, o entre el guardador y el pupilo; lo cual no sucede en el presente caso.— El curador ad litem no pudo, pues, representar a Zoila Victoria León en el presente juicio, tanto más cuanto que se trataba de la división de un patrimonio.—De lo expuesto, aparece, pues, que Zoila Victoria León no ha estado legalmente representada en el presente juicio y que, por lo mismo, es nulo desde la foja tercera en que intervinó Manuel León.—Declarase la nulidad a costa del asesor que ha aconsejado al infrascripto Juez, hasta cuando legalmente fue recusado, como lo fue en el escrito de la foja 30.—Benalcázar.—Bojia.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Abril 12 de 1919; las cuatro p. m.—Vistos: Puesto que José Corrales, curador general de la menor Zoila Victoria León, cuyo discernimiento se ha presentado en esta segunda instancia, ratifica todo lo hecho en este juicio por Manuel León, curador ad litem de dicha menor, se hace innecesario considerar los fundamentos del auto de fojas 32 de cuatro de Mayo de mil novecientos diez y ocho, único que ha venido en grado en la causa de partición de los bienes de Antonio Dávila. Por tanto se revoca el mencionado auto. Sin costas. Devuélvase.—Calisto M.—Darquea.—Carrera Andrade.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a las cuatro de la tarde del trece de Septiembre de mil novecientos diez y nueve.—Vistos: José Corrales, curador general de la me-

nor Zoila Victoria León, no puede representarla en este juicio, porque los intereses de los dos son contrapuestos; por lo cual, no surte efecto alguno la ratificación de dicho curador. Los incapaces que no están bajo patria potestad, tutela o curaduría, deben ser representados en juicio por el curador que se les dé a este propósito (Art. 40 del Código de Enjuiciamiento Civil). Al iniciarse este juicio, fue, pues, el caso de que se nombrase curador ad litem para la menor Zoila Victoria León; nombramiento que, por ser ella adulta, según lo manifiesta la partida de la foja 41, debió hacerse conforme a lo prescrito en el Art. 426 del Código Civil. Como Manuel León no fue nombrado para ese cargo de la manera prescrita en esta disposición legal, su nombramiento fue nulo; y, en consecuencia, es nulo el proceso, por no haber estado legítimamente representada la menor adulta Zoila Victoria León. De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 407 y 411 del Código de Enjuiciamiento Civil, revocándose el auto recurrido, se declara dicha nulidad, y se ordena que, a costa del asesor doctor Víctor Gómez Jurado, se reponga el proceso al estado en que estuvo cuando debió nombrarse curador ad litem para la mencionada menor.—Póngase, separadamente, al despacho del Tribunal, copia de la escritura de fojas 25—27, para los efectos de la atribución 19 del Art. 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Devuélvase.—Cárdenas.—Albón Mestanza.—Peñaherrera.—Vásquez.—Ponce.

Pedida revocación, se expidió el auto siguiente:

Quito, a 14 de Noviembre de 1919, a las dos de la tarde.—Vistos: Negada en el auto de la foja 16 vuelta, la nulidad que Leonardo Federico Cevallos, como mandatario de Francisca de la Fuente, había pedido que se declarase, por no ratificar su mandante las gestiones de Joaquín Guerrero Dávila, Cevallos, en el escrito de la foja 18, solicitó que se revocase dicho auto. En el de 10 de Mayo de 1918 (foja 32), se anuló el proceso, desde la foja 3, fundándose el Juzgado en que la menor Zoila Victoria León había sido representada por un curador ad litem, cuando hubo de nombrársele curador general. Por apelación de José Corrales, Antonio Suárez y otros, interpuesta en el escrito de la foja 34, subió el proceso a la Corte Superior de Quito, cuya Primera Sala, en auto de 12 de Abril de 1919 (fojas 53), declaró que, por cuanto José Corrales, curador general de la menor Zoila Victoria León, cuyo discernimiento se había presentado en la segunda instancia, ratifica todo lo hecho en este juicio por Manuel León, curador ad litem de dicha menor, se hacía innecesario considerar los fundamentos del auto de la foja 32, único que le había subido en grado; y por esta consideración, lo revocó, absteniéndose de anular el proceso por otros motivos. Leonardo Federico Cevallos interpuso recurso de tercera instancia; y este Tribunal, en auto de 13 del último Septiembre, declaró: 1º Que José Corrales curador general de la menor Zoila Victoria León, no podía representarla en este juicio, porque los intereses de los dos son contrapuestos; por lo cual no surte efecto alguno la ratificación de dicho curador; 2º Que los incapaces que no están bajo patria potestad, tutela y curaduría, deben ser representados

en juicio por el curador que se les dé a este propósito, es decir, por un curador ad litem, por lo prescrito en el Art. 40 del Código de Enjuiciamiento Civil; pero que el nombramiento de este curador, en el caso actual, por ser adulta la menor Zoila Victoria León, debió haberse hecho de conformidad con lo dispuesto en el Art. 426 del Código Civil. Y por no haberse lo hecho de esta manera, revocándose el auto de la Corte Superior, se anuló el proceso, por no haber estado legítimamente representada aquella menor, absteniéndose el Tribunal de anularlo por otros motivos, con lo cual confirmó, en este punto, el juicio de la Corte Superior. Dentro del respectivo término, en el escrito de la foja 66, Rodolfo Pazos pidió la revocación de este último auto, a nombre de la menor y de Joaquín Guerrero, con protesta de presentar el poder o la ratificación que legitimase su personería; revocación a que se opuso J. I. Larrea, por Leonardo Federico Cevallos, alegando el Art. 338 del Código de Enjuiciamiento Civil. La nulidad declarada por este Tribunal en el auto de cuya revocación se trata, fue declarada por la primera vez en la tercera instancia, lejos de ser punto que hubiese subido en grado; y el que, por consecuencia de tal declaración de nulidad, quedase revocado el auto de la Corte Superior, no implica que el de la Suprema, en el punto dicho, no esté comprendido en la segunda parte del citado Art. 338. Además, tratándose de nulidad declarada por falta de personería, es aplicable la disposición especial del Art. 416 del Código de Enjuiciamiento Civil, que comprende aún el caso de que el Superior hubiese confirmado la nulidad declarada por el Interior. De estas últimas consideraciones se sigue, que la declaración de nulidad hecha en el auto de 13 de Septiembre de este año, es revocable; y tocante a la revocación solicitada, se considera: 1º Después de que los títulos XVIII, XIX y XX del Código Civil se trata "De las Tutelas y Curadurías en general", "De las Diligencias y Formalidades que deben preceder al ejercicio de la Tutela o Curaduría", y "De la Administración de los Tutores y Curadores relativamente a los bienes", en los títulos subsiguientes se trata de las "Reglas Especiales relativas a la Tutela", de las "Reglas Especiales relativas a la Curaduría del Menor", de las "Reglas Especiales relativas a la Curaduría del Demente", de las "Reglas Especiales relativas a la Curaduría del Sordomudo", de las "Reglas Especiales de las Curadurías de Bienes", de las "Reglas Especiales de los Curadores Adjuntos" y de las "Reglas Especiales de los Curadores Especiales". La especialidad de cada grupo de estas leyes especiales se determina desde el punto de vista expresado en el respectivo título; y las de cada grupo prevalecen, como especiales respecto de lo que es su objeto o materia propia: 2º No hay razón alguna para afirmar que todas las reglas especiales del título XXII, relativas a la curaduría del menor, son aplicables únicamente a la curaduría general; antes, tal afirmación sería contradictoria de lo que expresamente se declara en el Art. 425, primero de aquel título: "La curaduría del menor, de que se trata en este título, es aquella a que, sólo por razón de su edad, está sujeto el adulto emancipado". Así la curaduría general como la especial, para el adulto emancipado, son curadurías a que el adulto emancipado está sujeto sólo por razón de su edad: 3º En las reglas especiales del título XXVIII—"De los Curadores Especia-

les"—, nada hay contrario a que el nombramiento de los curadores ad litem para los menores adultos emancipados deba hacerse de la manera prescrita en el Art. 426. No lo es el que la curaduría ad litem sea dativa, como toda curaduría especial; porque también el Art. 426 se refiere a curadurías dativas. Tampoco lo es el que los curadores para pleito o ad litem son dados por la Judicatura que conoce en el pleito; porque el Juez que conoce en el pleito puede darlos con los requisitos determinados en el Art. 426. Las especialidades aplicables a los curadores ad litem, en cuanto curadores especiales, son: la de que debérselos, no cualquier Juez a cuya jurisdicción esté sujeto el menor, sino el Juez que conoce en el pleito, y la de no estar obligado el curador ad litem a formar inventario; y ni a la una ni a la otra se oponen las prescripciones del Art. 426: 4º En el caso en que se quiera demandar a un menor adulto emancipado que no tiene curador general, el demandante, en la demanda misma, debe pedir al Juez que nombre curador ad litem para el menor demandado, y el Juez, para nombrarlo, debe cumplir con las prescripciones del Art. 426, una de las cuales es que si el menor no designa la persona, la designará el Juez: 5º Si del tenor literal de la ley, como de su contexto y sistema, se deduce la necesidad de aplicar el nombramiento de curadores ad litem para menores adultos emancipados las disposiciones del Art. 426, tal necesidad corresponde también a la importancia del cargo de curador ad litem, ya que en un juicio puede resolverse de gran parte de los bienes del menor, y aun quizá de todo su patrimonio: no habría motivo razonable alguno para dar al menor adulto emancipado la facultad de designar la persona que ha de ser su curador general, y no darla para designar la que ha de ser su curador ad litem; y 6º Si las razones de los números precedentes justifican y demuestran el fundamento jurídico del auto de 13 de Septiembre: el hecho de que Segundo D. Yasejga, curador general últimamente nombrado para la menor Zoila Victoria León, por renuncia de José Corrales, apruebe y ratifica lo hecho en el juicio por el curador ad litem Manuel León, como apruebe y ratifica lo hecho a nombre de aquella por Rodolfo Pazos, pone la cuestión en el caso previsto en el Art. 417 del Código de Enjuiciamiento Civil. Revócase, por esto, el auto de 13 de Septiembre de este año, en cuanto en él se declara la nulidad del proceso, y se ordena que éste, que no adolece de nulidad sea devuelto al Interior, para que se continúe el curso legal. Legalicese este pliego.—Cárdenas.—Albán Mesa-tanza.—Peñaherrera.—Vásquez.—Ponce.

VOTO SALVADO

Quito, a 13 de Setiembre de 1919; a las cuatro de la tarde.—Vistos: Las reglas del título XXII del libro primero del Código Civil son aplicables, únicamente, a la curaduría general del menor, esto es, a aquella curaduría a que, sólo por razón de su edad, está sujeto el menor emancipado, como así lo manifiesta el contexto de las mencionadas reglas; y por lo mismo de especiales, no pueden aplicarse a la curaduría ad litem, sujetas a las disposiciones del título XXVIII del citado libro, también especiales, según las cuales es el Juez que conoce en el litigio quien debe nombrar libremente el curador, sin consideración a que sea púber,

impíber o menor adulta la persona a quien va él a representar. La curaduría ad litem es *dativa*; pero de que lo sea, no se sigue que respecto de ella deban regir las reglas del título XXII ni las del parágrafo 4º del título XVIII, porque esas reglas se han establecido en consideración al objeto de la curaduría a que se refieren, el cual comprende así la administración de los bienes del pupilo como su cuidado personal; a diferencia de la curaduría ad litem que como su nombre lo dice, no tiene otro objeto que la representación del pupilo en el juicio durante él, y que, por su propia naturaleza, hacía innecesaria ninguna formalidad que no fuese la de que el curador lo nombrase el Juez del litigio. En consecuencia, el nombramiento de Manuel León para curador ad litem de la menor Zoila Victoria León Pasquel, sin que ésta lo hubiese indicado previamente, es válido, y ya por esto, ya porque no existe la nulidad del proceso alegada por la falta de ratificación de Francisca de la Fuente, se confirma, con costas, el auto de que se ha recurrido.—*B. Albán Mestanza—Cárdenas.—Peñaherrera.—Vásconez.—Ponce.—El Secretario, — Tío A. Rodríguez.*

Quito, Noviembre 14 de 1919; a las dos de la tarde.—*Visos:* Si bien el suscrito Ministro Belisario Albán Mestanza, no acepta las consideraciones del auto de revocación expedido hoy por el Tribunal opuestas a las del voto salvado de fojas 38, por las otras; opina por la revocación.—*B. Albán Mestanza—Cárdenas.—Peñaherrera.—Vásconez.—Ponce. — El Secretario,—Tío A. Rodríguez.*

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 111, pág. 889).

Tres importantes resoluciones contiene este fallo:

1ª—En caso de oposición de intereses, no puede el representante figurar en juicio a nombre del representado, aunque los dos no tengan las calidades de actor y demandado, respectivamente:

2ª—El curador ad litem debe ser nombrado con los requisitos del Art. 426, esto es, por elección del menor y con audiencia del Defensor:

3ª—El curador legalmente nombrado puede ratificar los actos del que lo fue ilegalmente.

Sobre la primera, perfectamente conforme con la doctrina que hemos expuesto al tratar de la prop. 254, nada tenemos que observar. El principio jurídico de que una persona no puede representar en juicio intereses opuestos, no estaba todavía reconocido por la ley de modo expreso, cuando se expidió este fallo; pero su indiscutible evidencia hizo que se lo aplicara entonces, sin dificultad ni resistencia, como se lo aplicó en varios otros

casos. La discusión versaba sólo sobre si existía o no verdadera oposición de intereses en determinados asuntos judiciales, es decir, sobre la premisa menor del silogismo, según lo indicamos en el lugar respectivo.

Segunda resolución.—Con respecto al modo de hacer el nombramiento de curador ad litem, la práctica tradicional había consagrado la doctrina aducida en el voto salvado, esto es, la de que ese nombramiento podía ser hecho por el juez, libremente, sin los requisitos del Art. 426. Tal práctica, empero, era manifestamente ilegal e inconveniente, como lo demuestra en sus razonamientos el Tribunal Supremo, y más de una vez tuvimos ocasión de combatirla, ya en el foro, ya en las Cámaras Legislativas, hasta que, en el presente año obtuvimos se agregase al Código de Enjuicamiento un artículo que prevé y resuelve expresamente la cuestión, tomando, a la vez, en cuenta otros vacíos, que, sobre la misma materia, tenían nuestras leyes (1).

Fué, pues, un plausible triunfo el que la sana doctrina jurídica obtuvo mediante ese fallo; mas como, a pesar de eso, se seguía discutiendo en el foro, y como, por otra parte, de la doctrina misma consagrada en el fallo

(1) Art. 10.—Después del Art. 849, pónganse los siguientes:

Art. Cuando deba nombrarse curador ad litem, el juez de la causa elegirá la persona, previa audiencia de los parientes y del Defensor de Menores. Si el incapaz fuere un menor adulto, y a él le tocara la elección de la persona, el juez la aceptará, si fuere idónea, previa audiencia del Defensor de Menores.

Lo dispuesto en este artículo se observará también cuando el incapaz tenga guardador testamentario o legítimo, mientras a éste no se le disciplina el cargo o cuando el guardador tenga algún impedimento para ejercerlo.

La omisión de la falta de indicación, por parte del menor adulto o de la audiencia del Defensor o de los parientes, en los nombramientos hechos antes de la vigencia de esta ley, no anulará los actos ejecutados por el curador, mas, declarada judicialmente, pondrá fin a la guarda.

Exceptúase de la disposición contenida en el inciso 1º de este artículo, el caso en que el nombramiento del curador ad litem fuere necesario para el mero efecto de asistir a una declaración, en juicio civil o criminal, pues entonces el juez podrá hacer de plano tal nombramiento en el mismo acto y sin otra formalidad.

Art. Todo el que intente litigar o esté litigando con un incapaz que necesite curador, podrá promover el nombramiento de curador ad litem en la forma prescrita por el artículo anterior.

podían originarse enormes complicaciones para los asuntos que antes se habían ventilado conforme a la antigua práctica de la elección libre por el juez, se hizo necesario el inciso que reconoce la validez de los actos realizados antes de la reforma.

Cuando estudiemos la Sección del nombramiento de tutores y curadores, nos ocuparemos más detenidamente en este asunto.

Tercera resolución.—La validación de las gestiones judiciales y de las correspondientes actuaciones, mediante la ratificación, no ha ofrecido dificultad práctica sustancial, atentas las reglas que, al respecto, tiene el Código en el parágrafo del recurso de nulidad.

CASO 7º

Curador ad litem del sordo - mudo.

Para dar curador ad litem a un sordo - mudo, debe preceder la interdicción.—**Voto salvado del doctor Pino en el sentido de que basta la prueba de esa circunstancia.**

Consideraremos esta cuestión, cuando estudiemos los juicios relativos a tutelas y curadurías (Sección 21 del Tít. II, Libro II).

CASO 8º

Divorcio consensual.—**Distinción entre curador especial y curador ad litem.**

En el juicio de divorcio consensual, el cónyuge menor de edad debe ser representado por curador especial y no por curador ad litem.

Así se resuelve, con el voto salvado del magistrado doctor Manuel E. Escudero, en el juicio López - Cruz.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Ambato, Diciembre 22 de 1913, lunes, las doce m.—Vistos: Hanse llenado todas las formalidades prescritas por la ley para la sustanciación de los juicios como el presente; y reconocido jurídicamente por sus autores, el escrito de demanda; este Juzgado segundo Municipal, fundándose en lo que previene la Ley Reformatoria sobre Matrimonio Civil, sancionada en 30 de Septiembre de 1910, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, interpone la que le compete y declara aceptado el divorcio por mutuo consentimiento de Leonidas López y Cecilia Cruz, y disuelto, en consecuencia el matrimonio civil contratado por estos dos demandantes. Elévase por el primer correo en consulta al Tribunal Superior, dejándose copia de esta sentencia a costa de los demandantes. Hágase saber.—Timoleón L. Nararico.—J. B. Vela.

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Septiembre 2 de 1914, las dos p. m.—Vistos: Habiéndose sustanciado legalmente esta causa, y constando el consentimiento mutuo de los esposos Leonidas López y Cecilia Cruz para el divorcio consensual, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se acepta la demanda, declarándose disuelto el vínculo civil del matrimonio contratado por los supradichos esposos, en Ambato, a 14 de Febrero de 1913 ante el señor Jefe Político de dicho Cantón. Aunque las partes no interpongan ningún recurso, consúltese este fallo a la Excelentísima Corte Suprema.—Daniel León.—R. Vallejo G.—B. A. Terán.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 7 de 1915, a las dos de la tarde.—Vistos: En el caso previsto por la Ley Reformatoria de la de Matrimonio Civil, expedida el 30 de Setiembre de 1910, para que se declare el divorcio, debe concurrir la voluntad de los dos cónyuges; pero, se entiende, la voluntad legalmente manifestada, como que sólo ésta es fuente de derechos y obligaciones. Según el certificado de fojas 4, Cecilia Cruz fue, al tiempo de la demanda, menor de quince años; y, por lo tanto, para que su consentimiento de divorciarse constase válidamente, debió haberlo expresado con intervención de un curador especial, a quien, por nombrado con las solemnidades legales, se le hubiera discernido el cargo. La intervención del curador *ad litem* y su ratificación en orden al consentimiento declarado en la demanda, no son suficientes a validarlo; porque las facultades de este curador, que no son otras que las relativas a la representación de la pupila en las diligencias del juicio, no se extienden a la legal constitución del hecho en que la demanda se funda. No apareciendo, conforme a la ley, el consentimiento de Cecilia Cruz, la demanda es improcedente; y, por esto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revocada la sentencia de la Corte de Riobamba, se deniega el divorcio. Devuélvanse.—Leopoldo Pino.—A. Cárdenas.—Manuel B. Cueva.—Francisco Andrade Marín.—Manuel E. Escudero.

VOTO SALVADO

Quito, a 7 de Mayo de 1915, a las dos de la tarde.—Vistos: Según el Art. 29 de la Ley de Matrimonio Civil, para proceder al divorcio es preciso de un juicio que tiene tres instancias, y sujetarse a los demás trámites establecidos por la Ley; de modo que, si uno de los cónyuges es menor de edad, necesita ser representado en el juicio por un curador, que para el caso, tiene que ser curador *ad litem*. Esta regla general para toda clase de divorcios, se aplica igualmente al por mutuo consentimiento, ya que en éste, como en todos los demás, el juicio principia a tramitarse desde el momento mismo en que las partes se presentan ante el Juez competente, y solicitan que se declare el divorcio, expresando la causa. Si la causa alegada es la *solá voluntad de las partes*, y si para esta declaratoria, que contiene la demanda, y contestación reciproca de los cónyuges, el menor está representado por un curador *ad litem*, dicha representación es completamente legal, por cuanto aquellos curadores se dan precisamente para que asistan a sus pleitos en todo el litigio, y por consiguiente, desde que éste principia, o sea desde la demanda y su contestación. Por estas consideraciones y porque se estima legal la sentencia dictada por la Corte Superior de Riobamba en el juicio de divorcio de Leonidas López y Cecilia Cruz, debería confirmarse.—Mannuel E. Escudero.—Pino.—Cardenas.—Cueva.—Andrade Marin.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 81, pág. 1882).

Resolución enteramente igual se expidió en el caso que en seguida ponemos; por lo cual reservamos el comentario para después de transcribir los correspondientes fallos.

CASO 9º

Divorcio consensual.—Distinción entre curador especial y curador ad litem.

En el juicio de divorcio consensual, el cónyuge menor de edad debe ser representado por curador especial y no por curador ad litem.

Esta resolución, idéntica a la anterior, se expidió en el juicio Vasconez B. - Bolognesi Z., en los términos siguientes:

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Junio 20 de 1919; las cinco p. m.—Vistos: La menor doña Inés Bolognesi Z. ha debido ser representada en este juicio, desde la demanda de fojas 4, por un curador *ad litem*, nombrado por el Juez de esta causa, para la validez del juicio. Mas, como el doctor Luis F. Borja, ha intervenido a nombre de dicha señora sin ser tal curador *ad litem* y sólo como curador especial, según el discernimiento de fojas 3, dicho señor no ha tenido personería legítima para intervenir en este juicio. Por tanto y no siendo subsanable esta omisión sustancial, en vista del Nº 2º del Art. 407 del Código de Enjuiciamiento Civil, se declara la nulidad del proceso, a costa del asesor doctor José Julio Gavala O., y se ordena reponer la causa al estado de proveer a la demanda de fojas 4.—Román.—Larrea.—Posso.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 18 de 1919, a las dos de la tarde.—Vistos: La menor Inés Bolognesi Z. está representada, legalmente, por el curador especial doctor Borja, ya que la manifestación de la voluntad de divorciarse, es acto que, por no comprenderse entre las facultades del curador *ad litem*, no puede aceptarse a este guardador sino al primero. En esta virtud, revocado el auto recurrido, se dispone que la Corte de Quito falle acerca de lo principal. Devuélvase.—Albán Mestanza.—Pino.—Peñaherrera.—Vasconez.—Córdova.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, Nº 19, pág. 150).

El Código Civil define la curaduría especial, diciendo:

"Art. 335.—**Curador especial** es el que se nombra para un negocio particular".

Particular significa aquí **singular, individual**, como contrapuesto a **general o universal**. Ese negocio particular puede, por tanto, ser **judicial o extrajudicial**.

Después en el Tít. XXVIII "de los curadores especiales", agrega:

"Art. 483.—Las curadurías especiales son dativas. "Los curadores para pleitos o **ad litem** son dados por la judicatura que conoce en el pleito".

Signese de aquí que, por este aspecto o sea comparando las dos clases de curadurías, la especial es género y la **ad litem** especie. Todo curador **ad litem** es curador especial; mas no todo curador especial es curador **ad litem**.

Y por lo mismo, al decir el Tribunal que el curador del cónyuge menor debió ser **especial** y no **ad litem**, quiso expresar que debía ser curador especial extrajudicial, un curador con nombramiento y discernimiento según las reglas generales de la curaduría.

¿Pero cuál la razón? ... En las facultades del curador **ad litem** —nos dice el Tribunal Supremo— no se comprende ni puede comprenderse la de expresar la voluntad del pupilo de disolver su matrimonio. Este es todo su argumento.

La ley no determina expresamente las facultades del curador **ad litem** ni las del especial; ellas, empero, están determinadas por el asunto mismo encomendado; y en tal virtud las del primero, del **ad litem**, son y no pueden menos que ser las necesarias para la gestión judicial de que se trata: preparar la demanda y deducirla, si el pupilo ha de ser actor, preparar y oponer la contestación, si demandado; rendir las pruebas, alegar, etc.

El problema debe, por tanto, plantearse, en estotro terreno: el curador **ad litem** puede darse y se da para **pleitos**, según el texto de la ley. Y el procedimiento judicial para obtener el divorcio consensual es **pleito**? ... Si respondemos afirmativamente, la cuestión está resuelta: para ese pleito puede y debe darse curador **ad litem**; y el curador puede muy bien deducir la demanda comprensiva de la declaración de la voluntad del pupilo de disolver el matrimonio. ¿Respondemos negativamente? ... ¿Declararnos que el tal procedimiento no es pleito? ... Pues el curador especial será **extrajudicial** y no **ad litem**, y deberá obtener nombramiento y discernimiento en la forma común.

Luego —como primera consecuencia— debemos deducir que para los magistrados y demás jurisperitos ecuatorianos que consideren el divorcio consensual como asunto **contencioso**, es decir, como un asunto en el cual concurren, a la vez, esas dos cosas diametralmente opuestas, el **consentir** y el **contender**, no puede haber cuestión ni dificultad. El curador para esa **litis**, para esa **contienda**, debe ser **ad litem**.

Para los que creemos que aquel asunto, si judicial, por la forma en que se actúa el consentimiento, es simple y esencialmente de **jurisdicción voluntaria**, el caso es

menos claro. Debemos reconocer que no hay **pleito** en el sentido de **contienda**, **litigio** o **disputa judicial**; pero debemos decir también que si la hay, en el de **proceso** o **cuerpo de autos**: acepción que, como la anterior, es admitida y formulada por la Real Academia Española, lo mismo que por Escriche.

El Código Civil dice, como hemos visto, que se llama curador **ad litem** el especial que se da para un pleito; y esta misma palabra emplea el de Enjuiciamiento en el Art. 40 que ya estudiamos. Mas nosotros nos inclinamos a creer que el legislador toma en estos casos la palabra **pleito** en la segunda de las acepciones arriba mencionadas, en la amplia acepción comprensiva de todo asunto judicial.

El Art. 39 y los que le siguen en la sección del actor y el demandado, tienen por objeto reglar la capacidad de parecer en **juicio**, como vemos en la exposición doctrinal. Así lo dice en el inciso inicial, el Art. 39; y juicios son, según el lenguaje de nuestro Código, no sólo los asuntos de jurisdicción contenciosa, sino también los de la voluntaria, como inventarios, particiones, remate voluntario, licencias judiciales, etc., etc., en todos los cuales pueden los incapaces figurar y figuran cuotidianamente por medio de curadores **ad litem**.

No encontramos, por lo mismo, razón legal suficiente para excluir a estos curadores, al tratarse del juicio voluntario de divorcio consensual.

Tampoco existe razón de conveniencia, desde el punto de vista de las garantías o seguridades para el pupilo. El curador **ad litem** debe ser designado por el menor, y el juez debe nombrarla previa audiencia del Defensor de Menores, quien, además, debe intervenir como parte.

Las mismas formalidades de designación y audiencia deben concurrir para el nombramiento de curador especial extrajudicial; sin más diferencia que la de que este último debe obtener el **discernimiento**. Mas el discernimiento, es una fórmula que nada significa desde el punto de vista de esa garantía; es una mera fórmula, que, si para un negocio extrajudicial puede tener la ventaja de conservar en el protocolo el título que, en cualquier tiempo, legalice la intervención del guardador, para un asunto judicial, que se actúa en un proceso que

debe ser guardado también en el archivo público, no tiene razón alguna de ser.

CASO 10

Juicio de divorcio.— Necesidad de curador general o especial para el cónyuge menor de edad.

En la causa Navas - Hidalgo expidió el Tribunal Supremo el fallo siguiente:

Quito, a 21 de Octubre de 1920, a las tres de la tarde.—Vistos: Eleira Hidalgo, que según la partida de fojas 24 y el acta de fojas 27-28, es menor de edad, no ha podido estar en este juicio sino representada por un curador general o especial nombrado para el efecto; Y, al haberse prescindido de tal curador, se ha faltado a la segunda de las solemnidades sustanciales señaladas en el Art. 407 del Código de Enjuiciamiento. Es, por lo tanto, nulo el proceso; y, declarada la nulidad, se dispone vuelva la causa al estado de proveer, conforme a la ley, a la demanda. Las costas son de cargo del asesor y de los Ministros que, respectivamente, han dictado los fallos de fojas 9 y 17. Devuélvanse.—Albán Mestanza.—Pino.—Peñaherrera.—Ayora.—Córdova.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 50, pág. 399).

Este lacónico fallo no da a conocer ni con quién litigaba Eleira Hidalgo ni sobre qué asunto versaba el juicio, ni si la Hidalgo menor de edad había figurado en la causa por sí mismo o por medio de curador **ad ítem** o de algún otro modo. No se han publicado las sentencias anteriores; y si bien en la sumilla se dice que el juicio fue de **divorcio**, no se expresa si éste fue consensual o de otra clase.

Recurrimos, por esto al archivo del Tribunal Supremo, para saber si se trataba de un caso idéntico a los dos anteriores; y por las actuaciones que allí constan, llegamos a comprender: 1° Que el juicio había sido de **divorcio consensual**; 2° Que la Hidalgo, menor de edad había figurado por sí misma en la causa; 3° Que en primera y segunda instancia se declaró disuelto el matrimonio por mutuo consentimiento; 4° Que en tercera instancia, el Ministro Fiscal y el Defensor de Matrimonios pidieron que se confirmara la sentencia, mas el Tribunal, estando ya la causa en estado de relación, ordenó

de oficio la presentación de la partida de nacimiento de la Hidalgo, y cerciorado así de la minoridad de ésta, declaró nulo todo el proceso.

No tuvo, por tanto, oportunidad para decidir por tercera vez que no era suficiente la intervención de curador **ad ítem**; pero al decir que la menor debía haber intervenido por medio de curador **general o especial**, dió a conocer su persistencia en la doctrina que hemos analizado en el caso precedente.

CASO 11

Curador ad ítem en juicio de nulidad de matrimonio, promovido por el padre.

Si el padre legítimo promueve juicio de nulidad de matrimonio, en uso del derecho propio que la ley le concede, el hijo, menor de edad, debe ser representado por el curador ad ítem.

En el juicio Cortez - Miño expidió el Tribunal Supremo el siguiente fallo, posterior a todos los relativos al juicio de divorcio consensual, precedentemente examinados.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Noviembre 26 de 1921, a las dos de la tarde.—Vistos: En la demanda de la foja primera, Miguel Cortés solicitó, como padre legítimo de María Isabel Cortés, la nulidad del matrimonio celebrado por fojas 3, Miño contestó allanándose con la demanda. A fojas 4 se ordenó seguida la causa por los trámites respectivos, se pronunciaron las sentencias de primera y segunda instancia. Ahora bien, el examen del proceso da lugar a las consideraciones siguientes: 1° Intentada la demanda por Miguel Cortés, en uso de la facultad concedida por el Art. 8° de la Ley de Matrimonio Civil, debió entenderse que el actor ejercitaba un derecho personal suyo, y no el de representante legal de su hija María Isabel Cortés cuya emancipación paterna quedó consumada por el hecho de su matrimonio con Reinildo Miño: 2° Por consiguiente: la demanda debió citarse también a la cónyuge Cortés, y, por ella, a un curador **ad ítem** nombrado con las formalidades legales: 3° Además, la disposición contenida en el Art. 1079 del Código de Enjuiciamiento

Civil. Por causa de tales omisiones, que miran a la legitimidad de personería, se declara la nulidad del proceso y se ordena su reposición al estado de notificarse la demanda a María Isabel Cortés, en la forma ya indicada, y al Defensor de menores. La reposición en primera instancia, será a cargo del asesor doctor Luis E. Benítez, y, en lo demás, a cargo de la Corte Superior de Riobamba. Devuélvase.—Pino.—Ayoara.—Escudero.—Montalvo.—Orellana.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, Nº 68, pág. 544).

¿Por qué, en este caso, el curador debe ser ad litem y no en el de divorcio consensual?... El juicio de nulidad es, cierto, de jurisdicción contenciosa, y el de divorcio consensual, de mera jurisdicción voluntaria; pero así y todo, no encontramos razón suficiente para la diferencia, como lo manifestamos en el caso 9.

En muchos casos de jurisdicción voluntaria, intervienen curadores *ad litem*, sin que a nadie se le ocurra dudarlo. En algunos de esos casos tiene también el curador que hacer declaraciones de voluntad a nombre de su pupilo; v. gr. para pedir que se le adjudique tal cosa, para consentir en que tal otra se adjudique a distinto copartícipe, etc., etc. La declaración de la voluntad de disolver el matrimonio es gravísima y trascendental; pero no deja de serlo también el alegar o no las correspondientes excepciones en contra de la demanda de nulidad.

Si de reforma de la ley tratásemos, opinaríamos por que en estos casos de índole tan personal, interviniese personalmente el menor, asistido o acompañado de su guardador, como debiera establecerse también para los asuntos criminales o de policía, según dijimos en la exposición doctrinal (prop. 241); pero dentro del sistema actual de nuestras leyes, no encontramos razón—lo repetimos—para sostener que no ha de ser curador *ad litem* el que represente al menor.

CASO 12

Mujer separada de bienes.—Su modo de comparecer en juicio.

La mujer separada de bienes debe parecer en juicio con licencia del marido; no representada por él.

En la causa seguida por Mariana Uriarte contra Mercedes Sandoval se expidieron los siguientes fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Octubre 26 de 1898, las dos.—Vistos: Citado al reo el auto de pago, dedujo estas excepciones: 1ª No ser representante legal de doña Mercedes Sandoval, por las razones que se aduce a fojas 10. 2ª Hallarse esta señora separada de bienes, mediante sentencia favorable; y 3ª Tener la esposa del demandado autorización judicial para comparecer en juicio, motivo por el que no debió el actor dirigir la acción contra Juan Maldonado, sino contra la Sandoval. Esto supuesto, se observar: 1º Aun en el caso de simple separación de bienes, el marido no pierde el derecho de representar a su mujer, cuando ésta deba ser demandada por asuntos concernientes a su administración: 2º Separada de bienes, como está la señora Sandoval, debe responder, con los que le pertenecen, a los acreedores de ella, por los contratos celebrados durante la separación; y 3º La autorización que tiene la Sandoval no ha podido ser concedida, sino para el efecto de proceder al acto o contrato que hubo de mencionarse en la respectiva demanda, o para presentarse en el juicio que debió determinarse en ésta. Por estas consideraciones, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se acepta la segunda de las excepciones sobredichas, y se desechan las otras, disponiéndose que Juan Maldonado, y, por éste, su esposa Mercedes Sandoval, cumpla—imediatamente—su obligación, y, de no hacerlo, que se le embarguen bienes equivalentes al principal e intereses, para que se depositen, avalúen y rematen en la forma legal. Con costas. El embargo, avalúo y remate, se harán sobre los bienes de Mercedes Sandoval, al tenor del Art. 156 del Código Civil. Líquidense los intereses estipulados en juicio verbal sumario.—Carlos Gándara.—Mariano María Neryria.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Febrero 15 de 1899, las dos.—Vistos: No existe la nulidad alegada por Mercedes Sandoval, por cuanto ésta fue legalmente citada para que se confiera la copia de la escritura corriente de fojas 1ª a 6ª, ya que es la misma que celebró aquel contrato, hallándose separada de bienes de su esposo; y además, aun cuando se considerase necesaria la notificación a Juan Maldonado, éste se allana con ella. Por tanto, y por los demás fundamentos que contiene la sentencia apelada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se la confirma con costas. Devuélvase.—R. Peñaherrera.—David Villacreses.—F. Batallas.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 2 de 1899, las tres p. m.—Vistos: Si bien la mujer separada de bienes necesita, para estar en juicio, de la autorización del

marido, o de la del Juez en subsidio, no debe ser representada por aquél; pues la separación de bienes pone término a la sociedad conyugal y hace cesar dicha representación (Arts. 38, 154 inciso 3º y 1754, Nº 3º del Código Civil). Por lo mismo, Mercedes Sandoyal, separada de bienes de su esposo, como consta de autos, no podía ser representada por él en el actual juicio, y la sentencia que a ella le condena al pago, no es legal por cuanto ni ha sido demandada, ni siquiera se le ha oído para condenarla. Por consiguiente, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, revocándose la sentencia de que se ha recurrido, se declara: que Mercedes Sandoyal, por la razón antedicha, no ha podido ser condenada en esta causa al pago de la cantidad demandada, y se deja a salvo el derecho de la actora contra aquella por el pago referido. Devuélvase.—Manuel Montalvo.— J. M. Borja.—B. Albán Mestanza.—Adolfo Pérez.—Rafael N. Arcos.

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 3, pág. 22).

El fallo de la Corte Suprema es, como lo manifiesta su fecha, muy anterior a la ley de exclusión de bienes, expedida en 1911, que devolvió a la mujer casada separada de bienes la capacidad de parecer en juicio, y dejó, por lo mismo, resuelta, en forma más razonable, esa antigua y tan discutida cuestión.

El Código Civil, al reglar, en el Título VI del Libro Primero, las obligaciones y derechos entre los cónyuges, no mencionaba para nada la representación del marido, y hablaba sólo de la **autorización o licencia**, como lo observamos en la exposición doctrinal. De allí dedujo la Corte que la mujer separada de bienes, a quien el Código Civil no le devolvía la capacidad jurídica de parecer en juicio, necesitaba la **licencia** mas no la **representación** del marido.

La facultad de representación, fundada, no en ninguna disposición expresa de ese Código, sino simplemente en la definición consignada en el Art. 38, debía extenderse, no sólo al caso de subsistencia de la sociedad conyugal, sino también al de separación de bienes, porque también en ese caso subsistía y continuaba la potestad marital.

Esta potestad se conserva también ahora sobre la mujer separada de bienes; mas no se opone a la capacidad de la mujer de administrar libremente sus bienes separados y de comparecer en juicio en lo tocante a ellos.

CASO 13

Comparecencia en juicio de la mujer divorciada con subsistencia del vínculo.

La mujer divorciada puede ser representada por el marido, si ella lo consiente.

En el juicio de Vicenta Alvarez contra los herederos de Vicente Alvarez, resuelve el Tribunal Supremo, en Enero de 1881, esto es, cuando recientemente comenzaba a regir el Código de Enjuiciamiento de 1879, que la facultad de comparecer en juicio que el Art. 273 de dicho Código, (correspondiente al 42 de la edición actual) concedía a la mujer divorciada, no le quitaba al marido el derecho de representarla en juicio; de modo que éste podía seguirse válidamente con la mujer o con el marido. Pero que si la mujer quería intervenir personalmente, y se oponía a que lo hiciera el marido, debía seguirse contando sólo con ella.

El divorcio de que habla esa sentencia es el que entonces existía, esto es, el de separación de vida marital, con subsistencia del vínculo; por manera que este antiguo fallo nos sirve simplemente para conocer la interpretación que entonces se daba, ora al Art. 168 del Código Civil, ora a la reforma que, en orden a la comparecencia en juicio, se introdujo en el Código de Enjuiciamiento de 1879, en el Art. 273, correspondiente al 42 actual.

El fallo dice así:

Quito, Enero 7 de 1881, a las dos y media.—Vistos: La disposición del Art. 130 del Código Civil, que prohíbe a la mujer casada comparecer en juicio sin licencia del marido, no sufre excepción ni modificación por el divorcio de los cónyuges, porque el Art. 168 sólo le autoriza para administrar con independencia los bienes que ha sacado del poder del esposo, o que después del divorcio ha adquirido. De consiguiente, habiéndose presentado Manuel Catáneo, en esta instancia, a nombre de su mujer Vicenta Alvarez, y ratificado cuanto éste ha hecho en el presente juicio, deben con aquél y no con ella entenderse las diligencias posteriores. En cuanto al punto que ha venido en grado

Pedida revocación, el Tribunal dijo:

Quito, Enero 19 de 1881, a las dos.—Dada cuenta: La intervención de Vicenta Alvarez en 1ª y 2ª instancia no fue legal, porque aún no había empezado a regir el Art. 273 del actual Código de Enjuiciamientos y estaba vigente el 130 del Civil, según el cual, la mujer aun estando divorciada necesitaba de la licencia del marido para comparecer en juicio; y tal falta quedó subsanada con la ratificación de Manuel Cotáneo. La facultad que el citado Art. 273 concede a la mujer divorciada, no quita al marido el derecho de representarle en sus actos judiciales, porque ese derecho es inherente al poder marital; por manera que, conforme a la actual legislación, el juicio se seguirá válidamente con la mujer divorciada o con el marido. Pero, supuesto que la Alvarez quiere intervenir personalmente y se opone a que lo haga su marido, entiéndanse hoy.—Paz.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 129, pág. 1029).

En nuestro concepto, desde que la ley reconoció a la mujer divorciada la facultad de parecer en juicio, le negó al marido la de representarla, a no ser en calidad de mandatario, como lo hemos manifestado en la exposición doctrinal; y esto es mucho más claro en nuestra actual legislación, atento lo dispuesto por el Art. 918 del Código de Enjuiciamiento, que hace extensivo a la mujer divorciada con subsistencia del vínculo, o separada de bienes, conforme al Código Civil, lo dispuesto por el inciso 2º del Art. 912.

CASO 14

Representación de la mujer que ha pasado a segundas nupcias.

La mujer que ha pasado a segundas nupcias debe ser representada por el segundo marido, en los asuntos de sus hijos de matrimonio anterior.

Así lo resuelve el Tribunal Supremo, en Enero de 1882, confirmando el fallo de segunda instancia, e interpretando los Arts. 258 y 260 inciso 2º del Código Civil.

Los fallos son del tenor siguiente:

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Enero 27 de 1881, a la una.—Vistos: En todos los casos en que termine o, por disposición judicial, se suspenda la patria potestad del padre sobre sus hijos no emancipados, sucederá en ella la madre con todos sus derechos y obligaciones: Art. 258 del Código Civil. "La madre que pasare a segundas o ulteriores nupcias, perderá perpetuamente la administración de los bienes; pero no los demás derechos de la patria potestad: N° 2º, Art. 260. De estas disposiciones legales se deduce que doña Amalia Burneo mujer que fue de José Miguel Burneo, madre legítima de los menores demandados, muerto su marido le sucedió en la patria potestad, y que, aun cuando ha pasado a segundas nupcias, conserva los derechos de tal patria potestad. Según el Art 271 del Código de enjuiciamientos civiles, los que se hallan bajo patria potestad deben ser representados por el padre o madre que la ejerza, y por lo mismo los hijos menores de Amalia Burneo no han podido ser representados, sino por ésta, a la que, a su vez, la representa su marido Daniel Alvarez. Resulta de lo expuesto ser ilegítima la personería de Juan Sarmiento, como curador especial de dichos menores. Semejante ilegitimidad anula el juicio, y no es susceptible de alenamiento. Por lo tanto, se declara la nulidad de todo lo obrado, reponiendo la causa al estado de citar el traslado de la demanda, por lo que respecta a dichos menores, a su representante legal, que es la señora Burneo, y por ésta a su marido. Se condena al pago de lo que importen las piezas anuladas, al asesor que ha aconsejado la providencia de fojas 7 vuelta, y a los demás que han intervenido en el juicio, conforme a lo prescrito en los Arts. 590 y 591 del Código de enjuiciamientos civiles. Devuélvanse.—Jaramilla.—Chacón.—Tamariz.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 21 de 1882, a las once y media.—Vistos: El auto recurrido es justo, porque sus fundamentos son legales y están conformes con los méritos del proceso. Por tanto, se confirma con costas. Devuélvase.—Espinosa de los Monteros.—Arboleada.—Nieto.—Sáenz.—Muñoz.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 143, pág. 1142).

Cuatro años después cambió el Tribunal de opinión, como lo indicamos en la exposición doctrinal, y vamos a verlo en el caso siguiente.

CASO 15

Representación de los hijos de matrimonio anterior.

La madre que contrae segundas nupcias no pierde el derecho de representar por sí misma a sus hijos no

emancipados, sin que deba intervenir el segundo marido.

Así lo resolvió el Tribunal Supremo, en Julio de 1886, en la causa de José Miguel Ordóñez contra Josefa Moreno, en los términos siguientes:

Quito, Julio 20 de 1886, a las dos.—Vistos: El Código Civil separa los derechos naturales de la paternidad, de los derechos civiles que precisamente, constituyen la patria potestad. Trata, por esto, de los primeros, en el título IX, y de los segundos, en el título X. A consecuencia de esta separación, los últimos están reducidos al de usufructo, al de administración y al de representación. Fijado así este punto, y atento el tenor literal del inciso 2º del Art. 260 del Código Civil, artículo comprendido en el título X, que reduce los derechos de la patria potestad a los tres ya expresados, es incuestionable que la madre que pasa a segundas nupcias no pierde, por ello, el derecho de representar a sus hijos no emancipados; pues el citado inciso sólo le priva del de administración, declarando, de un modo expreso, que no pierde los demás derechos de la patria potestad. Mas, de aquí no ha de deducirse que al padrastro es a quien corresponde la defensa judicial de los entenados, por decir que es el representante legal de la madre; pues la ley no reconoce representantes de representantes. Y si del ejercicio del derecho que la ley concede a la madre para representar a los hijos de primer matrimonio, pudieran surgir algunos inconvenientes, es al Legislador, y no a los jueces, a quien toca removerlos. Por tanto, se declara nulo lo obrado y se repone la causa al estado de que se siga con Josefa Moreno, como representante legal de los menores, y con Abelardo Ribadeneira, por lo que compromete a dicha Moreno. El costo de la reposición será de cargo del Juez de primera instancia y de los dos Ministros de la Corte Superior que han votado por la validez del juicio. Devuélvase.—Cevallos.—Salazar.—Nielo.—Ribadeneira.—Herrera.

"Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 127, pág. 1013).

Esta doctrina, contraria a la de los fallos precedentes, y, en nuestro concepto, mucho mejor fundada, prevaleció desde entonces en la jurisprudencia, y sirvió de antecedente a la reforma legal que, en el mismo sentido, se adoptó en el año 1890, como lo indicamos en la exposición doctrinal.—Prop. 232, caso 6º y al comentar el Art. 42.

En consecuencia no cabe ya discusión:

1º—Sobre que a la mujer casada en segundas o ulteriores nupcias, le toca la representación judicial de sus hijos de matrimonio anterior.

2º—Sobre que, para comparecer en juicio con ese objeto, no necesita la mujer autorización del nuevo marido.

CASO 16

La mujer fallida no puede comparecer en juicio ni con poder o licencia de su marido, aunque se trate de bienes adquiridos después de la quiebra.

En el juicio Correa - Cornejo Cevallos, constan los fallos siguientes:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Abril 4 de de 1908, las diez del día.—Vistos: Por legitimada la intervención del peticionario y comprobados los hechos de ser casada y fallida la demandante, y que se alegaron como dilatoria, se consideró: 1º Que la personería de la mujer casada la hace el marido: 2º Que éste puede ratificar todos los actos de la mujer aun aquellos para los cuales no le hoyra autorizado: 3º Que la ratificación se hace precisamente de los actos ajenos y nulos, sea que esta nulidad provenga de falta de poder o de incapacidad del tercero: 4º Que con el poder que ha presentado Eloisa Correa del marido está subsanada la incapacidad de ella, ya que el marido representa a la mujer legalmente: 5º Que el fallo no puede administrar los bienes cedidos ni ejercitar acciones sobre ellos sino con intervención del síndico que representa la masa de acreedores a quienes se haya hecho la cesión; pero respecto de los bienes que adquiriera después el fallido o que no se hayan cedido—que es lo mismo—la administración sólo puede ser sometida a intervención de los síndicos; sucediendo consiguientemente lo propio en cuanto a las acciones de esta administración: 6º Que los valores demandados no se han puesto a la disposición del síndico en la quiebra de Eloisa Correa, ni ellos están comprendidos en la cesión que ha hecho: y 7º Que así no tiene Eloisa Correa incapacidad para las acciones sobre esos valores; los cuales, además, pueden ser ejercitados por el marido, quien, como ya se ha dicho, ha ratificado la intervención de ella mediante la autorización del poder; legitimando, de ese modo su personería. Por lo expuesto, se rechaza la dilatoria. Sin costas. Ejecutoriado este auto, vuélvase el proceso. Habilitense las fojas que no tengan sello respectivo.—Guerra P.—Dominguez G.

Quito, Junio 16 de 1908, a las once a. m.—Vistos: La fecha del auto de fojas 51 y la razón de fojas 53 justifican la solicitud de la segunda de las citadas fojas: y, por lo mismo, se estima legal la solicitud de fojas 56 apoyada por la de fojas 57. En esta virtud, se declara: a) revocado el auto de fojas 55; y b) removido el asesor señor doctor Dominguez G.

En lo principal, se concede la apelación del auto de fojas 51; y, en consecuencia, se llevará el proceso a la Corte Superior, observándose, previamente, las formalidades legales.—Guerra P.—Pino.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Diciembre 5 de 1908, las cuatro p. m.—Vistos: Interpuesta la remoción del asesor doctor Domínguez el 30 de Marzo último, ha expedido este, el 4 de Abril, el auto de fojas 51. Esta providencia tiene sin embargo valor legal, por cuanto no fue citado aquel asesor con el escrito de fojas 53. Ahora bien: declarada la remoción por el auto de 16 de Junio, en el propio auto, se concede la apelación interpuesta a fojas 54, de la referida providencia de fojas 51. Entrando pues a considerar ésta, se observa: que si bien según las terminantes disposiciones del Código Civil, la mujer casada no puede sin autorización escrita del marido comparecer en juicio, por sí, ni por procurador, sea demandando o defendiéndose; el Art. 410 del Código de enjuiciamientos civiles expresa que "El que gestionó en juicio sin tener poder ni representación legal y legitima después su personería ratifica por el mismo hecho sus actos anteriores". Esto no obstante el poder que obra a fojas 15 no habilita a la actora para comparecer en juicio, por cuanto dicho poder está contenido a una persona incapaz, ya no por su estado sino por su calidad de fallida. Y cuanto a la circunstancia de ser fallida la actora, es indudable que, de conformidad con el Art. 581 del Código recién citado y con arreglo a lo dispuesto en los Arts 950 y 951 del Código de Comercio, el fallido queda inhabilitado para la administración de sus bienes y todo juicio civil relativo a los mismos debe seguirse con los síndicos del concurso; sin que haya ninguna diferencia entre bienes cedidos y no cedidos por el fallido. Por estas razones se revoca el auto de fojas 51 que ha subido en grado y se aceptan las dilatorias opuestas por la demandada. Devuélvase.—Astorga.—Vega.—Buena.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 21 de 1912, a las dos de la tarde.—Vistos: El auto que ha expedido la Segunda Sala de la Corte Superior de Quito, en el juicio que sigue Eloisa Correa con Alegría Cornejo Cevallos, por dinero, es legal y conforme con los méritos del proceso; y se lo confirma, con costas. Devuélvase.—Villagómez.—Montalvo.—Albán.—Mestanza.—Cárdenas.—Uquillas.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 57, pág. 1691).

Evidentísimo, pues, que la autorización del marido puede subsanar la incapacidad de la mujer proveniente del estado civil; pero de ninguna manera, la que resulta de la quiebra o insolvencia, judicialmente declarada.

Cuanto a la naturaleza y extensión de esta incapacidad, nos referimos a la Prop. 248, que ampliaremos al estudiar el juicio de concurso.

Por ahora, observaremos simplemente que la mujer casada necesita **autorización o licencia** para comparecer en juicio **por asuntos propios**, y **poder** en forma, para representar al marido, en calidad de mandataria, por litigio que a él le concierne, como lo explicamos ya en la parte doctrinal. Por tanto, y teniendo en cuenta que, para el mero efecto de ser mandataria judicial del marido, no era obstáculo la quiebra o insolvencia, porque ni el Art. 49 ni otra ley alguna inhabilita a los fallidos para ser apoderados judiciales, síguese que, si en el caso a que la sentencia se refiere, se hubiese tratado de intereses propios del marido, bien hubiera podido comparecer como su mandataria la mujer.

CASO 17

Autorización judicial supletoria.

Aunque por larga ausencia u otro impedimento del marido, sea el caso de nombrar a la mujer curadora del marido o curadora de sus bienes, puede ella comparecer en juicio con autorización judicial, mientras no se declare por sentencia, suspensión la potestad marital.

Así se resolvió, interpretando acertadamente los Arts. 139 y 1748 del Código Civil, en el juicio de partición de la herencia, de Juan Izquierdo y María Serrano.

Texto de los fallos:

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Julio 15 de 1914, las doce del día.—Vistos: De la copia que obra al folio décimo del juicio de inventario de los bienes que constituyen la mortuoria del doctor Juan Izquierdo y María Serrano, consta que la señora Leonor Izquierdo es casada con Artemio Izquierdo; y que para comparecer en juicio ha obtenido licencia judicial. En el juicio de partición de los mismos bienes, dicha señora inicia la demanda sin referirse a la licencia; y aun cuando, para legitimar su personería se tome en cuenta aquella copia adjunta al juicio de inventarios, cuyas providencias se hallan ejecutoriadas, el permiso dado por el Juez para que doña Leo-

nor comparezca en juicio, no es legdi. 1º Porque según los Arts. 137 del Código Civil y 807 y 809 del de enjuiciamientos civiles, el Juez suple la licencia negada de un modo injusto por el marido, o cuando éste se halle ausente precaricamente; pero no, cuando la ausencia es prolongada o ha desaparecido, porque en este caso el Art. 139 del Código Civil preceptúa que se observe lo dispuesto en el párrafo 4º del título de la sociedad conyugal: 2º Que en este párrafo el Art. 1748 dispone que, en caso de larga ausencia del marido y sin comunicación con su familia, se nombre a la mujer curadora de bienes del ausente de acuerdo con el Art. 466 del propio Código, para que ella, si no prefiere separarse de bienes, administre la sociedad conyugal, o se sujete al curador que se nombre para esa administración: 3º Que según estas leyes cuando no está suspenda la potestad marital, el Juez suple la licencia que debe dar el marido, esté presente o ausente de un modo transitorio, según el citado Art. 137; pero cuando se halla suspenda la potestad marital, como en el caso de interdicción, prolongada ausencia o desaparacimiento, entonces el Juez no tiene que suplir una facultad que no existe, corresponde al curador que se nombre al ausente, representar como administrador de la sociedad conyugal, en los litigios de la mujer; cuanto más que en el juicio de división tienen que comparecer marido y mujer por el Art. 1312 del Código Civil; y como el marido está ausente sin saberse su paradero, para que el proceso no adolezca de nulidad, era menester que comparezca la mujer como curadora de los bienes de su marido, o representada por el curador que se dé a la sociedad conyugal: 4º Que de la copia ya indicada consta que Artemio Izquierdo marido de Leonor está ausente de la República y que no se sabe su paradero; y entonces hallándose suspenda la potestad marital, el Juez no podrá conceder licencia a la mujer porque el marido ausente no estaba en el caso del Art. 137, sino en el del 139 del Código sustantivo; esto es, de proveerle de un curador: y 5º Como los actos ejecutados por los jueces en contravención de las leyes, no surten efecto alguno por excederse en sus atribuciones, resulta que dicha licencia no le habilita a Leonor Izquierdo de parecer en juicio de división. Por lo expuesto, no teniendo personería legítima dicha señora, se declara nulo todo el proceso a costa de los asesores que han intervenido en la causa. Devuélvase.—Torres.—Farfán.—Vásquez C.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 26 de Marzo de 1915, a las tres de la tarde.—Vistos: Para que haya lugar lo dispuesto por el Art. 139 del Código Civil y, como consecuencia, lo prescrito en el 1748, se requiere que se halle suspenda, por disposición judicial, la potestad marital; y como no consta este particular, la autorización concedida, por el Juez, a Leonor Izquierdo de Izquierdo, surte todos sus efectos legales, para lo concerniente a legitimar su personería en esta causa. Por tanto, revocado el auto recurrido, se dispone que la Corte de Cuenca falle acerca de lo principal. Legitimado este papel, devuélvase.—Pino.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Escudero.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 116, pág. 2164).

CASO 18

Contraposición de intereses entre el padre y los hijos, en la partición.—Curador ad litem.

Si en una partición tienen interés el padre y los hijos, éstos no pueden ser representados por aquel, sino por curador ad litem.

Así se resuelve, entre otras cosas, en el juicio divisorio de la herencia de Manuela Barragán.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guaranda, Abril 5 de 1911, las dos p. m.—Vistos: El recurso de nulidad tiene lugar, cuando en la organización de los procesos se ha faltado a alguna de las solemnidades puntualizadas en el párrafo 3º, Título 1º, Libro 2º del Código de enjuiciamientos civiles. El juicio de partición, es muy sencillo en su organización y en el caso actual no se ha faltado a ninguno de los trámites que determina la sección novena, Título 2º, Libro 2º del Código citado. Ciertamente, que el inciso 2º del Art. 1312 del Código Civil, determina que el marido no necesita de la autorización judicial para proceder a la partición de los bienes de una mujer casada, bastándole sólo el consentimiento de ésta o de la justicia en subsidio. Pero esta formalidad no es de organización del juicio, para que se nulle el proceso; es un derecho que tiene el marido y la mujer para la partición; por lo tanto no puede haber nulidad en la sustanciación, lo que habría es, si se hubiese omitido hasta la aprobación de la hijuela, el pedir la autorización a la esposa el que cualquier interesado hubiera podido solicitar la acción de la nulidad de la partición. Por lo demás, el consentimiento de la esposa de Matías Ramírez, consta en autos. Tampoco es nulo el juicio, porque no se hubiese fijado la cuantía en el pedimento de la partición; este juicio es consecuencia del de inventarios; en éste es en donde consta el caudal de los bienes que se van a dividir, sin ser necesario ni haber costumbre por lo mismo de fijar cuantía en la solicitud de partición. El juicio de partición corresponde su conocimiento al Alcalde Municipal, inciso 3º del Art. 37 del Código de Enjuiciamientos Civiles. En el juicio de partición está ya resuelto por los Tribunales y Jueces de la República, que entre el padre y los hijos hay oposición de intereses, debiendo por lo mismo a los últimos nombrarles un curador ad litem, que los represente en el juicio. El nombramiento del Juez partidor hecho simplemente por el Alcalde Municipal, es también muy legal, sin que pueda por este motivo viciarse la sustan-

ciación: por lo expuesto, pasen los autos al señor perito divisor, para que proceda a la partición, teniendo en cuenta el acuerdo de los interesados,

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, 18 de Mayo de 1911, las tres de la tarde.—Vistos: Por ser legal y arreglado a los méritos del proceso el auto venido en apelación, se lo confirma con costas. Devuélvase.—Monge.—Velasco R.—Paredes.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 20 de Mayo de 1914, a las dos y cuarto de la tarde.—Vistos: Por no existir ninguna de las nulidades alegadas por el recurrente Antonio García Mayor, y por ser legal el auto que ha venido en grado, se lo confirma, con costas. Devuélvase.—Andrade Marín.—Cardenas.—Cueva.—Escudero.—Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 54, pág. 1667).

Véase lo que, respecto de este punto jurídico de la contraposición de intereses hemos dicho en la proposición 254 y en los lugares correspondientes de la exposición doctrinal.

Notemos sólo ahora que es impropio decir **juez partidador** o **perito divisor**; pues el partidador no es juez ni perito, por más que su cargo tenga alguna analogía con el uno y el otro.

CASO 19

Contraposición de intereses en el inventario.

El padre no puede representar a los hijos en el juicio de inventario en que tiene interés personal. Se les debe dar curador ad litem.

En el juicio de inventario de los bienes dejados por Ana Chiriboga se resolvió, con el voto salvado del Ministro doctor Manuel Benigno Cueva:

1º Que en las causas en que intervienen, por derechos recíprocos, los padres y los hijos de familia, todos son parte en el juicio e interesados, personalmente unos contra otros, respecto de lo que a cada cual

le corresponde según ley: 2º Que por consiguiente, no cabe que la representación conferida por la patria potestad, se ejerza, en esos casos, por los padres que tienen intereses opuestos a los de sus hijos, por mucho que no exista, por el momento, controversia alguna judicial: 3º Que, por lo mismo, en dichas causas, los hijos menores deben ser representados por un curador ad litem; y 4º Que, a falta este curador, el proceso es nulo.

Texto de los fallos:

Quito, Setiembre 16 de 1915, a las dos de la tarde.—Vistos: En las causas en que intervienen, por derechos recíprocos, los padres y los hijos de familia, todos son parte en el juicio e interesados, personalmente, unos contra otros, respecto de lo que a cada cual le corresponde según ley; y, por consiguiente, no cabe que la representación conferida por la patria potestad, se ejerza, en esos casos, por los padres que tienen intereses opuestos a los de sus hijos, por mucho que no exista por el momento, controversia alguna judicial. Así, dado el interés de N. Reinaldo Izurieta, conyuge sobreviviente de Ana Chiriboga, en lo tocante a la liquidación y distribución de los bienes en que consiste la herencia dejada por ella, sus hijos menores debieron y deben ser representados por un curador ad litem, no por Izurieta, cuyos intereses son opuestos a los de aquellos. Se ha fallado, pues, a la segunda solemnidad sustancial del Art. 413 del Código de Enjuiciamiento en lo Civil; y, por esto, declarada la nulidad del proceso, se dispone que vuelva al estado inmediato anterior el auto de fojas 2-3, en que debió nombrarse el expresado curador, como aún lo solicitó, legítimamente, Augusto J. Izurieta. Las costas, tomadas en cuenta el Art. 411 del propio Código, son, respectivamente, de cargo del asesor doctor Arleta García y de los Ministros que han dictado el auto recurrido. Legalizado este papel, devuélvase.—Pino.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Escudero.

Petida revocación, se resolvió:

Quito, Octubre 8 de 1915, a las dos de la tarde.—Vistos: Lo expuesto por el doctor Arleta García no desvirtúa la legalidad de los fundamentos del auto de fojas 54-55. Deniéguese la revocación.—Pino.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Escudero.

El voto salvado dice:

VOTO SALVADO

Quito, Setiembre 16 de 1915, a las dos de la tarde.—Para que, jurídicamente, haya contraposición de intereses, es menester que ella aparezca de un modo concreto, es decir, que se venifien derechos opuestos entre los interesados; y tal contraposición no existe en el juicio de inventarios, atenta su naturaleza y objeto, sino en el de partición, ya que

en éste, y no en aquél, se ventilan los derechos contrapuestos de los herederos. No puede concebirse tampoco que, tratándose sólo del inventario, un simple curador *ad litem* tenga mayor interés en favor de los menores que el propio padre de ellos; y si bien pueden ocurrir algunos casos de excepción, ello no destruye el principio del mayor interés del padre en favor de sus hijos, cuando en el juicio no se discuten derechos opuestos. No hay ejemplo de que la Corte Suprema hubiera anulado ningún proceso, por haber representado el padre a sus hijos menores, y no un curador *ad litem*, antes de la partición. Por tanto, es legítima la intervención de N. Reinoldo Izurieta como representante legal de sus hijos menores en el juicio de inventarios de los bienes de la finada Ana Chiriboga, y, en consecuencia, válida el proceso.—Manuel B. Cuerva.—Pino.—Cárdenas.—Andrade Marín.—Escudero.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 93, pág. 1981).

Graves y valiosas consideraciones se contienen tanto en el fallo como en el voto salvado. Los dos, empero, están conformes, ora en que si hay en el juicio oposición de intereses entre el padre y los hijos, no puede figurar aquél, a la vez, por derecho propio y como representante de éstos; ora en que existe esa contraposición siempre que se trata de derechos recíprocos, es decir, de derechos que cada uno de los interesados o partícipes tiene contra los otros. Sobre esto no podía caber discusión seria, en ningún tiempo, como lo observamos en la prop. 254; muy menos podría haberla actualmente, después de la expresa declaración hecha por el Legislador en la reforma que recordamos al comentar el caso 6º, la del Art. 25 de la Ley de 1921.

Ahora bien, esa oposición de intereses, y esa cuestión de **derechos recíprocos** existe en el juicio de inventario?... Este es el punto de discrepancia entre el fallo y el voto; y esto lo que, silenciado en las leyes entonces vigentes, requería explicaciones y distinciones, como lo observamos en el estudio de la misma prop. 254; y en vista de las dificultades prácticas a que tales distinciones daban lugar, la mayoría del Tribunal se inclinó, según parece en este fallo, a adoptar como regla general la de que al intervenir en el inventario el padre y los hijos por derecho propio, figurasen éstos por medio de curador *ad litem*. Y la reforma de 1921, basada en estos antecedentes de nuestra Jurisprudencia y teniendo en cuenta las mismas dificultades prácticas, formuló la regla

—todavía no muy clara— a que debemos atenernos en lo futuro; lo cual da lugar, en nuestro concepto, a las conclusiones que consignamos al estudiar la mencionada prop. 254.

CASO 20

Juicios criminales.— Capacidad del menor.

En el juicio criminal contra Rafael y Basilio Viteri, por heridas, resuelve el Tribunal Supremo, revocando el fallo de la Corte Superior de Quito, que no siendo necesaria, según el Art. 254 del Código Civil, la intervención del padre en las causas criminales segundas contra el hijo de familia, no lo es tampoco la intervención de un curador especial.

La Corte Superior dijo:

Quito, Febrero 21 de 1889, las doce y media.—Vistos: Aunque son comunes a los dos procesados las actuaciones del presente juicio, por haber sido seguido contra ambos en una sola cuerda, no lo es la nulidad proveniente de la falta de personería legítima en la persona de Basilio Viteri, que, por menor de edad, no pudo estar en juicio por sí solo, con prescindencia de su curador que antes había sido nombrado, muy especialmente para prestar su confesión de fojas 36, por ser una actuación que debía haberse practicado con intervención de un defensor, como prescribe, para los menores de edad, el inciso 10º del Art. 335 del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal, a más del de su curador, puesto que se prescindió de la intervención de ambos. De aquí resulta que siendo válido el proceso respecto de Rafael Viteri, aun cuando no lo es respecto a Basilio, hay que expedir sentencia por lo tocante al primero. Y considerando a este propósito que, según las afirmaciones de los testigos presenciales, Aniseto Quesada, Rita Pezmaño, Vicente Sanchez y Sabina Carrera, el olendido Ramón Carrera, en la segunda escena atacó con un palo a Rafael Viteri, contra quien se dirigió violentamente, ataque que colocó a éste en el caso previsto en el Art. 452 del Código penal, según el cual no hay delito en los golpes o heridas dadas en defensa propia, no hay razón para condenar a pena alguna al referido procesado. En esta virtud, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo, en esta parte, con el parecer del señor Ministro Fiscal, se revoca la sentencia de fojas 73 en la parte que condena al referido procesado, y se le absuelve definitivamente. Más por lo que respecta a la otra parte de la propia sentencia, que condena a Basilio, se declara nulo el proceso por las razones expuestas al principio de este fallo, debiendo reponerse todas las actua-

ciones tocantes a él, desde fojas 27 en que se cometió la omisión ya indicada, a costa del Juez Letrado que ha intervenido en el juicio. Concullese la actual sentencia a la Excm. Corte Suprema, a la cual se elevó el proceso, previa citación de partes, bajo apercibimiento en rebeldía y guardadas las demás solemnidades legales.—*Jacinto R. Muñoz.*

Y la Suprema:

Quito, Mayo 20 de 1889, la una.—Vistos: Son legales y están arregladas a los méritos del proceso los fundamentos de la sentencia conculcada, en cuanto absuelve definitivamente a Rafael Viteri. Mas por lo que respecta a la nulidad de las actuaciones relativas al otro procesado, se considera que: conforme al Art. 254 del Código Civil, no es necesaria la intervención del padre en las causas criminales que se siguen contra el hijo de familia; y si no es necesaria esa intervención, menos puede ser la de un curador especial, puesto que ninguna ley la prescribe. Y si es cierto que el Art. 335 del Código de Enjuiciamientos en materia criminal cuenta entre las solemnidades sustanciales la confesión del procesado con intervención de su defensor, siempre que sea menor de edad, esta falta, en el presente caso, no puede influir en la decisión, ya que Basilio Viteri en la confesión de fojas 36 se refirió en todo a la indagatoria de fojas 20 vuelta, que la prestó con intervención del guardador nombrado por el juez de instrucción. Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se aprueba la mencionada sentencia en la parte que absuelve a Rafael Viteri, de acuerdo con lo que sobre ella dictamina el señor Ministro Fiscal; y se revoca en lo demás, previéndose que se falle la causa, declarando la culpabilidad o inculpabilidad del expresado Basilio Viteri. Devuélvase.—*Luis A. Salazar.—Vicente Nieto.—Antonio Portilla.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N° 59, pág. 470).

Esta doctrina está de todo en todo conforme con la que expusimos al tratar, en lo prop. 241, de lo tocante a la capacidad del menor; mas la Corte Superior, entonces unitaria, opinó que, no sólo para la confesión, sino en todo el juicio debía intervenir el curador.

Lo concerniente a la confesión no atañe a nuestro actual estudio, y lo consideraremos cuando estudiemos el procedimiento penal.

CASO 21

Sociedades en liquidación.

Disuelta una sociedad, es el liquidador quien debe representarla en juicio.

En el juicio de Antonio Barahona contra "La Eléctrica", dice el Tribunal Supremo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 14 de 1911, a las dos de la tarde.—Vistos: Cierto que el doctor Francisco J. Urrutia, como lo reconoce la Segunda Sala de la Corte Superior de Quito, en el auto de que se ha recurrido, a la fecha en que se le citó, a petición de Antonio Barahona, la demanda de fojas 1ª, ya no ejercía el cargo de Gerente de la sociedad anónima "La Eléctrica" ni podía representarla, por haber transcurrido el tiempo para que fue nombrado, según aparece del acta que obra en copia a fojas 117, pero cierto también que designado el expresado doctor en la escritura de 3 de Enero de 1906, fojas 206, para liquidador de la sociedad, de conformidad con el Art. 350 del Código de Comercio, es el quien hoy la representa y debe intervenir en el juicio. Por lo tanto, se revoca el mencionado auto, y se confirma, sin costas, el de primera instancia, fojas 177. Devuélvase.—*Montalvo.—Villagómez.—Alborn Mesanza.—Córdova.—Díaz.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 114, pág. 910).

Por especial disposición del Código de Comercio, es el liquidador el representante legal de la sociedad disuelta.

CASO 22

Comisión para la confesión.

¿Puede practicarse esta diligencia, en juicio de mayor cuantía, por comisión del Alcalde de la causa al Juez de la parroquia en que reside la parte a quien se la exige?...

Los tribunales lo resuelven negativamente, en la causa Cobos - Pinos, en estos términos:

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Julio 3 de 1915, las tres p. m.—Vistos: Para fallar la presente causa, se considera: 8º Las absoluciones prestadas por el doctor León Cobos, aparte de que no comprueban las excepciones del deudor, carecen de valor, por ser rendidas ante un Juez parroquial, sin que haya ley alguna que autorice al Alcalde Municipal el comisionar estas diligencias a un Juez inferior. Por lo expuesto, y los demás consideran-

dos del fallo recurrido, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas, dicho fallo, teniendo en cuenta que la cuarta excepción no ha sido reconsiderada por este Tribunal. Conviértanse al sello de cuarta clase los folios que no lo llevan, antes de que baje el ejecutorial al Juez a quo.—R. Vallejo G.—Daniel León.—B. A. Tercán.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 23 de Marzo de 1916, a las tres de la tarde.—Visios: No existen, en verdad, obligaciones de las cuales pudieran seguirse la compensación o la confusión alegada, por José Benigno Pinos, en el escrito de fojas 16-17; y siendo por lo demás, arreglados a la ley los fundamentos aducidos por la Corte de Riobamba, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas, la sentencia de fojas 105-106. Legalizado este papel, devuélvase.—A. Cárdenas.—Manuel B. Cueva.—Francisco Andrade Marín.—Leopoldo Pino.—Adolfo Pérez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 128, pág. 2260).

Este es el caso a que nos referimos al estudiar el Art. 46, y entonces manifestamos que no nos satisfacía mucho la doctrina adoptada por el Tribunal Supremo. Ella, empero, prevalece en el foro; y sería de desear una declaración legislativa, ya sobre este punto, ya, en general, sobre los casos en que pueden tener lugar las comisiones y exhortos, como dijimos al tratar de la proposición 86 (Tomo 1º) y al comentar el mismo Art. 46.

La razón aducida por este fallo de no haber ley que expresamente autorice a los Alcaldes para encargar la práctica de confesiones a los jueces, es de todo punto insuficiente, si se tiene en cuenta que ese silencio de la ley en punto a comisiones y exhortos ha hecho necesario e indispensable recurrir a consideraciones de analogía para adoptar esa medida en muchos otros casos silenciados también por la ley.

Hay más; el mismo Tribunal Supremo reconoció, expresamente, en el fallo expedido en la causa Martínez Cordero - Arzube, y publicado en los Nros. 21 y 90 de la Serie I de la "Gaceta Judicial", que los Alcaldes podían expedir comisión a los jueces parroquiales para el reconocimiento de documentos, cuando la persona que debiese practicar esa diligencia estuviera fuera del lugar del juicio; siendo así que por una parte, tampoco autoriza

expresamente la ley esta comisión; y por otra la confesión está en el mismo caso que el reconocimiento de documentos, según el tenor y espíritu del Art. 46, como lo observamos al comentar ese artículo.

Diariamente se expiden exhortos o comisiones para embargo de bienes, apremios personales, juramento de peritos o partidores, etc., asimismo por razón de analogía; y la administración de justicia sería imposible, si no se pudiera emplear este medio sino en los casos expresamente previstos por la ley.

SECCION SEGUNDA

De los procuradores

Art. 48.—Son **procuradores judiciales** los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio como actores o demandados.

Art. 49.—No pueden comparecer en juicio como procuradores:

1º—Los abogados que están impedidos de ejercer su profesión;

2º—Los menores y cuantos están o deben estar bajo tutela o curaduría;

3º—Los clérigos de órdenes mayores, excepto el caso en que pueden ejercer la profesión de abogados;

4º—Los religiosos profesos, a no ser representando a su Convento;

5º—Los que se hallan suspensos del ejercicio de los derechos de ciudadanía por auto motivado;

6º—Los calificados o penados como **tinterillos**, según la ley.

Concédesese acción popular para el juzgamiento y castigo de los tinterillos. Los declarados tales, además de las penas señaladas en las leyes de Instrucción Pública y Policía, perderán por cinco años los derechos de ciudadanía; y sólo podrán ser rehabilitados por la respectiva Corte Superior, previo conocimiento de causa.

Los jueces letrados juzgarán a los tinterillos, observando las prescripciones relativas a las infracciones por atentados contra la honra. Si hubiese acusador, será

éste parte, y lo será en todo caso el agente fiscal o procurador síndico; debiéndose actuar este juicio en papel común con intervención de los respectivos secretarios de hacienda, y en falta de éstos, con un escribano.

El fallo absoluto que se dicte en este juicio no dará acción de calumnia:

7°—Los dependientes de los escribanos, en las causas que cursen en las oficinas donde estén empleados;

8°—Las mujeres a no ser por sus maridos. Las solteras o viudas podrán representar a sus parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad; y

9°—Los comprendidos en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 9° del Art. 171 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a no ser por sus parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad.

Art. 50.—La incapacidad del procurador no le inhabilita para sustituir el poder.

Art. 51.—Los procuradores deben presentar poder en el juicio en que comparecen como tales, bien al principio la litis, o antes de la sentencia; pero si, en cualquier estado del juicio, la otra parte exige que lo presenten, serán obligados a ello. Si no lo hacen, pagarán las costas y perjuicios que hubiesen ocasionado, y, además, una multa de uno a diez sueres, en favor de la parte contraria, por cada día del retardo proveniente de la falsa procuración. Para la imposición de la multa, el juez tomará en cuenta la naturaleza de la causa y su cuantía. Los condenados como falsos procuradores pagarán los costas, daños y perjuicios del incidente, aunque posteriormente a la declaración hayan legitimado su personería.

Si compareciere como procurador una persona desconocida o sin responsabilidad, no se le admitirá en juicio, a menos que acompañe a su solicitud el respectivo poder.

Las providencias que se expidieren en los casos de los dos incisos precedentes, sólo serán susceptibles del recurso de queja.

Art. 52.—El poder, en las causas de menor cuantía, se extenderá en papel del sello correspondiente, y se firmará por un juez parroquial y por la parte que lo otor-

gue, o por un testigo, si ella no supiere o no pudiese escribir.

Estos poderes son suficientes para el otorgamiento de escrituras públicas y para cualesquiera otros actos extrajudiciales de menor cuantía.

Art. 53.—En las causas de mayor cuantía, los poderes se otorgarán con las mismas solemnidades que una escritura pública; y si no hubiere escribano, se observará lo dispuesto en la parte final del inciso 2° del Art. 127 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Art. 54.—En las parroquias que disten más de veinticinco kilómetros de la cabecera del cantón, el poder para las causas de mayor cuantía podrá otorgarse ante un juez parroquial y tres testigos. Se usará de papel del sello correspondiente.

Art. 55.—En la Región Oriental y en el Archipiélago de Colón los poderes se otorgarán ante la primera autoridad política o de policía y tres testigos.

Art. 56.—El procurador judicial, a menos de expresarse otra cosa en el poder, no necesita de cláusula especial sino para lo siguiente:

1°—Para transigir;

2°—Para comprometer el pleito en árbitros;

3°—Para desistir del pleito;

4°—Para absolver posiciones y deferir al juramento decisivo; y

5°—Para recibir la cosa sobre la cual versa el litigio, o tomar posesión de ella.

Art. 57.—Están obligados los procuradores:

1°—A cumplir con lo que ordena el Art. 51, bajo pena de ser declarados falsos procuradores y pagar multa, perjuicios y costas, de acuerdo con el inciso 1° de dicho artículo;

2°—A ceñirse a las instrucciones de sus comitentes, bajo pena de pagar daños y perjuicios en caso de abuso;

3°—A llevar a los abogados los documentos necesarios para la defensa, darles noticia del estado de las causas, y copias de las providencias que en ellas se dicten;

4°—A presentar las pruebas y practicar todas las diligencias necesarias para que se reciban dentro de los términos legales;

5°—A guardar secreto de todo aquello que no deba descubrirse a la otra parte, bajo la pena señalada al prevaricato;

6°—A satisfacer los derechos y costas judiciales, aun cuando en el poder se les revele de esta obligación;

7°—A interponer oportunamente los recursos que la ley permita; y

8°—A cumplir, en los respectivos casos, con los demás deberes que el Código Civil impone a los mandatarios.

Art. 58.—Los mandatos de cualquier clase, otorgados en la forma determinada en el Art. 54, por razón de la distancia entre el lugar del otorgamiento y la cabecera del cantón, tendrán el valor de escritura pública, para todos los efectos legales.

Art. 59.—Cuando los procuradores o garantes fueren reducidos a prisión por pago de costas, derechos, honorarios o devolución de autos, tendrán derecho a que les abonen dos sueres, por cada día de prisión, el mandante o la persona que la ocasionó con su falta o descuido.

Art. 60.—El procurador que haya sustituido el poder, podrá revocar las sustituciones, y hacer otras en todo o en parte; y el sustituto podrá también delegarlo si no se le hubiese prohibido.

Art. 61.—Termina el cargo de procurador en todos los casos expresados en el Código Civil; pero si hubiere muerto el mandante después de entablado el pleito, continuará el mandatario o sustituto representando al mandante difunto. Lo mismo es aplicable al procurador del demandado, si ya se le hubiese hecho la citación.

Art. 62.—La parte que revoca el poder antes de concluirse el pleito, debe nombrar otro procurador, o salir personalmente al juicio. Si no lo hiciere, la revocación no producirá efecto alguno.

Art. 63.—Si el procurador renuncia el poder, se seguirá el juicio con el mandante, si este se halla presente; de lo contrario, continuará con el mismo procurador.

Art. 64.—El procurador que renuncie el mandato, pagará los derechos judiciales causados hasta el día de su separación, y las costas y multas en que hubiere sido condenado.

Art. 65.—Si fueren dos o más los demandantes por un mismo derecho, se les obligará a que consintuyan, dentro de término prudencial, un solo procurador; y si no lo hicieren, se les declarará rebeldes. Se hará lo mismo, si fueren dos o más los demandados, siempre que sus excepciones o derechos no fuesen diversos o contrapuestos.

Art. 66.—Los representantes legales no necesitan poder para comparecer en juicio, como actores o reos, por sus representados.

Art. 67.—Si hubiere procurador en el pleito, con él se entenderán todas las diligencias del juicio, y no con el mandante; y aunque este comparezca por sí mismo, no caducará el poder, si no se lo revoca expresamente.

Art. 68.—No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, para los efectos de excusa o recusación, se tendrá por parte sólo a la persona directamente interesada en el juicio o a su representante legal, mas no a su procurador o mandatario.

Exposición Doctrinal

SINOPSIS

(Continuación del programa)

PRELIMINARES

- 258.—Naturaleza del mandato en general y del mandato judicial.—Sentido de las palabras: Procuración.—Procuraduría.—Procura.—Poder.—Mandatario.—Procurador.—Personero.
- 259.—Es necesaria la intervención del procurador?—Sistemas contrarios.—Doctrina legal.—Excepción para el caso de dos o más actores o reos.
- 260.—Capacidad para nombrar procuradores judiciales.
- 261.—Capacidad para ejercer la procuración judicial.—Regla general de la capacidad.—Se requieren condiciones de aptitud?—Pueden serlo los extranjeros?—Los analtabetos?—Impedimentos legales o incompatibilidades.—Contraposición de intereses.—Efectos de la intervención de los incapaces.
- 262.—El que no puede ejercer la procuración por sí mismo, puede ejercerla por medio de sustituto?—El incapaz de contratar puede sustituir?

Forma de la procuración judicial

- 263.—Regla del Código Civil sobre el mandato en general.—Reglas adjetivas: Asuntos de mayor cuantía.—Asuntos de menor cuantía.—Poderes en parroquias distantes.—En la Región Oriental o en el Archipiélago de Colón.—Poderes en el extranjero.—Éndoso que equivale a mandato.
- 264.—Gestión judicial a nombre ajeno sin poder.—Agencia oficiosa.—Ratificación expresa o tácita.—Ratificación de lo obrado a nombre de persona difunta.—Firma a ruego.—Abusos.

Facultades del Procurador

- 265.—Funciones ordinarias del mandatario.—Funciones extraordinarias.—Aplicación al mandato judicial.
- 266.—Diferencias entre poderes, facultades e instrucciones.

Obligaciones del mandatario

- 267.—Obligación anterior a la aceptación.—Aceptación total o parcial.—Retractación.—Renuncia.
- 268.—Obligaciones derivadas de la aceptación.—Quién puede exigir las.—Puede un tercero obligarle al mandatario a presentarse por el mandante?—Observaciones.
- 269.—Manera de ejercer el mandato.—Responsabilidades y sanciones.
- 270.—Obligaciones procesales del mandatario judicial.—Legitimación de su personería.—Presentación del poder.—Efectos de su omisión.—Falsa personería.—Relaciones con el abogado defensor.—Secreto.—Pago de derechos y costas.

Derecho del procurador

- 271.—Detalle legal de los derechos del procurador.—Remuneración.—Indemnizaciones.
- 272.—Concepto legal de la delegación y la sustitución relativa al mandato.
- 273.—Doctrina del Código Civil sobre la delegación.—Sus efectos en los diversos casos.—Aplicación a los poderes judiciales.—Sus inconvenientes.—Comisión mercantil.
- 274.—Ratificación del mandante.—Ratificación del mandatario.
- 275.—Revocación de la sustitución.

Terminación del mandato

- 276.—Modos de terminación reconocidos por la ley: 1º Desempeño del negocio.—2º Expiración del plazo.—3º Revocación: reglas del Código Civil.—¿Hay mandatos irrevocables?—Regla del Cgo. de Enj.: presentación del mandante.—Revocación tácita.—Forma de la revocación expresa.—Pago de costas.
- 277.—Renuncia.—Regla del Código Civil.—¿Puede el mandatario renunciar el derecho de renunciar? ... Regla adjetiva: presencia del mandante.
- 278.—Muerte del mandante.—Muerte del sustituyente.—Muerte del mandatario.
- 279.—Quiebra o insolvencia.—Interdicción.—Matrimonio.—Creación de funciones.
- 280.—Puede aplicarse al mandato judicial al Art. 2160 del Código Civil?

Representantes legales

- 281.—Legitimación de su personería.—Necesitan procuración?—Necesitan comprobar su carácter de tales?

Dos o más actores o demandantes.

- 282.—Dos o más demandantes.—Dos o más demandados.—Desacuerdo en el nombramiento de apoderado común.—Rebeldía de los actores o demandados.—Intervención personal, teniendo procurador común.—Intervención de un agente común con oferta de poder o ratificación.—Recusación de asesores.—Revocación del mandato.—Renuncia del mandatario.—Terminación del mandato por otros medios.

Desarrollo del Programa

LECCION I

§ 1º

PRELIMINARES

258.—Naturaleza del mandato en general y del mandato judicial.—Sentido de las palabras *procuración, procuraduría, procura, poder, mandatario, procurador, personero*.

El Código Civil define el mandato y las partes que en él intervienen, en estos términos:

"Art. 2103.—Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

"La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado procurador, y en general, mandatario". (1)

En seguida añade:

"Art. 2104.—El mandato puede ser gratuito o remunerado.

"La remuneración, llamada honorario, determinase por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre, o el juez".

Y poco después:

"Art. 2111.—El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita.

"Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato.

"Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halle todavía en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona. De otra manera, se hará responsable en los términos del Art. 2154".

(1) El Código Napoleón dice: Art. 1984 "Le mandat ou procuration est une acte par le quel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire".

Y los expositores critican esta definición, porque lo definido en ella es, no el contrato de mandato, sino la procuración o el poder que el mandante confiere al mandatario. Dn. Andrés Bello aprovechó de esas observaciones, y nos dió una exacta definición del contrato, literalmente igual a la de Escribano.

De estas disposiciones se deducen las siguientes conclusiones jurídicas:

1º—El mandato es un contrato **consensual**, esto es, que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes (Código Civil, Art. 1433); pero como la voluntad de las partes puede ser expresada en dos actos separados, esto es, primero la del mandante y después la del mandatario, el Código declara que el contrato queda perfeccionado en virtud de la aceptación; pues sólo desde entonces existe verdadero **consentimiento**, o sea la conformidad en el querer o sentir de dos personas.

En el **mandato judicial**, la voluntad del mandante debe constar de escritura pública, como luego veremos. El mandato puede ser **oneroso o gratuito**, según que sea o no remunerado (Art. 1430); lo cual depende de la estipulación de las partes; y a falta de estipulación, de la naturaleza misma del servicio o de la costumbre (Arts. 1536 y 2104). (1)

El mandato judicial es, por su naturaleza, remunerado, es decir, **oneroso**, por disposición de la Ley Aranciano lo veremos también en su lugar.

Según la generalidad de los expositores franceses, el mandato es unilateral, aun en el caso de ser remunerado. Laurent, por el contrario, lo cree en este caso, bilateral. Sin preocuparnos mucho de esta cuestión, que, para nosotros, no tiene interés práctico, nos inclinamos a la segunda opinión, a la de Laurent.

Discuerdan también los autores sobre si, al ser remunerado, el mandato, se convierte en arrendamiento de servicios, o sí, aun en tal hipótesis, hay entre los dos

(1) Las legislaciones antiguas consideraban el mandato como esencialmente gratuito, basadas en el Derecho Romano, que así lo declaraba. El Código Napoleón, apartándose de las ideas tradicionales, sintetizadas en la doctrina de Pothier, admitió la posibilidad del mandato remunerado, pero advirtiendo que, a falta de estipulación en contrario, se lo tendría como gratuito (Art. 1866). El nuestro, o sea el Chileno, avanzó algo más en la reforma: el mandato no es, por su naturaleza, gratuito ni oneroso, y esta calidad depende de la voluntad expresa o tácita de las partes, de la costumbre o la ley.

contratos diferencias esenciales. A nuestro modo de ver, el mandato remunerado difiere del arrendamiento de servicios, como la especie del género. El mandatario remunerado arrienda indudablemente sus servicios; pero este arrendamiento tiene la diferencia específica de que lleva consigo la representación del mandante, que no existe en los demás arrendamientos de servicios materiales o inmateriales. Y por esto le son aplicables, ya las reglas del mandato, ya las del arrendamiento, según los casos, como lo dan a entender los Arts. 2004 y 2105 del Código Civil.

Procuración, procuraduría y procura son voces técnicas que valen tanto como mandato (1).

Poder.—Es el escrito o documento en que el mandante hace constar las facultades que confiere al mandatario. Se da también ese nombre a cada una de las facultades.

No hay en el tecnicismo legal ninguna palabra que, por sí sola, signifique el mandato judicial.

Las palabras finales de nuestra definición legal arriba transcrita (y el que lo acepta, apoderado, procurador y **en general mandatario**) dan a entender que el procurador y el apoderado son **especies** de mandatarios, y que esta última voz es **genérica**, con relación a las dos anteriores. Y como en ninguna parte de nuestras leyes se explica esta distinción ni el alcance y comprensión de las palabras **apoderado** y **procurador**, podía creerse que, atento el tenor de este artículo, la última había quedado reservada para los mandatarios judiciales, como lo suponen algunos tratadistas, entre ellos **Caravantes**, que da

(1) Escriche dice: "**Procura**—La comisión o poder que alguno da a otro para que en su nombre haga o ejecute alguna cosa. Véase mandato o poder. "**Procuración**.—El acto por el que una persona da poder a otra para que haga alguna cosa en su nombre"

"No tiene la palabra **Procuraduría**; mas el Diccionario de la Academia dice: **Procuraduría**.—1—Oficio o cargo de procurador.—2—Oficina donde despacha el procurador".

Y más arriba: "**Procuración**.—1—Cuidado o diligencia con que se trata y maneja un negocio.—2—Comisión o poder que uno da a otro para que en su nombre haga o ejecute una cosa.—3—Oficio o cargo de procurador.—4.—**Procuraduría**".

la definición siguiente: "Se entiende por **procurador** la persona autorizada o el mandatario público que representa en los negocios judiciales a los litigantes, y gestiona con arreglo al poder que éstos le han conferido". T. 1º N.º 59.

Dice persona **autorizada** o **mandatario público**, por cuanto, como veremos al tratar de la proposición siguiente, en España los mandatarios judiciales tienen carácter público, lo mismo que en Francia; pero restringe la significación de la palabra **procurador** a los **mandatarios judiciales**.

Mas nuestro Código de Enjuiciamiento no ha seguido esta norma; antes bien, ha dado a entender que es lo mismo **procurador** que **mandatario**, ya que en su definición dice que son **procuradores judiciales** "los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio como **actores o demandados**".

Las últimas palabras son superfluas, y hasta perjudiciales en la definición, en cuanto la restringen indebidamente; puesto que el mandatario judicial puede también parecer como **tercerista**, o en ciertos asuntos de jurisdicción voluntaria en que cada interesado representa su derecho, sin asumir la calidad jurídica de actor ni de mandado. Y suprimidas esas palabras, la definición queda reducida a que son **procuradores judiciales los mandatarios judiciales**. Lo cual no es definir ni hacer nada.

Pero de esto se deduce que puede haber **procuradores judiciales o extrajudiciales**, y que según nuestra ley, el concepto de procuración, equivale, como hemos dicho, a mandato, es decir, es comprensivo de ambas especies.

Mejor habría sido decir, como Caravantes: "Son **procuradores** los mandatarios autorizados para comparecer en juicio"; pues de esta manera habríamos tenido un vocablo técnico, propio del mandato judicial (1).

(1) La Ley primera. Tít. 5º Part. 3ª dice: "Personero es aquel que recabada o hace algunos pleitos o cosas ajenas, por mandato del dueño de ellas. "El ha nome personero, porque parece o está en juicio o fuera del en lugar de la persona de otro".

Todo el Tít. 5º de la Part. 3ª versa sobre los **personeros**, y tiene importantes y curiosas reglas.—Tomo 2º pág. 452 y siguientes.

Procurador viene de **curo y pro**, cuidar de los negocios de otro; y se denomina también poderhabiente, perceptor, apoderado. etc.

259.—Es necesaria la intervención de procurador?—Sistemas contrarios.—Doctrina legal.—Excepción para el caso de dos o más actores o reos.

En nuestro sistema legal es absolutamente libre y voluntario para los litigantes valerse o no de procuradores, como lo declara el Art. 44, que debió estar en esta **Sección de los procuradores**; y en caso de querer hacerlo, es también libre para ellos la elección de la persona. Les es obligatorio tener procurador, sólo cuando son dos o más los actores o los demandados, como lo veremos después, al estudiar las proposiciones 282 y 294, y el Art. 65.

En otras legislaciones, como la francesa, la italiana y la española, la intervención de procuradores es preceptiva para todo asunto judicial, con algunas excepciones. El cargo de procurador es público, y el nombramiento se hace por la autoridad. De entre los nombrados por ella, elige cada litigante el procurador que más le conviene (1).

La institución tiene, por tanto, dos partes: la intervención forzosa de procurador y la designación del personal de procuradores por la autoridad pública, a fin de que sólo de entre éstos puedan elegir los interesados. Fúndase la primera en que, para los asuntos litigiosos, requiérese, no sólo la dirección de un abogado, sino cierta versación en las prácticas curiales que facilite la atinada ejecución del plan concertado por el defensor; y la segunda en que la inexperiencia y la buena fe pueden inducir a los litigantes a caer en manos de charlatanes y agiotistas que los sacrifiquen.

Entre nosotros se ensayó este sistema en el Código de 1846: se establecieron de cuatro a seis procuradores nombrados por el Poder Ejecutivo, a propuesta en terna de las Cortes; y su intervención era forzosa para las partes, en segunda y tercera instancia. Para obtener el nombramiento necesitaban, entre otras cosas, los candi-

datos rendir un examen ante el Tribunal. No pudo aclimatarse esta institución; y observándose que era preferible dejar este asunto al criterio de los mismos interesados y de sus defensores, se la derogó a poco tiempo, restituyendo a las partes la libertad de que gozan hasta ahora.

Esta misma regla de la libertad siguen el Código chileno y el nuevo peruano de Enjuiciamiento. (Arts. 5º y 1º, respectivamente).

260.—Capacidad para nombrar procuradores judiciales.

Es facultativo, como hemos dicho, para los litigantes comparecer personalmente o por medio de apoderado, según el Art. 44 de nuestro Código. Conforme al 45, tienen capacidad o **son hábiles** (palabras de la ley) para nombrar procuradores, todas las personas que pueden comparecer en juicio por sí mismas.

Según esto, pueden hacer ese nombramiento aun las personas incapaces, en los casos de excepción en que pueden comparecer por sí mismas.

Si los representantes legales de personas naturales y personas jurídicas de Derecho privado o público pueden conferir poder o ratificar lo hecho a nombre de ellas, estudiaremos en la proposición 295, al comentar el Art. 66.

261.—Capacidad para ejercer la procuración judicial.—Regla general de la capacidad.—Se requieren condiciones de aptitud?—Pueden serlo los extranjeros?—Los analfabetos?—Impedimentos legales o incompatibilidades.—Contraposición de intereses.—Efectos de la intervención de los incapaces.

En nuestra ley sustantiva no hay reglas especiales de capacidad para el mandato; por consiguiente, se aplican las generales sobre la capacidad para contratar, o sea, según el lenguaje legal, para los **actos y declaraciones de la voluntad**, consignadas en los Arts. 1435, 1436 y 1437.

La única excepción o mejor dicho aclaración a este respecto, es la del Art. 2115, que dice:

(1) En Francia el apoderado elegido por el litigante se llama *avocat*.

"Si se constituye mandatario a un menor o a una mujer casada, los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros, en cuanto obliquen a éstos y al mandante; pero las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros no podrán surtir efecto sino según las reglas relativas a los menores y a las mujeres casadas."

Regla para el mandato judicial.—En cuanto a este punto, que es el que nos concierne directamente, comentamos por una regla análoga a la de la capacidad jurídica, en general: toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas a quienes la ley declara incapaces. La capacidad es la regla; la incapacidad, la excepción.

Condiciones de aptitud.—No tienen, como hemos dicho, en nuestro sistema legal, carácter público los procuradores. Tampoco exige la ley condiciones especiales de aptitud para ese cargo. No es necesaria la ciudadanía; y por lo mismo, pueden ser procuradores los extranjeros.

No se exigen conocimientos teóricos ni prácticos en asuntos judiciales, ni siquiera el saber leer y escribir. Un analfabeto, es decir, un ciego de entendimiento, más inepto que los privados de la vista natural, es legalmente hábil para el mandato judicial, como lo veremos al comentar nuestras reglas legales, contenidas en el Art. 49.

Son inhábiles para esa especie de mandato, a más de las personas que lo son para los contratos en general, algunas otras a quienes la ley les prohíbe ejercerlo, ya por razón de incompatibilidad de funciones, como los jueces y magistrados, los miembros del Congreso o del Gobierno y otros funcionarios públicos; ya por consideración al estado o condición social de ellas, como los clérigos, los religiosos y las mujeres; ya, en fin, por motivos de indignidad o falta de honorabilidad, como los enjuiciados criminalmente, los tinterillos, etc.

El detalle de los impedimentos y de nuestras disposiciones legales relativas a esta materia estudiaremos al ocuparnos en el Art. 49 del Código.

Contraposición de intereses.—Una persona legalmente capaz de ser mandataria judicial, puede estar impedida de figurar como tal en cierta causa o con relación a determinada persona, en virtud de la oposición de intereses. La ley no lo dice; pero el principio jurídico de que nadie puede representar en juicio intereses opuestos, es

tan evidente e inconcuso, que no puede menos que aplicarse en todos los casos en que resulta esa oposición.

En nuestra práctica forense se ha aplicado ese principio a los representantes legales, desde antes de que el legislador lo reconociese y ordenase expresamente en la reforma de 1921, como lo observamos en los respectivos lugares de la Sección precedente, y en especial al estudiar lo prop. 254, en donde procuramos también explicar y precisar el concepto de la oposición de intereses, no siempre claro en los casos prácticos; y esas observaciones pueden servirnos para la actual cuestión.

No cabe, por tanto, que una persona sea, a la vez, mandatario del actor y del demandado, o de una de estas dos partes y del tercerista. Y si el apoderado llega a tener en la causa interés personal opuesto al del mandante, tampoco puede seguir ejerciendo el mandato; v. gr. si hace a su propio nombre tercera en el juicio en que figuraba como personero del ejecutante o del ejecutado.

Por la misma razón, uno de los partícipes en juicio divisorio no puede ser procurador de otro partícipe, ni los dos pueden tener un solo mandatario, sino en el caso de que hayan de quedar entre sí indivisos o tengan algún otro arreglo que excluya la oposición de intereses.

Para los asuntos extrajudiciales hemos tenido siempre en el Código Civil las siguientes reglas, que no son sino meros corolarios del mismo principio:

"Art. 2131.—No podrá el mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar; si no fuere con aprobación expresa del mandante.

"Art. 2132.—Si se le encargare tomar dinero prestado, podrá prestarlo no él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente. Pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante."

Efectos de la intervención del mandatario incapaz.

Si de hecho interviene como mandatario una persona comprendida en alguna de las inhabilidades legales, sus actos son nulos; y según lo ha resuelto el Tribunal Supremo, esa nulidad no puede sanearse por la ratifica-

ción: Sobre esto último, esto es, sobre si pueden validarse, por la ratificación, los actos del mandatario incapaz, haremos algunas observaciones y expondremos nuestra opinión, al comentar el fallo del Tribunal Supremo a que nos referimos. (Jurisp. casos 32 y 33).

262.—El que no puede ejercer la procuración por si mismo, puede ejercerla por medio de sustituto?— El incapaz de contratar puede sustituir?

La sustitución es un acto jurídico, un verdadero contrato, que establece obligaciones e impone responsabilidades. No puede, por tanto, otorgarla quien no es capaz de contratar. Pero el que, teniendo aquella capacidad general, se halla en alguno de los casos de impedimento de ejercer la procuración judicial, puede muy bien sustituir el poder, asumiendo, por cierto, las correspondientes responsabilidades.

§ 2º

FORMA DE LA PROCURACION JUDICIAL

263.—Regla del Código Civil sobre el mandato en general.—Reglas adjetivas: asuntos de mayor cuantía.—Asuntos de menor cuantía.—Poderes en parroquias distantes.—En la Región Oriental o en el Archipiélago de Colón.—Poderes en país extranjero.—Endoso que equivale a mandato.

Mandato extrajudicial.—Sabemos ya que, según el Código Civil, el mandato es un contrato meramente consensual, es decir, se perfecciona por el mero consentimiento, sin necesidad de requisitos de forma. La regla legal es la siguiente:

"Art. 2110.—El encargo objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generadas, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico."

Con respecto a la prueba testimonial, las reglas generales a que este artículo se refiere, son las de los Arts. 1698 y 1701 del mismo Código, que la declaran inadmisible para los actos y contratos que contienen entrega o promesa de una cosa cuyo valor excede de ciento sesenta sures; mas en cuanto a la necesidad de instrumento auténtico, no encontramos en él ninguna regla expresa. Los tribunales, empero, han interpretado justamente que, si se confiere poder para un contrato que debe otorgarse por escritura pública, v. gr. una compra-venta de bienes raíces, el poder comprensivo del consentimiento del mandante, debe extenderse en la misma forma. Véanse Jurisp. caso 38 y la prop. 287 sobre el Art. 52.

Presupuesto este principio jurídico, la legislación de 1912 consigné una excepción en el Art. 6º de la Reforma del Código de Enjuiciamiento Civil que, en la nueva edición del Código, lleva el Nº 58. Al estudiar este artículo en la parte legal, volveremos a ocuparnos en esta cuestión.

Mandato judicial.—Para el mandato judicial es indispensable la constancia por escrito, puesto que debe obrar en el proceso; y, por la misma razón, debe estar rodeado de suficientes garantías de autenticidad. Fundada en esta consideración, nuestra ley adjetiva exige la solemnidad de escritura pública, si se trata de un asunto de mayor cuantía, y la intervención de un juez civil, si es para juicio de menor cuantía.

La exigencia de escritura pública es, quizá, exagerada; pues aquella garantía podría obtenerse, constando el poder en un escrito presentado al juez y legalmente reconocido (1); tanto más, cuanto para la autoriza-

(1) El Código de Procedimiento Chileno, tratando de la forma del poder judicial, consigna la siguiente regla, que merece recomendarse:

"Art. 7º.—El que comparece en juicio a nombre de otro, en desempeño de un mandato o en ejercicio de un cargo que requiere especial nombramiento, deberá exhibir el título que acredite su representación.

Para obrar como mandatario se considerará poder suficiente: 1º el consentimiento por escritura pública otorgada ante notario o ante oficial del Registro Civil a quien la ley confiere esta facultad; 2º el que consta de una acta extendida ante un Juez de Letras o ante un Juez árbitro y suscrita por todos los

ción marital, para la revocación del madato, para la renuncia y para otros actos importantes, basta un escrito dirigido al juez y agregado al proceso, sin siquiera reconocimiento (Prop. 231).

La autenticidad de los escritos presentados en juicio debe presumirse, y de hecho se presume, mientras no haya algún motivo para dudar de ella o alguna reclamación de una de las partes; en cuyo caso se ordena por el juez el reconocimiento.

Por razón de la forma, tenemos, pues, en nuestro sistema legal, cuatro clases de poderes judiciales:

En escritura pública, para asuntos de mayor cuantía (Art. 53);

Ante un juez parroquial y tres testigos, para los mismos asuntos, cuando el otorgamiento tiene lugar en una parroquia que dista más de 25 kilómetros de la cabecera del cantón (Art. 54);

Para asuntos de menor cuantía, ante un juez parroquial, en el libro que, a modo de protocolo, deben llevar dichos jueces (Arts. 52 y 1069 del Código y 72 de la Ley Orgánica del Poder Judicial);

Y para cualquier asunto, ante la primera autoridad política o de Policía y tres testigos, si se otorga en la Región Oriental o en el Archipiélago de Colón (Art. 55).

Un poder otorgado por escritura pública, puede servir también para asuntos de menor cuantía; pues el pensamiento del legislador ha sido simplemente exigir menor solemnidad y menores gastos para dichos asuntos; y por lo mismo, las mayores solemnidades y garantías de una escritura pública no pueden considerarse como obstáculo o inconveniente. Una persona que confiere a

otorgantes; y ^{3º} el que conste de una declaración escrita del mandante, autorizada por el secretario del Tribunal que esté conociendo de la causa.

Podrá, sin embargo, admitirse la comparecencia al juicio de una persona que obre sin poder en beneficio de otra, con tal que ofrezca garantía de que el interesado aprobará lo que se hubiere obrado en su nombre. El Tribunal, para aceptar la representación, calificará las circunstancias del caso y la garantía ofrecida; y fijará un plazo para la ratificación del interesado".

Y el peruano: "Art. 8º.—El poder para pleitos se otorgará por escritura pública o por acta ante el juez que conoce de la causa, la cual será firmada por el otorgante, el juez y el escribano.

Para los juicios cuyo valor no exceda de cincuenta libras, puede también otorgarse el poder fuera de Registro".

otra poder general para cualesquiera asuntos judiciales, no necesita, por lo mismo, sino otorgar una escritura pública, la cual habilita al mandatario, tanto para los pleitos de mayor, como para los de menor cuantía.

Al estudiar los artículos arriba citados y la prop. 287 (Parte legal) volveremos a ocuparnos en los asuntos comprendidos en la prop. 263, que estamos examinando.

Restanos sólo ocuparnos en los poderes que se otorgan en país extranjero. El principio general admitido en el Derecho Internacional Privado es el de que la forma de los actos jurídicos se sujeta a las reglas del país del otorgamiento; mas nuestro Código Civil, después de hacer aplicación de este principio, en el Art. 16, respecto de los instrumentos públicos, agrega:

"Art. 17.—En los casos en que las leyes ecuatorianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en "el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas".

Por consiguiente, aun cuando en el país del otorgamiento sea suficiente un documento privado para el mandato judicial, será necesario otorgar un instrumento público, si el poder debe presentarse en juicio en el Ecuador. Ese instrumento debe otorgarse, por lo mismo, ante un funcionario territorial competente y con las solemnidades del respectivo país, o bien ante un Cónsul ecuatoriano, con arreglo a nuestra ley de la materia.

Endoso equivalente a mandato.—A más de las formas regulares u ordinarias del mandato judicial, que acabamos de considerar, los Tribunales han encontrado otra que pudéramos llamar irregular o extraordinaria, en las siguientes disposiciones del Código de Comercio:

"Art. 416.—La propiedad de una letra de cambio se puede transferir a otra persona por medio del endoso.

"Este debe contener:

"El nombre de la persona a cuya orden se transfiriere la letra.

"La expresión de si es por valor recibido o por valor en cuenta.

"La fecha.

"La firma del endosante.

"Art. 417.—Se prohíbe firmar endosos en blanco, y los que estuviéren en esta forma no producirán acción alguna para reclamar el valor de la letra.

"Art. 418.—El endoso firmado que no estuviere conforme con las prescripciones anteriores, equivale a simple mandato".

Las mismas reglas se aplican a las libranzas y pagars a la orden, según los Arts. 486 y 487.

Tenemos, por tanto, que, para lo sustantivo, el endoso ilegal de un documento puede tener el valor de mero mandato, según el cual, el endosatario deberá proceder al cobro en nombre y por cuenta del mandante, como procede todo mandatario. Ahora bien si para la ejecución de ese mandato se hace necesario gestionar judicialmente, estará el mandatario exonerado de los requisitos de forma que, según hemos visto, se exigen para el mandato judicial (escritura pública, si es de mayor cuantía, o acta judicial, si de menor, etc.)? ... En otros términos, ese endoso irregular que, en el fondo, equivale a mandato, según el Código de Comercio, equivaldrá también por la forma a escritura pública o acta judicial, es decir, tendrá mayor virtud y fuerza que el endoso regular y perfecto? ...

El Tribunal Supremo ha adoptado la solución afirmativa, como lo veremos en Jurisp. (casos 29, 30 y 31); y nuestra opinión la reservamos para cuando comentemos esos fallos.

264.—Gestión judicial a nombre ajeno, sin poder.— Agencia oficiosa.— Ratificación expresa o tácita.— Ratificación de lo obrado a nombre de persona difunta.— Firma a ruego.— Abusos.

Si una persona administra sin mandato los negocios de otra, se obliga para con ésta y la obliga en ciertos casos, dice el Código Civil en el Art. 2268, agregando que esa administración constituye el cuasicontrato de **agencia oficiosa**.

Las obligaciones del agente oficioso son las mismas que las del mandatario (Art. 2269); y las del interesado o dueño del negocio, cumplir las que el gerente haya contraído en la gestión—siempre que el negocio haya sido bien administrado—y pagar las expensas útiles y necesarias (Art. 2272).

Para la existencia de las obligaciones del dueño del negocio o interesado, no es indispensable su ratificación:

hasta el hecho de la buena administración, es decir, el hecho mismo del cuasicontrato.

En asuntos judiciales, nadie—excepto las personas investidas de algún cargo al que sea anexa la representación—puede gestionar a nombre de otro, sino con el respectivo poder, o con protesta de presentarlo posteriormente o de que el interesado ratificará las gestiones hechas a su nombre; y la falta de poder o ratificación acarrea la nulidad del proceso y la responsabilidad personal del agente oficioso, por las costas procesales, la multa y los daños y perjuicios, como luego veremos.

En esta sección de los procuradores no tenemos ninguna disposición legal que permita gestionar a nombre ajeno con la mera oferta de ratificación; ni en ningún otro lugar lo dice el Código expresamente. Mas al tratar de las nulidades, consigna la siguiente regla, que da a entender claramente que es legal y admisible esa manera de proceder:

"Art. 416.—Aun cuando se hubiere declarado ya la nulidad por falta de personería, si la parte ratifica lo hecho a su nombre, el proceso será válido; y aun los jueces superiores, revocando la nulidad, devolverán la causa al inferior, para que falle sobre lo principal".

El artículo siguiente, el 417, habla también de ratificación, en el mismo sentido; y en la práctica está perfectamente admitido y es de cotidiana ocurrencia, el que cualquiera se presente a nombre de otro con oferta de ratificación, asumiendo las consecuencias de la falsa personería, si la ratificación no se efectúa.

La ratificación puede ser tácita, por actos del interesado que manifiesten inequívocamente su aquiescencia, v. gr. si habiéndose propuesto una demanda a nombre de otra persona, ésta comparece a continuar la causa, como lo declaró justamente el Tribunal Supremo en el juicio del menor Humberto Salas contra Carmen Montalvo. (Véase en la Sección anterior, DEL ACTOR Y DEL DEMANDADO, Jurisp. caso 3º).

La ratificación, como la palabra lo indica, refiérese sólo a lo pasado. Para lo futuro, no vale si no se otorga en forma de poder. Véase prop. 286 y Jurisp. caso 35. **Gestiones a nombre de un muerto.**—Si la persona a cuyo nombre gestionó otra, con oferta de poder o ratifi-

cación, había fallecido antes de dichas gestiones, podrán validarse éstas por la ratificación de los herederos?... Este caso fue fallado por nuestros Tribunales; por lo cual reservamos nuestra opinión para cuando comentemos esas resoluciones (Jurisp. casos 27 y 51).

Firma a ruego.—El que otorga un documento, debe suscribirlo; el que dirige una solicitud o representación escrita, debe igualmente poner en ella su firma. La suscripción es lo que constituye al otorgante autor del escrito y responsable de sus consecuencias. Es, por decirlo así, el signo de la propiedad del acto.

Si el otorgante no sabe o no puede firmar, debe obtener que lo haga otra persona, como encargada por él; mas esa persona no se hace parte en el asunto ni debe seguir interviniendo. Así lo dispone la ley, al tratar de los instrumentos más importantes, como son los testamentos y las escrituras públicas. Pero ese encargo supone, según el pensamiento de la ley, que el otorgante está instruido del contenido del instrumento, y que, además, asiste en persona al otorgamiento.

No se había imaginado el legislador que cupiese firma a ruego de quien sabe y puede firmar, mas no lo hace porque no está presente, ni conoce el instrumento de que se trata, y tal vez ni noticia tiene del otorgamiento. El ruego, para un caso de estos, entraña verdadero mandato; y el mandato para asuntos judiciales debe otorgarse por escritura pública.

Mas en el foro ecuatoriano se ha encontrado un medio muy sencillo de eliminar esta formalidad legal. Cualquiera persona firma por otra, en virtud de un supuesto ruego de ésta; y no porque el interesado tenga ninguna imposibilidad de escribir, sino porque, ausente y sin noticia si quiera del escrito, no cabe que ponga en él su firma.

Mediante esta corruptela, se elude la necesidad legal del poder o la ratificación; y el firmante, que no se muestra parte, no representa al interesado; no asume ninguna responsabilidad, ni siquiera la del pago de las actuaciones que él mismo ocasiona, sino en el evento de que el interesado cuyo ruego suplante, reclame contra la falsedad o proteste no ser suyo el escrito.

Los tinterillos han abusado ampliamente de este nuevo arbitrio, para embrollar los asuntos judiciales; y se hace necesario que el Tribunal Supremo, en sus Reglamentos, y, si esto no basta, la Legislatura, se preocupen del particular y adopten las medidas apropiadas. Véase Jurisp. caso 26.

LECCION 11

§ 1º

FACULTADES DEL PROCURADOR

265.—Funciones ordinarias del mandatario, derivadas de la naturaleza del contrato.— Funciones extraordinarias.— Aplicación al mandato judicial.

Damos aquí la denominación de **funciones ordinarias** del mandatario, a las que se derivan de la naturaleza del mandato, sin necesidad de disposición especial del mandante; y el de **funciones extraordinarias**, a las que no existen sino en virtud de la voluntad especial de éste. Expliquemos este concepto.

"Se distinguen en cada contrato"—dice el Código Civil, en el art. 1434—"las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y "las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas "cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo "esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial "ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".

Y como las cosas se definen por su esencia, para saber lo que es esencial a un contrato definido por la ley, debemos recurrir a su definición. Así, en la venta, son esenciales la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio estipulado.

Son de la naturaleza de los contratos las cosas que el legislador supone entraron en la intención de los con-

tratantes y deben considerarse aceptadas y queridas por éstos; v. gr. en el mismo contrato de venta, la obligación de defender al comprador si un tercero le disputa el dominio de la cosa.

Cuanto al mandato, debemos decir, ciñendonos a la definición legal, que son esenciales el encargo que una persona hace de un negocio suyo a otra, y la obligación que ésta se impone, de efectuarlo a nombre y por cuenta de aquella. Si no hay encargo, o si el negocio interesa sólo al mismo encargado, no hay mandato.

Veamos ahora lo que es de la naturaleza de este contrato, en orden a las atribuciones del mandatario, cuya extensión depende, de todo en todo, de la voluntad del mandante. Es decir, veamos cuáles son las que, interpretando esa voluntad, considera la ley tácitamente aceptadas o queridas por el mandante.

Nuestro Código Civil, de acuerdo con el francés y la generalidad de los modernos, resuelve esta cuestión en los siguientes términos:

"Art. 2119.—El mandato no confiere naturalmente al mandatario más "que el poder de efectuar los actos de administración: como son pagar las "deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros "al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones; en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administrar; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de "las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan "encomendado.

"Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial".

Del tenor y espíritu de esta disposición se deduce, en relación con lo que nos incumbe investigar ahora:

1º—Que el mandato, por general que sea, no faculta naturalmente al mandatario sino para actos de mera administración. Los que pueden calificarse como **dispositivos**, quedan fuera de sus límites ordinarios.

2º—Que para conocer la extensión y naturaleza de una administración, debe atenderse al giro ordinario de los negocios del mandante, encargados al mandatario.

3º—Que, según la ley, es de la naturaleza del mandato la comparecencia en juicio para demandar a los deudores, intentar las acciones posesorias, interrumpir las prescripciones, en relación con el giro ordinario del

negocio encomendado; es decir, es esa comparecencia un acto meramente administrativo.

4º—Que, por lo mismo, el mandatario puede comparecer en juicio para esos efectos, sin necesidad de autorización expresa. En otros términos: un mandato general puede considerarse como mandato judicial, para los efectos susodichos, aunque en el instrumento nada se diga al respecto.

5º—Que para otra clase de litigios, extraños al giro ordinario, necesita el procurador autorización especial. Ahora bien, un mandatario judicial—sea por disposición expresa del mandante, sea por la naturaleza del mandato—¿qué clase de actos puede ejecutar en juicio, y para qué otros necesita cláusula o autorización especial?...

Nuestra respuesta es análoga: puede el mandatario judicial ejecutar todos aquellos actos que se comprenden en el giro ordinario de un asunto judicial, es decir, todos los actos o gestiones que pueden caber en el juicio, así en lo principal, como en los incidentes, excepto solo aquellos que, por su importancia, se miran como **dispositivos**, es decir, tales que sólo el dueño puede ejecutarlos, y, por lo mismo, requieren en el mandatario autorización especial.

Lo que puede hacer el mandatario, es la regla; lo que no puede, sin autorización especial, excepción (1).

(1) El Código Chileno define con precisión lo que comprende el giro ordinario de la gestión judicial, y puntualiza en seguida los actos que, por no así: "Art. 8º El poder para litigar se entenderá cláusula especial del mandante. Dice en que se presente, y aun cuando no exprese las facultades que se conceden, autorizará al procurador para tomar parte, del mismo modo que podría hacerlo el poderdante, en todos los trámites e incidentes del juicio y de todas las cuestiones que por vía de reconvencción se promuevan, hasta la ejecución completa de la sentencia definitiva, salvo que la ley exija intervención personal de la parte misma. Las cláusulas en que se nieguen o en que se limiten las facultades expresadas, son nulas. Podrá asimismo, el procurador delegar el poder obligando al mandante, a menos que se le haya negado esta facultad. "Sin embargo, no se entenderán concedidas al procurador, sin expresa mención, las facultades de desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar la demanda contraria, deferir el juramento decisorio, aceptar su delación, absolver posiciones, renunciar los recursos o los términos legales, transigir, comprometer, otorgar a los árbitros facultades de arbitradores, aprobar convenios y percibir".

Nuestro Código consigna las excepciones en el Art. 56; y esas excepciones, de cuyo detalle trataremos al estudiar ese artículo, constituyen las **funciones extraordinarias** del mandatario judicial.

Todo lo no comprendido en las excepciones puntualizadas por aquel artículo, se rige por la regla general, es decir, entran en el giro ordinario de la gestión judicial, y puede hacerlo el mandatario, sin necesidad de autorización expresa; pero entendiéndose que se trata sólo de los actos y diligencias judiciales, concernientes al litigio. Para otros actos extraños, como para ceder el crédito reclamado, hacer una novación u otra operación extrajudicial, el mandatario debe tener por norma las respectivas disposiciones de la ley sustantiva.

266.—Diferencia entre poderes, facultades e instrucciones.

El vocablo **poder** se aplica, como ya dijimos, ora a las atribuciones que el mandante o la ley confieren al mandatario, ora al instrumento en que se consignan dichas atribuciones. En el primer sentido, **poder** significa tanto como **facultad**, en el lenguaje legal.

Entre **facultades** e **instrucciones** la diferencia es muy clara y muy importante. Las facultades fijan y determinan la capacidad del mandatario para representar al mandante. A ellas deben atenderse, así los terceros que con el mandatario se entienden, como el juez que con él debe contar en el juicio. De ellas depende, por tanto, la legitimidad de la personería del mandatario y la validez del proceso.

Las **instrucciones** son ciertas reglas de conducta o advertencias que el mandante da al mandatario, privadamente y fuera del instrumento del mandato, en orden al modo u ocasión de usar de las facultades. Son, por lo mismo, extrañas a los terceros y al juez, y atañen sólo a las relaciones entre mandante y mandatario. Si éste las quebranta, pero sin salir de la órbita de las facultades, lo hecho por él es válido y liga al mandante respecto de terceros, con arreglo al Art. 2147 del Código Civil; pero el mandatario responde de los perjuicios al

mandante, (Art. 57, N° 2° del Código de Enjuiciamiento; Jurisp. caso. 49).

Ejemplo: si en el poder se le autoriza al mandatario para hacer postura en un remate y comprar la cosa; mas por separado o privadamente el mandante le advierte al mandatario que no subirá en las pujas sino hasta cierto límite, y el mandatario traspasa ese límite y hace el remate por cantidad mayor, la gestión es válida, le obliga al mandante, pero el mandatario queda responsable por la violación de las instituciones. Mas si la fijación de aquel límite consta en la misma escritura del mandato, no se trata ya de instrucciones, sino de facultades, y el remate por mayor precio es nulo, por ilegitimidad de personería.

Con respecto a la responsabilidad del mandatario, en el caso de violación de las instrucciones, se tendrá en cuenta lo que luego diremos, refiriéndonos al Art. 2137 del Código Civil.

§ 2°

OBLIGACIONES DEL PROCURADOR

267.—Obligación anterior a la aceptación.— Aceptación total o parcial.— Retracción.— Renuncia.

Hemos visto lo que el mandatario puede hacer en virtud del mandato. Veamos ahora lo que **debe** hacer; cuáles son sus obligaciones.

Sabemos ya que el mandato se perfecciona por la aceptación de la persona a quien se lo confiere (249). Por tanto, antes de la aceptación, esa persona no tiene obligación alguna de mandatario. El Código Civil empero, hace la siguiente declaración, que interesa a los abogados, a quienes de manera principal y acaso exclusiva, se dirige:

"Art. 2112.—Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligados a declarar lo más pronto posible "si aceptan o no el encargo que una persona cusente les hace: y transcurrido un término razonable, el silencio de aquellas se tendrá por aceptación."

"Aun cuando se excusen del encargo, deberán tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda".

La aceptación puede ser parcial. Si el mandato es general o para dos o más asuntos, el mandatario puede aceptarlo para uno o más de ellos y no para los otros.

Aun después de la aceptación, puede el mandatario retractarse, en los términos del Art. 2111 del Código Civil, y puede también renunciarlo, con arreglo al Art. 2150.

La renuncia difiere de la retractación en que tiene lugar cuando ya se ha empezado a ejercer el mandato.

Así la retractación como la renuncia pueden también ser parciales.

268.—Obligaciones derivadas de la aceptación.— Quién puede exigir las.— Puede un tercero obligar al mandatario a presentarse por el mandante?

Aceptado el mandato, toca al mandatario desempeñarlo. Esta es una obligación derivada de la esencia del contrato. Si el mandato es para un pleito, el mandatario debe ejercer el poder, esto es, presentarse en juicio a nombre del mandante.

El derecho correlativo a esta obligación—el derecho de exigir el desempeño del mandato—corresponde al mandante, y nada más que al mandante; por la muy obvia razón de que todo contrato es ley para los contratantes, mas no surte efecto respecto de terceros. **Res inter alios acta, alius prodesse aut nocere non potest.**

Nadie ha puesto jamás en duda esta verdad, al tratarse de un mandato extrajudicial. Si A da poder a B para que compre una cosa, C no podrá demandar a B para que proceda a cumplir el mandato. El mandato aceptado crea una relación jurídica entre el mandante y el mandatario; y sólo el mandante, sujeto activo de esa relación, puede demandar el cumplimiento de la obligación correlativa, contraída por la otra parte.

Si el mandato es judicial, deberemos admitir la conclusión contraria? Si A da a B poder general para pleitos o especial para litigar con C, podrá C exigir a

B que salga a juicio y se le ponga al frente, en representación de A? Nuestra opinión ha sido siempre negativa.

Como la conclusión relativa al mandato extrajudicial la hemos deducido de la esencia del mandato y de la esencia de los contratos en general, no podemos ni es posible adoptar la contraria, sólo por la circunstancia de que el mandato sea para pleitos. Ese tercero C no tiene, en nuestro concepto, derecho alguno contra B, por el mero hecho del contrato de mandato.

Otra cosa sería si la ley misma impusiera ese deber al mandatario judicial, como le impone, para ciertos casos, el Código de Procedimiento Chileno; pues entonces el derecho del tercero se deriva de la ley, y no simplemente del contrato de mandato (1).

Al tratar de la sustanciación del juicio ejecutivo, dice nuestro Código de Enjuiciamiento:

"Art. 514.—Inciso 2º.—Si constare que el ejecutado está en otro lugar, se le notificará por comisión o deprecatorio, en la forma expresada en este artículo. Pero si el ejecutado tiene procurador en el lugar del juicio, la notificación podrá hacerse a éste".

De esto no se deduce, a nuestro ver, que se haya conferido al demandante, es decir, a un tercero, el derecho de obligar al mandatario a representar al mandante. No: cuando el demandado—en vía ejecutiva u ordinaria—tiene apoderado con poder suficiente, claro

(1) La disposición chilena es la siguiente:

"Art. 12.—Cuando se ausentare de la República alguna persona dejando procurador autorizado para obrar en juicio o encargado con poder general de administración, todo el que tenga interés en ello podrá exigir que tome la representación del ausente dicho procurador, justificando que ha aceptado el mandato expresamente o ha ejecutado una gestión cualquiera que importe aceptación.

"Este derecho comprende aun la facultad de hacer notificar las nuevas demandas que se establen contra el ausente, entendiéndose autorizado el procurador para aceptar la notificación a menos que se establezca lo contrario de un modo expreso en el poder.

"Si el poder para obrar en juicio se refiere a uno o más negocios determinados, sólo podrá hacerse valer el derecho que menciona el inciso precedente respecto del negocio o negocios para los cuales se ha conferido el mandato".

que puede notificársele a éste la demanda; pero si el apoderado declara que para ese juicio no acepta el mandato, aunque para otras cosas ya lo haya aceptado, o expresa de cualquier modo su intención de no intervenir, nos parece que esta disposición legal no va más allá, y que, dándose por insubsistente la notificación, el juicio debe seguirse con el mismo mandante.

El Tribunal Supremo, empero, adoptó al parecer, doctrina diversa, en un caso práctico que oportunamente examinaremos. Jurisp. casos 23 y 24.

269.—Manera de ejercer el mandato.— Responsabilidades y sanciones.

Cuanto al modo de ejercer el mandato, la norma legal del mandatario está trazada por el Código Civil, en estos términos:

"Art. 2118.—El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo".

El precepto de sujeción a los términos del mandato, consignado en este artículo, se refiere, no sólo a las facultades, sino también a las instrucciones; con la diferencia de que, como ya dijimos, al apartarse el mandatarío de las primeras, le falta capacidad o personería, y sus actos son nulos; mas al traspasar sólo las segundas, la consecuencia no es sino la responsabilidad para con el mandante.

La sujeción rigurosa a la voluntad del mandante, prescrita por el Art. 2118 y por la naturaleza misma del mandato, tiene las siguientes razones restrictivas, establecidas por el mismo Código:

"Art. 2136.—El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante.

"Art. 2137.—El mandatario que se halle en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no está obligado constituirse agente oficioso: le basta tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan.

"Pero si no fuere posible dejar de obrar sin comprometer gravemente al mandante, el mandatario tomará el partido que más se ecerque a sus instrucciones y que más convenga al negocio.

"Comete al mandatario probar la fuerza mayor o caso fortuito, que le impusible llevar a ejecución las órdenes del mandante".

Por lo demás, dentro de la amplitud que las facultades e instrucciones le dejan al mandatario, debe éste proceder con el cuidado de un buen padre de familia (1), y con arreglo a estotra norma legal:

"Art. 2134.—En general, podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para recilizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante, con tal que bajo otros respectos no se aparte de los términos del mandato. Se le prohíbe apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designados en el mandato.

"Por el contrario, si negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia".

Y la naturaleza de la responsabilidad del mandatarío para con el mandante, por el mal uso de las facultades e instrucciones, se regla así:

"Art. 2116.—El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

"Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado".

"Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga".

En lo judicial, sabemos ya que el abuso de las facultades acarrea la nulidad de lo obrado; mas el de las instrucciones produce sólo la responsabilidad por perjuicios, al tenor del susodicho Art. 2116 del Código Civil y del N° 2° del Art. 57 del de Enjuiciamiento.

(1) Frase que emplea el Código Civil en el Art. 39, para significar el cuidado ordinario o mediano, cuya omisión constituye la culpa leve.

270.—Obligaciones procesales del mandatario judicial.— Legitimación de su personería.— Presentación del poder.— Efectos de su omisión.— Falsa personería.— Relaciones con el abogado defensor.— Secreto.— Pago de derechos y costas.

Hemos tratado ya de la obligación de ejercer el mandato, y de sujetarse en ese ejercicio a las instrucciones del mandante, y con mayor razón, a las facultades. A más de estos deberes, derivados de la esencia del contrato, el Código de Procedimiento, puntualiza en los Arts. 51 y 57, otros que, por relacionarse directamente con el proceso, los llamamos ahora **procesales**: Presentación del poder; noticias y datos al abogado defensor; presentación de las pruebas y demás escritos necesarios, bajo la dirección del abogado; concurrencia a las diligencias que le conciernan; pago de los derechos judiciales y costas; interposición de los recursos, y secreto en orden a los planes de la defensa.

Sin perjuicio de lo que expondremos al estudiar esos artículos en la parte legal, nos ocuparemos ahora brevemente en los puntos más importantes.

Presentación del poder.— El mandatario judicial puede comparecer en juicio, bien acompañando el poder, bien ofreciendo presentarlo antes de sentencia (1); bien con protesta de ratificación.

Con la presentación del poder o con la ratificación del mandante, el apoderado **legítima su personería**; entendiéndose que, en el primer caso, sigue contándose con el apoderado, y en el segundo, termina su intervención, a menos que comparezca nuevamente con la misma oferta de poder o ratificación.

(1) Por excepción y en consideración a la naturaleza del juicio ejecutivo, el Art. 507 exige al apoderado del ejecutante legitimar su personería desde que propone la demanda; de manera que no puede presentarse con mera oferta.

Tampoco puede presentarse en ningún juicio con mera oferta de poder o ratificación el que tuere persona desconocida o sin bienes con que responder, conforme al inciso 2º del Art. 51.

La segunda y las ulteriores ofertas debieran ser prohibidas por la ley; porque cada una de ellas da lugar al respectivo decreto de legitimación de personería, con un término prudencial, que puede ser prorrogado por el juez y casi siempre se prorroga, ocasionando grave retardo en el proceso (1).

Si el apoderado comparece con oferta, la otra parte puede exigir la inmediata legitimación de la personería; y el juez debe ordenarla, concediendo al mandatario un término prudencial.

De oficio debe ordenar el juez la legitimación, cuando llegue el caso de sentencia, so pena de hacerse responsable de la nulidad del proceso. Antes de ese estado, no puede decretarla sino a petición de parte, atento el tenor del Art. 51; mas en la práctica los jueces y tribunales hacen frecuente uso de esa facultad, sin esperar petición de parte.

Si el apoderado no legitima su personería, es declarado falso procurador, y se anula el proceso en toda la parte actuada desde que aquel se presentó. Mas si antes de estar ejecutoriada esta resolución, se presenta el poder o la ratificación, se revoca la nulidad y quedan legítimas todas las gestiones del mandatario.

(1) El Código Chileno, después de establecer en el Art. 7º, como ya vimos (prop. 363, nota) las diversas formas en que pueden otorgarse los poderes, añade en el mismo artículo:

“Podrá sin embargo, admitirse la comparecencia al juicio de una persona que obre sin poder en beneficio de otra, con tal que ofrezca garantía de que el interesado aprobará lo que se hubiere obrado en su nombre. El Tribunal, para aceptar la representación, calificará las circunstancias del caso y la garantía ofrecida y fijará un plazo para la ratificación del interesado”.

Esa garantía, entre nosotros, resultaría ocasionada a incidentes y embrollos; y el criterio prudencial de los jueces, para apreciar las circunstancias tampoco da resultados prácticos satisfactorios. Creemos, por lo mismo, que la única medida eficaz sería la de no admitir más de una protesta de poder o ratificación en cada instancia, a la misma persona; a fin de procurar que el abogado o el agente que quiera cuidar de continuo los intereses de alguno de los litigantes, obtenga y presente el respectivo poder, y no esté repitiendo a cada paso las protestas que dan lugar al incidente de personería.

La sanción contra el falso personero es el pago de las costas del proceso anulado y las del incidente de personería; el de los perjuicios causados a la otra parte, y una multa de uno a diez sures en favor de ésta, por cada día del retardo ocasionado por la falsa personería.

A más de esta sanción civil, debiera ponerse alguna en el Código Penal; puesto que se trata de una verdadera falsedad, que atañe, no sólo al interés de las partes, sino a las relaciones de éstas con la autoridad pública.

Relaciones del mandatario con el abogado defensor.—La dirección de la defensa corresponde al abogado defensor; y someterse a ella y secundarla es, puede decirse, la síntesis de los deberes procesales del mandatario judicial para con el mandante. A esta dirección han de obedecer la presentación de las pruebas, la interposición de recursos y todas las gestiones que el Art. 57 menciona entre los deberes del mandatario. Ese sometimiento es más estricto, si, como ordinariamente acontece, el abogado defensor es designado por el mandante.

De acuerdo con la misma dirección, el mandatario debe concurrir a las inspecciones, remates, juicios verbales, etc.; presenciar la práctica de las pruebas propias y contrarias; dar inmediata cuenta al defensor, de todo lo que ocurra en la causa y de todo lo que pueda interesar a la defensa; llevarle copia de los escritos contrarios y de las providencias judiciales, etc.

Pago de derechos y costas.—Con el mandatario y no con el mandante se cuenta en todos los trámites judiciales; y por lo mismo, al primero le incumbe el pago de los derechos judiciales de su parte, como también el de las costas a que fuere condenado el mandante, sin perjuicio de la reclamación que, directamente, puede intentarse contra éste. Art. 1023.

El Código advierte que este deber subsiste aunque en el mandato se le exima al mandatario; y nosotros agregamos aunque el mandante no haya suministrado los fondos necesarios. La falta de esta suministración da al mandatario derecho para reclamar contra el mandante; pero no puede interrumpir el curso de la causa, ni redundar en perjuicio de la parte contraria.

Obligación de secreto.—El secreto en los planes de la defensa es tan sustancial para el éxito de las contiendas judiciales, como para el de las militares. En estas últimas, la violación del secreto constituye el más grave de los crímenes, la traición; y la traición, en las contiendas judiciales, tiene el nombre técnico de **prevaricación o prevaricato**. La pena señalada por el Código Penal es la prisión de uno a cinco años (Art. 236).

El mandatario—lo mismo que el defensor—debe abstenerse de revelar esos secretos, no sólo a la parte contraria (que es lo que constituye el prevaricato) sino también a terceros por cuyo medio pudiera ésta descubrirlos. La reserva y la discreción es una de las más bellas y valiosas prendas de la buena educación profesional de los abogados, como también de los que desempeñan el delicado cargo de procuradores judiciales.

§ 3º

DERECHOS DEL PROCURADOR

271.—Detalle legal de los derechos de procuradores.— Remuneración.—Indemnizaciones.

Tomando siempre como punto de partida la parte pasiva de la relación jurídica, el Código Civil regla primero las obligaciones del mandatario, y después las del mandante; lo mismo que al tratar de la compraventa y el arrendamiento. Las obligaciones del mandante son, pues, los derechos del mandatario; y el Código las puntualiza en estos términos:

"Art. 2145.—El mandante está obligado:

"1º.—A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución

"del mandato:

"2º.—A satisfacer los gastos razonables causados por la ejecución

"del mandato:

"3º.—A pagarle la remuneración estipulada o usudi:

"4º.—A pagarle las anticipaciones de dinero, con los intereses corrientes:

"5º.—A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato.

"No podrá el mandante exonerarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido

"buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le "puede culpa".

Estas reglas son de todo en todo aplicables al mandatario judicial; sin perjuicio de la especial, contenida en el Art. 59 del Código adjetivo, que después examina-remos.

El Código Civil agrega en favor del mandatario las siguientes disposiciones:

"Art. 2147.—El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato.

"Estará, sin embargo, obligado el mandante si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre".

"Art. 2149.—Podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante, para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte".

Con respecto a la remuneración, este Código no dice sino:

"Art. 2104.—El mandato puede ser gratuito o remunerado.

"La remuneración, llamada honorario, determinase por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre o el juez."

El de Enjuiciamiento guarda silencio; y la Ley de Aranceles, considerando este cargo como remunerado por naturaleza, le dedica la Sección XIV, que dice:

"DE LOS APODERADOS

"Art. 40.—Los apoderados recibirán los derechos siguientes:

"1º—Un sucre cincuenta centavos por la presentación del poder o la sustitución."

"2º—Un sucre veinte centavos por los escritos de pura sustanciación, si ellos los formaren, inclusive firma y amanuense, si no excede de una foja:

"3º—Cuarenta y cinco centavos por cualquier otro escrito firmado por abogado, fuera de amanuense:

"4º—Cuarenta y cinco centavos por conocer y ver firmar a cada testigo de la parte contraria, y otros tantos por la presentación de cada testigo de su parte:

"5.—Sesenta centavos por cada hora de asistencia a inventarios, avales, remates, posiciones, entrega de bienes, y cualquiera otra diligencia judicial que demande tiempo:

6º—Dos sucses cuarenta centavos por cada día que permanezcan presos a causa de la negligencia del poderante; y

7º—Un sucre cincuenta centavos diarios por trasladarse a otro lugar del juicio, por asuntos relacionados con el cargo, y esto, fuera de caballería o embarcación.

"Art. 41.—En asuntos de menor cuantía, cobrarán la mitad de los "derechos ya expresados."

Y al fin, entre las "Disposiciones comunes", tiene esta regla general:

"Art. 57.—Los que percibieren mayores derechos que los asignados en esta ley o que no se hallen expresados en ella, serán castigados de plano con una multa de dos a veinte sucses, por el juez o tribunal respectivo, sin perjuicio del procedimiento criminal. La multa no excederá de la mitad en asuntos de menor cuantía.

"No obstante, los peritos, intérpretes, depositarios, apoderados, amancuenses y curadores especiales, podrán estipular con las partes su retribución; mas, si en virtud de condenación judicial, debiera pagar costas la parte vencida, no satisfará ésta sino los derechos fijados por la ley, a menos que hubiera aceptado la retribución convencional".

LECCION III

§ 1º

DELEGACION.—SUSTITUCION.—REVOCACION DE LA SUSTITUCION

272.—Concepto legal de la delegación y la sustitución, relativamente al mandato.

Estos vocablos no son sinónimos, en su sentido natural. **Delegar** es conferir el todo o una parte de las funciones de un cargo o empleo a otra persona, que las ejerce a nombre y por autoridad del delegante y dentro de los límites que éste le señala. **Sustituir** es poner una persona o cosa en lugar de otra (1), o bien reemplazar una persona o cosa con otra.

(1) **Sustituir**.—Poner una persona o cosa en lugar de otra (Diccionario de la Academia).

En el lenguaje jurídico español tienen acepción igual a la vulgar; pero la **delegación** se refiere principalmente a la **jurisdicción**, y la **sustitución** a **deudores**, **acreedores**, **herederos**, **albaceas**, **mandatarios**, etc. (1).

En nuestro tecnicismo legal, las dos palabras significan lo mismo con relación al mandato. El Código Civil hablaba sólo de **delegación** hasta que la Convención Nacional de 1869, que hizo en él varias reformas agregó al Art. 1256 el inciso segundo, que dice: "Por la muerte del mandante no se extingue el mandato para pleitos, si se ha empezado a desempeñar; ni por muerte del procurador, en el mismo caso, terminan las facultades del **sustituto delegado**".

Esta es la única vez que el Código Civil habla de **sustitución**, a propósito del mandato, y la considera equivalente a **delegación** al decir **sustituto** o **delegado**.

El Código de Enjuiciamiento del mismo año 69, expedido por la propia Convención, limitóse a decir: "Art. 119.—El procurador que ha sustituido el poder, podrá revocar las sustituciones que hubiere hecho, y hacer otras en todo o en parte, con arreglo al Código "Civil".

Empleó la palabra **sustitución**, sin la más remota idea de alterar el plan del Código Civil, y antes bien refiriéndose expresamente a él. En otros términos, no trató de conceder al mandatario la facultad de sustituir; y, por el contrario, considerándola ya establecida por el Código Civil, limitóse a hacer constar la facultad que, por el mismo hecho, correspondía al mandatario de revocar las sustituciones y hacer otras.

(1) Escríbe: "**Delegación**.—La facultad que un juez o tribunal concede a alguna persona para que conozca de una causa en nombre de aquel, y en la forma que le prescribe.

"**Subrogación**.—La acción de sustituir o poner una cosa en lugar de otra cosa, o una persona en lugar de otra persona. La primera se llama *real*, y la segunda *personal*. Página 1547.

"**Sustitución**.—La **subrogación** de una cosa en lugar de otra cosa o de una persona en lugar de otra persona".

La **subrogación** es **sustitución**, y la **sustitución**, **subrogación**. Circulo vicioso que tienen todas las definiciones de diccionarios.

La legislación española se ocupa especial y ampliamente en la **sustitución de herederos**, haciendo minuciosas distinciones y clasificaciones.

En el Código de Enjuiciamiento de 1879 se reformó la disposición, diciendo:

"Art. 241.—El procurador que ha sustituido el poder, podrá revocar las sustituciones que hubiese hecho, y hacer otras en todo o en parte; y el sustituto podrá también delegarlo, si no se le hubiese prohibido".

Este es nuestro actual Art. 60 (1). Suprimieronse las palabras **con arreglo al Código Civil**, seguramente por considerarlas innecesarias; y se agregó la parte que hemos subrayado, en la que se empleó el verbo **delegar** sólo por no repetir **sustituir**, y el adverbio **también** que aquí equivale a **igualmente**, para aclarar mejor el propósito de considerar las dos voces como jurídicamente idénticas. Podemos, por tanto, decir que la **delegación** o **sustitución del mandato es el acto por el cual el apoderado confiere o trasmite, total o parcialmente, a otra persona las facultades que le ha otorgado el mandante** (2).

(1) La notable diferencia en la numeración depende de que en 1879 se incorporó en el Código de Enjuiciamiento todo la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(2) Al identificar el legislador las dos palabras, ha alterado hasta el régimen gramatical de una de ellas. En el sentido natural, habría **sustitución** en el mandato cuando el mandante reemplazara a su apoderado con otra persona. El **sustituido**, es decir, el complemento directo del verbo, sería el apoderado; y deberíamos decir **sustituir mandatario**, en vez de **sustituir el poder**. Mas, en virtud de la identificación hecha por el legislador, tenemos y decimos que el **apoderado sustituye el poder, como si dijéramos que lo delega**; y viene a ser el poder el complemento directo del verbo **sustituir**, siendo así que lo que en verdad se cambia o sustituye es, no el poder mismo, sino la persona encargada de ejercerlo.

Y a propósito de régimen, **sustituir**, en el sentido en que nosotros lo empleamos, exige en o a en el complemento indirecto; esto es, debe decirse **sustituir el poder en alguno o a alguno**. Puede decirse que **algunen sustituye a otro en el poder**.

Delegar admite la proposición en (**delegar en su hermano**); y también un dativo personal (**delegarle el poder**). En virtud del dativo, puede emplearse también a (**delegarle a su hermano el poder**). Salvá—Zerolo, Izaa, etc.