

reinstauración de la cuantía de la demanda, y atento el art. 394, número 2º, del Código de enjuiciamientos civiles, pues si bien el actor demandó expresamente no sólo por el capital adeudado, sino también por los intereses de la mora, éstos no pueden ser tomados en cuenta para la fijación de la cuantía de dicha demanda, por no haberse en ningún de los casos previstos en el art. 91, inciso 2º, del propio Código. No ha debido, pues, el Juez de segunda instancia conceder el expresado recurso. Devuélvase el proceso.—*Escondero. — Cárdenas. — Cuenca. — Andrade Marín. — Paz.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 161, pág. 2524)

COMENTARIO

El art. 91, citado en el fallo, es el 93 actual, y el 394, el 401, como ya hemos advertido. Tampoco tenemos nada que observar.

CASO 13

Los intereses de la mora no forman parte de la cuantía, por no ser líquidos ni pactados.

En la causa Lara Muñoz, la Corte Suprema declara improcedente el recurso de hecho, diciendo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Noviembre 16 de 1918, a las tres de la tarde.—Vistos: Los intereses demandados, que son, simplemente, los de la mora, los forman parte de la cuantía, desde que no son líquidos ni pactados; y, por lo tanto, conforme al art. 401, número 3º, del Código de enjuiciamientos, la sentencia de la Corte de Quito no es susceptible del recurso de tercera instancia, por lo cual es inadmisibles el de hecho. Se lo deniega, condenando, al recurrente, al pago de costas y de la multa de cuarenta sueros, divisibles con arreglo al art. 135 del propio Código. Devuélvase.—*Pino. — Escondero. — Cárdenas. — Cuenca. — Andrade Marín. — Paz.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 231, pág. 3084)

COMENTARIO

Como se ve, en casi todos los casos de esta clase, el Tribunal Supremo ha llegado a fallar sobre el problema de los intereses, suscitado por la mala redacción del art. 93, a propósito, no de este mismo artículo, sino del 401, es decir, no para resolver si el caso es de mayor o de menor cuantía, sino para decidir si cabe o no tercera instancia.

CASO 14

Las reglas sobre fijación de la cuantía se aplican también a las diligencias preparatorias.

En la inspección preparatoria solicitada por Juan María Palacios contra Ramón González Borrero, la Corte Superior confirmó el fallo del Juez de primera instancia, y, negado el recurso de tercera, elevados los autos por el de hecho, la Suprema dijo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Febrero 10 de 1905, a las tres de la tarde.—Vistos: Es inaceptable la doctrina de que, tratándose de diligencias preparatorias, no surte efecto legal la fijación de la cuantía, pues, si así fuera, sobre que cualquier juez tuviera competencia para intervenir en ellas, toda resolución sería susceptible del recurso de tercera instancia. En esta virtud la Corte de Cuenca ha negado legalmente dicho recurso del auto de fojas 7 y 8 del segundo cuaderno; y, por lo mismo, no se admite el de hecho, condenando al recurrente al pago de costas y de la multa de sesenta sueros. Devuélvase.—*Pino. — Cuenca. — Albornoz. — Viqueco. — Escondero.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 30, pág. 238)

CASO 15

La división de cuantías se aplica también a los derechos judiciales.

El Juzgado segundo Cantonal de Azogues consulta a la Corte Superior de Cuenca, y ésta a la Suprema, entre otras cosas, lo siguiente:

3º Si la reforma al Código de Enjuiciamientos en Materia Civil que viene clasificando como asuntos de menor cuantía los que no exceden de cuatrocientos sueros, será aplicable también a los contratos que no exceden de esta suma, para el pago de las inscripciones de esta clase de títulos?

Y la Corte Suprema, de acuerdo con el dictamen fiscal y con el parecer de la Superior, dice:

Se consulta:.....

3º Si, según la reforma al Código de enjuiciamientos, deben tenerse como de menor cuantía, para el cobro de derechos de ins-

Si se debate, los a más acciores, se suma para d. después de la cuanta.

En el juicio *Contratagar-Lasso*, se resuelve, resolviéndose el fallo de segunda instancia: 1º Que para fijar la mayor cuantía no se requiere que ninguno de los pagares con los que se proponga la demanda, llegue aisladamente, a la cantidad señalada por la ley; pues no hay disposición legal que exija que cada uno de los componentes de la que se pide, sea mayor de mayor cuantía; 2º Que, por lo mismo, basta que el total, materia de la litis, puse de lo fijado por el Legislador, para que el asunto se considere de mayor cuantía.

Por lo importante del asunto creemos necesario transcribir literalmente ambos fallos.

La Corte Superior dijo:

SEGUNDA INSTANCIA

de donde que contienen los documentos materia de la presente ejemplaridad, el mismo día dos contados de compraventa, celebrados en época diversa, y por cada uno de los cuales tiene el vendedor la

[illegible]

Y la Suprema:

Quito, Noviembre 12 de 1889. Le habra visto a la señõ en-
tubada por Federico Larrealtegui es por mas de ciento veinte
sucres, y por consiguiente, atenta la cantidad, corresponde su con-
cimiento al Juez de Comercio. No importa el que ninguno de los
dos pague de fojas 2 y 3 llegue aisladamente a la expresada can-
tidad, pues no hay disposicion legal que requiera que para mu-
da los componentes de lo que se debe pagar de ser de mil, o quie-
ta para que a dos se correspondan mil y medio, pues basta con
total, mas de la lista, pase de cinco, se debe atender como no
cede en el presente caso, por cuanto a las otras nulidades no se
manifiesta por la parte ejecutante de considerarse. Que, igualmente,
miente corresponde la demanda a la interdiccion mencionada, y que
el dando confies haber hecho la compra del saho, para lo
reventar y 2º Que por cuanto consta, comprobada por el mismo
el haber recomendado a Mariano Piedra que recibiera el saho, y
habiendo confesado haberlo recibido, y haberlo vendido, y haber
se hizo exigible oportunamente, pues sin suponerse que el saho

de forma que no hubiese sido, al menos, desde el principio, todo se hubiera arreglado merced a la antedicha confesión, con arreglo al artículo 1.º del Código de Enjuiciamiento, en materia civil. Por tanto, se revoca el auto recurrido y se ordena que la Corte Superior resuelva lo que merezca de justicia, sobre lo principal. Devuélvanse al demandado sus costas. *Corte Superior de Valparaíso, 2.º de Agosto de 1902. Serie Tercera, No 201, pag. 3544.*

COMENTARIO

El auto de la Corte Superior, y las que nosotros agregamos al estudiar la prop. 347, nos inclinamos a la suma de las costas, no si es la más conveniente, con el fin de que el litigante se quede en la posición que le corresponde. En el juicio de Josefa Cangaña contra Mercedes y Piedad, se resuelve: 1.º Que el expresado no entraba en excepción de ninguna solemnidad sustancial, no entraba en excepción de incompetencia.

2.º Que tratándose de un juicio de rescisión por lesión enajenar, es competente el Alcalde Municipal, si se alega que el justo precio de la cosa excede de cuatrocientos sures.

Texto de los fallos:

En el auto de la Corte Superior de Valparaíso, de 2.º de Agosto de 1902, se resuelve: 1.º Que el expresado no entraba en excepción de ninguna solemnidad sustancial, no entraba en excepción de incompetencia.

SEGUNDA INSTANCIA

En el auto de la Corte Superior de Valparaíso, de 2.º de Agosto de 1902, se resuelve: 1.º Que el expresado no entraba en excepción de ninguna solemnidad sustancial, no entraba en excepción de incompetencia. 2.º Que tratándose de un juicio de rescisión por lesión enajenar, es competente el Alcalde Municipal, si se alega que el justo precio de la cosa excede de cuatrocientos sures. Vale más de doscientos, pues precisamente el mayor valor

de ella motivó la demanda. A mérito de lo expuesto se declara que no existe la nulidad alegada por el demandado, por lo que se desestima la demanda y se declara la nulidad de la demanda. En el auto de la Corte Superior de Valparaíso, de 2.º de Agosto de 1902, se resuelve: 1.º Que el expresado no entraba en excepción de ninguna solemnidad sustancial, no entraba en excepción de incompetencia. 2.º Que tratándose de un juicio de rescisión por lesión enajenar, es competente el Alcalde Municipal, si se alega que el justo precio de la cosa excede de cuatrocientos sures. Vale más de doscientos, pues precisamente el mayor valor

COMENTARIO

El auto de la Corte Superior de Valparaíso, de 2.º de Agosto de 1902, se resuelve: 1.º Que el expresado no entraba en excepción de ninguna solemnidad sustancial, no entraba en excepción de incompetencia. 2.º Que tratándose de un juicio de rescisión por lesión enajenar, es competente el Alcalde Municipal, si se alega que el justo precio de la cosa excede de cuatrocientos sures. Vale más de doscientos, pues precisamente el mayor valor

SEGUNDA INSTANCIA

En el auto de la Corte Superior de Valparaíso, de 2.º de Agosto de 1902, se resuelve: 1.º Que el expresado no entraba en excepción de ninguna solemnidad sustancial, no entraba en excepción de incompetencia. 2.º Que tratándose de un juicio de rescisión por lesión enajenar, es competente el Alcalde Municipal, si se alega que el justo precio de la cosa excede de cuatrocientos sures. Vale más de doscientos, pues precisamente el mayor valor

obligación que contrajo por el documento de fojas 1^a, es claro que la cuantía de la demanda es la señalada en este documento, que es el título con que se ha aparejado la ejecución, o sea el precio en que por éste se ha obligado Cabrerera a la construcción de un edificio y no la que el ejecutante expresa como valor de la obra en el otro sí de su libelo de demanda. Y siendo aquella la de cincuenta pesos, es consiguiente que con arreglo al art. 433 del Código de enjuiciamientos civiles, corresponde al juez civil parroquial, y no al Alcalde Municipal, el conocimiento de la causa. Por tanto, y por haberse faltado a la primera de las solemnidades sustanciales que detalla el art. 171 del mismo Código, se declara nulo todo lo obrado, reponiéndose la causa al estado de haberse reconocido el documento de fojas 1^a, a costa del Alcalde doctor Francisco Muñoz.—*Riofrio—González—Guarido.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 20 de 1879, a las dos.—Vistos: Es justo el auto recurrido por ser legales y estar conformes con los méritos del proceso los fundamentos en que se apoya. Por tanto, se confirma con costas. Devuélvanse.—*Portilla.—Arbolélla.—Nieto.—Kappa.—Los Monteros.—Suenz.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N.º 56, pág. 448)

CASO 19

Fijación tática de la cuantía.—Fijación en cualquier estado del juicio.

En el juicio Cunchingre—Ortiz, sobre nulidad de una escritura de compraventa, se resuelve: 1º Que el actor, por el hecho mismo de proponer su demanda ante el Juzgado Municipal, la estima como de mayor cuantía; y el reo la admite, cuando citarlo, no deduce la excepción de incompetencia; 2º Que queda establecida la competencia del Juzgado de primera instancia, si en cualquier estado del juicio, antes de sentencia, el demandante fija la cuantía, y no la contradice el reo, alegando falta de jurisdicción; y 3º Que añéxese no le es dado desconocer este acuerdo de las partes, sobre cuantía, porque ninguna ley le autoriza para ello.

Los fallos dicen:

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, julio 5 de 1913, a las dos p. m.—Vistos: En la demanda de fojas 3 sobre nulidad de un contrato de compraventa extendido en escritura pública de 20 de Febrero de 1897, el actor no ha fijado la cuantía de la acción, sin que, se pueda decir que el instrumento público de fojas 1 y 2 acompañado a la demanda sir-

va para el objeto, porque no es el contrato en este documento extendido al que se refiere la acción de nulidad, y porque, si lo fuere, resultaría notoriamente incompetente el Alcalde Municipal, ya que el precio de la venta es sólo de doscientos pesos. En consecuencia, para poder subsanar la causa con jurisdicción, en cumplimiento del precepto real imperativo contenido en el art. 99 del Código de enjuiciamientos civiles, el juez a quo debió ordenar que se fijas la cuantía, y como no lo ha hecho, ha procedido a sustanciarla y fallarla sin jurisdicción. Por lo expuesto, se declara nulo lo actuado, reponiéndose el proceso al estado de llenar la solemnidad omitida, que es al de fojas 9, a costa del Asesor. Devuélvanse.—*Castro.—Cineros G.—Paz.*

Guayaquil, 26 de Agosto de 1913, a las cuatro de la tarde.—Vistos: Cuando el sentido de la ley es claro no puede el juez darle mayor alcance que el que tiene según su tenor literal. El art. 92 del Código de enjuiciamientos civiles, sólo designa como que sirven para fijar la cuantía los documentos con que se hubiere propuesto la demanda; resalta, pues, muy claro que los documentos producidos como prueba no pueden tomarse en cuenta para el efecto de la fijación de la cuantía, ya por no estar comprendidos en el prelado artículo, ya porque la apreciación de las pruebas se ha de hacer en la sentencia, y para dictarla necesita el juez estar ya seguro de su competencia. Por tanto, y considerado que aún en el supuesto de que pudiera, para el caso, hacerse mántase la escritura presentada a fojas 18, esta escritura no determinaría tampoco el valor del terreno cuya venta se pretende anular, por que en el precio de doscientos cincuenta suertes fijada en ella se comprenden además el valor de los semovientes y de otro terreno que también han entrado en la venta, se niega la revocatoria solicitada. Devuélvanse.—*Castro.—Cineros G.—Paz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 11 de Julio de 1916, a las dos de la tarde.—Vistos: La escritura de fojas 1 y 2, que se acompaña al libelo de fojas 3, no puede servir para fijar la cuantía de la demanda, por cuanto la acción de nulidad deducida por el actor no se refiere a ese contrato, sino a otro diverso. En el referido libelo tampoco se ha determinado, de modo expreso, dicha cuantía en relación con el contrato que se pretende anular; más, a pesar de esto, ella aparece indudablemente de las actuaciones de primera instancia, atentas las consideraciones siguientes: 1º El actor, por el hecho mismo de haber propuesto su demanda ante el Juzgado Municipal, la estimó como de mayor cuantía; y citado el reo, no dedujo la excepción de incompetencia; 2º El mismo demandante expresó, terminantemente a fojas 42, vuelta que la cuantía de su demanda peticionada, dos mil suertes y no exceda de cinco mil; y la parte defensora, al contestar ese escrito, no contradijo esta cuantía, conformándose así con ella; 3º Son las partes quienes deter-

minar el juez que ha de conocer del juicio por la razón de la cuantía, pues el demandante, la fía, autorizado por la ley, y si el demandado no le contradice alegando falta de jurisdicción, queda establecida la competencia del Juzgado de primera instancia, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia, en virtud del acuerdo de las partes sobre la referida cuantía, acuerdo que no le es dado al juez desconocer, porque ninguna ley le autoriza para ello. Por tanto, revocado el auto de nulidad, de que se ha recurrido en el juicio de la familia Cachingre contra Concepción Ortiz, se ordena que la Corte Superior falle sobre lo principal. Legalizado este papel, devuélvase. — *Escudero*. — *Cárdenas*. — *Cueva*. — *Andrade Marín*. — *Pino*.

VOTO SALVADO

Quito, a 11 de Julio de 1916, a las dos de la tarde. — Vistos: Los artículos 91, 92, 93 y 94 del Código de enjuiciamientos dan las reglas a que debe sujetarse el juez para conocer la cuantía de un juicio; y, en la presente causa, son aplicables las del art. 92, según el cual, a no determinarse la cuantía en la demanda, debe estarse a la que aparezca de los documentos con que se la hubiese propuesto. En la demanda de fojas 3, el actor no fijó la cuantía, pero ella aparece de la escritura de fojas 1-2, que, acompañada a la demanda, es a la vez el fundamento del derecho de los demandantes. Si de esta escritura consta el valor del terreno sobre que se litiga, no tiene importancia alguna legal la estimación hecha en la escritura de fojas 18, ni menos la declaración extensiva de fojas 42, sobre que la cuantía excede de mil su crestrbo primero, porque los documentos no acompañados a la demanda, carecen de mérito legal para señalar la cuantía del juicio; y lo segundo, porque, apareciendo, de la escritura de fojas 1-2, fijada la cuantía en doscientos pesos, como consecuencia del silencio que, al respecto, guarda la demanda, tampoco tiene mérito legal la expresada declaración. Por tanto, conforme a los arts. 92 y 94, número 2º, el auto recurrido no es susceptible del recurso de tercera instancia. Devuélvase el proceso. — *Manuel P. Escudero*. — *L. Pino*. — *Cárdenas*. — *Cueva*. — *Andrade Marín*. — *Graceta Judicial*?, Serie Tercera, Nº 143, pág. 2380

COMENTARIO

Esta contienda se ventiloó antes de que se expidiese la reforma de 1916, contenida en el art. 809 del Código de Enjuiciamientos, según la cual, si el demandado no opone la excepción de incompetencia por la cuantía, ya no puede haber cuestión al respecto, y quedará asegurada la competencia del juez. Puede, sí, todavía sobrevenir la duda sobre si quepa o no recurso de tercera instancia; y en tal caso se

tendrán en cuenta las conclusiones de los fallos transcritos, para saber si la cuantía del asunto excede o no de los mil su crestrbo.

Si, pues, sucediera que, propuesta una demanda ante el Alcalde Cantonal, sin fijación de cuantía, recayesen dos sentencias conformes y se tratase de saber si procede o no el recurso de tercera instancia, sería talvez más razonable estar por la afirmativa; ora considerando como indeterminada la cuantía, ora por no haber constancia de ser ésta inferior a dos mil su crestrbo.

CASO 20

Los intereses pactados en el documento de obligación forman parte de la cuantía computada desde que empiezan a devengarse hasta la demanda.

En el juicio de Zea C. Gacilanes, dice la Corte Superior: "El documento de obligación, por el que se obligó a Zea C. Gacilanes a pagar a Zea C. Gacilanes la suma de mil su crestrbo, con intereses al 5 por ciento anual, desde el día 1º de Julio de 1915, hasta el día 1º de Julio de 1916, no contiene ninguna cláusula que limite la cuantía computada desde que empiezan a devengarse hasta la demanda."

TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 1º de 1922, a las tres de la tarde. — Vistos: Los intereses pactados, en el documento de obligación, forman parte de la cuantía, se entendiéndo computados desde la fecha en que ellos principian a devengarse hasta la de la demanda en que se exige el cumplimiento de la obligación; y la fecha de la demanda, por considerarse ésta como un incidente del juicio principal, no es, ni puede ser, parte altera; por razón de intereses, la cuantía, del propio juicio. Es, por lo tanto, legal el decreto de la 75, en que la Corte de Guayaquil niega el recurso de tercera instancia de la sentencia de fojas 71; y, en consecuencia, se deniega, también, el de hecho, condenándose a la recurrente al pago de costas y de la multa de cuarenta su crestrbo divisibles con arreglo al art. 435 del Código de enjuiciamiento en lo civil. Legalizado este papel, devuélvase. — *Peñaherrera*. — *Cárdenas*. — *Pino*. — *Escudero*. — *Paez*.

("Graceta Judicial", Serie Cuarta, Nº 122, pág. 980)

COMENTARIO

El documento de obligación debió agregarse a la demanda, puesto que, según parece, el juicio fue ejecutivo; y en tal caso, la doctrina de este fallo está perfectamente ajustada al tenor literal del art. 93.

CASO 21

Parte el cómputo de la cuantía, atendiéndose a la acción y no a la obligación, sabre todo si el actor reduce el importe de aquélla a sólo una parte o resto de la primitiva deuda, confesando el pago de lo demás.

En el juicio Martínez-Arce-Ventimilla, dijo la Corte Suprema:

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 30 de Mayo de 1923, a las tres de la tarde.—Vistos: La ley no confundió la cuantía de la acción y la de la obligación, sino que, tratándose de la primera, el actor tiene el derecho de determinarla sin consideración a la segunda, más todavía si, como en el caso cuestionado, se reduce el importe de la acción a sólo una parte o resto de una cantidad debida, por confesarse, por parte del demandante, el pago de lo más a que asciende el valor de la obligación. Por esto, el art. 94 del Código de Enjuiciamiento considerará, en primer lugar, la cuantía constante de la demanda, y, después, la que aparezca de los documentos con que se la haya propuesto; y, por lo tanto, dada la determinación expresada en la demanda de fojas 4, la cuantía de esta causa no excede de dos mil sueros. Los autos de fojas 23-24 y 28 están comprendidos, por consiguiente, en el art. 401, número 2º, sin que obste lo de que, por contener decisiones que terminan el juicio, pudieran considerarse con fuerza de sentencia; pues, para lo relativo a los recursos y grados de una causa, puntos que dicen a la competencia del Tribunal o Tribunales, las resoluciones deben ser tomadas como la ley las llama, desde que no toca al juez hacer, al respecto, distinciones no establecidas por ella. La Corte de Quesca ha denegado, legalmente, el recurso de tercera instancia de los referidos autos; y, como consecuencia, se declara inadmisibile el de hecho interpuesto a fojas 37, condenándose al recurrente al pago de costas y de la multa de cuarenta sueros, divisible conforme al art. 435. Legalizado este papel, devuélvase.—*Ahora.*—*Pino.*—*Escudero.*—*Román.*—*Paez.*

(“Gaceta Judicial”, Cuarta Serie, N° 132, pág. 1060)

COMENTARIO

Es conforme esta doctrina a la que defendimos, al desarrollar las props. 341-350; y a esos estudios nos referimos ahora.

CASO 22

La cuantía del juicio de prelación de créditos, depende del monto total de los créditos reclamados y de los bienes sujetos al pago.

En el juicio de Luis Antonio Aguilar contra Amelia Torres y Ricardo Ramírez, dijo la Corte Suprema:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 4 de 1923, a las dos de la tarde.—Vistos: Luis A. Aguilar propuso demanda ejecutiva contra Ricardo Ramírez, Representante legal de su cónyuge Carmen Sabina Bonilla de Ramírez, para que le pagase la cantidad de sesientos sueros dados a mutuo, crédito que gozaba de hipoteca en el predio “El Vado”; motivo por el cual pidió en su solicitud de fojas 9, que se citara a Amelia Torres de Ramírez la demanda ejecutiva, como poseedora del predio hipotecado; y ejecutoriada la sentencia del expresado juicio ejecutivo se hizo el remate del mencionado predio, habiendo precedido a este remate así la denegación de las solicitudes de Amelia Torres, que pretendió pagar el crédito de sesientos sueros, los intereses y costas con la cantidad que entregaba, como la agregación al proceso de la demanda de tercerías condyuvantes, ya del mismo acreedor ejecutante por otro crédito hipotecario contra Carmen Sabina Bonilla, ya de Luis Landívar y Amelia Serrano de Avila. En el acta de fojas 157 vuelta no se obtuvo el acuerdo de los acreedores en orden a la legalidad y preferencia de los créditos; y sustentada legalmente esta controversia, el fallo de primera instancia resolvió la preferencia de los dos créditos de Aguilar, esto es el de la ejecución y el de la tercera, los cuales debían ser pagados aún con la cantidad consignada por Amelia Torres y de Ramírez, y fueron denegadas las tercerías de Amelia Serrano de Avila y Luis Landívar, éste por el fallo, como lo hicieron también Amelia Torres y el ejecutado Ricardo Ramírez, mas se ejecutorió dicho fallo respecto de la tercera de Amelia Serrano, porque no interpuso dicho recurso. El fallo de segunda instancia confirmó la sentencia en lo concerniente a lo resuelto respecto de la tercera de Luis Landívar, y lo revocó en la parte que ordenaba el pago del crédito por el que propuso su tercera condyuvante el acreedor Aguilar, con la suma consignada por Amelia Torres, a quien, en consecuencia, se devolvería esta suma, y como de este fallo se interpuso el recurso de tercera instancia por Luis A. Aguilar, y por haber sido denegado el que lo interpuso el representante legal del sucesor Luis Landívar, se interpuso el de hecho, para resolver los puntos sometidos a la Corte Suprema se considera: a) El juicio de tercerías, de cualquier clase que sea, si es un incidente en el juicio ejecutivo, tal incidente como lo prescribe el art. 568 del Código de Enjuiciamiento Civil, comprende tan sólo la competencia del juez del juicio ejecutivo, para conocer de todo lo perteneciente al juicio de tercerías, mas no la sustentación de este juicio ni los recursos de apelación de las providencias que en él se expidan están sujetos a las prescripciones del juicio ejecutivo, pues todo ello se debe regir con arreglo a los preceptos del juicio ordinario, cuya sustentación es la expresamente establecida por la ley, caso de que no hubiese acuerdo entre los acreedores, como lo prescribe el art. 576 del mismo Código. b) Si es verdad que la cuantía del crédito reclamado —o el heredero de Luis Landívar no llega a dos mil sueros, es la

COMENTARIO

Estos fallos, violatorios del art. 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (sobre todo el de primera instancia), no dan a conocer con claridad los términos de la demanda. Parece que el actor se ha limitado a pedir la regulación del honorario, señalando como máximo mil quinientos sueres, lo cual es algo raro y anómalo, porque, de no señalar el actor por sí mismo la cantidad en que estima su honorario, más natural era que señalara el mínimo y no el máximo. Creemos, empero, que el asunto no debía considerarse como de cuantía indeterminada, y que, ya para la competencia del juez y la forma del juicio, ya para el timbre fiscal, debía tenerse en cuenta la cantidad de mil quinientos sueres pretendida por el actor.

Al tratarse de un honorario del abogado defensor, de un perito, partidario etc., el caso constituye mero incidente del juicio respectivo; y por lo mismo, queda sujeto a las reglas de éste, en orden a competencia y timbre.

CASO 26

En un caso de resolución de contrato de arrendamiento, la cuantía debe apreciarse, no por el art. 96, esto es, por la pensión, sino por el 93.

La Gaceta Judicial dice, en su sinopsis o sumario: "2. En el juicio 'Comunidad de Huichuñá-Zambraño', sobre resolución de un contrato de arrendamiento, se resuelve: Que demandada la resolución de este contrato, fundado el demandante en ser condueño del predio que el demandado lo tiene en arrendamiento y en no haber consentido parte este contrato, la cuantía de la demanda ha de estimarse en 407 sueres con sujeción a lo establecido en el art. 96 del Código de Enjuiciamiento Civil, sino con arreglo a lo que el art. 93 del mismo Código prescribe.

Y los fallos son los siguientes:

SEGUNDA INSTANCIA

En la Sesión 18 de 1919, las dos y media de la tarde.—Vistos: El contrato que reza el documento de fojas 32 no deja duda de que la cuantía o importancia de él, aun considerada en su totalidad, no pasa de cien sueres; y como es a la existencia de ese contrato a la que ataca la demanda, fluye la consecuencia de que la cuantía de esta controversia no puede considerarse mayor de

cien sueres si se atiende a la totalidad del contrato, e de once sueres once centavos si se mira el cómputo de que habla el art. 96 del Código de Enjuiciamiento Civil. El juez debe averiguar primordialmente el punto relacionado con la jurisdicción toda vez que, correspondiendo al Derecho Público Ecuatoriano, no depende de la sola voluntad de las partes dar a la cosa, materia del litigio un valor distinto del que tenga realmente. En el caso de la presente controversia resulta que el contrato cuya insubsistencia se demanda nunca ha valido más de cien sueres, y que el juez a quo debió, al dictar la sentencia de fojas 45, fijar su atención tanto en que la ley no le concedía jurisdicción para conocer de un asunto de menor cuantía, cuanto en que el ordinal 19 del art. 407 del Código citado le prescribía el deber de reconocer la nulidad. Por esto, se declara nulo todo el proceso, por haberse suscitado ante juez incompetente, por razón de la cuantía, desde fojas 4 a 45 a costa del actor; y desde la sentencia para adelante a costa del Letrado que aconsejó al juez inferior. Legalícense las fojas 43, 44 y 48 que están en sello inferior. Devuélvase.—*Aguirre.—Ayala.—Zaviera.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Setiembre 15 de 1920, a las tres y media de la tarde.

—Vistos: Atenta la naturaleza de la acción que el demandante la funda en ser condueño del predio que el demandado lo tiene en virtud del contrato de arrendamiento, y en no haber consentido para este contrato, la cuantía de la demanda ha de estimarse en este caso, no con sujeción a lo establecido en el art. 96 del Código de Enjuiciamiento Civil, sino con arreglo a lo que, el art. 93 del mismo Código lo prescribe. El actor expresa en su demanda que la cuantía de ésta es indeterminada, caso en el cual, no hay la incompetencia de jurisdicción declarada en el fallo recurrido. Se revoca, por tanto, el indicado auto, y se ordena, que, la Corte Superior continúe la sustanciación de la causa, en lo principal. Legalizado este papel, devuélvase.—*Cardenas.—Pino.—Pacharrera.—Ayora.—Pérez.*

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 51, pág. 406)

COMENTARIO

No se dice con claridad, en ninguno de los fallos, cuál fue la acción deducida, ni qué excepciones se opusieron, para que pueda saberse sobre qué punto se trabó la litis; y sólo por el resumen de la Gaceta se viene a conocer que se trató de acción resolutoria del arrendamiento; mas no es fácil explicar cómo pudo fundarse acción resolutoria en el condominio del demandante ni en la falta de su consentimiento para el contrato. Creemos, empero, que si en

nan la autoridad a quien corresponde el poder de declarar los derechos civiles pertenecientes a cada ciudadano y el de amparar su ejercicio; debe tener autoridad retrospectiva en el sentido de quitar todo imperio a las leyes anteriores, que estuvieren en contradicción con las posteriores; porque en estos casos hay un contrasentido entre dos instituciones, ambas no pueden subsistir a un mismo tiempo, y tan luego como principio a regir la ley nueva sólo ella debe surtir su efecto. Por estas razones, la Corte se declara incompetente para fallar en segunda instancia el juicio que, por la suma de trescientos treinta sueros, el señor Manuel Maldonado Quintanilla propone contra la señora Filomena Crespo vinda de Correa; ordenándose que se devuelva el proceso al inferior para que resuelva lo que fuere legal.—Torres.—Furfián.—Vaquero C.

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Mayo 7 de 1917, las cuatro p. m.—Vistos: Concedido a fojas 109 el recurso de apelación de la sentencia de fojas 107, de conformidad con la ley vigente al tiempo de la interposición y concesión de aquel recurso; es evidente que algún juez o Tribunal debe tener la facultad de rever aquel fallo y dictar la resolución correspondiente. La Corte Superior ha declarado no ser el asunto de su competencia, y ha mandado devolver la causa, para que el inferior "resuelva lo que fuere legal".—Siendo la apelación el punto pendiente; no habiendo el Tribunal Superior declarado mal interpuesto o indebidamente concedido el recurso; y no pudiendo, por otra parte, considerarse ejecutoriada la sentencia de primera instancia, por no hallarse en ninguno de los casos del art. 386 del Código de Enjuiciamientos en materia civil; es indudable que la causa no puede continuar en ningún sentido, mientras dicho recurso no sea resuelto, confirmando, reformando o revocando la sentencia apelada. Y como este juzgado es, a no dudarlo, y no puede menos que declararse, incompetente para esa resolución, la cual sólo podría ser dictada por la Corte Superior, en uso de la atribución concedida por el art. 17, número 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial; no queda otro medio de encargar legalmente el procedimiento, que el de remitir la causa a la resolución de la Excelentísima Corte Suprema, como se ha anticipado a solicitar la parte apelante, cuya petición tiene en su apoyo lo dispuesto en los arts. 13, número 10 de la referida Ley Orgánica y 40 de la Ley Reformatoria del Código de Enjuiciamientos en materia civil.—En consecuencia se ordena que se eleven los autos por el próximo correo a aquel Tribunal, oficiando a S. E. la Corte Superior para que tambén por su parte, y sin pérdida de tiempo, se sirva enviar sus actuaciones originales, para los efectos del art. 516 del propio Código.—Los gastos de la remisión del proceso serán de cargo de la parte recurrente.—Avala.—Cuenca, Mayo 9 de 1917.—Me conforme, Andrade.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 13 de 1917, a las dos de la tarde.—Vistos: La Corte de Cuenca, creyéndose sin competencia para decidir la apelación de la sentencia de fojas 107-108, ordena, en el auto de fojas 110-112, que el juez inferior resuelva lo que fuere legal; y el juzgado Municipal, creyéndose, a su vez, incompetente, para expedir tal resolución, acude a esta Tribunal, para que se dicte la competencia. Ha ocurrido, por lo tanto, el caso previsto en el art. 918 del Código de Enjuiciamiento en lo civil; y para ser considerado, no obsta el que las partes no hubiesen reclamado de la resolución de la Corte, antes de devuelto el proceso al inferior, desde que, por tratarse de un punto jurisdiccional, esa resolución no es susceptible de ejecutoria, ni está en caso de no ser revisada por el Tribunal a quien corresponde declarar a cuál de los jueces, que se tienen por incompetentes, toca el conocimiento y decisión de la causa. Este tribunal, al resolver la consulta que, en orden al mismo punto, le hizo la Corte de Loja, dijo: "Lo dispuesto en el número 22 del art. 7º del Código Civil, ha de entenderse de modo que haya armonía entre las dos partes de esa disposición; y la segunda, que consulta la necesidad y conveniencia de la unidad de sustanciación de las causas, demuestra que los juicios iniciados antes de la reforma del art. 91 del Código de Enjuiciamientos en materia civil, deben llegar a su término con arreglo a las leyes que, entonces, estuvieron vigentes. De donde se sigue, sin estorbo, la competencia de las Cortes Superiores para conocer de las causas anteriores a la referida reforma, y cuya cuantía exceda de doscientos sueros y no de cuatrocientos. Desde luego, con tal de que se hubiese concedido, legalmente, la apelación; pues, a no ser así, sobre crearse una situación anómala respecto de dichas causas, sería imposible la expedición de los fallos que les corresponde". Las razones expresadas por la Corte de Cuenca, no son para desvirtuar los fundamentos jurídicos de la resolución transcrita; y, lejos de ello, como bien lo observa el juez inferior están a la vista las absurdas conclusiones que se seguirían si, en verdad, debiera entenderse la Ley reformatoria del modo como la ha aplicado la Corte en el referido auto de fojas 110-112. Y así como es inexplicable, ante la ley y los principios, el que pudiera quedar sin lugar la segunda instancia, cuando se concedió, legalmente, la apelación de la sentencia de fojas 107-108; lo es, también, el que pudiera ser el juez de primera instancia, el llamado a declarar, en el estado de la causa, si esa sentencia se halla o no ejecutoriada. En consecuencia, el juez inferior devuelva el proceso a la Corte de Cuenca, para que pronuncie, como Tribunal competente, la sentencia de segunda instancia. Devuélvase.—Cuenca. Cándido.—Andrade Marín.—Pino.—Estupiñán.—Cueva.

COMENTARIO

Las conclusiones son idénticas a las que hemos admitido, al tratar, en el tomo primero, de los límites temporales del imperio de las leyes adjetivas.

CASO 28

La información que se acompaña a la demanda de amparo de posesión, es sumaria, y puede actuarse sin citación contraria.

En el juicio de Antenor Mancheno contra Manuel Diaz Vasco constan los fallos siguientes:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Febrero 28 de 1907, las doce del día.—Vistos: Con la prueba de la información sumaria, sobre la posesión de las aguas del río Cusatagua, y de la obra de una acequia que, para llevar las mismas aguas, hubo principiado a construir el señor Manuel Diaz Vasco, propuso, el señor Pedro Arias, como personero del señor Antenor Mancheno, V. la acción de conservación de la posesión de esas propias aguas, etc.—*Salvador E. Dargueta.—Arcebo Domínguez G.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Diciembre 18 de 1907, las tres de la tarde.—Vistos: Toda diligencia probatoria debe ser practicada con citación de la parte contraria, excepto la información sumaria o de nudo hecho en los casos del número 4º del art. 96 del Código de enjuiciamientos civiles; faltando la citación indicada, la prueba, carece de valor por estar indebidamente actuada. En los juicios sobre conservación de la posesión la demanda debe estar acompañada de la información que justifique los hechos, prescritos en el art. 734 del Código citado. En el presente juicio la información presentada por el actor señor don Antenor Mancheno ha sido practicada sin ese requisito esencial: la citación de la parte demandada, por consiguiente carece de valor. Por lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revocando la sentencia del interior, se declara improcedente la acción demandada. Sin costas. Devuélvase.—*Guillermo Monge.—J. Teodoro L.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 23 de 1908, las tres.—Vistos: Nada había dispuesto el art. 731 del Código de enjuiciamientos civiles de la pe-

núltima edición sobre la forma en que debía practicarse la información de testigos en el caso del propio artículo; y de aquí que era necesario observar la forma ordinaria o común, esto es, citar a la parte contraria para ver de practicarla. Vigente la disposición del art. 58 de 11 de Noviembre de 1904, que modificó el anterior y calificó de sumaria dicha información, de conformidad con los arts. 96 y 114 del expresado Código de enjuiciamientos, desapareció esa necesidad. La prueba sumaria en que se ha fundado la demanda tiene completo valor legal, no obstante la falta de previa citación a la otra parte para recibirla. Por lo demás, la acción deducida en la demanda se halla plenamente comprobada, pues de la contestación y la misma demanda, y de las declaraciones de los testigos y de los informes de los peritos consta, ya la construcción por parte del demandado de un bocacaz superior al de la acequia del demandante, ya el propósito de tomar por medio de él las aguas del río Cusatagua, ya, en fin, el hecho de que, de los muelles, se distinguían, sea cualquiera en parte, las aguas que, del mismo río, conducen por su acequia el demandante, aguas que las ha poseído legalmente el año inmediato anterior a la construcción del bocacaz mencionado. Por estas consideraciones, y por las obras en que se funda la sentencia de primera instancia, *quiénquiera que justicia es nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia de que se ha recurrido, y se confiere, con las costas de las tres instancias, la del Aleardo Muntepal. Devuélvase.—*P. Villagómez.—A. Gardenas.—R. Albarrán. Montezuma.—Octavio Diaz.—G. S. Cordova.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 48, pág. 379)

COMENTARIO

Hasta el año 1904, el Código de Enjuiciamiento en el art. 731, hoy 755: "La demanda para conservar la posesión se pondrá acompañando las pruebas que justifiquen". No decía qué clase de pruebas; y si bien por tratarse de pruebas anteriores a la demanda y preparatorias de un juicio sumario, era de suponer que fuese también una prueba sumaria, o sea una *información sumaria*, prevaleció en el foro la opinión de que debía actuarse con citación contraria; ora por la regla general del art. 149, ora porque en las excepciones del art. 98 no se mencionaba expresamente el juicio de amparo de posesión. Y en esta virtud, la Corte Suprema, confirmando los fallos de primera y segunda instancia, rechazó la demanda de Juan de la C. Vallejo contra Gregorio Ormazza, simplemente por haberse actuado la información sin esa solemnidad de la citación a la parte contraria. El fallo de 22 de Diciembre de 1897 está publicado en la Gaceta Judicial, Serie Primera, Nº 3, pág. 24.

Anómala parecía, pues, esa exigencia, que daba lugar a las repreguntas a los testigos y a los incidentes con que la parte contraria podía obstar y aun frustrar la acción posesoria; como anómala era y es hasta ahora, toda la tramitación del juicio de amparo, según lo veremos al estudiar esa materia.

En vista de eso, la Legislatura de 1904, sin cambiar por completo, como era necesario, aquella tramitación, introdujo algunas reformas muy razonables, y una de ellas fue la de agregar, al final del artículo transcrito, la palabra *sumariamente*.

Con esto desapareció la duda respecto del punto de que tratamos; y desde entonces se entiende que, al mandar la ley que a la demanda de amparo se acompañen las pruebas que *justifiquen sumariamente* los hechos respectivos, ha admitido un nuevo caso de información sumaria, agregado a las excepciones de la regla de que toda prueba debe practicarse previa citación de la parte contraria.

Creemos, por tanto, innecesario transcribir los mencionados fallos de 1897, y reservamos otras observaciones sobre esta materia, para cuando tratemos de los juicios posesorios.

CASO 29

No cabe información sumaria o de nudo hecho en juicio de despojo, ni en ningún otro caso no previsto expresamente por la ley.

En el juicio de José Lasso contra la Comunidad de Valenzuela, constan estos fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Juzgado 1.º Municipal del Cantón de Olavalo, asesorado en Quito, a 9 de Setiembre 1901, las ocho a. m.—Vistos: La información sumaria recibida el 14 de Abril del año actual, no ha servido al señor Roberto Jarín Espinosa para la aceptación de la demanda de despojo, ni para la prueba de su derecho, único caso en que los querellados podrían válidamente impugnar ésta, por falta y falta. Propuesta la queja que contiene el escrito fojas 11 contra la Comunidad de Valenzuela, en razón de haber ésta despojado al señor José María Lasso, de los terrenos Hornopamba, Alizopamba, Patapotrero y Zagualapamba, correspondientes al fundo "El Topo", situado en la parroquia de San Pablo, ella fue aceptada simplemente por estar arreglada a las prescripciones del art. 736 del Código de enjuiciamientos en materia civil. Lo

JURISPRUDENCIA

109

contestación a la demanda no contiene ninguna de las excepciones puntualizadas en el art. 739 del mismo Código, sino la de derecho de dominio, que no puede ser aceptada, y que, por ende, su justificación a nada conduce. Abierta la causa a prueba, el procurador del querellante ha presentado las declaraciones de los testigos Adolfo de la T. Hinojosa, José María Landeta, Carlos de la T. Hinojosa, Flavio Hinojosa, Víctor Paz y Agustín Martínez, con cuyas deposiciones, y más la de Juan Camuendo (fojas 32 vuelta), recibidas dentro del término probatorio y con citación de la parte contraria, hace demostrado, plenamente, ser ciertos y evidentes los hechos vertidos en la querrela; fojas 19 y 20. En virtud de lo manifestado justifica en nombre de la República y por autoridad de la ley, se ordena que la Comunidad de Valenzuela y, por ésta, su apoderado Manuel Yáñez, entregue inmediatamente los terrenos materia del despojo al señor José María Lasso, condenándola además, a la indemnización de perjuicios, los que se liquidarán en juicio verbal sumario, luego que se ejecutó este fallo, y al pago de las costas procesales.—José J. Coronel.—Celia Enrique Solís.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Enero 18 de 1902, las dos de la tarde.—Vistos: En atención: 1.º. A que en los juicios posesorios no se toma en cuenta el dominio que, por una u otra parte, se alegue; 2.º. A no haberse propuesto la excepción en la forma que prescribe el art. 739 del Código de enjuiciamientos civiles; y 3.º. A que el actor ha comprobado el despojo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Habilítase el papel de esta foja al sello correspondiente. Devuélvase.—Pablo A. Viquez.—Manuel Solís no de la Solla.—José T. Román.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 5 de 1902, a las dos y media de la tarde.—Vistos: La información sumaria o de nudo hecho no puede preceder a la demanda sino en los casos expresamente determinados en el art. 98, número 4.º, del Código de enjuiciamientos civiles; y, por lo mismo, la practicada en otros casos, no puede ser admitida, en juicio, ni aún para el objeto de que se ratifiquen los testigos. Por lo expuesto, y atento, además, la disposición del art. 363 del Código citado, carece de valor legal la prueba rendida por la parte actora para justificar el despojo. En esta virtud, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se revoca la sentencia de que se ha recurrido, y se declara sin lugar la demanda. Sin costas. Devuélvase.—Leopoldo Pineda.—León Espinosa.—Francisco Andrade Marín.

COMENTARIO

La doctrina de la Corte Suprema es perfectamente legal y correcta. Sólo que no sabemos a qué venga la cita del art. 363, correspondiente al 367 actual.

CASO 30

Información sumaria y absolución de posiciones actuadas ante otro juez que el de la causa. — Allanamiento de las partes.

En el juicio de Manuel Vera contra Francisco Vera, sobre amparo de posesión, se resuelve: 1º Que ni la información sumaria de testigos ni la absolución de posiciones, acompañadas a la demanda, hacen fe ni sirven de prueba si han sido practicadas ante otro juez que el de la causa, y 2º Que la prueba indebidamente actuada no deja de servir por el allanamiento de las partes.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Portoviejo, Octubre 16 de 1890, a las diez a. m. — Vistos: No sólo mediante la información de testigos producida por el queriente, sino por confesión misma del querellado, resulta, indubitante, que ha sufrido aquel conatos de perturbación en el goce y disfrute de la finca que posee en el punto denominado "Lina". Por tanto, y no habiendo justificado el querellado ser falsos los fundamentos de la demanda, ni el haber poseído la cosa por un año, como lo prescribe el art. 730 del Código de enjuiciamientos en materia civil, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se manda admitir al actor en la posesión en que ha sufrido inquietud por parte del querellado, a quien se condena en las costas, daños y perjuicios, de conformidad con lo prescribe por el art. 742 del mismo Código supradicho. — *Rosendo Cedeño. — Vicente Paz.*

SEGUNDA INSTANCIA

Portoviejo, Febrero 27 de 1895, a las dos p. m. — Vistos: Consta a fojas 7 vuelta que el demandado, coheredero del demandante, obtuvo la posesión efectiva de los bienes de la sucesión abintestato de la finca señora Francisco Zambrano, madre, legítima de ambos. Consta, asimismo, de lo expuesto en los interrogatorios de fojas 1 y 3, que el demandado se hizo dar la posesión material de la finca del "Lina," como perteneciente a la testamentaria de

la expresada señora, entendiéndose al efecto el acta correspondiente. Consta, en fin, de la copia de fojas 27, a 29, que abjeta la aneclética sucesión, e inventariada la finca de que se viene hablando, fue ésta depositada en manos del demandado por el juez que concurrió al inventario. Con ninguno de estos actos se ha perturbado al demandante en la posesión de la citada finca ni se le ha despojado de ella: no con el primero, porque la posesión efectiva, y, por consiguiente, la material, cuando emana de ésta, se conceden privativamente a todos los herederos; menos con el segundo, porque en el depósito judicial no se priva de ningún derecho al dueño posesor de la cosa depositada, sino que sólo se confía su conservación y cuidado a un tercero, para que la restituya luego que el juez lo ordene. Pero suponiendo que con cualquiera de tales actos se hubiera causado una perturbación o un despojo, tanto éste como aquella serían judiciales, y la acción, por lo mismo, no ha debido entablarse contra el demandado, sino contra el juez que dió la posesión material o puso la cosa en depósito. En esta virtud, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia apelada, condenando al demandante en las costas de ambas instancias, por haber procedido con mala fe. Devuélvase. — *Manuel Polo. — Atendido el Oficio de Manuel Pineda.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 20 de 1898, a las dos p. m. — Vistos: Como sólo la prueba debidamente actuada hace fe en juicio, según así lo dispone el art. 144 del Código de enjuiciamientos en materia civil, el Alcalde primero Municipal, quien preside en el conocimiento de la causa, no debió apreciar ni reformar la sumaria ni la absolución de posiciones que fueran acompañadas a la demanda, por haber sido practicadas por ante el Alcalde segundo Municipal, esto es, por ante otro juez que el de la causa. De lo dicho, resulta que la demanda ha sido presentada sin la prueba exigida por el art. 729 del Código ya citado y que no debió ser admitida. Por tanto, y considerando que la prueba indebidamente actuada no deja de servir por el allanamiento de las partes, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, el fallo de que se ha recurrido. Devuélvase. — *León Espinosa de los Monteros. — Francisco de B. Montalvo. Manuel Montalvo. — B. Albin Melanar. — Francisco Antuña Martín.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 27, pág. 215)

COMENTARIO

Que la información y la absolución actuadas ante otro juez no hacen fe, nos parece satisfactorio, si bien, como veremos en el caso siguiente, hay fallas en sentido contra-

tipos. Quanto a que no quepa albanamiento, creemos que, si ambas partes convienen en que se tenga como legal y admisible una prueba, no hay razón para que el juez la rechace.

El art. 729, citado en este fallo, es el 735 actual.

CASO 31

Se debe información sumaria para el secuestro de bienes raíces.

En el juicio Solano de la Sala-Recalde, constan los hechos siguientes:

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Noviembre 12 de 1914, las cuatro horas pasado mediano.—Vistos: De la exposición de fojas 127 y 128 consta que la parte demandada se opuso a lo solicitado en el escrito de fojas 122 por Eugenia Solano de la Sala, de dar por terminado el juicio por voluntad unánime de las partes, siendo por esta razón, inaplicable en dicho escrito en el inciso 2º del art. 2243 del Código Civil; y como en dicho escrito los actores no han desistido expresamente de la demanda, es claro que el inferior estuvo en el caso legal de dictar, como lo hizo, la resolución correspondiente. En lo principal se considera que, dada la excepción que comporta el inciso 2º del art. 962 del Código de enjuiciamientos civiles, respecto al secuestro de bienes raíces, es evidente que en los juicios de esta clase no cabe prueba sumaria, ni orden de secuestro provisional; y así, al dictarse la resolución definitiva sólo dan fundamento para ella las pruebas a que se refiere el inciso citado, esto es, las rendidas en la forma legal, dentro del respectivo término probatorio. De verse mérito de la información testimonial de fojas 32 a 36, practicada con anterioridad a la demanda de fojas 37 y, por ende, a la diligencia probatoria, concedida en el auto de fojas 40; y como durante este término no se ha presentado, por parte de los actores, prueba alguna que justifique los requisitos que, para el caso, exige el art. 960 del Código citado, resulta que es legal el auto del que se ha recurrido en su parte resolutive. Por tales razones, se lo confirma, con costas. Devuélvase.—Villacreses.—Correa.—Z. R. Viteri.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 30 de 1915, a las tres de la tarde.—Vistos: El demandado por la familia Solano de la Sala, es legal. Se lo confirma con costas. Devuélvase.—Pino.—Cárdenas.—Cueno.—Indrade Marín.—Bacidero.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 99, pág. 2028)

COMENTARIO

No transcribimos el fallo de primera instancia, porque no toma en cuenta el punto jurídico de la información sumaria. Por lo demás, la resolución que desestima la información, está perfectamente ajustada a las reglas legales de los arts. 98 y 994 inciso 2º, entonces 962, como dice el fallo.

CASO 32

Confesión actuada ante otro juez que el de la causa.—Albana miente de las partes.

En el juicio de Elvira y Mónica contra Jacinto Z. Moran, se resuelve que a la confesión solicitada contra diligencia preparatoria no es aplicable el inciso 2º del art. 269 y que, por lo mismo, con arreglo al art. 505, puede validarse otro título ejecutivo ante un juez la confesión practicada ante otro igualmente competente para conocer de la misma, de manda.

Texto de la sentencia de tercera instancia y del voto salvado:

Quito, Enero 9 de 1906, a las tres de la tarde.—Vistos: El inciso segundo del art. 263 del Código de enjuiciamientos civiles, presupone la existencia de juicio, pues sólo existiendo éste, se comprende que pueda haber juez de la causa ante quien se presente la confesión y otra parte, esto es, parte contraria, quien la pide. El expresado inciso, atentos su propio tenor y lo dispuesto en el art. 18 del citado Código, no es aplicable al caso en que la confesión se solicita antes de juicio, como diligencia preparatoria para fundar demanda ejecutiva, ya que, en este caso, la presunta ante otro juez que aquel a cuyo conocimiento aquella, la demanda, es sometida, tiene para el objeto, completo valor legal, según la especial disposición del art. 489, que sólo que sea igual la competencia del uno y del otro juez para poder conocer en esa misma demanda. En virtud de lo expuesto, y por las consideraciones de la sentencia que ha venido en grado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas, dicha sentencia. Devuélvase.—P. Villagómez.—Mantel Montalvo.—Cárdenas.—B. Albán Mestanza.—Octavio Díaz.

Texto de las sentencias:

222

Quito, Noviembre 20 de 1902, a las dos de la tarde.—**Visos:** El documento e inventarios cuyas exhibición se ha pedido, no están comprendidos entre los instrumentos que expresa el art. 99 del Código de enjuiciamientos civiles; pero, a pesar de esto, el Monasterio de Santa Clara podía, si lo quería, prestarse a exhibirlos; de manera que la solicitud fs. 18 no entraña temeridad. Por tanto, se desecha, sin costas, aquella solicitud; y se ordena que el doctor Larrea L. conteste el traslado corrido a fs. 16 vuelta.—*Troyan, —Salazar.*

221

SEGUNDA INSTANCIA.

222

riel Hidalgo, según lo d

Quito, Febrero 12 de 1904, las dos de la tarde.—Vistos: Es indudable que Gabriel Hidalgo, según lo declarado por los arts. 38 y 100 del Código de enjuiciamiento civiles, es el actor en este juicio, y que el escrito de fs. 1.^a es "verdadero demandante." De donde resulta que la exhibición pedida por Hidalgo a fs. 18 es innegable puesto que, deducida, ya su acción, no está en el caso de pedir la exhibición como diligencia preparatoria, siendo lo dispuesto en los arts. 98 y 889 del referido Código. Por esto y por que únicamente se hace oposición de parte del Monasterio de Santa Clara, en su escrito de fs. 16, para que no se constituya la servidumbre de que habla el escrito de fs. 1.^a el inferior debió acordar en su auto de fs. 10 que conservase por el art. 756 del pro-

...a lo que se previene p...

Itak. De y uel'ise, — *4. uchmal'no*. — *1. nuzhno* *pr. 1911*;

Quito, Julio 12 de 1904, a las tres de la tarde. — Vistos: Ciertamente que la Abadesa de Santa Clara alega, a fs. 16, el dominio de las aguas referidas en la demanda de la f. 1.^a; pero esa alegación desde que tiende a extinguir la propia demanda, constituye, en el caso, una verdadera excepción perentoria. No es exacto, por lo tanto, que, por haber de resolverse, en juicio ordinario, la oposición de fs. 16, el Moñisario demandado se ha convertido en demandante, lo cual demuestra que está conforme con la ley el fundamento de la Corte Superior para negar, como ha negado, la exhibición pedida a fs. 18. Por esto, se confirma, con costas, la exhibición pedida a fs. 18.

Pind. = *Vásconez*. — *Cárdenas*.
el auto recuñido. Devedelvañise. — *Alon* *Mescomau*. — *Uchec*. =

El incumplimiento del art. 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no nos permite conocer los términos de

la demanda y la materia sobre que se trabó la litis; pero, sea de eso lo que fuere, nos llama la atención el que haya podido discutirse y dudarse sobre cuál de las dos partes era actor y cuál demandado.

Ahora, según la reforma de 1921, ya no puede haber juicio ordinario que se interponga en el sumario de servidumbres; y la oposición fundada en la posesión o propiedad de las aguas, que nos parece improcedente, como lo manifestaremos al estudiar esa materia, debe, en todo caso, ventilarse en juicio verbal sumario.

Los libros administrativos deben exhibirse.

En el juicio Monroy-Monroy se resuelve: 1º Que el Código de Enj. Civil no contiene disposición alguna que prohíba la exhibición de los libros administrativos y de Cajas. 2º Que estos son, según la ley, documentos privados: 3º Que el art. 208, al declararlos instrumentos probatorios, manifiesta que, tratándose de rendir prueba, deben ser presentados para que se saque copia; y 4º Que, en consecuencia, son exhibibles.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Agosto 30 de 1911, a las diez a. m.—Vistos: El documento cuya exhibición se pide por el actor se halla comprendido en el inciso 3º del art. 97 del Código de enjuiciamientos en materia civil; por lo que se declara infundada la oposición del demandado corriente a fs. 38 y se confirma lo resuelto por auto de fojas 37, sin costas.—*Fuz.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Junio 26 de 1913, las cuatro p. m.—Vistos: No es la controversia materia de estos autos de naturaleza mercantil, por lo que les sean aplicables las disposiciones del Código de comercio; y como ni el libro de inventarios que se dice haberlo formado el contador Mariscal, ni el que contiene la contabilidad llevada por el administrador demandado, cuya exhibición se pide en el quinto aparte de la solicitud de fojas 20, se los puede considerar como títulos en el sentido legal de esta palabra, ni están comprendidos en ninguno de los casos del art. 97 del Código de enjuiciamientos civiles, se revoca el auto de fojas 39 vuelta, que es el que ha venido en grado, declarando, en consecuencia, sin lugar la exhibición solicitada. Sin costas. Devuélvase.—*Pólit.*
—*Clemente G. Andrade.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 15 de Octubre de 1913, a las tres de la tarde.—Vistos: El Código de enjuiciamientos en materia civil no contiene disposición alguna que prohíba la exhibición de los libros administrativos y de caja, que son los reconocidos como documentos privados; y, lejos de ello, el art. 202, que declara el mérito probatorio de dichos libros, manifiesta que, tratándose de rendir una prueba, deben ser presentados, para que se saque copia de lo que ellos contengan. Por tanto, revocado el auto de la Corte de Guayaquil, se dispone que se reciba a prueba el incidente, para que se dé la resolución que fuere legal. Devuélvase.—*Clemente.*
—*Cueva.—Andrade Marín.—Pino.—Vásconez.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 35, pág. 1039)

COMENTARIO

Si los libros pertenecen al que los pide o a las dos partes, en común, o si versan sobre negocios propios, de aquél o de las dos partes, nada más natural y razonable que el deber de exhibirlos para que se esclarezcan los hechos y sirvan de prueba de los derechos de las mismas personas a quienes pertenezcan; mas, el primero de los fundamentos del fallo supremo no es muy satisfactorio; pues lo que se trata de averiguar es, no si la ley prohíbe la exhibición, sino si la ordena. Al decir el art. 99: "Sólo puede pedirse exhibición de los siguientes documentos", declara implícitamente que es prohibido pedir la exhibición de otros. La prohibición es la regla general, el permiso, la excepción; y lo que se necesitaba demostrar en el caso cuestionado, era que los libros estaban comprendidos en la excepción.

El raciocinio fundado en el art. 208 no deja de ser atendible; pues los libros constituyen prueba, no sólo contra el que los presenta voluntariamente, sino contra el que los lleva; y claro que en este segundo caso la prueba resultaría imposible sin la obligación de exhibición.

Lo urgente es, a este respecto, la reforma que insumamos al estudiar la prop. 295.

CASO 35

Exhibición de títulos de créditos de la sociedad conyugal, pedida por la mujer.

En el juicio de exhibición pedido por Teresa Burbano contra su esposo Pedro Antonio Alarcón, constan los fallos siguientes:

PROPERTY INSURANCE

Quinto, Platero y de la Cruz, las dos del año. Los documentos que indica el solicitante, no son la evidencia en su exhibición pues de hecho, según la ley, no por haber ya la ley. *Arbol del.*
Solano.

[illegible]

THIRERA INSTANCIA

50 Quinto, Diciembre 12 de 1882, a las doce. — Vistos: La exhibición de los documentos pedida por Teresa Barbaño no se halla enteramente en el caso tercero del art. 824 del Código de enjuiciamiento civil; así, porque se refiere no a *frutos* que poseyó su abuelo paterno, sino a su condena en el dinero que su padre, padre suyo, Pedro Antonio Alarcón, ni a documentos que, para probar que ella tenía derecho sobre aquel dinero, pudo en el caso 66 que existiera alguna cantidad mutuada, esta pertenecería a la sociedad conyugal, y así que mujer tuviera derecho alguna en el dinero, según lo dispuesto en el número tercero del art. 1115 y en el 1248 del Código civil. Por tanto, se revoca el auto recurrido, y se condena a la providencia de primera instancia. Devuélvase. — *En prueba de fee. Montero. Ballesteros. Gómez. León. Albaladejo.* (FOLIO 22 DE 22) 1913

(“Gaceta Judicial” Serie Segunda, N° 130, pag. 1035)

COMMENTARIO

Si se tratase de separación de Menesio de liquidación

de la sociedad conyugal, creemos que si cabría la exhibición

508. *Quercus rubra* L. 509. *Q. prinus* L.

...in the ... of ...

10. The following information is being furnished to you for your information only. It is not intended to be used for any other purpose.

100
 101
 102
 103
 104
 105
 106
 107
 108
 109
 110
 111
 112
 113
 114
 115
 116
 117
 118
 119
 120
 121
 122
 123
 124
 125
 126
 127
 128
 129
 130
 131
 132
 133
 134
 135
 136
 137
 138
 139
 140
 141
 142
 143
 144
 145
 146
 147
 148
 149
 150
 151
 152
 153
 154
 155
 156
 157
 158
 159
 160
 161
 162
 163
 164
 165
 166
 167
 168
 169
 170
 171
 172
 173
 174
 175
 176
 177
 178
 179
 180
 181
 182
 183
 184
 185
 186
 187
 188
 189
 190
 191
 192
 193
 194
 195
 196
 197
 198
 199
 200
 201
 202
 203
 204
 205
 206
 207
 208
 209
 210
 211
 212
 213
 214
 215
 216
 217
 218
 219
 220
 221
 222
 223
 224
 225
 226
 227
 228
 229
 230
 231
 232
 233
 234
 235
 236
 237
 238
 239
 240
 241
 242
 243
 244
 245
 246
 247
 248
 249
 250
 251
 252
 253
 254
 255
 256
 257
 258
 259
 260
 261
 262
 263
 264
 265
 266
 267
 268
 269
 270
 271
 272
 273
 274
 275
 276
 277
 278
 279
 280
 281
 282
 283
 284
 285
 286
 287
 288
 289
 290
 291
 292
 293
 294
 295
 296
 297
 298
 299
 300
 301
 302
 303
 304
 305
 306
 307
 308
 309
 310
 311
 312
 313
 314
 315
 316
 317
 318
 319
 320
 321
 322
 323
 324
 325
 326
 327
 328
 329
 330
 331
 332
 333
 334
 335
 336
 337
 338
 339
 340
 341
 342
 343
 344
 345
 346
 347
 348
 349
 350
 351
 352
 353
 354
 355
 356
 357
 358
 359
 360
 361
 362
 363
 364
 365
 366
 367
 368
 369
 370
 371
 372
 373
 374
 375
 376
 377
 378
 379
 380
 381
 382
 383
 384
 385
 386
 387
 388
 389
 390
 391
 392
 393
 394
 395
 396
 397
 398
 399
 400
 401
 402
 403
 404
 405
 406
 407
 408
 409
 410
 411
 412
 413
 414
 415
 416
 417
 418
 419
 420
 421
 422
 423
 424
 425
 426
 427
 428
 429
 430
 431
 432
 433
 434
 435
 436
 437
 438
 439
 440
 441
 442
 443
 444
 445
 446
 447
 448
 449
 450
 451
 452
 453
 454
 455
 456
 457
 458
 459
 460
 461
 462
 463
 464
 465
 466
 467
 468
 469
 470
 471
 472
 473
 474
 475
 476
 477
 478
 479
 480
 481
 482
 483
 484
 485
 486
 487
 488
 489
 490
 491
 492
 493
 494
 495
 496
 497
 498
 499
 500
 501
 502
 503
 504
 505
 506
 507
 508
 509
 510
 511
 512
 513
 514
 515
 516
 517
 518
 519
 520
 521
 522
 523
 524
 525
 526
 527
 528
 529
 530
 531
 532
 533
 534
 535
 536
 537
 538
 539
 540
 541
 542
 543
 544
 545
 546
 547
 548
 549
 550
 551
 552
 553
 554
 555
 556
 557
 558
 559
 560
 561
 562
 563
 564
 565
 566
 567
 568
 569
 570
 571
 572
 573
 574
 575
 576
 577
 578
 579
 580
 581
 582
 583
 584
 585
 586
 587
 588
 589
 590
 591
 592
 593
 594
 595
 596
 597
 598
 599
 600
 601
 602
 603
 604
 605
 606
 607
 608
 609
 610
 611

1870

10

10

557-71216-4 LBNH 1003

4

DESARROLLO

Ionitzaab gñabñaqx3

**De la demande en l'h.n. De la section
DISTONALIS**

Art. 136.—*Demanda* es la petición que se hace a juez para que declare un derecho, o mande dar, pagar o hacer alguna cosa.

Art. 101.—La demanda debe ser clara y precisa, y comprenderá, necesariamente, los hechos del juicio (prop. 238).

24 Los nombres del actor y del demandado.

40 La causa razón o derecho con que se reclama

Así, los consumidores pueden cambiar la acción sobre que versa la demanda, después de contestada por el demandado.

probatorio, y aludiendo al principio de la igualdad de los casos que se debe aplicar en todas las causas de modificación de pena.

La disposición de este artículo no se opone a que en cualquier estado del juicio, cualquier se parte de éste al ienejivo, o al contrario, por, para el actor la costia-

que publique ostonada a la obra para el pueblo de la zona.

Art. 103.—Se puede proponer, en cada uno de los

[illegible]

Att. 104 — No podem demandar en un mismo litigio una cosa que no pueda ser sujeta a una sola acción, ni una cosa que pueda ser sujeta a una sola acción, ni una cosa que pueda ser sujeta a una sola acción.

[illegible]

dos o más personas por acción; contrator no obtiene ningún derecho de voto en las asambleas de accionistas, lo que le permite tener el control de la compañía sin ser propietario de una gran cantidad de acciones.

Exposición doctrinal

SINOPSIS

(Continuación del programa)

366.—Concepto de la litis-contestación.—Derecho romano.—Derecho moderno.
367.—Contenido y forma de ese período del juicio.

De la acción

368.—Concepto científico e histórico de la acción.—Sus requisitos esenciales.—Derecho romano.—Derecho moderno.—Lugar que esta materia ocupa en la legislación.
369.—Relación entre derecho y acción.—No hay derecho sin acción.—Excepciones de esta regla.—Diversas formas en que el derecho pueda actuarse en juicio.
370.—El número de las acciones es ilimitado.—No todas tienen nombre especial.
371.—Requisitos para la existencia de la acción.—El interés.—Puede bastar un interés eventual? ...
372.—Diversas clases de acciones: reales o personales; muebles o inmuebles; peyorativas o posesorias; principales y accesorias; subsidiarias; populares; condictionales.
373.—Acciones mixtas.—Existen realmente?—Las tenemos nosotros?—La *actio iudicialis* (deslinde de fundos) es realmente servidumbre legal, como la condicional? Código Civil? ...—Acciones de nulidad, rescisión, resolución o revocación de actos translativos de propiedad.—Si propusiera una de ellas, se reclamaría, a la vez, la restitución de la cosa, al mismo contratante o al tercer poseedor, *habeat actionem mixtam et ream personalem et ultra ream*? ...

Demanda

373.—Definición de demanda.—Relación entre demanda, acción y derecho.
374.—Relación entre la acción y el juicio.—De la naturaleza de aquella depende la forma de este.
375.—Forma de la demanda.—Sistema oral.—Sistema escrito.
376.—Contenido de la demanda.—Tradicional distinción entre las acciones reales y las personales, con respecto a la expresión de la causa o título del derecho.—Sue connotaciones jurídicas.—Crítica de nuestra regla legal.
377.—Efecto de la opción de las expresiones obligatorias.
378.—Plus petición.—Sus efectos.—La petición de abonar pagos que se comprobe.
379.—Lo que debe acompañarse a la demanda.—Copia.—Compruebaes.—Copia de los demás escritos.
380.—Cambio y modificación de la acción.—Sus efectos.
381.—Pase de la vía ejecutiva a la ordinaria y viceversa.
382.—Acumulaciones posibles: de acciones; de personas; de juicios.—Reglas sobre la acumulación de acciones.—Reglas sobre la de acciones que requieren distinta acusación o correspondan a diversas jurisdicciones.
383.—Admisión de personas.—Más o menos actores.—Los o más reos, litis-consortes.
384.—Acumulación de personas y acciones.
385.—Efecto de la litis-contestación.

DESARROLLO

LECCIÓN I

Primer período del juicio: Litis-contestación.—De la acción.

366.—Concepto de la litis-contestación.—Derecho romano.—Derecho moderno.

Sabemos ya que el juicio, o sea la discusión judicial de un asunto, requiere se oiga a las partes; se reciban las pruebas de los hechos discutidos; y se decida la cuestión. Tres períodos o momentos esenciales del juicio (prop. 295). Y el primer período en que, oídas las partes, se trababa la litis, es decir, se plantea y determina la cuestión controvertida que aquéllas someten a la decisión judicial, se denomina, en el lenguaje jurídico, el período de la *litis-contestación*.

“Consiste ésta”, —dice Savigny— “según los principios del nuevo derecho, justiniano, de igual manera que según los del antiguo derecho, en las *respectivas declaraciones de las partes sobre la existencia y el contenido del litigio, hechas ante la autoridad judicial*. (Tomo 50, págs. 14 y 22 § CCLVII). ”

Era en el Derecho Romano un acto solemne, que se efectuaba ante testigos llamados *ad hoc*, a quienes se les advertía que la tuviesen presente para que pudiesen testificarla — *testatio litis* —, cuando el magistrado daba a las partes la *formula*, y quedaban éstas comprometidas a comparecer ante el juez que el mismo magistrado les designaba, y a someterse a lo que ese juez decidiese con arreglo a la fórmula. De allí viene, su nombre.

A los testigos se les hacía la advertencia de recomendar a la memoria lo ocurrido, por medio de esta frase: *testes estote*, testigos, estad presentes, atended. Era, como dice el autor citado (pág. 15), el protocolo viviente, para la constancia auténtica de aquellas declaraciones de las partes y de su sometimiento a la futura decisión.

La litis-contestación entrañaba un *casicontrato*, por el cual las partes se sometían a la decisión del juez designado por el magistrado, y quedaba el demandado en posesión de la cosa litigiosa, pero obligándose a la indemnización.

zaciones respectivas, y rindiendo la fianza *judicium solvi* (1), a fin de que, al triunfar el actor, no le perjudicasen a éste las demoras del proceso, y el fallo le aprovechara como si se lo hubiera expedido en el momento mismo de trabarse el juicio.

Producía, además, al decir de los expositores, una *causa novationis*, por la cual la relación jurídica de las partes debía ser, en lo futuro, la que del fallo judicial resultase. Los títulos anteriores en que las partes basaban sus pretensiones, debían ser reemplazados por el fallo judicial (2).

Pero el efecto más importante y práctico de la litis contestación, en el Derecho moderno, es el de fijar definitivamente la materia del litigio; de manera que ni las partes deban discutir ni el juez pueda fallar sobre ningún otro punto.

367. — Contenido y forma de este período del juicio.

El contenido esencial de este período del juicio son las exposiciones y reclamaciones mutuas de los litigantes, efectuadas, ya a la voz, ya por escrito, ya simultáneamente en un acto, ya en dos o más actos separados.

En nuestro sistema procesal, divídese, por lo general, el primer período del juicio, en tres partes: la demanda, la citación y la contestación. Otros códigos establecen también la réplica y la réplica, que si bien complican al-gún tanto los primeros trámites, contribuyen eficazmente a precisar y simplificar la controversia y facilitar la resolución, como lo veremos al estudiar la SECCIÓN 4ª. La demanda y la contestación se efectúan por escrito; la citación en una forma compleja, que luego estudiaremos.

Dijimos por lo general, porque tenemos el juicio llamado *verbal sumario*, en que la controversia se fija a la voz, en un acto de comparecencia personal ante el juez, pero dejando constancia de las exposiciones de las partes en una acta judicial. Y tenemos también otros juicios sumarios en que se procede en una forma análoga.

(1) Fianza que en el Derecho francés se exige ahora sólo a los extranjeros, (TROP. §. 13 del T. 1º de estas lecciones), y en otras partes, a los demandados que no tienen bienes conocidos; y que, en nuestro sistema procesal, se suple en determinados casos por las *providencias preventivas*, que más tarde estudiaremos.

(2) Los autores franceses atribuyen este efecto al fallo judicial, como lo vemos al estudiar la SECCIÓN 8ª de este título.

Estudiemos separadamente esas tres importantísimas partes del primer período del juicio, comenzando por fijar previamente el concepto jurídico de la acción, que es el contenido de la demanda.

DE LA ACCIÓN

368. — Concepto científica e histórico de la acción. — Sus requisitos esenciales. — Derecho romano. — Derecho moderno. — Lugar que esta materia ocupa en la legislación. (1)

El derecho, o sea la facultad de obrar o de exigir de otro alguna cosa (un hecho, una omisión, una prestación cualquiera), puede encontrar obstáculos o resistencias en los individuos obligados, y requiere, para su eficacia en la vida práctica, ora la institución de una fuerza social destinada a protegerlo, ora la de los medios apropiados para el funcionamiento de esa fuerza, según vimos al tratar de la naturaleza y comprensión del Derecho Adjetivo (props. 2 y 285).

Esos obstáculos o resistencias — o sea la *violación del derecho*, que dice Savigny — dan origen a la *acción*, que en el lenguaje jurídico significa: 1º la facultad de dirigirse a la autoridad judicial, para que declare o haga efectivo el derecho violado; 2º, de acuerdo con su etimología — de *agere*, obrar — el acto mismo de dirigirse al juez con ese objeto, y 3º el modo o la forma de obrar que al efecto ha de observarse.

Son, por tanto, dos las condiciones o requisitos esenciales de la acción: el derecho instituido o reconocido por la ley sustantiva, y su violación o sea una oposición o resistencia, positiva o negativa, de la parte obligada a respetarlo o darle cumplimiento. (Savigny T. IV, § ccv).

La acción ha tenido en el Derecho Romano y en la historia de las legislaciones, diversos significados (2). Bajo el sistema procesal romano llamado de las *acciones de la ley*, la acción es una forma sacramental de proceder, redu-

(1) La definición de acción corresponde a la ciencia jurídica; los códigos no necesitan ni deben tenerla. Sólo el de Procedimiento Civil de México hemos visto que comienza diciendo: «Se llama acción el medio de hacer valer ante los Tribunales los derechos establecidos por la ley».

(2) Ortolán, Institución T. II, pág. 710.

cida principalmente a solemnidades o ceremonias simbólicas, conforme a las cuales se plantean y deciden las controversias judiciales.

Bajo el sistema *formulario*, que reemplazó al de las *acciones*, o sea en el segundo período del derecho procesal romano, la *lis contestación* tiene lugar ante el Magistrado, es decir, ante el se propone la demanda y la contesta el demandado; y fijada así la controversia, extiende el Magistrado la *fórmula*, según la cual se decidirá la cuestión, en virtud de los hechos que consten y las pruebas que se rindan. Con la fórmula, van las partes al juez—al *iudex*—designado por el mismo Magistrado, de entre un considerable número de ciudadanos que anualmente se eligen para que desempeñen ese cargo ocasionalmente, esto es, en los casos para los cuales sean llamados, como los jueces de hecho en la institución del jurado. El *iudex* recibe las pruebas y examina los hechos, y decide la cuestión, ateniéndose a la fórmula del Magistrado. (1)

En este sistema llámase *acción*, ese derecho conferido por el Magistrado en cada causa, para reclamar ante el juez lo que se pide o demandar; o bien la fórmula misma en que se confiere o fija ese derecho, la cual es como una sentencia condicional, subordinada al resultado de las pruebas que se rindan.

La función judicial está, por tanto, dividida entre el magistrado y el juez; aquél decide la cuestión de derecho, éste decide el negocio controvertido. Si la pretensión del actor es legalmente impropia, es decir, tal que, aun siendo ciertos los antecedentes, no darían lugar, según la ley, a lo que exige el actor, el Magistrado no confiere la

(1) Ortolán, hablando del procedimiento formulario, dice: «Su carácter esencial consiste en la redacción de una fórmula (formale), cuyos elementos se discuten y fijan ante el magistrado (in iure), y la cual, entregada a las partes por éste, constituye el procedimiento del juez, con indicación a este juez de los puntos, ya de hecho, ya de derecho, que ha de examinar, y de la sentencia que debe dar según el resultado de este examen: cuya fórmula confiere al juez su misión y le marca la extensión más o menos amplia de sus poderes. Su forma es, tal, que puede compararse con alguna exactitud que está redactada como una especie de sentencia condicional. Conforme se desarrolló el sistema formulario, aplicándose a varias todas, o algunas separadamente, principales, las unas (partes formularum), y las otras accesorias (adjectiones). Las primeras en número de cuatro: la *de iudicatio*, la *de litis contestatione*, la *condemnatio*, y en tres casos particulares sólo la *ad iudicatio*. Entre las segundas, las *prescriptiones* (prescripciones), las *exceptioes*, *repleciones*, *delictuales*, etc.» Tomo 2º, pág. 712.

fórmula, esto es, niega la demanda y queda terminado el asunto. (Ortolán, Tomo 2º, pág. 226).

Alguna vez, por la naturaleza especial de ciertos asuntos, se reservaba el mismo Magistrado el examen de los hechos y la decisión definitiva de la contienda; o bien el caso es de tal naturaleza que no requiere pruebas ni mayor averiguación, y lo resuelve en segunda el Magistrado. Este procedimiento, que no tiene cabida sino por excepción, en ciertos casos o circunstancias especiales, llámase, por esta razón, *extraordinaria*. Mas, poco a poco las excepciones van aumentándose, y al fin, llegan a constituir la regla general del procedimiento, hasta que, por eso, se dice que el sistema formulario, sin perder su esencia, varía la tradicional denominación.

En el sistema del procedimiento extraordinario, esto es, en el tercero y último período del procedimiento romano, tiene la acción las significaciones que hasta ahora se conservan; esto es, la facultad derivada directamente de la ley, de dirigirse a la autoridad judicial para que rebase la violación y haga efectivas sus consecuencias jurídicas; o sea, para que declare y haga efectivo el derecho; o bien, en el sentido etimológico, el hecho mismo de dirigirse a la autoridad judicial, con arreglo a las formas o trámites legales, para que declare y haga efectivo el derecho.

En el segundo caso se toma la palabra en el sentido natural; en el primero, en sentido figurado. En un tercer sentido, figurado también, se da, a veces, ese nombre al trámite o modo de proceder establecido para cada caso (acción ordinaria, acción ejecutiva, acción posesoria, etc.) Estas acepciones o significados tiene la palabra *acción*, así en las ciencias jurídicas, como en las legislaciones modernas, y lo ha tenido universalmente, desde la época del procedimiento extraordinario, pero la primera es, desde entonces, la más generalmente usada en el lenguaje jurídico (1).

(1) «Aún en la época misma de las fórmulas», dice Ortolán (Generalización, pág. 123) «comprendía la palabra acción, en su sentido más lato, toda reclamación o defensa del derecho ante la autoridad judicial».

El mismo autor dice: «La palabra acción tiene varias significaciones».

«1º En el sentido propio y natural (derivado de *agere*) significa el recurso, es decir, el acto mismo de acudirse a la autoridad para hacer valer sus derechos de una manera cualquiera, como actor o como reo, pero más particularmente demandando».

«2º En el segundo sentido, figurado, acción no es ya el acto mismo, es el de-

La materia de las acciones, desde el punto de vista de la influencia que en las relaciones jurídicas puede ejercer la violación del derecho, sea modificándolas, sea dando lugar a nuevos derechos o reclamaciones, pertenece a la legislación sustantiva; y así la encontramos en varios países de nuestro Código y de los Códigos extranjeros y en todo el cuerpo del Derecho Romano y de las legislaciones antiguas. Mas, considerada como el recurso ante la autoridad judicial, forma parte del Derecho Adjetivo; y en este sentido vamos a estudiarla nosotros.

369. — Relación entre derecho y acción. — No hay derecho sin acción. — Excepciones de esta regla. — Diversas formas en que el derecho puede actuarse en juicio.

Organizada la sociedad civil, todo derecho supone en el individuo que lo posee la facultad de dirigirse a la autoridad judicial, para que lo reconozca y proteja en cualquier caso de resistencia o violación por parte de la persona obligada. Esa facultad, ese nuevo derecho, derivado del derecho violado, o sea esa nueva faz que el derecho toma por consecuencia de su violación (S. vigny), o como dijo Maitrelo, el derecho mismo, elevado a la segunda po-

recho de hacer este acto, es decir, el derecho de presentar este recurso a la autoridad.

En fin, en un tercer sentido, figurado como el segundo, ya no es ni el acto mismo, ni el derecho de hacer este acto, es el medio que se emplea, para ello, la forma que está a nuestra disposición para ejercer el recurso.

Así, en la primera significación, la acción es un hecho; en la segunda, un derecho; en la tercera, un medio, una forma.

Estas tres significaciones generales se emplean todas tres en el derecho romano; pero la palabra se presenta aquí, además, con otras acepciones técnicas, más o menos reducidas, que han variado según las épocas y según los varios sistemas de procedimiento. Instituciones, T. 2º, págs. 770.

Espección. — Acción. — El derecho de exigir alguna cosa; y el modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro o se nos debe por otro (pág. 48). — Id. López Moreno: «En sentido más estricto se denomina acción la facultad de reclamar en juicio lo que es nuestro o se nos debe».

Maitrelo. — «El derecho de proceder en juicio para obtener el reconocimiento de un derecho cancelado, desconocido o meramente amenazado, constituye la acción en la cualidad propia del derecho de poder invocar para su tutela las garantías judiciales».

Maitrelo. — *est actio, quam jus quod sibi debetur iudicio persequendi.* Dice el jurista Celsus, en la Ley 51, Tit. 7, Lib. 44 del Digesto. Y más claramente Gayo, Instit. : *quis persecutendi in iudicio quod nobis debetur actio nostrum est.* (Nott. págs. 13).

tencia, (1) denominase, como hemos visto, *acción*, en el lenguaje jurídico. Los juriconsultos lo llaman *derecho sancionador*, contraponiéndolo al derecho mismo violado, que lleva el nombre de *derecho generador*. Así el derecho de propiedad y el de usufructo son derechos generadores de la acción reivindicatoria y de la confesoria, derechos sancionadores del propietario desposeído y del usufructuario, respectivamente.

Si bien a todo derecho, corresponde una acción, en el Código Civil encontramos una excepción de esta regla: los derechos correlativos a las *obligaciones naturales* carecen de acción; pero es porque, en realidad de verdad, no son verdaderos y perfectos derechos, mejor dicho, ante la ley civil, no existen como tales. Si el deudor naturalmente obligado cumple su obligación, tampoco puede repetir contra el acreedor; como si en el lenguaje jurídico que las obligaciones naturales no producen acción, pero sí excepción.

Hay también otras obligaciones que, aunque no enumeradas por el Código Civil en el art. 1460, están sujetas a la propia regla. Tales son las multas estipuladas por los esposos para el caso en que no se verifique el matrimonio (art. 96), y las deudas provenientes del juego o la apuesta (art. 2247).

La acción, por lo visto, es un mero cerulario o complemento del derecho mismo, y no constituye un bien diverso en nuestro patrimonio. Por eso los juriconsultos franceses critican el Código Napoleón, que al hablar de las distintas clases de bienes, coloca las acciones al lado de los derechos reales y los créditos, como cosa diversa de los unos y los otros.

Diversas formas en que el derecho puede actuarse o ser reclamado en juicio. — Si el poseedor o sujeto de un derecho que ha sido violado o ha tropezado con alguna resistencia en su vida práctica, se dirige al juez para que compela a la parte contraria a reconocerlo y respetarlo, tenemos una acción,

(1) Antes que Maitrelo, emplearon ya esta frase los expostores franceses. Así Mourlon dice: «On pourrait dire, en se servant du langage classique, que c'est un droit à la seconde puissance, car s'est le droit de faire valoir un droit devant les tribunaux».

tal como la hemos definido y se la entiende en el derecho moderno; es decir, el derecho se actúa en forma ofensiva o de ataque, a fin de obtener la protección legal correspondiente.

Si, por el contrario, el poseedor o sujeto del derecho ha sido ya citado ante el juez, es decir, atacado judicialmente, como violador de otro derecho, y lo alega simplemente como medio de contener o rechazar ese ataque, el derecho, ejercitado así en forma defensiva, constituye una *exceptio*, en el sentido técnico que esta voz tiene en nuestra legislación y en muchas otras legislaciones, como luego veremos. Aclaremos con un ejemplo. Si, celebrado un contrato de compraventa, cree el comprador que el contrato es nulo, y para que así lo declare el juez, propone la correspondiente demanda, la nulidad del contrato, mejor dicho, el derecho de alegarla, se actúa como acción y, declarada por el juez, podrá el comprador reclamar la restitución de la parte del precio ya pagado, y eximirse de pagar el resto; exigir la cancelación de la hipoteca, etc. Si, por el contrario, el vendedor se anticipa a demandar el pago del precio, y el comprador opone como simple medio de defensa, la nulidad del contrato, o sea el derecho de alegarla, este derecho, empleado así en forma defensiva, constituye una mera excepción.

En el primer caso, la declaración de la nulidad da lugar a una condenación contra el demandado, para todos los efectos que de la nulidad se derivan; en el segundo, produce simplemente la absolución del demandado, sin otro efecto jurídico que la repulsa o rechazo de la demanda. Todo derecho, toda relación jurídica instituida por la ley sustantiva, puede actuar en cualquiera de las dos formas, según las circunstancias del caso, en el campo del Derecho adjetivo o procesal. La prescripción v. gr., se habrá *valido como acción*, si, privado de la posesión de la cosa el que la adquirió por ese medio, deduce la correspondiente demanda, fundado en aquel título; y valdrá como excepción, si el adquirente, demandado por el antiguo dueño o por un tercero, la alega como medio de rechazar la acción. Hasta el pago, que ordinariamente se alega sólo como excepción, contra el ex-acreedor, puede servir como acción, para exigir la devolución o inutilización del documento, la cancelación de la hipoteca, la devolución de la prenda, etc.

Hay, por último, una tercera forma en que puede actuar en juicio el derecho o la relación jurídica; la forma de *reconvención*, de que trataremos también después, y que tiene lugar cuando, propuesta una demanda, es decir, intentada una acción, el reo se propone, no simplemente su mera defensa, o sea el rechazo de la acción, sino una condenación contra el demandante, convirtiéndose, a su vez, en actor. Hay, en este caso, dos juicios en el mismo proceso, y cada una de las partes es actor y demandado.

Si, en el caso de nuestro ejemplo, demandado el comprador por el vendedor, alega la nulidad como reconvención, y el juez la declara, no sólo quedará eximido de pagar la parte del precio demandada, sino podrá exigir, en virtud de la condenación pronunciada contra el demandante, la devolución de la parte ya pagada.

En suma, los derechos civiles o sea las relaciones jurídicas instituidas por la ley sustantiva, pueden actuar, en el campo de la adjetiva, supuesta su violación, en tres formas diversas, de acción, de excepción y de reconvención.

370.—El número de las acciones es ilimitado.—No todas tienen nombre especial.

En el Derecho Romano se determinaban expresamente y con el respectivo nombre las acciones provenientes de cada acto o contrato; y en el Derecho moderno, se conservan tradicionalmente algunas de esas denominaciones, como la de la acción *reivindicatoria*. Mas, salvo lo dicho en el número precedente respecto de las obligaciones naturales, las acciones son tantas cuantos los derechos que pueden poseer los individuos y requerir el apoyo de la autoridad judicial, en caso de oposición o resistencia. El número de las acciones es, por tanto, ilimitado, como el de los derechos; y, salvo raras excepciones, no tienen nombre especial en la ley.

371.—Requisitos para la existencia de la acción.—El interés.—Máximas francesas: *Pas d'intérêt, pas d'action*. *L'intérêt est la mesure des actions*.—Puede bastar un interés moral o eventual?

Los profesores franceses, siempre sutiles y escolásticos, enseñan generalmente que cuatro condiciones deben

concurrir para que una persona pueda intentar acción en justicia: 1ª Interés; 2ª Derecho legal; 3ª Cualidad; 4ª Capacidad o poder de estar en juicio.

Lo legal no es sino un diverso modo de expresar las mismas ideas que venimos ya exponiendo.

Primera condición.—El que intenta una demanda debe tener interés; es decir, debe aspirar a algún provecho real y efectivo que provenga directamente del fallo que solicita. Así, nadie puede, a título de heredero ab intestato, intentar la nulidad del último testamento, si existe otro anterior que vendría a quedar vigente al declararse esa nulidad. El pretense heredero no lo sería, en verdad, en tal supuesto; esto es, no tendría un derecho que pudiera considerarse violado o herido por el testamento nulo; y por lo mismo, carecería de acción, según los principios que dejamos consignados.

El interés puede ser simplemente moral, dicen los autores, como es el que atañe al honor de las familias y, en ciertos casos, el del estado civil; pero eso basta para poder demandar.

El interés debe ser nacido y actual, añaden. Así, los hijos del primer matrimonio pueden demandar, durante la vida de su padre, la nulidad del segundo matrimonio de éste, para excluir a los hijos de dicho segundo matrimonio de la sucesión de un hermano suyo, nacido, como ellos, del primer matrimonio y fallecido en vida del padre común.

Un interés ya existente puede bastar, aunque esté subordinado a cierta condición o evento. Si, demandado el fiador, ha propuesto la excepción de pago, fundándose en un recibo otorgado en favor del deudor principal, y alega el acreedor la falsedad del pago y del recibo, puede el fiador apresurarse a demandar al deudor principal, para que, en el evento de declararse realmente falso el pago, le reembolse lo que la sentencia le obligue a pagar al acreedor. Y no está, en nuestro concepto, obligado a esperar que primero se dé la sentencia y se conozcan los resultados de ese juicio.

En el sistema procesal francés, ese fiador demandado por el acreedor tendría y podría alegar la *excepción de garantía*, de que oportunamente trataremos, para obligar al

deudor principal a comparecer en el mismo juicio y defenderle de los resultados. Y si esto, que es lo más razonable y justo, no se admite, tal vez, por nuestras leyes, no cabe que se impida al fiador proponer al mismo tiempo su demanda contra el deudor principal, y aun solicitar la acumulación de los dos procesos, por la perfecta conexidad de ellos. Por este camino, que ya hemos ensayado con buen éxito en nuestra práctica, se llega al mismo resultado que más sencillamente se obtiene en el Derecho francés.

Segunda condición.—El demandante debe tener un derecho legal, un derecho reconocido y sancionado por la ley. Así el acreedor simplemente natural no puede reclamar en justicia el cumplimiento de la correspondiente obligación. Así un padre no puede ser compelido judicialmente a cumplir la obligación moral de establecer a sus hijos, ni a dar alimentos a un hijo ilegítimo mayor de 21 años, que no tenga impedimento para el trabajo; como tampoco puede el hijo natural o simplemente ilegítimo ser demandado para que dé alimentos al padre (C. C., arts. 311, 314 y 322).

Tercera condición.—El actor debe tener cualidad. La tienen, dicen los maestros franceses: el titular del derecho; sus mandatarios o representantes legales, y los acreedores, en los casos en que la ley les permite ejercer los derechos del deudor.

Según nuestra ley sustantiva, esos últimos casos se reducen al concurso de acreedores, en que éstos, representados por el síndico, pueden hacer valer los derechos de su deudor contra terceros. Mas, individualmente, los acreedores no pueden contar con esa facultad, sino en virtud de embargo y adjudicación del derecho de su deudor. El Código Civil francés les concede una facultad más amplia, en el art. 1166.

Cuarta condición.—El actor debe tener capacidad legal, si procede a su propio nombre, o legítima representación, si obra a nombre ajeno, con sujeción a las reglas y principios que ya hemos estudiado al ocuparnos en las SECCIONES 1ª y 2ª del TÍTULO II del LIBRO I.

372. Diverseas clases de acciones: reales o personales; muebles o inmuebles; peticionarias o posesorias; principales o accesorias.—Subsidiarias.—Populares.—Condicionales.

Reales o personales.—Son acciones reales, según el Código Civil, las que nacen de los derechos reales; y personales, las que nacen de los derechos personales (arts. 566 y 67).

Débase, empero, tener en cuenta que, si bien entre los *derechos* reales y los personales existe la fundamental diferencia de que aquéllos nos ponen en relación con todos los hombres, de un modo indeterminado, mientras que en éstos es un individuo determinado el sujeto pasivo de la relación; entre las *acciones* reales y las personales no existe la misma diferencia, por cuanto la violación del derecho no puede tener lugar sino por el hecho de una persona determinada; hecho que establece, entre esta persona y el sujeto del derecho, esa nueva relación constitutiva de la acción, que coloca a las dos partes en la situación de un acreedor que exige la reparación de la violación y un deudor, personal y exclusivamente obligado a ella.

Absurdo sería, por consiguiente, decir que podemos tener *acción* sobre una cosa sin consideración a determinada persona.

Acción real es, pues, la que tiene por objeto hacer valer un derecho real; y acción personal la que tiene por objeto hacer efectivo un derecho personal.

Muebles e inmuebles.—A este respecto el Código Civil nos da las siguientes reglas:

“Art. 569.—Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así, el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así, la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble.

Art. 570.—Los hechos que se deben se reputan muebles. La acción para que un artífice ejecute la obra convenida, o resarza los perjuicios causados por la inexecución del convenio, entra por consiguiente en la clase de los bienes muebles.”

Por la cosa se conoce el derecho, y por el derecho, la acción.

No hay que confundir, como hemos advertido otras veces, esta distinción de las acciones en *muebles e inmuebles*, con la de *reales y personales*. Una acción puede ser

personal e inmueble, como la que tiene el arrendador de un fundo, para que el arrendatario se lo devuelva; o *mueble y real*, como la del dueño de un caballo, que trata de reivindicarlo de un poseedor injusto.

La distinción de las acciones en muebles e inmuebles es de utilidad práctica para el Derecho Adjetivo, en lo concerniente a la competencia territorial, como lo vimos en su lugar.

Los hechos que se deben se considerarán *muebles*, según nuestro Código Civil, aunque se refieran a una cosa inmueble, v. gr. la obligación de construir una casa.

Peticionarias y posesorias.—«Las primeras tienden», dice Mattioli, «a obtener el reconocimiento definitivo del derecho real o personal del actor; las segundas a tutelar solamente la posesión».

Nuestro Código, al dividir los juicios en *peticionarios y posesorios*, comprende en la primera clase sólo los que versan sobre la propiedad, y en la segunda, los destinados a defender la posesión; de manera que todos los demás juicios no entran en ninguna de las dos categorías. (1).

Principales y accesorias.—Atento el sentido natural de las palabras, *principal* es aquello que ocupa el primer lugar o un lugar preferente en estimación o importancia, con relación a otra cosa; y *accesorio*, lo que dimana o depende de otra cosa o lo que a ella se junta o agrega, como metro complemento (2). Así lo entiende el Código Civil en la materia de la accesión; y este concepto podemos aplicar a la división de las acciones.

(1) Garsonnet dice: «Las acciones reales inmuebles se denominan peticionarias cuando protegen: 1º la propiedad, como la reivindicación y la acción negatoria; 2º los otros derechos reales, como la acción confesoria de un derecho de usufructo, uso, habitación o servidumbre. Se llaman posesorias, cuando protegen solamente la posesión» párcis. N° 97.

(2) Diccionario: «Principal. 1º La persona o cosa que tiene el primer lugar en estimación o importancia. 4º Especial o fundamental, por oposición a accesorio».

«Accesorio. Que depende de lo principal o se le une por accidentes.

Una acción accesoria, por su naturaleza, como la de frutos y perjuicios, se puede proponer en juicio como principal, si se la deduce aislada e independientemente. El autor arriba citado, Mattioli, dice: «Las primeras constituyen el fundamento del juicio, y tiene cada una existencia propia e independiente; las segundas presuponen otra acción principal a la que van asociadas, y se proponen en el juicio en que se desarrolla la acción principal, o también, a veces, en pieza separada ante el mismo juez que haya de fallar sobre la acción principal».

Principales y subsidiarias.—*Principal* es la acción que se intenta de manera incondicional, como objeto de la reclamación del actor, para que sobre ella recaiga la decisión judicial. *Subsidiaria*, la que se alega sólo para el caso de que no se acepte o no se tome en cuenta la principal.

En un caso de lesión enorme, por ejemplo, o de vicios redhibitorios, puede pedirse por acción principal, la rescisión de la venta, y subsidiariamente, la rebaja del precio. Las principales pueden ser *alternativas, objetiva o subjetivamente*, esto es, encaminadas a reclamar dos o más cosas, o contra una de dos o más personas, obligadas en razón del mismo hecho.

Populares.—Acción pupilar es la que se concede a cualquier individuo, para reclamaciones que interesan generalmente a todos los asociados.

Son de esta clase la del art. 939 del Código Civil, en beneficio de las plazas, caminos y demás lugares de uso público; la del art. 50 de la Ley Orgánica, para la remoción de los jueces que no reúnen las calidades legales, etc. Mattiolo se explica así: «Acción Popular. — Al principio general, ya expuesto, de que el actor debe tener interés directo y personal en el pleito que entabla, hay que señalar una excepción en la institución de las acciones populares, con las cuales un particular hace valer, no un derecho suyo propio e individual, sino un derecho del pueblo, de la comunidad a que pertenece». Pág. 21, Lección 2ª.

372 bis.—**Acciones mixtas.**—Existen realmente?—Las tenemos nosotros?

La *finium regundorum* (destinde de fundos) es realmente servidumbre legal, como la considera el Código Civil... Acciones de nulidad, rescisión, resolución o revocación de actos traslativos de propiedad. Si, propuesta una de ellas, se reclama, a la vez, la restitución de la cosa, al mismo contratante o al tercer poseedor, hay acción mixta, o una personal y otra real.

La clásica división de las acciones en reales y personales, correspondiente a la de los derechos, es de legislación universal; pero con la diferencia de que, si bien la de éstos ha conestado siempre de dos miembros, la de aquellas es, en otras legislaciones, tripartita; pues, a más de las acciones personales y reales, se conocen las *mixtas*, llamadas así porque sirven para reclamar alguna cosa a virtud de

un derecho real y otro personal, o sea para exigir aquello que *nos es debido y nos pertenece*, según el lenguaje de los autores. Sutileza que, como muchas otras de este género, no sirve sino para complicar y embrollar el sistema. Pues si podemos reclamar alguna cosa a virtud de un derecho real y de otro personal, más lógico es concluir que tenemos dos acciones distintas respecto de la misma cosa.

La historia y naturaleza de las acciones mixtas es uno de los asuntos que más ha dividido a los juristas en todos los tiempos. Ortolán sostiene, que tales acciones eran imposibles en el Derecho Romano, bajo el sistema formulario; por cuanto la diferencia, esencial, entre las reales y personales consistía en que en las primeras la fórmula no contenía el nombre del demandado; al contrario de lo que pasaba en las segundas. «Si, aparezca que tal cosa pertenece a N., entégasela», decía el Magistrado, en las reales. «Si consta que N... debe tanto a M... condénale al pago», en las personales. Y cómo no era posible que a la vez constase y no constase en la fórmula dicho nombre, no cabían verdaderas acciones mixtas.

Si acontecía—añade este autor—que una persona tuviese un derecho real y otro personal para exigir una cosa (v. gr. el arrendador, el depositante, etc.), tenía por el mismo hecho, dos acciones diversas. Posteriormente, en las Instituciones de Justiniano (Lib. IV, Tit. VI, § 20), se dijo: *Quaedam actiones mixtae tam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. Qualis est familiae eriscundae* (división de la herencia); *communis dividundo*... (división de una cosa común); *finium regundorum*... (destinde de los fundos). Y no obstante esto, Ortolán insiste en crear que las acciones no pueden ser sino reales o personales; que las impromptamente llamadas mixtas por este texto, son verdaderas acciones personales, fundadas en la obligación resultante

quasi ex contractu del hecho de la comunidad de la propiedad; y que aquello de que las tres acciones univocales *potestatem tener* (palabras del texto) naturaleza mixta, depende de que son las únicas en las que puede haber adjudicación y condena, como lo manifiestan las últimas palabras del mismo texto.—(Ortolán Inst. Tomo II, págs. 561 y 645. Generalización, pág. 123.)

Savigny conviene también en que las dichas tres acciones son personales, pero que tienen respecto de las otras la especial diferencia de que, al resolverse sobre ellas, puede decidirse una cuestión de propiedad, y que, por tal motivo, se las denomina mixtas en el citado texto de Justiniano.⁽¹⁾ Y agrega que en el sistema formulario tenían una fórmula especial y complicada, que contenía una parte puramente personal, fundada en la obligación, y además, otra, llamada *adjudicatio*, propia de las acciones reales; de modo que la fórmula era, en verdad, doble. Tomo 7, Vol. 4º, § CCIX y CCXVI.

En cuanto a que dichas acciones son más propiamente personales, lo confirma el Digesto con las siguientes palabras de Paulo: *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.* (La acción de la división de los límites de las heredades es personal, aunque se da para la vindicación la cosa, Lib. 10. T. 1º, L. 1ª).

Otros expositores han adoptado diversas opiniones, al interpretar el texto de Justiniano, ya en orden a la naturaleza de las acciones mixtas, ya en cuanto a que deba considerarse dicho texto como enumerativo de todas las acciones mixtas o simplemente demostrativo.

En el Derecho francés han surgido también interminables discusiones sobre esta materia; mas todos están de acuerdo en que, entre las acciones mixtas deben comprenderse por lo menos, para la aplicación del art. 59 del Código de Enj., relativo a la competencia territorial, las acciones de *nullidad, rescisorias, resolutorias o revocatorias* de los contratos traslativos de propiedad, llamadas por algunos *contenadores del Derecho Romano*, personales *in rem scripte*, por las cuales se disputa sobre un contrato, y a la vez se reivindica la propiedad de la cosa; y, además, las acciones sobre entrega de un cuerpo cierto debido en virtud de un legado o de un contrato traslativo de propiedad, teniendo en cuenta que, según el Código francés, no es necesaria la tradición para que se trasfiera el dominio, sino, basta el mero consentimiento, mediante el cual el adquirente se hace a la vez acreedor y propietario (arts. 1138.

y 1583).
Advierten, empero, que no debe creerse que una acción real pueda convertirse en mixta sólo porque, al mismo tiempo en que se reclama la restitución de una cosa, se exijan

ciertas prestaciones a que el poseedor estuviese personalmente obligado; puesto que la naturaleza de una demanda no depende de lo que accesoriamente se exige, sino de su objeto principal y dominante. Mourlon, págs. 55-58, números 104-110; Boitard T. 1º, págs. 87 y siguientes; Bonnier, T. 1º, págs. 403 y siguientes; Dalloz, T. 3º, pág. 32.

Como entre nosotros no se atiende a esta distinción de las acciones para la determinación del fuero territorial, las cuestiones tan largamente discutidas por los expositores respecto de este punto, tienen poca utilidad práctica; y así nos limitaremos a muy someras observaciones, conducentes a facilitar el conocimiento de nuestro sistema legal y la inteligencia de algunas disposiciones sustantivas y adjetivas:

1ª Si bien no tenemos acciones mixtas que lleven este nombre en nuestro Derecho, cabe perfectamente que, para exigir una cosa, tengamos, a la vez, un derecho real y otro personal, en cuyo caso tendremos también dos acciones distintas. (1)

2ª Todas las acciones calificadas de mixtas en otras legislaciones, existen también en nuestro Derecho. Así, la *finium regundorum* es, según nuestro Código Civil, una *servidumbre legal* (art. 829); aunque, a decir verdad, carece de todos los elementos esenciales de la servidumbre, y no es otra cosa que la misma acción personal del Derecho Romano, fundada en la relación jurídica proveniente del hecho de la vecindad, no como carga o servicio de un predio a favor de otro predio, ni menos como una desmembración o limitación de la propiedad de ninguno de ellos, sino más bien como un medio de garantizar la libertad e independencia recíproca de las dos propiedades y la comodidad de ambos dueños.

Por otra parte, de la esencia de la servidumbre es el que el gravamen consista en dejar de hacer o permitir que otro haga; no en hacer. "*Servitutum non ea natura est ut aliquis faciat quid... sed ut aliquis patitur aut non faciat*". (Dig. Lib. 8º Tít. 1º Ley 15, § 1º). Y como el

(1) Si se constituye una obligación hipotecaria, y al tiempo de reclamarse el cumplimiento, la cosa hipotecada pertenece a un tercer poseedor que no ha intervenido en el contrato ni ha sucedido en la deuda, el acreedor tiene acción personal contra el deudor, y real contra el poseedor de la cosa hipotecada. Art. 561.

gravamen del deslinde consiste precisamente en *hacer*, esto es, en proceder a la obra de la demarcación; nuestro legislador, por ver de salvar la dificultad, incurrió en el absurdo de declarar en el art. 810 que las servidumbres imponían a veces la obligación de hacer algo, como la del art. 829.

La propia anomalía se nota en el Código francés, que establece la obligación del deslinde en el capítulo de las *servidumbres naturales* (art. 646); pero como al legislador no le es dado alterar la esencia de las cosas, la *actio finium regundarum* es y será siempre una acción personal, con ocasión de la cual puede ventilarse una cuestión de propiedad, si al tiempo del deslinde, se promueve, como acontece ordinariamente, disputa sobre el dominio de alguna parte de los terrenos limítrofes o intermedios.

Cuando tratemos del juicio de deslinde, procuraremos añadir otras observaciones concernientes a esta cuestión.

Las acciones de partición, fundadas en el derecho que la ley concede a los comuneros para salir de la indivisión, son también personales; pero pueden dar lugar a una discusión sobre los derechos de condominio o herencia de alguno de los partícipes.

Hay, no obstante, autores respetables, como Dalloz, Carré y Voet, que creen que las tres acciones divisorias son esencialmente reales, puesto que tienden al reconocimiento y consagración de la propiedad.

3ª. Si se lega un cuerpo cierto, el legatario tiene acción real contra cualquier poseedor, o personal contra el heredero que, por el cuasicontrato de la aceptación de la herencia, se ha impuesto la obligación de pagar las deudas hereditarias; pero son dos acciones diversas, aunque las personas sean las mismas.

Si la cosa legada no está en poder del heredero sino de un tercero que la detenta o disputa, creo que el heredero no está obligado a la entrega.

4ª. Las cuestiones de *estado civil*, en cuanto tienden al reconocimiento de dicho estado, se reputan reales por los autores; pues se fundan en la propiedad de una cosa incorporal, es decir, en un derecho respecto del cual no hay una persona directamente obligada (Bottard, T. 1º,

pág. 125, Nº 126); pero los derechos y obligaciones que de él nacen, son personales. (Dalloz, id. págs. 26 y 29; Savigny, id. V. 4, § 207, pág. 18).

5ª. Con motivo de un derecho real, puede tener otro personal. Así la acción del dueño de un predio sirviente para que el del dominante repare el acueducto o le indemnice los daños causados por éste, es personal. (1)

6ª. La acción para las prestaciones e indemnizaciones anexas a la reivindicación, es personal, pero accesoria respecto de ésta. En el Derecho Romano, atendiendo a su íntimo enlace y dependencia respecto de la principal, se la hacía participar del carácter de la acción *in re*, a pesar de tener por fundamento una obligación. Savigny T. 4º, § CCIX.

7ª. En las demandas de nulidad, rescisorias, resolutorias y ~~revo-~~ ^{no mismo que en la de retroventa,} comisorias, etc., en que al comprador, arrendatario, donatario, etc. se le exige, a la vez, la restitución de la cosa, no hay, a nuestro ver, sino una acción personal; pues así como, fundados en el hecho del contrato, podemos pedir, por medio de una acción personal, que éste se ejecute; basados en la resolución, nulidad, etc., podemos exigir que vuelvan las cosas al estado anterior, mediante las respectivas prestaciones, sin que se entre a averiguar si tenemos o no verdadero dominio en las cosas que, habiéndolas entregado por efecto del contrato, vamos a recobrar por la insubsistencia del mismo. El vendedor que, alegando la resolución de la venta, pide la devolución de la cosa, no pone en tela de juicio su dominio, ni intenta dos acciones diversas, ni hace valer dos derechos: fundado en el hecho de la resolución, pide la restitución a que el comprador está obligado, no precisamente porque el vendedor es dueño, sino porque la venta se ha resuelto. Salvo que el comprador intentase retener la cosa con ánimo de dueño, sin consideración al contrato anulado o resuelto; en cuyo caso creemos no habría inconveniente para que el vendedor alegara también e hiciese valer su dominio en la cosa.

(1) Dalloz cree que es real la acción que tiene por objeto el pago de cargas reales, esto es, que gravan sobre los inmuebles, como la mitad del costo de los cerramientos o el valor de la medianería.

En el caso de resolución, la acción restitutoria se basaría en la regla legal del art. 1477 del Código Civil, que, fundada en la naturaleza misma de la condición resolutoria, establece la obligación personal de restituir lo recibido bajo tal condición. En el caso de nulidad o rescisión, la acción restitutoria tendría análogo fundamento, el art. 1677, que regla las prestaciones mutuas a que las partes quedan personal y recíprocamente obligadas. En el de retroventa o de pacto comisorio, el fundamento sería la obligación, también personal, derivada del mismo contrato. Sentimos, pues, estar en este punto en desacuerdo con todos los expositores que hemos consultado, los cuales unánimemente afirman que hay dos derechos o acciones que constituyen la acción mixta, el uno para que se declare, la resolución, revocación, etc., y el otro para que se restituya la cosa. (1)

8ª Si se trata de bienes raíces, y el vendedor, que tiene a su favor la acción resolutoria o de nulidad, quiere ceder a un tercero el dominio sobre ellos, cediendo o traspasando esa acción, deberá otorgar, no simplemente una nota de endoso o cesión del título, esto es, de la venta que debe declararse insubsistente, por el cumplimiento de la acción resolutoria, en el un caso, o por la nulidad misma del contrato, en el otro, sino *escritura pública*, como en cualquier caso de venta de inmuebles; pues el objeto esencial y directo del traspaso, es el inmueble mismo, que al cederle le pertenece condicionalmente (en el caso de la condición resolutoria) y que ha vuelto a radicarse en él, por el cumplimiento de la condición, o que, en el caso de la nulidad, no ha salido verdaderamente de su dominio, aunque en la apariencia se haya transferido al comprador.

Cosa análoga diríamos, al tratarse de revocación, retroventa, pacto comisorio, etc.

9ª Si, en el propio caso de nulidad, resolución o revocación, la cosa ha pasado a tercer poseedor, no hay ya

(1) Párrafo diez: «El comprador, donatario, etc. es perseguido, no como deudor, sino independientemente de esta declaración, pues en verdad la demanda de nulidad o de rescisión, o de restitución, tiene consecuencia. Mas ya que el legislador, con razón o sin ella, ha admitido acciones mixtas, hay que comprenderla entre éstas, derogando la máxima de que lo accesorio sigue a lo principal. Cuando se dirige contra el tercero, es real; y cuando se pide sólo la declaración de nulidad, resolución, etc., sin exigir prestación alguna o exigiendo dinero, es sólo personal», (Nº 23).

acción mixta, dicen los autores, sino dos acciones perfectamente distintas: la resolutoria, personal, que debe intentarse contra el comprador, y la reivindicatoria, real, que se dirigirá contra el tercero, quien como simple sucesor singular, ninguna obligación personal tiene respecto del primer vendedor. Y añaden que, como estas dos acciones son conexas y subordinadas entre sí, debe solicitarse la acumulación de autos para que se resuelvan unidamente.

Nuestra opinión en este importante punto jurídico, puede sintetizarse en las siguientes conclusiones:

a) El vendedor no está obligado a poner dos demandas separadas que después se acumulen. Puede, por el contrario, demandar, a la vez, en el mismo juicio y en un solo libelo, al comprador, para la resolución, nulidad, etc. del contrato, y para las prestaciones pecuniarias a que esté obligado, y al tercer poseedor, para la restitución de la cosa. Y éste es el modo más científico y jurídico de proceder, a fin de que la sentencia, sobre resolución, nulidad, etc., sin efecto de cosa juzgada, no solo contra el comprador, sino también contra el tercer poseedor (1). Así se ha procedido en la práctica, con buen éxito, como lo vemos al estudiar el art. 104.

b) Avanzando un poco más, me inclino a creer que el vendedor, fundado en el hecho de la nulidad, resolución, etc. y sin esperar una sentencia previa sobre este punto, puede proceder directamente contra el tercer poseedor, quien, si en verdad no ha sucedido en las obligaciones personales del comprador, es verdadero sucesor de éste en el dominio condicional o vicioso de la cosa. Y ha aceptado, por lo mismo, las consecuencias de la condición o del vicio.

Las sentencias judiciales son simplemente declaratorias de una situación jurídica preexistente: no anulan ni resuelven ningún contrato, limitanse a declarar la nulidad o resolución, basándose en los hechos o antecedentes que producen ese efecto jurídico. El que compra una cosa y no paga el precio, aunque inscriba el contrato, tiene sólo un

(1) Cuando estudiemos la materia de la cosa juzgada, nos daremos cuenta en la regla del art. 1679 del Código Civil, que da lugar a entender, contra los más fundamentales principios de esa materia, que la sentencia sobre nulidad de un contrato translativo de propiedad, surte sus efectos contra terceros poseedores. Pues debe notarse que ese artículo nada dice sobre si éstos han intervenido o no en el juicio, y deja, por lo mismo, campo a la aplicación de los principios, consignados en el art. 341 del Código de Enj.

dominio condicional en ella, un dominio sujeto a la condición resolutoria de no cumplirse esa obligación. Y el tercero que compra la misma cosa a ese comprador, sucede naturalmente en el dominio condicional. Por consiguiente, cabe muy bien que el primer vendedor, alegando que, en virtud del cumplimiento de la condición, se ha radicado en él el pleno dominio de la cosa, (quedando resuelto el del comprador, y por ende el del subadquirente), dirija contra éste su acción. *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*.

Con más razón cabe esto en el caso de nulidad. El que compra una cosa con un contrato nulo, no es dueño sino en la apariencia; y el subcomprador, que compra a ese comprador, no puede tener mejor derecho. No hay, por lo mismo, inconveniente legal para que el verdadero dueño proceda directamente contra el subcomprador.

c) Esta acción única y directa, fundada en la resolución o el vicio del título del tercer poseedor, si sería reivindicatoria; pues al tercero no le ligan las obligaciones personales que, para las prestaciones respectivas, gravaban al primer comprador. (1)

(1) Laurent, tratando de estos casos, opina que la acción de resolución no puede intentarse sino contra el comprador, y que sólo después de la resolución, y contra el comprador, se su derecho de propiedad, puede reivindicar la cosa vendida al tercero. Luego, haciéndose cargo de la objeción de que, al proceder de este modo, la sentencia dada sólo contra el comprador, no tendría fuerza de cosa juzgada contra el tercero, agrega que lo más prudente es se dirija la demanda contra ambos, a la vez, como hemos dicho nosotros en la conclusión c).

Transcribiremos su exposición, para que se la conozca con exactitud, atenta la importancia del punto jurídico; tanto más cuando el mismo autor hace constar en nota, citando a varios otros, que su opinión es la generalmente seguida por los expositores, excepto Duranton.

«La aplicación del principio da lugar a una dificultad. Si el comprador ha adquirido la cosa con acción de resolución debe no obstante ser enabladamente contra el comprador y el tercero? ¿O puede el vendedor promoverla directamente contra el tercero? La respuesta a esta cuestión es el título de las Obligaciones. Creemos que la acción de resolución no puede intentarse más que contra el comprador, porque la persona y nace de la ineficacia del contrato. Sólo después de la resolución es cuando el vendedor, vuelto a su derecho de propiedad, puede reivindicar la cosa contra el tercer adquirente. La jurisprudencia es incierta y la mayor parte de las sentencias se hallan mal redactadas; no siendo dudosos los principios, creemos inútil discutirlas. Lo que equivale a los prácticos es que la sentencia de resolución dirigida contra el primer adquirente no puede ser opuesta a los terceros, puesto que no han sido parte en el juicio. Pero si se quiere, por lo que puede deducirse de esto es que el vendedor, cuando finalmente puede en litigio al tercer adquirente, la misma sentencia fallará a la vez acerca de la resolución de los derechos del adquirente y de la resolución de los derechos del subadquirente, lo mismo que respecto del derecho de reivindicación que resulta para el primer vendedor. Se ha ido más allá y se ha sentenciado que la acción de resolución podrá ser intentada contra el tercer adquirente, y como la acción contra un tercero, tendiendo extraña a la primera venta, es necesariamente real, se ha creído

108. Los actos traslativos de propiedad no transfieren el dominio, según nuestro derecho, sino mediante la tradición, lo mismo que en el Derecho Romano. No se puede, por tanto, ser a la vez acreedor y propietario. Mas si, vendido un inmueble y hecha la inscripción del título, el

do que la acción de resolución tenía un doble carácter: que era a la vez personal y real; de ahí esta extraña expresión de que la condición resolutoria asegura al vendedor un *derecho real*. Sin duda el segundo adquirente está sujeto a los efectos de la cláusula resolutoria, como lo dice la Corte, pero no es porque la condición resolutoria confiera un derecho real al vendedor; cómo pudiera dar al vendedor un derecho real contra un tercer adquirente una cláusula que supone la ineficacia de los compromisos contraídos por el comprador? Si derecho real no es más que su derecho de propiedad, pero para que pueda reivindicar contra un tercer adquirente es necesario, ante todo, que la primera venta esté resuelta, y no puede estarlo sino contra quien, concurriendo a esta venta. Es, pues, entre las partes contratantes entre las que tiene lugar la resolución, y sólo en virtud de esta resolución, el vendedor, vuelto a su derecho de propiedad, puede reivindicar la cosa contra el tercer adquirente. Sólo que si la resolución se efectúa en virtud de una sentencia, el vendedor debe poner en causa al tercero para que la sentencia esté pronunciada con él y le sea común. (Tomo 24, Nº 349, págs. 391-392.)

Paréceme, pues, que este autor cree, como muchos otros, que la resolución del contrato se opera en virtud de la sentencia; y quizá esto pueda ser admisible dentro del sistema del Código Napoleón (art. 1184), que deja al criterio del juez aceptar la resolución o conceder un plazo prudencial al deudor, según las circunstancias del caso. Mas, dentro de nuestro sistema, creemos nosotros que la resolución del contrato se opera por el hecho mismo del cumplimiento de la condición resolutoria alegado por el vendedor, y que la sentencia no es sino declarativa de esa situación jurídica, como lo son, por su naturaleza, los fallos judiciales, salvo muy raras excepciones, según lo veremos al estudiar esta importante materia, en la sección 8ª, título I, libro 2.

El moderno expositor Marcel Planiol, muy posterior a Laurent, y tan citado y respetado como éste, en el libro actual, adopta la misma doctrina; pues dice así:

«Se pregunta a menudo si la acción en resolución es una acción real. Esto es plantear mal la cuestión. La acción en resolución, hallándose fundada en la ineficacia de las obligaciones personales del comprador, es necesariamente una acción personal. No se puede pedir la resolución de un contrato, sino contra la persona con la cual se hizo el contrato. Pero la resolución, al destruir el contrato, destruye a la vez su efecto traslativo, y por el mismo hecho la resolución se refleja contra terceros: la propiedad del comprador, siendo resoluble, está sujeta a la regla: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. La propiedad que ve aadelante la reivindicación, acción real esta última, con la cual puede atacar a los terceros.

«El vendedor no puede obrar contra un subadquirente, sino después de haber obtenido la resolución contra el comprador. La reivindicación supone la resolución ya pronunciada. Pero para que la sentencia que pronuncia la resolución pueda oponerse a un tercero, el vendedor debe tener cuidado de poner en causa a este tercero. Es lo que ocurre más a menudo: el vendedor ejerce sus dos acciones a la vez».

Traité Élémentaire de Droit Civil.—Tomo II, págs. 509 y 510. París, 1912.

El eminente Demolombe, para nosotros más respetable que todos, por la claridad y filosofía de sus conceptos, expone su doctrina en estos términos:

«La demanda de resolución puede intentarse directamente contra el subadquirente en el caso, bien entendido, en que el contrato tenga por objeto una cosa susceptible de ser reivindicada contra terceros».

«Vos habéis vendido un inmueble a Paulo.

«Paulo, antes de pagar el precio, lo revende a Pedro.

«Podéis, por la falta de precio, demandar directamente contra Pedro la reso-

vendedor retarda la entrega material, creemos que el comprador podría exigirle esta entrega por acción personal, o bien reivindicar la cosa en uso del dominio adquirido por la tradición.

lución de la venta que habéis otorgado a Paulo?....

«Nosotros respondemos:

«Si si Pedro ha sido encargado por Paulo de pagaros el precio en fidejussurgo de Paulo.

«No, si él no ha sido encargado.

«La primera hipótesis no parece ofrecer dificultad.

«La cláusula del contrato, por la cual el subadquirente fue encargado de pagar el precio al vendedor originario, es, en efecto, una estipulación hecha en provecho de ese vendedor, por el primer adquirente, como condición de la segunda venta.

«Y esta estipulación es válida, en los términos del art. 1121, que añade no puede ser revocada, cuando el tercero en cuyo favor ha sido hecha, ha declarado querer aprovecharla.

«Es, en virtud de la obligación principal, que así viene a ligar al subadquirente en favor del vendedor originario, por qué éste puede proceder directamente para la resolución de la primera venta.

«Así se ha decidido que el primer adquirente es representado por el segundo, sea en la instancia judicial sobre resolución, sea aun en un acuerdo amistoso por el cual la resolución fuese acordada convencionalmente. (Comp. supra, N.º 518; Dijon, 12 janv. Guenevel, D. 1837, I, 177; Tropang. De la Vente, T. II, N.º 633; Lahombrière, T. II, art. 1884, Nros. 70 al 73).

«Pero, en la segunda hipótesis, en que el subadquirente no ha sido encargado, en su contrato, de pagar el precio al vendedor originario, decimos nosotros que éste no puede proceder directamente, y que es necesario, para que su acción sea admisible, que él obtenga previamente la resolución de la venta contra el primer adquirente.

«Tal es también la doctrina que Duranton enseña en uno de sus volúmenes sobre las obligaciones.

«Pero, de otra parte, al tratar de la venta, el autor (Duranton) parece separarse de esta distinción. El vendedor, dice allí Duranton, puede obrar contra el tercero, y puede hacerlo directamente, sin necesidad de hacer pronunciar la resolución contra el primer comprador; mas es necesario citarle a éste en la causa, para establecer que el precio no ha sido pagado, y que el vendedor no está satisfecho de ninguna manera; y es siempre más regular obrar contra el primer adquirente y citarle en el juicio al subadquirente, para que la sentencia le sea común (Duranton T. XVI, N.º 361).

«Y nosotros no admitimos esta doctrina, a pesar de los temperamentos de que el sabio autor la acompaña; y, a nuestro ver, el vendedor no pagado, no puede obrar directamente contra el tercero.

«¿A qué título, en efecto, podría obrar contra el tercero, antes de haber hecho pronunciar la resolución de la venta contra su comprador inmediato?

«Como acreedor, en virtud de una obligación personal? Pero el tercero no ha contratado con él ninguna obligación! La venta que otorgó al primer comprador, es para el segundo *jus inter alios acta*.

«Como propietario, en virtud de un derecho real que le pertenece en el inmueble que el tercero retiene?

«Pero él ha delado de ser propietario por la venta que otorgó, y esta venta subsiste en tanto que la resolución no sea pronunciada; y es imposible, en tal caso, el ejercicio de una reivindicación?

«No, pues, contra el primer comprador contra quien debe intercalar la demanda de resolución.

«Es decir, que nosotros pretendemos que son necesarias dos instancias y dos sentencias distintas: la una que pronunciará la resolución contra el comprador inmediato, la otra que pronunciará contra el subadquirente, la condenación a pagar la cosa.

«Tal es nuestro pensamiento; pero nosotros hemos cuidado también evitar los gastos y lentitudes. Hemos reconocido que el vendedor puede, al mismo tiem-

LECCION II

Demanda

373.- Definición de demanda.—Relación entre demanda, acción y derecho.

Los Códigos no necesitan ni deben tener definición de demanda, ni definición alguna que no entrañe algún precepto o regla susceptible de aplicaciones prácticas. La de nuestro Código, copiada casi literalmente de Escriche (1), a más de inútil, no da idea exacta de lo definido, porque comprende más de lo que la demanda significa. En el curso del juicio o antes de éste, se presentan muchas peticiones para que el juez declare algo o mande dar o

no que dirige su demanda de resolución contra el comprador que la debe el precio, hacer citar al subcomprador a fin de que la sentencia que pronuncie la resolución entre él y su comprador, sea declarada común a los dos.

«Pero lo que no concedemos es que una demanda, sea de reivindicación directa, sea sobre resolución de la venta, pueda ser regularmente intentada de modo directo contra el tercer poseedor o subadquirente.

«Y la consideramos tan irregular, que, como hemos dicho y persistimos en decir, ella no interrumpiría la prescripción de la acción resolutoria contra el comprador originario».

Tomo 25, Nros. 519, 520 y 521, págs. de 496 a 499.

(Hasta aquí Demolombe; sigue nuestra réplica):

Nosotros, respetando, como debemos respetar tan respetables autoridades, persistimos también en la opinión consignada en nuestro texto. El vendedor originario procede en reivindicación, decimos consignando a Demolombe, porque trasmite su dominio, no de modo absoluto, sino bajo condición resolutoria al primer comprador, y éste dominio y nada más, así lo que el segundo comprador adquiere, en virtud de su compra. Por tanto, cumplida la condición resolutoria, queda ratificado el dominio en el primer vendedor, cesando o desapareciendo, por el mismo hecho, el del tercer poseedor, como hubiera cesado en el primer adquirente.

La base de la diferencia de doctrina consiste, como se ve, en que, según nosotros, la resolución del contrato se opera, no en virtud de la sentencia, sino en fuerza de la condición misma que produce ese efecto jurídico, supuesta la voluntad del interesado de atenerse a ella. Este, es decir, el contratante en cuyo favor obra la condición, puede elegir entre insistir en el contrato o desistir de él; y si prefiere lo segundo, es la condición resolutoria la que produce el efecto de dejar insubsistente el contrato y volver las cosas a su estado anterior. La sentencia es, como en cualquier otra, simplemente declarativa de esa situación jurídica.

(1) La definición de Escriche no tiene las palabras *declare in derecho*; dice simplemente: «Es la petición que se hace al juez para que mande dar, pagar o hacer alguna cosa». Pero puede haber demanda en que no se exija prestación alguna al demandado, y sentencia condenatoria que no sea susceptible de ejecución, como si se pide que se declare nulo o resuelto un contrato que no ha surtido todavía efectos. La sentencia, en tal caso, surte el efecto de establecer, con la autoridad de la cosa juzgada, las relaciones jurídicas consiguientes a la nulidad, resolución, etc.; y el reo queda condenado a no exigir cosa alguna por razón del contrato.

Así se reconoce también en el Derecho Romano.—Savigny, T. IV, pág. 51. Pédesse demandar para que se declare extinguida una deuda por el pago, por prescripción etc.

hacer alguna cosa, sin que a todas ellas pueda darse el nombre de *demanda*. Desde el escrito en que se solicita una diligencia preparatoria, hasta el alegato que se presenta para sentencia, tenemos una serie de peticiones de esa clase, todas las cuales serían demandas, atendidos a la definición.

La demanda—llamada también por los autores antiguos *libelo*—(1) es, pues, el acto inicial del juicio; *el acto en que el demandante deduce su acción contra el demandado, o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal de la sentencia*.

Si tratáramos de definir sólo la demanda con que se promueve un juicio contencioso, como hacen generalmente los autores, bastaría la primera parte de nuestra definición: el acto en que el demandante deduce su acción contra el demandado. La parte restante hemos agregado para que se comprenda también la demanda o petición que da principio a un asunto de jurisdicción voluntaria.

Decimos, al terminar, *materia principal de la sentencia*, porque en ésta deben decidirse también las excepciones y los incidentes que hayan podido reservarse hasta entonces, al tenor del art. 321.

Por lo demás, al rededor de la misma idea, los autores difieren en la redacción de la definición (2).

(1) *Libelo*, en una acepción anticuada, es diminutivo de *libro*; quiere decir libro pequeño. En sentido forense, significa también petición o memorial. La Ley XL, Tit. II, Part III decía: «*Libellus* en latín tanto quiere decir como demanda fecha por escripto; et esta es una de las maneras porque se puede facer, et la otra es por palabra; pero la más cierta es la que por escripto se face, porque non se puede cambiar nin negar así como la otra». Nuestro Código no hace uso de este vocablo, sino al tratar de la excepción dilatoria de oscuridad, en el art. 130. Por lo demás, en el lenguaje común se lo emplea en su primer sentido de *escrito injurioso o difamante*.

(2) Caravantes dice: «La demanda es el primer acto del procedimiento que determina un juicio y la clase de éste, pues que señala el orden de sustanciación que debe seguir el juez, y asimismo marca los derechos sobre cuya determinación o ejecución debe versar la sentencia, puesto que según el art. 61 de la ley de Enj. el juez en la sentencia debe declarar, condenar o absolver de la demanda».

«La demanda o libelo no es otra cosa que el ejercicio de una acción, y siendo éste el medio legítimo de reclamar en juicio los derechos que nos competen, se entiende por demanda la petición que hace principalmente el actor al juez con arreglo a la ley, sobre sus derechos en la cosa o a la cosa, o para obtener lo que es suyo o se le debe». (Tomo II, pag. 6, N.º 431).

Según López Moreno, es demanda, «la exposición de los hechos que ha de servir de fundamento a la petición del reconocimiento del derecho basado en ellos, que reclama aquel que la formula» (Tomo 1.º, pag. 504).

Según La Lanza: «Demanda es la petición principal que hace el actor al juez competente, con arreglo a la ley, para que el reo le satisfaga un derecho». (Apéndice 45, pag. 145).

Bonfils: «La demande, c'est la mise en exercice de l'action». Pág. 63, N.º 145.

La relación entre derecho, acción y demanda fluye fácilmente del concepto o definición que de cada uno de esos tres términos hemos dado; y podemos sintetizarla en la siguiente breve fórmula de La Lanza: «*La demanda es el ejercicio de una acción que nace de un derecho violado o no satisfecho*» (1).

374.—*Relación entre la acción y el juicio.—De la naturaleza de aquella depende la forma de éste.*

La ley adjetiva ha establecido una pauta o fórmula general de procedimiento para la reclamación de los derechos creados o reconocidos por la sustantiva, el juicio ordinario, y también ciertos procedimientos especiales para determinados derechos, teniendo a la vez en cuenta la forma y naturaleza del hecho de la violación, es decir, atendiendo a los dos elementos o sea a la *acción*.

Síguese de allí, como un verdadero axioma jurídico, la regla de que la forma y naturaleza del juicio depende de la naturaleza de la acción.

Si el actor, equivocando el camino, intenta una acción que no le compete o promueve un juicio que no corresponde a la naturaleza de su acción, la demanda tiene que ser rechazada, y en ciertos casos hay aun lugar a la nulidad del proceso, como cuando se sigue juicio ejecutivo, sin haber mérito suficiente para ello.

(1) Los autores franceses amplían y desarrollan esta misma idea. Así Bonfils dice: «La facultad de dirigirnos a la autoridad judicial para hacer cesar la violación de nuestro derecho, es la *acción*. El ejercicio actual de esa facultad, es la *demanda*. Nos es libre deducirla o no: si guardamos silencio, no habrá demanda, mas no por eso dejará de existir la acción».

«Así pues tres ideas se nos ofrecen, distintas la una de la otra, aunque correlativas y sucesivas. 1.º La idea del *derecho generador*, derecho de familia, derecho de patrimonio, derecho de propiedad o de crédito, cuyas ventajas y goce pertenecen al titular del derecho, y deben ser respetadas en su favor. 2.º La idea del *derecho sancionador*, la *acción* contenida en germen en el derecho generador, pero que no nace sino bajo la influencia de un hecho nuevo, la violación del derecho. Esta violación es condición necesaria del nacimiento del derecho sancionador, sin ella, la acción no tiene razón de ser; no puede existir. 3.º Pero esta acción no está aún sino en estado de abstracción; ella existe, pero por su sola existencia no produce ningún resultado. Para desenvolver la virtud latente que ella entraña, es necesario ponerla en movimiento, dirigirse a la justicia, ejercerla. Este ejercicio, este acto de poner en movimiento la acción, es la *demanda*. Números 145 y 146, pag. 63.

Análogamente explican este punto Japoit, N.º 59, pag. 43; Mourlon, N.º 179, pag. 145; Garsonnet, *Précis*, N.º 235, pag. 168.

375.—Forma de la demanda.—Sistema oral.—Sistema escrito.

Con respecto a la forma, no tiene nuestro Código otra regla que la de que la demanda ha de ser *clara y respetuosa*. Regla copiada del art. 581 peruano, innecesaria en la ley y que, como elemental precepto de cultura, debe observarse en toda petición o solicitud dirigida a la autoridad.

No dice siquiera el Código en este punto, como su modelo el peruano antiguo (art. 579), que la demanda ha de ser escrita, fuera de los casos en que se permite la verbal; ni en parte alguna consigna regla general al respecto.

Al determinar la sustanciación del juicio ordinario de mayor cuantía, advierte que la demanda se presentará por escrito; y al tratar de la de menor cuantía, dice que puede ser verbal o escrita, pero que en el primer caso el juez la reducirá a escrito en una acta.

Por último, al ocuparse en el juicio ordinario de ínfima cuantía, decía antes que todo sería verbal y no se admitiría escrito alguno, debiendo sólo el juez dejar constancia del objeto de la demanda, las pruebas y la sentencia en su libro de resoluciones (art. 498).

Los inconvenientes prácticos que esto acarrearía, hicieron que, en 1921, se reformase la regla, disponiendo que esos juicios se tramitaran en papel común, y que, caso de hacerse a la voz las peticiones, las pusiera el juez por escrito.

Oportunamente nos ocuparemos en esta disposición legal; pero creemos que debe haber en el Código la regla general de que toda solicitud a la autoridad judicial debe hacerse por escrito, salvo—si se quiere—las de ínfima cuantía; y mejor sería omitir esta excepción, dada la general ineptitud de los jueces parroquiales para la redacción. A la gente pobre e ignorante puede cualquier abogado hacerle el favor de darle un escrito; mas difícilmente puede prestarse a concurrir al despacho judicial para una solicitud verbal y la consiguiente redacción del acta. Queda, por tanto, esa gente a merced de su propia ignorancia y de la rusticidad o bellaquería del juez o de los tinterillos.

Respecto de los demás juicios, nada dice el Código; mas nadie duda de que cualquier demanda, y en general, cualquier petición judicial debe ser escrita; de manera que la regla que insinuamos existe de hecho en la práctica.

Tenemos, entre los juicios especiales, el llamado *verbal sumario*; pero la demanda inicial se presenta también por escrito; y en virtud de ella, viene el trámite de la comparencia personal de las partes ante el juez. En ese acto aquéllas se entienden a la voz; exponen sus mutuas reclamaciones y contestaciones, y si no se ponen de acuerdo, fijan con precisión los puntos controvertidos. Es una forma de procedimiento muy conveniente y muy usada en el Derecho moderno, como lo veremos en su lugar.

En el procedimiento francés, el acto de la introducción de la demanda se denomina *ajournement*, palabra que no tiene traducción exacta en castellano, precisamente porque no tenemos un acto jurídico perfectamente igual. Es, como dicen los autores, una notificación o llamamiento que, por medio de un empleado público denominado *huissier* (huyer) portero judicial, hace el demandante al demandado, para que comparezca ante el juez, con indicación del objeto y el motivo, y con señalamiento de día (1).

376.—Contenido de la demanda.—Tradicional distinción entre las acciones reales y las personales, con respecto a la expresión de la causa o título del derecho; sus consecuencias jurídicas.—Crítica de nuestra regla legal.

Nuestro art. 101, copiado literalmente del Código Peruano antiguo (art. 580), puntualiza las expresiones que debe contener la demanda, recomendadas por las Siete Partidas (2) y por todos los Códigos antiguos y modernos, y sintetizadas por los autores en el siguiente versoístico:

(1) Garsonnet, *Précis*, N.º 235, pág. 168.—Bonhís dice: «El primero de estos actos, el acto inicial, por el cual el demandante introduce su demanda, se denomina *ajournement* o *assignation*: *ajournement*, porque se invita al adversario a comparecer tal día, *tel jour*, ante el Tribunal; *assignation*, porque esta acto contiene la indicación de una cita o entrevista. (*rendez-vous*). El mismo acto toma el nombre de citación cuando el demandado es llamado a comparecer ante el juez de paz» N.º 446, pág. 206.

(2) «Mas en cualquier destas demandas para seer fechas derechamente deben hi seer citadas cinco cosas: la primera el nombre del juez ante quien debe seer fecha, la segunda el nombre del que la facé, la tercera el de aquel contra quien la quiere facer, la quarta la quantía, o la cosa o el fecho que demanda, la quinta por qué razón la pide: ca seyendo todas estas cosas puestas en la demanda, cierto puede seer el demandado, por ellas en qué manera debe responder, et orrosi el demandador sabrá mas ciertamente qué es lo que ha de probar, et sobre todo tomará apercebimiento el juez para ir adelante por el pleito derechamente» (Ley XL, Tit. II, Part. III, págs. 395).

Quis, quid, coram quo, quae iure petatur et a quo, Ordine coniectus, quisque libellus habet. (1)

Cuando estudiemos, en la PARTE LEGAL, este artículo, el 101, nos detendremos brevemente en cada uno de sus incisos. Por ahora, nos ocuparemos sólo en el 4º, en el relativo a la causa, que ha dado ocasión a distinciones interesantes y trascendentales en el campo doctrinal y en la práctica.

Con respecto a este punto, a la causa o fundamento de la acción, se ha hecho, decimos, en las legislaciones y en la doctrina de los autores, una distinción de trascendentales consecuencias, originada en el Derecho Romano, (2) entre las acciones personales y las reales. Si se trata de una acción personal—se ha dicho—débese expresar en la demanda, no sólo la causa próxima de la acción, esto es, el derecho que se supone violado, sino la causa remota, o sea el hecho concreto de que proviene el derecho; porque esa causa, ese hecho, es lo que especifica y determina el derecho. No basta, por tanto, que el actor diga: *demandando a N por tal cantidad, porque me la debe, o porque tengo derecho de exigirlela*. Debe decir: *porque se la presté; o porque se la di en depósito; o por legado que se me dejó, por pensiones de tal arrendamiento, etc.* Si, por el contrario, la acción es real, basta que se indique el derecho, sin que sea necesario expresar la causa u origen de éste; porque el dominio y los demás derechos reales son los mismos, cualquiera que sea la causa u origen de que provengan (Carv., pág. 14, Tomo II).

Puédese, por tanto, según esta doctrina, intentar una acción real, de dos maneras, a elección del actor, con designación o sin designación del título del derecho. Puede decir *A: Intento contra B acción reivindicatoria de tal cosa, porque soy dueño de ella, por haberla heredado o en virtud de prescripción o por compra, etc.*; o simplemente: *"porque soy dueño de ella", sin especificar la causa del dominio.*

(1) Traducción:

quis, quid, coram quo, quae iure petatur et a quo, Ordine coniectus, quisque libellus habet.
quién, qué cosa, coram, pro, ante quién, et a quo, y contra quién, ordine coniectus, expresado en orden, quisque libellus habet, cada demanda contiene.

(2) Digesto, Lib. 44, Tit. 2º, Leyes 14 y otras.

La determinación de la causa del derecho es de consecuencias sustanciaísimas. Si, por ejemplo, el actor funda la acción reivindicatoria en título de herencia, sólo sobre ese título se traba la litis; sobre el mismo título deben versar las pruebas, y a ese único título se contrará la sentencia. De donde resulta que, si el actor, notando débil o insuficiente su prueba de herencia, rinde prueba plena de prescripción o de algún otro título diverso, el juez se limitará a repeler la demanda por falta o insuficiencia de la prueba del título alegado, sin estimar ni tomar en cuenta los otros títulos comprobados durante el juicio. Mas si, por este aspecto, la designación hecha en la demanda resulta perjudicial para el actor, por otra parte le trae la ventaja de que, si sucumbe en la acción fundada en determinado título, puede promover otro juicio, alegando el dominio en la misma cosa, por título distinto.

Al contrario, si el actor se limita a alegar el derecho de dueño, sin determinar título alguno, puede rendir durante el juicio prueba de cualquier título de dominio; y el juez está obligado a aceptar la demanda, si al fin resulta comprobado alguno de los tales títulos. Pero, asimismo, si es rechazada la demanda, queda, por ese hecho, declarando que el actor no es dueño por ningún título, y no puede suscitar nuevo juicio, sino por causa superveniente, esto es, por haber adquirido un nuevo título después de la sentencia o, por lo menos, después de trabado el juicio anterior (1).

(1) Sobre este último punto, esto es, sobre el nuevo título adquirido después de la litis contestación, pero antes de la sentencia, están divergentes los autores; pues intérpretes antiguos hay que enseñan que en este caso de la demanda genérica, pueden admitirse en la sentencia, no sólo los títulos existentes al tiempo de la demanda, sino aun los adquiridos durante el juicio, y que, por lo mismo, no cabe nuevo juicio sino por causa posterior a la sentencia. Mas esto es contrario al objeto esencial de la litis contestación, que, como hemos dicho, es el de fijar definitivamente la materia del litigio, y a la naturaleza misma de la sentencia, que debe referirse a la época de la litis contestación, como si en ese momento se la hubiese pronunciado. Textos hay del Derecho Romano que así lo establecen, como la Ley XXIII del Tit. I, Lib. V, (De iudiciis... etc.), que dice: *Non potest videri in iudicium venisse id quod post iudicium accepimus accideret*, ideque alia interpellatione opus est. No puede parecer que se comprendió en el juicio aquello que sucedió después de empezado el juicio, y por esto es necesaria otra instancia.

Véase Carv., Tomo II, pág. 19.—Savigny, al tratar de la *causa superveniente*, toma como punto de partida la sentencia (Tomo 5º, págs. 292 y 353), pero las leyes del Digesto en que se funda (Lib. 44, Tit. 2, Ley XI, § 4º-5º) (*Exceptio rei indicitae*) hablan de título adquirido después de la petición anterior, y el mismo Savigny reconoce y enseña que la sentencia debe retrotraerse a la época de la litis contestación. Tomo 5º, § CCLVI.

Esta doctrina, originada, como hemos dicho, en el Derecho Romano, debido al carácter especialísimo de su sistema formulario (1), ha prevalecido universalmente en las legislaciones antiguas (2); más el criterio moderno tiende a eliminar esa sutileza de causa próxima y causa remota, y establecer que, tanto en la acción real como en la personal, el actor determine la causa o fundamento de su derecho, para que así la litis quede trabada sobre puntos de hecho y de derecho fijos y reconocidos; y sepan las partes y el juez, desde el primer momento, qué es lo que se discute; qué hechos deben probarse o son impertinentes, y sobre todo, qué cuestiones ha de decidir el juez en la sentencia.

De otro modo, bajo el sistema antiguo, sucede que, trabado un litigio sobre el dominio, sin determinación de título alguno, el actor se propone probar en los primeros momentos algún título; después fija la atención en otro u otros; y llama hacia éstos la atención de su adversario, y a última hora, cuando la causa está en segunda instancia, alega y exhibe el título de reserva (de tapada), para sorprender a la parte contraria y al juez. Y cabe la anomalía de que, si el juez de primera instancia rechaza la demanda, considerando, v. gr. el título de herencia, de compra etc., que ante él pretendió justificar el actor, la Corte acoga la demanda en virtud de la prueba de prescripción, producida en segunda instancia; y así el Tribunal revisor venga a fallar sobre hechos y cuestiones que no fueron materia de discusión en la primera instancia, y sobre los cuales, por lo mismo, nada decidió ni pudo decidir el juez inferior.

De allí que los últimos Códigos procesales son más exigentes en cuanto a que el actor determine en la demanda la causa o fundamento del derecho reclamado; sin

(1) Al extender el Magistrado la fórmula relativa a una acción real, para que se ventilase la cuestión ante el juez, no indicaba la causa del derecho, sino el título que pedía la parte actora. Si tal cosa pertenece a Romano, decia, *entra causa*. Mas al tratarse de acción personal, era punto esencial la indicación de la causa u origen del derecho.

(2) Fue expresamente admitida y consignada por el Derecho Canónico, en el Sexto de la Decretales (Tit. 2º y 3º Lib. 2º), y en el Derecho Español, desde los más remotos tiempos, desde el Espéculo (Tit. 4º Lib. 4º) y las Siete Partidas (Part. 3ª, Tit. 2º, leyes 15, 25, 26 y 31).

hacer, a ese respecto, distinción alguna entre acción real y personal (1).

(1) El Código Español actual consigna la regla en los términos siguientes: «Art. 524. El juicio ordinario principiará por demanda, en la cual, *expuestas sucintamente los hechos y los fundamentos de derecho*, se fijará con claridad y precisión lo que se pida. Y la persona contra quien se proponga la demanda. Lo mismo literalmente decía la Ley de Enjuiciamiento de 1855. No obstante, los expositores consideraron subsistente la antigua y tradicional distinción entre las acciones reales y las personales, basada en la de causa próxima y remota, de que hemos dado razón en el texto.

El Código Peruano actual dice: «Art. 306.—La demanda contendrá:

- 1º La designación del juez ante quien se interpone;
- 2º Los nombres del demandante y demandado;
- 3º La determinación precisa de la materia que se demanda;
- 4º Los fundamentos de hecho y de derecho que la apoyan».

El Código Chileno: «Art. 251.—La demanda debe contener:

- 1º La designación del Tribunal ante quien se exhiba;
- 2º El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representen, y la naturaleza de la representación;
- 3º El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado;
- 4º La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoye; y
- 5º La enunciacón precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del Tribunal».

Y en términos análogos consignan generalmente todos los Códigos su regla, sobre este punto.

En el Procedimiento francés ese acto inicial del juicio, llamado *l'exploit d'ajournement*, notificación o llamamiento por medio del ujier (Huissier), debe contener, entre otras cosas: «3º El objeto de la demanda y la exposición sumaria de los medios de defensa del actor» (art. 61 del Código de Proc.) Por tanto, difícilmente puede haber un caso de acción real o personal en que no se determine y concrete la causa del derecho. (Demolombe Nº 324, sobre la cosa juzgada; Bonnier, T. 2º, Nº 873.

Bonifás, tratando de las menciones que debe contener la diligencia de notificación de la demanda (*l'exploit d'ajournement*), dice: «Las conclusiones de fajo y fomento deben ser motivadas. El demandado no podría preparar su defensa, si no conociese los medios del demandante; mas una exposición sumaria de esos medios es suficiente». Pág. 212, Nº 462.

En el procedimiento italiano se exige también que el actor determine la causa o fundamento del derecho que reclama, para que ésta, con las demás especificaciones que debe contener la demanda, conste en el acto de la citación con que principia el juicio (art. 134 del Código de Proc.); acto análogo a la *cybail d'ajournement* del derecho francés.

Maturo dice: «Acta formal de la citación.—También estará escrita por el secretario, y deberá contener: 1º La indicación del día, mes y año de la notificación. 2º El nombre y apellido del actor, el nombre, la residencia y la habitación o domicilio del demandado. 3º El resumen de los hechos y los elementos de derecho que constituyen el fundamento de la acción, con las conclusiones de la demanda y con la protesta de comunicar los originales o copias de los documentos sobre los cuales se basan tales conclusiones. 4º La indicación de la autoridad judicial ante el cual se debe comparecer. 5º La declaración de la residencia o domicilio del actor. 6º La indicación del término dentro del cual debe comparecerse si la causa es ordinaria, y del día de la audiencia si se trata de causa sumaria. 7º El nombre y apellido del procurador del actor si la causa necesita de procurador».

Nuestro Código no es claro en este punto, y da campo a creer que se ha inspirado en las antiguas ideas, cuando dice en su enumeración: "4º La causa, razón o derecho con que se reclama". En vez de decir, como creemos debía hacerlo: "La causa o razón del derecho con que se reclama" (1).

Y en la práctica se proponen y admiten demandas de dominio, servidumbre etc. en una forma o en otra, con o sin designación del título o fundamento del derecho alegado por el actor (2). Mas si se aceptan las dos formas, lógico e ineludible es admitir las consecuencias jurídicas arriba consignadas, es decir, que si se propone y admite la demanda sobre acción real, sin determinación de título puedan favorecer al actor; y en consecuencia, éste puede comprobar últimamente, durante el juicio, cualquier título, inclusive la prescripción; y el juez y los tribunales deben acoger la demanda en la sentencia, si cualquiera de esos títulos resulta comprobado, aunque sea en la segunda instancia. Mas, si se rechaza la demanda, queda declarado que el actor no es dueño por ningún título, y no puede intentar ningún juicio, sino por causa superveniente, esto es, posterior a la litis contestación del primer juicio.

Si, por el contrario, la acción se intenta por determinado título, sólo sobre éste deben versar las pruebas y la sentencia; y si el actor sucumbe, puede proponer nuevo juicio, basándose en otro título, aunque éste haya existido ya al tiempo de la demanda anterior.

Únime es, a este respecto, la opinión de los expositores de todos los tiempos, como lo volveremos a ver más

(1) El Código de 69 se manifestaba adherido aun más al sistema antiguo; y fundamentos en que se apoyó, la persona contra quien se propone y lo que se modo que no se confunda con otra. Si fuese personal, se expresará la causa de la obligación.

Lo cual daba a entender con toda evidencia que en la acción real no era indispensable indicar la causa.

(2) Especialmente en los juicios de deslinde, que, aunque calificados por el Código Civil de *servidumbres*, conciben a la discusión sobre el dominio, ocurre manda judicial, ni en la que conforme al art. 744, sirve de base al juicio plenario. Hemos tenido en nuestra práctica profesional importantes casos de esta clase, Claramente, por lo menos, en jurisprudencia el del ruinoso caso (Hiriboga-Dávalos, cuyos alegatos y sentencias se publicaron en el Nº 78 de la *Revista Forense*, y los fallos también en la *Gaceta Judicial*, Nº).

determinadamente, al tratar de la importante materia de la cosa juzgada (1).

De desear sería que nuestra práctica se uniformarse en el sentido de exigir siempre la expresión de la causa, sea real o personal la acción intentada, y que, a creerse necesaria la intervención legislativa, se aclarase o reformase en este sentido el Nº 4º del artículo que analizamos.

377.—Efecto de la omisión de las expresiones obligatorias.

La omisión de las expresiones prescritas por la ley produce dos efectos:

1º El deber del juez de devolver, de plano, la demanda, y no darle curso; y 2º el derecho del demandado de objetarla, por medio de la excepción de oscuridad, de que trataremos en otro lugar (en la Sección IV).

(1) Savigny, al tratar de la *identidad objetiva*, en la materia de la cosa juzgada, expresa que, si se trata de una acción real (*in rem*), la diferencia de origen de la acción no obsta a la cosa juzgada, porque en esta clase de acciones el derecho es siempre el mismo, cualquiera que sea su origen, mientras que en las personales el origen es lo que le da al derecho su naturaleza individual. Por consiguiente, dice: «Si se ha rechazado una acción de dominio fundada en la tradición, no se le puede intentar de nuevo alegando usucapción u otro título. Y del mismo modo, el que reclama una sucesión como heredero testamentario y sucumbe, no puede reclamar después la misma sucesión en calidad de heredero abintestato».

Esta regla general del Derecho Romano admite, empero, según el mismo autor, dos excepciones: primera la *causa superveniente*, esto es, el nuevo título adquirido después del primer juicio; y segunda, la *causa afectada sea expressa*, esto es, la causa que, a petición del actor, ha sido expresamente consignada en la fórmula; en cuyo caso, la sentencia se limita también a esa sola causa, y cabe muy bien que si el actor sucumbe, intente un nuevo juicio por el mismo derecho, fundándose en diversa causa, aunque ésta haya existido al tiempo de la primera demanda. Ampliamente lo explica Savigny en el Apéndice XVII del Tomo V, desarrollando lo expuesto en el § CCC, págs. 285 a 293.

Y en el Derecho Romano son clarísimos los textos a este respecto. Merece sobre todo, conocerse la ingeniosa distinción que hace Celso en los parágrafos primero y segundo de la Ley XI del Tit. II, Lib. 44 (De exceptione rei indiciae), cuando dice:

«Si reivindicó un siervo, *crevendo* que es mío por título de tradición, siendo así que soy dueño por herencia, si sucumbo en el juicio, no puedo proponer la nueva demanda por herencia. Mas si alguien reivindicó un fundo *alegando* que es suyo por habersele entregado Ticio, y sucumbe, puede entablar nueva demanda por otra causa». Donde se ve claramente la distinción entre la mera *creencia* del demandante que no alegó ningún título determinado, y la *allegación expresa* hecha en el segundo caso.

Los autores franceses dilucidan este punto ampliamente, al tratar de la cosa juzgada. Las leyes españolas antiguas, lo mismo que las vigentes, enseñan igual doctrina; y a propósito de ellas, Caravantes dice, entre otras cosas, lo siguiente: «A la verdad, la razón de esta diferencia consiste en que, quien funda su intención o reclamación en el dominio en general, se presume que deduce en el juicio todo el derecho que tiene; mas el que sólo aduce un título especial, se presume que sólo quiere comprender este título en el juicio».

Debe estudiarse la erudita exposición de este autor, desde el Nº 448 hasta el 463 del libro 2º tomo II.

El primero de estos efectos no está previsto en la ley, de modo expreso; pero es una lógica consecuencia de la regla que ordena esas expresiones.

Otros Códigos sí lo declaran expresamente (1). Si el juez no advierte la deficiencia de la demanda, ni la parte contraria la objeta, no hay nulidad en el proceso ni caben otras consecuencias; y la demanda debe seguir su curso, en el sentido en que la hayan interpretado las partes y el juez.

Nuestros tribunales, empero, no han entendido así la doctrina, ni han tenido doctrina fija; pues, como veremos en JURISPRUDENCIA, en unos casos, les ha servido la omisión para no admitir, en definitiva, la demanda; y en otros, han considerado y fallado la cuestión como excepción dilatoria.

Cuando la demanda se refiere a un documento o título adjunto, no podrá alegarse omisión, si las circunstancias no expresadas en ella constan de ese documento; v. gr. la causa del derecho, los términos de la obligación, los índices o especificaciones de la cosa, etc. Véase también JURISPRUDENCIA.

378.—Plus petición.—Sus efectos.—la protesta de abonar pagos que se comprueben.

Plus petición es el acto de pedir más de aquello a que se tiene derecho, o "el exceso que comete el actor, pidiendo más de lo que se le debe" (Éscríche).

Este exceso puede estar en la cantidad que se pide, o en el modo de pedir (como si debiéndose una de dos cosas a elección del deudor, el autor exigiere determinadamente una de ellas); o en el tiempo (como si se pide el pago antes del vencimiento del plazo), o en el lugar, (como si debiendo pagar el deudor en su propio domicilio, le exige el acreedor en el suyo o en otra parte diversa).

La plus petición entraña, pues, una injusticia de parte del actor; y las leyes antiguas la castigaron con rigor, ya imponiendo al actor la pérdida de aquello a que tenía derecho; ya con el pago de perjuicios o costas o de una multa, etc. En nuestros Códigos no hay sanción especial, y debemos regirnos por las reglas generales. Si el actor pide más de aquello que se le debe, el reo será

(1) Peruano nuevo, art. 307; Mexicano art. 926.

condenado al pago de su deuda legítima; y si en sus excepciones se ha limitado a impugnar la plus petición, sea en virtud de pagos parciales, sea porque la deuda fue menor desde su origen, será absoluto de las costas, por cuanto el juez tendrá que ver que ha procedido sin temeridad.

Esto, aun en los juicios ejecutivos; sin que pueda valerle al acreedor, para tener derecho a las costas, la fórmula rutinaria de la protesta de abonar pagos que se comprueben (1). Con esa protesta o sin ella, se le obliga al deudor a litigar; se le pone en la necesidad de deducir excepciones y rendir pruebas; y si a eso se limita en su defensa el demandado, no puede ser declarado temerario ni condenado en costas.

El acreedor de mil sures, que ha recibido ya noventa y cinco, no debe demandar al deudor por mil sures, sino por los ciento que se le deben, si quiere tener derecho a las costas.

379.—Lo que debe acompañarse a la demanda.—Copia de la demanda y de los demás escritos.—Comprueban.

Nuestro Código no exige que se acompañe a la demanda una copia en papel común firmada por el actor, sino al tratar del juicio ordinario de mayor cuantía; mas ésta es una exigencia tan justa y razonable, que debiera extenderse a todos los juicios; siquiera a los de mayor cuantía.

Aun más, nosotros quisieramos—y lo propusimos ya en las Cámaras Legislativas—que a todo escrito se acompañase la respectiva copia, para que, verificada su exactitud por el actuario (confrontada), se la entregase a la parte contraria, con el consiguiente decreto judicial. Ahora casi todo se escribe en máquina, y se puede tener dos ejemplares con el mismo trabajo que se necesita para uno. El gravamen para los litigantes sería, por consiguiente, insignificante; y en cambio se obtendría gran comodidad para ellos y sus defensores, facilitándoles el contar con una copia completa del proceso y tener a la

(1) Esa fórmula ha sido recomendada por las leyes españolas, inclusive por el actual Código de Procedimientos, que dice:

*Art. 1439.—La demanda ejecutiva se formulará en los términos prevenidos para la ordinaria en el art. 1524, y contendrá además la protesta de abonar pagos legítimos.—Se acompañarán copias de la misma demanda y de los documentos para entregarlas al deudor al citarle de remate».

vista todos los escritos contrarios, para contestarlos o tomar oportunamente las medidas convenientes.

La notificación personal del actuario a las partes, reducida a la lectura de los escritos y decretos, es casi inútil, porque rara vez pueden ellas recomendar a la memoria todos los pormenores y detalles; y eso les trae a veces graves consecuencias.

Así se facilitarían también las notificaciones por boleta y disminuiría su costo.

Hay muchos Códigos que tienen ya esta razonable disposición (1).

Comprobantes. — Tampoco exige nuestro Código que a la demanda se acompañen los títulos o pruebas en que el actor funde su derecho, sino al tratar del juicio ejecutivo y de otros juicios especiales.

La regla general para toda demanda, con ciertas excepciones, consignada también en algunos Códigos extranjeros, nos parece muy digna de imitación (2). En las contiendas judiciales, cuyo objeto esencial es averiguar cuál de las partes tiene la razón y la justicia, deben evitarse a todo trance celadas y sorpresas; y nada más conforme con un proceder franco y leal, que la presentación de las pruebas juntos con la demanda. Se entiende, en los casos en que puede contarse con prueba preconstituída (3).

(1) Código Chileno, art. 32; Español, art. 515; Peruano 124.

(2) Código Español, art. 504; Mexicano, 8º. El Peruano, art. 208, dice «con documentos o sin ellos». El Chileno dice: «Art. 252.—El actor deberá presentar con su demanda los instrumentos en que la funde».

«Si no se diere cumplimiento a esta disposición, exigiéndolo el demandado, los instrumentos que se presentaren después sólo se tomarán en consideración si aparece de manifiesto que no pudieron ser presentados antes, o si se refieren a hechos nuevos alegados en el juicio con posterioridad a la demanda».

«En estos casos, si la presentación se hiciera después de expirado el término probatorio o no hubiere habido lugar a este trámite, podrá el tribunal, a petición del demandado, abrir un término especial con relación a los nuevos instrumentos acompañados; y se tramitará esta gestión en pieza separada, según las reglas establecidas para los incidentes, suspendiéndose el juicio principal sólo en el momento de dictar sentencia definitiva, si el incidente no hubiere terminado».

(Código de Proc. Chileno, pág. 348).

(3) López Moreno dice: «Mantener reservadas y ocultas las pruebas de que una intenta valerse para defender su derecho, demuestra una de dos cosas, cuando no ambas a la vez: o temor de que esas pruebas puedan ser por el adversario victoriosamente rechazadas, o dolo de sorprender a éste, imposibilitando su defensa. Entrambas cosas arguyen mala fe, y son, por consiguiente, reprochables. Con la manifestación de las pruebas de que se dispone, ocurrirán muchas veces que se retraiga el adversario desde un principio de oposiciones infructuosas o temerarias».—(López Moreno, Tomo I, pág. 522).

De este modo el actor puede exigir, con mayor derecho, que se declare temeraria y maliciosa a la parte contraria, que, a sabiendas, se opone; y así conoce el juez, desde el primer momento, que el actor procede con fundamento razonable, y no se lanza a una aventura descabellada.

Admitida esta regla con respecto al actor, debería extenderse también al demandado, en lo tocante a las excepciones. Mas mientras no se la establezca en la ley, sobre esa base de igualdad, no obra con prudencia el litigante que se apresura a exhibir sus pruebas y darle facilidades y luces al adversario, que, acaso, no se sujeta a la reciprocidad, en el campo de esas consideraciones.

LECCIÓN III

Cambio o modificación de la acción.—Acumulación de acciones o de personas

380.— Cambio y modificación de la acción.—Sus efectos.

Según el inciso 1º del art. 102, distínguese en el juicio tres períodos de tiempo, para el efecto del cambio o modificación de la acción, a saber: desde la demanda, hasta la contestación; desde ésta, hasta que comienza el término probatorio, y de allí en adelante. En el primer período, el actor puede cambiar o modificar libremente su demanda. No se ha trabado la litis todavía; no hay aún el cuasicontrato con el demandado, que le obliga al actor a someterse a la decisión judicial o renunciar su derecho; y, como dueño de su solicitud, puede retirarla a su arbitrio y arrepentirse de su gestión hasta entonces meramente unilateral, sin que de ello resulten derechos o ventajas a la otra parte.

Esta facultad, este derecho conserva el demandante, aunque el demandado haya comenzado también a gestionar, v. gr.: pidiendo una próroga, solicitando diligencias preparatorias, deduciendo excepciones dilatorias, etc. Nada de esto es contestación a la demanda; y por lo mismo, está todavía el demandante dentro de esa amplia libertad. Lo razonable sería, eso sí, que en estos casos pagase también el actor las costas que hubiese ocasionado al demandado (1).

(1) Recuérdese a este respecto nuestro Comentario del caso 1º de Juas-PRUDENCIA, en la Sección precedente.

En el segundo período, contestada ya la demanda, el actor no puede *cambiar* la acción, esto es, reemplazarla con otra sustancialmente diversa. Tampoco puede retirarla, sino por medio de formal desistimiento, y con todos los efectos que éste produce legalmente; es decir, con la pérdida del derecho y el pago de las costas.

Puede, sí, *modificarla*, es decir, añadir o quitar algo, cambiar el modo o los accidentes, conservando lo esencial, aquello por lo que la cosa es lo que es. Esas alteraciones pueden ser, ya en el fondo, ya en la forma; y la relativa al fondo puede referirse, ya a los elementos subjetivos de la acción, o sea a las partes litigantes, ya a los objetivos, esto es, a la cosa o cantidad, a la causa o derecho, etc. (1)

La modificación puede tener lugar, según nuestro art. 102, aun en el caso de estar ya contestada la demanda y concedido el término probatorio, si éste no comienza todavía a correr, v. gr. por no haberse notificado a las partes o por haberse pedido revocación.

En el tercer período, es decir, desde que el término susdicho ha comenzado a correr, el actor no puede cambiar ni modificar la acción. Puede, sí, desistir libremente, en cualquier estado del juicio. Por tanto, si *A* ha intentado dos o más acciones juntas, puede desistir de una de ellas y sostener la otra; y si *A* ha demandado a dos o más personas, puede desistir respecto de una de ellas y continuar con las otras, sin alterar, respecto de éstas, la prestación o declaración exigida; perdiendo en todo caso el derecho a que el desistimiento se refiera, y pagando la parte correspondiente de las costas.

La doctrina que hemos expuesto sobre modificación y cambio, basada en los términos de nuestra disposición legal, parece bastante clara; mas en su aplicación a los casos prácticos, no deja de ofrecer dificultades, cuando se necesita distinguir aquello que es esencial de lo que puede considerarse como accidental en la acción. Esa dife-

(1) El Diccionario Académico comprende en el concepto de la modificación, no el aumento, sino sólo la restricción o limitación de la cosa o el cambio del modo. Dice así: «*MODIFICAR*—1.º Limitar, determinar o restringir las cosas a un cierto estado o cantidad en que se singularicen y distinguan unas de otras.

2.º Reducir las cosas a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia.

3.º Dar un nuevo modo de existir a la sustancia material. U. t. en sentido moral.

cultad es muy frecuente, cuando quiera que se trata de pasar de lo abstracto a lo concreto, en materia de reglas y principios.

En JURISPRUDENCIA veremos algunos casos de esta clase; y por ahora propondremos sólo unos pocos ejemplos:

1º Si *A* reivindica un fundo contra *B*, y éste le opone la excepción de prescripción regular, por haber poseído diez años con justo título, puede el actor modificar su demanda, agregando que *la prescripción se interrumpió, por haber sido el menor de edad o mujer casada, durante los cinco primeros años de aquel período o decenio. Modificación objetiva.*

2º Demandado *A* como heredero de *B*, alega que no es único heredero, y entonces el actor modifica la demanda, solicitando que se tenga como demandado también a *C*, coheredero de *A*. Modificación subjetiva.

3º Propuesta una acción de dominio sin determinación de título, puede el actor modificarla fundándola en título determinado. Viceversa, propuesta la acción por cierto título, puede el actor modificarla, aduciendo otro u otros títulos. En el primer caso, hay modificación restrictiva; en el segundo, adicional: ambas objetivas.

4º Propuesta la acción *rehabilitatoria* (rescisión por vicios ocultos de la cosa comprada), *hay cambio, si, en lugar de ella, el actor alega la cuanti minoris* (rebaja de precio por los mismos vicios). Mas nos parece que habría mera modificación, si, dejando subsistente la primera acción, alegase el actor la segunda sólo en subsidio, esto es, para el caso de que, por no resultar de tanta entidad los vicios o por otra causa, no se aceptase la rescisión del contrato.

En este segundo caso, cabría también proponer por separado la segunda acción, y luego pedir la acumulación de autos.

Algunos Códigos extranjeros, inclusive el peruano antiguo, tienen regla más clara y sencilla que la nuestra, en este punto (1).

(1) Código Peruano antiguo.—«Art. 588.—El actor antes de que se conteste la demanda, puede variarla o alterarla en lo esencial; pero después de contestada»

Al estudiar, en la Sección V (de la contestación a la demanda), lo concerniente a la *réplica* y a la *dúplica*, veremos a tocar este punto:

Efectos de la modificación.—La modificación de la acción produce los siguientes efectos jurídicos:

1º El actor debe reembolzar las costas que hasta entonces haya empleado en el juicio la otra parte:

2º Se le corre nuevamente traslado al demandado, y éste puede, por lo mismo, proponer excepciones dilatorias o perentorias, dentro de los términos respectivos. Véase JURISPRUDENCIA Caso 62:

3º La interrupción de la prescripción y los demás efectos atribuidos por el art. 122 a la citación, deben contarse desde que se la haga con la demanda modificatoria. (1) Véanse en la Sección siguiente la prop. 398 y JURISPRUDENCIA.

En suma, esa demanda, la modificatoria, debe considerarse, para lo sucesivo, como la única y verdadera demanda en el juicio.

En las costas de que trata el número primero, creemos no deben incluirse aquellas que el demandado utilizase para su defensa.

381.—Pase de la vía ordinaria a la ejecutiva o viceversa.

El cambio de la vía, en estos casos, es simple modificación de la acción—modificación de forma—si por acción entendemos la facultad de hacer valer judicialmente los derechos o el ejercicio mismo de esa facultad. Mas con-

da, no puede hacerlo sino en lo accidental o accesorio.

Pertano actual.—«Art. 311.—El demandante, antes de que la demanda sea contestada, puede variarla; pero después de contestada, no puede hacerlo sino en lo accidental o accesorio.

«En el primer caso, los términos para contestar y deducir excepciones, se contarán a partir de la notificación del traslado del escrito de alteración».

Código Chileno.—«Art. 258.—Notificada la demanda a cualquiera de los demandados y antes de la contestación, podrá el demandante hacer en ella las modificaciones que estime convenientes.

Las modificaciones se considerarán como una demanda nueva para los efectos de su notificación, y sólo desde la fecha en que esta diligencia se practique, correrá el término para contestar la primitiva demanda».

Código Alemán (Véanse arts. 240, 241 y 243).

(1) Así lo sostuvimos y lo tiene declarado ya la Corte Superior de Quito, en la causa Sarasti-Alvarez.

respecto a esta modificación, tenemos en la ley la regla especial de que puede realizarse aun después de haber comenzado a correr el término de prueba y *en cualquier estado de la causa*. Creemos, empero, que esta frase de la ley debe referirse sólo a la primera instancia; porque si el proceso ha subido ya en apelación, es decir, ha habido una sentencia, no cabría que el actor pasase de la vía ordinaria a la ejecutiva o al contrario, dejando insubsistentes las resoluciones que, sobre la acción o sobre las excepciones, haya expedido el fallo de primera instancia.

Por lo demás, si es natural que el actor que ha intentado un juicio ordinario, se interese en pasar a la vía ejecutiva, si ha logrado reunir los requisitos necesarios, tal vez no habrá habido caso alguno en que se proceda en sentido contrario, abandonando la vía ejecutiva, para hacer valer la misma acción en juicio ordinario.

Si al realizar este cambio de forma, se hace también alguna modificación en el fondo de la acción, por razón de las personas, de las cosas o del título o causa del derecho, etc., deberá estarse a lo dispuesto por el inciso 1º; es decir, no podrá el actor usar de ese derecho sino antes de que comience a correr el término probatorio. Véase JURISP. Caso 70.

382.—Acumulaciones posibles: de acciones; de personas; de juicios.—Reglas sobre la acumulación de acciones.—Reglas sobre las acciones que requieren distinta sustanciación o corresponden a distintas jurisdicciones.

Caben en el procedimiento tres clases de acumulaciones: de acciones, de personas y de juicios. Hay la primera, cuando, en la misma demanda, se deducen dos o más acciones; la segunda, cuando, en el mismo juicio, son dos o más los actores o los demandados; y la tercera, cuando, propuestas separadamente dos o más demandas, esto es, promovidos dos o más juicios, se reúnen los procesos, para que los puntos discutidos en todos ellos sean decididos por una sola sentencia.

La primera clase de acumulación se rige por el art. 103; la segunda por el 104, y la tercera por la Sección 6ª, arts. 130 a 141. Tratemos, por ahora, de la primera.

Es libre para el actor acumular en una demanda dos o más acciones que tenga contra la misma persona, por extrañas que sean entre sí; pues de ello no resulta sino

economía de gastos y atenciones para los litigantes, que, de otra manera, tendrían que seguir dos o más juicios distintos. A la sociedad misma, por otra parte, le interesa la disminución de los litigios, que ordinariamente suscitan enemistades y disturbios, capaces, a veces, de comprometer el orden público, como dice Caravantes, Tomo I, Nº 375, pág. 507.

Excepcionalmente sólo dos casos en que el actor no puede hacer la acumulación: 1º El de que las acciones sean contrarias o incompatibles entre sí, v. gr. si por una parte se reclama el pago de un legado, y por otra se alega la nulidad del testamento en que se instituyó dicho legado; o si se pide la resolución de un contrato de venta, por falta de pago del precio, y a la vez se reclama ese mismo pago. Las acciones incompatibles dejan de serlo, cuando se las alega en forma alternativa o subsidiaria, esto es, la una, para el caso de que no se acepte la otra; y de esta manera, pueden muy bien ser acumuladas en una sola demanda.

2º El de que las dos acciones requieran distinta sustanciación, salvo que el actor convenga en que todas se sustancien por la vía ordinaria.

Esta salvedad o excepción de la excepción da a entender que, según el criterio del legislador, la forma sumaria se ha establecido en beneficio del actor, y que al demandado le conviene en todo caso que el juicio sea ordinario; por lo cual, si el actor renuncia aquel beneficio, ningún inconveniente hay para la acumulación. El supuesto del legislador es, por lo general, verdadero, pero no de modo tan absoluto; y puede muy bien haber casos en que la forma sumaria consulte el interés y la conveniencia de ambas partes. Para tales casos habría sido más justo y equitativo darle al demandado el derecho de oponerse a la acumulación de las acciones y a la sustanciación ordinaria del juicio.

Si las distintas acciones estuvieran sujetas a diversa jurisdicción, podría indudablemente el demandado oponerse a la acumulación; ya por medio de la respectiva excepción de incompetencia, ya por la misma de incompatibilidad, puesto que ésta, la incompatibilidad de las acciones, puede depender de la forma o del fondo; y la distinta jurisdicción constituye evidentemente una incompatibilidad de forma, como lo es también la distinta sustanciación.

Esta acumulación se reconoce generalmente en las legislaciones antiguas y modernas, exceptuando siempre los casos de incompatibilidad (1).

Por lo demás, para la acumulación de acciones no exige la ley sino la identidad de las partes litigantes. La acumulación es voluntaria, pues la ley no le impone al actor la obligación de hacerla; pero si se proponen separadamente acciones que tienen entre sí cierta conexidad o relación, puede tener la parte contraria (y también el mismo actor) el derecho de solicitar la acumulación de autos, esto es, de los procesos ya separadamente entablados, como lo veremos al estudiar la Sección 6ª.

(1) Código Chileno.—«Art. 18.—En un mismo juicio podrán entablarse dos o más acciones, con tal que no sean incompatibles.

«Sin embargo, podrán proponerse en una misma demanda dos o más acciones incompatibles, para que sean resueltas una como subsidiaria de otras.

Código Peruano.—«Art. 247.—En una misma demanda pueden ejercitarse dos o más acciones, con tal que no sean incompatibles.

«No obstante ser incompatibles las acciones, pueden ejercitarse en una misma demanda, si se deducen alternativamente.

«Art. 248.—Pueden acumularse acciones de diversa cuantía».

Código Español.—«Art. 153.—El actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí.

«Art. 154.—Será incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio, y no podrán, por tanto, acumularse:

1º Cuando se excluyan mutuamente, o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra.

2º Cuando el juez que deba conocer de la acción principal sea incompetente, por razón de la materia, o de la cuantía litigiosa, para conocer de la acumulada.

3º Cuando, con arreglo a la ley, deban ventilarse y decidirse las acciones en juicios de diferente naturaleza.

«Art. 155.—Las acciones que, por razón de la cuantía de la cosa litigiosa, deban ejercitarse en juicio verbal, podrán acumularse a las de mayor o menor cuantía. En estos casos se determinará la competencia del juez, y la clase de juicio declarativo que haya de seguirse, por el valor acumulado de todo lo que sea objeto de la demanda».

Estos Códigos tienen capítulo aparte sobre *Acumulaciones o pluralidad de acciones y de partes*.

Matricolo, explicando el art. 73 del Código Italiano, a propósito del cómputo de la cuantía, dice: «La segunda parte del art. 73 permite implícitamente, al actor que proponga en un mismo juicio, con una sola citación, varias demandas que difieran, no sólo por el objeto, sino por el título. Hay que conciliar esta facultad con la regla de que las demandas que difieran entre sí por *objeto* y *título* originan juicios distintos; por lo que creemos que el demandado podría pedir su desuación para que se juzguen y fallen separadamente».

Matricolo llama también acumulación *subjetiva* a la reunión de personas y *objetiva* a la de acciones, pág. 63, nota B.

Los autores franceses tratan de las acumulaciones a propósito de la cuantía; pero no hay en ellos cosa importante. Bonhils, Nros. 959 y siguientes; Mourlon, Nros. 639 y siguientes; Japrot, Nº 1008, etc.; Garzonet, Nº 590, etc.; Id Caravantes, Nros. 232 y siguientes.

383.—Acumulación de personas.—Dos o más actores.—Dos o más reos.—*litisconsortes*.

Pueden figurar en el juicio dos o más actores o dos o más demandados; y esto llamamos *acumulación de personas o acumulación subjetiva*. Mas esta acumulación no está, como la de acciones, a voluntad de la parte actora, ni puede efectuarse sino cuando las personas de que se trata están vinculadas entre sí por la cuestión controvertida, o sea por la unidad de la acción o de su origen, en los términos del art. 104.

Empleando este artículo una forma negativa, determina las condiciones en que no cabe la acumulación, para que de allí se deduzca que cabe en los casos correlativamente contrarios o en general en cualquier otro caso. Mas esto vuelve algún tanto oscuro el pensamiento del legislador, y en la práctica tenemos que guiarnos por el principio de la *continencia de la causa*, y tomar en cuenta los casos de acumulación de autos; porque sería absurdo que, si propuestas separadamente las demandas, pudiera pedirse y obtenerse la acumulación de los procesos, no pudiese evitarse ese largo rodeo, deduciendo una sola demanda.

Dice el artículo que no cabe la acumulación subjetiva cuando las acciones son diversas o tienen diverso origen, dando lugar a suponer que, para dicha acumulación, se requiere que las acciones no sean diversas ni tengan diverso origen, o, en otros términos, la identidad de acciones y de origen; puesto que si se determinan o exigen, *disyuntivamente*, dos o más circunstancias o requisitos para que una cosa no suceda, deben, en rigor lógico, concurrir *colectivamente* las circunstancias o requisitos contrarios, para que la misma cosa suceda. Mas, como entre los casos de acumulación de autos, figura y con razón, el de que las acciones, aunque diversas por razón de las personas o las cosas, tengan el mismo origen, es también rigurosamente lógico que en este caso pueda haber la acumulación de personas en la demanda, puesto que las leyes deben interpretarse de manera que no conduzcan a consecuencias absurdas.

En suma, creemos debe considerarse como un axioma jurídico el de que pueden ser dos o más los actores o los demandados en un juicio, en todos los casos en que,

propuestas separadamente las demandas, cabría acumulación de autos (1).

Las personas que figuran como demandantes o demandados en el mismo juicio se llaman *litisconsortes* (2).

A la acumulación subjetiva no se opone el que la demanda contenga, a más de la acción común respecto de los actores o demandados, alguna especial para uno o más de ellos; v. gr. si se demanda a dos personas para la entrega de una cosa, y a una de éstas se le exige además la indemnización de perjuicios; o si el comprador de un inmueble lo vende o dona a otra persona, antes de haber pagado el precio, y el primer vendedor demanda a su comprador y al tercero, para que, declarándose resuelto el contrato, se le restituya la cosa y se le indemnicen los perjuicios.

Este último caso suscitó una interesante discusión en nuestro foro, como se verá en JURISPRUDENCIA, Caso 68.

Si *A* y *B* son condueños de una cosa, muerto *B*, pueden *A* y el heredero o legatario de *B* proponer unida-mente la reivindicación contra un tercero; pues que el heredero o legatario es sucesor de su causante. Esto, aunque el legatario diera a su demanda el nombre de petición de legado (para lo cual sería necesario que la acción fuese contra el heredero); porque aun en tal concepto, procedería como sucesor singular del difunto condómino. Véase caso de Alonso y María Tobar contra los indios de "Mariano Acosta" (Angochagua).

(1) Los Códigos extranjeros enuncian más sencillamente la regla, poniendo las condiciones en forma positiva. Así el Chileno dice:

«Art. 19.—En un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas, siempre que se deduzca la misma acción, o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho, o que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley».

(2) El Diccionario académico dice: «*Litisconsorte* persona que litiga por la misma causa o interés que otra, formando con ella una sola parte». Id. Escríbele. El Código Alemán emplea este vocablo en el art. 56.

Matteiolo, a propósito del art. 74, del Código Italiano, dice: «Si las demandas de varios actores tienen todas un mismo título, podrán proponerse con sólo una notificación en un único juicio colectivo; salvo al demandado, la facultad de pedir y al juez la de ordenar la desunión, conforme a las exigencias de la defensa o a la necesidad de evitar la excesiva lentitud o complicación del procedimiento».

*Por el contrario, las demandas de varios actores con título distinto, aun cuando supongan la resolución de una misma cuestión jurídica, deberán proponerse por separado. El demandado o demandados podrán oponerse a su acumulación, y en caso contrario, el juez no podrá de oficio anular el juicio colectivo; sólo según su prudente arbitrio podrá ordenar, con una sola providencia, que la instrucción de la causa prosiga separada para las varias demandas, y, por consiguiente, decidirá con fallos distintos las demandas». Pág. 64.

384.—**Acumulación de personas y acciones.**

Pueden muy bien ocurrir en el mismo caso las dos acumulaciones, es decir, que en la demanda se intenten dos o más acciones y que sean dos o más los actores o demandados, a condición de que haya entre las personas acumuladas la vinculación jurídica de que hemos hablado; en razón de la unidad de origen o conexidad de las acciones deducidas, como hemos visto en los ejemplos propuestos, al tratar de la proposición precedente.

385.—**Efecto de la ilegal acumulación.**

La ilegal acumulación objetiva o subjetiva da derecho a la oposición del demandado (o los demandados), por medio de la respectiva excepción dilatoria de que trataremos al estudiar la Sección IV; mas no es razón para que el juez rechace de oficio la demanda, salvo el caso de que, para alguna de las acciones o con respecto a alguna de las partes, carezca de jurisdicción. Y ni aun en este caso deberá el juez repeler la demanda o negarse a intervenir, si la incompetencia es subsanable por prorrogación; v. gr. si se trata de la incompetencia territorial proveniente del domicilio de alguno de los demandados.

LECCION IV

PARTE LEGAL

SINOPSIS

(Continuación del programa)

386.—Antiguo artículo sobre interrupción de la prescripción.—Su cambio de sitio.—Única reforma hecha en esta sección.
386 bis.—Inditil y defectuosa definición de demanda en el art. 100.—Forma y contenido de ésta, según el 101.—Modo de cumplir cada uno de los cuatro requisitos, según el 103.—Dos o más personas, según el 104.—Dificultades que suscita este artículo.

Jurisprudencia

Caso 36.—Cuasicontrato de la litiscontestación.—Transmisión de los derechos que de él se derivan.—Intervención de un tercero, por haber sucedido en el dominio de la cosa litigada.
Caso 37.—Toda acción supone un derecho violado; por tanto, es improcedente la que se funda en el mero temor de una violación.
Caso 38.—No cabe acción sin previa violación de un derecho.—El mero temor de la violación no basta para originarla.—Concepto de *risco* y de *esperanza*.
Caso 39.—La forma del juicio depende de las disposiciones legales basadas en la naturaleza de la acción, independientemente de la voluntad de las partes.
Caso 40.—No cabe acción sin interés.

EXPOSICIÓN DOCTRINAL.

169

Caso 41.—Diferencia entre acciones reales y personales.—La resolutoria de un contrato es personal.
Caso 42.—La acción resolutoria es personal, aunque a la vez se exija la restitución de la cosa con sus frutos.

Caso 43.—No cabe identidad de acciones con el actor y el demandado. La acción de nulidad es principalmente de resultado, no de hecho.
Caso 44.—La acción del arrendatario para la entrega de la cosa arrendada es personal.—No procede contra un tercero que se ha apoderado de la cosa antes que el arrendador la entregue.

Caso 45.—Puede haber demanda y contención condicional.
Caso 46.—Es improcedente la demanda en que no se determina la persona del demandado.

Caso 47.—A no determinarse por el actor la persona del demandado, en un juicio sobre invalidez o inasistencia de un testamento en su fondo, deberá contarse con todos los beneficiados por el testamento, so pena de nulidad.

Caso 48.—En la demanda sobre derechos de una comunidad de indígenas, no es indispensable designar el nombre de todos los comuneros en cuya representación comparece el actor.

Caso 49.—Puede demandar la partición cualquiera de los herederos o condóminos o cualquiera de los herederos de un heredero o condómino.
Caso 50.—Necesidad de especificar e individualizar claramente la cosa que se reivindica.

Caso 51.—Debe determinarse e individualizarse en la demanda la cosa que se reivindica.

Caso 52.—Debe individualizarse la cosa reivindicada.—No basta la referencia a títulos.

Caso 53.—Se cumple el número tercero del art. 101, señalado aproximadamente, por medio de un máximo y un mínimo, la cantidad reclamada.

Caso 54.—En la demanda de perjuicios debe determinarse en qué consisten éstos.

Caso 55.—Es inadmisible una demanda en que no se determina la causa de la acción.

Caso 56.—Es improcedente la demanda en que no se expresa la causa o derecho con que se reclama la cosa.

Caso 57.—En la acción reivindicatoria no es necesario expresar la causa del dominio.

Caso 58.—En la acción personal debe expresarse la causa de la obligación o responsabilidad.

Caso 59.—Indicación de la causa en el juicio de cuentas, o sea de la cantidad en que el demandado ha ejercido la administración.

Caso 60.—Si resulta que la verdadera causa de la obligación demandada es diversa de la expresada en la demanda y en el documento con que se la apoya, la acción debe ser rechazada.

Caso 61.—Si en la cuestión de propiedad controvertida en el juicio de destino, se declara improcedente para el actor la prescripción, por no haberla alegado en la demanda, se la puede alegar y admitir en el juicio posterior de cerceamiento, basando en la senda de la identidad, aunque de ello resulte quedar insubsistente o sin efecto el *recurso de apelación*.

Caso 62.—Modificación de la demanda, por razón de las excepciones dilatorias.

Caso 63.—Modificación de la demanda, en virtud de alegación de la cantidad reclamada.

Caso 64.—Trabaja de la litis y modificación o cambio de la acción, en juicio de destino.

Caso 65.—Modificación de la demanda de obra nueva.

Caso 66.—Acumulación de dos solicitudes en el mismo proceso de invalidez.

Caso 67.—Cabe acumulación de dos acciones diversas.

Caso 68.—Acumulación subjetiva y objetiva, de personas y de acciones.

Caso 69.—La acción fundada en servidumbre de medianería, para que se demuestre la pared divisoria, es real, y debe intentarse contra el actual poseedor, aun cuando el que construyó ilegalmente la pared, haya sido el dueño anterior en el juicio.

Caso 70.—La reconvencción en juicio ordinario, no obsta a que de éste se pase al ejecutivo, según el art. 102.

Caso 71.—Constituye mera modificación el agregar como fundamento de la demanda un título modificatorio del primero y rebajar el tipo del interés o el monto del capital.