

273.—Doctrina del Código Civil sobre la delegación.— Sus efectos en los diversos casos.— Aplicación a los poderes judiciales.— Sus inconvenientes.— Comisión mercantil.

El Código Civil consigna y desarrolla su sistema relativo a la delegación en las siguientes reglas jurídicas: (1)

"Art. 2122.—El mandatario podrá delegar el encargo si no se le ha prohibido; pero no estando expresamente autorizado para delegarlo, responderá de los hechos del delegado, como de los suyos propios.

"Esta responsabilidad tendrá lugar aun cuando se le haya conferido expresamente la facultad de delegar, si el mandante no le ha designado la persona, y el delegado era notoriamente incapaz o insolvente.

"Art. 2123.—La delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante no da derecho a terceros contra el mandante, por los actos del delegado.

"Art. 2124.—Cuando la delegación a determinada persona ha sido autorizada expresamente por el mandante, se constituye entre el mandante y el delegado un nuevo mandato que sólo puede ser revocado por el mandante, y no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario.

"Art. 2125.—El mandante podrá en todo caso ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo".

La primera de estas reglas, en que se basa el sistema —la de que el mandatario puede delegar, si no se le ha prohibido— no nos parece conveniente ni científica, por lo menos respecto del mandato judicial. Nosotros la cambiáramos, diciendo: "El mandatario no puede delegar sino cuando el mandante se lo ha permitido". Es decir, incluiríamos la delegación entre los actos para los cuales necesita el apoderado cláusula especial.

Y nos fundamos en el principio jurídico general, reconocido en los siguientes términos, por el mismo legislador, al tratar del cumplimiento de las obligaciones:

"Art. 1562.—Puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre del deudor, aun sin su consentimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor".

"Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona, contra la voluntad del acreedor".

(1) El Código Argentino tiene reglas análogas a los Arts. 1924 a 1928.

Y las gestiones de todo mandatario —sobre todo de un mandatario judicial— son actos para los cuales indudablemente han de tomarse en cuenta las aptitudes o idoneidad de la persona a quien se las confía. Por manera que, si el Código, al tratar del mandato, hubiera guardado silencio respecto de la delegación, el caso —rigiéndose por la regla general de este Art. 1562— se habría resuelto en sentido negativo, o bien habría dado lugar, como enseña Pothier, a una cuestión de hecho sobre la interpretación de la voluntad del mandante, y no habría cabido la delegación sino cuando las circunstancias del caso diesen a entender que para el mandante era indiferente que el mandatario ejecutase el mandato, por sí mismo o por medio de otra persona.

El mandatario, por la naturaleza del contrato, no puede tener otras atribuciones que las que el mandante ha querido confiarle; y el legislador, al señalarlas, se ha propuesto principalmente interpretar la voluntad tácita del mandante. Ahora bien, el silencio del mandante en orden a la delegación, no puede de ninguna manera interpretarse en todo caso como concesión tácita de esa facultad, por lo mismo que no cabe suponer que el mandante prescinda, por lo general, de tomar en cuenta las aptitudes personales del mandatario.

Nuestro Código sigue en esto, como en casi todo lo relativo a la materia de los contratos, al francés, el cual, como hemos visto, se aparta algún tanto de la doctrina tradicional sintetizada en las enseñanzas de Pothier; pero algunos Códigos modernos adoptan la regla contraria. Así el peruano actual (Art. 10) incluye expresamente la facultad de sustituir entre las que requieren cláusula especial (1).

(1) El Código Napoleón no da declaración expresa sobre la facultad de delegar, y dejándola sobreentendida, trata sólo de la responsabilidad del mandatario, en los diversos casos, en estos términos:

"Art. 1994.—Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion.—1º Quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un.—2º Quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il s'agit était notoirement incapable ou insolvable.—Dans

Sentado el principio de la **delegabilidad** del poder, esto es, de que la facultad de delegar es de la naturaleza del mandato, prevé el Código los siguientes casos:

1°—Que el mandante haya facultado al mandatario para delegar a persona determinada;

2°—Que la haya facultado para delegar, sin indicarle personas;

3°—Que haya guardado silencio sobre delegación;

4°—Que el mandante haya negado al mandatario la facultad de delegar.

En el primer caso tenemos una sustitución, en el natural y riguroso sentido de la palabra: el primer mandatario queda reemplazado por el segundo; su calidad y sus facultades terminan, y sobreviene un nuevo mandato entre el mandante y el sustituto. El sustituto representa directamente al mandante; y los terceros que con él contratan, tienen acción directa contra el mandante. El primer mandatario no responde de los actos del sustituto.

En el segundo caso ocurre lo mismo, a menos que el mandatario haya hecho la delegación en persona notoriamente incapaz o insolvente. Sólo en este caso responde el delegante de los actos del delegado.

En el tercer caso, la facultad de delegar se supone tácitamente concedida, por el mismo hecho de no haberse negado; pero el mandatario delegante responde de los actos del delegado como de los suyos propios, quien quiera que éste sea.

En el cuarto caso se siguen estas consecuencias:

a).—La delegación es un nuevo mandato del delegante al delegado;

b).—El delegado representa directamente, no al mandante, sino al delegante;

c).—El tercero que contrata con el delegado tiene acción directa, no contra el mandante, sino contra el de-

legante, por los actos del delegado. Salvo el caso de ratificación del mandante;

d).—Con respecto al mandante, el mandatario responde de los actos del delegado, como de los suyos propios;

e).—El mandante sí tiene acción contra el tercero, por los actos del delegado.

La razón de esta última consecuencia consiste en que al mandante que no ha conferido la facultad de delegar, le queda el derecho de ratificar o no la delegación; y al ratificarla, se siguen todos los efectos del primero de los casos que hemos considerado, es decir, la ratificación equivale a que el mandante hubiera autorizado desde el primer momento la delegación hecha por el mandatario.

Por supuesto, el mandante que ratifica expresa o tácitamente la delegación, para ejercer las acciones contra el tercero, o sea para aprovechar de lo favorable de la gestión del mandatario, tiene que aceptar también lo adverso, es decir, las obligaciones o responsabilidades que de la gestión del delegado se sigan en favor del tercero.

En lo judicial no puede ocurrir el caso cuarto. Si el mandatario a quien el mandante ha denegado la facultad de delegar, otorga una delegación, el delegado carece de personería, y el juez no puede permitirle la intervención en el juicio, y debe anular las gestiones que de hecho hubiese practicado. Puede, sí, ocurrir y ocurre con frecuencia el tercero, el de que, en el poder nada se diga sobre delegación o sustitución. Ese silencio del mandante se interpreta por la ley, según hemos visto, como una tácita concesión de la consabida facultad; el delegado tiene, por lo mismo, personería legítima para representar al mandante, y sus actos obligan a éste, con relación a la otra parte con quien se sigue el juicio. Pero el delegante, esto es, el primer mandatario, responde de los actos del delegado como el de los suyos propios, con relación al mandante.

Con respecto al segundo caso, la regla de que el mandante autorizado para delegar, sin designación de persona, es responsable sólo en el caso de haber delegado a persona notoriamente incapaz o insolvente, nos parece poco satisfactoria; pues debiera extenderse la respon-

"tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le "mandataire s'est substituée".

Este artículo fue objeto de interesante discusión en los trabajos preparatorios del Código; y la doctrina general de los expositores, fundada en él, sirvió de norma principal al autor de nuestro Código.

sabilidad aun a los casos de delegación a persona manifiestamente inepta o inadecuada para el acto de que se trate; si se tiene en cuenta que el mandatario está obligado a desempeñar su cargo con el cuidado de un buen padre de familia, esto es, con razonable diligencia y precaución.

Reglas sobre los comisionistas.—La comisión difiere del mandato en que el comisionista gestiona a su propio nombre; y de esta diferencia sustancial fluyen muchas consecuencias, reconocidas por el Código de Comercio. Mas en cuanto a delegación, la regla de este Código, bastante análoga a la civil, es la siguiente:

"Art. 376.—El comisionista debe desempeñar por sí mismo la comisión, y si la delegare sin autorización previa del comitente, responde de la ejecución del delegado.

"Si en la autorización para delegar no se le hubiere designado persona determinada, responderá de la delegación que hiciere en persona notoriamente incapaz o insolvente.

"Siempre que delegare la comisión, deberá dar aviso al comitente.

"En todos los casos podrá el comitente ejercer sus acciones contra el delegado".

No nos detenemos en formar el paralelo entre esta regla y la civil del mandato, porque no tiene importancia para el Derecho adjetivo o procesal; pero sí hacemos notar que, en nuestro concepto, la regla del primer inciso debiera extenderse también al mandato, y especialmente al mandato judicial.

274.—Ratificación del mandante. — Ratificación del mandatario.

La ratificación, es decir, el consentimiento **post factum**, surte todos los efectos de la autorización previa o simultánea. El mandante que, no habiendo autorizado para sustituir, ratifica la sustitución o los actos del sustituto, los pone en el caso primero de la proposición anterior, esto es, en el de una delegación a persona indicada por el mandante. La ratificación puede ser expresa o tácita; y la segunda consiste en un acto cualquiera que lógicamente suponga la aceptación.

En lo judicial, esta ratificación surte los mismos efectos que la que se da respecto de los actos de un agente oficioso o de quien ha gestionado con oferta de legítimar su personería.

La ratificación del mandatario que no ha delegado el poder, o que lo ha delegado sin tener facultad para ello, hace también propios del mandatario los actos del delegado o agente oficioso; y como tales, son válidos, obligan al mandante, y surten todos los efectos legales.

275.—Revocación de la sustitución.

El Cgo. de Enj. dice:

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

Esto no obstante, podemos hacer distinción: si se trata del primero de los casos de nuestra proposición 271, es decir, de una delegación a persona determinada por el mandante, el mandatario no puede revocarla, atento lo dispuesto por el Art. 2124 y las consideraciones que adujimos al estudiar aquel caso.

No puede alegarse que la regla del Código de Enj. es especial para el mandato judicial; porque la del Civil, si bien es general para todo mandato, es, a su vez, especialísima para el caso de delegación autorizada por el mandante con designación de persona.

Además, recordamos ya que el artículo del Código de Enj. tenía en la edición de 1871 (hecha en virtud de la ley expedida por la Convención de 69) la frase **con arreglo al Código Civil**, y que la supresión de esta frase en el Código de 78, no obedeció a intención de alterar en manera alguna las reglas del Código Civil, fundadas en la naturaleza misma del acto.

En los casos segundo y tercero, esto es, de autorización para delegar, sin designación de persona, y de silencio sobre delegación, puede el mandatario revocar a su arbitrio las delegaciones, en todo o en parte, otorgar otras, etc. al tenor de lo dispuesto por el Código de Enj. en el artículo transcrito.

§ 2º

276.—**Modos de terminación reconocidos por la ley.—1º Desempeño del negocio.—2º Expiración del plazo.—3º Revocación: reglas del Código Civil.—¿Hay mandatos irrevocables?—Regla del Código de Enj.: presentación del mandante.— Revocación tácita.— Forma de la revocación.— Pago de costas.**

El Código Civil dice:

"Art. 2150.—El mandato termina:

- "1º Por el desempeño del negocio para que fué constituido:
- "2º Por la espiración (1) del término o por el cumplimiento de la condición prefijados para la terminación del mandato:
- "3º Por la revocación del mandante:
- "4º Por la renuncia del mandatario:
- "5º Por la muerte del mandante o del mandatario:
- "6º Por la quiebra o insolvencia del uno o del otro:
- "7º Por la interdicción del uno o del otro:
- "8º Por el matrimonio de la mujer mandataria:
- "9º Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato "ha sido dado en ejercicio de ellas".

Y, según el Art. 61 del Código de Enj., la procuración judicial termina en los mismos casos, con las diferencias y condiciones que anotaremos en los lugares respectivos.

Casos 1º y 2º.—Sobre los dos primeros modos, silenciados en el Código de Napoleón, acaso por muy obvios, no se nos ocurre ninguna observación (2). Totalmente terminada la gestión para la cual se confirió el mandato, éste expira por el ministerio de la ley; como expira también, aunque el asunto esté inconcluso, si el mandante lo ha conferido por plazo determinado, y vence ese plazo.

Caso 3º.—Revocación.—El Código Civil dice a este respecto:

(1) El Código Civil dice siempre **expirar, espiración, cuando debia decir expirar, espiración.**

(2) Art. 2003.—Le mandat finit.—Par la révocation du mandataire.—Par la renonciation de celui-ci au mandat.—Par la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire.

"Art. 2151.—La revocación del mandante puede ser expresa o tácita. La tácita es el encargo del mismo negocio a distinta persona".

"Si el primer mandato es general y el segundo especial, subsiste el primer mandato para los negocios no comprendidos en el segundo".

"Art. 2152.—El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, y la revocación, expresa o tácita, surte efecto desde el día en que el "mandatario ha tenido conocimiento de ella; sin perjuicio de lo dispuesto "lo en el Art. 2160". (1).

El mandato es, pues, revocable, a voluntad del mandante, aun cuando se haya señalado plazo fijo, y aunque se haya estipulado remuneración para el mandatario, porque se trata de un negocio propio del mandante. Sólo que, en este caso, puede caber, según opinan algunos autores y tribunales franceses, una indemnización en favor del mandatario, atentos los términos del contrato y las circunstancias del caso (Laurent Tomo 28, Nros. 98 y 99).

"La revocabilidad del mandato" —dice Laurent— "supone que ha sido otorgado en interés de sólo el mandante. Si el mandatario o un tercero es interesado en el asunto, cesa de ser revocable" N° 104.

Cita en segunda este expositor la autoridad de la Corte de Casación y de otros tribunales, que así lo han resuelto.

Si las partes han estipulado expresamente, en interés común de ellas, la irrevocabilidad; o sí, como dice el Art. 2107, el negocio interesa juntamente al mandante y al mandatario, de modo que la revocación sería incompatible con la naturaleza del contrato o con los derechos de él provenientes, es indudable que el mandante no podría revocar a su arbitrio el mandato.

Regla adjetiva.—El Código de Enj. exige, para que surta efecto la revocación, que el mandante **salga personalmente al juicio o constituya otro procurador.** Art. 62.

La condición de **salir personalmente al juicio** no significa presentarse o residir materialmente en el lugar del juicio, sino **apersonarse en la causa**, esto es, dirigir-

(1) De lo dispuesto en el Art. 2160 trataremos en la proposición 278.

se al juez manifestándole la revocación, a fin de que ésta conste de autos, y se cuente en lo sucesivo con el ex-mandante.

Si éste, revocando el poder, nombra otro procurador, tampoco valdrá la revocación mientras el mismo mandante o el nuevo apoderado no lo comuniquen al juez de la causa, en la forma indicada.

Si el mandante revoca el poder, por escritura pública o por cancelación de la escritura de mandato, por avisos publicados por la imprenta o carteles, etc., el mandato quedará revocado para lo extrajudicial; pero en los procesos en que esté figurando el mandatario, continuará éste como tal, mientras no se haga constar de autos la revocación, apersonándose el mismo mandante o el nuevo apoderado.

El mero hecho de gestionar personalmente el mandante, no constituye revocación tácita, como lo declara el Código de Enj. en el Art. 67.

Si el mandante, sin decir que revoca el poder, encarga el mismo asunto a otra persona, hace revocación tácita, según el Código Civil; y si el nuevo mandatario comparece en la causa, con él deberá contarse en lo sucesivo; sin embargo de que, para el caso de presentarse el mismo mandante, el Art. 67 exige **revocación expresa**.

Si el primer mandato es general y el segundo especial, debe subsistir el primero para todo lo no comprendido en el segundo. Si, al contrario, el primero es especial y el segundo general, no deberá considerarse revocado el primero por el segundo, a menos que así lo den a entender los términos o el espíritu del segundo.

Forma de la revocación.—El mandato judicial se otorga por escritura pública o por instrumento público ante el juez parroquial, en los respectivos casos, como ya sabemos (prop. 263). Para la revocación, no se exige la misma solemnidad: basta que conste de autos en cualquier pedimento o solicitud.

Pago de costas.—Revocado el poder, el pago de derechos judiciales, costas, etc., se exigirá al mandante, aunque provenga de causa anterior, salvo que ésta sea alguna condenación personal contra el mismo apoderado.

277.—Caso 4º—Renuncia.—Regla del Código Civil.—¿Puede el mandatario renunciar el derecho de renunciar?...—Regla adjetiva: presencia del mandante.

El Código Civil le reconoce al mandatario el derecho de renunciar, sin hacer distinción de casos; y por esa renuncia termina el mandato. ¿Podrá el mandatario renunciar ese derecho?...—¿Se lo entenderá renunciando si el mandatario se ha comprometido a desempeñar el cargo por tiempo fijo o hasta la conclusión del negocio?...—

Nada dice la ley al respecto; y para responder, tenemos en cuenta:

1º—Que puede haber renuncia de derechos, pero no de obligaciones;

2º—Que cualquiera puede renunciar libremente los derechos provenientes de la ley o de los contratos, si la renuncia no perjudica a terceros ni al orden público;

3º—Que los contratos legalmente celebrados son una ley para los contratantes.

De estos antecedentes jurídicos deducimos que el mandatario puede renunciar su derecho de renunciar el mandato, y que esa renuncia debe considerarse implícita en el pacto de desempeñar el mandato por tiempo fijo o hasta la conclusión del negocio, salvo el caso de imposibilidad física u otro inconveniente insuperable.

Presupuesto ese derecho, dice el Código Civil:

"Art. 2154.—La renuncia del mandatario no dará fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados.

"De otro modo, se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante; a menos que se halle en la imposibilidad de administrar, por enfermedad u otra causa, o sin grave perjuicio de sus intereses propios".

Con esto habíase previsto suficientemente el caso de una renuncia intempestiva, y evitado, en lo posible, sus inconvenientes; mas el Código de Enj. que para el caso de revocación, exigió que el mandante saliese personalmente al juicio o constituyese otro apoderado, para el de renuncia, quiere que el mandante **esté presente en**

el lugar del juicio. Si está ausente, aunque sea a poca distancia, la renuncia no surte efecto, y el mandatario tiene que seguir como tal hasta el fin del juicio, quiera o no quiera, pueda o no pueda, y aunque el mandante sepa ya la renuncia y no le dé recursos ni le pague la remuneración convenida, etc.

Lo cual no guarda conformidad ni con la doctrina sustantiva ni con los principios jurídicos.

Debería, pues, eliminarse el Art. 63 adjetivo, o mejor sustituirlo con otro que dijese: "El mandatario que renuncie, indicará la habitación en que deba ser notificado el mandante; y si éste está ausente, continuará aquél representándole, hasta que conste de autos haberse notificado la renuncia, por comisión o exhorto, y sin que por eso se interrumpa el curso de la causa.

Puede suceder que, presentada la renuncia del mandatario, el juez la acepte y siga contando con el mandante, por medio de boletas, y que, con posterioridad, se descubre que este ha estado ausente al tiempo de la renuncia. En tal caso, todo lo actuado desde entonces será nulo, a costa del apoderado renunciante.

Pago de derechos y costas.—Para el caso de revocación, nada dice el Código, y nosotros nos inclinamos a creer que ya no son de cargo del apoderado ni aún los anteriores a la revocación, a excepción de las condenaciones en que él hubiere incurrido personalmente. (Prop. precedente).

Para el caso de renuncia, el Código quiere evitar el que, por medio de ella, se sustraiga maliciosamente del pago del mandatario, y cauce dificultades a la otra parte; y a este fin tiende la regla especial del Art. 64.

278.—Muerte del mandante.—Muerte del sustituyente.—Muerte del mandatario.

Por regla general, los contratos no terminan por la muerte de las partes, atento el axioma jurídico de que todo el que contrata, contrata para sí y para sus sucesores. Mas esta regla tiene excepciones, y una de ellas es la del mandato, justificada, según enseña Pothier, por la razón de que, en la ejecución de este contrato, es el mismo mandante quien obra por el ministerio del man-

datario; él, quien habla, estipula o promete por ese medio; lo cual supone la existencia de la persona que así procede, basada en la confianza que el apoderado le inspira.

Con mayor razón, el mandato termina por la muerte del mandatario a quien el mandante confió la gestión de sus negocios.

Mas, si es de la naturaleza de este contrato, el que expire por la muerte del mandante, no es de su esencia, y cabe que las partes, en virtud de su consentimiento, establezcan lo contrario. Así los autores enseñan que el mandato no termina por la muerte del mandante, cuando se lo ha pactado en beneficio de ambas partes o de una de ellas y un tercero, al tenor de nuestro Art. 2107, y en general, cuando, de la naturaleza o los términos del contrato, se infiere claramente que tal fue la voluntad de los contratantes (1).

Hasta el año 1869, el Art. 2156 de nuestro Código Civil decía sólo esto: "No se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella. Los herederos suceden, en este caso, en los derechos y obligaciones del mandante".

Mas la legislación de ese año agregó el inciso segundo que, concretándose al mandato judicial, dice:

"Por la muerte del mandante no se extingue el mandato para pleitos, si se ha empezado a desempeñar; ni por la muerte del procurador, en el mismo caso, terminan las facultades del sustituto o delegado".

De acuerdo con esto, púsose también en el Código adjetivo del mismo año la regla siguiente:

"Art. 120.—Termina el cargo de procurador en todos los casos expresados en el mismo Código; pero si hubiere muerto el mandante y estuviere trabada la litis con el mandatario o sustituto, continuará el uno o el otro en su caso, representando al mandante difunto".

Para evitar la vaguedad de la frase **trabada la litis**, redactóse la regla, en el Código de 79, en los términos de nuestro actual Art. 61, según el cual, para el procu-

(1) Aubry et Rau. § 416; Troplong, N.º 718; Duranton, T. 18, N.º 284; Laurent, T. 28, N.º 86.

rador del demandante se exige que se haya entablado el juicio, y para el del demandado que se le haya citado.

Entablado el juicio quiere decir **propuesta la demanda**; por lo cual no bastaría una diligencia preparatoria. Y la frase **si ya se le hubiere hecho la citación**, relativa al procurador del demandado, refiérese también a la citación de la demanda; pues, de otro modo, no tendría razón de ser el artículo determinante la.

El pronombre **le** de la propia frase representa al apoderado; es decir, da a entender que a éste se ha notificado la demanda. Mas creemos que la regla se aplicaría igualmente al caso en que, citado el mismo demandado, fallciese después de haberse presentado en juicio su procurador.

La primera parte del artículo, la relativa al procurador del demandante, tendría también aplicación, ora hubiese propuesto la demanda el apoderado, ora el mismo mandante, con tal que aquel se hubiese presentado en el juicio.

La frase **continuará representando al mandante difunto** es impropia, porque el difunto no es parte en el juicio ni puede figurar personalmente ni representado. El procurador sigue representando a la sucesión o a los herederos.

La circunstancia de que el mandatario haya comenzado a ejercer el mandato en un juicio, le habilita para representar a los herederos del mandante en ese juicio; pero no es suficiente para que pueda ejercer el cargo en otro juicio diverso, aunque éste sea consecuencia de aquél o haya entre los dos cualquiera relación o conexión. Si el caso es de citación de nueva demanda, se la deberá hacer a los herederos del mandante.

Sustitución.—Si delegado el mandato y apersonado ya el sustituto en el juicio, fallece el mandante, el mandato continúa, y el sustituto o delegado representa a los herederos del mandante, o sea al **mandante difunto**, como dice el Código.

Si, en el propio caso de haberse delegado el mandato, fallece el mandatario después de apersonado el sustituto, subsiste también el mandato, conforme al inciso adicionado al Art. 2156 del Código Civil, que ya conocemos.

Si la delegación ha sido autorizada con designación de persona, esta disposición legal no es sino mera consecuencia de la regla que, en tal caso, hay un nuevo mandato entre el mandante y el delegado, que, como dice el Art. 2124, no termina por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario.

En el propio caso de delegación a la persona designada por el mandante, subsiste el mandato con respecto al sustituto, aunque a la fecha de la muerte del primer mandatario, el delegado no se haya presentado todavía en la causa.

El mandato extrajudicial termina **ipso jure**, por la muerte del mandante, conforme al axioma **solutio jure dantis solvitur jus accipientis**, o por la muerte del mandatario debiendo sólo, en el primero de los casos, en el de la muerte del mandante, finalizar las gestiones principiadas, cuando, de suspenderlas, seguiría perjuicio a los herederos del mandante. (Art. 2155).

En el de muerte del mandatario, los herederos tienen la obligación que les impone el Art. 2157, en estos términos:

"Art. 2157.—Los herederos del mandatario que fueren hábiles para la administración de los bienes, darán aviso inmediato de su fallecimiento al mandante, y harán en favor de éste lo que puedan y las circunstancias exijan. La omisión a este respecto les hará responsables de los perjuicios.

"A igual responsabilidad estarán sujetos los albaceas, los tutores y curadores y todos los que suceden en la administración de los bienes del mandatario que ha fallecido o se ha hecho incapaz."

279.—Quiebra o insolvencia.— Interdicción.— Matrimonio.— Cesación de funciones.

La persona que está en **quiebra o insolvencia** puede conferir mandato? . . . (1) Si lo puede, ¿por qué termina

(1) La quiebra en el estado jurídico de un comerciante que ha cesado en el cumplimiento de sus obligaciones. La **insolvencia** es un estado análogo de un no comerciante. Ambos estados son declarados por el Juez, a petición del mismo deudor o de sus acreedores, y esa declaración surte el efecto de la incapacidad de que hablamos en la prop. 248. Los quebrados o insolventes se llaman **fallidos**.

el mandato por la quiebra o insolvencia superviviente?... Y si el poder se ha conferido para el mismo juicio de preguntas debemos observar que el Código no establece quiebra o cesión de bienes?... Para responder a estas incapacidades especiales para el contrato de mandato, y que, por lo mismo, este punto debe regirse por las reglas generales sobre la capacidad para los actos y declaraciones de voluntad.

Entre esas reglas, contenidas en los Arts. 1436 y 1437, tampoco se hace mención de la quiebra o insolvencia; pero al tratar de la incapacidad relativa, hay un inciso que dice:

"Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

Y en el Código de Enj. tenemos la siguiente disposición:

"Art. 588.—Por el hecho de declararse formado el concurso, queda el fallido inhabilitado para la administración de todos sus bienes, para disponer de ellos, y para contraer, sobre los mismos, nuevas obligaciones. Dicha administración pasa de derecho a la masa de acreedores representada por el Síndico, con quien se seguirá todo juicio civil relativo a los bienes del fallido; sin perjuicio de que éste sea oído, cuando el juez o tribunal lo crea conveniente.

"Pero el fallido puede ejercer, por sí mismo, todas las acciones que se refieren exclusivamente a su persona, o que tengan por objeto derechos inherentes a ella".

En cuanto a la quiebra, el Código de Comercio adopta reglas análogas en los Arts. 950 y 951.

De estos antecedentes podemos deducir:

1º—Que el mandato conferido por el quebrado o insolvente para asuntos relativos a los bienes de cuya administración está privado, es nulo.

2º—Que, con respecto a las acciones que el fallido puede ejercer por sí mismo, puede también conferir poder a otra persona; v. gr. para un litigio sobre injurias, para divorciarse de su cónyuge, para defender su estado civil, y aun para gestionar en el mismo concurso o quiebra en todo aquello en que no deba ser representado por el Síndico.

3º—Que, por la quiebra o insolvencia superviviente, termina el mandato relativo a los asuntos a que nos referimos en el número primero; mas no sería razonable considerarlo terminado respecto de los demás del número segundo.

4º—Que, con mayor razón, no cabría la terminación del mandato especialmente conferido para hacer la declaración de quiebra o la cesión de bienes y gestionar en el respectivo juicio.

Quiebra o insolvencia del mandatario.—Aquí podemos hacer preguntas análogas. Es nulo el poder otorgado a un fallido?... Si no lo es, por qué la quiebra o insolvencia superviviente pone término al mandato?...

El Código tampoco declara a los fallidos incapaces para aceptar poderes o mandatos, ni, en general, para todo contrato. Y el de Enj., que en el Art. 49 enumera las personas impedidas de presentarse en juicio como procuradores, no menciona a los fallidos.

Luego la conclusión debe ser la de que el poder no es nulo, y el fallido puede presentarse a ejercerlo. Mas si la quiebra o la insolvencia sobrevienen durante el ejercicio del poder, termina el mandato.

La doctrina legal resulta en esto algo incoherente; y no se nos ocurre otra explicación que la de que, quien emplea a un fallido, toma las precauciones necesarias, en vista de que ese individuo no tiene bienes con que responder; mas si, conferido el poder a persona que está en plena capacidad de administrar sus bienes, sobreviene la quiebra o insolvencia, los intereses del mandante pueden comprometerse gravemente; y es de suponer que, a tener conocimiento de esa circunstancia, el mandante no habría otorgado el poder.

Interdicción del mandante o del mandatario.—Sí, al conferir el mandato, está en interdicción el otorgante, el contrato es nulo, según las reglas generales sobre capacidad para actos de voluntad; y si la interdicción ocurre después del otorgamiento, el mandato termina, conforme al Art. 2150 del Código Civil; a diferencia de lo que sucede respecto de la mujer mandante que se casa, como ya veremos.

Si el mandatario está en interdicción, al tiempo de conferírsele el poder, es también nulo el contrato, y no

cabe la excepción que respecto del menor y mujer casada establece el Art. 2115. Si la interdicción ocurre durante el ejercicio del mandato, éste termina, con arreglo al mismo Art. 2150.

Matrimonio de la mujer mandante.—El Código Civil dice:

"Art. 2158.—Si la mujer ha conferido un mandato antes del matrimonio, subsiste el mandato; pero el marido podrá revocarlo a su arbitrio".

Este artículo aplicable también al mandato judicial, esté o no ejerciéndolo ya el mandatario. Por consiguiente, si el marido no hace la revocación, puede el mandatario, no sólo continuar la gestión principiada, sino proponer o contestar demandas nuevas, dentro de los límites del poder.

Matrimonio de la mujer mandataria.—Por este hecho termina el poder extrajudicial, según el Art. 2150, sin embargo de que, según el 2113, si el mandato se confiere a una mujer casada, los actos de ésta son válidos, dentro de ciertos límites.

Para el mandato judicial, el Código de Enj. declara incapaz a la mujer casada, salvo que el poder sea del marido; y a las solteras o viudas, a no ser que el poder sea de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (Art. 49 N° 8). Por tanto, si la soltera o viuda que ejercía el poder de un pariente en el grado dicho, se casa con otra persona, termina por el mismo hecho el mandato.

Cesación de las funciones del mandante, en virtud de las cuales se otorgó el poder.—Si el gerente de un banco, administrador de una sociedad, tutor o curador, etc., que ha otorgado el poder para pleitos, cesa en el cargo durante el litigio, por expiración de su período, por renuncia, etc., cesa también, por el mismo hecho, el poder. **Solutio jure dantis, solvitur jus accipientis.**

No ocurre lo que en el caso de muerte del mandante, que el mandatario sigue representando a la sucesión, hasta que los herederos dispongan.

280.—Puede aplicarse al mandato judicial el Art. 2160 del Código Civil?

Este artículo dice:

"En general, siempre que el mandato espira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe, contra el mandante.

"Quedaría asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario hubiere pactado después de saber la causa que hizo espirar el mandato, si el contrato hubiere sido celebrado con terceros de buena fe; pero el mandante tendrá derecho a que le indemnice el mandatario.

"Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos o carteles, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez, en su prudencia, absolver al mandante".

En materia judicial, pueden presentarse graves cuestiones, como éstas:

1ª—El mandante revoca, restringe o modifica el mandato, antes de que se presente el mandatario; y éste, ignorándolo o a sabiendas, comparece a nombre del mandante, sin que ni el juez ni la parte contraria tengan noticia de aquel acto del mandante que le deja sin personería al apoderado;

2ª—Renuncia el apoderado, antes de presentarse en juicio, y lo comunica al mandante; pero así y todo propone una demanda o la contesta, o se presenta en juicio ya trabado, ocultando al juez y a la parte contraria la expiración del cargo;

3ª—Muere el mandante antes de apersonarse el mandatario; y éste, ignorando la muerte o a sabiendas, se presenta en la causa;

4ª—Pendiente el juicio, se declara insolvente o en quiebra al mandatario o al mandante; se les pone en interdicción; se casa la mujer mandataria, o cesa el mandante en el cargo o empleo en cuya virtud confirió el poder (V. gr. renuncia el gerente que otorgó el poder, o sale de la menor edad el pupilo, etc.) mas, no constando de autos tales circunstancias, se continúa la causa con el ex-mandatario.

En todos estos casos ¿es nulo el proceso o puede alegarse, para su validez, la ignorancia del mandatario, con arreglo al inciso 1º del Art. 2160, o la buena fe del tercero, según el inciso 2º? . . .

En favor de la primera solución, esto es, de la nulidad, puede alegarse, ora que, por los términos y el espíritu de este artículo, parece referirse sólo a asuntos extrajudiciales; ora que, en lo judicial, la legitimidad de personería afecta a la solemnidad del proceso, y su falta constituye una omisión sustancial de forma, que no puede subsanarse por la ignorancia o buena fe de las partes.

Por la segunda, o sea por la validez del proceso, mediante la aplicación de ese artículo:

1º—No haber en esta disposición del Código Civil ni en ninguna otra, excepción expresa ni claramente tácita respecto de los asuntos judiciales;

2º—Los graves inconvenientes y aun fraudes a que puede dar lugar la solución primera;

3º—Para los casos de restricción o revocación del mandato, la regla del Art. 1697 sobre las contraescrituras, que puede ser aplicable, por lo menos por analogía;

4º—Asimismo por analogía, lo dispuesto por el Código de Enj. respecto de revocación y renuncia, en cuanto da a conocer el propósito del legislador de que la expiración del poder conste de autos, para que surta sus efectos;

5º—La doctrina de nuestro Tribunal Supremo, que así lo resolvió en una ocasión. Jurisp. caso 61;

6º—La doctrina de los tribunales y expositores franceses respecto del mismo punto (1).

(1) Laurent, Tomo 28, Nº 114; Troplong, Du Mandat Nros. 724 y 726.

El Código Napoleón, en que se basó el nuestro y al cual se refiere la doctrina francesa, dice simplemente: "Art. 2008.—Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l' unedes autres causes qui font cesser le mandat, ce qui il a fait dans cette ignorance est valide".

El Digesto decía: "Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare. Ley 26, texto de Juliano, "De Mandati".

§ 2º

REPRESENTANTES LEGALES.—DEFENSORES PUBLICOS

281.—Cuándo y cómo deben legitimar su intervención o personería.

Los representantes legales, por el hecho mismo de serlo, no necesitan otro título para estar en juicio a nombre de sus representados. (El marido por la mujer; el padre de familia por los hijos; el curador por el pupilo, y los representantes de personas jurídicas, por éstas).

El curador debe, eso sí, presentar en todo caso copia de su discernimiento, que, según el lenguaje de la ley, le sirve de poder (Art. 848).

El padre y el marido necesitan acompañar las correspondientes partidas que acrediten su estado civil, sólo cuando la parte contraria se lo impugna (Art. 806), como lo veremos después.

Los representantes de personas jurídicas privadas (gerentes de bancos, sindicatos de concursos, personeros de otras instituciones, etc.) deben también legitimar en todo caso su personería, con el respectivo nombramiento. Algunos opinan que se debe presentar además la escritura social, estatutos etc., que acrediten la existencia legal de la institución; lo cual nos parece exagerado e inadmisibles, en tanto que no haya reclamación o controversia al respecto.

Los representantes de personas jurídicas de derecho público (Agentes Fiscales, Personeros de Beneficencia, Procuradores Municipales, Colectores, etc.) deben presentar su nombramiento cuando la otra parte les disputa o niega la representación o se suscita alguna duda o incidente al respecto. Fuera de esos casos, no es indispensable la presentación del título o nombramiento; pues así como las leyes se suponen conocidas de todos los habitantes de la República, los empleados públicos se consideran también conocidos como tales, mientras no se

promueva cuestión sobre ese punto o haya motivo para dudarlo (1). (Véase en Jurisp, el caso 32).

Los **defensores públicos** (de menores, de ausentes, de obras pías, de herencias yacentes, de derechos eventuales del que está por nacer y de matrimonios) son también funcionarios públicos, y por la misma razón, no están obligados a presentar su título o nombramiento sino cuando se promueve incidente al respecto. No ejercen propiamente representación o personaría, a menos que, por excepción, se lo ordene la ley; son órganos del ministerio público, y su función propia es la de la fiscalización o control en favor de los intereses que les son encomendados; como lo hemos manifestado al explicar esta materia en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los **defensores de pobres** no son defensores públicos, como allí indicamos; no pertenecen al **ministerio público**, y patrocinan a sus clientes, como cualquier otro defensor. El Código de Procedimiento Penal concede en algunas disposiciones al defensor, el derecho de representar al procesado (Arts. 64, 144, etc.).

§ 4º

DOS O MAS ACTORES O DEMANDADOS

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

Mientras mayor es el número de las personas que intervienen en un juicio, más se complica y embrolla el

(1) El Código Chileno impone el deber de exhibir su título a los que comparecen en juicio en virtud de un cargo que requiere especial nombramiento, como lo vimos al estudiar la prop. 263; y no distingue el cargo público del privado.

proceso. De allí la regla, generalmente seguida por las legislaciones, de que, si son dos o más los actores o los demandados, deben litigar por medio de un solo procurador. Estudiemos los principales casos que en tal situación pueden ocurrir.

1º.—Dos o más actores.—Nuestra regla legal, consignada en el Art. 65, dice: "Si fueren dos o más los demandantes por un mismo derecho, se les obligará a que constituyan, dentro de término prudencial, un solo procurador; y si no lo hicieron, se les declarará rebeldes".

Dice por un mismo derecho, porque, como veremos después, cabe que en un mismo libelo manden dos o más personas, por diversos derechos, o que intenten distintas acciones, con tal que tengan el mismo origen.

Aun en este caso podría la ley exigir la unidad del procurador, a menos que haya contraposición de intereses entre los demandantes, como cuando dos o más personas solicitan la partición de una herencia u otra cosa común.

Creemos también que habría sido mejor que la ley dijese: "No se admitirá la demanda si los actores no se presenten por medio de un procurador común"; en vez de admitir la demanda sin este requisito, y en seguida dar términos a los actores para que lo cumplan. Aquello habría sido más lógico y natural y más práctico, evitando el peligro de que, desde el primer momento, surja un incidente que pueda complicarse, si los demandantes no se acuerdan en el nombramiento.

2º.—Dos o más demandados.—Nuestra regla legal dice: "Se hará lo mismo, si fueren dos o más los demandados, siempre que sus excepciones o derechos no fuesen diversos o contrapuestos".

De aquí se deduce:
a).—Que no puede ordenarse a los demandados el nombramiento de un solo procurador, antes de que deduzcan excepciones;

b).—Que aun deducidas excepciones idénticas, no cabe esa orden, si los derechos son diversos; v. gr. si la demanda de nulidad de testamento se dirige contra el heredero y contra uno o más legatarios, y todos contestan negando el motivo de nulidad;

c) — Que si antes de contestar a la demanda, deducen los demandados excepciones dilatorias idénticas, pueden ser obligados al nombramiento de procurador común, hasta que, propuestas las perentorias, se conozca si deben o no continuar del mismo modo;

d) — Que si dos o más demandados deducen alguna dilatoria, y los otros guardan silencio, reservándose para las perentorias, los primeros pueden ser obligados al procurador común; mas no los segundos;

e) — Que si dos o más demandados deducen ciertas excepciones, y otros dos o más, otras, cada grupo debe nombrar su procurador.

3º.—Desacuerdo de los demandantes o demandados en cuanto al procurador.—Para este caso, algunos códigos extranjeros disponen que el nombramiento se haga por mayoría, y que, a falta de mayoría, elija el juez. Otros mandan, más acertadamente, que a falta de acuerdo, la elección se haga por el juez, prescindiendo de mayoría (1). Nosotros no tenemos regla alguna; y por lo mismo, rigiéndose el caso por las reglas generales de los contratos y por las especiales del mandato, es necesario

(1) PERUANO.—"Art. 14.—El nombramiento de apoderado común se hará por acuerdo de todos o de la mayoría de los interesados.

En caso de omisión de estos o si no hubiese mayoría, se hará el nombramiento por el juez"

CHILENO.—"Art. 13.—En los casos de que trata el Art. 20, el procurador común será nombrado por acuerdo de las partes a quienes haya de presentarse."

El nombramiento deberá hacerse dentro del término razonable que se fije al tribunal."

"Art. 14.—Si por omisión de todas las partes o por falta de consentimiento entre ellas no se hubiere al nombramiento dentro del término indicado en el artículo anterior, lo hará el tribunal que conoce de la causa, debiendo, en todo caso recabar el nombramiento en un procurador del número o en una de las partes que hubiere concurrido.

Si la omisión fuere de alguna o algunas de las partes, el nombramiento hecho por la otra u otras valdrá respecto de todas."

"Art. 20.—Si fueren dos o más las partes que entablan una demanda o gestión judicial y deducieren las mismas acciones, deberán obrar todas conjuntamente constituyendo un solo mandatario.

La misma regla se aplicará a los demandados cuando fueren dos o más y opusieren idénticas excepciones o defensas."

el consentimiento unánime de las partes; y a falta de unanimidad, incurren éstas en la rebeldía con que la ley les comina.

El caso es más grave, o por lo menos más fácil de suceder, para los demandados que para los actores; los cuales, por el hecho mismo de poner una sola demanda, dan a conocer que están de acuerdo; mientras que los demandados pueden no tener confianza y relación entre ellos; pueden estar resentidos o alejados por diversas causas; puede haber entre ellos secreta oposición de intereses o miras, y hasta convivencia de alguno con el demandante.

Aun más, el actor puede mezclar, de propósito, entre los demandados alguna persona que obre de acuerdo con él y les dificulte la defensa, con el pretexto de discordia en cuanto al procurador.

4º.—Rebelía de los demandantes o demandados.—Si los demandantes o demandados no constituyen el procurador común, cuando se les ha ordenado hacerlo conforme a la ley, son declarados rebeldes, a petición de la parte contraria, y desde entonces no se cuenta con ellos, es decir, no se les notifica ninguna providencia; no se les corre traslado, etc. Mas eso no obsta, en nuestro concepto, a que puedan ellos emplear sus medios de defensa; rendir pruebas, hacer alegatos, interponer recursos, etc.

5º.—Intervención personal, no obstante el procurador común.—Si los actores o demandados, en su caso, han nombrado el procurador común, sólo con éste se entenderán las notificaciones y traslados; mas, aquellos podrán gestionar también personalmente, como hemos dicho respecto al caso de rebeldía, y como puede hacerlo todo litigante que tiene procurador en el juicio (1).

(1) El Código Chileno dice: "Art. 17.—Cualquiera de las partes representadas por el procurador común que no se conformare con el procedimiento adoptado por él, podrá separadamente hacer alegaciones y rendir las pruebas que estime conducentes, pero sin entorpecer la marcha regular del juicio y usando de los mismos plazos concedidos al procurador común. Podrá, asimismo, solicitar dichos plazos o su ampliación o interponer los recursos a que hubiere lugar, tanto sobre las resoluciones que recaigan en estas solicitudes, como sobre cualquiera sentencia interlocutoria o definitiva."

6º—Intervención de un agente común, con oferta de poder o ratificación.—Si a nombre de los dos o más de mandantes o demandados a quienes se les ha ordenado constituir un solo procurador, se presenta una persona ofreciendo poder o ratificación de ellos, se cuenta en lo sucesivo con esa persona; mas si ésta, llegado el caso de legitimar su personería, presenta, no el poder sino la ratificación de los dos o más actores o demandados, no debe contarse en adelante con éstos, y se les tendrá como rebeldes, con arreglo al Art. 65; porque, por el hecho de presentarse de nuevo firmando todos, infringen su obligación de figurar por medio de un procurador común, e incurrir en la sanción de la rebeldía, establecida por dicho artículo.

Por manera que el juez, en la misma providencia en que dé por legitimada la personería del agente que figuró con protesta de poder o ratificación, debe ordenar que en lo sucesivo no se cuente con los rebeldes hasta que cumplan ese deber.

Nos inclinamos, empero, a creer que en este caso sería más estrictamente legal y conforme con el pensamiento del legislador, no admitir la oferta de ratificación; porque el término que, según el Art. 65, debe concederse a los dos actores o demandados, es para que, dentro de él, constituyan el procurador; y en rigor de verdad, este deber no queda cumplido con la simple promesa de poder o ratificación. Desearíamos, por tanto, que en este sentido se encaminase la práctica forense; pues así se evitarían los embrollos y dilaciones ocasionados por tales promesas y por la consiguiente ratificación de los interesados, que, de esa manera, vuelven a com- parecer personalmente sin procurador común.

7º—Recusación de asesores.—El derecho de libre recusación que la ley concede a cada parte, no puede ejercitarse sino por medio del procurador común, cuando los actores o demandados, en su caso, lo han nombrado o han debido nombrarlo; porque todos constituyen una sola parte. Mas sí, por ser diversos los derechos o excepciones, o por no llegar aún el momento de cumplir el deber de constituir un solo procurador, pueden litigar separada o individualmente, cada uno constituye parte diversa, y puede ejercer aquel derecho.

Esto ocasiona graves dificultades prácticas y a veces vuelve casi imposible la prosecución de las causas, con notable perjuicio de los intereses de la justicia. Dichas dificultades provienen, cierto, de la institución misma de los asesores, que en los tiempos actuales, no existe ya sino en el Ecuador, pero cuya abolición requiere otras reformas o cambios, por ahora difíciles entre nosotros, como lo observamos al tratar de ese punto en el estudio de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En tal virtud, propusimos en la última legislación se adoptase para este caso la regla que en el procedimiento penal tenemos para la recusación de jurados, cuando son dos o más los acusados, es decir, la de que se determinase por sorteo el orden en que pudieran hacer la recusación los dos o más actores o demandados, de manera que entre todos no pudiesen recusar más de dos asesores. La Cámara del Senado aceptó nuestra indicación, mas no pasó en la de Diputados, y las cosas quedaron como antes.

8º—Revocación del mandato.—Si el mandante es uno solo, puede revocar libremente el mandato extrajudicial. Si son dos o más, cada uno de ellos puede ejercer el mismo derecho, independientemente de los otros; y desde ese momento expira el mandato, con respecto al revocante. No cabe sobre esto dificultad.

Si el mandato de una sola persona es judicial, puede ser revocado con la misma libertad, a condición de salir personalmente al juicio el mandante, como ya sabemos. Pero si son dos o más los mandantes judiciales—actores o demandados—y si conforme a la disposición legal que estudiamos, no pueden figurar en juicio sino por medio de procurador común, ¿podrá cualquiera de ellos revocar, por su parte, el mandato; y si lo puede, cómo se sigue en adelante?... ¿Diremos que no, porque el revocante no puede cumplir la condición de salir personalmente a juicio, o admitiremos que, presentada la revocación por uno de los mandantes, quedan todos sin procurador común y sujetos de nuevo a la obligación de constituirlo, so pena de la rebeldía?...

Extraño es que nuestro legislador no se haya preocupado de este grave caso, que tan fácilmente puede ocurrir en la práctica; y a falta de disposición especial al respecto, nos inclinamos a creer, basados en los mismos

principios a que nos hemos atendido al tratar del mandato extrajudicial, que la revocación surte pleno efecto respecto del revocante; que éste queda sin representación en el juicio, y sin derecho a que se cuente con él en las citaciones y traslados; pero que el mandatario sigue representando a los otros mandantes.

Creemos, además, que el revocante podría gestionar por sí mismo, v. gr. para rendir pruebas, interponer recursos, como dijimos en los Nros. 4º y 5º de esta posición.

El Código Peruano, que se rige por el principio de la mayoría, dispone que, por medio de ella, puede revocarse el poder; pero que cada uno de los mandantes puede obtener del juez la revocación o cancelación del mandato, justificando motivos (1).

El Chileno, que adopta el principio de la unanimidad, la exige también para la renovación, pero permitiendo, asimismo, a cualquiera de los mandantes, solicitar del juez, con justa causa, la cancelación del mandato (2).

Ambos Códigos declararían que todos los mandantes, de acuerdo, pueden revocar el mandato; pero la revocación no surte efecto sino desde que aquellos han constituido un nuevo procurador.

(1) "Art. 15.—El nombramiento de apoderado común puede ser revocado por acuerdo de la mayoría de los interesados.

Puede serlo también por el juez, a petición de alguno de ellos y por motivo fundado. La oposición de los otros interesados se sustanciará y decidirá como incidente.

Art. 16.—La revocación del poder del apoderado común, hecha por los interesados, no produce efecto mientras no se nombre nuevo apoderado y éste sale a juicio."

(2) "Art. 15.—Una vez hecho por las partes o por el tribunal el nombramiento de procurador común, podrá revocarse por acuerdo unánime de las mismas partes o por el tribunal a petición de alguna de ellas, si en este caso hubiere motivos que justifiquen la revocación.

Los procedimientos a que dé lugar esta medida se seguirán en cuaderno separado y no suspenderán el curso del juicio.

Sea que se acuerde por las partes o que se decrete por el tribunal, la revocación no comenzará a producir sus efectos mientras no quede constituido el nuevo procurador."

Desearíamos que en el foro ilustrado se estudiaran estos problemas y se insinuase alguna reforma a la legislación.

9º—**Renuncia del mandatario.**—Tampoco tenemos regla especial para este caso, y debemos regirnos por las generales que, sobre renuncia, hemos visto en los dos Códigos. En consecuencia, el mandatario podrá renunciar libremente y separarse del juicio, si todos los mandantes están presentes. En cuanto a los inconvenientes de esta regla legal, nos referimos a la proposición 278. En los demás casos de expiración del poder, se aplicarán igualmente las reglas generales.

LECCION IV

PARTE LEGAL

De los procuradores

SINOPSIS

(Continuación del programa)

283.—Definición legal de Procurador, en el Art. 48.

284.—Detalle de las incapacidades legales para la procuración judicial, en el Art. 49.—Reformas y deficiencias de este artículo.—Los ciegos.—Los analfabetos.

285.—Los incapaces pueden sustituir, según el Art. 50.

286.—Presentación del poder, según el Art. 51.—Historia de esta disposición.—Falsa personería.—Sus efectos.—Presentación de poder insuficiente.—Presentación posterior a la declaración de falsa personería.

287.—Forma de los poderes de menor y de mayor cuantía, según los Arts. 52 y 53.—En las parroquias distantes, según el 54.—En la Región Oriental y en el Archipiélago, según el 55.

288.—Actos que requieren cláusula especial, según el Art. 56: 1º transcribir; 2º comprometer; 3º desistir; 4º absolver o diferir; 5º recibir.—Prorrogar jurisdicción, intentar demandas nuevas y sustituir, según el Código de 1869.—Gestiones extrajudiciales.

288 bis.—Confesión del ex-mandatario, según la ley y la jurisprudencia.

289.—Detalle de los deberes procesales del apoderado, según el Art. 57.—Reformas.—Dos artículos suprimidos por innecesarios.

290.—El Art. 58, agregado al Código en 1912, debió ser mero inciso del 54.

291.—Indemnización al apoderado reducido a prisión.—Art. 59.

- 292.—Sustitución del poder, según el Art. 60.—Referencias.
- 293.—Terminación, según el Art. 61.—Revocación según el 62.—Renuncia según el 63 y 64.
- 294.—Dos o más actores o demandados, según el Art. 65.
- 295.—Representantes legales según el Art. 66.—Modo de legitimar su personería.—Sus funciones judiciales ordinarias y extraordinarias.—Pueden sustituir o delegar?—Pueden ejercer las facultades del Art. 56? Confesión del ex-representante.
- 296.—No debe contarse con el mandante, según el Art. 67, aunque comparezca personalmente.—Citación para la confesión del mandante.—Revocación tácita.—Dos artículos suprimidos por inconvenientes.
- 297.—Para los motivos de excusa o recusación, no se toma en cuenta al mandatario.—Mala redacción del Art. 68.—Su razón e historia.

Jurisprudencia

- Caso 23.—El procurador puede aceptar parcialmente el poder? ¿Puede ser obligado a intervenir, si rehusa hacerlo?
- Caso 24.—La misma cuestión precedente, en relación con el Art. 514.
- Caso 25.—Contraposición de intereses que impide al mandatario figurar como tal.
- Caso 26.—La firma a ruego no es poder.
- Caso 27.—Procuración ejercida a nombre de un difunto.—Cabe ratificación de los herederos?
- Caso 28.—Si el actor obra a nombre propio y al de otros, y luego otra persona comparece a nombre del actor, se ha de entender que representa a todos.
- Caso 29.—Un endoso ilegal puede valer en juicio como poder legal?
- Caso 30.—La misma cuestión jurídica, en un fallo anterior.
- Caso 31.—Otro caso sobre la misma cuestión del endoso irregular.—Confesión del endosante.
- Caso 32.—Mujer procuradora.—¿Cabe ratificación de los actos de un mandatario incapaz?
- Caso 33.—Ratificación de los actos de un mandatario incapaz.
- Caso 34.—Presentación del poder por persona diversa del apoderado.
- Caso 35.—La ratificación es sólo para lo pasado.—El límite es la fecha en que se firmó el escrito o la de su presentación?
- Caso 36.—Distinción entre falsa personería e insuficiencia del poder.
- Caso 37.—Consentimiento de la mujer casada, para la venta de sus bienes raíces, expresado en un poder ante juez parroquial.
- Caso 38.—Poder ante juez parroquial para venta de bienes raíces.
- Caso 39.—No cabe apelación de ninguna providencia que aplique el Art. 51.
- Caso 40.—Cláusula especial para transigir.—Determinación de la materia.
- Caso 41.—No se necesita cláusula especial para sustituir.—Reserva de esta facultad por el mandante.
- Caso 42.—No se necesita cláusula especial para desistir en un incidente.—Y para desistir de la apelación en lo principal?
- Caso 43.—El Procurador Municipal no puede desistir.
- Caso 44.—El apoderado del Procurador Municipal no puede desistir, sin autorización especial.

- Caso 45.—El Procurador Municipal no puede confesar.
- Caso 46.—El Procurador Municipal puede ratificar lo hecho a su nombre.
- Caso 47.—El Presidente del Concejo no puede absolver posiciones como tal.
- Caso 48.—El Presidente de la República no puede absolver posiciones, como tal.
- Caso 49.—Facultades e instrucciones.
- Caso 50.—El defensor de ausentes no puede apelar.
- Caso 51.—Muerte del demandado mandante, antes de la citación de la demanda.—Ratificación de los herederos.
- Caso 52.—Poder especial para transigir, con especificación del objeto.
- Caso 53.—Disuelta una sociedad, puede subsistir el poder conferido por ella para el pleito.
- Caso 54.—Revocación del mandato y comparecencia personal del mandante.
- Caso 55.—Procurador común antes de la contestación.
- Caso 56.—Los representantes legales deben legitimar su personería?
- Caso 57.—El curador de la herencia yacente puede representarla en juicio.
- Caso 58.—Antes de la aceptación del poder no puede contarse con el apoderado.
- Caso 59.—Debe contarse en segunda y tercera instancia con el mandatario que figuró en primera? Confesión del ex-mandatario.
- Caso 60.—La mujer que ha propuesto demanda de separación de bienes no puede desistir.
- Caso 61.—Expirado el mandato antes del juicio, pueden ser válidas las gestiones del apoderado por la ignorancia de éste o por la buena fe del tercero, conforme al Art. 2160 del Código Civil.
- Caso 62.—Un tinterillo no puede ser apoderado, ni puede revocarse la sentencia que le declaró tal.

DESARROLLO

Art. 48

283.—Definición legal de Procurador.

Este artículo es el 111 del Código de 1869, el cual en vez de "demandados", decía "reos", palabra que es ya poco usada en el lenguaje moderno para lo civil. Prop. 222.

Las palabras **actores** o **demandados** deben eliminarse de la definición, por inútiles, y además, porque los procuradores judiciales pueden figurar en juicio sin ser actores o demandados, v. gr. en los juicios de inventario. La definición mismo está por demás, porque basta decir **procurador judicial** para dar a entender que se trata de un mandatario facultado para figurar en juicio. Sería útil la definición si, limitando el sentido natural de la palabra, para simplificar el tecnicismo legal, dijera, como Caravantes: "Son procuradores los mandatarios autorizados para figurar en juicio".

De este modo tendríamos diferencia de género y especie entre **mandato y procuración**; y con una sola palabra designaríamos el mandato judicial, conformándonos con la idea que al respecto sugiere el Código Civil, en el Art. 2103.

Por lo demás, nos referimos a la prop. 258.

Art. 49

284.—Detalle de las incapacidades legales para la procuración judicial.—Reformas y deficiencias de este artículo.

Sabemos ya (prop. 261) que estas incapacidades se fundan, ora en la incapacidad general para los actos jurídicos, ora en la incompatibilidad de funciones; bien en consideración al estado o condición social de ciertas personas; bien, en fin, en razones de indignidad o falta de honorabilidad. Ahora vamos a estudiar en detalle qué

nes son los incapacitados por la ley para la procuración judicial.

1º—**Los abogados impedidos de ejercer la profesión.**—La razón es clarísima: si por los cargos públicos que desempeñan o por otra causa, están ciertos abogados impedidos de ejercer la profesión, contradictorio y absurdo sería que pudiesen intervenir en juicio como **meros procuradores**.

2º—**Los menores y demás personas sujetas a guarda**—El Art. 49 que estudiamos no trata de la incapacidad de ser procurador o mandatario, en general, sino simplemente de la de **comparecer en juicio** con ese carácter. Según esto, parece a primera vista que en la enumeración podían omitirse todas las personas incapaces de contratar, y mencionarse sólo aquellas que, pudiendo ser mandatarias, eran inhábiles para la procuración judicial. Se ha hablado, sin embargo, en este número de los menores y de todas las personas que están o deben estar bajo tutela o curaduría, para dar a entender que estas personas no pueden ejercer mandato judicial ni aun con las solemnidades con que podrían contratar.

Además, concuerda esta disposición con la del Art. 36, que prohíbe a tales personas comparecer en juicio como actores o demandados.

En la palabra **menores** están comprendidos también los hijos de familia; y esta disposición manifiesta que un menor no puede ejercer la industria de desempeñar poderes judiciales.

3º—**Los Clérigos.**—Si son abogados, están comprendidos en el inciso primero, porque la Ley Orgánica les prohíbe ejercer la abogacía, a no ser en asunto propio o de sus iglesias (1). La razón de esta prohibición es la incompatibilidad de las contendas judiciales con la misión sacerdotal, que es de paz y caridad.

Por la misma razón, si no son abogados, no cabe que puedan figurar en esas contendas, en calidad de **personeros**.

(1) Art. 190, que transcribiremos al comentar el caso 9º del artículo que estudiamos.

4º—**Los religiosos.**—Estudiamos ya (propps. 247 y 257) la regla a que están sujetos los religiosos que necesitan comparecer en juicio como actores o demandados, y las observaciones que tales reglas nos han sugerido. Cuanto a la procuración judicial, tenemos ahora una disposición más estricta: no pueden ejercerla los religiosos profesos sino para representar a sus conventos, ni aun con licencia del mismo prelado.

5º—**Los suspensos de la ciudadanía.**—Este número del artículo no pretende exigir que todo procurador sea ciudadano (prop. 261), sino sólo hacer indigno al que ha perdido la ciudadanía por auto motivado, es decir, por estar acusado de un crimen o delito. Debíó, empero, comprender, con mayor razón, a los que han perdido la ciudadanía a virtud de condenación judicial, con arreglo al Art. 49 del Código Penal.

6º—**Los tinterillos.**—Estos fueron incorporados a la lista de los inhábiles por la legislación de 1890. La regla tuvo sucesivas reformas; pero los incisos segundo, tercero y cuarto, que tratan de la **acción popular**, de juzgamiento por Jueces de Letras, etc., datan sólo desde 1904. La Ley de Instrucción Pública de 1897, a la cual se refiere el inciso 2º, facultaba en el Art. 6º a los Directores de Estudios para imponer multas hasta de doscientos sueres a los que ejerciesen profesión sin título legal; pero la de 1906, que rige actualmente, con varias reformas posteriores, no dice nada al respecto.

El Código de Policía, en el Nº 2º del Art. 42, considera como reos de contravención de cuarta clase, y castiga con multa de veintitrés o treinta sueres y prisión de cinco a siete días, a los que “en calidad de **tinterillos** o **empíricos**, ejerzan, sin título legal, la abogacía o cualquiera otra profesión”.

El Diccionario Académico dice: “**Tinterillo**, Americanismo, abogado de poco saber y respeto”. Mal informada ha sido, pues, la Real Academia respecto de este americanismo. En todos los países de América en que se usa esa palabra, es una voz despectiva con que se designa a los empíricos que, sin título profesional, se ocupan en defensas judiciales, considerándolos como una de las más funestas plagas sociales, por las corruptelas depravadas que tienden a establecer en la práctica curial, y

por los mil fraudes, raterías y abusos que cometen con la gente ignorante y sencilla que de ellos se confía.

Diversas medidas se han dictado en nuestras leyes para extirpar aquella plaga; pero todas han resultado nugatorias, por la falta de carácter y buena voluntad en los hombres encargados de emplearlas; lo cual es también otra calamidad pública, más grave y trascendental que la de los tinterillos. Pero lo que no han podido hacer las leyes civiles y penales, lo van realizando, con su inexecutable eficacia, las económicas. Se han multiplicado los abogados; y por lo mismo, se han puesto al alcance de todos los litigantes, grandes y pequeños, urbanos y rurales. Por otra parte, se han complicado las leyes, en relación con el enorme desarrollo de los negocios; y los procedimientos judiciales, saliendo de la esfera de la simple rutina, tienden a fundarse en principios elevados y constituir un mecanismo científico, para cuya comprensión, se hace indispensable la adecuada preparación técnica. Y todo esto, añadido al creciente prestigio moral de los empíricos, les va alejando paulatinamente y haciendo desaparecer de los centros forenses de alguna importancia, sin necesidad de sanciones penales ni de medidas represivas violentas.

El empeño del legislador de facilitar la persecución judicial de esos perversos, llevóle al absurdo extremo de declarar, en el inciso último, que, en el caso de fallo absolutorio, no habrá lugar a acción de calumnia. Por manera que, a cualquier persona honorable se le puede acusar de tinterillo; y por más infundada y maliciosa que sea la denigrante inculpación, no tiene responsabilidad alguna el acusador calumniantel!

Cierto que antes de esta ley, podían haberse abstenido de acusar algunas personas, por temor de la acción de calumnia; y quizá alguna vez vióse también que, acusado un verdadero y consumado tinterillo, resultase absuelto por falta de pruebas o por debilidad del juez, y que en seguida afigiése con la acción de calumnia al acusador. Mas el inconveniente quedaba remediado, racional y suficientemente, aplicando el principio jurídico de que no puede haber acción de calumnia contra un acusador o

denunciante, sino cuando resulta claramente que la denuncia o acusación han sido maliciosas, como lo dispone expresamente ahora la Ley Reformatoria del Código de Proc. Penal, expedida en 1923, en su Art. 20.

Véase en Jurisp. el caso 62, sobre otros puntos relativos a tinterillos.

7º—Los dependientes de los Escribanos.—El Escribano, como secretario del Alcalde, está obligado a la más estricta imparcialidad, como también a guardar secreto de lo que ante él ocurre en los asuntos judiciales (Ley Orgánica Arts. 122 y 144); y el cumplimiento de estos deberes no estaría suficientemente garantizado, si los dependientes del Escribano pudieran figurar como apoderados en las causas que ante él se actuasen.

Deben, empero, los Escribanos ir más allá en esta materia, prohibiendo severamente a sus dependientes recibir gratificaciones de las partes, por avisos u otros servicios relacionados con esas causas; a fin de que no se einda de ese modo la regla legal sabiamente consultada.

8º—Las mujeres.—Fúndase esta incapacidad en considerarse impropio del recato de la mujer el ocuparse en gestiones judiciales ajenas. Los apoderados judiciales de profesión están a corta distancia de los tinterillos; y si esto es feo para los hombres, para las mujeres sería monstruoso. El Código de 69 no tenía esta incapacidad. Las mujeres casadas no pueden representar a otra persona que a su marido, ni aun a sus propios hijos, aunque el marido lo consienta o autorice.

9º—Los comprendidos en los Nros. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 9º del artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prohíbe a ciertas personas ejercer la abogacía.— Ese artículo, que antes tenía el Nº 171, como dice el Código, es en la edición actual de la Ley Orgánica, el 190; y su tenor es el siguiente:

“Art. 193.—No pueden ejercer la abogacía:

- 1º—Los senadores y diputados, durante las sesiones del Congreso;
- 2º—El Presidente de la República, o el Encargado del Poder Ejecutivo, los Ministros de Estado y los empleados de los ministerios;
- 3º—Los magistrados de las cortes, los jueces criminales y especiales y los agentes fiscales;

4º—Los gobernadores o jefes políticos, los secretarios municipales que tengan a su cargo la oficina de inscripciones, los empleados de Hacienda, los de policía y los militares en servicio activo;

5º—Los secretarios relatores y demás empleados de los tribunales de justicia, excepto el editor de la Gaceta Judicial; los secretarios de Hacienda y demás subalternos de las jurisdicciones de letras, los escribanos y los anotadores de hipotecas:

6º—Los clérigos de órdenes mayores, a no ser en causa propia o de las iglesias a que pertenecan;

7º—Los frailes, excepto en las causas de sus conventos;

8º—Los locos o fútuos y los pródigos declarados;

9º—Los que estuvieren con auto motivado; y

10º—Los condenados a prisión u otra pena mayor, durante la condena.

Sin embargo de lo dispuesto en los Nros. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º y 10º de este artículo, las personas expresadas en ellos podrán defender las causas propias y las de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.”

Como se ve, en esta enumeración, incorporada en el Código de Enj. por el inciso 9º del Art. 49, se repiten algunas de las incapacidades ya puntualizadas en otros incisos del propio artículo, las cuales, por lo mismo, pueden omitirse.

Los ciegos.—En el Código de 1879 y los posteriores, figuraban los ciegos entre los inhábiles para el mandato judicial; pero fueron habilitados por Decreto de la Jefatura Suprema de 1896, que se incorporó en la edición de 1899, y sigue en vigencia.

El mismo decreto habilitó también a los abogados ciegos para asesorar.

Los analfabetos.—Estos ciegos espirituales no están impedidos de ejercer la procuración judicial, como observamos en la prop. 261, a la que nos referimos.

Art. 50

285.—Los incapaces de sustituir.

Refiérese este artículo a las personas que, siendo capaces de contratar, no pueden comparecer en juicio como procuradores, según lo observamos en la prop. 262.

Art. 51

286.—**Presentación del poder.**—**Historia de esta disposición legal.**—**Falsa personería.**—**Sus efectos.**—**Presentación de poder insuficiente.**—**Legitimación posterior a la declaración de falsa personería.**

Sobre la obligación de presentar el poder, que es uno de los primeros y más obvios deberes procesales del procurador, nos referimos a la prop. 270.

Historia.—Originariamente, es decir en el Código de 79, (1) tuvo este artículo un solo inciso, que decía:

"Art. 232.—Los procuradores deben presentar poder en el juicio en "que comparecen como tales, bien al principiar la lita o antes de la "sentencia; pero si en cualquier estado del juicio la otra parte exige "que lo presenten, serán obligados a ello, y en caso de no hacerlo, "pagarán las costas y perjuicios que hubiesen ocasionado".

Literalmente igual era el Art. 113 del Código de 1869.

La regla general así consignada permitía que cualquiera se presentase en juicio a nombre de otro, con oferta de legitimar su personería antes de sentencia; y pronto se comenzó a abusar de manera escandalosa y alarmante, alargando y embrollando los procesos, por medio de falsos procuradores, que a cada paso daban lugar al incidente de personería. Y no sólo paralizaban la causa, sino la hacían retroceder al estado en que se encontraba cuando comenzaron a intervenir.

En vista de esto, el año 1894 agregó el artículo: "Si lo los dos últimos incisos, esto es, el que comienza: "Si compareciere como procurador una persona desconocida", y el que declara inapelables las providencias expedidas con arreglo a los dos incisos precedentes.

(1) Hemos dicho antes (prop. 87, T. 1^o) que al tratar de las reformas y comentarios del Código de Enf. consideraremos como originario el de 1879, porque desde entonces no ha expedido nuestro legislador otro Código completo, sino sólo reformas y agregaciones, con las cuales se han hecho nuevas ediciones. Pero antes tuvimos el Código de 69 y varias otras leyes anteriores.

En 1904 se agregó al primer inciso la multa de diez a quinientos sures contra el falso procurador, que se la debía interponer teniendo en cuenta la naturaleza de la causa y su cuantía; y la parte final del mismo inciso que decía: "Los condenados como falsos procuradores pagarán las costas, daños y perjuicios, aunque posteriormente "te a la declaración hayan legitimado su personería". Pero como resultara ridícula la sanción de multa, porque los jueces, casi siempre débiles de carácter, difícilmente pasaban del mínimo y jamás llegaban al máximo, el año 1911 se sustituyó, por indicación nuestra, la multa de diez a quinientos sures con la de uno a diez sures diarios, en favor de la parte perjudicada, por todo el tiempo del retardo ocasionado por la falsa personería.

De esta manera llegó a quedar el artículo en el estado actual (1) y a conjurarse en gran parte aquella corruptela. Falta que también en el Código Penal se preevea y castigue el caso, en el Libro que trata de los **atentados contra la fe pública**; porque muy grave falsedad comete el que se presenta ante los Juzgados y Tribunales de Justicia con el carácter de apoderado de otra persona, sin serlo; aun prescindiendo de los perjuicios pecuniarios que con eso causa a la otra parte. Véase la prop. 270.

Falta, además, que a este misma artículo se le agregue una disposición que restrinja o limite la facultad de gestionar a nombre de otro con protesta de poder, permitiéndolo a cada persona por una sola vez en cada instancia, o de alguna otra manera que evite los incidentes y retardos a que da lugar la reiteración de esas protestas, como observamos en la prop. 270.

Poder insuficiente.—Si el que se ha presentado con oferta de poder o ratificación, acompaña después un poder insuficiente, debe ser declarado falso procurador, y condenado al pago de las costas y de la multa, como

(1) Según estas reformas, el artículo debía tener sólo tres incisos; mas en la edición de 1907 se lo dividió en cuatro, dando lugar a que se creyese que la regla del inciso final que niega todo recurso no era aplicable a la multa y demás sanciones del inciso 1^o. En la edición actual se corrigió ese error de edición. Véase jurisp. N^o 39.

si no hubiera presentado poder alguno; mas si a su primera solicitud acompaña ese poder, y el juez, teniendo lo por suficiente, sigue contando con el mandatario, la nulidad del proceso por la insuficiencia del poder debe ser declarada a costa del juez, y no hay lugar a la multa. Véase Jurisp. caso 36.

Legitimación posterior a la declaración de falsa personería.—La legitimidad de personería es, como veremos posteriormente, solemnidad sustancial cuya omisión acarrea la nulidad del proceso; pero si antes de que se ejercite la respectiva providencia, legitima su personería el falso procurador, se revoca la resolución y se valida el proceso. Por este medio, los que querían demorar maliciosamente las causas, se valían de un supuesto personal que, con protesta de poder o ratificación, pedía prórrogas y más prórrogas, y al fin no legitimaba su personería y se dejaba declarar falso procurador; después de todo lo cual presentaba el poder o la ratificación, y, revocada la providencia, quedaba sin ninguna sanción ese procedimiento malicioso.

En tal virtud, la legislación de 1904 agregó, como ya dijimos, el inciso que dispone que los condenados como falsos procuradores pagarán las costas, daños y perjuicios del incidente, aunque con posterioridad a la declaración legitimaren la personería.

La multa diaria, establecida en 1911, tiene el carácter de verdadera indemnización de perjuicios; más aún, es la única indemnización práctica y eficaz en estos casos; y por lo mismo, debiera incluirse también en el mencionado inciso.

Art. 52

287.—Forma de los poderes de menor cuantía.

Trata este artículo de la forma de los poderes de menor cuantía; por lo cual nos referimos a la prop. 263. Conforme a esta disposición, el original del instrumento se entregaba al interesado, y no quedaba en el archivo del juez constancia alguna del otorgamiento; lo cual ocasionaba muchas dificultades, ya porque si se perdía esa pieza, no había como reponerla ni comprobar su

existencia y contenido, ya también porque alguna vez los jueces parroquiales se prestaban a antedatar el instrumento con fines fraudulentos o criminales.

En atención a todo esto, la legislación de 1920 adoptó, entre las reformas que le propusimos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la siguiente disposición, que es ahora el Art. 72 de dicha Ley, y que debiera figurar también en el Código de Enj.

Art. 8º—Después del Art. 63 agréguense el siguiente:

"Art. Los Jueces Civiles llevarán un libro, con las páginas rubricadas por el Alcalde 1º Cantonal y con una razón final del número de ellos, autorizada por el mismo. En este libro extenderán poderes, testamentos y demás instrumentos públicos en que intervengan, de los cuales darán a los interesados las copias que se les pidan.

"En el propio libro sentarán razón de los reconocimientos de documentos y de todas las diligencias que, actuadas ante ellos, se devuelvan originales.

"Cada instrumento se extenderá a continuación del anterior, en rigoroso orden cronológico y sin dejar líneas en blanco".

El Art. 63 de la Ley Orgánica versa sobre las atribuciones y deberes de los jueces parroquiales.

Mucho antes de esto, la legislación de 1885, en el Art. 62 de sus reformas del Código de Enj., agregó el artículo que hoy lleva el N° 1069; mas en la práctica se lo ha interpretado como aplicable sólo a los casos en que, por razón de la distancia, otorguen los jueces civiles poderes de mayor cuantía, con arreglo al Art. 54; casos que ocurren rara vez en la práctica. De modo que con esta reforma, no quedaron subsanados los inconvenientes que acabamos de anotar, y se hizo necesaria la reforma de 1920.

Es de notar también que el Código no exige para estos instrumentos la solemnidad de testigos, prescrita siempre a los Escribanos para los instrumentos públicos; y juzgamos conveniente agregarla.

Asuntos extrajudiciales.—Con todo lo dicho, los poderes otorgados ante los jueces parroquiales servirían sólo para asuntos judiciales; mas si se necesitaba celebrar un contrato de venta o hipoteca de bienes raíces o de ejecutar otro acto extrajudicial que requiriese la formalidad de escritura pública, no podía otorgarse el poder

ante los jueces parroquiales, cualquiera que fuese la cuantía; y esto ocasionaba inconvenientes, obligando a la gente de los campos a acudir en todo caso al Escribano para el otorgamiento de tales poderes, con mayores gastos y diligencias.

En consideración a esto, la Legislatura de 1921 dijo: Art. 1º—Al Art. 52 agréguese el siguiente inciso:

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

Esta buena reforma guarda relación y armonía con la que, en 1912, se hizo respecto de los poderes de mayor cuantía otorgados ante jueces parroquiales, en parroquias que distan más de 25 kilómetros, como lo veremos al comentar el Art. 58. Jurisp. caso 38.

Art. 53

286.—(continuación) Forma de los poderes de mayor cuantía.

Este artículo que establece la forma de los poderes para asuntos judiciales de mayor cuantía, no ha tenido ningún cambio. La parte final del inciso 2º del Art. 27 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a que se refiere, dice:

"Y si entre tanto hubiere necesidad de que se confieran copias u otorguen escrituras, el mismo Alcalde nombrará, para cada caso, el Secretario que deba ejecutarlo; debiendo constar este particular en los mismos documentos, que serán suscritos por el Alcalde y el Secretario."

La exigencia de la escritura pública nos viene desde el Código de 1869, y no nos parece muy justificada, como lo manifestamos al tratar, en la prop. 263, de la forma del mandato en general y de la del mandato judicial, en particular.

En la misma proposición tratamos de otras cuestiones relacionadas con la forma de los poderes.

Arts. 54 y 55

287.—(conclusión) Forma de los poderes en las parroquias distantes.— Id en la Región Oriental y el Archipiélago.

El 1º de estos artículos es originario; y el 2º viene sólo desde 1890; pero la legislatura de 1894 puso en aquél 25 kilómetros, donde decía 5 leguas; y en éste Colón, en vez de Galápagos.

La Región Oriental y el Archipiélago se rigen por leyes especiales; y a eso obedece esta regla también especial.

Cuanto a la doctrina, nos referimos a la prop. 263.

Art. 56

288.—Actos que requirieren cláusula especial: 1º transigir; 2º comprometer; 3º desistir; 4º absolver o diferir; 5º recibir. Prorrogar jurisdicción, intentar demandas nuevas, y sustituir. Gestiones extrajudiciales.

Contiene este artículo el detalle de las facultades que, en la proposición 265, hemos llamado **extraordinarias**, esto es, de aquellas que, por no comprendidas, según el criterio del legislador, en el giro ordinario de la gestión judicial, requirieren autorización especial del mandante, o, en otros términos, porque el legislador las considera, no como meramente **administrativas**, sino como **dispositivas**.

Estudiados en la parte doctrinal (Prop. 265) los principios generales relativos a esas facultades, detengámonos ahora brevemente en cada una de ellas, ciñéndonos al plan de nuestro Código.

Inciso 1º (transigir)

Este inciso guarda perfecta relación con el Art. 2430 del Código Civil, que dice:

"Todo mandatario necesitará poder especial para transigir.—En este poder se especificarán, los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir".

En el título del mandato lo dice también, aunque con menos claridad:

"Art. 2128.—La facultad de transigir no comprende la de comprometer, ni viceversa".

Los Códigos extranjeros exigen, asimismo, poder especial para transigir; pues este acto es tan trascendental, que no puede considerarse como meramente administrativo, y debe quedar siempre al criterio del dueño del negocio. (1) Véase Jurisp. casos 17, 28.

En nuestra práctica es casi cosa de fórmula o rutina poner en los poderes las facultades del Art. 56; pero como jamás se especifican los objetos sobre los cuales ha de versar la transacción, la cláusula resulta nugatoria; salvo que, por tratarse de un poder especial para un determinado litigio pendiente o eventual, quepa interpretarse que, según la intención del mandante, puede versar la transacción sobre los mismos bienes o derechos materia del litigio. Jurisp. caso 28.

Inciso 2º (comprometer) (2)

Concuerda con el Art. 77 de la Ley Orgánica, que dice:

"Pueden nombrar árbitros los que tienen personería legítima para comparecer en juicio por sí mismos.—Los mandatarios necesitan de poder con cláusula especial".

(1) Código Chileno Art. 8º, Peruano. Art. 10.—Véase la nota a la prop. 265 en que transcribimos estos artículos extranjeros.

(2) **Comprometer** es someter un asunto a juicio de árbitros; **compromiso**, el contrato en que se hace ese sometimiento, y **compromisarios**, las partes que lo otorgan.

Y con el Art. 2128 del Código Civil, transcrito en el comentario del inciso 1º (1).

La razón de esta regla es la misma que la relativa a la facultad de transigir: lo grave y trascendental del acto.

Inciso 3º (Desistir)

El Código de 69 decía: "Para desistir de los recursos que se interpongan o del mismo pleito".

En el de 79 se suprimió la primera parte, y quedó, como hasta ahora: "para desistir del pleito" (2).

Significa este cambio que el mandatario puede desistir libremente de los recursos, sin necesidad de cláusula especial? ... Si el recurso se refiere, no a la cuestión principal, es decir, a la sentencia, sino a un fallo incidental, es indudable que puede desistir el apoderado; y así lo resolvió el Tribunal Supremo, como lo veremos en Jurisp. caso 42.

Si se trata de la sentencia, el Tribunal cree que no puede desistir el apoderado, sin cláusula especial; y, a primera vista, esto parece muy lógico y natural, porque desistir del recurso interpuesto sobre lo principal significa tanto como desistir del pleito; mas si se observa que el apoderado puede no interponer el recurso y conformarse con la sentencia, parece también lógico concluir que puede desistir o apartarse del recurso ya interpuesto por él.

El apoderado que, por negligencia o descuido, no apela, se hace responsable al mandante; y del mismo modo sería responsable el que, habiendo apelado, dejase desierto o abandonado el recurso o desistiese de él; pero el acto del desistimiento debería, tal vez, reputarse válido, desde el punto de vista de la personería.

Por otra parte, si bien el resultado final de desistir del recurso en lo principal, equivale a desistir del pleito,

(1) Código Chileno Art. 8º, Peruano Art. 10.

(2) **Desistir** es verbo neutro, mas en algunas leyes extranjeras se lo toma como activo, en forma refleja, diciendo **desistirse**, como equivalente a **apartarse**.

no puede decirse que sea lo mismo hacer el desistimiento antes de la sentencia, esto es, cuando todavía no se expide ninguna resolución y se espera triunfar, (o bien cuando se ha triunfado en primera instancia), que desistir de un recurso interpuesto después de sentencia desfavorable; recurso que puede ocasionar condenación en costas y resultar imprudente o temerario, después del fallo adverso.

Debemos, empero, respetar el criterio del Tribunal Supremo, manifestando el fallo a que nos referimos, cuyo tenor transcribiremos en Jurisp. caso 42, sobre todo si el recurso hubiere sido interpuesto por el mismo mandante o por otro apoderado suyo (1).

Si pueden o no desistir los representantes legales, los Síndicos Municipales, etc., lo veremos al comentar el Art. 66.

Inciso 4º (Absolver y deferir)

Este inciso, que no existía en el Código de 69 ni en el de 79, fue agregado en 1880 (Art. 13 de la Ley reformatoria).

Absolver de absolvere, resolver, desatar, no es equivalente de contestar o responder; por lo cual no puede construirse con la proposición a; (2) pero la frase forense **absolver posiciones** significa, según el Diccionario, "contestar uno de los litigantes, afirmativa o negativamente, ante el tribunal y bajo juramento, sobre los hechos propios que le pregunta su contendor en el pleito". Es decir, equivale jurídicamente a **confesar**; mejor dicho, la absolución de posiciones es la forma ordinaria de la confesión en lo civil.

La agregación de este inciso fue una reforma muy justa, puesto que apenas puede haber acto más grave y

(1) El Código Chileno, en la disposición arriba citada, dice: "Sin embargo, no se entenderán concedidas al procurador, sin expresa mención, las facultades de desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar demanda con traria, deferir el juramento decisorio..."

Y el Peruano: "Se requiere poder especial para desistirse de la demanda, convenir en ella, etc..."

(2) Cárdenas.—Notas al lenguaje forense.

trascendental que la confesión. **Confesus pro iudicato habetur, quia quodam modo sua sententia damnatur**, decían los juristas; esto es, el que confiesa pronuncia en cierto modo su sentencia condenatoria. Y como, por ese medio, se puede muy bien sacrificar un derecho o renunciarlo, es axioma universal el de que no puede confesar sino el que tiene facultad de enajenar la cosa a que la confesión se refiere, o de disponer de ella como dueño (1). Es decir, es acto **dispositivo**, no meramente **administrativo**.

Es, por lo mismo, también de legislación universal la regla de que el mandatario necesita autorización especial para confesar.

Deferir.—Llámasse **juramento decisorio** el que una de las partes pide a la otra, comprometiéndose a pasar por lo que ésta declare. Ese compromiso puede denominarse **delación** (2).

Con respecto a este acto, dice el Código Civil: "Art. 2128. inciso 2º El mandatario no podrá deferir al juramento decisorio sino a falta de otra prueba."

La frase restrictiva **sino a falta de otra prueba** (3), atañe sólo a las relaciones entre el mandante y el mandatario, mas no a la personería de éste; por lo cual la silencio el Código de Enj. en el artículo de que tratamos. En consecuencia, relacionadas la ley sustantiva y la adjetiva, tenemos:

1º—Que si un mandatario sin cláusula especial, defiere al juramento, la delación es nula, y no obliga al mandante a pasar por el juramento de la otra parte;

(1) Mourlon tomo II, pág. 899.—Garsonnet, tomo II, pág. 298, nota 3.

(2) Etimológicamente, **delación**, del verbo latino **deferre**, cuyo supino es **delatum**, significa el acto o el efecto de **deferir**. En este sentido emplea esa palabra el Código Civil, en el Art. 947; y en el mismo la tomamos aquí, como la toma también el Código de Procedimiento Chileno, al puntualizar en el Art. 89 los actos para los cuales necesita el apoderado autorización especial. El Diccionario Académico, empero, no tiene esta palabra, sino sólo la homónima **delación**, que, derivada del verbo **delatar**, significa **acusación** o **denuncia**.

Tampoco tiene el Diccionario el vocablo **deferimiento**; pero si **deferencia**, que no se usa en el sentido técnico de que tratamos.

(3) En las ediciones anteriores decía, impropriamente, **sino a falta de cualquiera otra prueba**.

2º—Que si el mandatario tiene cláusula especial, su gestión es válida y obliga al mandante, aunque aquél hubiera podido contar con otros medios de prueba;

3º—Que en este caso de haber podido emplear otros medios, el mandatario se hace responsable al mandante;

4º—Que no puede haber caso alguno en que en mandatario no cuente con otros medios de prueba; porque, por lo menos, tiene la misma confesión, sin comprometerse a pasar por ella;

5º—Que, por lo mismo, en ningún caso puede el mandatario deferir al juramento de la parte contraria, sin incurrir en responsabilidad.

En la legislación francesa y en otras que no permiten exigir confesión jurada sino a condición de pasar por ella, cabe, que en algún caso extremo pueda ser prudente y razonable recurrir a ese medio; mas, bajo nuestro sistema, legal, esa necesidad o conveniencia no puede presentarse jamás, y el deferimiento no es sino un modo de hacer honor y confianza al contrincente.

En cuanto al juramento decisorio, tenemos también un punto gramatical. En el Código Civil de la primera edición, que empezó a regir en 1861 (obra de don Andrés Bello) y en el de la segunda, de 1871, se decía: "El mandatario no podrá deferir el juramento decisorio..." (1) El Código de Enj. empleaba antes, ya la una construcción, ya la otra, en diversas disposiciones. Nosotros criticábamos siempre la primera construcción, la que omitía la preposición; y en la edición actual hecha por la Academia de Abogados, de acuerdo con la Corte Suprema, se puso en todos los casos **al**.

Esto es indudablemente más conforme con el significado del verbo y con su régimen gramatical (Arts. 288 y siguientes (2)).

Inciso 5º (recibir la cosa litigada).

Este inciso guarda conformidad con el Art. 1572 del Código Civil, que dice: "El poder conferido por el acreedor a una persona para demandar en juicio al deudor, no le faculta por sí solo para recibir el pago de una deuda". Mas en el título DEL MANDATO tenemos estotra regla:

"Art. 2129.—El poder especial para vender comprende la facultad "de recibir el precio".

No nos parece muy razonable la exigencia contenida en este inciso 5º. Al determinar las facultades ordinarias del mandato, esto es, las que se derivan de la naturaleza del acto, atiende la ley principalmente—como vimos en su lugar— a la voluntad presunta de las partes; y lo más natural parece suponer que, quien autoriza a su mandatario para reclamar la entrega de una cosa, le faculta, por el mismo hecho, para recibirla.

La doctrina legal puede, por otra parte, dar lugar a la anomalía de que una persona demandada judicialmente y condenada al pago o entrega, tenga que seguir otro juicio, el de consignación (o por lo menos un incidente de depósito) para cumplir la sentencia, por no tener a quien entregar la cosa (1).

Prorrogación de jurisdicción.— Demandas nuevas.— Sustitución, etc.

El Código de 69 tenía estos dos incisos más:

"30.—Para prorrogar la jurisdicción o contestar demanda nueva";

"50.—Para allanarse a que no se tome en cuenta la omisión de las "solemnidades sustanciales de los procesos, o los impedimentos de los "jueces, siempre que sean susceptibles de allanamiento".

(1) El Código Chileno de Procedimiento, acorde con la ley sustantiva, exige cláusula especial para percibir, en el artículo arriba transcrito, el 8º.— El Peruano no la exige.

(1) Esta redacción se conserva hasta ahora en el Código Chileno; y el de Procedimiento—dice también deferir el juramento (Art. 8º). El Peruano dice deferir al juramento (Art. 10).

(2) La Academia de la Lengua, en su Gramática, y Salvá aconseja la preposición. Escribe dice **deferir el juramento**.

No encontramos razonable lo relativo a prórroga de jurisdicción o allanamiento de impedimentos o nulidades; pues nos parece que esto entra en el giro ordinario de la gestión judicial. Lo de contestar demandas nuevas es de todo en todo impertinente e inútil. Si el poder es general para pleitos, y con él se ha presentado el mandatorio en un juicio, claro que con el mismo título puede contestar demanda nueva. Mas si el poder es especial para determinado litigio, evidéntísimo también que no puede servir para otro diverso, o sea para contestar demanda nueva, sin que el legislador necesite advertirlo. Para la sustitución o delegación, sí queríamos que se exigiese cláusula especial, por las razones expuestas en la parte doctrinal. Prop. 273.

Los Códigos extranjeros varían mucho en esta materia, de suyo tan elástica, como puede verse en las reglas citadas en los comentarios.

Gestiones extrajudiciales.—La transacción es un acto extrajudicial por su naturaleza, como lo declara el Código Civil, al definirla en el Art. 2428 (1); y ya hemos visto las reglas a que está sujeto el mandatario que trata de efectuarla. Mas en el curso de un litigio pueden ofrecerse otras gestiones extrajudiciales diversas de la transacción, v. gr. una cesión o endoso del crédito materia del juicio; y para estos casos, la extensión de las atribuciones del mandatario se ha de determinar, no por los artículos del Código de Enj. que estamos estudiando, sino por los términos mismos del mandato y por las disposiciones del Código Civil, como lo advertimos al terminar el estudio de la Prop. 265.

288 bis.—Confesión del ex-mandatario.

El ex-mandatario que tuvo poder para confesar, puede hacerlo después de expirado el mandato, con relación a sus actos anteriores a la expiración?... Se lo ha

(1) "Art. 2428.—Transacción es un contrato en que las partes terminan

extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

pretendido en la práctica (1), para probar, v. gr. la extinción de una deuda en favor del mandante; mas, esto que ha tenido en perplejidad y vacilación a nuestros tribunales, es, en nuestro concepto, contrario a la ley y a los principios jurídicos; y para demostrarlo, transcribimos la exposición que, sobre tan importante punto jurídico, publicamos en el número 74 de la "Revista Forense", conforme con las ideas que en la cátedra hemos manifestado a nuestros alumnos:

Si demandado el deudor por el acreedor para la devolución de una cosa, alega que no la recibió efectivamente, o que ya la devolvió, y para justificar su excepción, exige declaración jurada al ex-mandatario, ex-gerente, ex-currador, etc., del acreedor, afirmando que el hecho tuvo lugar con intervención de éstos, cuando ejercerían el cargo, esa declaración, decimos, no puede considerarse como confesión del acreedor, ni bastar por sí sola para justificar la excepción.

Y nos fundamos, ora en el texto de la ley sustantiva y de la adjetiva; ora en la razón de la ley, derivada de la naturaleza del mandato y de la confesión judicial. Veámoslo.

El Código Civil dice:

"Art. 1703.—La confesión que alguno hiciere en juicio, por sí, o por medio de apoderado especial o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito"

Y el Código de Enjuiciamiento Civil:

"Art. 280.—La confesión debidamente prestada en los juicios civiles hace plena prueba contra el confesante, pero no contra terceros.

"Art. 281.—También hará plena prueba la confesión prestada en juicio por medio de apoderado legítimamente constituido, o de su representante legal".

(1) Se exigió que un ex-gerente absolviere sobre pagos hechos al Banco cuando él fue gerente.—V. Jurisp. casos 31 y 59.

Por tanto, según el claro tenor de estas disposiciones, para que la confesión dada por medio de otro sea verdadera confesión, es esencial que el confesante tenga la calidad de mandatario o representante legal en el acto mismo de la confesión.

Recibir o entregar una cosa a nombre de otro, es una gestión, y confesar que se la recibió o se la entregó, es otra gestión diversa. Para la una y la otra se requiere legitimidad de personería, en el momento de ejecutarlas: para la primera, el poder o la facultad de recibir o entregar; para la segunda, el poder o la facultad de confesar a nombre del interesado.

Confesar a nombre de otro, habiendo cesado ya el título o cargo que concedía esa facultad, es tan ilegal como transigir, desistir o ejecutar, en igual caso, cualquiera otra gestión a nombre del ex-representado.

Decimos mal: la confesión no es una gestión como cualquiera otra; es una gestión especialísima y muy trascendental, una gestión que no puede hacerse legalmente a nombre ajeno, sino en ciertos casos y con severísimas restricciones. Ella, la confesión, puede comprometer sustancialmente los intereses de la persona a cuyo nombre se la da, y aun entrañar una verdadera enajenación o renuncia de derechos. Si, ejecutado el deudor por el acreedor con un documento reconocido de préstamo, pudiera hacerse valer la declaración del ex-mandatario o ex-guardador, para probar que no hubo tal préstamo, esa declaración surtiría el efecto de anular la prueba plena del pagaré y el título ejecutivo del acreedor, privándole a éste del derecho de hacer efectivo ese título.

De allí el principio generalmente reconocido como un axioma jurídico, de que **no puede confesar sino el que tiene facultad de disponer de la cosa a que la confesión se refiere**, y el ex-mandatario, ex-guardador, etc., no tiene facultad de disponer en manera alguna de las cosas de su ex-representado.

OBJECIONES

Analicemos ahora brevemente los argumentos que se han aducido o pudieran aducirse en defensa de la doctrina contraria.

Primera.—La confesión no es un acto constitutivo ni extintivo de derechos; es el mero reconocimiento de hechos ya realizados y que han surtido sus efectos; luego no se la puede equiparar a la transacción ni a ninguna de las demás gestiones que un representante puede hacer a nombre de su representado.

Contestación.—Cierto que el fin de la confesión, como el de todas las pruebas, es hacer constar los hechos ya realizados; pero en el campo judicial, los hechos no comprobados se reputan no existentes, y, por lo mismo, comprobarlos vale tanto como darles existencia legal.

Si el acreedor que afirma el préstamo, no lo prueba, habiéndolo negado el deudor, el juez declarará en la sentencia que no ha habido préstamo, y absolverá al demandado; por más que ese hecho haya existido realmente. Y del mismo modo, si el deudor alega el pago y no lo prueba, el juez sentenciará que no ha habido pago.

La objeción es, por tanto, una verdadera petición de principio. Presupuesto el hecho del préstamo, la confesión es, en verdad, el simple reconocimiento del hecho; pero se recurre a ella precisamente porque ese hecho no consta en el proceso, y porque se trata de hacerlo constar, o lo que es lo mismo, de darle existencia legal, para que pueda surtir sus efectos.

Moralmente hablando, el que confiesa debe limitarse a reconocer los hechos que pasaron; no puede fingir ni crear hechos nuevos. Mas en el fuero externo, en el campo de la realidad y de la ley, sucede muy a menudo que el hombre se desvíe de esa regla moral, dando por existentes hechos que no existieron o modificándolos o desfigurándolos, según sus conveniencias y sus intereses. De allí que nadie tiene derecho para someter a otro a su palabra, como si ésta fuese oráculo de verdad. Ese ex-

mandatario, ex-curador, etc., que afirman que el préstamo constante del documento no se realizó efectivamente, o que el deudor devolvió el dinero y no obtuvo recibo ni recogió el pagaré, pueden estar diciendo una falsedad, por connivencia con la parte contraria, por enemistad o capricho; y no cabe de ningún modo que esa simple aseveración destruya la fuerza del documento en que el acreedor funda su derecho.

Si es el mismo acreedor quien, llamado a confesar personalmente, declara que el préstamo no tuvo lugar o que el deudor devolvió ya el dinero, no es imposible que también esa declaración sea falsa, a pesar de que aquellos móviles (el interés pecuniario, la enemistad, etc.) ya no pueden tener cabida. Mas aun en esta inverosímil hipótesis, puede y debe tenerse como prueba la confesión, puesto que no se trata sino del interés personal del mismo confesante, y de un interés que éste puede muy bien renunciarlo. Todo lo contrario debemos concluir respecto del ex-mandatario o ex-guardador, que no tiene ya título ni facultad para comprometer de ningún modo los intereses de su ex-representado.

Segunda.—No puede ser considerado como mero testigo o como tercero el que declara sobre un hecho propio, que le concierne y puede perjudicarle o acarrearle responsabilidades (1).

Contestación.—Puede muy bien ser tercero o mero testigo el que declara sobre hechos propios que de alguna manera le interesan o puedan acarrearle responsabilidades o ventajas, si en el litigio en que presta la declaración no interviene como parte, y si, por lo mismo, la sentencia no ha de pronunciarse en su contra ni en su favor. En el caso que analizamos, el ex-mandatario o ex-guardador no es parte, y la sentencia nada decidirá ni podrá decidir contra él.

El interés más o menos indirecto o remoto del declarante, puede hacer más o menos valioso o sospechoso su testimonio; pero no le convierte en parte en la causa,

si el mismo declarante no se ha presentado en ella para defender ese interés.

Y suponiendo que, por versar la declaración sobre hecho propio que le perjudica al declarante, esa declaración tuviese el carácter y la naturaleza de confesión, lo sería sólo en contra del mismo declarante, es decir, para el efecto de reclamar contra éste por el hecho confesado; mas no podría valer como tal confesión en contra de un tercero, según el axioma jurídico consignado en el Art. 280 del Código de Enj, arriba transcrito, **res inter alios acta aliis prodesset aut nocere non potest.**

En un litigio del deudor contra el ex-mandatario o ex-guardador, que le hicieron firmar el pagaré y no le entregaron el dinero, o que recibieron el pago y no le confirieron el comprobante ni le devolvieron el documento, esa declaración valdría muy bien como confesión; pero de ninguna manera en el juicio del acreedor contra el deudor, en que aquéllos no son partes, ni por derecho propio, ni en representación de ninguno de los litigantes.

Tercera.—El deudor tenía derecho de exigirle al mandatario, al gerente o guardador, confesión sobre el hecho de que, si bien se firmó el pagaré, no se realizó el préstamo, o de que se les devolvió el dinero prestado; y ese derecho no puede extinguirse ni desaparecer por el mero hecho de que cese el mandato, por revocación tal vez intencional del mandante, o por renuncia del mandatario o por cualquier otra causa, o porque asimismo cese el cargo de gerente o guardador.

Contestación.—El deudor que paga y no toma recibo, o que firma el pagaré y no recibe el dinero ni exige algún comprobante o resguardo, tiene, en verdad, derecho de acreditar esos particulares por medio de la confesión; mas tal derecho está sujeto a varias contingencias: que la persona que debiera confesar, confiese efectivamente; que esa persona subsista; que si es un mandatario, curador, etc. continúe en el cargo, etc., etc. Y si dicha persona niega los hechos, por olvido o mala fe, o fallece, o cesa en el cargo, pierde el deudor ese medio de defensa, como puede perderse cualquier cosa, por diversas causas o accidentes; pero en casos de esta clase, la culpa no es de la ley ni de la ciencia jurídica, sino del mismo deudor, que, por imprudencia o descuido, se pri-

(1) Palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, en la causa del Banco Internacional contra el Coronel Euclides Angulo, y en la Morejón-Pañaherrera R. de Octubre de 1917. Serie 3ª Nº 203 de la "Gaceta Judicial".

vó de los medios naturales de prueba y se colocó en tal peligro.

Art. 57

289.—Detalle de los deberes procesales del apoderado, según el Art. 57.—Reformas.— Dos artículos suprimidos por innecesarios.

Después de tratar en el Art. 56 de las facultades extraordinarias del mandatario judicial, puntualiza el Código en el 57 los deberes que, por referirse directamente a la gestión judicial, los denominamos **procesales**. Nos referimos en este punto a la proposición 270 y las anteriores, añadiendo sólo las siguientes ligeras anotaciones: **1ª—Presentación del poder.**—El inciso primero decía, hasta 1904: "A cumplir con lo que ordena el Art. 51, bajo pena de ser declarados falsos procuradores y pagar perjuicios y costas".

Ese año agregóse la pena de multa, en el Art. 51, y se hizo en ese inciso, que repite la regla de aquel artículo, la reforma correspondiente. Nos referimos, por tanto, a los comentarios de dicho artículo.

2ª—Instrucciones.—En cuanto al concepto y valor jurídico de las **instrucciones**, su diferencia de las **facultades** o **poderes**, los efectos de su violación, etc, nos referimos a la prop. 266.

3ª—Presentación de pruebas e interposición de recursos.—En esto, el apoderado debe atenderse estrictamente a la dirección del abogado defensor, sin perjuicio, se entiende, de las instrucciones del mismo mandante, como lo dijimos al estudiar la citada prop. 270.

Si, expedido un fallo desfavorable, no hay tiempo de consultar al mandante o al abogado (y en todo caso de duda), el apoderado debe interponer el recurso; ya que después se lo puede retirar, si se cree conveniente no sostenerlo.

4ª—Deberes no procesales.—Sobre estos deberes, provenientes de la ley sustantiva, a que se refiere el inciso octavo, véase lo expuesto en la parte doctrinal, prop. 270.

El Código originario tenía, en seguida del artículo que comentamos, estos dos que, en 1890, fueron suprimidos, seguramente por innecesarios, puesto que el Código Civil regla con suficiente claridad los mismos puntos (véase prop. 269):

"Art. Los apoderados o procuradores deben resarcir, a sus poderdantes, los gastos causados por su descuido o mala fe.

"Art. El mandante está obligado a dar al procurador las expensas necesarias para el pleito."

Art. 58

290.—Agregado en 1912.—Debió ser inciso del 54.

Este artículo fue introducido por la Legislatura de 1912, para que los poderes de mayor cuantía otorgados ante los jueces parroquiales, con arreglo al Art. 54, sirviesen también para asuntos extrajudiciales, v. gr. para venta de bienes raíces o hipotecas.

En 1920 se extendió la misma regla a los poderes de menor cuantía, como lo observamos al estudiar el Art. 52. Debía, por tanto, ser este Art. 58 sólo un inciso del 54.

Art. 59

291.—Indemnización al apoderado reducido a prisión.

Hasta 1904, la indemnización era de un peso por día, esto es, ochenta centavos de sucre. La Legislatura de este año la elevó a dos sucres; y posteriormente, la Ley de Aranceles la puso en dos sucres cuarenta (Art. 40); pero agregó, en el Art. 41, que en asuntos de menor cuantía, esa indemnización, lo mismo que todos los demás derechos puntualizados en el Art. 40, debía reducirse a la mitad.

Art. 60

292.—Sustitución del poder.— Referencias.

En cuanto a la historia de este artículo, al concepto de la sustitución, etc., nos referimos a las proposiciones 272, 273, 274 y 275.

Art. 61

293.—Terminación del poder.

Nos referimos también a la parte doctrinal, props. 276, 277, 278, 279 y 280 y a la Jurisp, casos 27 y 29.

Art. 62

293.—(continuación) Revocación.

Véase la prop. 277 y Jurisp. caso 30.

Arts. 63 y 64

293.—(continuación) Renuncia.— Pago de los derechos causados antes.

Véase la prop. 278.

Art. 65

294.—Dos o más actores o demandados.

Véase la prop. 282.

Art. 66

295.—Representantes legales.— Modo de legitimar su personería.— Sus funciones judiciales ordinarias y extraordinarias.— ¿Pueden sustituir o delegar? — ¿Pueden ejercer las facultades del Art. 56? — Confesión del ex-representante.

No tiene el Código Civil definición de representante legal. En el parágrafo 5° del Título Preliminar, destina-

do a la definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes, hace sólo una incompleta enumeración, en estos términos:

"Art. 38.—Son representantes legales de una persona el padre o madre bajo cuya potestad vive, su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas los designados en el Art. 540".

Y el Art. 540 dice:

"Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación, han conferido este carácter".

El ilustre comentarista ecuatoriano del Código Chileno, refiriéndose al Art. 43 de ese Código, que es el 36 del nuestro, se expresa así:

"Las personas llamadas por la ley a suplir la incapacidad de las personas no pueden ejercer los derechos civiles, se llaman representantes legales; porque la ley misma les atribuye el ejercer los derechos de otras personas a quienes, según los casos, representan o autorizan.

"De todo punto necesario, pues, para evitar dificultades en materia tan trascendental, determinar los representantes legales.

"324.—La enumeración, en cuanto a las personas naturales es completa; porque todos los incapaces viven, ya bajo potestad, patria o marital, ya bajo tutela o curaduría.

"325.—Mas en cuanto a las personas jurídicas, hay muchas cuyos representantes legales no están comprendidos en el Art. 551.

"Hay personas jurídicas de derecho privado, y personas jurídicas de derecho público.

"De derecho privado: la sociedad conyugal, las sociedades civiles o comerciales, la herencia yacente, los concursos de acreedores, las quiebras, las fundaciones o corporaciones que se constituyen con fondos de particulares.

"De derecho público: El Estado, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos de educación o de caridad que se costean con fondos del erario.

"Salta a la vista que el Art. 551 no comprende sino los representantes legales de las corporaciones.

"Si bien es cierto que el título de las personas jurídicas no es aplicable a las enumeradas en el Art. 547, de ahí no se sigue que estas personas jurídicas carezcan de representantes legales, ni menos que el Art. 43 del Código Civil pueda prescindir de las leyes que los determinan".

Ahora vamos a ocuparnos en los representantes legales de las personas naturales incapaces, y en los repre-

sentantes de las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado.

Legitimación de la personería.—El Código de Enj. dice, en el Art. 66, que los representantes legales no necesitan **poder** para comparecer en juicio por sus representantes. Claro que no necesitan poder como el que se otorga a los mandatarios; pero sí necesitan tener el título al cual sea anexa la representación judicial. Cuanto a si deben o no presentar ese título para legitimar su personería, nos referimos a la prop. 281.

Facultades.—Si al representante de persona natural o jurídica le incumbe, por la ley, por los estatutos, etc., comparecer en juicio a nombre de ella, por el mismo hecho le compete también ejercer todas las funciones judiciales **ordinarias**, esto es, aquellas que, por comprenderse, según el criterio del legislador, en el giro ordinario del negocio judicial, no requieren, respecto de los mandatarios, cláusula especial. Restanos sólo saber si pueden o no ejercer las funciones **extraordinarias**, estas, aquellas que, según el Art. 56, requieren la susodicha cláusula.

El mandatario deriva sus facultades de la voluntad del mandante, expresada en el poder o interpretada por la ley, atento el objeto y la naturaleza de éste. Y de acuerdo con ese criterio, establécese que, a falta de declaración expresa del mandante, el mandatario judicial puede efectuar todos los actos concernientes al juicio, así en lo principal como en los incidentes, excepto aquellos que el Art. 56 puntualiza, excluyéndolos, por decirlo así, del giro ordinario de la gestión judicial.

Los representantes de que tratamos derivan sus facultades de sus respectivas leyes o estatutos; y por lo mismo, a esas leyes o estatutos se debe atender para fijar la extensión de las atribuciones que les corresponden.

Previo este antecedente, consideremos por separado cada una de las especies de representación y cada una de las funciones extraordinarias puntualizadas por el Art. 56, para luego resumir o sintetizar los principios generales.

1º—Puede transigir?—Para contestar, tenemos en el Código Civil, por una parte, la regla del Art. 2.429, que dice:

"No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción".

Y por otra, la especial, consignada en el título de la **administración de los tutores y curadores**, en estos términos:

"Art. 390.—Se necesita asimismo previa decisión judicial para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que se vean en más de ochocientos sures, y sobre sus bienes raíces; y en cada caso la transacción o el fallo del compromisario se someterán a la aprobación judicial, so pena de nulidad".

Esta doble intervención del juez para la transacción, nos parece criticable:

1º—Porque si, para autorizar la transacción, el juez ha tomado en cuenta, como es natural, las bases o condiciones a que debe ajustarse el contrato, resulta inútil la aprobación posterior, en la inteligencia de que, de no ajustarse a esas bases, el contrato es nulo;

2º—Porque en la práctica, la autorización y la aprobación se reducen a meras fórmulas; ya que los interesados encuentran siempre grande facilidad de comparecer con testigos o de otro modo la conveniencia del acto, y el juez se atiene a esa prueba, sin preocuparse mucho del caso.

Ahora, desde la reforma de 1916, consignada en el Art. 1.079 del Código de Enj., se exige también la intervención del Defensor de menores; pero aun esto resulta simple fórmula, en la práctica, como ya lo hemos observado otras veces (1).

(1) El Código Francés exige, para proceder a la transacción, la intervención del consejo de familia, el dictamen de tres jurisperitos y luego la aprobación judicial. Dice así:

"Art. 467.—Le tuteur ne pourra transigir au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisperites désignés par le procureur du Roi après le tribunal de première instance.

La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du Roi".

Si se trata de asuntos que importan menos de ochocientos sueres y no se refieren a bienes raíces, el guardador puede transigir libremente, sujetándose, por cierto, a la responsabilidad anexa a todos sus actos administrativos. Mas, por inconveniente que sea la transacción, no le falta al guardador personería legal. Si, por el contrario, se trata de asunto de más de ochocientos sueres o de bienes raíces, se hace necesaria la doble intervención del juez, antes de la transacción y después de ella: lo cual, como hemos dicho, nos parece por demás.

¿Puede comprometer en árbitros?—Lo decide el mismo Art. 390, al cual se refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando dice:

"Art. 82.—No pueden ser sometidas a juicio de árbitros las demandas que versen:

- 1º—Sobre alimentos legales;
- 2º—Sobre separación de bienes entre marido y mujer;
- 3º—Sobre el estado civil de las personas;
- 4º—Sobre asuntos en que sea parte el ministerio público; y
- 5º—Sobre bienes raíces de menores, de personas sujetas a interdicción y de incapaces, a no ser que se observen las disposiciones del Código Civil".

Según esto, para proceder al arbitramento, debe el guardador ser autorizado por el juez, si el asunto importa más de ochocientos sueres o versa sobre bienes raíces; y, expedido el laudo, debe ser aprobado por el juez. Lo cual casi equivale a prohibir en absoluto el arbitramento, porque la parte contraria no querrá en ningún caso adoptar ese medio, sabiendo que, si el fallo le es adverso, surtirá todos sus efectos, pero si le es favorable, correrá el riesgo de no ser aprobado por el juez.

Además, para esa aprobación necesita el juez estudiar los fundamentos del fallo arbitral, revisándolo, como si fuera tribunal de apelación, con mayores complacencias y gastos que si directamente se recurriera a la vía judicial ordinaria.

¿Puede desistir?—Nada expreso hay en el Código Civil; mas el de Enjuiciamiento tiene estotra regla general, poco clara:

"Art. 452.—No pueden desistir del juicio, en lo absoluto: "1º Los que no pueden comprometer la causa en árbitros"

De aquí puede deducirse que, si los guardadores necesitan autorización judicial previa y ratificación posterior, para comprometer en árbitros un asunto pupilar de más de ochocientos sueres, o relativos a bienes raíces, al mismo requisito están sujetos en orden al desistimiento.

La Ley Orgánica, empero, tiene a este respecto dos reglas diversas: la una **subjetiva**—diremos así— sobre la capacidad para comprometer en árbitros; y la otra **objetiva**, sobre los asuntos que no pueden ser sometidos a compromiso.

La primera dice:

"Art. 77.—Pueden nombrar árbitros los que tienen personería legal, "tíma para comparecer en juicio por sí mismos.

"Los mandatarios necesitan de poder con cláusula especial".

Y la segunda es la del Art. 82 arriba transcrito.

Según esto, parece, a primera vista, que, al decir el Código de Enj. que no pueden desistir los que no pueden comprometer en árbitros, se refiere a la primera regla, a la subjetiva, y que, por lo mismo, aquella referencia equivale a decir: "No pueden desistir los que no pueden comparecer en juicio por sí mismos. Los mandatarios necesitan cláusula especial".

Mas, entendida así la referencia, resultaría del todo inútil la disposición del Art. 452; ora porque ya en el 451 se dice que no es válido el desistimiento si **no es hecho por persona capaz**; ora porque, según la regla general del Art. 39, las personas incapaces no pueden practicar ninguna gestión judicial. Y en cuanto a los mandatarios, ya se advierte en el Art. 56 que no pueden desistir si no tienen cláusula especial.

Por otra parte, si el legislador hubiera querido negar la facultad de desistir, solamente a los incapaces de comparecer en juicio, lo habría dicho así, en cuatro palabras, en vez de emplear el rodeo o circunloquio de referirse a las reglas de la Ley Orgánica, sobre el compromiso arbitral.

Esta referencia hace, por lo mismo, suponer que entró en el pensamiento del legislador algo más que la mera capacidad de parecer en juicio, y que quiso talvez de-

cir que no había desistimiento en los casos en que no podía haber compromiso, o en otros términos, que no podían desistir ni las personas capaces de parecer en juicio, si el asunto litigioso estaba comprendido en alguno de los casos del Art. 72 de la Ley Orgánica.

A esta interpretación se inclinó el Tribunal Supremo; y en consecuencia, decidió que una mujer casada no podía desistir de la demanda de separación de bienes propuesta contra el marido. Véase **Jurisp.** caso 60.

Aplicada esta doctrina al guardador, resulta que, como dijimos arriba, necesita, para desistir, pedir autorización al juez, y hecho el desistimiento, pedirle también su aprobación. Redundancia o recargo de solemnidades, que, si justificable al tratarse de arbitramento o transacción, no tiene razón de ser para el mero desistimiento. Para desistir, no de la demanda, sino de un incidente o recurso, creemos que el guardador no tiene necesidad de llenar esas formalidades, ya que el Art. 452 habla sólo del desistimiento del juicio.

¿Puede confesar?—Lo responde afirmativamente el Art. 281 que dice:

"Art. 281.—También hará plena prueba la confesión prestada en juicio por medio de apoderado legítimamente constituido, o de su representante legal". (1).

¿Puede deferir al juramento decisorio?—Por no haber disposición prohibitiva, debiera resolverse, tal vez, en sentido afirmativo; si bien ese acto, que como hemos manifestado, en ningún caso puede ser necesario, haría al guardador responsable de todo perjuicio.

En Código de Enj. dice sólo:

"Art. 292.—Los menores y demás incapaces no pueden prestar juramento decisorio."

Con más razón debiera prohibirse a todo representante de intereses ajenos deferir al juramento de la parte contraria; pero no tenemos en la ley esa prohibición.

(1) El su está por demás y hasta le da un sentido gramatical disparatado a la regla.

¿Puede recibir la cosa litigada?—Es evidente que sí, atenta la naturaleza de su cargo, y con arreglo a la regla especial del Art. 1.569 del Código Civil que dice:

"Reciben legítimamente los tutores y curadores por sus respectivos representantes; los albaceas que tuvieran este encargo especial o la tenencia de los bienes del difunto; los maridos por sus mujeres, en cuanto tengan la administración de los bienes de estas; los padres de familia por sus hijos, en iguales términos; los recaudadores fiscales o de comunidades o establecimientos; y las demás personas que por ley especial o decreto judicial estén autorizadas para ello".

EL MARIDO

¿Puede transigir?—A falta de regla especial en ninguno de los Códigos, y de acuerdo con la general del Art. 2.429 arriba trascribida, que considera la transacción como un acto dispositivo o de enajenación, podemos deducir:

a) Que el marido necesita del consentimiento de la mujer, para transigir respecto de los bienes raíces de ella o de otros bienes que deba devolverle en especie (Art. 1.744 del Código Civil, reformado por el 885 del de Enj., y 1.745).

b) Que respecto de los demás bienes, puede transigir libremente.

¿Puede comprometer en árbitros?—Según el Art. 82 de la Ley Orgánica, no pueden ser sometidas a juicio de árbitros las demandas que versen:

"5.º.—Sobre bienes raíces de menores, de personas sujetas a interdicción y de incapaces, a no ser que se observen las disposiciones del "Código Civil".

Mala redacción, porque los menores y las personas sujetas a interdicción son también incapaces. Pero como en esta denominación genérica, se comprenden las mujeres casadas, los asuntos litigiosos sobre bienes raíces de ellas están sujetos a la prohibición de este artículo; es decir, no pueden ser sometidos a juicio de árbitros, sino con arreglo a lo establecido por el Código Civil.

Este Código, empero, nada dice sobre el particular, ni al tratar de las obligaciones y derechos entre los cónyuges, en el Título 6º del Libro Primero, ni al reglar las

capituciones matrimoniales y la sociedad conyugal, en el Título XXII del Libro IV, ni en parte alguna. Así que, sólo por la analogía que en ciertos pasajes se establece entre la transacción y el compromiso, y por la importancia misma del caso, podemos concluir que necesita el marido el consentimiento de la mujer, como hemos dicho respecto de la transacción.

¿Puede desistir?—Si para comprometer necesita el consentimiento de la mujer, al tratar de bienes raíces de ésta, según acabamos de verlo, lo necesita también para desistir, conforme a la doctrina interpretativa del Art. 452, acogida por la Corte Suprema en el caso arriba recordado, a propósito del **guardador**.

¿Puede absolver o deferir?—Nos referimos a lo dicho respecto del curador.

¿Puede recibir la cosa litigada?—Sí, con igual razón.

EL PADRE DE FAMILIA

¿Puede transigir?—A falta de regla especial expresa, debemos regirnos por la general del Art. 2429 del Código Civil que dice:

"No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción."

Y si por **disponer** se entiende **enajenar** (1), la cuestión deberá resolverse por el Art. 249, cuyo tenor es el siguiente:

"No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causas."

Mas, creemos que en este caso no es indispensable la aprobación posterior, prescrita para los guardadores

(1) El Diccionario de la lengua dice:

"**Disponer**: Obrar uno libremente en el destino o enajenación de sus bienes, por donación, venta, renuncia, etc."

Y en el lenguaje jurídico se distingue siempre la **mera administración** de la **disposición**, comprendiendo en esta última la enajenación de los bienes a que se refiere.

en el Art. 390. En otros términos, nos parece más clara y evidente la analogía objetiva entre **disposición** y **enajenación**, que la subjetiva entre el padre de familia y el guardador, el cual no merece, según el criterio del legislador y la sana razón, igual confianza, en orden al cuidado de los bienes de su representado.

¿Puede comprometer?—Como hemos visto, la Ley Orgánica se refiere, en el N° 5° del Art. 82, al Código Civil; pero este Código nada dice, absolutamente nada, al tratar de la patria potestad y de los hijos de familia; y así, sólo por analogía, podemos deducir la necesidad de la autorización judicial, al tratarse de bienes raíces.

La Ley equipara en cierto modo el compromiso a la transacción; y los autores franceses lo consideran, con razón, aun más grave y delicado, puesto que en la transacción se conocen a ciencia cierta las concesiones o enajenaciones que se hacen de una parte de las pretensiones o derechos a trueque de asegurar el resto, evitando las contingencias del litigio.

En todo caso, el compromiso es un acto dispositivo que no puede menos que salir de los límites de las funciones ordinarias de un representante legal, al tratarse de bienes raíces.

¿Puede desistir?—Aplicando, como en los casos anteriores, la doctrina interpretativa del Art. 452 del Código de Enj., debemos admitir la misma solución que nos ha parecido aceptable respecto del compromiso.

En cuanto a **confesar**, **deferir** y **recibir**, nos referimos a lo dicho respecto del guardador y del marido.

Gerentes, administradores de sociedades, etc.

1°—¿Pueden transigir?—Deben atenerse, ante todo, a sus estatutos o a las condiciones de su contrato o nombramiento, según los diversos casos, de acuerdo con el Art. 2.064 del Código Civil, que dice:

"El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato; y en lo que éste callare se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad, otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ellas."

Y esta analogía entre la gerencia de una sociedad y el mandato, se reconoce por nuestras leyes en muchos pasajes. Así, con respecto a la sociedad anónima, el Código de Comercio dice:

"Art. 286.—Se administra por mandatarios amovibles, socios o no socios, por estipendio o gratuitamente.—Estos administradores no res-ponden sino de la ejecución del mandato y de las obligaciones que la ley les impone especialmente"

La analogía del gerente o administrador con el mandatario, es, pues, evidente, fundada en textos expresos de la ley; y por lo mismo, parece indispensable aplicar las reglas de los Arts. 2.430 del Código Civil y 56 del de Enj.

2º—¿Pueden comprometer?—La razón de analogía que hemos recomendado, nos pone en el caso de aplicar el Art. 77 de la Ley Orgánica, cuyo inciso segundo, idéntico al segundo del Art. 56 de este Código, dice:

"Art. 77.—Pueden nombrar árbitros los que tienen personería legítima para comparecer en juicio por sí mismos.—Los mandatarios necesitan de poder con cláusula especial".

Por consiguiente, sería necesario que los estatutos, el contrato social o un acuerdo de la sociedad o institución autorizaran ese acto.

3º—¿Pueden desistir?—La propia razón de analogía nos inclina también a idéntica conclusión, tomando, además, en cuenta el Art. 452 de este Código, que hace aplicable el 77 de la Ley orgánica, que acabamos de transcribir.

4º—¿Pueden absolver?—Debemos dar la misma respuesta, por la razón de analogía con el mandato. Mas si pudieramos aplicar la doctrina relativa a los representantes legales, la respuesta sería simplemente afirmativa, con arreglo al Art. 281, que transcribimos arriba.

5º—¿Pueden deferir?—Nos inclinamos a aplicar también en esta parte, el Art. 56, por la misma razón de analogía.

6º—¿Pueden recibir?—Creemos que sí, como asunto propio del giro ordinario, salvo que los estatutos, contrato social, etc., digan otra cosa.

Síndicos de los concursos y quiebras.

Son estos síndicos una especie de mandatarios judiciales de la masa de acreedores, con atribuciones limitadas, y especificadas en el parágrafo 5º de la Sección 5ª del Título II, Libro II de este Código, y en el Título V del Libro IV del Código de Comercio; y por lo mismo, creemos que, sin autorización especial de la Junta de acreedores, no pueden ejercer las funciones puntualizadas en el Art. 56.

El Código de Comercio sintetiza el carácter de los síndicos de las quiebras, perfectamente idéntico al de los síndicos de los concursos civiles (1), en los siguientes términos:

"Art. 976.—Los Síndicos representan la masa de acreedores, activa y pasivamente, en juicio y fuera de él, administran los bienes concursados practicando todas las diligencias conducentes a la seguridad de los derechos y recaudaciones de los haberes de la quiebra, y liquidan ésta, según las disposiciones del presente Código".

Procuradores Municipales, Personeros de Beneficencia.—Agentes Fiscales y demás representantes de Derecho Público.

Cada uno de estos funcionarios debe regirse por las respectivas leyes concernientes a su cargo o empleo; y si ellas guardan silencio o son de dudosa interpretación, deben recurrir, ya a las consideraciones de analogía arriba recomendadas, ya a los principios generales que, atenta la naturaleza de la institución, pueden aplicarse.

Con respecto a los Procuradores Municipales (2), la ley de la materia dice:

(1) En lo civil, la tenencia y administración de los bienes corresponde a los depositarios, mas en todo caso la dirección de esa administración es de cargo de los síndicos, conforme a los Arts. 598 de este Código y 951 del de Comercio.

(2) La Corte Suprema les llama siempre **Procuradores Síndicos Municipales**. La Ley, al instituir y reglamentar este cargo en el capítulo respectivo, dice simplemente: Del "**Procurador Municipal**"; mas en el inciso 2º del Art. 46 le llama "**Procurador Síndico**".

"Art. 46.—Son funciones del Procurador:

1^o—Ejercer la personería de la Municipalidad, representándola con el carácter de mandatario ante cualquier autoridad judicial o extrajudicial, para reclamar o defender sus derechos. El Procurador no podrá entablar juicio alguno sin previa autorización del Concejo".

Y antes de esto, al tratar del Presidente del Concejo dice la misma ley:

"Art. 39.—Son atribuciones del Presidente... 2^a Estipular y suscribir "en unión del Procurador Síndico, los contratos en que sea parte el Municipio y que fueren acordados por éste".

Lo cual manifiesta cuan limitadas son las atribuciones del uno y del otro.

En cuanto a desistimiento, hay también la razón de que no pueden ser sometidos a arbitramento los asuntos en que tiene parte el Ministerio Público; en cuyo caso cabe aplicar la doctrina interpretativa de los Arts. 452 de este Código y 77 y 82 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que nos sirvió para resolver las mismas cuestiones, en orden al guardador y demás representantes legales.

Los fallos de los Tribunales en que se han decidido estos puntos veremos en **Jurisp.** casos 43 a 48.

Con respecto a los **Personeros de Beneficencia**, la ley de la materia, expedida en 1908, dice lo siguiente:

"Art. 12.—Cada Junta nombrará su Personero Judicial, y el nombramiento constituirá mandato para comparecer en juicio".

Para actos extrajudiciales, la representación corresponde a la Junta o al Director, según los casos. Y la doctrina de la Corte, que niega a los Procuradores Municipales la facultad de absolver o desistir, sin autorización especial del Concejo, debe aplicarse, por idénticas razones, a los Personeros de Beneficencia.

Lo propio debemos decir de los **Agentes Fiscales**, **Procuradores de Instrucción Pública**, etc. cuyas atribuciones, puntualizadas por las respectivas leyes, no son más amplias que las de los Procuradores Municipales, en cuanto a los puntos de que tratamos.

RESUMEN

Generalizando la doctrina adoptada en los diversos casos que hemos estudiado, y consagrada por la jurisprudencia, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1^a—Los funcionarios a quienes, por razón de su cargo, corresponde la representación judicial de ciertas instituciones públicas, no pueden ejercer las facultades del Art. 56, sin autorización especial de las respectivas Juntas o autoridades de que dependan;

2^a—Para transigir, comprometer o desistir, cabe que se otorgue esa autorización; mas la facultad de absolver o deferir nadie la pedirá ni concederá; resultando de allí que la parte contraria carece de un importante medio de defensa, la confesión, y se establece una desigualdad entre las dos partes litigantes;

3^a—La regla del Art. 281, que confiere la calidad de prueba plena a la confesión de los representantes legales, reconociendo así tácitamente la capacidad de éstos para confesar a nombre de sus representados, resulta aplicable sólo a los padres, maridos y demás representantes de carácter privado; siendo así que los términos de esa disposición legal son generales.

Los representantes legales pueden otorgar poder o ratificación?

Debemos hacer también análogas distinciones:

Los padres, maridos y guardadores, representantes de personas naturales incapaces, lo pueden indubitablemente, como pueden celebrar cualesquiera otros contratos a nombre de sus representados, excepto aquellos que la ley les prohíbe o respecto de los cuales les impone ciertas restricciones.

Los gerentes, síndicos, administradores, etc. de instituciones o personas jurídicas de derecho privado, deben regirse por lo que, de un modo expreso o tácito, establezcan sus respectivos estatutos; y si de éstos nada puede deducirse, deben atenderse a lo que las leyes generales disponen sobre la delegación o sustitución del mandato.

Cuanto a los representantes legales de derecho público (agentes fiscales, procuradores municipales, personas de beneficencia, etc.) deberá estarse a los términos del nombramiento y a la ley que haya instituido esos cargos; y si nada se dijere al respecto ni se lo pudiere deducir razonablemente, habría, para la solución negativa, las siguientes consideraciones:

1^ª—La representación judicial es, en estos casos, una función pública, inherente al cargo respectivo; y las funciones públicas son, por su naturaleza, indelegables e intransmisibles;

2^a—A los funcionarios públicos no pueden aplicarse de ningún modo la regla octava del Código Civil, que, a propósito de los individuos particulares en la vida civil, dice que a nadie puede impedirse el acto que no está prohibido por la ley. Por el contrario, ellos no pueden hacer, como tales funcionarios, sino aquello que les está mandado o permitido expresamente por la ley o que se deduce inequívocamente de la naturaleza de sus funciones;

3^a—Para el ejercicio de los cargos públicos se toma en cuenta, de manera muy especial, la aptitud personal del individuo a quien se le confiere el cargo;

4^a—Con respecto a los procuradores municipales hay, además, la regla del Art. 46 N° 2° de la respectiva ley, que manda al Presidente del Concejo suscribir, juntos con el procurador, los contratos en que sea parte el Municipio.

No obstante estas consideraciones, la Corte Suprema, confirmando el fallo de la Corte Superior de Quito, que revocó la resolución de primera instancia, declaró que se podía gestionar a nombre del Procurador Síndico, y legitimar la personería con la ratificación de éste, como lo veremos en jurisp. caso 46.

Art. 67

296.—No debe contarse con el mandante, aunque comparezca personalmente.— Citación para la confesión del mandante.— Revocación tácita.— Dos artículos suprimidos por inconvenientes.

Nos referimos, en cuanto a todos estos puntos, a la prop. 277, recomendando la observación que hicimos de que puede bastar la revocación tácita, hecha con arreglo al Art. 2.151 del Código Civil, esto es, por el hecho de encargar el mismo asunto a otra persona.

Véase también JURISP. caso 59.

Si se pide confesión al mandante, la citación se hará al mismo procurador, conforme a este artículo, para que se la comuniqué al mandante. Si éste está ausente, el procurador debe expresarlo, indicando el lugar, para que se cumpla la segunda parte del Art. 46 (1).

Antes de este artículo tenía el Código otros dos, que fueron suprimidos en 1904. El primero permitía a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, socios, condóminos, etc. litigar sin poder, reservándose para presentarlo al tiempo de sentencia. El segundo aplicaba la sanción de declararles falsos procuradores y hacerles responsables de las costas y perjuicios, si no legitimaban la personería. Los abusos a que esas reglas daban lugar, hizo indispensables su derogación y la mayor severidad que se le dió al 51, como ya lo observamos.

(1) El Código Chileno dice:

Art. 387.—El procurador es obligado a hacer comparecer a su mandante para absolver posiciones en el término razonable que el Tribunal designe y bajo el apercibimiento indicado en el Art. 384.

La comparecencia se verificará ante el tribunal de la causa si la parte se encuentra en el lugar del juicio; en el caso contrario, ante el juez competente del departamento en que resida o ante el respectivo agente diplomático o consular chileno, si hubiere salido del territorio de la República.

Art. 68

297.—Para los motivos de excusa o recusación, no se toma en cuenta al mandatario.— Mala redacción del Art. 68.— Su razón e historia.

Este artículo, que no existía en el Código originario, fue agregado en 1890, para evitar el que, buscando un apoderado que sea pariente, amigo, enemigo, acreedor, etc. del juez, se le obligue a éste a excusarse o se le ponga en el caso de poder ser recusado: arbitrio muy obvio y que, generalizado en la práctica, se convirtió en una gran remora o estorbo para la administración de justicia.

La reforma fue, por este aspecto, utilísima; mas se la redactó con una latitud exagerada, que conduce a conclusiones inconvenientes, en las cuales jamás pensó el legislador. Tomado a la letra el artículo, síguese que el apoderado no puede ejercitar el derecho de recusar libremente asesores, peritos, etc. ni promover juicio de recusación por alguna causa legal, aunque esté expresamente autorizado para ello por el mandante. Lo cual ni el legislador se propuso, ni había razón alguna para establecerlo.

Tan anómala es esta conclusión, que en la práctica nadie la ha tomado en cuenta; y los apoderados siguen ejercitando cuctidianamente esos derechos, a nombre de sus mandantes.

En el artículo que hoy lleva el número 948, se consignó ya en el año 1880, la propia regla, con la misma amplitud y generalidad.

JURISPRUDENCIA

(Fallos relacionados con la sección de los procuradores)

CASO 23

¿El procurador puede aceptar parcialmente el poder?— ¿Puede ser obligado a intervenir, si expresa que renuncia el poder o no quiere ejercerlo?

En el juicio de José Cordero Machuca contra Manuela Saona, por reivindicación, se resuelve:

1º—Que bien puede el mandatario a quien se confiere poder general, aceptarlo para uno o más litigios y renunciarlo para otros; 2º—Que, por consiguiente, citado con una demanda propuesta contra su mandante, no debe ser declarado rebelde por falta de contestación, si manifiesta que no acepta el mandato para ese juicio.

El texto de la sentencia es el siguiente:

Quito, Diciembre 10 de 1891, a la una.—Vistos: El mandatario a quien se confiere poder general, puede aceptarlo para uno o más pleitos y renunciarlo para otros; pues las relaciones de derecho que el mandato constituye entre el mandante y el procurador, nada tienen que ver respecto de terceros que no han intervenido en el contrato. Supuesto lo dicho, se considera: que la demanda de fojas 14, propuesta por el doctor José Cordero Machuca contra Manuela Saona, fue notificada al apoderado de ésta, Juan M. Hatch, y solicitado que se le declare rebelde por no haber comparecido oportunamente, el procurador manifestó que no aceptaba el mandato para el presente juicio, porque carecía aún de las instrucciones necesarias de su mandante; que, en tal evento, fue ilegal la declaratoria en rebelde; y, por consiguiente, se han omitido las solemnidades sustanciales del juicio ordinario en primera instancia; pues, aun cuando, conforme al N.º 1º del Art. 607 del Código de enjuiciamientos en materia civil, (1) basta que se notifique la demanda al procurador, para

(1) Art. 423 de la edición actual (solemnidades sustanciales de los juicios ordinarios en primera instancia). La diferencia tan notable del número proviene de que, a la fecha del fallo, formaba todavía parte del Código la Ley Orgánica del Poder Judicial.

que esta solemnidad se tenga por cumplida, tal prescripción presupone que dicho procurador ha aceptado el mandato. En esta virtud, se declara nulo lo obrado, y se repone el proceso al estado de fojas 29, a costa del asesor del juez de primera instancia y del conjuer de segunda, respectivamente. Devuélvanse.—Castro.—Niño.—Espínosa.—Portilla. — Albán Mestanza.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 19, pág. 152).

Esta doctrina, que desde antes ha aplicado el Tribunal (véase caso 58), está perfectamente conforme con la que expusimos en la parte doctrinal, al estudiar las proposiciones 258, 267 y 268.

CASO 24

La misma cuestión, en relación con el último inciso del Art. 514.

En el juicio seguido por los señores Fould & Cia. contra los herederos de don Jacinto I. Caamaño, por dinero, se resuelve:

1°—Que desde que la ley permite la citación del auto de pago al procurador del ejecutado, es indudable que, verificada, produce todos los efectos legales; 2°—Que, por consiguiente, sin prueba, bien acerca de la inexistencia del poder, bien sobre no haber sido éste aceptado, es inadmisibles toda alegación tendiente a impedir el curso legal del juicio ejecutivo, con la intervención del procurador o procuradores citados del auto de pago.

El fallo del Tribunal Supremo, que contiene estas afirmaciones, se refiere a lo resuelto en las anteriores instancias; por lo cual, creemos necesario transcribir todos tres fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Febrero 10 de 1916, las dos p. m.—Vistos: A fojas 28 y 29 el doctor Arcesio Manrique, en su carácter de mandatario sustituto de los señores Fould & Cia., de París, demandó ejecutivamente a los señores C. Stagg y Dolores Caamaño viuda de Jijón Larrea, socios solidarios de la sociedad Herederos de J. I. Caamaño, el pago de la cantidad

de cuarenta y seis mil setecientos setenta y nueve francos, con más los intereses al seis por ciento anual desde el 31 de Diciembre de 1911 y las costas procesales, como resultante de un crédito contraído por el señor Ernesto Stagg, garantizado por la expresada sociedad demandada. Expedido el auto de pago y citados con él los señores doctor Darío R. Astudillo y J. Enrique Stagg como mandatarios de los ejecutados, a fojas 31 el segundo propuso su excepción en los siguientes términos: "no he sido constituido procurador judicial sino simplemente mandatario del señor Leonardo Stagg para que lo represente en ciertos actos y contratos puramente comerciales En consecuencia sírvase Ud. declarar que carezco de personería para intervenir en la ejecución antedicha". A fojas 32 dedujo el doctor Astudillo la siguiente: "No tengo facultades ni instrucciones de ningún género para contestar como personero de la señora Dolores Caamaño viuda de Jijón Larrea, la demanda ejecutiva propuesta por el señor doctor Arcesio Manrique". Recibidas las excepciones a prueba, practicadas las que las partes tuvieron por conveniente solicitar y citadas estas para sentencia, en definitiva se consideró: 1° Que la sentencia sólo debe resolver los puntos en discusión, y éstos, según las ejecutorias de la Corte Superior y Suprema de Justicia consisten en las excepciones propuestas a fojas 31 y 32; 2° Que en las citadas excepciones los señores Stagg y Astudillo no manifiestan, ni siquiera remotamente, la voluntad de no aceptar el poder de sus mandantes, a fin de no intervenir en el juicio, negando el primero, su calidad de mandatario y asegurando serlo tan sólo respecto a ciertos actos y contratos mercantiles; y el segundo, afirmando que no tenía facultad para contestar la demanda; 3° Que dentro del término perentorio para proponer excepciones que comenzó a correr el 11 de Agosto de 1913 y que concluyó el 14 del mismo mes, no se dedujeron otras que las ya enunciadas, siendo a fojas 57 y 58, y después que se recibió la causa a prueba, cuando los mandatarios señores Stagg y Astudillo manifiestaron su deseo de no intervenir en la contienda; y 4° Que de la escritura de mandato de fojas 33 a 43 conferida por el señor Leonardo Carlos Stagg a favor del señor José Enrique Stagg Obarrio, reproducida por el actor en parte de prueba, consta y se ha justificado que el señor Stagg Obarrio es mandatario de aquél en todos los asuntos judiciales que tuviere (fojas 34 vuelta) y que consta, asimismo, de la escritura de mandato de fojas 44 a 54 que el señor doctor Astudillo es representante legal de la señora Dolores Caamaño viuda de Jijón Larrea en todos los asuntos judiciales pendientes y que después se suscitaren y que se refieren a los bienes y negocios de la mentada sucesión (del señor J. I. Caamaño) y de la sociedad Herederos de J. I. Caamaño (fojas 45). Por los anteriores fundamentos, este Juzgado segundo Municipal administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara sin lugar las excepciones propuestas y en consecuencia, ordena que los demandados cumplan inmediatamente con la obligación demandada o que, caso de no hacerlo, se les embarguen bienes equivalentes al capital, intereses y costas y se proceda al depósito, avalúo, pregones y remate. Con costas. Habilítase este folio al sello correspondiente.—Alberto Guerrero M.

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, 21 de Abril de 1917, las cuatro de la tarde.—Vistos: Demanda ejecutivamente para el pago de cuarenta y seis mil setecientos setenta y nueve francos la compañía mercantil Herederos de J. I. Caamaño, y por ella los socios solidarios Leonardo C. Stagg y Dolores Caamaño viuda de Jijón, comparecieron a fojas 31 y 32 J. E. Stagg y el doctor Darío R. Astudillo, a quien se habla notificado el auto de pago a petición del actor, y dedujeron respectivamente, las siguientes excepciones: J. E. Stagg la de no haber sido constituido procurador judicial de don Leonardo C. Stagg, sino simplemente mandatario de éste para representarlo en ciertos actos y contratos comerciales, careciendo por consiguiente, de personería para intervenir en la ejecución; y el doctor Darío R. Astudillo la de que carece de facultad e instrucciones para contestar como personero de la señora Dolores Caamaño de Jijón, la demandada a juicio. Posteriormente, y cuando ya se habían recibido a prueba las excepciones, manifestaron ambos, en la solicitud de fojas 62, "que no querían ni podían intervenir en el juicio por falta de facultades para contestar demandas nuevas, y porque, aunque las tuviesen, no es de su voluntad usar de ellas"; y, por último, en el escrito que obra de fojas 136 a 139, alegan que no está debidamente comprobada la obligación materia de la demanda, ya porque el título no presta mérito ejecutivo, ya porque los gerentes de la sociedad demandada no pudieron obligarla como fiadora, y que, por lo mismo, en el caso de no admitirse las excepciones dilatorias, se les absuelva de la demanda. Mas, como, con arreglo a lo prescrito en el Art. 371 del Código de enjuiciamientos civiles, en la sentencia no se puede resolver otros puntos que no sean los controvertidos, nada se puede fallar respecto de lo alegado en las precitadas solicitudes de fojas 62 y 135, porque los puntos que, mediante esas solicitudes, se trata de introducir en la discusión, no fueron propuestos como excepciones, y la circunstancia de que el título no presta mérito ejecutivo, ni aun se alegó oportunamente como causa de nulidad del proceso. En esta consecuencia tiénese, pues, de fallar sólo sobre las excepciones propuestas, y para ello se considera: 1º Que por el tenor literal de la excepción alegada por J. E. Stagg, se comprende con toda claridad que ella es la falta de personería, por carecer de poder para representar en juicio al ejecutado Leonardo C. Stagg, la excepción antes expuesta es inadmisibles; 2º Que la excepción del doctor Darío R. Astudillo, consistente en afirmar que carece de facultades e instrucciones para representar en este juicio a su mandante la señora Dolores Caamaño viuda de Jijón, en la parte que afirma carecer de facultades, teniendo en cuenta que las facultades del mandatario son las que constan en el respectivo poder, entraña igualmente una excepción de falta de personería, por insuficiencia de poder; y como en el que obra de fojas 44 a 54 aparece que el prenombrado doctor Astudillo, tiene poder suficiente para representar a su mandante en "todos los asuntos judiciales pendientes y en los que después se suscitaren", es también inadmisibles la excepción en la parte estudiada. Respecto a la parte de la

excepción en que afirma que carece de instrucciones, hay que tenerse en cuenta que, quien acepta un cargo del que, como del de mandatario, se originan relaciones jurídicas, no sólo entre los contratantes sino también para con terceros, obligado está a proveerse de las instrucciones necesarias para desempeñar su cargo, y si no se las ha procurado, su falta o descuido no puede oponerlos a terceros para enervar o destruir los derechos de estos; es por consiguiente igualmente inadmisibles en esa parte la excepción; y 3º Que, dado el tenor literal de las excepciones alegadas, tanto por J. E. Stagg como por el doctor Darío R. Astudillo, sin torcer el sentido natural y obvio de las palabras no se puede sostener que tales excepciones contengan una negativa de ejercer el poder, manifestada por los procuradores antes nombrados. Por lo expuesto, admitiéndose justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas, la sentencia apelada. Devuélvanse.—Alcibades Cisneros G.—Juan J. Castro.—Vicente Paz.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Septiembre 27 de 1917, a las dos de la tarde.—Vistos: Desde que la ley permite la citación del auto de pago al procurador del ejecutado, es indudable que, verificada, produce todos los efectos legales; y, por consiguiente, sin prueba, bien acerca de la inexistencia del poder, bien sobre no haber sido éste aceptado, es inadmisibles toda alegación tendiente a impedir el curso legal del juicio ejecutivo, con la intervención del procurador o procuradores citados del auto de pago. Por esto y lo manifestado en los fundamentos de la sentencia recurrida, se ve, con toda claridad, que el juicio se ha sustanciado de un modo legal, teniendo por parte a Enrique Stagg O. y al doctor Darío R. Astudillo, apoderados respectivamente, de Leonardo Stagg y Dolores Caamaño viuda de Jijón. Y para pronunciar esta sentencia se considera: 1º Que en juicio ejecutivo se controvierten la acción y las excepciones; 2º Que el juez, para admitir la acción, debe averiguar necesariamente, si en la obligación concurren los requisitos exigidos por el Art. 501, inciso 1º del Código de enjuiciamientos; 3º Que ese deber del juez no desaparece por el hecho de haberse pronunciado auto de pago, ni por el de no haberse alegado oportunamente, la nulidad fundada en la insuficiencia del título con que se ha propuesto la demanda; 4º Que la falta de alegación de nulidad por inobservancia de la primera de las solemnidades señaladas en el Art. 417 del propio Código, si bien impide el que los Jueces y Tribunales anulen de oficio el proceso, no por eso, al pronunciar sentencia, pueden disponer el inmediato cumplimiento de una obligación respecto de la cual la ley deniega la acción ejecutiva; 5º Que la obligación materia de la demanda de fojas 28, 29, no es clara: a) porque, ante la prohibición contenida en la cláusula undécima del contrato social de fojas 91, a falta de otra prueba, para que los demandados hubiesen podido ser ejecutados, ha debido preceder sentencia pronunciada, en juicio ordinario, en orden a sí, con todo de la prohibición de la citada cláusula, la garantía de los documentos de fojas 6 y 7, pudo o no obligar a la sociedad y a los socios, en los términos de los Arts. 269 del Código de Co-

mercio y 2066 del Civil; y b) porque, ni aun supuesta la existencia de la prueba o de la sentencia expresadas, la liquidación de la foja 1ª no da a conocer que lo aduudado por Ernesto Stagg, procede, precisamente, de operaciones comerciales de las determinadas en la sobredicha garantía; y 6º Que la falta de claridad de la obligación cuyo cumplimiento se exige, pone en duda la existencia de la obligación; y, en tal caso, el Juez no puede ordenar se la cumpla, sin infringir lo prescrito en el Art. 501 del Código de enjuiciamientos. Por lo expuesto y lo de no ser anulable el proceso, por la falta de alegación acerca de no presentarse mérito ejecutivo los documentos con que se ha aparejado la ejecución, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revocada la sentencia venida en grado, se deniega, sin costas, la acción ejecutiva instaurada a fojas 28, 29. Legalizado este papel devuélvase. A. Cárdenas.— Leopoldo Piro.— Modesto A. Peñañerra.— B. Albón Mestanza.— José J. Estupiñán.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 183, pág. 2709).

Creemos que la frase "sin prueba de la inexistencia del poder", empleada por el Tribunal Supremo, debe entenderse "sin prueba de la **insubsistencia** o de la **extinción del poder**" pues a nadie puede exigírsele prueba de la simple negación de la existencia de un poder; pero el que alega la insubsistencia o extinción sí debe comprobar el hecho positivo que la haya producido; así como el que alega la **existencia** debe comprobar también este hecho afirmativo.

Cuanto a la referencia tácita, hecha en el encabezamiento del fallo, al Art. 514 del Código de Enj., que ordena notificar al apoderado el auto de pago, nos referimos a lo expuesto sobre la proposición 268.

Por lo demás, este fallo supremo no entraña un manifiesto cambio de la doctrina jurídica expresamente reconocida y consignada en el anterior y en el que después veremos en el caso 58; y nosotros, conformes con dicha doctrina y de acuerdo con lo que dijimos al estudiar la naturaleza del mandato y las obligaciones que impone al mandatario, en las proposiciones 258, 267 y 268, podemos sintetizar nuestras ideas en las siguientes observaciones:

1ª—El mandato se perfecciona por la aceptación del mandatario;

2ª—La aceptación puede ser total o parcial, esto es, para un litigio y no para otro, y aun sólo para una parte del litigio, v. gr. para la primera o segunda instancia, etc.;

3ª—Aceptado el poder, puede el mandatario renunciarlo, total o parcialmente, y puede también retractarse, con sujeción a los Arts. 2111 y 2154 del Código Civil y 63 del de Enj.;

4ª—Versa este contrato únicamente entre el mandante y el mandatario; y por lo mismo, sólo aquél puede exigir a éste el cumplimiento de las respectivas obligaciones; pero no confiere derechos ni impone deberes a terceros;

5ª—En consecuencia, la parte contraria al mandante no tiene derecho de obligar al mandatario a aceptar el mandato ni a ejercerlo en determinado juicio;

6ª—Por lo mismo, si el mandatario declara no aceptar el mandato para tal juicio o no tener voluntad de ejercerlo, debe contarse directamente con el mandante; y si éste está ausente y aun no ha comparecido ni ha sido citado, debe librarse la correspondiente comisión o deprecatorio;

7ª—Esto puede ser incómodo y costoso para la parte contraria; pero es preciso fijar la atención en que el mandato se otorga, no para dar facilidades o economías a la parte contraria, sino para beneficio y comodidad del mandante;

8ª—Si el mandatario comparece, se hace parte en la causa, y no puede separarse por renuncia, sino conforme al Art. 63. Sólo en este sentido está vinculado en favor de la parte contraria.

CASO 25

Contraposición de intereses que impide al mandatario figurar como tal.

En el juicio de la familia Barrezueta contra la familia Madero se resuelve:

1º—Que, a proponer el procurador del ejecutado tercera excluyente a su propio nombre, no puede seguir representando a aquél, so pena de nulidad del juicio; y

2º—Que, el consentimiento de las partes no basta a subsanar tal motivo de nulidad, ya que, por referirse a la legitimidad de personería, es inalienable.

El texto del fallo es el siguiente:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 16 de 1892, a la una p. m.—Vistos: Desde que José Mercedes Madero propuso la tercera excluyente de dominio, fojas 272, no pudo seguir representando a la deudora Ascención Díaz; pues lo contrario sería establecer la doctrina de que el demandante puede ser procurador del demandado, lo cual es inaceptable, por haber manifestado oposición entre el interés del tercero y el cumplimiento de las obligaciones del procurador judicial del ejecutado en el propio juicio. Dedúcese de aquí, que la Díaz no ha intervenido en el juicio de tercera, puesto que no pudo ser representada por Madero, y que, en consecuencia, el proceso es nulo. Y la nulidad es tanto más evidente cuanto, sin embargo de que el mismo Madero indicó a fojas 277, que había oposición entre sus intereses y los de la ejecutada, se dictó, sin oírlo, el auto de fojas 289, en el cual, no sólo se decidió que el tercero podía representarla, sino también se le declaró rebelde, y tampoco se le citó con dicho auto. No causó este ejecutoria, a pesar de no haber apelado las partes, porque, no siendo susceptible de allanamiento la falta de personería legítima, que influye siempre en la decisión de la causa, el consentimiento de ellas no puede subsanar esa falta, a lo que se agrega que la Díaz no intervino en la discusión del incidente, ya que ni siquiera fué citada en él ni después. Por tanto, se declara nulo el proceso, y se lo repone al estado de fojas 272, a costa del asesor que aconsejó al Alcalde Municipal y de los Ministros que han dictado la sentencia que ha venido en grado. Devuélvase.—Portilla.—Salazar.—Castro.—Espinoza.—Enríquez.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 26, pág. 204)

Ni en la Sección primera de este Título, que, al hablar del actor y el demandado, trata de la capacidad de comparecer en juicio; ni en la Sección segunda, que versa sobre los procuradores, ni en parte alguna ha consignado, de modo general, nuestro legislador, como lo expusimos al tratar de la proposición 254, el principio que una persona no puede representar a otra cuando entre las dos hay contraposición de intereses; mas ese principio, perfectamente conforme con la doctrina científica y con el sistema general de nuestra legislación, y aplicado de modo especial por el Código Civil en el Art. 402, en el 2131, 2132, etc. y por el de Enj. en el 23 de las Reformas de 1921, es un verdadero axioma jurídico, y no puede menos que ser reconocido y aplicado en la práctica, so pena de llegar a las más absurdas consecuencias.

CASO 26

La firma a ruego no es poder.

En el juicio seguido por el doctor Augusto Bueno contra Patricio Molina, por daños y perjuicios, se declara: **Que el encargo que una de las partes confiere a otra persona para que firme un escrito, no le constituye procurador; por lo cual, la intervención de esa persona, en el juicio, termina con la realización de ese hecho.**

El texto de la resolución es el siguiente:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Febrero 2 de 1907, la una de la tarde.—Vistos: En todo el curso del presente juicio, no se ha ordenado que se cuente con los señores doctor A. Grandá G. y Daniel Guerrero, ni han pedido éstos que se les considere como partes; por consiguiente, la falta de citación a dichos señores con el auto que recibe la causa a prueba, no puede invalidar las diligencias probatorias que se han practicado; en esta virtud, se desecha la indicada petición. De conformidad con las disposiciones de la ley, múltase al señor Escribano a razón de dos suces diarios, por retardo en las citaciones a los señores cuya personería se mandó legítimar en el acto de prueba. En lo sucesivo continúese indicando con el mismo Patricio Molina, ya que la persona que éste indica como su mandatario, no se ha presentado en juicio como tal. Declárase que el término de prueba quedó suspenso desde la fecha en que se presentó la solicitud de fojas 46 y que continuará corriendo desde la última citación, con esta providencia.—Guerra P.—Luna.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Enero 20 de 1908, las cuatro p. m.—Vistos: La contestación a la demanda de fojas 17, suscrita por Daniel Guerrero bajo esta sola expresión: "Por encargo de Patricio Molina", manifiesta que dicho Guerrero se presentó como mandatario de Molina, puesto que no expresó, como lo han hecho el doctor A. Grandá G. y Julio A. Carrillo, que firmaba, por ruego o encargo por no poder escribir el prenombrado Molina. En tal caso el Art. 66 del Código de Enjuiciamientos civiles, la notificación del auto de prueba, fojas 18, para que éste surtiera sus efectos, debió hacerse al mandatario Guerrero, y no a su mandante. No habiéndose, pues, hecho tal notificación, el término de prueba no ha principiado a correr todavía. Por tanto, se revoca la primera parte del auto de 2 de Febrero de 1907 venida en grado. Sin costas. Devuélvase.—Villacreses.—Román.—Ugullas.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 8 de 1908, a las cuatro de la tarde.—Vistos: El encargo que Daniel Guerrero recibió de Patricio Molina, según aparece del tenor claro del escrito de fojas 17, fué únicamente el de firmar ese escrito; y por lo mismo, la intervención de Guerrero en el juicio terminó con la redacción de ese propio hecho. En consecuencia, se revoca el auto que ha venido en grado, expedido por la Primera Sala de la Corte Superior de Quito, y se confirma, sin costas, el de primera instancia. Devuélvase.—Villagómez.—Montalvo.—Cárdenas.—Albán Mestanza.—Díaz.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 42, pág. 335).

Este caso es una muestra de los embrollos a que diariamente da lugar el abuso de la firma a ruego, de que hablamos en la prop. 264.

Cabe que una persona presente, a nombre de otra, una solicitud, como mandatario, pero limitando a eso sólo su gestión, y sin el propósito de seguir interviniendo en la causa. En este caso las notificaciones posteriores deben hacerse al mismo mandante; y con mayor razón debe procederse así, cuando, como parece en el caso actual, el encargo se da sólo para que alguna persona firme en lugar del interesado, por impedimento real o ficticio de éste.

CASO 27

Procuración ejercida a nombre de un difunto.—Si se ha propuesto demanda y seguido juicio a nombre de una persona que, al comenzar esas gestiones, había fallecido ya, pueden los herederos ratificar lo hecho y evitar la nulidad del proceso?

En el juicio seguido entre Manuel Espíritu Loachamín y Victoria Junia, Antonio Guamán y otros, por partición de los bienes dejados por Andrea Junia, se resuelve:

1°—Que la ratificación de los herederos, si bien surte efectos legales en las causas en que ha sido parte el instituyente, no puede legitimar la personería de quien hubiere deducido la demanda a nombre de persona falle-

cida; 2°—Que en la procuración judicial, de cualquier clase que sea, hay un contrato de mandato; 3°—Que ese contrato no puede originarse respecto de una persona difunta, en juicio iniciado con posterioridad al hecho de su muerte; y 4°—Que ni el poder caducado ni la ratificación ofrecida contra la ley pueden surtir efectos legales.

El texto de la resolución es el siguiente:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 18 de 1913, a las tres de la tarde.—Vistos: La ratificación de los herederos, si bien surte efectos legales en las causas en que ha sido parte el instituyente, no puede legitimar la personería de quien hubiese deducido demanda a nombre de persona ya fallecida. En la procuración judicial, de cualquier clase que sea, hay un contrato de mandato, el cual no sólo no puede originarse respecto de una persona difunta, sino que es hasta inconcebible el que se la puede representar, en virtud de mandato, en juicio iniciado con posterioridad al hecho de su muerte. Por esto, los Arts. 51 y 57 del Código de Enjuiciamientos imponen a los procuradores la obligación de presentar poder en el juicio en que comparecen como tales, es decir, poder que no hubiese caducado conforme al Código Civil, o, por lo menos, poder comprendido en los dos únicos casos de excepción del Art. 60 del primero de dichos códigos. La ratificación, o sea el medio de legitimar más fácilmente la personería de un procurador, no puede alterar de ninguna manera las leyes y los principios que reglan el mandato; y, por lo mismo, así como el poder caduco no puede surtir efecto alguno legal, la ratificación ofrecida contra ley, tampoco puede surtir efecto, por mucho que ella proceda de parte de quien tenga interés en el juicio, como heredero de la persona a cuyo nombre se lo inició después de su fallecimiento. Ratificar es aprobar o confirmar lo hecho, dándolo por valdadero y cierto, y lo hecho a nombre de Rosa Junia Loachamín, muerta años antes de propuesta la demanda de fojas 10-11, no puede aceptarse como valdadero y cierto, toda vez que ello importaría reconocer, como legal, la inconcebible comparecencia en juicio de personas que ya no existen. Así, no tratándose de resolver nada en orden a los derechos que pudieran haber correspondido a Rosa Junia Loachamín, ni acerca de los que, por ésta, toquen a sus herederos; limitada la jurisdicción de la Corte a sólo el punto concerniente a la personería de Manuel Espíritu Loachamín, resulta legal el auto recurrido. En consecuencia se lo confirma con costas.—Devuélvase.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Pino.—Vásconez.

Dos de los magistrados, los doctores Manuel B. Cueva y Francisco Andrade Marín, salvaron el voto en los términos siguientes:

VOTO SALVADO

Quito, Abril 18 de 1913, a las dos y cuarto de la tarde.—Vistos: Manuel Espiritu Loachamin propuso demanda de partición a su propio nombre y al de Rafael Lincango, Rosa Junia Loachamin y otros, afirmando que, por sucesión hereditaria, eran todos conductores de los predios a que se refiere la propia demanda. Posteriormente, con motivo de haber ordenado que Manuel Espiritu Loachamin presentara la ratificación de sus gestiones, se ha comprobado que Rosa Junia no existía cuando se pidió la partición, sino sus herederos; es decir, que en la demanda se cometió el error de mencionar a la difunta, como participe, en lugar de las personas que le representaban por derecho hereditario. Dados estos antecedentes para resolver sobre la personería materia del recurso de tercera instancia, se considera: 1º En general, para que la ratificación de una demanda propuesta a nombre de otro surta efectos legales, lo esencial es que ella emane de la persona cuyos derechos se han puesto en tela de juicio; pues toda ratificación se refiere esencialmente a la materia controvertida, y de este modo el ratificante hace suyo el pleito, por tratarse no de derechos ajenos sino de sus intereses propios: 2º La ratificación que exige la ley para la legitimación de personería es siempre un hecho posible, por más que ella dependa de la voluntad del ratificante, y de ninguna manera un hecho imposible, como lo sería la ratificación de un difunto; ni es concebible que el legislador haya establecido las penas de multa y costas para quien no reditza el imposible de presentar la ratificación de un muerto, sin embargo de existir los herederos que lo representan legalmente en todo lo que se refiere a sus bienes, derechos y obligaciones: 3º El derecho de Rosa Junia Loachamin como participe en los bienes partibles, se transmitió, por muerte de ella, a sus herederos; y este derecho, así transmitido, existía al tiempo de la demanda y lo tienen hasta ahora dichos herederos, representando a la difunta; y como tales son coparticipes y partes legítimas en el presente juicio; 4º El ejercicio de tal derecho (el de los sucesores de Rosa) se halla comprendido en la demanda propuesta por Manuel Espiritu Loachamin, aun cuando se haya incurrido en el error de suponer viva a la difunta, por la sencilla razón de que entonces ese derecho, por el ministerio de la ley, pertenecía, no ya a quien había dejado de existir, sino a sus herederos: 5º En consecuencia, los llamados a ratificar, en esta parte, las gestiones de Espiritu Loachamin, son los susodichos herederos; por tratarse en la demanda de derechos propios de ellos que les fueron transmitidos desde antes por el ministerio de la ley; 6º Esta ratificación consista a fojas 41, y debe surtir los efectos legales, por no haberse impugnado a los ratificantes el carácter de herederos de la difunta Rosa Junia Loachamin, ni haberse justificado nada en este sentido durante el término de prueba que se concedió a la vuelta de la misma foja; 7º En la hipótesis de no estimarse aceptable la ratificación de los sucesores de Rosa, sino solo la de ésta, tampoco sería lógico ni legal deducir de la falta de una ratificación imposible la falsa personería de quien propuso la demanda, sino, cuando más, la improcedencia de ésta, puesto que la ley no reconoce obligaciones que tengan por objeto hechos físicamente imposibles, y

antes bien las declara de ningún valor ni efecto; 8º Debe además, tenerse en cuenta que en el caso actual no se trata de ningún mandatario de Rosa Junia, desde que los muertos no pueden constituir apoderados, sino simplemente de un gestor que, sin mandato, reclamó en juicio derechos que entonces correspondían, no ya a la difunta, sino a sus herederos, aunque sin mencionarlos, contrayendo así la obligación físicamente posible de legitimar su personería con la ratificación de éstos, como únicos dueños de los derechos reclamados; 9º En el presente juicio, en que se trata de una acción real, persecutoria de la cosa, lo esencial y lo absolutamente necesario es que en él intervengan todos cuantos tienen o pretenden tener derecho al objeto partible; y como entre estos intereseados aparecen los herederos de Rosa Junia, es evidente que ellos tienen que tomar parte en el juicio, sin contar para nada con quien dejó de existir mucho antes de la demanda de partición: Por tanto se revoca el auto expedido en fojas 73 por la segunda sala de la Corte Superior de Quito.—Manuel B. Cueva.—Francisco Andrade Marín.—Cardenas.—Pino.—Vásconez.

("Gaceta Judicial", Sección Tercera, Nº 3, pág. 1245).

Tanto el fallo como el voto salvado se apoyan en sólidas razones; mas en nuestro concepto, el primero, el fallo, aunque tal vez más rigurosamente ajustado a los principios, conduce en este caso a un formalismo estéril, que, en obsequio de la equidad y de las facilidades para la administración de justicia, pudiera y debiera evitarse.

El individuo a cuyo nombre se demandó había muerto, es decir, no existía físicamente; pero su personalidad jurídica, sus derechos civiles, subsistían en los herederos; y así, no repugna que la ratificación de estos pueda valer jurídicamente tanto como de la misma persona a cuyo nombre se intentó la demanda.

Así lo dió a entender el mismo Tribunal, en un litigio anterior (Véase caso 51), y últimamente declaró ser aplicable a lo judicial la regla general del Art. 2160 del C. C. (Véase caso 61).

CASO 28.

Si el actor obra a nombre propio y al de otros, y luego otra persona comparece a nombre del actor, se ha de entender que representa a todos.

En el juicio Bahamonde - Fiallo, por apeo y deslinde, se resuelve:

1.º—Que si una persona entabla demanda, tanto por sus derechos propios, como por los de otras, y si, posteriormente, alguno se muestra parte en el juicio por el actor, es de entenderse de una manera obvia, que el petionario extiende su representación a todo aquello a que lo había hecho extensivo el demandante; y 2.º—Que, en el caso precedente, a no establecerse distinciones, el efecto es el de que se toma tal representación en todas sus partes.

Por no ser el caso de mayor importancia, omitimos la copia del fallo, que dice casi literalmente lo mismo. Se trataba sólo de interpretar la intención de la persona que se mostró parte a nombre del actor, siendo así que este obraba por derecho propio y por el de otras personas.

Se lo puede consultar en la "Gaceta Judicial", Serie Tercera N.º 39, pág. 1545.

CASO 29

Un endoso ilegal equivale a poder judicial legal?

En el juicio de Luis A. Guerra contra Francisco Suárez Cedeño y Alberto Narváez, se resuelve:

Que el endoso de un pagaré a la orden, sin la expresión de ser por valor recibido o en cuenta, no transmite el crédito al endosatario, ni le confiere otras facultades que las de mandatario, en virtud de las cuales, si puede demandar el pago a nombre del endosante, no puede hacerlo o su propio nombre.

El fallo de primera instancia declaró que el pagaré no era mercantil, y por lo mismo, no estaba sometido a las formalidades del endoso. La Corte Superior confirmó ese fallo; mas la Suprema, dijo:

Quito, Abril 15 de 1912, a las tres de la tarde.—Vistos: En el expediente pagare a la orden, por reunir los requisitos todos del art. 486 del Código de Comercio, el documento (foja 1.º) que funda la ejecución; y el endoso del ejecutado Luis A. Guerra debió hacerse, por lo mismo, como lo manda el art. 203 y 487 de ese Código esto es, con expresión, entre otras cosas, de si se hacía a la orden del endosatario y si por valor recibido o en

cuenta. Pero no se ha hecho constar ni lo uno ni lo otro, y el endoso así otorgado, no ha transmitido al endosatario la propiedad del pagaré ni la ha conferido otras facultades que las de mandatario (art. 418), en virtud de las cuales, si podía de mandar el pago a nombre del endosante, sin más derecho para hacerlo en el propio, como lo ha hecho. En este virtud, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revocada la sentencia de que se ha recurrido, expedida por la 2.ª Sala de la Corte Superior de Quito. Se deniega la demanda. Sin costas. Devolvamos. P. Villagómez.—Manuel Montalvo.—P. Alborn-Medina Manuel B. Cueva.—A. Córdova.

"Gaceta Judicial", Serie Segunda, N.º 132, Pág. 1055.

No nos satisface mucho esta resolución, por los motivos que expusimos en la prop. 268. El endoso sin los requisitos legales consituye mandato, es verdad; pero no todo mandato vale como poder judicial. El mandato extrajudicial puede otorgarse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente y aun por la mera aquiescencia del mandante, como dice el Código Civil, y otorgado en cualquiera de esas formas, el mandatario puede muy bien exigir privadamente el pago a nombre del acreedor.

Para esas gestiones puede el endoso irregular facultarle al endosatario. Mas el poder para pleoneo, por disposición especial de la ley adjetiva debe otorgarse en escritura pública, y no encontramos razón alguna legal ni científica para sostener que un endoso ilegal copia la escritura pública, o que ésta sea innecesaria para reclamar a nombre del acreedor un crédito que ha sido otorgado sin los requisitos legales.

El mismo fallo a que nos referimos en este caso se ha publicado por segunda vez en la Serie Tercera N.º 45 pág. 1596 (1).

(1) En un caso anterior, publicado en el N.º 126 de la Primera Serie de la "Gaceta Judicial", hizo también la Corte Suprema aplicación de la regla de que el endoso sin expresión de valor recibido o sin sueldo, así como el dato, y en consecuencia declaró válido los pagos hechos al endosante con posterioridad al endoso. Por no haberse tratado entonces de la cuestión de personería, no consignamos aquí ese caso.

CASO 30

La misma cuestión jurídica, resuelta en un fallo muy anterior.

En el juicio ejecutivo de José María Cadena contra Mariano Hervas, se resuelve:

Que el endoso de un pagaré comercial a la orden, aunque no contenga la expresión de VALOR RECIBIDO, ENTENDIDO O EN CUENTA, legítima la personería del endosatario; ya que, según la ley, dicho endoso vale como poder, comisión o mandato suficiente para el cobro.

El juez de primera instancia pronunció sentencia de trance y remate, por falta de pago y excepciones, sin poner nientes en la cuestión del endoso.

Mas la Corte Superior dijo:

Quito, Marzo 13 de 1891, a las 11 y tres cuartos del día.—Vistos: Con arreglo al art. 476 del Código de Comercio, son aplicables a las librazas y pagarés a la orden las disposiciones relativas a las letras de cambio sobre el endoso, que es válido cuando reune las formalidades puntualizadas en el art. 405 del referido Código. Esto supuesto, se observa: que los endosos del pagaré fojas primera no expresan si es por valor recibido o valor en cuenta, según previene el artículo últimamente citado; razón por la cual contienen, de acuerdo con el art. 407 del mismo Código, simple comisión de cobro y no traspaso de derecho.—José María Cadena carece, pues, de personería en este juicio, que no ha podido deducirlo ni como dueño, porque no se le ha transferido la propiedad del pagaré; ni como mandatario, porque no se ha presentado poder judicial de Francisco J. Icaza. En consecuencia, y por haberse contravenido a la segunda de las solemnidades que determina el art. 605 del de Enjuiciamiento civil, se anula la causa y se repone el proceso desde el auto de fojas cuatro vuelta, a costa del asesor que ha intervenido. Devuélvase.—*Escuján.—Batallas.—Paz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 31 de 1891, a las doce.—Vistos: Aunque el endoso no contenga la expresión de Valor recibido, entendido o en cuenta, legítima la personería del sujeto a cuyo favor se hizo; porque la ley le considera como poder, comisión o mandato suficiente para el cobro. Por tanto, se absuelve al asesor del cargo que le impone la resolución de que ha recurrido; y se declara que la Corte Superior no ha debido con-

ceder el recurso interpuesto por José María Cadena atento lo dispuesto por el Art. 1118 del Código de Comercio. Devuélvase.—*Castro.—Salazar.—Nieto.—Espínosa.—Portilla.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 2 pág. 14).

Con perdón de las respetables firmas, debemos observar:

1º—Que, en este caso, como en el 29 que acabamos de examinar, se da al endoso irregular la fuerza de escritura pública, o se prescinde de la solemnidad prescrita por el Art. 53 para los poderes judiciales de mayor cuantía. Lo cual no nos parece conforme a ley ni a los principios, según lo hemos manifestado.

2º—Que se confunde la cuestión de personería con la relativa al derecho mismo. Legítima su personería un litigante, cuando, procediendo a nombre de otra persona, presenta los comprobantes de su representación; o cuando, procediendo a nombre propio, acredita su capacidad legal de parecer en juicio.

En el caso de este fallo, el actor procedió a nombre propio, y nadie le tachó de incapaz. Por consiguiente, no hubo cuestión de personería, sino una cuestión esencialmente sustantiva. Debía, sí, el actor acreditar su derecho; y si el endoso no había surtido el efecto de transmitirle el crédito, la sentencia debió rechazar la acción, por infundada, o mejor dicho, anular el proceso por falta de título ejecutivo.

CASO 31

Otro caso sobre la misma cuestión del endoso irregular—Confesión del endosante.

En el juicio Klare - Lanata, se resuelve:

Que el traspaso de un pagaré por VALOR AL COBRO constituye un simple mandato; por lo que son válidas las absoluciones pedidas a la persona que hizo el traspaso.

Creemos necesario transcribir todos tres fallos, por que el último se refiere a los anteriores, y el primero contiene importantes conclusiones.

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Diciembre 23 de 1915, a las tres p. m.—Vistos: A fojas 11 el señor Adolfo A. Klare Jr. demandó a Enrique Lanata el cumplimiento de los pagarés, constantes de fojas 5, 6, y 7, reconocidos judicialmente por este en sus firmas y rúbricas y como socio gerente que fué de la Sociedad F. Lanata y Compañía, ya extinguida según consta de la escritura de disolución que para el efecto se presentó. A fojas 13 el ejecutado propuso la excepción de haberse extinguido la obligación de pagar. Recibida la causa a prueba, producidas las que las partes estimaron convenientes y citadas éstas para sentencia, en definitiva se consideró: 1º Que siendo los términos probatorios, "para que dentro de ellos se presenten y practiquen las pruebas", según lo dispone el Art. 361 del Código de enjuiciamientos civiles, no se puede hacer mérito de las actuaciones solicitadas como prueba, por las partes, corrientes de fojas 57 a 67, por cuanto si bien se pidieron dentro del término, se practicaron después del 30 de Octubre, día en que expiraron los diez días fatales concedidos para la prueba; 2º Que la propiedad de los pagarés se transfirieron por el endoso, según las reglas a que se sujeten las letras de cambio, endoso que debe contener todos los requisitos determinados en el Art. 416 del Código de Comercio; 3º Que no constando de los pagarés cuyo cumplimiento se ha demandado, que el endoso se haya practicado con la expresión de valor recibido o valor en cuenta, y si, solamente, al cobro, por A. H. Delius a favor de A. A. Klare Jr. este endoso equivale a simple mandato, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 418 del Código ya mencionado, no habiendo podido el actor, en consecuencia, demandar por su propio derecho, como lo ha efectuado, doctrina que ha sido también observada por la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial, N° 2, 2ª Serie.—Juicio entre José María Cadena y Mariano Hervás) deduciéndose de esto, no la falta de personería en el actor, sino la ausencia de derecho para exigir el cumplimiento de una obligación, pues si aquello fuera, la Corte Suprema de Justicia hubiera declarado la nulidad del procedimiento por obligación legal en los juicios similares en que ha intervenido; y 4º Que si bien es cierto que el ejecutado en su escrito de excepciones no propuso la que se hace relación en el numeral anterior, lo que podría significar llamamiento con ella, si dedujo la de haberse extinguido las obligaciones demandadas, y que, si también es cierto que correspondía a éste la prueba de su afirmación y que nada ha justificado dentro del término respectivo, por la consideración expuesta en el numeral primero, el actor de fojas 44, acepta que están pagados los documentos de fojas 5, 6 y 7, sin que se pueda hacer mérito del pagaré de fojas 46 porque el se presentó para que se considerara comprendido en la ejecución, y aunque en el auto de fojas 51 vuelta así se declaró, en la aclaración ejecutoriada de fojas 53 se corrigió el error por los fundamentos que esta contiene. Por las consideraciones anteriores, este Juzgado Segundo Municipal administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara sin lugar la acción ejecutiva, propuesta por Adolfo A. Klare Jr. Por estimarse que no hay temeridad en el juicio y que la sentencia llevar aparejada condena en costas solo cuando

ella es desfavorable al-ejecutado según se deduce del Art. 510 del Código de enjuiciamientos civiles, se resuelve sin costas de la instancia. Habiéndose al sello correspondiente los folios que no lo están. Por cuanto de la diligencia sentada por el actuario el 19 del presente consta que el demandado pagó el valor de las planillas a que se refiere el actor después que éste la suplió y vencido el término dentro del cual debió efectuar el pago, aprémiase a dicho demandado por los recargos de ley.—Alberto Guerrero M.

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, 9 de Mayo, de 1916, a las cuatro de la tarde.—Vistos: A fojas 11 de estos autos Adolfo A. Klare, cesionario de los tres pagarés que constan a fojas 5, 6 y 7, respectivamente ha demandado en juicio ejecutivo a Enrique Lanata para el pago de las cantidades que se expresan en dichos pagarés. Este, en su escrito de fojas 13, ha propuesto la excepción de estar extinguida la deuda y de estar cancelados los pagarés. Abierta la causa a prueba, se han practicado las diligencias que corren a fojas 42 vuelta, y 43, 44 vuelta, 61 y 61 vuelta, 76 y 77, respecto de las cudes y de las alegaciones de las partes, es del caso considerar: 1º Que si bien es cierto que Lanata, al expresar que la obligación demandada se halla extinguida, agrega que ha cancelado los tres pagarés, la falta de esta cancelación no cambia la naturaleza de la excepción, de estar extinguida la deuda ya que la cancelación no es un modo de extinguir una obligación sino consecuencia de dicha extinción, que puede hacerse por cualquiera de los modos establecidos por la ley; siendo de notarse, además, que la cancelación de los pagarés no le incumbía hacer a Lanata, sino al dueño de ellos. De donde se sigue que el error de haber dicho que tiene cancelados los pagarés no quita el valor de la excepción en su parte esencial; esto es, en lo que se refiere a la extinción de la deuda demandada; 2º Que los pasos de los pagarés demandados constituyen simples mandatos para el cobro; de consiguiente, las contestaciones que Antonio H. Delius ha dado al interrogatorio que contiene el exorto de fojas 73 a 75, constituyen absolución del mandante, o sea del dueño de los pagarés y tiene valor, aun cuando haya sido rendida fuera del término probatorio; 3º que en dicha absolución se confiesa que la deuda de los tres pagarés con que se propuso la demanda ha sido extinguida; 4º, que esto mismo se deduce de la pregunta quinta, que hace Adolfo Klare en el interrogatorio de fojas 44; y 5º, finalmente, que el documento de fojas 46 no puede ser considerado en este juicio, porque no es de los que trata el Art. 515 del Código de Enjuiciamientos en materia civil, sino una obligación distinta e independiente de las con que se aproréjé la ejecución. Por estos fundamentos, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma la sentencia apelada, con costas. Devuélvase.—Alcibíades Cisneros G.—Luis F. Pólit.—Vicente Paz.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 20 de 1916, a las dos de la tarde.—Vistos: La declaración de Antonio H. Delius, que, como lo observa la Corte de Guayaquil, vale una confesión, demuestra que fueron extinguidas, por pago, las obligaciones constantes de los documentos con que se propuso la demanda; lo cual importa que tuvo lugar, por ese medio, la cancelación alegada, por Enrique Lamata, en el escrito de fojas 13. En virtud de lo expuesto y de lo más que expresa la sentencia recurrida, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se la confirma con costas. Devuélvase.—Manuel E. Escudero.—A. Cárdenas.—Francisco Andrade Marin.—Leopoldo Pino.—Adolfo Pérez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera N° 153, pág. 2458).

Nos adherimos a las conclusiones del juez de primera instancia, en cuanto a que la omisión de los requisitos legales del endoso produce, no la falta de personería, sino la de derecho en el cesionario; y que habiendo éste deducido la acción, no como mandatario del cedente, sino a su propio nombre, era el caso de repeler la demanda, por esta causa, es decir, por la falta de derecho en el actor.

Para que la confesión del cedente pudiera valer como tal, habría sido necesario que éste fuese parte en el juicio, es decir, que la acción se hubiese intentado a nombre del cedente.

Véase la misma cuestión en el caso 59, y en las props. 263 y 288. Id. comentario al Art. 56.

CASO 32

Mujer procuradora.— Cabe ratificación de las gestiones de un mandatario incapaz?...

En el juicio de Benjamín Lombeyda contra Luis del Pozo F. se resuelve que si una mujer se presenta como procuradora judicial, fuera de los casos permitidos por la ley, sus actos son nulos, y no pueden validarse por la ratificación.

Texto de la sentencia:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Noviembre 12 de 1909, a las dos y media de la tarde.—Vistos: Prohíbe el Art. 49 del Código de enjuiciamientos civiles a la mujer que no esté en alguno de los casos de excepción determinados en el N° VIII del propio artículo, presentarse en juicio como procuradora; y como la prohibición se ha establecido en consideración a la procuración misma, los actos que se ejerzan son nulos y de ningún valor, atento el Art. 9° del Código Civil, y no admitten ratificación. En esta virtud, el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, interpuesto a fojas 131 por Felicia Coloma, quien no consta hallarse en alguno de los casos de excepción dichos, tiene que considerarse como no interpuesto, no obstante la ratificación de Lombeyda. Síguese de aquí que la sentencia de primera instancia causó ejecutoria y que la Corte Superior de Riobamba ha conocido en la causa sin jurisdicción. Considerados, pues, los Arts. 404 y 413, N° 1° del mencionado Código de Enjuiciamientos, se declara la nulidad de las actuaciones de segunda instancia, a cargo de los Ministros de la Corte Superior de Riobamba, a quienes se condena también en las costas de esta tercera instancia; y se declara, además, ejecutoriada la sentencia del Alcalde Cantonal.—Cárdenas.—Montalvo.—Villagómez.—Alfon Mestanza.—Estupiñán.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 75, pág. 597).

La misma doctrina tendría que aplicar la Corte a todos los demás casos de incapacidad establecidos por el Art. 49. Las gestiones hechas a nombre de otra persona por un menor, un clérigo, un tinterillo, no podrían ser validadas por la ratificación del interesado; siendo así que, si el menor presenta a su propio nombre y luego ratifica el padre o el guardador, son válidas sus gestiones, como observamos en las props. 228, 236, 240, y en el caso 3° de JURISPRUDENCIA (correspondiente a la **sección del actor y el demandado**).

Por otra parte, los Arts. 415 al 418 del Código de Enj. dan amplia facilidad para validar, por medio de la ratificación, las actuaciones nulas por falta de personería, sin hacer distinción en las causas de que dicha falta provenga. Así y todo la interpretación restrictiva que de esas reglas hace el Tribunal en este caso, nos parece acertada, ya que, de otra manera, la prohibición legal contenida en el Art. 49 se burlaría muy fácilmente, gestionando sin poder y sólo con oferta de ratificación; cuando el pensamiento del legislador es el de que las per-

SONAS a que se refriere ese artículo, no figuren de ningún modo como mandatarios judiciales.

En suma, por la ratificación puede suplirse la falta de poder, mas no la falta de capacidad del mandatario; y el que no es capaz de gestionar con poder, tampoco puede hacerlo, al amparo de una oferta de ratificación posterior.

Por lo demás, en esta materia de formalidades procesales, no tiene aplicación ni cabida la distinción, esencialmente sustantiva, de las nulidades en absolutas y relativas, como ya lo hemos observado.

CASO 33

La misma cuestión jurídica: cabe ratificación de los actos de un mandatario incapaz?

En la causa Murriel - Beltrán, resuélvese negativamente esta cuestión, como en el caso precedente, a propósito de gestiones practicadas por un empleado del Poder Judicial, comprendido en el N° 9° del Art. 49.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Marzo 11 de 1914, a las nueve a. m.—Vistos: En el supuesto de que el señor Alejandro Peñaherrera Oña haya sido empleado de la hacienda pública cuando principió a ejercer el poder del señor Tobías R. Murriel, su inhabilidad para servir la procuración, se halla subsanada con la ratificación del poderante que parece del escrito fojas 33, según así lo dispone expresamente el Art. 410 del Código de Enjuiciamiento en materia civil. Por lo expuesto declarase legitimada la personería del señor Alejandro Peñaherrera Oña, y que no es nulo el proceso. Cuéntese con el señor Tobías R. Murriel en todas las diligencias ulteriores, y para resolver los demás puntos pendientes, ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos.—F. López A.—Orellana.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Julio 23 de 1915, a las cuatro de la tarde.—Vistos: Aceptado implícitamente por el actor fojas 33 el hecho, no controvertido según la ejecutoria suprema, de haber sido Luis Alejandro Peñaherrera O. Revisor del Tribunal de Cuentas desde antes de haber comenzado a ejercer el poder de fojas 5, según se afirma a fojas 31, hay que examinar si las

gestiones de dicho Peñaherrera en este juicio son susceptibles de ratificación. Conforme al N° 9° del Art. 49 del Código de enjuiciamientos civiles, referente al Art. 171 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no pueden comparecer en juicio como procuradores los empleados de los Tribunales de Justicia, y por lo mismo, los Revisores del Tribunal de Cuentas. En virtud de esta prohibición fundada en razones de orden o derecho público, los actos de Peñaherrera en este juicio, son absolutamente nulos, dadas las reglas de los Arts 9 y 1672 inciso 1° del Código Civil. En tal caso, la ratificación de Murriel contenida en el escrito de fojas 33, no les puede dar valor alguno, como así lo ha declarado también la Corte Suprema, en caso análogo que se ve en el N° 75 de la Segunda Serie de la "Gaceta Judicial", en la causa entre Lombeida y del Pozo Flores. En consecuencia, revocándose el auto del inferior, se declara la nulidad del proceso desde fojas 6 a costa del mencionado Luis A. Peñaherrera O. Devuélvanse.—Enríquez A.—Carrera Andrade.—Román.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 10 de Febrero de 1916, a las dos de la tarde.—Vistos: En la prohibición de ser procuradores a que se refiere el Art. 49 del Código de enjuiciamientos en materia civil, se establece una incapacidad legal, que, por serlo, ocurre la nulidad absoluta de todo lo hecho con la intervención de quien, por impedirlo la ley, no puede estar en juicio en calidad de procurador; y, por esto, como lo dice la Corte Superior, los actos de Peñaherrera O. no son susceptibles de ratificación. Se confirma con costas, el auto recurrido. Legalizado este papel, devuélvanse.—Escudero.—Cárdenas.—Andrade Morán.—Pino.—Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 137, pág. 2330).

Por nuestra parte, nos referimos al comentario del caso precedente y a lo que hemos dicho en la parte doctrinal. Al ocuparnos en el recurso de nulidad, volveremos a considerar este punto.

CASO 34

Presentación del poder por persona diversa del apoderado.

En el juicio del doctor Maximiliano Donoso Ch. contra José García C., se declara:

1°—Que no es dado sólo al procurador presentar en juicio el poder que legítima su personería; pues, reconocida la existencia de dicho poder, puede presentarlo cual-

quiera de las partes, quedando así aquella legitimada; 2º—Que no se opone a lo dicho, la disposición del Art. 51; y 3º—Que en ningún caso pueden retrotraerse los efectos de la revocación de un poder a los actos anteriores a la fecha en que ella tuvo lugar.

Texto del fallo:

Quito, Mayo 27 de 1904, a las dos de la tarde.—Vistos: Reconocida la existencia de un poder, cualquiera de las partes puede presentarlo en juicio; y, presentado, se legitima la personería del procurador, sin que a ello obste el Art. 51 del Código de enjuiciamiento en materia civil. Apoyan lo expuesto: 1º El hecho de que la ley no dispone que sólo al procurador le es dado presentar el poder que legitima su personería; 2º El derecho de las partes para sostener la validez del proceso y, por consiguiente, para mantener la firmeza y eficacia de las resoluciones judiciales; y 3º Lo inadmisibles de que ese derecho quede burlado por una convivencia entre poderdante y procurador cuando, por la seriedad que revisten los actos y procedimientos judiciales, no está en la voluntad de ninguno de ellos volver nugatorios los efectos de un poder legítimamente conferido y aceptado. Con este antecedente, se considera: 1º Que es legal el poder que, conferido por el doctor Maximiliano Donoso Ch. aceptó el doctor Rafael Arcos; 2º Que la revocación de ese poder es posterior al auto de fojas 440; 3º Que los efectos de la revocación no pueden retrotraerse, en ningún caso, a los actos anteriores a la fecha en que ella tuvo lugar Por tanto, se confirma el auto recurrido, condenando al doctor Donoso Ch. al pago de las costas de todas tres instancias. Devuélvase.—Albón Mestanza.—Cuevara.—Pino.—Páez.—Cardenas.

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N° 103, pág. 823).

Muy obvias son las conclusiones consignadas en este fallo.

El procurador—dijimos en la parte doctrinal—puede no aceptar el poder, y aun habiéndolo aceptado, puede negarse a intervenir en un caso dado; pero desde que comparece e interviene, la presentación del poder es para él un deber, y al propio tiempo es para la otra parte un derecho; pues ésta tiene legítimo interés en que subsistan y queden válidas las actuaciones practicadas con la intervención del personero, y en que la causa no se retrarde ni retroceda. Si el poder existe, y de hecho lo ha ejercido el mandatario, la simple presentación del instrumento puede ser solicitada, como toda otra prueba,

por cualquiera de los interesados.— Véase props. 268 y 270.

Cuanto a la última parte, evidente también que si el mandante revoca el poder, no por eso se invalidan los actos del mandatario anteriores a la revocación.—Prop. 277.

CASO 35

La ratificación es sólo para lo pasado. ¿El límite es la fecha en que se firmó el escrito o la de su presentación? ...

En el juicio mortuario de Justo Mancheno se resuelve:

1º—Que a haber oposición entre mandante y mandatario acerca de la validez de los actos de éste, el escrito de ratificación entregado por el primero al segundo, sólo valida las gestiones anteriores a la fecha de esa entrega, y no a las posteriores, aunque dicho escrito haya sido presentado al juez con posterioridad a éstas; 2º—Que tal ratificación tampoco puede considerarse como mandato judicial para validar los actos posteriores, ya que el mandato debe constituirse por escritura pública; y 3º—Que, por consiguiente, en este caso hay ilegitimidad de personería en el mandatario, respecto de dichos actos posteriores.

Los fallos son del tenor siguiente:

PRIMERA INSTANCIA

Riobamba, Noviembre 20 de 1890, las once y veinte minutos del día.—Vistos: El fondo de la cuestión suscitada entre León Mancheno y Tomás Elías Bravo, en puro derecho, se reduce a saber si entre los dos hubo un mandato perfecto, para de allí derivar las obligaciones del mandante; así respecto de su apoderado como de un tercero en la contienda entre éstos, que es el señor Julio Román. Para decidir sobre esta cuestión de derecho, se observa: 1º el encargo objeto de este mandato aparece plenamente probado con las declaraciones de Roberto Aguirre, Francisco Alarcón y Fernando Guevara, siendo en este caso admisible la prueba testimonial por haber un principio de prueba por escrito, cuales es la solicitud de fojas 65, respecto de la cual existe también la presun-

ción que emana del cotejo de firmas hecho por el juzgado, y que según la disposición del Art. 400 del Código de Enjuiciamientos en materia civil, establece también el comienzo de una prueba escritural: 2º, este cotejo ha sido perfeccionado por la aceptación expresa del mandatario. De estas consideraciones se desprende que entre León Mancheno y Tomás Elías Bravo, hubo un verdadero y perfecto mandato que, de conformidad con el Art. 2147 del Código Civil, impone al mandante el deber de cumplir las obligaciones que en su nombre ha contratado el mandatario dentro de los límites del encargo que se le ha confiado; y entre estas obligaciones es una de ellas conformarse con las gestiones de su procurador en el juicio que se le encomendó; pues aún en el supuesto de que el mandatario hubiese excedido los límites de su poder, eso le constituiría responsable para con el mandante, de acuerdo con lo prescrito en el Art. 2141 del Código anteriormente citado; pero, no invalidaría los actos del apoderado, ni exoneraría a su constituyente de la obligación de respetarlos. La declaración de falso procurador hecha contra Tomás Elías Bravo, atacaba de un modo directo los derechos del señor Julio Román; y así, bien pudo pedir éste la revocatoria y gestionar todo lo conveniente a que no se declarase inválido un contrato de compra-venta, como el que tuvo lugar en el remate voluntario, en que Bravo intervino válidamente en nombre de León Mancheno. Por estas consideraciones, se revoca el auto expedido en 30 de Septiembre próximo pasado, y dándose por aprobados los actos de Tomás Elías Bravo, se declara válido el proceso en la parte que se anuló por la falta de procuración del personal de Mancheno, a quien se condena en las costas que ha hecho erogarse a las partes con su temerario procedimiento.—Valencia.—Pareja C.

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Diciembre 6 de 1890, las tres y media p. m.—Vistos: Presentada por León Mancheno la exposición fojas 63, debió el inferior oír con ella a Tomás Elías Bravo o prevenirle que dentro de un término prudencial legitime su personería para expedir el fallo correspondiente; pero la precipitación con que se pronunció el auto de fojas 63 vuelta, dió origen para que se presentara la ratificación fojas 65 con posterioridad a la exposición de Mancheno. Sin embargo, ya que a virtud de la revocatoria solicitada por Julio Román y el citado Bravo del auto de fojas 63 vuelta, y de la dilación probatoria concedida en el incidente, se han averiguado los hechos, se observa: que no hay duda alguna respecto a la autenticidad del escrito fojas 65; primero, porque Mancheno que lo redarguyó de falso y objetó su legitimidad, no ha producido la prueba respectiva en apoyo de sus objeciones; ya porque la falsedad o ilegitimidad de un documento privado no se constituyen por sólo el hecho de que la parte contra quien se presenta la redarguya, sino mediante la prueba legal que debe rendirse a este respecto; y segundo, porque dicha autenticidad queda evidenciada con las diligencias de cotejo y las declaraciones de los testigos que presentaron la entrega que hizo Mancheno a Bravo del ya referido escrito de ratificación; la que surtió sus efectos legales desde el momento que el mandante lo suscribió, aún cuan-

do el mandatario se hubiera reservado presentarlo al Juzgado para legitimar su personería, con posterioridad, cuando lo creyere oportuno, o se lo exigiere. Por lo expuesto, y por cuanto los fundamentos del auto recurrido están estrictamente ajustados a las disposiciones legales en él invocadas y al mérito de las pruebas rendidas por Tomás Elías Bravo, se confirman, con costas, el auto apelado. Devuélvase.—Colina.—Banderas. Martínez.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 8 de 1891, a las doce.—Vistos: La ratificación es acto confirmatorio o aprobatorio de lo que una persona ha hecho a nombre de otra. Por consiguiente, constando que el escrito de fojas 65 le fué dado a Tomás Bravo con anterioridad a los actos en que él ha intervenido, no puede estimarse como ratificación de éstos. Menos puede tenerse como mandato judicial, ya que éste debe constituirse por escritura pública. Por tanto, se revoca el auto de que se ha recurrido, se condena a Bravo al pago de las costas y perjuicios de que se ha hecho responsable, por no haber legitimado su personería con arreglo a la ley, y se le deja su derecho a salvo para que pueda deducir la acción que viere conveniente contra León Mancheno. Devuélvase.—Castro.—Salazar.—Nieto.—Espinoza.—Portilla.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N.º 4, pág. 31).

Hemos transcrito, tanto el resumen hecho en la "Gaceta Judicial", que tiene en cierto modo valor oficial, por ser formado, o por lo menos revisado, por el Presidente del Tribunal Supremo, como los tres fallos, para hacer notar que en aquél hay ciertos datos importantes que no constan en éstos, y que probablemente han sido tomados del proceso.

Que la ratificación se refiere sólo a lo pasado, así como la revocación afecta sólo a lo futuro, es tan obvio y evidente, que puede considerarse como verdad de perogrullo. La ratificación no valida gestiones hechas posteriormente, ni la revocación destruye o invalida lo practicado antes. Pero ¿cuál es la fecha o el punto de partida de estos actos jurídicos?... Tratándose de ratificación, hemos de atender a la fecha en que el interesado la firma, o a la en que se presenta en la causa?...

Creemos que debe hacerse una distinción. Si el interesado pone en el escrito de ratificación la fecha, y con esa expresión lo firma, debe entenderse que ratifica sólo lo hecho hasta esa fecha; mas si, como ordinariamente acontece, en el escrito no hay fecha puesta por

el interesado ni otra expresión limitativa del tiempo al cual se refiere la ratificación, debe considerarse como fe-cha del escrito **la de la fe de presentación**, que es la fecha oficial y auténtica de todo escrito dirigido al juez en un proceso.

Con suma frecuencia acontece que, entre el acto de firmar la ratificación y el de presentarla, media considerable espacio de tiempo. El litigante firma la ratificación para que el personero la emplee cuando lo estime conveniente o le sea necesaria, y el personero, que empieza a gestionar provisto ya de ese comprobante, continúa sus gestiones hasta que se le exija legitimarias. En tal caso, presentada la ratificación siquiera sea el último día del juicio, se la considera firmada en esa fecha, y surte el efecto de legalizar todo lo hecho hasta ese momento por el apoderado.

Así se ha entendido y practicado siempre, y a nuestro ver, con mucha razón; mas el fallo del Tribunal Supremo, en el caso que nos ocupa, se atiene, no a la fe de presentación, no a la fecha consignada en el escrito, sino a la en que éste ha sido privadamente entregado por el mandante al mandatario.

Parece, eso sí, que en este caso el incidente de per-sonería ha versado, no entre las dos partes litigantes, sino entre el mandante y el mandatario. Los fallos no lo dicen; pero lo da a entender claramente el resumen hecho en la "Gaceta Judicial", circunstancia que, tal vez, justifique la doctrina aplicada por la Corte.

Cuanto a la revocación, el caso es más claro; pues ésta, como sabemos, no surte efecto sino desde que el mandante comparece personalmente, es decir, desde que presenta el escrito de revocación para que se cuente con él en la causa. Es, por tanto, la fe de presentación de ese escrito la que fija la fecha de la cesación de las facultades del mandatario. Véase la prop. 277.

CASO 36

La insuficiencia del poder es diversa de la falsa per-sonería.

En el juicio de Guillermina Romero contra Juan Aguirre M. se resuelve:

Que la insuficiencia del poder presentado por el procurador, produce la nulidad del proceso por falta de personería legítima, mas no la falsa procuración de quien ha gestionado a virtud de ese poder.

El fallo dice:

TERCERA INSTANCIA

Quito, 30 de Junio de 1891 a la una.—Vistos: El doctor Luis F. Borja y Moisés Zopata no pueden ser declarados falsos procuradores, supues, to que han gestionado con el poder que, aunque insuficiente, fue presen-tado a fojas 269. Mas, por cuanto han intervenido en el juicio sin perso-nería legítima, a causa de la insuficiencia del expresado poder, se de-clara la nulidad de lo obrado a costa del asesor, desde que se concedió la apelación interpuesta por el doctor Borja a fojas 283 vultar. Ya que, si es verdad que aquel poder fue admitido desde antes de la sentencia, esta se dictó válidamente en virtud de la ratificación de lo hecho a nom-bre de la tercerista por Ulpiano Espinosa, quien aun fue citado para este fallo. Se reforma, en estos términos, el auto de que se ha recurrido, y se ordena que se cite a la tercerista con dicha sentencia. Devuélvansse. Nieto.—Espinosa.—Enríquez.—Pólit.—Montalvo.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 17, pág. 131).

Está conforme con la doctrina que expusimos al co-mentar el Art. 51 y la prop. 286; pero debe tenerse en cuenta la distinción que entonces hicimos.

CASO 37

Consentimiento de la mujer casada, para la venta de sus bienes raíces, expresado en un poder ante juez pa-troquial.

En el juicio de José Félix Crespo contra Ignacio Lizaraburo se expidieron las siguientes sentencias: