DESARROLLO

Observación preliminar

386.—Antiguo artículo sobre interrupción de la prescripción.—Su cambio de sitio.—Unica reforma hecha en esta Sección.

A más de los cinco artículos de esta SECCIÓN, tenía en ella el Código de 1879 uno que decía: "Art. 294.—La demanda interrumpe la prescripción, quedando en este sentido reformado el Código Civil".

En consecuencia, al puntualizar los efectos de la citación, ese Código no mencionaba la interrupción de la prescripción.

En 1880 se expidió una ley reformatoria en cuyo art. 14 se suprimió la disposición trascrita, la del art. 294, y se agregó al art. 309, comprensivo de los efectos de la citación, el inciso que dice: "Interrumpir la prescripción".

Cuando, en el estudio de la SECCIÓN III, nos ocupemos en esa importante materia de los efectos de la citación, tomaremos en cuenta la evolución de nuestra regla jurídica relativa a este punto.

Ninguna otra reforma se ha hecho desde entonces, respecto de esta SECCIÓN, en nuestro Código de Enj., aunque sí la merece en todos sus cinco artículos, según lo hemos observado al estudiar, en la EXPOSICIÓN DOCTRINAL, las proposiciones del Programa.

Por lo demás, nos limitaremos ahora a breves referencias y anotaciones concernientes a cada uno de dichos artículos.

Arts. 100 (1) y 101 (2)

386 bis.—Inútil y defectuosa definición de demanda, en el art. 100.—Forma y contenido de ella, según el 101.—Modo de cumplir cada uno de los cuatro requisitos.

Respecto de la innecesaria y defectuosa definición de *demanda*, dada por el art. 100, nos referimos a lo dicho en la prop. 372. Cuanto a la forma y contenido, de que trata el 101, nos referimos a las props. 375, 376, 377, 378 y 379; y agregamos sólo lo siguiente:

(1) Es el 289 de la edición de 1879; 285 de la de 1872, 292 de la de 1887; 100 de la de 1892 y 1899; 98 de la de 1907 y 1913.

(2) Es el 290 de la edición de 1879; 286 de la de 1882; 293 de la de 1887; 101 de la de 1892 y 1899; 99 de la de 1907 y 1913.

La regla de urbanidad consignada en la primera parte del art. 100, decía, hasta 1917, conservando la redacción del antiguo Código peruano (art. 581): "La demanda debe estar concebida en estilo claro y respetuoso". En la última edición, hecha por la Academia de Abogados y la Corte Suprema, se adoptó la forma que actualmente tiene el artículo: "La demanda debe ser clara y respetuosa".

Cuanto al fondo, o sea a las expresiones que la demanda debe contener, recordaremos que nuestras leyes no exigen palabras sacramentales para los actos jurídicos; y, por el contrario, nos suenan mal ciertas fórmulas que, para la demanda y los demás escritos, había consagrado la práctica, con aprobación y beneplácito de respetables expositores (Caravantes, Tomo II, Nros. 468 y siguientes) (1). Mas esa libertad que, en cuanto a la forma, nos dejan las leyes y las costumbres modernas, no nos exime de cumplir con fidelidad y exactitud todo lo que, en cuanto al fondo o contenido, disponen los cuatro números de este artículo.

El primero no está debidamente cumplido cuando, habiendo en el cantón dos o más Alcaldes, se encabeza la demanda diciendo simplemente: "Señor Alcalde Cantonal". Debe agregarse: 1º, 2º o 3º, para que el Escribano esté en el deber de poner al despacho ese escrito en los términos del Nº 3º del art. 122 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al cual se refiere el 144.

El número segundo, por lo que atañe al concepto de actor y demandado, refiérese al 38; al cual y a sus explicaciones y comentarios nos referimos también nosotros (prop. 223).

Para satisfacer el precepto de este número, no es indispensable que el nombre del actor conste en el texto del escrito, si consta de manera legible (lo cual, por desgracia, no es muy común) en la suscripción.

Si el actor figura en el juicio por medio de personero o representante, deben expresarse los nombres del representante y del representado. Lo propio decimos respecto

(1) Recomienda este autor, en seis largas páginas, la antigua fórmula sacramental: «Ante Ud., como más haya lugar en derecho, o en la mejor forma o como mejor proceda en derecho»; y estotra: «Juro lo necesario en derecho», que las leyes de Partida prescribían como segura precaución para evitar pleitos infundados o fraudulentos. . ! Este juramento se llamaba de calumnia. Y así otras fórmulas más, que sólo últimamente han quedado desterradas entre nosotros.

del demandado. Y si el demandante o el demandado es una institución o persona jurídica, deben constar el nombre de ésta y el del Gerente o representante.

Algunos Códigos extranjeros exigen también la designación del oficio o profesión de las partes y su vecindad o domicilio, como medio de identificarlas mejor, de facilitar las citaciones, juzgar de la competencia del juez, etc. Nuestras leyes no lo exigen, ni hay verdadera necesidad.

La designación clara y precisa de la cosa, conforme al Nº 3º, es de consecuencias trascendentales, y no siempre cumplida debidamente.

Si la cosa es inmueble, deben señalarse sus linderos o señales, como dice el mismo Código, a propósito del juicio sobre recuperación de la posesión (art. 762); la parroquia o sección territorial a que pertenece, y todo lo demás que concurra a individualizar el objeto. Decir el fundo "Pedro" o "San Pedro de tal" (porque algunos de estos santos tienen también apellido) como se hace frecuentemente, no sólo en demandas u otros escritos, sino aun en escrituras públicas o privadas, no es hacer la designación de la cosa, de acuerdo con la ley. Esa palabra o frase así puede comprender una pulgada de tierra o nada, como un enorme territorio.

El Código francés y sus expositores son prolijos y exigentes en lo relativo a esta especificación.

Si la cosa es mueble—fungible o no—deben hacerse también las indicaciones apropiadas para precisar el objeto del litigio y de la futura sentencia del juez, según que se trate de una obligación de género o de especie.

Si se reclaman perjuicios, debe expresarse en qué consisten; y esta omisión, como cualquiera otra de las relativas a este artículo, surte los efectos que indicamos al explicar la prop. 377.

Con respecto al Nº 4º—a la causa, razón o derecho—nos referimos a lo dicho sobre la prop. 376.

Arts. 102, (1) 103 (2) y 104 (3)

387.—Cambio y modificación de la acción, según el art. 102.—Dos o más acciones, según el 103.—Dos o más personas, según el 104.—Oscuridad de este artículo y dificultades que suscita.

Sobre todo lo relativo a cambio y modificación de la acción, materia del art. 102, nos referimos a las props. 380 y 381.

El 103 trata de la acumulación de acciones; y al respecto nos referimos a la prop. 382.

El 104 versa sobre la acumulación subjetiva, de la que nos ocupamos al estudiar la prop. 383. Añadiremos ahora que este artículo no constaba en el Código de 1869, ni se lo copió de ningún Código extranjero; y desde 1879 se ha conservado sin reforma ni alteración alguna (4), no obstante el concepto de oscuro en que generalmeure se le ha tenido.

Y esta oscuridad proviene, ya de la forma negativa de la regla, que se limita a prever los casos en que *no cabe* demanda de muchos o contra muchos, dejando simplemente sobrentendido que *cabe* en los demás casos; ya también de la forma disyuntiva de las locuciones *derechos o acciones* y *diversas o de diversa causa u origen*.

La regla consta en dos incisos, de los que el primero se refiere a los actores, y el segundo a los demandados. Al tratar de los actores, atiende la ley a la identidad o diversidad *de los derechos o acciones o de la causa;* y con respecto a los demandados, a la identidad o diversidad *de los actos, contratos u obligaciones* en que la demanda se basa.

Puede haber también, a la vez, pluralidad de actores y demandados; y entonces deben aplicarse ambos incisos. Y si a más de la pluralidad de personas, hay la de acciones, se aplican, no sólo los dos incisos de este artículo, sino también el art. 103.

(1) Es el 291 de la edición de 1879; 287 de la de 1882; 294 de la de 1887; 102 de la de 1892 y 1899; 100 de la de 1907 y 1913.

(2) Es el 292 de la edición de 1879; 288 de la de 1882; 295 de la de 1887; 103 de la de 1892 y 1899; 101 de la de 1907 y 1913.

(3) Es el 293 de la edición de 1879; 289 de la de 1882; 296 de la de 1887; 104 de la de 1892 y 1899; 102 de la de 1907 y 1913.

(4) En las dos últimas líneas se lee: «por actos, contratos u obligaciones *diversos*»; pero en todas las ediciones anteriores se decía: «por actos, contratos u obligaciones *diversas*»; lo cual nos parece más gramatical.

Pero, en todo caso, incumbe al demandado (o a los demandados) impugnar la acumulación o pluralidad subjetiva, deduciendo la correspondiente excepción dilatoria; y lo que hay que averiguar es si existe o no en el demandado el derecho de hacer esa impugnación. De donde se sigue que la identidad o diversidad del derecho o de la obligación, mejor dicho de la *acción*, se ha de considerar siempre con relación al demandado o a los demandados.

Aclaremos con ejemplos: A, dueño de un predio, lo divide en dos lotes o cuerpos, y vende el uno a B y el otro a C, o les deja como legado; mas desde antes de la división material, el predio estaba en poder de X, por contrato de arrendamiento. Indudable que B y C pueden demandar unidamente a X, para la devolución de los dos lotes; pues representan el derecho y la acción del arrendador A.

Ahora supongamos que X retiene esos lotes, no como arrendatario ni por contrato alguno con A, sino por despojo o porque de cualquier manera se apoderó del fundo, antes de la división. También en este caso los dos sucesores de A pueden intentar unidamente la acción reivindicatoria que correspondía a su causante.

Mas si la ocupación o despojo fue posterior a la división y a la trasmisión del dominio, cada dueño despojado tiene su acción posesoria o reivindicatoria aparte, y debe intentarla por separado; sin que importe el que los dos derechos se deriven del mismo causante y se hayan trasmitido por el mismo testamento, ni que los dos lotes hayan formado antes un solo predio; pues la acción nace en virtud de la violación del derecho, y los actos violatorios, que vincularon jurídicamente al despojante con los dos despojados, fueron entre sí diversos.

Pasemos al caso de pluralidad de demandados. Si A y B se apoderan unidamente de un predio de C, y luego se dividen y cada uno queda poseyendo exclusiva y separadamente una porción, C puede intentar una sola demanda contra A y B; mas si A se apodera de un lote del fundo, y, separadamente, B de otro lote, C tiene dos acciones independientes, y no puede acumularlas en una sola demanda, si a ello se oponen los demandados.

Las cuestiones prácticas a que da lugar este artículo, son frecuentemente obscuras y difíciles; y para resolverlas, debe tenerse en cuenta, como antes dijimos (prop. 383)

que pueden ser dos o más los actores o los demandados, en todos los casos en que, propuestas separadamente las demandas, cabría, según la ley, acumulación de autos.

Por lo demás, la acumulación es para la parte actora, facultativa; por tanto, en todos los casos en que se puede proponer una sola demanda por muchos o contra muchos, se puede también intentar demandas separadas.

Asimismo, si se pone una demanda por muchos o contra muchos fuera de los casos en que es permitido hacerlo, es también facultativo para el demandado o los demandados impugnar esa acumulación, por medio de la respectiva excepción dilatoria. El juez no puede rechazarla de oficio (prop. 385).

JURISPRUDENCIA

CASO 36

Cuasicontrato de la litiscontestación; trasmisión de los derechos que de él se derivan; intervención de un tercero, por haber sucedido en el dominio de la cosa litigiosa.

En un incidente suscitado (en 2ª instancia) en el juicio civil seguido por las familias Herrera y Lizarzaburu, por deslinde del fundo Cochasquí, se resuelve: 1º Que, aun cuando la acción real se la ha de dirigir contra el actual poseedor de la cosa, efectuándose, por la contestación a la demanda, el cuasicontrato de litiscontestación entre el actor y el reo, las obligaciones y derechos que nacen de éste no se trasmiten a un tercero, sino a virtud de una cesión expresa, hecha conforme a la ley; por lo que el haber cambiado la cosa de dueño o poseedor durante el litigio, no hace cambiar la persona del demandado, ni faculta para obligar al nuevo dueño o poseedor a salir, como parte, al juicio; y 2º Que lo expuesto no obsta a que el comprador pueda voluntariamente tomar sobre sí la condición de reo, sustituyéndose en los derechos del demandado.

Texto de los fallos:

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Junio 20 de 1892, a la una.—Vistos: Del acta de remate, fs. 499, consta que la propiedad del fundo Cochasquí se ha trasmitido totalmente a José Ignacio, Carlos, Sebastián, Nicanor, Alejandro, Josefina, Ana Luisa, Rosa Elena, Dolores y Julia Calistos; y si bien es verdad que los vendedores se han obligado a responder por los resultados de los pleitos que, por aguas y terrenos, se siguen con varias personas, esto no pasa de ser mera obligación explícita de saneamiento. El vendedor, según lo dispuesto por el inciso 3º del art. 1834 del Código Civil, tiene facultad de abstenerse de salir a la defensa en casos de saneamiento, quedándose sujeto a los resultados del pleito, por lo cual es indudable que a los herederos de Ignacio Lizarzaburo no se les puede compeler a continuar en la litis. Por estas razones, se resuelve que los expresados Calistos son parte en este juicio, por lo que respecta al fundo Cochasquí. Sin costas.—*Pino.—Andrade Marín.—Montalvo.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Marzo 24 de 1903, a las dos de la tarde.—Vistos: Si bien es cierto que la acción real se la ha de dirigir contra el actual poseedor de la cosa, materia del juicio; sin embargo, no lo es menos que, una vez contestada la demanda, o declarada la rebeldía del reo, se efectúa entre éste y el actor el cuasi-contrato de litis-contestación, y que los respectivos derechos y obligaciones que nacen de esto, no se trasmiten a un tercero, sino en virtud de una cesión expresa en conformidad a la ley. De aquí que, el hecho de haber cambiado la cosa, durante el litigio, de dueño o poseedor, no se repute suficiente para que, perdiendo el vendedor (contra quien se inició el juicio), su condición de reo, se lo considere como a tal al último comprador, quien podría en ocasiones sufrir las consecuencias de un juicio en que no formó parte; lo cual está en oposición con lo dispuesto en el art. 328 del Código de enjuiciamientos civiles, sin que tal caso se cuente entre los expresados en el Código Civil. Con todo, no se ha de entender por esto que se le priva al comprador de la facultad de tomar voluntariamente sobre sí la condición de reo, sustituyéndose en sus derechos, lo cual puede hacerlo buenamente; como lo ha hecho, en el caso que nos ocupa, Lizarzaburu, quien, después de iniciado el litigio entre la familia Herrera y la Borja, por deslinde de Cochasquí, pasó a ser dueño de dicho fundo. Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que el artículo actual no se contrae a obligar a un vendedor a salir a la evicción, como lo ha juzgado el inferior, sino simplemente a determinar quien sea la persona del reo con el que se ha de continuar el juicio después de enajenada la cosa, materia de la litis; se revoca el auto apelado, y se resuelve que no se puede obligar a los Calistos a intervenir, como parte, en el presente juicio. Devuélvanse.—*Cueva.—Casares.—Orellana.—Burbano de Lara.—Ontaneda.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 45, pág. 359)

COMENTARIO

Continuar un juicio de deslinde sin contar con el tercero a quien se ha trasmitido el dominio de la cosa, nos parece exagerar mucho el tradicional concepto del cuasicontrato de la litiscontestación; siendo así que los efectos del deslinde han de afectar directa e inmediatamente al dueño actual de la cosa. Esta importante cuestión y varias otras que con ella se relacionan, quedaron resueltas claramente, cuando, por medio del art. 1080 del Código de Enj., adicionado por la ley reformatoria de 1916, echamos abajo el antiguo principio jurídico consagrado en nuestros Códigos, sobre enajenación de cosas litigiosas (véase el COMENTARIO del art. 122, prop. 419).

CASO 37

Toda acción supone necesariamente un derecho violado: por tanto, la que se funda en el mero temor de una violación, es improcedente.

En el juicio Mercado–Fisco, temeroso el actor de que los funcionarios públicos llamados a ejecutar la ley que estableció el estanco del tabaco, procedieran a obligarle a la entrega del que, antes de la promulgación de esa ley, había almacenado su esposa doña Angela Mateus, para el fomento de la fábrica "Progreso", solicitó de uno de los Jueces Letrados de la provincia del Guayas que, previa audiencia del Agente Fiscal, declarara que el demandante tenía perfecto derecho para conservar y beneficiar, en la fábrica mencionada, toda la existencia de tabaco en rama que conservaba en sus bodegas, sin que estuviera obligado a vendérselo al Fisco ni a someterse a la ley del estanco.

El señor Agente Fiscal, representante del Fisco, incurrió en rebeldía, la que fue declarada por el juez, a petición del actor; y a falta de contestación a la demanda, y considerada la cuestión como de puro derecho, se dictaron las resoluciones siguientes:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Febrero 3 de 1905, las dos de la tarde.—Vistos: El estancamiento del tabaco, en la materia prima, como establece el art. 4º de la ley de 19 de Octubre de 1904, declarando que comenzará a regir desde el 1º de Enero del presente año, significa racionalmente que desde entonces habrá un monopolio, según el que, sólo el Fisco será el primer comprador del artículo, que produzca el agricultor, para hacer reventas y sacar utilidad, en beneficio de las cajas fiscales, lo cual no incluye el derecho a comprar dicho artículo, a quienes lo hayan adquirido del agricultor antes del enunciado 1º de Enero: lo cual así lo declara esta Magistratura Primera de Letras, *en nombre de la República y por autoridad de la ley*, en la demanda interpuesta por don Leopoldo Mercado a fojas 4 de los autos.—Consúltese este fallo a la Corte Superior, remitiéndole los originales, y dejando copia del mismo en Secretaría, actúe provisionalmente el de la Tercera Judicatura. —*José Manuel Díaz.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Julio 27 de 1905, las tres p. m.—Vistos: Son legales y se encuentran arreglados al mérito del proceso los fundamentos de la sentencia que ha venido en consulta. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se aprueba en todas sus partes la expresada sentencia. Sin costas. Atenta la disposición del número tercero del art. 17 de la ley Orgánica del Poder Judicial, consúltese a la Corte Suprema, debiéndose previamente habilitar esta hoja al sello respectivo.—*Manuel F. Marcos.—Clemente Huerta.—Emilio González Iglesias.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Marzo 29 de 1906, a las tres p. m.—Vistos: Fúndase la demanda de fojas 4 en el simple temor de que los funcionarios encargados de la ejecución del Decreto Legislativo de 19 de Octubre de 1904, que establece el estanco del tabaco, pudieran creer que la ley comprende a más de dos mil bultos de tabaco en rama que conserva el actor en la fábrica "Progreso". La demanda no contiene punto alguno controvertible en juicio, una vez que no se trata en ella de la violación de un derecho que deba ser judicialmente reparado. Las funciones del Poder Judicial, según el principio consignado en el art. 43 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se limitan a juzgar, esto es, a aplicar la ley al hecho positivo que se discute, y hacer que se ejecute lo juzgado. Por regla general, el mero temor no constituye un hecho, ni puede servir de fundamento para ejercitar una acción civil. Por lo tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia que viene en consulta y se declara que la demanda es improcedente. Devuélvanse.—*B. Albán Mestanza.—Manuel B. Cueva.—J. M. Borja.—P. Villagómez.—Leonidas Batallas.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 2, pág. 13)

COMENTARIO

Si, en este caso, el Agente Fiscal, en vez de incurrir en rebeldía, hubiera contradicho la pretensión del demandante, creemos que sí hubiera habido materia contenciosa y no se habría declarado improcedente la acción y la rebeldía debía considerarse como una oposición tácita.

Por lo demás, cuanto al principio abstracto, la tesis del fallo guarda perfecta conformidad con la doctrina que hemos expuesto, a propósito de la prop. 368 (véase el COMENTARIO del caso que sigue).

CASO 38

No cabe acción sin previa violación de un derecho.—El mero temor de la violación no basta para originarla.—Concepto de Fisco y Estado.

En el juicio seguido por Ricardo Borja contra el Fisco, se resuelve: Que no el mero temor de que puedan ser violados, sino la violación efectiva de los derechos garantizados por la ley civil, origina la acción civil.

PRIMERA INSTANCIA

Riobamba, Diciembre 23 de 1904, las tres p. m.—Vistos: La demanda del señor Ricardo Borja, apoyada por el R. P. Alfonso Baumer, Superior de la orden del Santísimo Redentor, propuesta contra el Fisco, se contrae a pedir la exclusión del arrendamiento de los inmuebles "Galte" y "Atapo" en subasta pública ordenado en la Ley de Cultos, alegando que los expresados inmuebles son de propiedad de la Comunidad Redentorista y dados en anticresis al señor Borja, según consta del respectivo título acompañado a la demanda. Corrido el traslado al señor Agente Fiscal, y en reemplazo de este empleado mediante la razón sentada por el Secretario, se nombró Promotor Fiscal al señor doctor Manuel E. Zapater, quien en representación de los derechos del Fisco, confiesa la verdad y justicia de la demanda, fundando su razonamiento en los arts. 16, 102 y 139 de la Constitución y en el art. 571 del Código Civil. En este caso, en presencia de la clara y terminante disposición del art. 276 del Código de enjuiciamientos civiles, da por terminado el juicio civil; y por lo mismo, es innecesaria la tramitación ulterior. Por lo aducido, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se acepta la demanda. Sin costas. Elévese en consulta a S. E. la Corte Superior con citación de partes y apercibidas a estrados, dejándose copia de este fallo.—*Ceferino Rodríguez.*

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Febrero 27 de 1905, las tres de la tarde.—Vistos: Aunque, según el derecho público y el Diccionario de la Real Academia Española, el Fisco y el Estado son dos conceptos de todo en todo diferentes, en jurisprudencia, por cuanto considera las relaciones jurídicas con las personas naturales y con las otras personas de existencia ideal, no se reconoce distinción entre ellos. En efecto, el derecho administrativo del Imperio Romano y, siguiendo a él, los Códigos modernos tienen al Estado y al Fisco como una misma persona jurídica: tampoco el art. 536 de nuestro Código Civil establece diferencia alguna entre el Fisco y el Estado. Bajo este punto de vista, y teniendo presente la atribución 1ª del art. 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Juez de Letras es competente para conocer de la presente causa promovida a consecuencia de la ejecución de la Ley de Cultos que expidió el último Congreso, no obstante de tratarse de un asunto que no está conexionado con ningún ramo de la Hacienda Nacional. Pero entre otros fundamentos, se alega en la demanda entablada por Ricardo Borja y el Padre Alfonso Baumer contra el Fisco, la inconstitucionalidad de la mencionada Ley de Cultos, y el abogado que ha hecho de Promotor Fiscal, de acuerdo con los actores, expresa que no pueden ni deben los Juzgados y Tribunales aplicar dicha ley, por estar en contradicción con el art. 16 de la Constitución y porque no surte efecto alguno, según el art. 132 de la misma. El Juez de Letras, aceptando esto como un fundamento, acepta también la demanda; de suerte que la sentencia que viene en consulta, implícitamente falla sobre la inconstitucionalidad de la indicada Ley. El citado art. 132, tal como se ha redactado, sin determinar la autoridad o corporación que deba revisar la ley que esté en contradicción o se aparte del texto de la Ley Fundamental de la República, no puede en ningún caso aplicarlo al Poder Judicial, bien sea de un modo generalmente obligatorio, o bien en cada causa particular; pues, mientras existan los arts. 4º y 115 de la misma, y mientras no se conceda al Poder Judicial, en la Constitución o en otra ley, la facultad de declarar sin efecto una ley inconstitucional, los Juzgados y Tribunales no tienen a la presente tal atribución, y, por lo mismo, sería una ingerencia arbitraria del Poder Judicial en el Legislativo, ingerencia que traería consigo la anarquía, puesto que un juez cualquiera pudiera declarar sin fuerza obligatoria un acto emanado del Poder Legislativo. De consiguiente, el Juez de Letras no obstante el allanamiento del demandado, no ha debido aceptar la demanda fundada en la inconstitucionalidad de la Ley de Cultos, punto único en que está de acuerdo el representante del Fisco con los actores, una vez que guarda silencio respecto de los hechos y de los otros puntos de derecho en que aquella se apoya. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia que viene en consulta, declarando que es inadmisible la demanda en razón del fundamento en que se apoyan actores y demandado. Sin costas.—*Pacífico Villagómez.—M. del C. Pachano.—P. Vela G.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Septiembre 9 de 1908, a las cuatro de la tarde.—Vistos: Sólo la violación de los derechos garantizados por la ley civil, origina la acción civil, para el objeto de que el poseedor de esos derechos sea por el juez restituído en ellos; y, pues, Ricardo Borja funda su demanda en el mero temor de que sean dados en arrendamiento por el Fisco los bienes raíces que posee en anticresis, resulta que ella, la demanda, carece de fundamento. Por esto, y considerando, además, el art. 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declara improcedente la acción, y, en consecuencia, se confirma, con costas, la sentencia de que se ha recurrido. El Promotor Fiscal, doctor Manuel E. Zapater, por el hecho de contestar a la demanda sin cumplir previamente con la disposición del art. 36 de la indicada Ley Orgánica, ha omitido el cumplimiento de uno de los deberes principalísimos de su cargo; y de conformidad con el art. 177 de la propia ley, se le impone la multa de ochenta sucres. Devuélvanse.—*Manuel Montalvo.—B. Albán Mestanza.—Carlos T. Gómez.—G. S. Córdova.—M. C. de Vaca.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 56, pág. 445)

COMENTARIO

No consta cuáles hayan sido los fundamentos de la demanda ni sus antecedentes, para poder juzgar si efectivamente se trataba de un mero temor de violación del derecho; o si, por el contrario, hubo ya algún Decreto Ejecutivo de que se diesen en arrendamiento los bienes raíces de las Comunidades. En el primer caso, la doctrina del fallo supremo estaría conforme con la que hemos expuesto; mas en el segundo, esa orden o Decreto del Gobierno habría bastado para que, considerando el actor violado su derecho, pudiese intentar la acción.

Aun más, si la violación del derecho se ha cometido—como de hecho puede suceder—por el mismo Poder Legislativo, cabría también acción para que, en la hipótesis de estar facultados los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, se declarase sin valor ni efecto la ley que se supone inconstitucional.

Que haya o no en el actor el derecho alegado en la demanda, y que éste haya sido o no efectivamente violado, son cuestiones que el juez debe resolver en la sentencia; pero desde que alguien se cree asistido por un derecho, y supone que la parte obligada se niega a respetarlo o cumplirlo, está en el caso de dirigirse al juez para que le haga justicia.

Por lo demás, al estudiar la prop. 20 (págs. 16 y siguientes del Tomo Primero), hicimos algunas observaciones respecto de la función de los jueces en orden a las leyes que se suponen inconstitucionales. En el estudio de las props. 368 y 369 tratamos de la violación del derecho, como requisito esencial de la acción; y en el de la 371, consideramos si puede bastar para la existencia de la acción un interés condicional o eventual.

CASO 39

La forma del juicio depende de las disposiciones legales basadas en la naturaleza de la acción, independientemente de la voluntad de las partes.

En el juicio Crespo-Elizalde-Municipalidad de Guayaquil, se resuelve: 1º que la forma de sustanciación de los juicios debe corresponder a la naturaleza de la acción, independientemente de la voluntad de las partes: 2º que si, deducida

acción de obra nueva, el juez la sustancia como de despojo, el proceso es nulo, aunque las partes hayan solicitado tal sustanciación o conformádose con ella.

Quito, a 8 de Septiembre de 1916, a las tres de la tarde.—Vistos: Carlos Crespo Elizalde, después de asentar, en la demande fojas 1-3, antecedentes de los cuales se deduce que ella se refiere a las acciones posesorias especiales del Título XIV del libro 2º del Código Civil, en particular, a la concedida por el art. 939, al precisar así la acción que deduce como lo que solicita del juez, dice: "Me querello, pues, contra la Ilustre Municipalidad de este cantón y contra el doctor Valenzuela por las obras a que me he referido, obras nuevas que constituyen despojo, según el art. 733 del Código de enjuiciamientos en materia civil, ejerciendo la acción popular de que he hablado....." Según esto, con todo de que el actor estima que las obras de que se queja, se hallan en el caso del art. 733 del Código de enjuiciamientos, la acción propuesta no es la de despojo, sino la popular de obra nueva del mencionado art. 939, a que se refiere, expresamente, en la parte transcrita de la demanda. Deducida esta acción, el juez, en vez de sustanciar el juicio de despojo, debió tramitar el de obra nueva, prescindiendo aún de la conformidad de las partes en orden a suponer que la acción es la de despojo: pues, ante la ley y los principios, la tramitación que debe darse a las causas, es punto que, sin depender de la voluntad del juez ni de la de las partes, se rige por las disposiciones legales concernientes a cada uno de los juicios establecidos por la ley, con sólo la excepción contenida en el art. 1035 del segundo de los citados Códigos. En consecuencia, seguido el juicio mediante trámite distinto del requerido por la demanda, el Tribunal no puede reconocer la validez del proceso, desde que, reconocerla, sería declarar que hay legítima discusión judicial de un asunto, sea cualquiera la forma aceptada por el juez o por las partes; lo cual, como está fuera de duda, no se conforma con la ley, ni con el sistema de la legislación procesal, ni con los principios del Derecho Práctico. En esta virtud, por haberse sustanciado juicio de despojo, que no es el que corresponde a la acción instaurada, se anula el proceso, disponiendo vuelva al estado de proveer, legalmente, a la sobredicha demanda, Las costas, hechas las deducciones expresadas en el art. 411 del Código de enjuiciamientos, son, respectivamente de cargo de los jueces de primera y segunda instancia. Devuélvanse. — *Escudero.* — *Cárdenas.* — *Cueva.*—*Andrade Marín.*—*Pino.*

VOTO SALVADO

Quito, Septiembre 8 de 1916. a las tres de la tarde.—Vistos: Este juicio no adolece de nulidad, porque la acción entablada es la de despojo, según lo ha dicho el actor, no sólo a fojas 2 vuelta, sino en varios de sus escritos posteriores. Además, como en la

respectiva instancia, ninguna de las partes ha alegado nulidad sobre haberse tramitado juicio diverso del propuesto, mal puede anularse la causa contra el precepto legal del art. 401 del Código de enjuiciamientos civiles. Por tanto, no hay nulidad en el juicio que se ha seguido; y debe fallarse sobre lo principal.—*Francisco Andrade Marín.—Escudero.—Cárdenas.—Cueva.—Pino.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 154, pág. 2468)

COMENTARIO

El principio abstracto y general de que la forma del juicio depende de la naturaleza de la acción que se intenta, es indiscutible, como lo observamos al estudiar la prop. 374; mas la aplicación que de él se ha hecho en la presente causa, para deducir la consecuencia de la nulidad del proceso, no nos parece de ningún modo aceptable.

En efecto, según los datos que tan someramente se consignan en el fallo y los más que conocemos, por haber intervenido en la tercera instancia del juicio, el actor, puntualizando antecedentes que podían servir de fundamento a una denuncia de obra nueva, terminó diciendo que intentaba acción de despojo; pero, suponiendo que esta última declaración del actor no haya sido clara, y que efectivamente haya habido razones para creer que se trataba de una acción de obra nueva, lo cierto es que el juez interpretó la demanda en el sentido de que se intentaba acción de despojo; y tanto el actor, como el demandado, aceptaron esa interpretación y convinieron expresa o tácitamente en que así continuara la causa. No hubo, por lo mismo, omisión de ninguna solemnidad sustancial que pudiera servir de fundamento para la nulidad del proceso.

Las solemnidades sustanciales cuya omisión produce ese efecto legal, están taxativamente enumeradas por la ley; y en el fallo no se determina cuál sea la solemnidad omitida. Ni cabía que se determinase, porque, en realidad de verdad, no la hubo.

Si los fundamentos alegados por el actor, aptos para una acción de obra nueva, no lo eran para la de despojo, el resultado tenía que ser el rechazo de la demanda y la absolución del demandado; mas de ninguna manera la nulidad del proceso.

Nos adherimos, pues, en este caso, al voto salvado.

CASO 40

No cabe acción sin interés.

En el juicio de nulidad del testamento de Balbina Jaramillo, se resuelve, entre otras cosas, que no puede demandar la nulidad del testamento sino quien, declarada la nulidad, sería heredero, bien por disposición de la ley, bien por testamento anterior; y que esta circunstancia debe comprobar el actor, si el reo ha sido declarado rebelde.

PRIMERA INSTANCIA

Juzgado 2º Municipal de Otavalo.—Asesorado en Quito, Mayo 13 de 1918, las doce m.—Vistos: Homero Jaramillo y Mercedes Arteaga viuda de Jaramillo, por derecho propio y en representación de sus hijos ilegítimos, menores de edad, Ofelia y Laura Jaramillo, invocando, ya la calidad de herederos testamentarios de Balbina Jaramillo Torres, por haber sido instituídos tales en un testamento anterior, ya la calidad de herederos abintestato, pidieron que se declarase la nulidad del testamento cerrado que otorgó Balbina Jaramillo Torres, ante el Escribano de Otavalo Angel María Villalobos, el 11 de Octubre de 1914. Para solicitar la declaración de nulidad se fundan en las siguientes razones: *a)* Que en la cubierta del testamento se ha omitido la expresión de que la testadora, al presentar el pliego al escribano y testigos, haya manifestado que en la escritura cerrada se contiene su testamento; *b)* Haberse omitido las solemnidades sustanciales prescritas por el art. 1006, inciso 5º, y 1013 del Código Civil, es decir, porque el escribano no certifica que la testadora se hubiese encontrado en su sano juicio, porque tampoco se expresa que el pliego estaba cerrado de tal manera que no pudiese extraerse el testamento sin romperlo y porque no consta que mientras se otorgó el testamento hubiesen estado presentes, además de la testadora un escribano y unos mismos testigos y finalmente, porque tampoco consta que el testamento se haya otorgado en un solo acto, sin interrupción alguna. La demanda se dirigió contra Carlos M. Cisneros curador de la herencia yacente de Balbina Jaramillo Torres y se ha comprobado que efectivamente lo es con las copias de las fojas 16ª vuelta a 19ª Citado el curador no contestó la demanda; por lo cual fue declarado rebelde en el auto de la foja 7ª Fijados estos antecedentes, para resolver la controversia se considera: 1º El testamento cerrado es siempre escrito, y como acto solemne deben observarse todos los requisitos que, para su validez, exigen los arts. 1011 y 1013 del Código Civil: 2º Por lo mismo, del propio testamento han de aparecer observadas todas las solemnidades, ya que, si pudiera recurrirse a otros medios de prueba, el testameuto mismo no podría llamarse escrito, ni es admisible que las formalidades de un acto o contrato solemne consten, no de éste, sino de otros actos diversos: 3º En conse-

cuencia, para decidir si un testamento solemne es o no válido, ha de examinarse éste, con el propósito de conocer si de él aparecen observadas las formalidades que la ley exige: 4º De la cubierta del testamento otorgado por Balbina Jaramillo Torres (fojas 8ª vuelta y 9ª), no aparece que la testadora haya declarado de viva voz que en el pliego que presentó al escribano y los testigos se contiene su testamento; puesto que se limita a expresar textualmente: "que en este pliego cerrado, cosido con hilo lavable colorado, y con once parches de lacre colorado, expresando que en este pliego cerrado que me entregó en sus propias manos a presencia de los testigos.... y que es su volvutad se conserve así hasta después de su fallecimiento y después se publique con las solemnidades legales": 5º Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el escribano y testigos le vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento; de donde resulta, pues, que en el presente caso se ha omitido aquello que, según el art. 1013 de Código Civil, constituye la esencia del testamento cerrado: 6º Tampoco aparece del testamento, como debió aparecer, que la testadora estaba en su sano juicio, ya que tal declaración está exigida en el citado art. 1013, inciso 5º, del Código Civil, ni que la cubierta estuvo cerrada de manera que no pudo extraerse el testamento sin romperla, como lo previene el inciso 3º, ni menos que durante el otorgamiento hayan estado presentes, además del testador, un mismo escribano y unos mismos testigos, y que no haya habido interrupción alguna, como lo exige el inciso final de la citada disposición: 7º Las omisiones anotadas, por lo expuesto anteriormente, hacen deducir que las formalidades a que ellas se refieren no han sido observadas; porque debieron constar del testamento mismo: 8º Omitidas las solemnidades, es aplicable el art. 1016 del Código Civil, según el cual la falta de cualquiera de las formalidades a que el testamento debe sujetarse vicia a éste de nulidad. En virtud de las precedentes consideraciones, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declara nulo el testamento cerrado que Balbina Jaramillo Torres otorgó, en Otavalo, el 11 de Octubre de 1914, ante el escribano Angel María Villalobos. Sin costas. De acuerdo con el art. 190 del Código de enjuiciamientos civiles, destrúyese al escribano Villalobos, a quien, además, se le impone la multa de doscientos sucres en favor de la parte perjudicada. Hágase saber.—*M. Torres V.*—*L. F. Borja*, (hijo).

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Octubre 30 de 1918; las cuatro p. m.—Vistos: No puede revocarse a duda que en el testamento cerrado que otorgó Balbina Jaramillo Torres ante el escribano de Otavalo Angel María Villalobos, dejaron de observarse varias de las solemnidades sustanciales prescritas por el art. 1013 del Código Civil, como lo

atestigua la copia de la cubierta que obra a fojas 9, y aún cuando, respecto de las contenidas en los incisos 1º, 3º y 7º del citado artículo, pudiera acaso sostenerse que no es menester que conste su observancia del mismo instrumento, bastando para acreditarlo, las declaraciones del Escribano y testigos al tiempo de la apertura del testamento, el no haberse expresado en el acta del otorgamiento la circunstancia de que habla el inciso 5º del mismo artículo de hallarse la testadora en su sano juicio, implica la falta de una solemnidad tal cuya inobservancia no puede menos de acarrear la nulidad del sobredicho testamento. Y como quiera que la expresada nulidad es absoluta, toda vez que se refiere a la omisión de un requisito que la ley prescribe para el valor del acto testamentario, en consideración a la naturaleza de éste y que debe, por lo mismo, aun ser declarada de oficio conforme al art. 1673 del Código Civil, importa poco que, en el presente caso, no se haya probado el derecho de los demandantes para pedir la nulidad, falta que se ha alegado en esta instancia por el demandado. En mérito de lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas y en todas sus partes, la sentencia que ha venido en apelación. Devuélvanse.—*F. Alberto Darquea.*—*David Villacreses.*—*José J. Estupiñán.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Marzo 10 de 1919, a las dos de la tarde.—Vistos; No se ha probado que los demandantes, a declararse la nulidad del testamento de Balbina Jaramillo Torres, serían sus herederos, bien por disposición de la ley, bien por otro testamento anterior; y sin esa prueba, de todo punto necesaria para justificar el interés indispensable para que los demandantes hubiesen deducido, legalmente, la acción de nulidad, el juez no puede aceptarla, ni aún en el supuesto de que existieran, en el testamento, los motivos alegados como fundamento de la demanda. El art. 1673 del Código Civil, al determinar los que pueden alegar la nulidad absoluta de los actos y contratos, señala *a los que tengan interés en ello*, es decir, a los que, a declararse la nulidad, serían los llamados a reportar el beneficio resultante de esa declaración, como que sólo a éstos, no a personas extrañas a toda relación jurídica respecto del punto o puntos controvertidos, les es permitido impugnar la validez de los actos y contractos. Y, a falta de ese interés, ni al juez le es potestativo resolver la nulidad, ya que, para resolverla, medie o no petición de parte, se requiere, por lo menos, que haya una legítima discusión judicial sobre algún asunto; la cual no puede tener lugar, está claro, sino en caso de que la demanda se hubiese propuesto por quien pretenda, jurídicamente, hacer valer el derecho o los derechos que crea corresponderle. Los demandantes, por lo mismo de haberse seguido el juicio en rebeldía del demandado, debieron justificar que, sin el testamento de fojas 8-13, ellos serían los llamados a la herencia; y como no existe prueba alguna al respecto, la demanda, en mérito de las

razonas expuestas es improcedente. En esta virtud, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, revocada la sentencia recurrida, se deniega la acción interpuesta a fojas 1-2. Devuélvanse.—*A. Cárdenas.—B. Albán Mestanza.—Leopoldo Pino.—Pablo A. Vásconez.—Adolfo Páez.*

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, Nº 4, pág. 29)

COMENTARIO

Defendimos ante la Corte Suprema la validez del testamento; y la doctrina del fallo de tercera instancia, que fue la sostenida y aplicada en nuestro alegato y en este fallo, es la que hemos expuesto también al estudiar la prop. 371, sintetizándola en el axioma francés *paz d'interet, paz d'action.*

Nuestro alegato y los fallos se publicaron en la Revista Forense, Nros. 44-45

La misma doctrina sustentamos, con igual buen éxito, en el juicio de nulidad del testamento del señor Canónigo doctor José Miguel Palacios de Loja. Nuestro alegato ante la Corte Suprema se publicó en el Nº 44 de la Revista Forense.

Además, el Tribunal Supremo hizo antes aplicación del mismo principio en el juicio de nulidad del testamento de Luis López, según consta de los fallos publicados en el Nº 12 de la Serie Segunda de la misma Gaceta.

De modo que el principio jurídico está ya firmemente arraigado en nuestra jurisprudencia.

CASO 41

Diferencia entre acciones reales y personales.—La resolutoria de un contrato es personal.

A la acción propuesta por el señor Mariano Moreno contra el doctor Manuel Vega y otros, por resolución de un contrato, basada en no haberse pagado el precio de venta de unas montañas, se opone la excepción declinatoria de que las montañas están situadas en diversa jurisdicción, y de que, por tratarse de acción real, no ha podido intentarse sino ante dicha jurisdicción, conforme al Código de Enj. entonces vigente (año 1875).

Sobre este punto se expiden los fallos siguientes:

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Julio 5 de 1875.—Autos y vistos: Demandados los señores don Manuel Vega, Francisco Dávila, Luis Cordero, Manuel Dávila, y los señores José Vega y Chica y Gerónimo Carrión, por el señor Mariano Moreno, sobre rescisión de un contrato de enajenación de las montañas de Palmas y Chimbapam hecha por éste, en favor de aquellos, el señor doctor Vega por sí y a nombre de los señores doctor Francisco Dávila y José Vega y Chica, ha opuesto, entre otros particulares, la excepción de declinatoria de jurisdicción, lo mismo que el señor doctor Manuel Dávila, en su escrito de fojas 10; excepción que ha sido contestada por el señor Moreno en sus escritos de fojas 11 y 14. Recibida, pues, a prueba esta dilatoria, el actor ha justificado superabundantemente, con las declaraciones de muchos testigos, que las montañas de que hace referencia en su demanda se hallan situadas dentro de las parroquias de Guachapala y el Pan, las cuales, según el inciso 4º del art. 7º de la ley de 15 de Septiembre de 1869, sobre régimen administrativo interior, pertenecen al cantón de Paute. En esta virtud y siendo real la acción entablada por el citado señor Moreno, puesto que versa sobre un inmueble, como son las montañas aludidas, este juzgado se declara competente para el conocimiento de la presente causa; de conformidad con lo que establece el art. 30 del Código de enjuiciamientos en materia civil; sin que obste la circunstancia de que algunos o la mayor parte de los demandados no tengan su domicilio en aquel cantón..... ... .

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Agosto 23 de 1876, a la una.—Vistos: Habiéndose intentado por Mariano Moreno contra Gerónimo Carrión, Miguel Heredia, José Vega y Chica, Manuel Vega, Francisco y Manuel Dávila, la acción resolutoria del contrato contenido en la escritura que corre en testimonio desde fojas 69 hasta 72 vuelta, por no haberse pagado el precio y también la mitad de los gastos impendidos por el actor, se ha propuesto por los demandados, menos Miguel Heredia, la excepción de incompetencia de jurisdicción en el Alcalde Municipal del cantón de Paute, dentro del cual están todos los terrenos y montañas de Palmas y Chimbapam, materia del contrato. Sobre estos antecedentes se considera: 1º Que el derecho o acción real es la que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona, según la disposición contenida en el art. 566 del Código Civil: 2º Que derechos o acciones personales son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, según se expresa en el art. 567 del mismo Código: 3º Que estas disposiciones están corroboradas por el art. 1874 del Código citado; y 4º Que del contexto del art. 1877 del mismo Código, se deduce que la resolución debe ser previa, para que dé derecho contra terceros poseedores, que es en lo que consiste esencialmente la acción real. Por estos fundamentos, se

declara que es personal y no real la acción intentada en el escrito de fojas 1ª, y que por lo mismo se revoca el auto apelado, por incompetencia de jurisdicción en el Alcalde Municipal del cantón de Paute, siendo, si, competente el de Cuenca, conforme al art. 26 del Código de enjuiciamientos en materia civil, por ser domiciliarios de este cantón los demandados; sin costas, y devuélvanse.—*Borrero.—Córdova.—Prieto.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Septiembre 23 de 1876, a la una.—Vistos: Son legales y están arreglados a los méritos del proceso los fundamentos 1º, 2º y 4º del auto recurrido. Por tanto, se confirma con costas. Devuélvanse.—*Cevallos.—Herrera.—Espinosa de los Monteros.—Portilla.—Garzón.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 52, pág. 415)

COMENTARIO

El Código de Enj. Civil de 1869, vigente a la fecha de los fallos, decía, como el actual: "Art. 26. El juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado, es el competente para conocer de las demandas que contra éste se promueven".

Y agregaba:

"Art. 29. No obstante lo dispuesto en el art. 26, la demanda por acción personal se podrá proponer ante el juez del lugar en que se haya ofrecido hacer el pago o cumplir la obligación, o ante el juez al cual el demandado se haya sometido expresamente en el contrato.

"Art. 30. Del mismo modo, la demanda por acción real podrá proponerse ante el juez del lugar en que estuvieren los bienes demandados. Si la cosa demandada se hallare situada en dos o más parroquias o cantones, etc."

Este último artículo, sirvió de fundamento al fallo de primera instancia, que fue revocado en segunda y tercera, por estimarse como personal la acción resolutoria.

A este respecto, debemos observar, basados en la enseñanza de Savigny, mejor dicho, basados en la verdad científica y legal, que, si bien puede decirse, que "es derecho real el que tenemos sobre una cosa sin consideración a determinada persona", no cabe afirmar lo mismo respecto de la acción real; pues ésta no se produce ni puede existir sino contra la persona determinada que ha ocasionado la violación del derecho: la acción reivindicatoria, contra el poseedor injusto; la hipotecaria o prendaria, contra el poseedor de la cosa hipotecada o empeñada, etc.

Por lo demás, nos referimos, en cuanto a este punto, a lo expuesto en orden a las props. 372 y 372 bis.

CASO 42

La acción resolutoria es personal, aunque a la vez se exija la restitución de la cosa con sus frutos.

En la causa Maldonado-Toledo, sobre resolución de la venta de los fundos Manzano y Cristal, por falta de pago de precio, y devolución de éstos con los frutos percibidos y pago de perjuicios, se expiden los fallos siguientes:

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Noviembre 17 de 1888.—Vistos: En la demanda de fojas 9 se ha pedido que se declare resuelto el contrato de venta de los fundos del "Manzano" y el "Cristal" por falta del pago íntegro del precio, y que se condene al demandado señor Manuel Toledo Monroy, a la devolución de los frutos percibidos y al resarcimiento de perjuicios. Dedúcese de aquí que la acción instaurada es mixta, puesto que es personal respecto de la resolución del contrato, y real en lo concerniente a la restitución de la cosa con los frutos (a los expositores del derecho francés, entre ellos a Marcadé, tomo sexto, pág. 307 comentando al art. 1654 del Código de Napoleón, semejante al art. 1864 de nuestro Código Civil) y que, por tanto, han podido libremente los actores ocurrir al juez del domicilio del señor Toledo Monroy o al lugar donde están citados los inmuebles.—En cuanto a la de *litis pendencia*, se considera que aparte de ser diversa la acción resolutoria de la de pago del precio, siendo el objeto del contrato su ejecución, las tentativas hechas para obtenerlas no pueden por si mismas ser consideradas, como abandono de derecho de pedir resolución, en caso de no haber obtenido o podido obtenerse aquella resolución. Así lo enseña Zacharía, art. 687, nota décima octava y Marcadé en el lugar citado, pág. 304. En consecuencia, se declara que este Juzgado es competente para conceder la acción propuesta, y sin lugar la excepción de *litis pendendencia*, sin costas. El señor Monroy conteste directamente a la demanda.—*Vásquez.*

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Abril 1º de 1889, las cuatro de la tarde. —Autos y Vistos: El actor tanto en el escrito que antecede como en el de

fojas 20, 21 y 22, del primer cuaderno, confiesa que el finado Melchor Maldonado demandó a Manuel Monroy, exigiéndole el pago del precio de los fundos del «Cristal» y «Manzano», y en el segundo de los escritos relacionados, que estos fundos pertenecen al cantón del Jirón. Estos hechos han sido también reconocidos por el Juez inferior. Ahora bien, como la solicitud de fojas 5 tiende a probar los mismos hechos, aparece que ha sido introducida con el objeto de retardar el progreso de la litis; en cuya virtud se declara sin lugar las absoluciones pedidas en tal solicitud. Por lo demás, siendo legales los fundamentos del auto apelado, se confirma, condenando al recurrente en las costas de esta instancia. Devuélvanse.—*Carrasco.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 13 de 1889, a las dos.—Vistos: La acción intentada para obtener la resolución de un contrato es meramente personal, aun cuando se pida la devolución de frutos, u otras reparaciones, por lo cual ha sido bien rechazada la excepción dilatoria de incompetencia propuesta por el demandado, fundándose en que la cosa sobre que versó el contrato de cuya resolución se trata, está en ajena jurisdicción. en cuanto a la excepción de litispendencia, también para rechazarla bastaba la consideración de ser diversa de la acción antes entablada sobre pago del precio y la que hoy se ha deducido sobre resolución de contrato; pues si la primeramente citada priva o no al demandante del derecho de proponer la resolución, eso tendrá de ser resuelto en la sentencia, caso de deducirse como excepción perentoria, por mirar al hecho mismo que se ventila y no al mero procedimiento. Por estos fundamentos, se confirma, con costas, el auto recurrido. Devuélvanse.—*Robalino.*—*Cevallos.*—*Castro.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 211, pág. 2924)

COMENTARIO

Cuando se expidieron estos fallos, regía ya el Código de 1879, que, como sabemos, abandonó la universal y clásica división de las acciones en reales, personales y mixtas, al tratar de la competencia territorial (prop. 178, pág. 248). No obstante, estos fallos se muestran inspirados todavía en la misma antigua doctrina.

Cuanto a la naturaleza de la acción, nos referimos a lo dicho respecto del caso precedente y de las props. 372 y 372 bis.

CASO 43

No cabe identidad de acciones con diversidad de causas.—La acción de nulidad es principal y la de restitución, accesoria.

En el juicio Godoy-Santamaría y otros, por reivindicación, se resuelve: 1º Que, a discutirse cuál acción es principal, si la reivindicatoria o la de nulidad, deducidas en una misma demanda, debe estarse al art. 1679 del Código Civil; 2º Que, por lo tanto, si la nulidad no ha sido antes declarada judicialmente, ésta es considerada como principal; y 3º Que, caso de haber varias demandas sobre nulidad de un contrato, no existe identidad de acciones, si son diversos los motivos en que ellas, las demandas, se fundan; y no es, por lo mismo, admisible en el caso, la excepción de litispendencia.

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Setiembre 28 de 1912, a las tres p. m.—Vistos: La acción deducida, por el señor Godoy, a fojas 1-2, es la misma de la demanda de la copia de fojas 22; y como la excepción de *litis pendencia* se ha opuesto antes de expedido el fallo de fojas 20, está fuera de duda que la excepción debe ser admitida. La demanda de fojas 62 (proceso acumulado), interpuesta a nombre del señor Denonato, si contiene la misma acción discutida por la de las copias de fojas 22 y 30, si versa sobre la misma cosa, no es, con todo demanda del señor Godoy, ni de quien puede considerarse como sucesor de sus derechos, y, por lo tanto, en tratándose de la identidad de las personas, no concurre la indispensable para que pudiera aceptarse, igualmente, la excepción de fojas 72, 73 y 74. En consecuencia, se declara: *a)* admitida, con costas, la excepción de litis pendencia alegada contra la demanda de fojas 1-2; y *b)* negada, sin costas, la propia excepción, por lo que concierne a la demanda del señor Denonato.—*Ribadeneira.*—*Pino.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Abril 1º de 1913, las dos de la tarde.—Vistos: La identidad de personas, cosas y acciones en dos demandas, es lo que da lugar a la excepción dilatoria de litis pendencia. En tratándose de la identidad de las acciones, tiene de considerarse, no sólo el derecho reclamado. sino también y, muy principalmente los hechos jurídicos que le han dado origen; es decir, el objeto y la causa de la acción que son los elementos constitutivos de la misma; de lo cual se desprende que el objeto o fin que es materia de la litis. no puede servir por si solo, de base suficiente para es-

tablecer aquella identidad. La relación que haya entre dos litigios por lo que respecta a las acciones, ha de deducirse necesariamente de sus causas o fundamentos, ya que en estos se determinan los puntos jurídicos que se controvierten, o sean, las cuestiones de derecho que deben resolverse en la sentencia; cumple, por consiguiente, al juez atenerse a la comparación de las respectivas cuestiones de derecho, como única circunstancia decisiva, para determinar, con toda certeza y acierto, si son iguales o diferentes las acciones. Doctrina es esta que guarda perfecta armonía con las reglas aplicables a la excepción de cosa juzgada, siendo la más importante y decisiva la concerniente a investigar si son las mismas cuestiones decididas en otro juicio, para que sea admisible esta excepción; y así, la de litis pendencia, teniendo en mira el respeto que merece la institución de la cosa juzgada, se propone también evitar la expedición de fallos contradictorios en juicios separados, o que. dictada la sentencia en el uno, se siga controvertiendo en el otro sobre los mismos puntos de derecho ya resueltos definitivamente y ejecutoriados: síguese de aquí que, dada la íntima relación que existe entre los fundamentos de ambas excepciónes, mal puede prescindirse de aquellas reglas, al calificar la dilatoria de litis pendencia. Ahora bien, la aplicación de los principios sentados al caso concreto de proponerse por el mismo actor y contra el mismo reo varias demandas para que se declare nulo un contrato conduce lógicamente a la conclusión de que la identidad del objeto y aún de las personas y de las cosas, no obsta a que pueda deducirse, tocante al propio contrato, tantas acciones de nulidad cuantas sean las diferentes causas jurídicas o motivos distintos en que se funden; pues, dada la diversidad que resultaría de los puntos de derecho controvertidos en los diferentes litigios, no habría el peligro de que las respectivas sentencias pugnen entre sí y siendo, por igual razón, distintas las acciones, tampoco sería admisible la excepción de litis pendencia que se opusiera en cualquiera de estos juicios. Expuestos los antecedentes de derecho, el examen de los autos suministra las siguientes consideraciones: 1ª Tanto las demandas de fojas 1 y 62, como la constante de las copias de fojas 22 contienen respectivamente dos acciones cada una: la personal de nulidad del contrato de compraventa de la cuadra de la Tola, celebrado entre Francisco Denonato, como padre del menor José Denonato y Vicente y Modesto Santamaría, y la acción real para la reivindicación del propio inmueble; lo cual se desprende con toda claridad ya de la naturaleza y objeto peculiares de cada cual de dichas acciones, ya del alcance de los arts. 880 y 1679 del Código Civil: 2ª Que, si bien son idénticas las acciones reivindicatorias en todos los libelos, no pasa lo mismo con las acciones sobre nulidad de la venta: en efecto, de la propuesta en la demanda del folio 22, cuyo juicio estuvo pendiente, consta que se han aducido como causas de la acción dos motivos de nulidad absolutamente diversos de los tres que, apuntados con las letras A, B y C, sirven de fundamento a la nulidad que se demanda en los juicios acumulados, iniciados en las fojas 1 y 62 de este proceso; y 3ª Que, dada la providencia de fojas 5, no son extemporáneas las dilatorias propuestas en los folios 12, 13 y 14, como tampoco las de fojas 72, 73 y 74; si bien resultan improcedentes, atenta la diversidad de las acciones sobre nulidad apreciadas en el considerando anterior. Por tales fundamentos, se resuelve que no son aceptables las excepciones de litis pendencia opuestas a las demandas de fojas 1 y 62 respectivamente; sin que, por ello, se estime temerario el proceder de los demandados. Queda en estos términos, revocada la primera parte y confirmada la segunda del auto que ha subido en apelación. Sin costas. — *Correa.* — *Borrero.* — *Villaceres.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 22 de Agosto de 1913, a las dos de la tarde.—Vistos: Los fundamentos de las tres demandas propuestas por Antonio Godoy, ya en su propio nombre, ya en el de José F. Denonato, se refieren a omisiones de formalidades y otros vicios de la venta en cuestión, y han sido alegados como causas inmediatas, no de la acción reivindicatoria, sino de la de nulidad; es decir, que la acción deducida como principal en esas demandas, es la de nulidad, para que sea discutida y resuelta conforme a sus fundamentos; y si a la vez se ha pedido la reivindicación de la cosa vendida, es sólo para el evento de que llegase a declararse dicha nulidad, o sea como una consecuencia de ésta. Para que la mentada acción reivindicatoria pudiera ser considerada como principal, y la nulidad como su fundamento, era preciso que ésta hubiese sido antes declarada judicialmente, conforme al art. 1679 del Código Civil; y esto no ocurre en el caso de que ahora se trata. puesto que la reivindicación solicitada por los demandantes no se funda en ninguna sentencia que hubiese declarado dicha nulidad. En consecuencia, para saber si hay identidad de acciones, debe atenderse sólo a las relativas a la nulidad; y es evidente que no existe tal identidad, considerada la diversidad de los motivos en que se fundan esas acciones, como consta demostrado en el fallo de segunda instancia. Por tanto, se confirma, con costas, el auto expedido por la Segunda Sala de la Corte Superior de Quito. Devuélvanse.—*Cárdenas.*—*Cueva.*—*Andrade Marín.*—*Vásconez.*—*Salazar.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 37, pág. 1526)

COMENTARIO

Sensible es que en esta vez, como en tantas otras, se haya omitido el cumplimiento del precepto consignado en el art. 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y repetidas veces recomendado por el Legislador y por la Academia de Abogados, como se lo recomienda también generalmente en la doctrina jurídica, de que todo fallo se

encabece con la determinación clara y precisa de los puntos controvertidos o sea de la materia de la decisión. Esta omisión no permite, en el caso actual, conocer a punto fijo el dato sustancialísimo de si la acción restitutoria se dirigió contra el mismo contratante o contra un tercer poseedor. La "Gaceta Judicial", siempre demasiado sobria en explicaciones, tampoco dice nada al respecto; pero ese mismo silencio hace suponer lo primero, esto es, que todas las acciones se dirigieron contra el contratante directo. Por lo demás, nos parecen muy bien fundados los fallos de segunda y tercera instancia. Sólo que, en nuestro concepto, no es propiamente acción reivindicatoria la que, basada en nulidad de un contrato, se propone reclamar al contratante la restitución de la cosa; no se funda en el dominio de la cosa, sino en la nulidad misma del acto jurídico, que impone a las partes la obligación personal de hacer las correspondientes prestaciones, como lo observamos al tratar de la prop. 372 bis, no sin temor e inquietud de contradecir a muy respetables expositores.

Cierto que la ley la llama reivindicatoria, en el caso de dirigirse contra un tercer poseedor; pero aun en este caso es discutible el punto jurídico de la verdadera calidad de la acción, como en el lugar citado expresamos; si se tiene en cuenta que ni el legislador ni nadie puede alterar la esencia de las cosas, sólo con cambiarlas de nombre.

No podemos detenernos en esto, por ser una cuestión sustantiva, extraña a nuestra materia, y nos referimos a lo dicho a propósito de la mencionada prop. 372 bis.

CASO 44

La acción del arrendatario para la entrega de la cosa arrendada es personal. —No procede contra un tercero que se ha apoderado de la cosa antes de que el arrendador la entregue.

En el juicio Flor–Rodríguez y Bastidas, por entrega de una casa, se resuelve: 1º Que el arrendatario sólo puede exigir del arrendador o de sus herederos la entrega de la cosa arrendada; y 2º Que, en consecuencia, es improcedente su demanda entablada, por derecho propio, contra terceros que se hubieren apoderado, de hecho, de la cosa arrendada, antes de la entrega.

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Setiembre 3 de 1903, a la una de la tarde.—Vistos: Por el libelo, foja 2ª, el señor Rafael Santos Flor pide que, los señores Encarnación Bastidas y José Manuel Rodríguez le entreguen una casa chica sita en la parroquia de San Sebastían de esta ciudad, las pensiones conductivas de doce sucres mensuales, durante el tiempo del arrendamiento, los réditos de la mora y las costas procesales, fundándose, para ello, en el arrendamiento del mencionado predio a su padre Daniel Flor durante la sociedad conyugal con su madre Modesta Bastidas, mediante escritura pública e inscrita, otorgada en 18 de Setiembre de 1898, y en que, la primera de los demandados, la tomó de hecho, y el segundo se adueñó, alegando compra de derechos y acciones por escritura pública a la referida Encarnación Bastidas. Pide, también, *se obligue a Rodríguez a respetar el contrato de arriendo* con arreglo al art. 1953 del Código Civil, al tenor de la escritura de arriendo y al testamento de su madre Modesta Bastidas. Citados los demandados, le contestaron por los escritos de fojas 10, 12, 13 y 14 negando los fundamentos de la acción deducida, por ser falsos y contrarios a la verdad de los hechos; razón por la cual, no están obligados a la devolución, *a respetar el contrato y al pago* de las pensiones conductivas. Recibida la causa a prueba, el mérito de las rendidas por las partes, ofrece las consideraciones siguientes: 1ª Por cláusula especial del testamento de Modesta Bastidas corriente a fojas 30 y 31 vuelta, otorgado en diez y seis de Setiembre de 1898, fojas 27 á 28, se ordena y obliga a sus albaceas Daniel Flor, su marido, y a su hijo Santos Rafael, entreguen a su hermana Encarnación Bastidas la expresada casa, en vía de restitución y en descargo de su conciencia, por no habérsele entregado su haber hereditario materno, y en pago de sus servicios personales, sin oponer obstáculo alguno. 2ª Que la casa fue comprada durante la viudez del primer matrimonio y no forma parte de gananciales del segundo; de consiguiente, debió ser restituida como bienes propios de la testadora a la persona que ella designó pertenecerle. 3ª Que sus albaceas y herederos han debido respetar el mandato de su instituyente, conforme a la precitada cláusula. 4ª En el supuesto de haberse podido celebrar el arriendo entre los albaceas, contrariando el testamento; sus efectos caducaron con la muerte de la Bastidas; ya porque ésta no autorizó el contrato, ya, también, por no haber precedido las formalidades legales obligándose bienes raíces de una mujer casada; y 5ª Que siendo Encarnación Bastidas verdadera dueño y posedora de la casa, ha podido enajenarla libremente a Rodríguez, quien no está, por lo mismo, *obligado a respetar el arrendamiento*, con arreglo al Código Civil. Por estos antecedentes y los más alegados por los demandados, que se estiman legales y jurídicos, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, y de conformidad con las disposiciones de los arts. 1941 Nº 3º y 1949 del Código Civil, se absuelve de

la demanda a Encarnación Bastidas y José Manuel Rodríguez, siendo del cargo del demandante el pago de las costas procesales con arreglo al art. 327 del Código de enjuiciamientos civiles. Habilítese el papel de este fallo al sello de 3ª clase.—*Rafael Cornejo.—José M. Guerrero.*

SEGUNDA INSTANCIA

Loja, Octubre 14 de 1903, a las tres p. m.—Vistos: Rafael Santos Flor no pide a fojas 1ª que se declare el derecho que él tenga para que Encarnación Bastidas y José Manuel Rodríguez respeten el arriendo contratado en la escritura pública de fojas 66 y 67, entre él y el representante legal de Modesta Bastidas. Menciona, ciertamente, ese derecho; pero contrae su demanda a exigir que, en razón de aquel y de los demás fundamentos de su acción, se le entregue la casa arrendada, que no le ha sido entregada aún por la parte arrendadora, y se le indemnicen los perjuicios. Ahora bien, de la obligación que los sucesores en el dominio de la cosa arrendada tienen de respetar el arrendamiento, en los casos puntualizados por el art. 1953 del Código Civil, no se deduce que sean ellos los que deban entregar la cosa al arrendatario; pues tal obligación pesa únicamente sobre el arrendador, según el número primero del art. 1915 del citado Código, hallándose limitada la obligación de los sucesores expresados, a respetar, en su caso, la entrega que el arrendador hiciera en cumplimiento del contrato, sin que respecto de ellos sea de ningún modo aplicable el art. 1747. Por la misma razón, el arrendatario tampoco podría proceder, por derecho propio, contra terceros, que se hubiesen apoderado *de hecho* de la cosa arrendada, antes de la entrega. La demanda de Flor es, pues, improcedente; y, por lo mismo, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la sentencia recurrida en grado. Devuélvase.—*Manuel R. Balarezo.—David Villacreses.—A. Pachano.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 10 de 1903, las tres de la tarde.—Vistos: La acción que la ley concede al arrendatario para exigir, del arrendador, la entrega de la cosa arrendada, es personal; y, por lo mismo, sólo puede ser deducida contra el arrendador o sus herederos. Por esto, así como por estimarse legales los fundamentos de la sentencia expedida por la Corte Superior; *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se la confirma, con costas. Devuélvanse. —*Manuel B. Cueva. —B. Albán Mestanza.—Leopoldo Pino.—Adolfo Páez.—Pablo A. Vásconez.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 12, pág. 95).

COMENTARIO

El arrendatario que ha recibido ya la cosa arrendada, puede reclamar, a su propio nombre, por las vías de hecho de terceros que no pretenden derecho en la cosa (art. 1921 del Código Civil); mas, antes de recibirla, no tiene acción por la entrega, sino contra el arrendador y sus herederos.

Si el arrendador, antes de la entrega al arrendatario, vende y entrega la cosa a un tercero, puede el comprador, sucesor singular del vendedor, ser obligado a respetar el arriendo, con arreglo al art. 1953, por acción directa del arrendatario, personal también, fundada en dicho artículo.

Esta cuestión de carácter puramente sustantivo, es extraña a nuestro actual estudio.

CASO 45

Puede haber demanda y condenación condicional.

En la causa del Banco Internacional contra el doctor Francisco J. Montalvo, se resuelve, entre otras cosas, que al demandarse la práctica de una liquidación, puede reclamarse también el saldo, para el caso de que lo hubiere; y que la sentencia puede, asimismo, ordenar que se haga la liquidación y se pague el saldo, si lo hubiere.

Texto de las sentencias:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 23 de 1890, la una.—Vistos: El Banco Internacional demandó al doctor Francisco Montalvo para que, liquidada la cuenta corriente, pagara el saldo que en su contra resultase: fundó su acción en las estipulaciones constantes del documento de fojas 1. El reo negó que aquel contrato o la ley le impusieran la obligación de liquidar, y adujo, en subsidio, las excepciones siguientes: 1ª Nulidad del endoso otorgado por Aurelio Cañadas, posteriormente a la disolución del Banco de Quito y a la expiración de su cargo de Gerente; 2ª Nulidad del contrato que, transfiriendo universalmente los derechos y obligaciones del Banco de Quito al Internacional, dió término al primero; ya porque ni los estatutos de éste ni la ley permitían semejante manera de terminación; ya porque no pudo verificarse válidamente con perjuicio de terceros; ya, en fin, porque la junta que resolvió optar por tan anómala determinación, careció de representación legal por falta de quorum; 3ª Prescripción. El contrato no dice,

en verdad, que la obligación de liquidar la cuenta incumbe al Dr. Montalvo; pero tampoco el Banco lo pretende; quiere sólo que la cuenta se liquide, y que, liquidada, pague el doctor Montalvo el saldo. Pero ni podía pretenderlo, ya que la liquidación es un acto que, por su naturaleza misma, supone la concurrencia de ambas partes interesadas y la manifestación recíproca y discusión de sus títulos y documentos de cargo y descargo. Que esa concurrencia sea simultánea o sucesiva, es indiferente a la cuestión actual; pero liquidación no cabe, ni es posible, sin que ambas partes intervengan, en una u otra forma. Constituída así la obligación de liquidar, la de pagar el saldo fluye de ella, como consecuencia legal, sin que haya absurdo en ordenarlo condicionalmente para el evento de que, hecha la operación, resultare alcance contra el demandado, ni incompatibilidad de acciones entre las que, lejos de ser inconciliables, van unidas por un vínculo legal de conexidad y dependencia.—Analicemos su extinción: Desde luego, la nulidad del endoso y del contrato de los Bancos no argüiría, como el demandado pretende, falta de personería en el Internacional, sino falta de derecho, falta de acción. El menor que demanda lo que se le debe, carece de personería, esto es, de capacidad legal; el capaz que, pretendiéndose cesionario, sin serlo, demanda lo que no se le debe, tiene personería, pero no derecho ni acción. Previa esta rectificación, obsérvase: 1º El endoso de don Aurelio Cañadas no fue necesario para la trasmisión del derecho, ya que, trasmitidos al Banco Internacional todos los derechos del de Quito, bastaba la entrega del título para el perfeccionamiento de la cesión: es, por tanto, excusado examinarlo. 2º Todo derecho y, por consiguiente, toda acción suponen una relación jurídica entre ciertas personas: ora nazcan de la ley, ora de los actos de la voluntad o hechos del hombre, no existen ni pueden existir en abstracto y ser ejercidos indistintamente por cualquiera persona, sino tan sólo por aquellas que entran en la relación como término activo de ésta. El derecho de alegar la nulidad existe, si es relativa, en favor de aquella de las partes cuya salvaguardia y protección se propuso la ley; si absoluta, en favor de todos los interesados y del ministerio público, en cuanto afecte a la moral o a la ley. Tratando, pues, de la que se pretende hallar en el contrato de los Bancos, la acción para alegarla corresponderá, bien a una de las partes contratantes, bien a todos los interesados y al ministerio público, según los casos; no a quien, como el doctor Montalvo, ni fue parte, ni es interesado, ni representante de los interesados, ni de la moral y la ley. Terminada la cuenta corriente, el carácter del doctor Montalvo es el de acreedor o deudor del Banco: en el primer caso, tendrá expedita su acción contra el Internacional, que, lejos de oponerse al contrato, lo sostiene e invoca; en el segundo, quedará libre de su obligación, pagando al poseedor del crédito, de la misma manera que si hubiera pagado al Banco cedente: con la trasmisión ni ha perdido ni ha ganado nada absolutamente. Además, el Banco de Quito pudo muy bien ceder al Internacional su crédito especial contra el doctor Montalvo: esto le basta al deudor,

y no le incumbe averiguar los demás efectos y trascendencias de aquel contrato múltiple y complejo, que de ningún modo le afectan ni interesan. Dedúcese, pues, que el doctor Montalvo carece de acción para alegar la nulidad pretendida, y que, por tanto, ésta no puede ser materia de la presente resolución. Si hubo fuerza o dolo, incapacidad relativa, etc.; si se omitió alguna solemnidad requerida en atención a la naturaleza misma del acto, o hubo objeto ilícito o incapacidad absoluta; la acción de nulidad podrá ejercerse por las personas designadas, respectivamente, en los arts. 1674 y 1673 del Código Civil, entre los cuales no está comprendido el doctor Montalvo. Si se estipuló en perjuicio de los tenedores de billetes y títulos de depósito y de los accionistas menores, sin intervenir éstos ni estar debidamente representados; como ningún contrato puede imponer gravamen a terceros, dichos tenedores o accionistas conservarán la integridad de sus derechos y podrán hacerlos valer ellos mismos o sus representantes legítimos, mas no el doctor Montalvo que, en la presente litis, no tiene ni uno ni otro carácter. 3º Resta sólo analizar la prescripción: En el año de 1873 se celebró el contrato y en Setiembre de 1876 se dió por terminada la cuenta corriente, según lo manifiesta el documento reconocido de fojas 76. En Abril de 86, el Banco demandó ejecutivamente al doctor Montalvo: y aunque éste fue citado entonces con esa demanda y el auto de pago, anulado el proceso hasta el estado de correr traslado de la demanda, quedó, por el mismo hecho, sin valor alguno aquella citación, del mismo modo que si no se hubiese practicado o hubiera sido hecha por persona incompetente o fuera de juicio. No hubo, pues, interrupción de la prescripción ni citación legal hasta la fecha en que, entablada la acción ordinaria, se notificó ésta al doctor Montalvo en 9 de Julio de 1888; esto es, decurridos más de cinco años desde la promulgación del Código de comercio actual. Si esto es verdad, lo es igualmente que la ley mercantil vigente al tiempo del contrato no reconocía en el de cuenta corriente la naturaleza y efectos especiales que le diera el Código de 82: habla incidentalmente de cuentas corrientes en el sentido vulgar de la palabra, mas no en el técnico legal correspondiente a la institución posterior. Y como ninguna ley tiene efecto retroactivo, ni los derechos y acciones que ella establece como inherentes a ciertos actos y contratos, pueden corresponder a los ejecutados en época anterior, es incuestionable que el contrato celebrado entre el doctor Montalvo y el Banco de Quito, no pudo producir las acciones y efectos propios del instituído por el Código posterior, y que debe regirse por las reglas generales de los contratos y por las especiales entonces vigentes. La regla 23ª del art. 7 del Código Civil se refiere al caso en que, concedida ya la acción por la ley anterior, la posterior se limita a modificar el tiempo de la prescripción; mas no al en que aquella fuese una institución nueva de la ley posterior. Celebrado el contrato, el doctor Montalvo adquirió el derecho o mejor, la espectativa de prescribir sus obligaciones según las reglas generales aplicables a las acciones personales; si, pues, en éstas

hubiese sobrevenido alguna modificación en cuanto al tiempo, el doctor Montalvo tendría el derecho de elección, en conformidad a la regla 23ª; mas no puede creerse asistido de una acción que, sin existir antes de modo alguno, fue creada por la ley posterior como inherente al contrato especial reglamentado por ella; bien así como no le comprenderían las restricciones o gravámenes que el nuevo Código hubiese establecido. Mas como no ha pasado todavía el tiempo necesario para la prescripción de las acciones personales única aplicable al contrato en análisis, síguese que la excepción de prescripción no es legal. En fuerza de estas consideraciones, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declara que el doctor Montalvo está en la obligación de liquidar con el Banco la cuenta corriente y de pagar el saldo, si lo hubiere en su contra. Sin costas.— *Víctor M. Peñaherrera.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Noviembre 22 de 1892, las tres.— Vistos: El Código de Comercio de 1829, vigente al tiempo que se otorgó el contrato de fojas 1ª, reconoció como mercantil el de cuenta corriente, y lo calificaba de préstamo recíproco por el cual los contratantes se trasmitían la propiedad de los fondos y mercancías remitidos respectivamente; así se deduce del tenor de sus arts. 387 y 1814, Nº 6, y de los comentarios de Laserna y Reus. Y porque existía legalmente dicho contrato, el art. 2º, Nº 5 de los estatutos del Banco de Quito le dió cabida entre las operaciones que constituyen el objeto del Establecimiento, y lo ha practicado éste según el sistema general de Bancos. Cierto que el citado Código no fijó especialmente el tiempo en que debían prescribirse las acciones provenientes de ese contrato; pero por esta misma razón, y por disponerlo su art. 581, tal prescripción se regía por los principios generales de la ley civil. Luego, aunque los derechos y obligaciones que nacieron del contrato de fojas 1ª, no pudieron ser alterados por la nueva ley de comercio, sin retrotraer sus efectos, no podía ésta tocar derechos ya adquiridos de conformidad con la ley anterior. Ha podido muy bien la nueva reglamentar el tiempo necesario para la prescripción de las acciones a que daba lugar el referido contrato, porque con esto afecta, no derechos adquiridos, sino sólo una simple espectativa, cual es, la de una prescripción empezada; y más todavía, si con sujeción a la regla 23ª del art. 7 del Código Civil, no puede invocarse la nueva ley, sino contando el tiempo de la prescripción desde la fecha en que comenzó a regir. Es indudable, por lo mismo, el derecho del doctor Montalvo a alegar la prescripción sancionada por la ley posterior a su contrato con el Banco de Quito; y como ella empezó a regir el 1º de Mayo de 1882, y el tiempo corrido desde esta fecha no se interrumpió por la demanda ejecutiva, atenta la razón que expresa el inferior, resulta que hasta el 23 de Agosto de 1887, en que se citó al doctor Montalvo con la demanda ordinaria, han transcurrido con exceso los cinco años que la memorada ley

fija para la prescripción. Por estas consideraciones, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declara prescrita la acción del Banco Internacional contra el doctor Francisco J. Montalvo, sin embargo de que, por los fundamentos del juez *a quo*, es legal el endoso hecho por Aurelio Cañadas, y el doctor Montalvo no tiene derecho para alegar, aun caso de existir, la nulidad del contrato celebrado entre el Banco de Quito y el Internacional. Sin costas. Fíjense los respectivos timbres móviles en el folleto de fojas 189 y siguientes. Devuélvase.—*Leonidas Batallas.—José J. Espinosa.—Francisco Paz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Marzo 9 de 1894, las doce.—Vistos: La prescripción alegada por el demandado está prevista por la ley para las acciones que nacen del contrato de cuenta corriente, contrato que por no haber sido reconocido por el Código de Comercio de la edición anterior, fue recientemente establecido y reglamentado por el nuevo Código. El contrato que el doctor Montalvo celebró con la Agencia del Banco de Quito, fue el de simple préstamo en la forma de crédito abierto; pues, según Laserna y Reus, citados por la Corte Superior: "Se realizan los préstamos en el Comercio de varios modos: bien obligándose a prestar a otro cierta suma a medida que vaya teniendo necesidad de ella, y esto se llama tener crédito abierto; bien remitiéndose respectivamente fondos o mercancías, lo que se llama estar en cuenta corriente; o bien inscribiendo promesas cuya forma y efectos varían según el modo y manera como se expresan". Aun dado que al referido contrato pudiera aplicársele la segunda forma, resultaría que el doctor Montalvo estuvo en cuenta corriente, esto es, que celebró el préstamo en esta forma; pero no porque el contrato se haya celebrado en tal forma, podía dejar de estar sujeto a la prescripción ordinaria de veinte años. Cuando el Código de la edición anterior, al establecer la contabilidad mercantil, hizo mención de cuentas corrientes, lo hizo exclusivamente, con el objeto de fijar el destino principal así del Libro Diario como del Mayor, y llamó corrientes a las cuentas que, por DEBE Y HABER, han de abrirse a cada objeto o persona en particular; pero del término técnico con que calificó dichas cuentas, no se ha de deducir la existencia del contrato complejo definido por el nuevo Código con el nombre de cuenta corriente, en beneficio del cual únicamente se ha establecido la presripción de cinco años. Por estas razones, y por los fundamentos de la sentencia de primera instancia, *administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley*, y con el voto escrito del doctor Julio Castro, que se agrega al proceso, se revoca el fallo recurrido y se declara que, si practicada la correspondiente liquidación, resultare saldo contra el demandado, deberá éste pagarlo al demandante. Devuélvanse.— *Vicente Nieto.—J. M. Espinosa.—Manuel M. Salazar.—Luis F. Lara.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 34, pág. 266)

COMENTARIO

Esta doctrina está conforme con la que hemos consignado al tratar de la prop. 371; y a esa exposición nos referimos.

Si, demandado un fiador, opone la excepción de pago, compensación, condonación, novación, etc., fundándose en documentos suministrados por el deudor principal, pero el acreedor redarguye o impugna esos documentos, ¿no podrá el fiador apresurarse a demandar al deudor, sin esperar la sentencia, para que, en el evento de admitirse la impugnación o redargución del acreedor y de condenársele al pago, el deudor principal le reembolse e indemnice?.... Y propuesta así la nueva demanda, no se podrá solicitar, con perfecto derecho, la acumulación de los dos procesos?....

Caso perfectamente análogo a este tenemos en nuestra práctica profesional (1); y, propuesta por nosotros la demanda condicional, después de trabado el primer juicio, se acumularon los dos procesos, y tenemos ya fallo favorable en primera instancia.

En el Derecho Procesal francés éste es uno de los casos de la *excepción de garantía*, que la explicaremos al tratar de la materia de las excepciones, y que simplifica mucho el procedimiento.

CASO 46

Es improcedente la demanda en que no se determina la persona del demandado.

En el juicio seguido por Vidal Ortiz y Daniel Rodríguez, se resuelve: Que a la parte interesada y no al juez corresponde determinar la persona que debe ser demandada en juicio.

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Marzo 19 de 1907, a las cuatro p. m.—Vistos: Queda legitimada la personería del doctor Arcesio Domínguez, en virtud de la ratificación que antecede. Para resolver la demanda del señor Vidal Ortiz, sobre que se requiera al asesor doctor José Miguel

(1) Juicios acumulados de doña Ignacia Alvarez v. de Alvarez contra don César Tomás Alvarez, y de este señor contra la familia Jiménez, pendientes en la Corte Superior.

Ocampo o al Escribano señor Daniel Rodríguez, para la presentación del proceso seguido contra don Juan A. Cañadas, por dinero, se considera: 1º La razón sentada a fojas primera por el Escribano señor Rodríguez y la exposición del mismo, constante a fojas 52, no pueden tenerse por una confesión de parte, en la estricta acepción legal, por no constar de ellas la declaración de ningún hecho, que de ser aceptado como verdadero pudiera acarrear responsabilidad civil contra el declarante; y no teniéndose esa razón y exposición como una confesión de parte, no puede dárseles la fuerza probatoria que siendo tal, les correspondiera; 2º La confesión del doctor Ocampo y la de Lorenzo Zurita, complementaria y concordante con ella, son verdaderamente confesiones de parte, indivisibles, porque contienen la declaración de la obligación de entregar el proceso (declaraciones hechas contra sí mismos) y al propio tiempo la declaración inseparable de haberse uno y otro eximido sucesivamente *de esa obligación* por la entrega del proceso; 3º Estando, pues, en contradicción las confesiones concordantes del doctor Ocampo y de Zurita, con la exposición del Escribano señor Rodríguez, es legal que haya de darse más fuerza a las primeras, tanto por la calidad de las exposiciones, según lo establecido en los dos considerandos anteriores, como por el número de los confesantes; 4º En la falsa hipótesis de que se concediese igual valor a las exposiciones contradictorias mencionadas y de que, por tanto, quedasen recíprocamente destruidas y sin valor alguno; bastaría para determinar la responsablidad del Escribano la omisión de la regla preceptiva consignada en el numeral segundo del art. 113 de la Ley Organica del Poder Judicial, omisión que en el actual caso determina más, si es posible, su responsabilidad respecto del expediente ya mencionado. En fuerza de estas consideraciones, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declara la obligación en que se encuentra el Escribano señor Daniel Rodríguez de entregar, en el término de ocho días, el expediente reclamado en el escrito de fojas primera a efecto de que el actor pueda seguir el juicio ejecutivo contra el señor Juan A. Cañadas; y se releva de esa obligación a los susodichos doctor Miguel Ocampo y Lorenzo Zurita. Sin costas. Habilítese este papel al sello de la litis.—*Antonio Pintado.—Carlos T. Gómez.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Junio 16 de 1908, las cuatro de la tarde.—Vistos: Consta de estos autos que Vidal Ortiz seguía juicio ejecutivo contra Juan Cañadas por suma de sucres. Consta también que el Escribano Daniel Rodríguez en cuya oficina se actuaba aquella causa remitió aquel proceso al asesor doctor Miguel Ocampo. Por consiguiente, siendo conocidas las partes que figuraban en el juicio ejecutivo, es visto que en el incidente actual deben ser consideradas las mismas partes, incluyéndose por cierto el asesor y actuario de la causa, por tratarse de la pérdida de dicho proceso. Previos estos antecedentes, se observa: Que si bien el Escribano no anotó

e hizo firmar la entrega del proceso que remitía al asesor doctor Ocampo, como lo previene el Nº 7º del art. 129 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el doctor Ocampo confiesa que llegó a su poder ese proceso y aún expidió providencia, circunstancia que afecta su responsabilidad, desde que no cumplió con el deber que le imponía el número octavo del citado artículo, observando en la devolucion del expediente el orden inverso al que debía haberse observado en la recepción; esto es, haciendo anotar y firmar la fecha de la entrega del mismo proceso, formalidad además que no podía ingnorarla el mencionado asesor y cuya omisión no puede suplirse legalmente con la declaración del amanuense Zurita, que por su singularidad no constituye, ni puede constituir prueba legal, ya que no puede tenérsele como parte en este incidente. Por estas razones, se revoca el auto apelado, declarando que el doctor Miguel Ocampo es responsable de la entrega del proceso perdido; y, por haber omitido el Escribano Rodríguez el deber impuesto en el Nº 7º del referido art. 129 de la ley citada, se le impone la multa de cuarenta sucres, conforme al art. 131 de la misma ley. Ordénase también que el asesor de esta causa devuelva los derechos cobrados por sentencia, Devuélvase.—*Román.—Villacreses.—S. Durán.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 27 de 1910, las tres p. m.—Vistos: Como lo que Vidal Ortiz pide, en sus escritos de fojas 1, 3 y 5 es. en sustancia, que el juez declare cuál es la persona responsable, conforme a la ley, del expediente a que el mismo se refiere—si el asesor, el Escribano o Zurita—para que contra ella se expida el apremio respectivo; y como es a la parte interesada y no al juez a quien le corresponde determinar la persona que debe ser obligada en juicio, deniégase, por improcedente, la solicitud del expresado Ortiz. Devuélvanse.—*Albán Mestanza.—Montalvo.—Villagómez, Cueva.—Chiriboga B.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 91, pág. 724)

COMENTARIO

Hemos observado ya (prop. 377) que la demanda en que se omite alguna de las expresiones del art. 101, es, en verdad, improcedente, pero en el sentido de que el juez no debe admitirla, y la parte contraria puede impugnarla, por medio de la excepción dilatoria de oscuridad. Mas, admitida y llevada al estado de sentencia, debe el juez fallar sobre lo principal, interpretando los pasajes oscuros o deficientes de la demanda como las circunstancias lo exijan. No es ya el caso de tomar en cuenta ese motivo de improcedencia.

A propósito de este caso, observaremos que, si la demanda puede ser intentada en forma alternativa o subsidiaria, por razón de la cosa reclamada o de la causa, no encontramos absurdo ni inconveniente legal en que lo sea también por razón de las personas demandadas, diciendo, por ejemplo, demando a X y Z, para que uno de los dos cumpla tal obligación, o para que sea condenado X en caso de no serlo Z.

Por último, con respecto al punto discutido en esta causa, recordaremos que los abusos y escándalos que en la práctica se han visto, con la pérdida o confusión de procesos, en que los escribanos querían eludir su responsabilidad, culpando a los asesores o amanuenses, o con la consabida excusa de "aquí lo puse y no parece", nos sugirieron las reformas que constan en los incisos 2º y 3º del art. 1024 de este Código y en los arts. 229 y 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en corroboración de lo dispuesto por el 125 de esta ley.

CASO 47

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

En la causa seguida por doña Mercedes Momblán, sobre insubsistencia del testamento de su finado esposo don José María Avilés, se resuelve: Que, por ilegitimidad de personería, es nulo el juicio en que se discute la validez o insubsistencia de un testamento, no en razón de su forma, sino en cuanto a su fondo, cuando, sin haber determinado el actor la persona o personas contra quienes dirigía su acción, no se ha notificado la demanda a todos los beneficiados en dicho instrumento, que son directamente interesados en la subsistencia de sus disposiciones.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 27 de 1877, a la una.—Vistos: Están convenidas las partes en que la cuestión debatida en este proceso no versa sobre la nulidad del testamento de José María Avilés por falta o vicio en las formas de su otorgamiento, sino acerca de su validez o insubsistencia en el fondo, esto es, si sus disposiciones testamentarias deben o no prevalecer por no haber acaecido el suceso previsto por el testador; y así se deduce del tenor de los

escritos fs. 1ª y 15. De consiguiente, y no habiéndose determinado en esos escritos la persona o personas contra quienes se proponía la demanda, debió notificarse ésta a todos los beneficiados en dicho testamento, como directamente interesados en la subsistencia de sus disposiciones. Si el art. 1285 del Código Civil autoriza al albacea para poder parecer en juicio defendiendo la validez del testamento, prescribe, al mismo tiempo, que lo ha de hacer con intervención de los herederos presentes, esto es, de los instituidos, o del curador de la herencia yacente; pues las palabras *y en todo caso* de que usa, no excluyen a ninguno. Dedúcese de lo dicho, que el presente juicio no se ha seguido contra persona legítima, y, por lo mismo, se ha faltado a la segunda de las solemnidades sustanciales prescritas en el art. 771 del Código de enjuiciamientos civiles. Por tanto, se declara la nulidad de lo obrado, y se repone el proceso a costa del asesor y de los jueces de segunda instancia, al estado de fs. 24, esto es, al de que se notifique la demanda a todos los herederos y legatarios designados en el testamento; para que se siga el juicio por los trámites de la vía ordinaria. Devuélvanse. — *Portilla.* — *Alvarado.* — *Montalvo.* — *Muñoz.* — *Herrera.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 51, pág. 408)

COMENTARIO

No constan en la Gaceta los fallos de primera y segunda instancia; y el de la tercera no tiene, como tan frecuentemente pasa, la determinación del caso concreto que va a decidirse. No es de suponer que el juez de primera instancia haya dado curso a una demanda en que no se determinaba la persona del demandado, con arreglo al art. 101 del Código de Enj.; y lo que se infiere del contexto del fallo publicado en la Gaceta, es que el actor señaló, como único demandado al albacea; en cuyo caso era indudable la nulidad del proceso, porque la ley no le da personería al albacea para representar a la sucesión en juicio de esta clase, sino con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente. Art. 1285 del Código Civil.

Por lo demás, ninguna diferencia cabe a este respecto entre una cuestión de forma y una de fondo sobre nulidad o subsistencia de un testamento; y si la acción se intenta, no contra el albacea, sino contra los interesados mismos, esto es, contra los asignatarios testamentarios; bien se la puede intentar, sin peligro de nulidad del proceso, no contra todos los dichos asignatarios, sino solo contra alguno o

algunos de ellos, a elección del actor, en la inteligencia de que sólo respecto del actor y del demandado o los demandados, surtirá efecto de cosa juzgada el fallo que acepte o deniegue la acción.

CASO 48

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

PRIMERA INSTANCIA

Cañar, Diciembre 28 de 1900, a la una p. m.—Vistos: Del escrito de fojas 1 y 2, 5 y 6, 22, 23 y 24, 50 y 51, de las absoluciones de Manuel Tenesaca, Ambrosio Caguana y Pedro Tenesaca, a fojas 100, 241 y 242, y de los autos de 25 de Julio de 1889 y 13 de Agosto del presente año, aparece claramente que la demanda se ha propuesto por Manuel Tenesaca a nombre y en representación de toda la Comunidad de Sisid, y se ha seguido por los varios miembros de ella, para que se fije el límite divisorio entre el Hato de la Virgen y el predio conocido con el nombre de Anejo de Sisid, que según el escrito de demanda se halla comprendido entre el mencionado Hato y el puesto conocido con el nombre del Bolsillo. De consiguiente, y atendiendo al estado en que se halla el juicio, no puede limitarse la demanda a la parte o porción contigua al Hato de la Virgen, ni reducir la representación de Pedro Tenesaca a sólo los comuneros que ocupan dicha fracción de la hacienda del Anejo de Sisid. Por tanto, y por encontrarse ejecutoriado el auto de 20 de Octubre pasado, cuya providencia fue dada para asegurar la personería legítima de Tenesaca, desde que varios comuneros venían tomando parte en el juicio; se resuelve que se esté a lo ordenado en el decreto aludido. Se da por presentada la copia de la posesión del señor Colector don Mariano Vázquez López.—*Terán.*

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Septiembre 27 de 1901, las tres p. m.—Vistos: No existiendo, como no existe disposición especial acerca de la forma en que han de ser representadas las Comunidades de indígenas, cuando éstas litigan como actores, debe estarse a las reglas generales establecidas en la sección 2ª, título 2º, libro 1º, del Código de enjuiciamientos en materia civil; y como de la confesión de Pedro Tenesaca (posición 3ª de fs. 240) aparece que la Comunidad de Sisid se compone de más de 600 individuos, resulta que apenas una sexta parte de ella ha conferido poder al referido Tenesaca para la prosecución de este juicio, propuesto por su falle-

cido padre a nombre de toda la Comunidad ya expresada. Por tanto y por conceptuarse legales los fundamentos aducidos por el inferior, se confirma, con costas el auto apelado. Devuelvanse.—*Cordero M.—Coronel.—Farfán.*

TERCERA INSTANCIA

Quito; Noviembre 28 de 1901, a las doce del día.—Vistos. Manuel Tenesaca se presentó en representación de sus derechos, de los de Juan Cruz Yamasque, Manuel Cruz Singuil, Manuel María Tenesaca, Agustín Quispe, Pío Huerta y *más* indígenas de la Comunidad de "Sisid". En este caso el adverbio *más* no significa que Tenesaca ofreció poder ó ratificación de todos los individuos de dicha Comunidad, sino sólo que la demanda se propuso a nombre de los comuneros en ella expresados y al de otros en número indefinido. Como en los poderes de fs. 116 y 118, además de constar, como poderdantes, Yamasque, Singuil Tenesaca, Quispe y Huerta, hay un número de comuneros que satisface a la expresión "y más indigenas", usada en la demanda, la cual expresión es sinónima de "y otros indígenas", el demandante Tenesaca no está en el deber de presentar el poder exigido en el auto materia del recurso; siéndole suficientes, para la continuación del juicio, los referidos poderes de fs. 116 y 118. En consecuencia, queda revocado, sin costas, el propio auto. Devuélvanse.—*Albán Mestanza.—Montalvo.—Pino.—Cárdenas.—Páez.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 85, pág. 676)

COMENTARIO

Se consideró este punto, en el juicio de la comunidad de Sisid con el Colegio Seminario de Cuenca. Al tratarse de comunidad de otra clase, v. gr. de herederos o de condóminos, la respuesta sería muy obvia: la demanda debe expresar los nombres de todos los comuneros, demandantes o demandados, al tenor de lo dispuesto por el art. 101, Nº 2º, so pena de que el fallo no surta efecto respecto de las personas silenciadas, y sin perjuicio de lo que al respecto pueda deducirse de los arts. 2068 y 2287 del Código sustantivo. Mas la naturaleza especial de las tales comunidades de indios o blancos, a que se refiere el art. 113, a propósito de la citación de la demanda, ha dado importancia al caso y suscitado dificultades prácticas. Nos reservamos, por tanto, para cuando, al estudiar la SECCIÓN siguiente—DE LA CITACIÓN—tomemos en cuenta la naturaleza de dichas comunidades y la manera cómo deben figurar en juicio.

CASO 49

Puede demandar la partición cualquiera de los herederos o condóminos o cualquiera de los herederos de un heredero o condómino.

En el juicio Coronel–Bosano, sobre partición de unos bienes, se resuelve: Que la demanda de partición puede ser deducida por cualquiera de los coasignatarios, herederos o condóminos, como también por cualquiera de los herederos de un coasignatario, por más que éstos deban formar, en la partición, una sola persona y proceder todos juntos o por medio de un procurador común.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 55, pág. 1676).

Reservamos trascribir los fallos y hacer el comentario respectivo, cuando estudiemos el juicio de partición.

CASO 50

Necesidad de especificar e individualizar claramente la cosa que se reivindica.

En el juicio civil seguido por Manuel María Cevallos contra José Pascual Junco, sobre reivindicación de un solar, se resuelve: 1º Que si la cosa raíz que se reivindica no tiene una denominación especial que la distinga de las que le están contiguas, debe el actor probar, además de su dominio, la identidad de ella; y 2º Que, a no haber esa prueba, la acción es inadmisible, porque el poseedor es reputado dueño.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 18 de 1889, las dos de la tarde.—Vistos: El actor no ha probado, como era de su deber, el dominio del solar cuya reivindicación pide; pues si la escritura de fs. 198 acredita que compró a Jesús Velasco unas tierras en dos cuerpos, no resulta que sean las mismas de que ha estado en posesión Pascual Junco; tanto más, que lo demandado es un solar de cinco varas de frente, y, según dicha escritura, lo comprado sólo era de cuatro varas, tres cuartas, prescindiendo de las dos varas que no son materia de la litis. La obligación de probar la identidad, por parte del demandante, era todavía más necesaria, ya que el terreno en cuestión no ha sido conocido con un nombre especial que lo distinguiera de los demás solares y casas del barrio de "Las Peñas". Ni es verosímil que Manuel María Cevallos, después de haber entrado en posesión de una parte del terreno comprado a la Velasco, y aun dispuesto de ella, hubiese dejado transcurrir

tantos años sin reclamar la entrega de la otra, y, por el contrario, tolerado que Junco siga poseyéndola y aún edificando. Por tanto, y porque según el inciso 2º del art. 688 del Código Civil, el poseedor es reputado dueño mientras otro no acredite serlo, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la sentencia recurrida. Devuélvanse.—*Luis Antonio Salazar.—Vicente Nieto.—Antonio Portilla.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 132, pág. 1056)

COMENTARIO

La especificación debe hacerse en la misma demanda, para cumplir lo dispuesto por el Nº 3º del art. 101; mas la omisión de este deber produce sólo excepción dilatoria, y faculta al juez para devolver la demanda y no tramitarla. Por consiguiente, admitida por el juez a discusión y no objetada por la parte contraria por medio de aquella excepción, ya no puede el juez rechazarla, por esa sola causa, en la sentencia.

En el caso actual parece que la omisión estuvo, no sólo en la demanda misma, sino en la prueba del derecho del actor; y esto último, la falta de prueba del derecho, sí pudo servir de fundamento para rechazar la demanda, como se la rechazó por la Corte Suprema.

Véase lo dicho respecto de la prop. 377.

CASO 51

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

En el juicio seguido por el señor Jacinto Z. Morán contra la familia Maridueña, por terrenos, se declara: 1º Que al proponer acción reivindicatoria, es indispensable determinar o individualizar, en la demanda, la cosa que es objeto de ella; y 2º Que, en consecuencia, a no saberse, de una manera segura, cuál es el predio a que se refiere dicha acción, ya porque no se puntualicen los linderos, ya porque no se determine clara y precisamente la propiedad misma, ya porque no se fije su extensión; debe rechazarse la demanda propuesta.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 3 de 1898, las tres p. m.—Vistos: Como la acción reivindicatoria o de dominio se concede por el art. 880 del Código civil al dueño de una *cosa singular* de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela; evidente es que no puede proponérsela sin determinar o individualizar la cosa objeto de ella, pues, de otra suerte, ni el juez podría ordenar la restitución ni la parte demandada podría cumplir con ella. Además, es en la demanda en la que se ha de hacer la expresada determinación o individuación, ya que en ella debe fijarse con claridad y exactitud la materia sobre que versa la acción, a fin de que pueda ser contestada legalmente por la parte demandada y resuelta con acierto por el juez. Con este antecedente, se considera: que, atentos los términos de la demanda, no es posible saber con seguridad, cuales son los terrenos a que se refiere la acción reivindicatoria deducida por Jacinto Z. Morán; pues ni se puntualizan sus linderos, ni se determinan clara y precisamente esos terrenos, ni se fija, en fin, su extensión. Por tanto, con el voto escrito del conjuez doctor José María Bustamante, y entrando en cuenta que es legal la multa impuesta por el Tribunal Superior al doctor José Antonio Vallejo, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia de que se ha recurrido en la parte en que acoge la demanda, y se la confirma en la que pena al precitado doctor Vallejo. Devuélvanse.—*León Espinosa de los Monteros.—Francisco J. Montalvo.—Vicente Nieto.—B. Albán Mestanza.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 29, pág. 231)

COMENTARIO

Muy cierto es que en la demanda debe determinarse e individualizarse la cosa raiz o mueble que se reivindica; mas, sintiendo no estar de acuerdo con el Tribunal Supremo, insistimos en que la omisión de aquel deber en la demanda no produce *excepción perentoria*, ni puede servir de fundamento para rechazar la demanda en la sentencia. Permite, sí, al juez no dar curso a esa demanda y devolverla al actor; mejor dicho, le impone el deber de hacerlo; y da también lugar, en favor del demandado, a la excepción dilatoria de oscuridad de libelo; mas si ni el juez ni la parte contraria hacen uso oportuno de aquellos medios o facultades, ni ésta puede objetar ya la demanda, ni aquél puede abstenerse de fallar sobre el fondo del derecho, ateniéndose, para la inteligencia de la demanda, a las reglas generales de interpretación, y para la decisión de la controversia, a las pruebas y demás méritos del proceso.

Si esas pruebas o datos no resultan suficientes para especificar y esclarecer el derecho del actor, por esta razón, esto es, por falta de prueba de fondo, puede rechazarse la demanda, como ocurrió en el caso precedente.

Tanto más justa es esta observación en el caso actual, cuanto, según dan a entender los fallos de primera y segunda instancia, a las partes ni se les ocurrió objetar la demanda, y la controversia versó sobre el fondo, como si se tratara de cosa perfectamente conocida de las partes y de los jueces.

CASO 52

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

En el juicio seguido entre Carlos Hidalgo Albornoz y José Quillagana y otros, por reivindicación de unos terrenos, se resuelve: 1º Que, según el art. 880 del Código Civil, para que sea admisible la acción reivindicatoria, es necesario individualizar, determinar de modo claro y preciso el objeto materia de la acción; y 2º Que la simple referencia al hecho de haber obtenido la cosa en remate, y la presentación del título, no pueden estimarse como la determinación exigida por la ley.

PRIMERA INSTANCIA

Ambato, Abril 4 de 1909, la una p. m.—Vistos: El señor Carlos Hidalgo A. fundándose: 1º En que por remate, cuya acta acompaña a la demanda, es propietario del fundo Mulanleo que fue de propiedad de los señores Dositeo Vásconez y Eliseo Ayala; 2º En que Manuel mayor, Manuel menor, Pedro, José y Tomás Quillagana, Mariano y José Pandasina, Feliciano Quisintuna mayor y María Mate han construido unas casas de habitación en el referido fundo, y se oponen a desocuparlas titulándose dueños de gran parte del terreno que lo están usufructuando arbitrariamente; demandó a los expresados indígenas para que saquen sus casas de habitación y para que le restituyan el terreno que lo retienen arbitrariamente, pagándole los frutos y perjuicios que le ocasionen. A fojas 16, Manuel, Tomás y Pedro Quillagana opusieron las siguientes excepciones: 1ª Que la demanda es improcedente; 2ª Que para el caso de ser aceptada y de referirse a los terrenos de que están en posesión, niegan el derecho del actor y alegan la prescripción extraordinaria, por haber poseído dichos terrenos más de treinta años. En virtud de la petición de fojas 17, fueron excluídos del juicio Manuel Quillagana menor y Manuel Pandasina; y los demás demandados fueron declarados rebeldes por el auto de fojas 24. Trabada así la litis, se considera: 1º Habiéndose acompañado al escrito de demanda de fojas 6, las actas de remate y de posesión material de fojas 1 a 5, estas actas forman parte integrante de dicho escrito de demanda; de lo cual resulta que el fundo Mulanleo a que ella se refiere, está claramente determinado por el nombre y situación, por los linderos, por el título a que lo adquirió el actor, (compra en remate público), y hasta por los propietarios a quienes antes perteneció. Y como la acción se concreta a la parte de este fundo determinado, en la que los demandados han construído casas de habitación y las que las están usufructando como dueños, es evidente que estos nuevos datos sirven para regularizar, distinguir o particularizar aquella parte del resto del fundo poseído por el actor y no por los demandados. Determinándose de este modo la parte de terreno reclamada, no era, pues, necesario designarla por sus linderos especiales; designación que habría sido imposible o por lo menos inoficiosa, ya que, tratándose de la parte integrante de un solo fundo, no podría expresarse otros límites que los mismos generales del todo, o, indeterminadamente, las demás partes del mismo fundo; 2º Los actos de construir habitaciones y usufructuar, o gozar de los productos del terreno (sólo el derecho de usufructo está definitivo por el Código Civil; pero usufructo, en general, significa también las utilidades o frutos que se sacan de cualquier cosa; distinción que cabe hacer también respecto del uso y habitación), son actos que constituyen, no sólo mera tenencia, sino verdadera posesión, puesto que la demanda expresa que los demandados los ejecutan titulándose dueños; 3º Aunque el actor, con los instrumentos públicos de fojas 1ª a 5, con los cuatro testigos que afirman el interrogatorio de fojas 48 vuelta, con los siete que afirman el de fojas 107, y los numerosos que contestan al de fojas 76, ha comprobado plenamente, respecto del fundo Mulanleo, los requisitos que exige el art. 880 del Código Civil, y aunque por esto no es aceptable la primera excepción; está comprobada la segunda; 4º En efecto, la prescripción extraordinaria está comprobada con los seis testigos que afirman el interrogatorio de fojas 64, y los testigos del actor, Apolinario Camino, José Santos Calisto y Rafael Soto, que contestan a las repreguntas de fojas 87; prueba que llena todos los requisitos que para dicha prescripción exigen los arts. 2492, incisos 1º, 2º y 3º y 2493 del Código Civil, puesto que los otros requisitos contenidos en los dos últimos números del citado art. 2492 son únicamente para el caso en que se pruebe la existencia de un título de mera tenencia: 5º No puede considerarse que la querella de despojo propuesta por Alegría Raza, en 1886, haya interrumpido la prescripción, ya por no constar que dicha querella versó sobre el mismo terreno ahora disputado, ya, principalmente, porque según el art. 2485, inciso 2º, del Código Civil, sólo la persona que entabló la acción pudo alegar la interrupción, lo cual está conforme también con el art. 326 del Código de enjuiciamientos civiles. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se absuelve a los demandados y se declara con lugar la prescripción extraordinaria alegada a fojas 16. Previénese al apoderado y defensor de los demandados que se abstengan de hacer uso de conceptos injuriosos contra la parte contraria, bajo apercibimiento legal. Sin costas.—*Rafael M. Darquea.—Víctor M. Garcés.*

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Noviembre 17 de 1909, las cuatro de la tarde.—Vistos: Si la acción reivindicatoria debe ejercerse respecto de una cosa singular, según los términos del art. 880 del Código Civil, es indispensable, para que ella sea admitida, individualizar, determinar de modo claro y preciso el objeto materia de la acción. En la deducida por Carlos Hidalgo Albornoz no fija la demanda los linderos del inmueble reclamado, ni la extensión de éste, circunstancia que hace imposible para el juez el hecho de resolver como legal la demanda y ordenar la consiguiente entrega del objeto disputado. No sólo se ha omitido fijar la linderación de la parte del inmueble sobre lo que versa la litis, sino aún la del fundo en su totalidad, ya que la simple referencia al hecho de haber obtenido el inmueble en remate, y la presentación del título, no pueden estimarse como la determinación exigida por la ley. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia venida en grado, y se declara improcedente la acción deducida por Carlos Hidalgo Albornoz. Sin costas. Devuélvanse.—*Gabriel Monge.—J. Velasco R.—F. J. Vallejo.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Marzo 27 de 1911, a las dos y media de la tarde.—Vistos: Por estimarse legales y arreglados a los méritos del proceso los fundamentos de la sentencia expedida por la Corte Superior de Riobamba, a fojas 218 del juicio seguido por Carlos Hidalgo Albornoz con José, Manuel y Pedro Quillagana, y otros, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, dicha sentencia. Devuélvanse.—*Manuel Montalvo.—P. Villagómez.—B. Albán Mestanza.—Vicente Enríquez A.—Luis Calisto M.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 110, pág. 875)

COMENTARIO

Por nuestra parte, nos adherimos de todo en todo al fallo de primera instancia.

Si es verdad que en la demanda debe determinarse e individualizarse la cosa reclamada, evidentísimo también que, si ella se refiere en cuanto a esos detalles a los títulos que la acompañan, queda suficientemente cumplido el precepto legal, porque, como muy bien dice aquel fallo, los títulos se incorporan en cierto modo en la demanda.

Por otra parte, hemos repetido ya que la omisión de las expresiones autoriza al juez para no admitir la demanda, y al demandado para objetarla por medio de excepción

dilatoria de oscuridad; mas no produce excepción perentoria, ni puede servir de fundamento para rechazar la demanda en definitiva. Si, pues, no se individualizó claramente la porción del terreno reclamado, el juez, que admitió y tramitó la demanda, deberá puntualizar en la sentencia cuál ha sido la porción discutida y a cuál de las partes pertenece efectivamente.

CASO 53

Se cumple el Nº 3º del art. 101, señalando aproximadamente, por medio de un máximo y un mínimo, la cantidad reclamada.

En el juicio Monroy-Ingenio Rocafuerte, por dinero, entre otras resoluciones, se expiden las siguientes: 1ª Que el número 3º del art. 99 del Código de Enjuiciamientos, tratando de cantidad, si requiere se la mencione, no precisa que se la determine y fije con toda exactitud matemática; 2ª Que por lo tanto, observado el número 4º del mismo artículo, basta, a ese respecto, que se enuncie lo menos y lo más que se demanda; para que así el demandado pueda proponer excepciones, como el Juez, vistas las pruebas, pueda condenar al respectivo pago.....

Transcribiremos sólo la parte pertinente al art. 101; pues posteriormente tendremos nueva ocasión de ocuparnos en estos importantes fallos.

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, 13 de Mayo de 1913; las cuatro y media de la tarde.—Vistos: Con el carácter de procurador de los Antiguos Establecimientos Cail de París, Eugenio Astier demandó a la sociedad agrícola denominada Ingenio Rocafuerte y por ésta a sus representantes legales, doctores A. L. Yerovi y Lorenzo R. Peña y señores Federico Pidoux y Lazard Cahen, el pago de cantidad de sucres provenientes, según aseguró el actor, de la venta de materiales de fábrica para la elaboración de azúcar y destilación de aguardientes; el de los intereses pactados; el cambio de moneda y las costas del juicio. Quedó fijada la cuantía de la demanda en la cantidad de diez y seis a veinte mil sucres. Los socios Peña, Cahen y Yerovi, contestaron de un modo absolutamente negativo; expresando que la sociedad Ingenio Rocafuerte no había celebrado ningún contrato con la compañía demandante y, de consiguiente, que nada le debía.....

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 30 de Marzo de 1916, a las tres de la tarde.—Vistos: De las demandas de fs. 1 y 12, fundadas en que el "Ingenio Rocafuerte" debe, por el valor de materiales de fábrica de elaboración de azúcar y destilación de aguardiente, una cantidad de dinero, la primera exige por capital, cambio de moneda e intereses pactados, el pago de una suma que, según la cuantía fijada, siendo mayor de diez y seis mil sucres, no excede de veinte mil; y la segunda, solicita, en general, el pago de más de doce mil sucres que el expresado Ingenio, dice, debe a los "Antiguos Establecimientos Cail" de París. Contestóse las demandas, a fs. 8 y 25, negándolas de modo absoluto; y afirmado, a fs. 8, que la sociedad demandada, por no haber celebrado ningún contrato con la demandante, nada le debe. En la propia contestación, el "Ingenio Rocafuerte" reconviene a los "Antiguos Establecimientos Cail", por cien mil sucres, valor de los perjuicios causados, por estos, con motivo del secuestro del sobredicho Ingenio; y Eugenio Astier negó, a fs. 33, asimismo de modo absoluto, la reconvención. Trabada así la litis, en orden a las demandas principales se considera: 1º, ninguna de estas señala, cierto, la cantidad fija, determinada cuyo pago se pide por capital, intereses y cambio; pero, si se atiende, ora a que la primera, al expresar la cuantía, dice que lo debido por el "Ingenio Rocafuerte" monta a una cantidad mayor de diez y seis mil sucres, no de veinte mil, ora a que la segunda reclama el pago de más de doce mil sucres, no puede aceptarse, por falta de esa determinación, lo alegado, a fs. 967-972, acerca de la improcedencia de las demandas. En cualquiera de las expresiones usadas en ellas, se encuentra cumplido el número tercero del art. 99 del Código de Enjuiciamientos, el que, tratándose de cantidad, si requiere se la mencione, no precisa, por ello, el que se la determine y fije con toda exactitud matemática; y, por lo tanto, observando el Nº 4º del mismo artículo, basta, a ese recpecto, que se enuncie lo menos y lo más que se demanda, para que así el demandado pueda proponer excepciones, como el juez, vistas las pruebas, pueda condenar al respectivo pago..... ...

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 117, pág. 2170)

COMENTARIO

Muy legal y correcta nos parece la doctrina de estos fallos respecto de que, tal como se propuso la demanda, quedó suficientemente cumplido el Nº 3º del art. 101; y nos limitaremos a observar que las objeciones y argumentos que, según parece, se hicieron en tercera instancia, respecto de ser improcedente la demanda por no haberse expresado la cantidad reclamada, fueron, no sólo infundados, por la razón aducida en el fallo, sino también extemporáneos, y, por esta razón más, improcedentes; porque, como ya hemos dicho tantas veces, el demandado puede objetar el incumplimiento del art. 101, por medio de excepción dilatoria de oscuridad de la demanda, mas no cuando, admitida por él la discusión sobre el fondo del asunto, ha llegado la causa al estado de sentencia. Prop. 377.

CASO 54

En la demanda de perjuicios debe determinarse en qué consistan éstos.

En el juicio del doctor Alberto Burneo contra don José Miguel Burneo, por rendición de cuentas, se resuelve, entre otras cosas:

5ª Que a pedirse, por el pupilo, de un modo general, indemnización de perjuicios, sin determinar la cantidad que se demanda, ni la causa o razón concreta con que se reclama, no puede trabarse la litis, dada la imposibilidad del reo para contestar tal demanda; y, por tanto, ni pueden producirse pruebas, por falta de hechos concretos de que se hubiesen originado los perjuicios, ni pronunciarse sentencia ordenando el pago de los no determinados ni comprobados;.... ...

Cuando estudiemos el juicio de cuentas, trascribiremos íntegramente los fallos relativos a este complejo asunto. Por ahora, nos limitaremos a la parte relacionada con la demanda de perjuicios.

En la sentencia de primera instancia se dice:

No se hace responsable de perjuicios al señor Burneo, porque todavía no se sabe si dará o no verdadera cuenta de su administración, exhibiendo el inventario correspondiente y dando a conocer sus actos administrativos; y si de las cuentas, tiene que desprenderse el dolo o culpa grave en la administración, es necesario concluir que no es llegado el tiempo de ordenar el pago de perjuicios ....

En la de segunda instancia:

La tercera acción de indemnización de perjuicios por omisión de los deberes de su cargo, no es improcedente, como lo asegura el inferior, porque, declarada por la ley la obligación de rendir la cuenta a la expiración del cargo, la falta en el cumplimiento de este deber constituyó en mora al ex guardador, señor José Miguel Burneo (art. 1541 de id.), mora que hace responsable al que ha

incurrido en ella, a la indemnización de perjuicios que deben estimarse conforme a lo dispuesto en la parte final del párrafo primero del art. 1546 del mismo Código ... .

En la de tercera instancia:

En cuanto a la reclamación sobre perjuicios, se observa, en primer lugar, que la demanda no reune todos los requisitos que exige el art. 99 del Código de enjuiciamientos en materia civil, para que pueda ser estimada como procedente. Se pide en ella de un modo general, indemnización de perjuicios, por culpa grave, haciéndose consistir esa culpa en la descuidada administración del guardador y la omisión de los deberes de su cargo; pero no se determina la cantidad que se demanda, ni la causa o razón concreta con que se reclama, esto es, las pérdidas y daños causados al pupilo por culpa del guardador. Faltando estas determinaciones, no ha podido trabarse la litis, dada la imposibilidad del reo para contestar tal demanda, ni han podido producirse pruebas por falta de hechos concretos de que se hubieren originado los perjuicios, únicos sobre los que ellas debían recaer, ni pronunciarse sentencia ordenando el pago de perjuicios no determinados ni comprobados, y menos todavía designarse bases para la liquidación, ya que sin pruebas concretas es imposible tal designación. ....

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 71, pág. 1802)

COMENTARIO

La demanda en que se reclaman perjuicios, sin determinarlos, no cumple el art. 101; no es clara. Pero si no se la objeta por esto, oportunamente, y llega al estado de sentencia, el juez debe fallar sobre ella y admitirla en cuanto esté comprobada. Por falta de prueba de los perjuicios —que no por falta de determinación de ellos en la demanda—puede el juez rechazar la reclamación en la sentencia.

La práctica de algunos jueces—seguida en este caso en el fallo de segunda instancia—de aceptar la reclamación de perjuicios, sólo porque la ley establece la obligación de pagarlos, reservando para el juicio verbal sumario posterior la prueba de que realmente hubo perjuicios, es también injurídica. Para el juicio verbal puede dejarse el *cómputo* de los perjuicios, la *liquidación*, mas no la prueba de los hechos mismos en que los perjuicios consisten; salvo los casos en que, por la naturaleza del juicio, pueda caber otra cosa (1). Volveremos a tratar de este punto, al estudiar el art. 324.

(1) V. gr. en los juicios posesorios, en los incidentes de falsa personería, etc.

CASO 55

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

En el juicio Játiva Salgar-Cabezas, sobre disolución de una solicitud, se resuelve: 1º Que es inadmisible la acción resolutoria de una sociedad, propuesta por no haber cumplido un socio varias obligaciones; ya que es necesario determinar la causa o motivo de la acción, como lo previene el art. 101 del Código de Enjuiciamiento en lo Civil; 2º Que la falta de cumplimiento de los deberes de un socio, autoriza a los demás para pedir la disolución de la sociedad, o la remoción del socio administrador, o la indemnización de perjuicios; pero no la resolución del contrato de sociedad.

PRIMERA INSTANCIA

Ibarra, 15 de Diciembre de 1899, las doce m.—Vistos: Lo sustancial en esta causa es saber si el señor Játiva Salgar ha tenido derecho para entablar la demanda por sí solo, o, más claro, si su personería única era suficiente para iniciar y continuar el presente juicio. Consta en la claúsula 5ª de la escritura de fs. 26, 27 y 28, que el señor Játiva Salgar confirió al señor Héctor Eladio Almeida todos los derechos y acciones que le correspondían a Játiva Salgar como consocio con el señor doctor Cabezas, y que, por lo mismo, le confirió, además, la administración del fundo. Esto ha sucedido dos años antes de iniciar la actual demanda; y no hay constancia de que se hubiese rescindido o terminado de cualquier otro modo ese contrato que radicó, dirémoslo así, en el señor Almeida toda la personería del señor Játiva Salgar, en relación a la sociedad con el doctor Cabezas. Así es que la entidad social o la personería moral de la sociedad llegaron a constituír o formar los señores Almeida y Cabezas, desapareciendo la del señor Játiva mientras subsista en vigor ese contrato. Luego, pues, era el señor Almeida y no el señor Játiva quien podía proponer la resolución de la sociedad. Además, y si no valiera este fundamento, esto es, si no fuera evidente la concesión a Almeida de todos los derechos y acciones de Játiva, tendríamos que, por el hecho de haberse formado sociedad entre ellos en la parte correspondiente a Játiva, se confundió la personería de éste con la del señor Almeida, para formar otra personería distinta de la de cada uno en particular, de modo que esa acción social, en esa parte, ya no reconocía como dueño sólo a Játiva o sólo a Almeida, sino a la entidad moral que llegaron a formar. Luego, pues, esa entidad moral de los dos era la que tenía derecho para pedir la resolución de la sociedad con el señor doctor Cabezas; y porque no era *actora* en el pleito esa persona moral, fue que no se estuvo en el caso de pedir absoluciones al señor Almeida, como

legalmente se resolvió a fs. 33 vuelta. Como todo esto dice relación a lo principal y fundamental del juicio, no hay para qué tratar de lo secundario. Por tanto. *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declara sin lugar la demanda. Sin costas.—*Mario Severo de Lara.—Víctor G. Jurado.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Diciembre 10 de 1902; las tres p. m.—Vistos: El contrato de sociedad no está sujeto a la resolución prescrita por el art. 1479 del Código, Civil; pues, según los arts. 2088 y 2095 del mismo Código, la falta de cumplimiento de los deberes de un socio da lugar a la disolución o a la renuncia motivada, conceptos esencialmente diversos de la resolución. Es, por lo mismo, improcedente la primera acción de las deducidas en la demanda de fs. 7. Por la misma razón, tampoco se puede obligar al socio a la inspección de los trabajos sociales, aunque a hacerlo en junta del otro socio se haya comprometido expresamente en el contrato, puesto que, siendo ese deber uno de los aspectos del de administración común, que, salvo estipulación contraria, lleva anexo todo contrato de sociedad, es precisamente la falta de su cumplimiento, lo que puede determinar la renuncia del otro socio, conforme al ya citado art. 2095, pero sin concederle derecho para compeler a la ejecución de lo pactado. Por último, no se ha comprobado la existencia de perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa de no haber inspeccionado el doctor Cabezas el fundo a que se refiere la sociedad con el actor. Por estas razones, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley*, se confirma, con costas, la sentencia apelada. Devuélvase.—*Manuel R. Balarezo.—A. Pachano.—José L. Román.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 4 de 1903, a las doce y media.—Vistos: Es inadmisible la acción resolutoria intentada a fs. 7, porque la demanda, al expresar que el doctor Cabezas *no ha cumplido varias de sus obligaciones*, no determinan ninguna causa, menos un motivo que pudiera dar fundamento legal a la resolución, contraviniendo así a lo prescrito en el art. 101 del Código de enjuiciamientos en materia civil. También es inadmisible la acción subsidaria, porque, a faltar uno de los socios al cumplimiento de sus deberes en orden a los actos de administración, ello daría derecho para pedir, según el caso, bien que se declare disuelta la sociedad, bien que se remueva al socio administrador, bien que se indemnicen los perjuicios. Por tanto *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la sentencia recurrida. Devuélvanse.—*Manuel B. Cueva.—Manuel Montalvo.—B. Albán Mestanza.—Leopoldo Pino. — Francisco Andrade Marín.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 11, pág. 87)

COMENTARIO

Creemos que, efectivamente, la demanda resolutoria fundada simplemente en no haber cumplido el demandado varias de sus obligaciones, sin determinar cuales sean éstas, no cumple debidamente con el Nº 4º del art. 101. Mas esa omisión o deficiencia podía dar lugar, en nuestro concepto, como ya hemos repetido, bien a que el juez devolviese la demanda al actor, absteniéndose de darle curso, bien a la correspondiente excepción dilatoria; como expusimos al explicar la prop. 377; no al rechazo de la demanda en la sentencia. Si el juez admite la demanda, es porque la cree suficientemente clara, porque entiende lo que ella dice y lo que él deberá sentenciar; y si el demandado no alega la oscuridad, manifiesta también que entiende la demanda y sabe sobre qué punto se discute y deberá versar la sentencia. Y si así continúa la causa y llega al estado de sentencia, el juez no puede menos que fallar sobre lo principal, aplicando las reglas y principios generales de interpretación, para fijar el sentido y alcance de la demanda.

En otros términos: la oscuridad no es excepción perentoria, y no puede servir para repeler la acción. Muy menos puede servir para que el juez la rechace de oficio.

En lo demás del fallo no nos incumbe ocuparnos.

CASO 56

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

En el juicio Figueroa-Guallasamín, sobre devolución de un documento, se declara: Que no es aceptable la demanda en que se exige la entrega de un documento, cuando no se expresa en ella el dereeho con que se exige del reo tal entrega.

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Junio 3 de 1901, las ocho a. m.—Vistos: El señor J. Luis Clavijo, procurador sustituto de Manuel Figueroa, en representación de Darío y Vicente Figueroa, dedujo a fojas tres demanda contra Pío Guallasamín por devolución de un documento otorgado por Juan Torcuato, importe de setecientos pesos, a favor de Leonardo Figueroa, cuyo albacea se aseguró que era el reo; o, en su defecto, el valor ya determinado. Aquel contestó, a

fojas 6, dentro del término prorrogado, oponiendo estas excepciones: 1ª No estar obligado a entregar el documento, por no habérselo dado persona alguna con el cargo de devolvérselo; y 2ª Haber transcurrido el tiempo de diez años, y que, por lo mismo, se hallaba prescrita la obligación. Negó también el valor preciso del referido documento y las condiciones de él. Esto supuesto, se considera: que aun cuando se hubiese justificado la circunstancia de ser albacea el demandado, el actor no ha rendido otra prueba que la confesión dada por Pío Guallasamín, y cuya copia obra a fojas 10 y 11, de la misma que consta ser solicitada ante el señor Alcalde 3º Municipal, en calidad de diligencia preparatoria, por Ricardo Mosquera V. Tal prueba no puede tomarse en cuenta, por ser actuada ante una autoridad diversa de la que conoce esta causa. Por esto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se absuelve a Pío Guallasamín de la demanda de fojas tres. Sin costas.—*B. Reyes.—Manuel M. Naranjo.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Julio 12 de 1902, las dos p. m.—Vistos: La concesión del segundo término probatorio, hecha por error, en el decreto de fojas 52, no puede causar la nulidad del proceso por no constituir omisión de ninguna formalidad sustancial; pero no siendo legal tal concesión, lo actuado como prueba, en dicho segundo término, no tiene valor, ni por lo mismo no se toma en consideración para este fallo. Cuanto al punto de la controversia se considera: Que demandado Pío Guallasamín, en su carácter de albacea, para la devolución del documento indicado en la demanda de fojas tres, y, en subsidio, por el pago de setecientos pesos expresados en aquel, contesta, a fojas seis, proponiendo varias excepciones, cuyo supuesto es haber tenido el demandado dicho documento, el cual, dice, lo perdió. De tales excepciones, la primera es improcedente; la segunda prescripción, ilegal; y, la tercera, negativa del valor del documento, puso al actor en la obligación de demostrarlo. Planteada la cuestión en tales términos, las confesiones de Guallasamín, de fojas 10 y 11, ratificadas en esta instancia, a fojas 29 y 30, juntamente con las contenidas en su contestación a la demanda, establecen su obligación de restituir el documento exigido por los actores; ya que el reo no ha probado la pérdida alegada, y puesto que, como albacea, es responsable hasta de culpa leve, según el art. 1289 del Código Civil. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia del inferior y se acepta la demanda, en cuanto a la devolución del documento en ella indicado. Devuélvase.—*Pablo A. Vásconez.—D. Román.—José L. Román.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 27 de 1903, a las doce y media de la tarde.—Vistos: Como los actores, contraviniendo a lo preceptuado en el Nº 4º del art. 101 del Código de enjuiciamientos civiles, no han expresado en la demanda el derecho con que exigen del reo la entrega del documento a que se refieren las acciones en ella deducidas; *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia de que se ha recurrido, y se declara sin lugar la antedicha demanda. Sin costas. Devuélvanse.—*Manuel B. Cueva. -Manuel Montalvo.—B. Albán Mestanza.—Leopoldo Pino.—Francisco Andrade Marín.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 13, pág. 104)

COMENTARIO

La demanda en que no se expresa la causa o derecho con que se reclama, contraviene efectivamente al art. 101, Nº 4º; mas esa omisión no produce, en nuestro concepto, *excepción perentoria*, ni puede servir de fundamento para rechazar, por sólo eso, la demanda, como ya lo hemos observado muchas veces, al tratar de la prop. 377 y al comentar los casos precedentes.

CASO 57

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

En el juicio Municipalidad de Guayaquil-Ochoa B., sobre reivindicación de terrenos, se resuelve: 1º Que al deducirse acción reivindicatoria, alegado el dominio, no es necesario expresar el modo como se lo hubiese adquirido; y 2º Que, por lo tanto, es inadmisible la excepción de oscuridad de libelo, fundada en el motivo expresado en el número anterior.

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Julio 7 de 1915, las tres p. m.—Vistos: En la demanda de fojas 3 se han llenado estrictamente todos los requisitos establecidos en el art. 99 del Código de enjuiciamientos civiles; pues, además de cumplirse lo preceptuado en los numerales 1º, 2º y 3º de la aludida disposición legal, se ha expresado la causa, razón o derecho con que se reclama, desde que el Procurador Síndico Municipal manifiesta claramente en dicho libelo que propone demanda reivindicatoria contra Víctor Ochoa B., por los cuatrocientos treinta y cuatro metros cuadrados de terreno que son de la exclusiva propiedad de la Ilustre Municipalidad de Guayaquil, lo que constituye la causa de la acción real que se ha propuesto, y suficiente, atenta su naturaleza, para que se tenga por

cumplido el numeral 4º del susodicho art. 99 del Código de enjuiciamientos. Por tales fundamentos. se declara sin lugar la excepción del libelo oscuro propuesta por el demandado Ochoa. Con costas.—*Ferruzola M.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Setiembre 17 de 1915, las cuatro y media de la tarde.—Vistos: Por estimarse legal el auto subido en grado se lo confirma con costas.—*Gómez Rendón.—Maldonado.—Paz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 12 de 1916, a las tres y media de la tarde.—Vistos: Según el art. 99 del Código de enjuiciamientos en materia civil, al deducir acción reiviudicatoria, alegado el dominio, no es necesario expresar el modo como se le hubiese adquirido. Es, por lo tanto, legal el auto de la Corte de Guayaquil, por lo que se lo confirma con costas. Legalizado este papel, devuélvanse.—*Cárdenas.—Cueva —Andrade Marín.—Pino.—Páez.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 129, pág. 2268)

COMENTARIO

En este caso se ha discutido, como debía discutirse, esto es, como excepción dilatoria de oscuridad, la cuestión de la omisión de las expresiones del art. 101. Lo cual manifiesta que, en concepto de los mismos tribunales, esas omisiones no dan lugar a excepción perentoria, ni son puntos que se puedan reservar para la sentencia.

Por lo demás, como comentario a la doctrina de este fallo, es decir, por lo tocante a la doctrina sobre la necesidad de la expresión de la causa del dominio, nos referimos a lo dicho respecto de la prop. 376.

CASO 58

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

En el juicio "Municipalidad de Loja–Witt", por cumplimiento de un contrato, se resuelve: 1º Que, para demandar el que se declare la responsabilidad de un empresario, en los casos del art. 1995, Nº 3º, del Código Civil, es necesario se determine el vicio o vicios en virtud de los cuales el edificio ha perecido o amenaza ruina; 2º Que, a no hacerse esa determinación, la demanda, por indeterminada respecto de los motivos que originan la responsabilidad del empresario, es demanda oscura; y 3º Que, deducida, en el caso, la excepción de oscuridad de libelo, debe admitírsela.

PRIMERA INSTANCIA

Loja, Julio 23 de 1917, a las tres de la tarde.—Vistos: La demanda del Concejo Municipal de Loja contra el empresario señor Enrique A. Witt, por la reconstrucción del puente del Cementerio y la reparación del de la Victoria, reune los requisitos especificados en el art. 99 del Código de enjuiciamientos en materia civil. Por tanto, no ha lugar a la excepción de oscuridad de libelo, y se ordena que el demandado conteste la demanda en lo principal dentro de tres días. Después se determinará el valor del papel que ha de usarse en esta litis.—*Palacios.*

SEGUNDA INSTANCIA

Loja, a los veinte y ocho días del mes de Setiembre de 1917, a las tres y media de la tarde.—Vistos: Examinada atentamente la demanda propuesta por el señor doctor Guillermo Muñoz, Procurador Síndico Municipal, contra el señor Enrique A. Witt, por la reconstrucción y reparación de unos puentes, se viene en conocimiento de que dicha demanda está arreglada a las prescripciones del art. 99 del Código de enjuiciamientos civiles. Por esta causa se confirma en todas sus partes el auto que ha subido en apelación. Con costas. Devuélvanse.—*Mora.—Valdivieso.—Valdivieso G,*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 13 de 1918, a las tres de la tarde.—Vistos: La demanda pretende el que, por lo dispuesto en el art. 1995, Nº 3º, del Código Civil, se declare la responsabilidad del demandado, para los efectos de la reconstrucción y reparación de los puentes a que se refieren los contratos de fojas 1–11; y como son varios los motivos por los cuales surte esa responsabilidad, la demanda, para ser clara, debe determinar cuál o cuáles de los vicios expresados en el propio artículo, han causado la caída del puente sobre el río Malacatos y los daños del sobre los ríos Uchina y Chamba. Sin esa determinación, el demandado no podría deducir, con precisión, las excepciones, ni el juez conocer, con exactitud, los puntos de la traba de la litis; y es, por lo tanto, admisible, por falta de la mencionada determinación, la excepción propuesta a fojas 15. En esta virtud, revocado el auto recurrido, se declara que el demandante está en el caso de señalar el vicio o vicios de construcción en que la demanda se funda. Devuélvanse.—*Pino.—Cárdenas.—Peñaherrera.—Albán Mestanza.—Páez.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 225, pág. 3035)

COMENTARIO

Nada tenemos que observar en cuanto a este fallo; pues la doctrina es la misma que hemos explicado y sostenido. Debe determinarse claramente en la demanda el hecho constitutivo de la obligación o responsabilidad; y la omisión da lugar a excepción dilatoria de oscuridad. Prop. 376.

CASO 59

Indicación de la causa en juicio de cuentas, o sea de la calidad en que el demandado ha ejercido la administración.

En el juicio promovido por Leopoldo Valencia contra Leonidas Ponce, sobre cuentas, se resuelve: Que no es oscura la demanda de rendición de cuentas, por falta de expresión de la calidad en que el demandado ha administrado bienes ajenos.

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 30 de 1910, a las dos de la tarde.—Vistos: En la demanda se asegura que el señor Ponce ha administrado los bienes del señor Valencia, en los negocios que éste celebró con los señores Donoso y Garzón sobre compra y venta de ganado; pero no se expresa en qué calidad se confirió al señor Ponce esa administración; cosa que debió expresarse para que el demandado pudiera allanarse o contradecir la demanda, ya que las excepciones que pudieran oponerse, varían según los fundamentos de la acción, y las cuentas mismas difieren entre sí, según sea la calidad con que se rindan. Resulta, pues, que no se ha cumplido con lo que ordena el Nº 4º del art. 99 del Código de enjuiciamientos civiles; y que, por lo mismo, es procedente la dilatoria opuesta a fojas 2. En esta virtud, se acepta dicha dilatoria, y se ordena que el actor determine en qué calidad el demandado ha administrado los bienes del demandante. Sin costas.—*Moscoso.—Salazar.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Mayo 3 de 1911, las cuatro p. m.—Vistos: Leopoldo Valencia, a fojas 1ª, demanda a Leonidas Ponce, la rendición de las cuentas relativas a la administración de bienes del actor, en los negocios de compra y venta de ganado detallados en el primer parrágrafo de este libelo. Y aunque el actor no expresa la calidad técnico-jurídica que revistió Ponce en su intervención de esos negocios, como las partes no están obligadas a hacer tal calificación precisa, la demanda no es oscura por sólo tal omisión, ya que están puntualizados en ella los hechos en que se apoya, en

conformidad con las reglas del art. 99 del Código de enjuiciamientos civiles. Y como, por otra parte, es terminante la disposición del art. 711 del citado Código, que no exige sino el hecho genérico de administración de bienes ajenos, hecho aseverado por el actor, la excepción de fojas 2 es infundada. Por tanto, se revoca, sin costas, el auto venido en grado. Devuélvase. — *Villacreses. — Román. — Durán.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 1º de 1911, a las tres de la tarde.—Vistos: El auto que ha expedido la Primera Sala de la Corte Superior de Quito, a fojas 26 de la causa entre Leopoldo Valencia y Leonidas Ponce, por cuentas, es legal; y se lo confirma, con costas. Devuélvanse.— *Villagómez.—Montalvo.—Albán Mestanza.— Cárdenas. — Uquillas.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 119, pág. 946)

COMENTARIO

Aquí vemos también que, como en el caso precedente, la omisión, real o supuesta, de la causa de la obligación, se ha discutido o fallado como excepción dilatoria, es decir, como debe discutirse siempre cualquiera omisión de las expresiones del art. 101. Y como aquello que, por su naturaleza, es excepción dilatoria, no puede ser, a la vez, perentoria, síguese que, si la controversia se traba sobre lo principal y llega la causa al estado de sentencia, ya no es tiempo ni ocasión de considerar tales omisiones, ni en ellas puede fundarse el juez para rechazar la demanda.

Por lo demás, con respecto al caso concreto, justa nos parece la observación de que no puede tacharse de oscura la demanda, por no expresar el actor la calidad *técnico-jurídica* del acto constitutivo de su derecho.

CASO 60

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

En el juicio ejecutivo seguido por José Antonio Merchán contra Benjamín Lozano y Eduardo Ordóñez, por suma de sucres, se resuelve: Que, cuando la causa de la obligación que se exigue en el juicio, resultare falsa; para resolver sobre la dicha obligación se debe tomar en cuenta la verdadera demostración en el propio juicio.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 4 de 1908, a las dos y media de la tarde.—Vistos: El documento en que la demanda se funda, según de él aparece, tiene causa, a saber, el hecho de deber el otorgante a Merchán la cantidad de dinero por la que ha sido otorgado; pero hase puesto de manifiesto en el juicio, mediante las pruebas rendidas: 1º Que esa causa es falsa, porque si bien el doctor José Jaime Zamora debía a Merchán una cantidad mayor, nunca le fue deudor de aquella que en el documento se hizo constar: 2º. Que la verdadera causa para otorgarlo—la de facilitar un arreglo entre los dos, del cual resultase pagado con el documento, siquiera en la cantidad que expresa, la mayor de que se ha hecho mención—desapareció, porque dicho arreglo no llegó a efectuarse; y 3º. Que, por esto mismo de no haberse realizado, Merchán ha tratado de hacer efectivo, en otro juicio, el pago de esa mayor cantidad. En virtud de lo expuesto, y considerando que la fianza no puede existir independientemente de la obligación principal; *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la sentencia de que se ha recurrido, expedida por la Corte Superior de Cuenca.—*P. Villagómez.—Manuel Montalvo.—A. Cárdenas.—B. Albán Mestanza.—Ramón Ojeda V.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 45, pág. 356)

COMENTARIO

Esta doctrina es la misma que hemos expuesto al desarrollar la prop. 376.

CASO 61

Si en la cuestión de propiedad, controvertida en juicio de deslinde, se declara improcedente para el actor la prescripción, por no haberla alegado en la demanda, se la puede alegar y admitir en un juicio posterior de cerramiento, basado en la sentencia de deslinde, aunque de ello resulte quedar insubsistente o sin efecto dicha sentencia.

Esta importante y compleja cuestión se dilucidó ampliamente en los extensos fallos y votos salvados y más aún en los alegatos de los dos juicios que siguieron los señores Alejandro Chiriboga y Heliodoro Dávalos.

Los fallos, los votos salvados y los alegatos se publicaron en el Nº 78 de la Revista Forense; y como la cuestión atañe más directamente a las materias de la cosa juzgada y de los juicios de deslinde y cerramiento, la reservamos para cuando nos ocupemos en dichas materias.

Recomendamos, empero, a los jóvenes y demás aficionados el estudio de ese número de la Revista, tanto más interesante, cuanto, si bien nosotros, en defensa del señor Chiriboga, sostuvimos la tesis afirmativa con el más íntimo convencimiento y en conformidad a la doctrina que siempre hemos admitido y sostenido en la Cátedra y en el foro, el éxito favorable lo obtuvimos en tercera instancia por tres votos contra dos, después de que cada parte había obtenido en las instancias anteriores, un fallo a su favor. Por manera que no puede decirse que esté todavía firmemente establecida la jurisprudencia en orden a esta cuestión.

Los fallos constan también en la Gaceta Judicial, Serie Cuarta, Nros. 102-103, pág. 817.

CASO 62

Modificación de la demanda por razón de la causa o de la cantidad.—Renacimiento del término de las excepciones dilatorias.

En el juicio Municipalidad de Guayaquil-Gutiérrez, sobre reivindicación de un terreno, se resuelve: 1º Que el actor modifica la demanda cuando, con posterioridad a ésta, determina la causa del dominio alegado y aumenta la cuantía del juicio; 2º Que, por lo tanto, el demandado puede deducir excepciones dilatorias, dentro del término legal, después de modificada la demanda; y 3º Que, al presentarse el escrito de modificación antes de contestarse la demanda, el actor está exonerado del pago de las costas reclamadas con motivo de la modificación.

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Mayo 10 de 1915, las dos p. m.— Vistos: No habiéndose modificado la demanda de fojas 1, en ninguno de los requisitos exigidos por el art. 99 del Código de enjuiciamientos en materia civil, sino únicamente en la parte de los linderos del terreno cuya reivindicación se ha pedido, en la manera como adquirió en propiedad la Ilustre Municipalidad y la cuantía del juicio; se declara sin lugar por extemporánea la excepción dilatoria de oscuridad de libelo que ha propuesto la parte demandada en su escrito de fojas 29. Con costas. Asi mismo se declara sin lugar el pago de las costas causadas hasta la presentación de la modificación de la demanda, por cuanto las ocasionadas hasta esta fecha, han sido por los incidentes de abandonos de la causa promovidos

por el mismo demandado, como consta de autos. En lo principal se dispone que conteste la demanda el demandado en el término que para ello le queda. —Cítese al defensor del Fisco tal como lo solicita la parte contraria.—*Ferrusola M.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, 29 de Julio de 1915, las cuatro p. m.—Vistos: La demanda de fojas 1 reune los requisitos exigidos en el art. 99 del Código de enjuiciamientos civiles, y es suficientemente clara, pues expresa que la raíz materia de la reivindicación mide veinte hectáreas, más o menos, como comprendidas dentro de los linderos expresados en el primer acápite, del aludido escrito; manifiesta, en el segundo acápite, que la razón que asiste a la Municipalidad para deducir la acción es su derecho de dominio en el aludido terreno, y designa, por último, la cuantía de la demanda, fijándola en veinticinco mil sucres. La solicitud de fojas 26, aún cuando el actor ha dicho en ella que modifica la demanda, en realidad de verdad no contiene tal modificación, pues se concreta puramente a expresar que el dominio alegado por la Municipalidad proviene de la compra hecha al Banco de Crédito Hipotecario, y a fijar los linderos de lo adquirido a ese título; y como las antedichas designaciones y fijación en nada alteran, ni lo que es materia de la reivindicación, ni el derecho en que el actor funda su acción, no ha sido modificada la demanda; pues tampoco constituye modificación la circunstancia de que en la aludida solicitud de fojas 26 se diga que se fija la cuantía en treinta mil sucres, porque, rija esta, ya la fijada en la solicitud de fojas 1, esto en nada influye para que se alteren la competencia del juez de la causa, ni lo relativo a las instancias de que ella es susceptible. Por lo expulesto, y de acuerdo con lo prescrito en el art. 391 del precitado Código de enjuiciamientos civiles, se confirma el auto apelado. Con costas. Devuélvanse.—*Castro.—Pólit.—Cisneros G.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 26 de 1916, a las dos de la tarde.—Vistos: El escrito de fojas 26, así al determinar la causa del dominio alegado por la Municipalidad como al aumentar la cuantía del juicio, contiene una verdadera modificación de la demanda de la foja primera; y, por lo tanto, siendo, como es, legal, el decreto de fojas 27, el demandado bien pudo deducir excepciones dilatorias, dentro de tres días contados desde la última notificación de fojas 28. Mas, propuesta la de oscuridad de la demanda, para resolverla, se debe considerar lo expuesto en los escritos de fojas 1 y 26; y, dada la manera como el primero señala el terreno sobre que versa la acción reivindicatoria, no menos que la declaración de que él se halla comprendido dentro de los límites de los designados en el segundo de dichos escritos, se conoce, claramente, que, con todo de lo expresado a fojas 26, la referida acción se contrae al terreno

que se menciona y delimita a fojas primera. En esta virtud, se confirma, con costas, el auto recurrido, en cuanto deniega la excepción de oscuridad; y, por haberse presentado el escrito de fojas 26 antes de contestada la demanda, se lo confirma, igualmente, en la parte que exonera al Municipio del pago de las costas reclamadas con motivo de la modificación hecha en el propio escrito. Devuélvanse.— *Escudero.—Cárdenas.— Cueva.— Andrade Marín.—Pino.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 132, pág. 2292)

COMENTARIO

Si en la acción real primitiva no se ha determinado la causa del derecho, y después se la determina, es evidente que se modifica la acción; y, modificada, debe corrérsele nuevo traslado al demandado, y éste tiene derecho de deducir excepciones dilatorias, como si se comenzase recién el juicio.

Por la misma razón, creemos que, si por medio de la demanda ha querido el actor interrumpir una prescripción, la fecha de la interrupción será la de la citación hecha al demandado con la demanda modificatoria. (Así lo venimos sosteniendo, con buen éxito, en la causa del señor Gabriel Sarasti y el Síndico del Concurso de Francisco Chiriboga Dávalos contra nuestros clientes los señores Alvarez).

Véase lo expuesto en el mismo sentido, en orden a la prop. 380.

CASO 63

Modificación objetiva de la demanda, en virtud de alteración de la cantidad reclamada.

En el juicio seguido por el doctor Juan J. Paz y Miño contra don Francisco J. Albornoz, sobre aprobación de una cuenta, se establece: Que hay modificación a la demanda cuando, sin cambiar la naturaleza de ésta, se altera el saldo de la cuenta a que ella se refiere; y que el juez debe cumplir, en tal supuesto, lo preceptuado en el art. 102, inciso 2º, del Código de Enj. Civil.

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Mayo 13 de 1898, la una.—Vistos: No obstante que la rectificación de fojas 48 no implica modificación de demanda, se dio traslado al doctor Balarezo, a fin de que tuviera conocimiento

de dicha rectificación. En el estado de la causa, no hay razón para volver a oír al doctor Balarezo, ni menos motivo para condenar en costas al doctor Paz y Miño. Con los escritos de fojas 36, 42 y 48 está suficientemente trabada la litis; y por haber hechos justificables, se recibe la causa a prueba por veinte días comunes y con todos cargos. El doctor Balarezo legitimará oportunamente su personería.—*Casares.*—*Pino.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Marzo 13 de 1899, la una.—Vistos: El auto del cual se ha recurrido, se halla arreglado a las disposiciones legales y a los méritos del proceso. Por tanto, se confirma, con las costas de esta instancia. Devuélvase.—*Peñaherrera.*—*Villacreses.*—*Villagómez.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 24 de 1901, las tres de la tarde.—Vistos: El escrito de fojas 45 contiene verdadera modificación a la demanda, pues, sin cambiar su naturaleza, la altera en el saldo de la cuenta a que ella se refiere; y por lo mismo, el juez de primera instancia, no podía aceptarla sin que se cumpliese previamente con lo dispuesto en el art. 102, inciso 2º, del Código de enjuiciamientos civiles. Por tanto, se revoca el auto de que se ha rrecurrido, y se dispone que el preindicado juez proceda de conformidad con el artículo citado. Devuélvanse.—*Albán Mestanza.*—*Espinosa de los Monteros.*—*Montalvo.*—*Cárdenas.*—*Páez.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 41, pág. 324)

COMENTARIO

El incumplimiento del art. 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de que tan a menudo tenemos que lamentarnos, no permite conocer en este caso en qué consistió la demanda principal y en qué la modificación; mas, por el contexto, se puede suponer que aquélla versó sobre la revisión o aprobación de alguna cuenta, y ésta, sobre el monto del saldo que probablemente fue indicado en la demanda. En tal supuesto, hubo efectivamente una simple modificación, como dice el fallo.

CASO 64

Traba de la litis y modificación o cambio de la acción en juicio de deslinde.

En el juicio de apeo y deslinde concerniente al fundo Zepal, seguido por don Paulino Aillon y socios contra el doctor Victor José Espinosa y socios, se resuelve: 1º Que en los juicios de esta naturaleza debe considerarse contestada la demanda y trabada la litis, desde que los demandados concurren a la diligencia de apeo y presentan sus documentos y más pruebas referentes a las contestaciones que hayan dado y a las excepciones que propusieron; y no desde que, por considerarse insuficientes estas diligencias para el funcionamiento del juicio, ordena el juez que se oiga a las partes y se siga sustanciando el juicio ordinario: y 2º Que, por tanto, el demandante puede modificar su demanda, de conformidad con lo preceptuado en el art. 221 del Código de enjuiciamientos civiles; mas no le es potestativo entablar acción reivindicatoria después de contestada aquella, conforme queda dicho, por ser, no sólo distinta, sino contraria a la de apeo y deslinde.

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Enero 13 de 1881.—Vistos: En la misma fecha de la citación con el traslado que se dio del escrito de fojas 1ª de este cuaderno, se ha introducido la demanda reivindicatoria de fs. 3 y 4, a la que se ha dado, a mayor abundamiento, el nombre de *acción nueva* en el escrito de fs. 7 y 8 del cuaderno citado. Para resolver dicha solicitud de fs. 1ª, que es reproducción de los reclamos que se hicieron en la diligencia de apeo, así como sobre lo que posteriormente han deducido las partes, se considera: 1º Que el *deslinde* es propiamente la acción que tiene el dueño de un predio vecino, para pedir que se restablezcan los verdaderos linderos de las propiedades contiguas, o como dice el art. 20 de las reformas del Código de enjuiciamientos en materia civil, "es el restablecimiento de los linderos que se hubiesen oscurecido, desaparecido, o experimentado algún trastorno": 2º Que es en este concepto, y porque en el escrito de fojas 33 y 34, cuaderno 1º, se aseguró "haberse borrado y confundido los verdaderos límites de Zepal con el transcurso del tiempo", que se dio a esa demanda la sustanciación del juicio de apeo: 3º Que llegado el caso de practicarse la diligencia, los actores prescindieron del deslinde del fundo de pansembrar, comprendido bajo los linderos que se expresan en la declaración 1ª de fojas 272 vuelta, y concretaron la demanda a los sitios determinados a fojas 276 vuelta: 4º. Que este procedimiento, unido a la acción reivindicatoria de fojas 3 y 4, cuaderno 2º, constituye no sólo modificación, sino variación de acción: 5º Que los actores han estado en su derecho para proceder de esta manera, puesto que no se ha recibido a prueba el juicio de apeo, ni aun se ha contestado la nueva demanda, sin más deber que el de pagar las costas, conforme al art. 291 del Código de enjuiciamientos en materia civil; y 6º. Que no les exonera de este

deber la orden dictada por el Juzgado en la conclusión de la diligencia de 17 de Julio de 1880, fojas 279, para que la causa siga sustanciándose en juicio ordinario y que, para esto, se oiga a las partes; porque ella se refiere a la cuestión restablecimiento de límites, materia del juicio por entonces, sin autorizar la variación de la acción. Por tanto, se declara que la demanda de fojas 33 y 34, cuaderno 1°., ha quedado modificada en las diligencias de fojas 16 a 17 de 1880: Que en el escrito de fojas 3 y 4, cuaderno corriente, se ha variado esa misma acción modificada: Que, en consecuencia, deben los actores pagar las costas judiciales que han ocasionado, con exclusión del importe de las copias que servirán para el mismo juicio, y que dicha demanda, de fojas 3 y 4, debe sustanciarse por cuerda separada.—Desglósense para esto las piezas correspondientes y póngase al despacho; y archívense las actuaciones correspondientes al juicio de deslinde que ya no tiene objeto.—*Córdova.—Vázquez.*

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Febrero 23 de 1881, a las once.—Vistos: El proceso hace necesarias las consideraciones siguientes: 1ª La demanda de fojas 33, ampliada oportunamente a fojas 38 y 43 del primer cuaderno, tiene por objeto la rectificación de los linderos de todo el fundo de Zepal "a consecuencia", como dice el apoderado de los actores, "de haberse borrado y confundido los verdaderos límites en el transcurso del tiempo": 2ª Esta demanda ha sido modificada, limitándola únicamente a una parte de dicho fundo: 3ª Esta modificación y limitación se han verificado al tiempo de la inspección ocular ordenada por el Juzgado, o, más bien, al tiempo de la celebración del juicio sumario de apeo y deslinde, en medio de la discusión, y, por lo mismo, después de haberse oído la contradicción del apoderado de los demandados, sus excepciones, y las razones en que se apoyaba para oponerse a las pretensiones del contrario: 4ª En los juicios de la naturaleza del presente, debe considerarse contestada la demanda y trabada la *litis*, desde que los demandados concurren a la diligencia del apeo y presentan los documentos y las pruebas exigidas por la ley, documentos y pruebas que no deben referirse sino a las contestaciones que hayan dado y a las excepciones que propusieron, y no desde que, por considerarse insuficientes estas diligencias para el fenecimiento del juicio, ordena el juez que se oiga a las partes y se siga sustanciando el juicio ordinario. Si se aceptara este principio, se aceptaría, por consecuencia, el de que los juicios de apeo y deslinde que se terminan sin otras diligencias que las practicadas en la inspección ocular, no son verdaderos juicios, puesto que se llama juicio la legítima discusión de un negocio entre actor y reo, ante juez competente que la dirige y determina, y entonces el fallo que recayese sería nulo y de ninguna importancia, por haberse pronunciado sin oírse a la parte demandada: 5ª El apoderado de los actores ha estado

en su derecho para modificar su demanda, en los términos que la ha modificado, por permitírselo el art. 291 del Código de enjuiciamientos en materia civil, haciéndose, si, responsable de las costas que ha ocasionado con su modificación, de conformidad con la misma disposición legal: 6ª Por lo mismo que el juez *a quo* no consideró suficientes las diligencias practicadas en la visura para proceder al apeo solicitado, o para declarar sin lugar la demanda, y por lo mismo que ordenó en la parte final del acta de 17 de Julio, que se sustancie esta causa por la vía ordinaria, no cabe duda que aún quedó sin terminarse el litigio: 7ª El escrito o solicitud de fojas 3 y 4 del 2°. cuaderno, es una verdadera demanda reivindicatoria, y, por lo mismo, no sólo distinta, sino más bien contraria a la de apeo y deslinde primeramente entablada, de manera que, con aquella, se ha cambiado por completo la acción intentada por ésta, después de haberse discutido entre actores y reos, y aún después de haberse rendido algunas pruebas, como todo consta de las actas de visura: 8ª Es prohibitiva la disposición del art. 291 ya citado, para cambiar la acción o demanda propuesta, después de haber sido contestada. Por estas consideraciones, se declara que es legal y justo el auto apelado. en la parte relativa a la modificación de la demanda de apeo y deslinde y a las costas en que, por este motivo, han sido condenados los actores; mas no en lo que hace relación a la admisión que se ha hecho de la nueva demanda reivindicatoria, demanda o acción que se rechaza, por ahora, con las costas de ambas instancias, por ser manifiestas la temeridad y mala fe de los actores, habiendo cambiado su acción contra la prohibición expresa de la ley.—Reformado en estos términos el auto que ha venido en grado, devuélvase el proceso al juez de primera instancia, para que dé el curso correspondiente al juicio de apeo y deslinde, que no está aún terminado. Habilítese la hoja de papel simple del folio 42, por ser parte integrante de la solicitud del 43.—*Salazar.—Prieto.—Peña.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 4 de 1881, a las dos y media.—Vistos: Si es verdad que Tomás Ramírez pudo modificar la demanda de apeo, pagando a su colitigante las costas causadas hasta cuando la modificó; no lo es menos que no tuvo derecho para cambiar la acción y proponer la reivindicatoria; y como con tal procedimiento, contrario a la terminante prohibición del art. 291 del Código de enjuiciamientos en materia civil, ha manifestado temeridad y mala fe, ha sido justamente condenado en las costas de ambas instancias. Por tanto, se confirma, con costas, el auto recurrido, en la parte que ha venido en grado. Devuélvanse.—*Nieto.—Arboleda.—Espinosa de los Monteros.—Sáenz.—Muñoz.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 44, pág. 349)

COMENTARIO

En el procedimiento de deslinde, reglado por la SECCIÓN 11 del TÍTULO II, LIBRO II de este Código, tenemos, en rigor de verdad, dos juicios distintos, aunque conexos y subordinados entre sí, el sumario de deslinde, basado en la recíproca obligación que, derivada del hecho de la contigüidad, tienen los vecinos propietarios de bienes raíces, de concurrir y cooperar a la práctica y buena conservación de la demarcación o deslinde de sus heredades (obligación malamente incluída por el Código Civil entre las servidumbres legales, como ya lo observamos al tratar de la prop. 372 bis), y el plenario de propiedad a que da lugar el anterior, cuando, por discrepar los vecinos sobre el dominio de alguna zona o porción de terreno, no han podido ponerse de acuerdo en la línea divisoria, y sus títulos no dan suficiente luz para resolver sumariamente ese punto, o aquéllos, los vecinos, alegan tener y poder producir otras pruebas (art. 744).

Terminado el juicio de propiedad por fallo definitivo, se hace indispensable un nuevo procedimiento sumario para la demarcación, esto es, para señalar en el terreno la línea fijada por la sentencia; pero el Legislador no se ha preocupado de reglar el procedimiento de esta parte del juicio, encaminada al cumplimiento de la ejecutoria, y en la práctica se observa, por evidente analogía, el mismo procedimiento verbal sumario del primer juicio.

Ahora bien, tanto en el juicio sumario de deslinde, como en el plenario de propiedad, puede haber cambio o modificación de la acción, conforme al art. 102; entendiéndose que, en el juicio sumario, el demandado contesta a la demanda, y se traba la litis, en el acto del juicio verbal; y en el plenario, cuando se evacua el traslado prescrito por el art. 744, como en los juicios ordinarios.

Tal es, en sustancia o mejor dicho en abstracto, la doctrina jurídica que, basada en el sistema adoptado en la susodicha SECCION 11 del TÍTULO II de este LIBRO y en la naturaleza misma del asunto, parece haberse aplicado en este caso concreto, cuyos detalles no los dan a conocer claramente los fallos.

CASO 65

Modificación de la denuncia de obra nueva.

En el juicio de Pastora Alarcón contra Francesco Vásconez, se declara: que la denuncia de obra nueva es verdadera demanda; y en el fallo no puede tomarse en cuenta una solicitud posterior que la modifique sustancialmente.

El texto del fallo de la Corte Suprema es el siguiente:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 11 de 1902 a las tres de la tarde.—Vistos: Como atento el art. 747 del Código de enjuiciamientos civiles, el escrito que contiene la denuncia de obra nueva es el que ha de tenerse por demanda, los puntos determinados en el libelo de fs. 1ª, son los únicos que, con las respectivas excepciones, debieron ser considerados en el fallo. Por consiguiente, mal podía tomarse en cuenta, como la Corte Superior de Quito ha tomado, la solicitud de fs. 12 en el punto que modifica esencialmente la acción instaurada, a saber, en el que la actora afirma que en parte del cimiento de su casa descansa la obra nueva construída por Francisco Vásconez A. En el juicio de que se trata, si las partes, una vez examinada la acta, no se acordaren, el juez sustanciará el juicio ordinario (art. 750); pero esta disposición que, en el caso, señala el procedimiento que debe observarse, no faculta al denunciante, ni podía facultarle, para que modifique o cambie la acción deducida en la querella. Por lo demás, Pastora Alarcón denuncia la obra construída por Vásconez *a*) porque es voladiza, en parte; *b*) porque le priva del ejercicio de la servidumbre de aguas lluvias sobre el predio del querellado; *c*) porque le impide continuar arrojando a la quebrada los desperdicios de su casa; *y d*) porque le intercepta una bóveda de la misma casa. Sobre todo lo cual se observa: 1º Que se ha comprobado que no existe la obra voladiza indicada; 2º Que aparece que Vásconez sigue recibiendo las aguas lluvias del predio de la querellante; y 3º Que no es denunciable la obra nueva ni por el uno ni por el otro de los dos motivos últimamente puntualizados, ya porque esa obra no se halla comprendida en ninguno de los casos de los arts. 921 y 922 del Código Civil, ya porque no causa perjuicio a la denunciante. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la sentencia de que se ha recurrido. Devuélvase el proceso, previa conversión de esta hoja a la del sello de cuarta cláse.—*Leopoldo Pino.—León Espinosa de los Monteros.—Manuel Montalvo.—B. Albán Mestanza.—Francisco Andrade Marín.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 119, pág. 951)

COMENTARIO

La denuncia de obra nueva es indudablemente verdadera demanda, y la forma del juicio algo anómala, puesto que no se le corre traslado al demandado, y éste necesita deducir sus excepciones en la diligencia de inspección que tiene el carácter de un juicio verbal. Mas no hay en ese juicio ninguna disposición manifiestamente incompatible con el art. 102, que autoriza al actor para cambiar la acción antes de la contestación del demandado, y para modificarla, antes de que comience a correr el término de prueba. Pero, hecha la modificación, debe el actor pagar las costas y el juez proceder como si se tratase de una nueva demanda.

Omitido esto, acaso porque el actor no manifestó claramente su intención de modificar la demanda, ampliando sus reclamaciones, estuvo en lo justo el Tribunal al resolver que esa ampliación posterior a la diligencia de inspección, no era un punto controvertido en la litis, ni podía ser tomada en cuenta en la sentencia.

CASO 66

Acumulación de dos sucesiones en el mismo proceso de inventarios.

En el juicio de inventario de los bienes de los finados Juan Miguel y José Manuel Romero se resuelve: Que si un juicio mortuorio versa sobre dos sucesiones que tienen distinta causa y son, además, inconexas, el juez no puede, so pena de nulidad, conocer de entrambas en un solo proceso.

PRIMERA INSTANCIA

Zaruma, Mayo 10 de 1901, las ocho de la mañana.—Vistos; Para resolver sobre la validez del inventario de los bienes de los finados Juan Miguel y José Manuel Romero, se considera: 1º Que inventario solemne es el que se hace con concurrencia de escribano y testigos, previa orden judicial, (véase el diccionario de Escriche, sus inventarios; y el Prontuario de los juicios de J. B. Lira, pág. 231, tomo 2º); 2º. Que el inciso 2º. del art. 1756 del Código Civil, prescribe como de necesidad el inventario y tasación solemnes cuando entre los partícipes de los gananciales hubiere

personas inhábiles para la administración de sus bienes; como sucede en el presente caso; 3º. Que este artículo se refiere a la naturaleza del inventario exigido, o en otros términos, es ley absoluta; y 4º. Que en el inventario en cuestión, se ha omitido. En virtud de lo expuesto y aplicando los arts. 1671 y 1672 del Código Civil, se declara nulo el inventario, debiendo procederse a su legalización en la forma debida, según lo previene el art. 1756 inciso citado.—*Romero.—Jaramillo L.*

SEGUNDA INSTANCIA

Loja, Agosto 22 de 1901, a las tres de la tarde,—Vistos: Son legales y están arreglados a los méritos del proceso los fundamentos del auto apelado; por tanto, se lo confirma, con costas. Cuide el juez *a quo* de que los menores se hallen debidamente representados, al tiempo de reponerse el proceso.—*Riofrío.—Arias.—Ruiz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 10 de 1902, a las dos de la tarde.—Vistos: Las dos sucesiones sobre que ha versado el juicio, tienen causa diversa, y entre ellas no existe conexión alguna. Por lo mismo, no podía el juez conocer de entrambas en un solo proceso, como las ha conocido: y, en esta virtud, se lo declara nulo a cargo de los asesores y Ministros que han intervenido en la causa, respectivamente. Devuélvanse.—*Pino.—Espinosa de los Monteros.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Andrade Marín.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 111, pág. 887)

COMENTARIO

En nuestro Código de Procedimiento Civil no tenemos juicio de sucesión, ni juicio sucesorio, ni menos mortuoria, o juicio mortuorio, como suele decirse en la práctica, ni juicio alguno destinado especialmente a reglar la sucesión por causa de muerte, como hay en casi todos los Códigos. Tenemos, sí, en SECCIONES separadas y distintas, juicio de inventario y juicio de partición, que pueden servir, así para un caso de sucesión hereditaria, como para cualquier otro en que sean necesarias esas diligencias. Tenemos, además, asimismo, en SECCIONES separadas, juicio de fijación y levantamiento de sellos, juicio de apertura, publicación y protocolización de testamentos, juicio de posesión efectiva, etc.

En el caso actual, el juicio de sucesión de que habla el fallo de tercera instancia, ha sido, según lo da a entender el de primera, juicio de inventario de los bienes dejados por dos distintas personas. Estas fueron, tal vez, hermanos, ya que llevan el mismo apellido, y tenían quizá confundidos o indivisos sus bienes, para que se les haya ocurrido a los herederos acumular las acciones sobre formación de inventarios. Mas sea de esto lo que fuese, el fallo supremo está en lo justo, al decir que las dos sucesiones tienen diversa causa, puesto que son dos personas distintas las causantes de esas sucesiones. Cuanto a que entre éstas no exista conexión alguna, no está muy claro el pensamiento del fallo. Menos puede comprenderse qué clase de conexión entre las sucesiones hubiera podido inducir al Tribunal a una resolución contraria, es decir, a reconocer que pudo hacerse la acumulación.

Esto, por lo que atañe a la parte motiva del fallo. Cuanto a la resolutiva, hemos dicho ya, al comentar la prop. 385, que la ilegal acumulación de acciones da derecho a las partes para deducir, en forma de excepción dilatoria o de mero incidente, la oposición respectiva; pero si las partes, lejos de oponerse a la acumulación, se conforman con ella, expresa o tácitamente, la causa debe seguir su curso, y el juez ni tiene facultad para ordenar de oficio la desacumulación o separación de las acciones, ni puede tampoco anular el proceso.

Salvo, se entiende, el caso en que la acumulación diera origen a la omisión de alguna otra solemnidad sustancial. Si, por ejemplo, para alguna de las acciones acumuladas fuera el juez incompetente, por razón de la incompetencia, y no por la acumulación misma, podría anularse el proceso. Si las dos sucesiones de nuestro caso se hubiesen abierto en distintos lugares, el juez de una de ellas habría sido incompetente para la otra, por razón del territorio, con arreglo al art. 37; y esa incompetencia, que en el caso de que tratamos, no se menciona ni da a entender, podría justificar la anulación del proceso.

CASO 67

Cabe acumulación de dos sucesiones diversas.

En el juicio sobre inventario de los bienes de María Rodríguez y Gregorio Silva, se resuelve: Que por ser unos mismos los bienes de las sucesiones de los dos cónyuges y unos mismos los herederos, y atento el convenio de éstos, se sustancien en el mismo proceso las dos sucesiones.

Juzgado 1º Municipal.—Quito, Abril 27 de 1911, las diez a. m.—Vistos: Los mismos señores Julio C. García y Manuel A. Barba Benítez, nombrados en virtud de la transacción de fojas 27, peritos para que practiquen los inventarios y procedan a efectuar las reformas de éllos, de conformidad con las observaciones hechas en el escrito de fojas 59 y aceptadas en las solicitudes de fojas 61 y 63. En virtud de la revocación del poder, hecha en la última petición de estos autos, cuéntese, en adelante, con el señor José Mejía por los derechos que representa. En orden a la sucesión del señor Gregorio Silva, el Juzgado nada puede proveer por cuanto carece de jurisdicción para ese asunto, bien así como por cuanto, también, debe ser dicha sucesión materia de un juicio independiente.—*Rivadeneira.—Terán.*

PRIMERA INSTANCIA

Juzgado 1º Municipal.—Quito, Mayo 20 de 1911, las diez a. m.—Vistos: Como a fojas 63 se pidiera que en este mismo juicio se sustanciase el de la sucesión del señor Gregorio Silva, el auto de fojas 63 vuelta sólo resuelve este particular, sobre la base de que el nuevo juicio tiene de ser independiente de éste.—Visto lo que antecede y examinadas, una por una, las razones expuestas por el señor Rodríguez para fundar la revocación pedida, se observa que se la solicita sobre puntos no resueltos en el auto de 27 de Abril próximo pasado, como son los hechos: Primero. Que se cuente en este juicio con los herederos del finado señor Gregorio Silva, en el sentido de que ellos están llamados a representar la personería del fallecido en la mortuoria de la señora María Rodríguez de Silva, cosa no negada aún; y Segundo. Que se le tenga al señor Manuel B. Rodríguez como parte, en representación de dichos herederos testamentarios del expresado señor Silva. El Juzgado nada podría resolver sobre tales particulares mientras no quedase ejecutoriada la resolución sobre la imposibilidad legal de sustanciar en este mismo proceso las dos sucesiones de que se trata; pues, la intervención en este juicio de los herederos del finado señor Gregorio Silva, tiene de ser de diferente naturaleza, tratándose sólo de contar con ellos como representantes de la personería legal del señor Silva. Por lo mismo no hay fundamento alguno para la revocación de puntos no resueltos todavía.—Considerando *la revocación en cuanto se refiere el auto a no admitir en este mismo proceso la sustanciación de la mortuoria del finado señor Silva*, se observa que el art. 1331 del Código Civil que se invoca, no siquiera se refiere al caso de que se trata, sino al muy diferente relativo al hecho de que el partidor está obligado, como cuestión previa a sus operaciones, a separar el patrimonio divisible que esté confundido con otro u otros por las causas que prevee dicho

artículo.—Además, mal puede pretenderse la sustanciación simultánea en este proceso de esas dos mortuorias, estando como está al terminar el presente juicio de inventarios, aun admitida la conexión que se defiende; la cual conexión puede ser atendible de modo legal, sólo al tiempo de iniciarse el juicio de apertura de la sucesión de uno de los cónyuges. Niégase, por lo mismo, la revocación que sobre lo resuelto en el último auto se pidió por parte del señor Rodríguez, con quien se contará también como representante de los herederos del señor Silva, para los efectos de la sucesión de la señora Rodríguez de Silva. Concédese el recurso interpuesto en subsidio de la revocación pedida. Llévese el proceso al Superior previas las formalidades de la ley.—*Rivadeneira.—Terán.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, viernes veintidós de Setiembre de 1911, a las cuatro de la tarde.—Vistos: Por ser legales y arreglados a los méritos del proceso los fundamentos del auto venido en grado, se lo confirma. Con costas. Devuélvase.—*Vega.—Astorga.—Bueno.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 22 de 1912, a las tres de la tarde.—Vistos: En consideración a que son unos mismos los bienes de las sucesiones de María Rodríguez y de su esposo Gregorio Silva y unos mismos los herederos, y en consideración, además, al convenio de éstos, constante de la solicitud de fojas 75 corroborado en esta instancia a fojas 80: revócase el auto de que se ha recurrido, y dispónese que en este proceso se sustancie las dos indicadas sucesiones. Devuélvanse.—*Villagómez.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Cárdenas.—Ocampo.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 123, pág. 978)

COMENTARIO

Aquí tenemos doctrina contraria a la del fallo de 1902, a que se refiere el caso precedente. Nos referimos, por tanto, al COMENTARIO de dicho caso, y al estudio de las props. 382 y 385.

CASO 68

Acumulación subjetiva y objetiva de personas y de acciones.

En el juicio del doctor Teodoro Donoso contra Agustín Chiriboga y José García Carrión se resuelve: Que en un mismo libelo puede deducir el vendedor de un inmueble la acción resolutoria del contrato contra el comprador, y la restitutoria del mismo fundo contra un tercero que lo hubiese adquirido del comprador y lo estuviese poseyendo actualmente.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Juzgado 3º Municipal.—Quito, Agosto 5 de 1892, las nueve de la mañana.—Vistos: El doctor Teodoro Donoso demanda a Agustín Chiriboga, por falta de pago del precio, la resolución del contrato de compraventa de la hacienda llamada "Delicia", celebrado por el último con Luz Chiriboga. Demanda, asimismo, a José García Carrión, actual poseedor del fundo, para que, conforme al art. 1481 del Código Civil, sea condenado a devolverlo con los frutos percibidos desde la citación. La acción resolutoria intentada contra Chiriboga se refiere al contrato verificado por éste con su hermana Luz, y tiene por causa la falta de pago del precio. La acción intentada contra García es también resolutoria, no ya del contrato ajustado por Chiriboga con su hermana Luz, sino del verificado por aquel con García. Esta segunda acción es resolutoria del contrato dicho, porque, pidiéndose la devolución del fundo conforme al art. 1481, lo que realmente se pide es la resolución de la enajenación hecha por Chiriboga en favor de García, y, como consecuencia legal inmediata, la restitución del fundo; ya que el artículo aludido, fundamento de la acción, trata del caso en el cual, por cumplimiento de la condición resolutoria con que se debía un inmueble, se resuelve también la enajenación hecha por quien lo debía. La causa de la acción contra García es, indudablemente, la misma que la de la acción contra Chiriboga, a saber, la falta de pago del precio de la compra hecha por éste. Sólo por la falta de tal pago, se demandan las dos resoluciones, a Chiriboga la del primer contrato, y a García la del segundo.—Por lo visto, tenemos, pues, dos acciones resolutorias, relativas a distintos contratos, contra distintas personas, mas, provenientes ambas de una misma causa, cuyo origen es el contrato celebrado por Agustín Chiriboga con la señora doña Luz.—Ahora bien, lo que prohibe el inciso segundo del art. 292 del Código de enjuiciamientos en materia civil, es que en un mismo libelo se intenten contra dos o más personas acciones originadas de diversos contratos; mas no las resultantes de uno solo. Esta disposición así entendida, se confirma por la del número quinto del art. 134 del propio Código de enjuiciamientos, según la cual debe ordenarse la acumulación cuando las acciones provengan de una misma causa, como sucede en el caso actual, aun cuando sean diversas las personas y las cosas: absurdo sería suponer que, conforme a la ley, debiera ordenarse se sigan separadamenre los litigios que, por disposiciones expresas de la misma, habían después de acumularse.

Merced a estas consideraciones, se niega la excepción dilatoria propuesta por Agustín Chiriboga a fojas 32. Sin costas. — *Correa. —Ponce.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Julio de 1893, a las doce.—Vistos: José García Carrión, por medio de su representante, declara que no acepta la dilatoria alegada por el otro demandado, sin embargo de que a él es a quien pudiera favorecer dicha dilatoria; y antes observa, que las excepciones que debe oponer a la demanda, tienen que fundarse en las que alega Chiriboga, vendedor del fundo. En efecto, la separación del juicio en nada puede perjudicar al vendedor, y más bien pudiera apoyar las excepciones, las que opusiera el poseedor. Por tanto, y estimándose legales los fundamentos del auto apelado, se lo confirma con costas. Devuélvase. — *Quevedo. —Montalvo.—Espinosa de los Monteros.*

TERCERA INSTANCIA

Vistos: Es justo el auto de que se ha recurrido; por lo cual, se lo confirma, con costas. Devuélvanse. — *Castro.— Nieto.— Salazar.— Enríquez. — Arregui.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 37, pág. 293)

COMENTARIO

Este fallo, de cuya elaboración tuvimos conocimiento por nuestra amistad estrecha con el ilustrado e inteligente letrado que, recién recibido entonces de abogado, lo formuló como asesor, contiene la misma doctrina que hemos expuesto al explicar este artículo en la parte doctrinal (prop. 383). Creemos, pues, que, como dijimos allí, hay en este caso, no sólo derecho de demandar conjuntamente al comprador y al tercero, sino verdadera necesidad, a fin de que la sentencia resolutoria surta efecto de cosa juzgada respecto de ambos.

A propósito de esta clase de cuestiones, muy conocidas y frecuentes en el foro, se ha discutido si la acción restitutoria dirigida contra el tercer poseedor es verdaderamente reivindicatoria, esto es, una acción real, fundada en el dominio del actor, o meramente personal, derivada de la resolución del contrato; y nos hemos inclinado a lo segundo, fundándonos, ora en el texto del art. 1481, que al tratar de este caso, dice: "No podrá resolverse la enajenación o gravamen...."; es decir, considera que es una resolución del segundo contrato lo que da derecho a la restitución; ora en la naturaleza misma de la acción intentada por el demandante, quien procede, no a título de dueño, sino como vendedor, fundándose en el contrato resuelto.

El Código, poco preocupado del tecnicismo, emplea la palabra *reivindicar*, en el art. 1480, al tratar de la misma cuestión, relativamente a los muebles.

El vendedor, en este caso, tiene derecho a la restitución, no precisamente por ser dueño, sino por ser vendedor, esto es, como una prestación a que le da derecho el contrato mismo. Y el tercero, que es sucesor singular del comprador, en el dominio, adquiere la cosa con la misma condición resolutoria a que estaba sujeto el dominio de su causante. En ótros términos: el dominio está dividido entre el comprador y el vendedor; pues a éste le pertenece bajo condición suspensiva, y a aquél, bajo condición resolutoria: por tanto, cumplida la condición, el dominio se radica exclusivamente en el vendedor; y el tercero, que adquirió el dominio con esa condición que afectaba al título de su causante, lo pierde también, conforme al axioma jurídico *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Recuérdese lo expuesto sobre la prop. 372 bis.

CASO 69

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

En el juicio Páez--Fisco expidió el Tribunal Supremo la siguiente sentencia:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Setiembre 23 de 1924, a las tres de la tarde.—Vistos: La acción deducida en la demanda de la foja primera, por versar sobre la servidumbre de medianería establecida en la pared divisoria de la casa del doctor Adolfo Páez y del "Coliseo", es acción real, según lo que expresa el art. 566 del Código Civil y, por consiguiente, tratándose de la destrucción de la pared ruinosa y la edificación de otra nueva arreglada al art. 844, Nros. 5º y 6º, la demanda debió proponerse, como se ha propuesto, contra la Nación, que es la dueña del edificio "Coliseo" destinado a Biblioteca,

sin que obste, por lo expuesto, el hecho de que la obra cuya destrucción se pide, hubiese sido construída por el anterior dueño de ese edificio. Dirigida, legalmente, la demanda contra la Nación, se debe considerar la prueba rendida en orden a los hechos que, afirmados por el actor, fueron negados en la contestación de fojas 6; y, examinada la prueba, aparecen justificados esos hechos, como bien lo han observado los Jueces de primera y segunda instancia. Es, por lo tanto, legal la sentencia consultada, motivo por el cual, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se la aprueba. Devuélvanse.—*Manuel E. Escudero.—Leopoldo Pino.—Modesto A. Peñaherrera.—José María Ayora.—José L. Román.*

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, Nº 158, pág. 1265)

COMENTARIO

La parte resolutiva de los fallos de primera y segunda instancia fue igual; pero en ellos no se consideró el punto de derecho que es objeto de nuestro caso; por lo cual no los trascribimos.

Cuanto a la doctrina, nada tenemos que observar; y hemos consignado el caso, como agregación o apéndice al 41, sólo porque en él se toca la distinción de las acciones en reales y personales.

CASO 70

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

En el juicio Ugalde-Peña se expidieron las siguientes resoluciones, que las trascribiremos sólo en la parte pertinente al punto jurídico sobre que versa nuestro caso.

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, 25 de Agosto de 1923, las dos de la tarde.—Vistos: En la foja tercera del primer cuaderno, Nestorio Ugalde demanda en la vía ordinaria a Manuel Peña, por el pago de dos mil sucres y los respectivos intereses, de conformidad con lo estipulado en el documento de la primera foja, legalmente reconocido, según consta en las diligencias de la foja segunda y vuelta. A fojas 8, el demandado reconviene al actor por la suma de dos mil ochocientos tres sucres y los correspondientes intereses, para que se efectúe la debida compensación y se le devuelva el exceso que resulte a su favor. A fojas 10, el demandante pasa de la vía ordinaria a la ejecutiva, y pide que se le requiera de pago a Peña; a todo lo cual éste se opone, aduciendo como argumento principal, el efecto

jurídico de la reconvención, que comporta una verdadera demanda, sujeta al trámite establecido en el art. 471 del Código de Enjuiciamiento Civil. Resuelto este punto en el auto de la foja trece vuelta, en sentido favorable a las pretensiones del actor, se ha sustanciado y fallado el respectivo juicio ejecutivo, respecto al que se hacen las siguientes observaciones, para resolverlo en esta instancia: *Primera*, que, de acuerdo con la amplia facultad concedida al actor en el inciso segundo del art. 102 del Código de Enjuiciamiento Civil, bien pudo Nestorio Ugalde pasar del juicio ordinario al ejecutivo, sin que a ello obste la reconvención, por cuanto aquel precepto legal no reconoce excepción ni limitación de índole alguna, y sólo obliga al demandante al pago de las costas que hubiere ocasionado a la otra parte; *Segunda*, que, por esta razón, no existe la nulidad que alega el reo, y cuya declaración solicita, suponiendo aplicable al caso lo dispuesto en el art. 412 del citado Código; ya que entre las solemnidades sustanciales determinadas en el parágrafo tercero del Libro Segundo, Título Primero, del mismo Código, no consta la omisión de trámite que alega el demandado, y es verdad sabida que no existen ni pueden ser declaradas otras nulidades que las puntualizadas en las leyes;.....

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 5 de 1924, a las tres de la tarde.—Vistos: El documento reconocido de la foja primera, en que se fundó la demanda ordinaria de fojas 3, contiene una obligación que reune los requisitos legales para ser exigida ejecutivamente; por lo que Nestorio Ugalde pudo ejercer el derecho de pasar de la vía ordinaria a la ejecutiva, como en efecto lo ejerció por medio de su solicitud de fojas 10, sin que haya obstado la reconvención de fojas 8, propuesta por Manuel Peña, por cuanto la disposición contenida en el inciso 2º del art. 102 del Código de Enjuiciamiento Civil no incluye la excepción de que se hubiese reconvenido al actor en la contestación a la demanda ordinaria, atento el carácter absoluto de ese precepto legal. No existe, por consiguiente, la nulidad del proceso que ha alegado el reo, fundándose en el motivo expuesto. Y para resolver acerca de la apelación interpuesta a fojas 23, del cuaderno de segunda instancia, se considera:.. ..... *Manuel E. Escudero.—José María Ayora.—José L. Román.—Adolfo Páez.—Manuel Montalvo.*

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, Nº 151, pág. 1208)

COMENTARIO

La doctrina nos parece perfectamente arreglada a la ley; y en los mismos términos de este fallo la expusimos y defendimos, dos meses antes, en la causa Merchán-Díaz, en la que el Tribunal nada dijo expresamente sobre este

punto, porque, considerando haberse concedido ilegalmente el recurso de segunda instancia, se limitó a declarar la nulidad del proceso, como lo solicitamos también en defensa de nuestro cliente señor Merchán. El fallo consta en el Nº 119 de la misma Serie Cuarta.

CASO 71

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

En el juicio Merchán-Díaz se expidieron los fallos siguientes:

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Junio 20 de 1924.—Autos y Vistos: El art. 102 del Código de Enjuiciamiento Civil, faculta al actor para modificar su demanda antes que principie el término probatorio; en cuya virtud se acepta la modificación constante en este pedimento, y se corre traslado al doctor Octavio Díaz con la demanda modificatoria, cuya copia le será entregada, para que la conteste, dentro de seis días, y bajo apercibimiento en rebeldía. Son de cargo del actor las costas ocasionadas en el juicio ordinario, hasta la modificación, de conformidad con el artículo citado.—*Malo.*—En Cuenca, a las tres p. m. de hoy 23 de Junio de 1924.—Me conformo con este auto.—*Vega G.*

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, 9 de Enero de 1925, las tres p. m.—Vistos: La naturaleza de la acción deducida a fojas una está determinada por la reclamación de dos mil cuatrocientos sucres que el actor asegura deberle el demandado; y como el art. 102 del Código de Enjuiciamiento Civil faculta para que, antes de recibida la causa a prueba, se altere la demanda en lo accidental o accesorio como lo es, en el presente caso, el tipo del interés y el origen del crédito, rectificando la fecha en que se contrajo, puesto que la ley quiere remediar con la modificatoria de la demanda toda equivocación en que pudo incurrir el actor, es evidente que las variaciones de la demanda que no alteren su naturaleza, no significan cambio jurídico de la acción instaurada. De lo expuesto se deduce que el escrito de fojas 27 no contiene cambio ninguno de la acción propuesta por Cornelio Merchán contra el doctor Octavio Díaz, por la devolución de dos mil cuatrocientos sucres, y, por lo mismo, se confirma, con costas, el auto venido en grado. Devuélvase, previa legalización de este folio.—*Borrero.—Cordero Palacios.—Díaz Cueva.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 6 de 1925, a las dos y media de la tarde.—Vistos: Como bien se observaba por la Corte Superior de Cuenca, el escrito de fojas 27 no puede ser considerado como que encierra un cambio de la acción intentada en la demanda de la primera foja, sino simplemente como una modificación de dicha demanda, dentro de los límites permitidos por el art. 102 del Código de Enjuiciamiento Civil: atento que dicha modificación, dejando subsistentes los fundamentos acerca de la cantidad exigida y la causa del reclamo, se contrae exclusivamente a puntos tan accidentales como los referentes a un menor interés y a un más corto plazo. Por tanto, se confirma el auto recurrido, con las costas de todas tres instancias. Legalizado este papel, devuélvanse.—*Román.—Pino.—Ayora.—Escudero.—Páez.*

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, Nº 176, pág. 1410)

COMENTARIO

Por haber intervenido en la causa en defensa del señor Merchán, sabemos que el caso fue el siguiente: Constituído, por escritura pública, un crédito hipotecario, se otorgó con posterioridad otra escritura, rebajando el tipo de los intereses y el tiempo por el cual se los podría cobrar, y dejando vigente lo demás. El acreedor, sin recordar de la escritura modificatoria, basó la demanda sólo en el contrato primitivo, pero antes de que comenzara el término probatorio, la modificó, ateniéndose al título modificatorio, esto es, a la escritura posterior.

El demandado se opuso, alegando que había cambio de acción; mas los Tribunales resolvieron, con plena razón y justicia, que se trataba de mera modificación; y el Supremo encontró aún méritos suficientes para condenar al demandado al pago de las costas de las tres instancias.

SECCION TERCERA

De la Citación

Art. 105.—*Citación* es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda, o se pone en conocimiento de las partes las sentencias, autos y demás providencias judiciales.

Art. 106.—En el proceso se extenderá diligencia de la citación, y la firmarán la persona citada y el actuario. Si el citado no quisiere o no supiere firmar, lo hará por él un testigo. Se expresará la fecha y la hora de la diligencia.

Art. 107.—Todo el que fuere parte en un procedimiento judicial, designará la habitación en que ha de ser citado, la que no podrá distar más de un kilómetro de la correspondiente oficina de despacho.

No se hará citación alguna a la parte que no llenare este requisito, salvo la notificación de la demanda al demandado, así como la del primer decreto en que se ordene una confesión u otra diligencia preparatoria, al que deba practicarla, en los casos señalados por las leyes. El actor designará, entonces, la habitación de la persona que deba ser citada; y el actuario, cerciorándose de la verdad, hará allí la notificación en forma legal, sin perjuicio de que pueda verificarla en persona.

Art. 108.—La designación prescrita en el inciso 1º del artículo anterior, podrá hacerse en el acto de la citación personal o por escrito separado; y, al efecto, el actuario advertirá este deber a la parte en el momento de citarla, y hará constar la respuesta en la misma diligencia. Una vez designada la habitación, las citaciones ulteriores se harán en ella; o personalmente a la parte, dentro o fuera de la oficina, conforme a las reglas legales.

Art. 109.— Si no se encontrare a la persona que deba ser citada, se la notificará por boleta dejada, en la correspondiente habitación, a cualquier individuo de su familia o servidumbre. La boleta expresará el contenido del pedimento, la orden o proveído del juez, y la fecha en que se hace la citación; y si no hubiere a quien entregarla, se

la fijará en las puertas de la referida habitación, sentando la diligencia y firmándola con un testigo.

La persona que reciba la boleta de citación, suscribirá la diligencia, o, si ella no lo hiciere, un testigo.

Art. 110.—Si por apelación u otro motivo se remitiere la causa a distinto lugar, harán las partes, ante el juez *a quo* o ante el superior, la indicación prescrita en el artículo precedente, bajo el mismo apercibimiento.

Art. 111.—Siempre que, en conformidad con los arts. 107 y 110, no deba citarse a las partes o a una de ellas, los términos correrán como si la citación omitida se hubiere hecho en la fecha y hora del proveimiento o de la última citación, en el respectivo caso.

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el derecho a ser citado convalecerá desde el momento en que la parte o partes hicieren la designación de que habla el art. 107; y, desde entonces, el escribano o secretario seguirá contando con ellas en todas las diligencias ulteriores del juicio.

Art. 112.—Si las personas demandadas fueren inciertas, la citación de la demanda se hará por un periódico, si lo hubiere, y por carteles o edictos fijados en los lugares más públicos.

Art. 113.—Si fuere demandada una comunidad de indios, o de otros que se hallen en el caso de éstos, la citación de la demanda se hará por carteles o edictos fijados en los lugares más concurridos. El que debe hacer la citación, leerá uno de dichos carteles en día feriado y en la plaza de la parroquia a que la comunidad pertenezca. Las demás citaciones se harán al personero que los demandados hubieren constituído; y si no lo han constituído, no se les volverá a citar.

Art. 114.—Si la parte estuviere ausente y aun no hubiere comparecido en juicio, se le citará por comisión dada a los jueces civiles de la parroquia; o por deprecatorio, si se hallare fuera del cantón o de la República.

Art. 115.—Las notificaciones se harán desde las ocho del día hasta las seis de la tarde.

Art. 116.—Puede hacerse la citación en días feriados y en cualquier hora y lugar, siempre que se habiliten por el juez, a instancia de parte, o de oficio, habiendo motivo grave o urgente.

Art. 117.—Si las partes, después de la citación de la demanda, constituyen procurador, se entenderán con éste las demás citaciones y trámites del juicio.

Art. 118.—En las citaciones no se admitirán a las partes alegatos ni excepciones; y sólo podrán tener lugar en ellas el allanamiento o contradicción en la excusa de un juez, la recusación de asesores, la interposición de los recursos de segunda o tercera instancia, el nombramiento de peritos, depositarios, u otras diligencias de igual naturaleza.

Art. 119.—El secretario o escribano que quebrantare la disposición del artículo anterior, será castigado con multa de cuatro a diez sucres.

Art. 120.—Se notificarán todos los decretos, autos y sentencias; pero los traslados sólo a quien deba contestarlos; así como los decretos que contengan órdenes o prevenciones, a quienes deban cumplirlos.

Los decretos en que sólo se mande pasar los autos al asesor, y otros de esta especie, no se notificarán a ninguna de las partes.

Art. 121.—Las citaciones se harán, a más tardar, dentro de veinticuatro horas, contadas desde aquella en que se firmare la providencia que se trate de notificar, bajo la multa de dos sucres por cada día de retardo, que, en tal caso, será impuesta de oficio por el juez de la causa. Podrá revocarse la multa si fuere justificable el retardo.

Esta multa no podrá exceder de doscientos sucres, en los juicios de mayor cuantía; y de cincuenta, en los de menor cuantía.

Art. 122.—Son efectos de la citación:

1º Dar prevención en el juicio al juez que manda hacerla:

2º Interrumpir la prescripción:

3º Obligar al citado a comparecer ante el juez para deducir excepciones:

4º Constituir al demandado poseedor de mala fe, e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda, según lo dispuesto en el Código Civil; y

5º Constituir al deudor en mora, según lo prevenido en el mismo Código.

Art. 123.—En todo juicio la citación de la demanda se hará en la persona del demandado o de su procurador;

mas, si no pudiere ser personal, según el art. 106, se hará por tres boletas, en tres distintos días, salvo siempre los casos de los arts. 112 y 113.

Para las demás citaciones bastará una boleta, aun cuando constare que la parte se ha ausentado.

Art. 124.—Si el demandado no compareciere en el término legal, después de citado de la demanda, se le declarará rebelde, a solicitud de la otra parte. Se le hará saber esta providencia; y no se contará más con él, sino para notificarle la sentencia.

Pero si el rebelde compareciere, se le oirá, y tomará la causa en el estado en que la encuentre, previo pago a la otra parte de los gastos que hubiere hecho por él.

Art. 125.—La citación de que trata el art. 1834 del Código Civil, no puede pedirse sino dentro del término de contestar a la demanda; y, pedida, se notificará la demanda al vendedor, para que, dentro del término legal, pueda oponer excepciones. Esta notificación se hará con arreglo al inciso 1º del art. 123.

Art. 126.—En toda notificación de traspaso de un crédito, la cual se hará en la forma ordinaria, se entregará al deudor una boleta en que conste la nota del traspaso y se determinen el origen, la cantidad y la fecha del crédito. Si el título fuere una escritura pública, se indicará, además, el protocolo en que se haya otorgado, y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que éste sea válido.

La cesión de un crédito hipotecario no surtirá efecto alguno si no se tomare razón de ella, en la Oficina de Inscripciones, al margen de la inscripción hipotecaria.

Se cumplirá la exhibición prescrita por el Código Civil, dejando, por veinticuatro horas perentorias, el documento cedido, en el despacho del funcionario que hiciere la notificación, para que pueda examinarlo el deudor, si lo quisiere.

Del cumplimiento de este requisito se dejará constancia en autos.

Art. 127.—En la notificación de la orden de retención o embargo, se entregará también al deudor una boleta en que conste la providencia judicial respectiva.

Exposición doctrinal

SINOPSIS

(Continuación del programa)

388.—División de la materia.

§ 1º.—Citación, emplazamiento, notificación.—Habitación

389.—Significación jurídica de la *citación*, del *emplazamiento* y la *notificación*.

390.—Deber legal de indicar la habitación u otro lugar para las notificaciones.—Sanción.

§ 2º—Forma

391.—Forma de la citación.—Su evolución histórica.—Sus diversas especies, según nuestra ley.—Inconvenientes de la *personal*.—Reformas necesarias.

392.—Diversidad de citaciones, por razón del funcionario llamado a practicarlas.—Doble oficio de los Escribanos.—Sus inconvenientes.

393.—Casos de citación personal y por boleta.—Comisiones y exhortos.

394.—Citación por la imprenta o por edictos.—Citación por oficio.

395.—*Comunidades de indios* u otras análogas.—Su concepto y naturaleza.—Sus antecedentes históricos.—Su representación activa y pasiva en juicio.—Forma de la citación.—Reformas necesarias.

§ 3º.—Efectos

396.—Efectos jurídicos de la citación o notificación, en general.

397.—Efectos de la notificación de la demanda: Primero: la prevención.—Relación del art. 122 con el 19.

398.—Segundo efecto: Interrupción de la prescripción.—Paralelo con el Código Civil.

399.—Tercer efecto: Obligar al citado a comparecer ante el juez para deducir excepciones.

400.—Efecto cuarto: Constituir al demandado poseedor de mala fe, e impedir que haga suyos los frutos, según lo dispuesto en el Código Civil.

401.—Quinto efecto: Constituir al deudor en mora, según lo prevenido en el mismo Código.

402.—Otros efectos de la citación: Convertir en litigiosos el crédito cedido y la cosa demandada.

402 Bis.—Demanda inepta o citación nula

§ 4º.—Citación de saneamiento.—Notificación de traspaso, retención o embargo de créditos

403.—Reglas sustantivas sobre la citación de saneamiento en la compraventa.—Tiempo, forma y efectos de la citación.—Omisión o nulidad de la citación.—Defensa del comprador demandante.—Saneamiento de gravámenes.—Saneamiento en otros contratos.

404.—Notificación del traspaso y de la retención de créditos.

Conclusión

405.—La citación es, por la forma, instrumento público.—Efectos de la omisión de las formas.—Falsedad de la citación.

DESARROLLO

LECCION I

División de la materia.—Definiciones.—Forma

388.—División de la materia.

Sabemos ya que el primer período del juicio, el de la litiscontestación, consta de tres elementos o partes principales, la demanda, en que se deduce la acción; la citación, en que se comunica al demandado la demanda y se le llama a juicio, y la contestación expresa o tácita del demandado. A estas partes, que pueden actuarse en diversas formas, pueden agregarse otras, más o menos importantes.

Hemos estudiado ya la primera parte, la demanda; vamos a ocuparnos ahora en la segunda; pero entendiéndose que el Código trata en esta SECCIÓN, no sólo del acto en que se comunica la demanda al demandado, sino de los demás en que se hace saber a las partes otros pedimentos o las resoluciones judiciales.

Para proceder metódicamente, dividiremos la materia de este modo:

1º Significado jurídico de las voces técnicas *citación*, *emplazamiento* y *notificación*.—Señalamiento de habitación o lugar.

2º Forma de la citación, notificación o emplazamiento.—Comunidades de indios.

3º Efectos jurídicos de la citación.

4º Reglas especiales sobre la citación de saneamiento y la notificación del traspaso, retención y embargo de créditos.

§ 1º

CITACIÓN, EMPLAZAMIENTO, NOTIFICACIÓN.—HABITACIÓN

389.—Significado jurídico de la citación, del emplazamiento y la notificación.

Al determinar el Código la materia de esta SECCIÓN, dice simplemente: «DE LA CITACIÓN»; y la definición contenida en el primer artículo, en el 105, habla también

únicamente de la *citación*. Mas en otros artículos de ésta y de otras SECCIONES, usa indistintamente, ya de la voz *citación*, ya de *notificación*, sin haber definido la segunda, y como si las dos significaran lo mismo.

Debemos, por tanto, concluír que, en nuestro lenguaje legal, no hay diferencia entre las dos voces técnicas, y que una y otra consisten *en el acto de hacer saber oficialmente a las partes los escritos o pedimentos y las providencias o resoluciones judiciales.*

Mas, prescindiendo del Código, y ateniéndonos a la etimología de las palabras y al sentido en que se las ha empleado siempre en las legislaciones, sí tenemos diferencias sustanciales.

Citación, del verbo latino *cito, citare*, citar, derivado de *cieo, ciere*, llamar en alta voz o imperiosamente, provocar, incitar, es el acto de comunicar oficialmente el llamamiento a juicio o a la práctica de algún acto o diligencia judicial.

Emplazamiento es el señalamiento de un plazo en el cual se debe comparecer ante el juez, personalmente o por escrito, a contestar una demanda, sostener una instancia o cumplir otro mandamiento judicial.

Notificación, de *notus*, conocido, y *facere*, hacer, es el acto de poner en conocimiento de las partes litigantes, con las formalidades legales, el contenido de escritos o pedimentos y las resoluciones o providencias judiciales. (1)

Síguese, por tanto, que, etimológicamente, la *notificación* es género, y la *citación* y el *emplazamiento*, especies; la primera significa hacer saber judicialmente; la segunda, hacer saber, con llamamiento para realizar un acto; y la tercera, hacer saber, con llamamiento y fijación de plazo para el cumplimiento de un deber. Por manera que en todo emplazamiento hay citación, y en toda citación, notificación; pero no en toda notificación hay citación o emplazamiento. Carv., T. 1º, pág. 54.

(1) La Part. III dice, en la Ley 1ª, Tít. 7: «Emplazamiento es llamamiento que facen a alguno que venga ante el juzgador a facer derecho o cumplir su mandamiento.»

Y en el Digesto (L. II, Tít. IV) dice Paulo: *In jus vocare est jus experiundi causa vocare.* Llamar a juicio, es llamar a otro para examinar la razón de su derecho.

Se habla también de emplazamiento para actos que deben efectuarse en día fijo. C. Per. antig., art. 312.

Mas, como ya hemos dicho, en nuestro lenguaje legal, *citación* y *notificación* significan lo mismo, el acto de hacer saber judicialmente alguna cosa, haya o no llamamiento o señalamiento de plazo. Y la voz *emplazamiento* no se usa sino una sola vez, en el art. 369, al tratar del término de la distancia, como lo veremos en su lugar.

Mejor habría sido que el Código dijese: «DE LA NOTIFICACIÓN», y no «DE LA CITACIÓN» en el título de esta SECCIÓN, consultando la propiedad de las voces y la armonía con el sentido en que ellas se han empleado siempre en el lenguaje jurídico (1)

El sentido etimológico y legal de las palabras notificación y citación nos sirve también para conocer el régimen gramatical. Así hay impropiedad en decir notificar *con* la demanda, *con* la sentencia, etc.; debe decirse notificar la demanda, la sentencia a fulano, esto es, hacerle saber.

Cuanto al verbo *citar*, si le tomáramos en el sentido de *llamar*, deberíamos, talvez, emplear la partícula *con*. Llamarle a juicio a fulano *con* tal demanda; pero nuestro Código le da el sentido de *hacer saber*, identificándole a *notificar*. Por consiguiente, debemos decir citar la demanda a fulano, citar el decreto o la sentencia a sutano, etc.

A veces se pone como complemento directo la persona a quien se hace la notificación, usando la voz pasiva: "He sido citado o notificado de tal demanda, decreto, etc. Pero se puede decir también: "Se me notificó tal demanda o decreto".

390.—Deber legal de indicar la habitación u otro lugar para las notificaciones.—Sanción.

Por la notificación, la autoridad hace saber sus resoluciones a la parte a quien interesan. Nada más natural, por lo mismo, que los interesados indiquen previamente a

(1) El Código Español dice: «*Título IV.*—De las actuaciones y términos judiciales.... Sección tercera.—De las Notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos».

El Mexicano, el peruano actual, el chileno y otros dicen sólo *De la Notificación.*

El Peruano antiguo, algo diverso del nuestro en este punto, decía: «*De la Citación.* Art. 596.—Todo el que ha sido demandado ante un juez, debe ser citado y emplazado.... Art. 602.—La citación verbal, se practicará por medio de papeletas o cédulas de emplazamiento. La citación escrita por medio de la notificación».

la autoridad el lugar en donde pueden ser encontrados; que le den su dirección, como la más elemental cultura exige entre personas que se ponen en relación o se necesitan mutuamente por cualquier motivo. Nuestro Código, empero, nada decía sobre el particular, hasta el año 1911, en que, acogiendo el proyecto que presentamos en 1909, se expidieron las reformas que, con ligeras modificaciones posteriores, rigen en la actualidad, consignadas en los arts. 107, 108, 109, 110 y 111. Antes de eso, cualquiera dejaba un escrito al Escribano; y, dictada la providencia o resolución, éste necesitaba andar en busca y averiguación de aquel peticionario y de las demás personas con quienes debía contarse, en razón del mismo pedimento; y esto, a más de causar molestias al actuario y distraerle de sus ocupaciones, daba lugar a frecuentes nulidades procesales y aun a graves consecuencias de carácter sustantivo, cuando se trataba, por ejemplo, de interrumpir una prescripción, si el actuario, llevado de falsas informaciones, dejaba la boleta en una habitación diversa de la del individuo citado.

La reforma eliminó tan notables anomalías e inconvenientes, estableciendo las reglas que puntualizaremos al estudiar, en la parte legal, los susodichos arts. 107, 108, 109, 110 y 111.

La sanción para los litigantes que, debiendo dar al juzgado su dirección para las notificaciones, lo omitieren, es la de que no se les vuelve a notificar, como también lo veremos al estudiar dichos artículos.

§ 2º

Forma

391.—Forma de la citación.—Su evolución histórica.—Sus diversas especies, según nuestra ley.—Inconvenientes de la personal.—Reformas necesarias.

En la forma de la citación, como generalmente en las formas requeridas por la vida jurídica y social, se revela la índole y cultura de los pueblos y la evolución producida por el tiempo y la civilización. Bajo el rudo y sencillo sistema de las Doce Tablas, el actor intimaba personalmente a su adversario para que compareciese ante el juez, y caso de omisión o resistencia, lo conducía por su propia fuerza, *obtorto collo*, del pescuezo.

Mas, de otro lado, el religioso respeto a la inviolabilidad del domicilio hacía que, si el individuo a quien se intentaba demandar estaba dentro de su casa, el actor tuviese que llamarle a gritos, de afuera, desde donde alcanzase a verle. La *citación* en su primitivo sentido etimológico.

El desarrollo y la cultura social hicieron reconocer bien pronto la necesidad de las formas, e instituyóse la citación por medio de agentes de justicia, *viatores*, con diversas ceremonias simbólicas (1); y en el Digesto de Justiniano se dedicó un largo capítulo al llamamiento a juicio *in jus vocatio*. Lib. II Tít. IV.

Las legislaciones modernas, lo mismo que las antiguas, difieren entre sí en el detalle de sus formas; pero todas han prestado especial atención al importantísimo trámite de la citación de la demanda o llamamiento a juicio, de trascendentales consecuencias, como ya lo veremos en esta misma Sección. Sin preocuparnos de esos detalles, por carecer de interés práctico, y reservando sólo hacer ciertas comparaciones en los lugares respectivos, vamos a tratar de nuestras formas legales, procurando hacer un cuadro sinóptico de los distintos casos previstos por el Código, dentro de su sistema.

Veamos primero las diversas formas de citación, y determinemos en seguida los casos en que se emplea cada una de esas formas.

La citación o notificación puede ser, por razón de la forma, *personal*, *por boleta*, *por edictos*, *por la prensa y por nota u oficio*.

La *citación personal* consiste en la manifestación que de la providencia o resolución judicial y de la solicitud que la ha ocasionado, hace el actuario a la parte a quien se dirige, leyéndoselas o permitiéndole leerlas en su presencia, y consignando en el proceso la respectiva constancia o certificación de ese acto, suscrita por la persona a quien se notifica, o bien por un testigo, si dicha persona no quiere o no puede firmar, y por el actuario, con expresión del día y la hora de la diligencia.

(1) La citación a los testigos se practicaba, tanto entre los romanos, como entre los griegos y germanos, por medio del acto alegórico de tocarles la oreja, puesto que entre estos pueblos estaba consagrada la oreja a la memoria, así como lo estaba la frente al pudor, la mano derecha a la buena fe, y las rodillas a la compasión.