

Esta es una forma muy imperfecta e inconveniente. Esa lectura del Escribano (y aun la lectura propia) no le permite a una persona no muy versada en asuntos judiciales, formar idea cabal del asunto. Hasta el estado del ánimo, algo sorprendido o contrabado en esos momentos, contribuye a ello. Y con frecuencia, los pedimentos y las providencias contienen muchas partes y versan sobre distintas cosas, de modo que resulta imposible recomendar todo a la memoria, con sólo aquella lectura.

Hay personas de consideración que, después de notificadas, acuden al abogado, pero no dan razón ni de quien les notificó, ni sobre que asunto versó la diligencia.

Insistimos, por tanto, con especial recomendación, en lo que dijimos al tratar de la prop. 379, respecto de la conveniencia de que se entregase a la parte citada copia de la providencia o resolución judicial, al pie del duplicado del escrito o pedimento de la parte contraria, que haya dado lugar a esa providencia o resolución.

Muy ventajoso, por muchos respetos, sería que pudiésemos introducir en nuestro sistema procesal, esta reforma, adaptada ya en varias legislaciones modernas (1).

(1) Código Español: «Art. 515. A todo escrito que se presente en los juicios declarativos se acompañarán tantas copias literales del mismo en papel común, cuantas sean las otras partes litigantes, cuyas copias suscribirán, respondiendo de su exactitud, el Procurador o la parte, en su caso.

Para este efecto, se considerarán como una sola parte los que litiguen unidos y bajo una misma dirección.

Se exceptúan de dicha prescripción los escritos expresados en el número 4º del art. 10º».

Código Peruano: «Art. 124. De todo escrito o instrumento que se presente acompañará el interesado, en papel común y bajo su firma, tantas copias cuantas sean las personas con quienes litigue o intente litigar, sin cuyo requisito no será admitido el escrito por el escribano o secretario de la Corte.

Se exceptúan de esta disposición los escritos sobre apremio o rebeldía, fijados en el día para la ejecución de algún acto, próroga de términos y señalamiento de nueva vista.»

Código Chileno: «Art. 32. Junto con cada escrito deberá acompañarse en papel simple tantas copias cuantas sean las partes a quienes deba notificarse la providencia que en él recálga, y confrontadas dichas copias por el Secretario, se entregarán a la otra u otras partes, o se dejarán en la Secretaría a disposición de ellas, cuando la notificación no se hiciere personalmente o por cédula.

Se exceptúan de esta disposición los escritos que tengan por objeto personarse en el juicio, acusar rebeldías, pedir apremios, próroga de términos, publicación de probanzas, señalamiento de vistas, de suspensión y cualesquiera otra diligencias de mera tramitación.

Si resultare desconformidad sustancial entre las copias y el escrito original, podrá el Tribunal imponer una multa de diez a doscientos pesos, sin perjuicio de las demás acciones que competan.»

El doctor de la Lama, comentando esta reforma, en su Apéndice 27, la encamina, como merece, y hace presente que va siendo generalmente admitida en los Códigos modernos.

La citación por boleta consiste en la entrega de una copia comprensiva de la providencia o resolución judicial y del pedimento que la ha ocasionado, sentando también razón o constancia en el proceso, suscrita por la persona que recibe la boleta o por un testigo y por el actuario, con expresión de la fecha y hora. (El Código no dice aquí *la hora*, pero es indudable que se la deba expresar; y al comentar el respectivo artículo, indicaremos el motivo de esta omisión o silencio del Código).

La boleta debe ser entregada a un individuo de la familia o servidumbre de la persona a quien se notifica; y caso de no haberla, se la fija en las puertas de la habitación de la misma persona (1).

La citación por edictos se efectúa fijando en lugares públicos una copia de la providencia o resolución judicial y del correspondiente pedimento, y dejando también en el proceso constancia o certificación suscrita por el actuario. (Aquí no exige la ley la intervención de testigo).

En la práctica se ha establecido agregar al proceso uno de los carteles desfilados, para mejor constancia del cumplimiento de la orden o disposición respectiva.

La citación por la imprenta se hace insertando en un periódico del lugar la providencia o resolución y el correspondiente pedimento, y dejando constancia en autos, como en el caso de los edictos. También se acostumbra acompañar un ejemplar de la hoja periódica en que se ha hecho la publicación.

392.—Diversidad de citaciones por razón del funcionario llamado a practicarlas.

La función de la notificación a las partes incumben, según nuestro sistema legal, al actuario que interviene como auxiliar y dependiente del juez, y como especialmente encargado de la fe pública en las diligencias procesales.

(1) Hasta 1911 teníamos la absurda y ridícula regla de la boleta fijada en las puertas del despacho judicial, cuando la persona citada no tenía *habitación convecina* o cuando vivía en *las afueras* del lugar del juicio. Nuestra reforma que, propuesta en 1909, fue aprobada en 1911, tuvo, como segunda parte, la abolición de la tal boleta, según lo veremos en la Parte Legal.

Por consiguiente, si la causa se sigue o actúa ante la Corte Suprema o alguna de las Superiores, tócale al respectivo Secretario Relator la práctica de esas diligencias; Mas, por aliviar las complicadas labores de ese funcionario, estableciéndose en una de las reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que las notificaciones de las sentencias o autos se hicieran siempre por el Secretario, y las de los meros decretos, por el Secretario o por el Oficial Mayor, indistintamente. (Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 122, N° 89).

Si el juicio versa ante un Juzgado de Letras, todas las notificaciones deben hacerse por el respectivo Secretario; si ante un Alcalde Cantonal, por el Escribano en cuya oficina se haya planteado el asunto; si ante un juez parroquial, por el mismo juez de la causa; si ante un juez especial cualquiera, por el Secretario que con él actúe.

Para el caso de falta o impedimento de cualquiera de los actuarios que acabamos de enumerar, la Ley Orgánica establece la manera de reemplazarlo.

Con respecto a los Escribanos, hemos observado al estudiar la Ley Orgánica, que desempeñan, en nuestro sistema, dos funciones o empleos diversos, el de actuarios en los procesos, como órganos del Poder Judicial, y el de notarios, llamados a intervenir en actos extrajudiciales, por vía de solemnidad. Lo cual complica sobremedera sus atenciones y tiene graves inconvenientes.

En el primer carácter, en el de actuarios en los juicios, son los secretarios de los Alcaldes, pero con la particularidad de que no corresponde uno a cada juez, como pasa en los Juzgados de Letras y en cualquier otro juzgado, sino que todos son llamados a servir en esa calidad a cualquiera de los Alcaldes del cantón; de manera que la función procesal viene a ser entre ellos, en cierto modo, *acumulativa*, como la de los jueces, excluyendo, en cada causa, el uno de ellos a los otros, por haberse anticipado a intervenir. Cosa bastante sui generis y peculiar de nuestro sistema.

Dos veces hemos propuesto a la Legislatura la separación de funciones tan distintas y extrañas, cuya acumulación tradicional no puede explicarse sino porque antiguamente, en esos empleos, como en varios otros, era pequeño y fácil el trabajo de los funcionarios respecti-

vos (1). Ambas veces se aprobó la reforma en la Cámara a que pertenecíamos, y se la archivó en la otra; pero creemos que convendría insistir, tanto más cuanto la aglomeración de trabajo está dando lugar a corruptelas peligrosas y altamente nocivas de la moral pública, como la de que los escribanos y los secretarios se valgan, para las notificaciones, de uno cualquiera de sus amanuenses, y no obstante, asienten en el proceso la falsedad de haber practicado por sí mismos la diligencia, y den fe de ello.

Indispensable, urgentísimo es, bien compeler a éstos funcionarios, bajo severas, inmediatas y eficaces sanciones, a cumplir su deber, tal como la ley lo establece; bien que reformemos ésta, creando el *ujier* u otro empleado que deba desempeñar esa función como propia y bajo su responsabilidad personal. Problema algo difícil entre nosotros.

Y qué diremos de la iniquidad, ya no muy rara, de consignar en los procesos que se fijó la boleta en las puertas de la habitación señalada, sin que haya habido jamás tal boleta ni tal fijación; y de modo que el interesado no llega a tener noticias de la resolución judicial, sino cuando ya ha quedado legalmente ejecutoriada!.... Pervertida la moral de los pueblos, no queda base alguna para la estabilidad de sus instituciones y de los derechos de los individuos. . .

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

Para resolver este punto, debemos hacer distinciones y subdivisiones, del modo siguiente:

1ª. Está o no está en el lugar del juicio la persona que debe ser citada:

2ª. Si está en el lugar, se subdistingue: la encuentra o no la encuentra el actuario. Si la encuentra, le hace la citación personal:

(1) Hasta hace unos veinticinco años, el Secretario del Concejo Municipal era a la vez Anotador de Hipotecas; y la antigua costumbre hacía considerar esos dos cargos como uno solo. Y de tiempos anteriores recordamos que todo el que tratava de instalar una peluquería (que entonces se llamaba barbería) rendía examen ante la Policía de cortar el pelo y la barba, sacar muelas y sangrar; porque los tres oficios se consideraban también como uno solo. Curiosidades históricas, que prueban la rápida evolución de los pueblos. No han pasado de esto treinta años, más de cuarenta años.

3ª Si no la encuentra, se hace una nueva distinción. Si se trata de la demanda, se le cita por tres boletas dejadas en tres distintos días, en la habitación correspondiente, según las reglas que luego estudiaremos (arts. 107, 108, 109, 110 y 111). Si se trata de notificar otro acto, se hace la notificación por una sola boleta en la habitación susodicha:

4ª Si la persona que debe ser citada no está en el lugar, se distingue igualmente. Si ya ha figurado o comparecido en la causa, se la cita por una boleta en la habitación indicada. Si aun no ha intervenido en el asunto, se practica la citación mediante comisión o deprecatorio al juez del lugar en donde la dicha persona se encuentra. Se usa la comisión o deprecatorio, según que el encargo se haga de superior a inferior o de igual a igual, como indicamos al explicar la prop. 86 (T. 1º, pág. 164):

5ª El juez comisionado debe hacer, por sí o por medio de su actuario, según se trate de un Juez Parroquial o de un Alcalde Cantonal o un juez especial, la notificación personal o por tres boletas, según los casos o conforme a las reglas precedentes:

6ª Por excepción, en los casos de citación personal, se entrega también boleta, si se trata de hacer saber el traspaso de un crédito o una retención o embargo, como veremos al estudiar los arts. 126 y 127.

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

La citación por la imprenta o por edictos, caso de no haber imprenta en el lugar, se emplea únicamente cuando va dirigida, no a una persona determinada, sino indistintamente a todos los que puedan tener interés en el asunto; v. g.ª, cuando se publica la apertura de una sucesión, o la formación de un concurso de acreedores o la petición de adjudicación de aguas, minas, etc. Esa publicación tiene por objeto el que pueda presentarse cualquier interesado, con el fin de reclamar sus derechos o evitar un perjuicio.

Aquellas personas no determinadas individualmente, son las *inciertas* de que habla el art. 112. No cabe, por tanto, aplicar ese artículo a las personas que, habiendo sido llamadas individualmente a intervenir en el juicio, no son

conocidas personalmente del juez o del actuario o de la misma parte interesada que con ellas pretende litigar, ni tampoco a las que, por estar ausentes u ocultas, no se conoce su paradero.

En legislaciones extranjeras se encuentra, a veces, el uso de la imprenta para alguno de estos casos; mas nosotros necesitamos recurrir al nombramiento de curador de ausentes o a la indagación personal, según las circunstancias. Véase el comentario al art. 112.

La nota se emplea cuando el juez tiene que dirigirse a otros funcionarios que no son partes en la causa, ni figuran en ella como dependientes o auxiliares, ni son sus inferiores, para que manden conferir una copia o practicar otra diligencia concerniente al juicio (1).

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.

Nada más confuso y embrollado, en nuestras instituciones jurídicas, que estas comunidades, resto del régimen colonial.

En el Derecho civil vigente, *comunidad* es la relación jurídica proveniente del condominio de dos o más personas sobre una universalidad de bienes o sobre uno o más bienes determinados. La comunidad es un *casocontrato*, porque esa relación jurídica se produce *sin convención*, por el mero hecho lícito y voluntario, de adquirir dos o más personas una cosa singular o universal.

Si muere un individuo, dejando dos o más herederos, éstos, por el hecho de aceptar la herencia, se constituyen en comunidad, mientras subsiste la indivisión. Si se deja un legado a dos o más personas, que lo aceptan; si, por cualquier título, dos o más individuos adquirieren una cosa cualquiera, pro indiviso, están también en *comunidad* mientras dure la indivisión.

Cada comunero tiene una cuota o parte alicuota en la cosa común: una mitad, un tercio, un décimo, etc.; pero las cuotas pueden ser iguales o desiguales, según el título de que se origine la comunidad.

(1) Código Peruano antiguo, art. 136, inciso 2º.—«A los funcionarios públicos, que no son parte en el juicio, el juez les dirigirá oficio, transcribiéndoles la resolución que deban conocer o cumplir en su carácter oficial».

La comunidad difiere esencialmente de la sociedad, en que ésta es persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados; capaz de derechos y obligaciones, diversos de los derechos y obligaciones de los socios, y capaz también de ser representada judicialmente.

Por el contrario, la comunidad no tiene personalidad propia; no hay en ella sino condóminos, y son éstos los que, a nombre propio, es decir, por sus respectivas cuotas, deben hacer valer sus derechos comprendidos en la comunidad.

A más de las sociedades civiles y mercantiles, hay otras personas jurídicas que se rigen, respectivamente, por el título final del Libro 1º del Código Civil o por leyes y reglamentos especiales.

Las comunidades de indios o de otros que se hallan en el caso de éstos, (palabras del Código, fundadas en que también hay comunidades de *blancos* o de *indios* y *blancos*) de que se trata en el art. 113, nada, absolutamente nada tienen que ver con la comunidad del Código Civil; son agrupaciones de individuos y familias que disfrutan en común de cierto territorio, para el pastoreo de ganado, extracción de leña o paja u otros usos análogos, y alguna vez también para pequeños cultivos, sin otro título, acaso, que el de residir desde tiempo inmemorial, en el mismo territorio o en sus cercanías, y sin que cada comunero sea *condómino* ni tenga sobre la cosa ningún derecho propio y exclusivo, ni tampoco cuota alguna determinada o fracción de la unidad. Todo esto, sólo de hecho y por tradición o costumbre, sin que ley alguna vigente lo establezca ni lo reglamente de ninguna manera.

La tiránica opresión que los blancos ejercían sobre la raza vencida, haciéndola víctima de toda clase de atropellos y extorsiones, sugería a los Monarcas españoles algunas medidas de protección y amparo, y entre ellas la de reconocer (digamos *restituir*) a los indios de cada parcialidad o recindario, cierta porción de territorio en que pudiesen vivir con relativa independencia y seguridad. Con la propia mira de protección; se les hacía también por los terratenientes asignaciones testamentarias, donaciones, etc. de algunas porciones de territorio.

La propiedad de esos terrenos pertenecía, no individualmente a los agraciados que a la sazón existían, sino a la agrupación misma, a esa población más o menos numerosa, vinculada entre sí por aquel interés común, y susceptible de modificarse y cambiar de personal o renovar, en virtud de su natural evolución y desarrollo, y de la extinción y renacimiento de las generaciones.

Así constituidas esas agrupaciones, con la denominación de *reducciones* o *comunidades*, *doctrinas*, *composiciones*, etc. (1) reunían los caracteres esenciales de las personas jurídicas de Derecho público; porque, fundada su existencia en la ley, tenían derechos independientes de los de sus miembros individualmente considerados, y aun representantes legales o personeros instituidos por las propias leyes. Erañ, como sostiene un notable juriconsulto (2), partes o secciones de la nación, que en el sistema de división territorial, ocupaban un grado inferior al de las parroquias.

Mas, por lo mismo que, de ser personas jurídicas aquellas reducciones o comunidades coloniales, debían serlo de *Derecho público*, no podían menos que desaparecer y quedar extinguidas por el hecho de nuestra emancipación de la Metrópoli, que puso término al régimen político español, a menos que nuestras propias leyes las dejaran subsistentes de modo expreso o tácito.

Sucedió, según parece, lo segundo. La independencia de España no cambió ni cambiar podía de pronto la índole y el modo de ser de los indios oprimidos y de los blancos opresores; y ante la subsistencia de las necesidades, no podían menos que conservarse los medios creados para atenderlas, arraigados en las costumbres, siquiera ineficaces o deficientes.

Quedaron, pues, subsistentes las comunidades; y nuestras leyes patrias las han reconocido, siquiera incidentalmente, en diversas épocas (por lo general a propósito de venta de terrenos baldíos), sin preocuparse jamás de fijarles con precisión las condiciones de existencia, ni de reglamentarlas de ningún modo, y antes bien con propensión a disol-

(1) *Composición* era el arreglo que los poseedores de cierto tiempo de terrenos *mostreros* o *baldíos* celebraban con el Gobierno para obtener el título de propiedad, sin los trámites de subasta ni otros requisitos.—Diccionario Peruano, Tomo 1º, págs. 219.—Recop. de Indias, Ley 19, Tit. XII, Lib. IV.

(2) Borja, en un importante alegato, publicado en la Revista Forense, N.º 70.

verías, por medio de la división entre los mismos indios, que sustituya con la propiedad privada, esa indivisión de la tierra y las iniciativas inertes las fuerzas productivas de la gran manera al desarrollo de la agricultura y de la industria.

La ley colombiana de 11 de Octubre de 1821, después de ponderar en sus considerandos la conveniencia de la venta de los terrenos baldíos, para el fomento de la agricultura, autorizó, en su primer artículo, esa venta, pero hizo en el segundo una excepción en favor de los indios, diciendo así:

“Art. 1º—Podrán enajenarse en lo sucesivo, así en las provincias marítimas como en las del interior, las tierras baldías que no han sido antes concedidas a persona alguna, o que habiéndolo sido por composición, han vuelto al dominio de la República según lo dispuesto en las leyes anteriores.

“Art. 2º—Se exceptúan de esta regla las tierras de comunidad de indios y de los pastos y ejidos de villas y ciudades, sobre que continuarán observándose las que rijen en el particular”.

En el art. 3º declaró abolido el método de composición establecido por la ley de 15 de Octubre de 1754 y por otras leyes; y en los demás artículos siguió reglamentando la venta de los terrenos baldíos (fojas 208).

La ley de 24 de Octubre de 1863, sancionada el 4 de Septiembre de 1865, considerando también la consabida necesidad de fomentar la agricultura, mediante la venta de los terrenos baldíos, y agregando que para este fin convenía también la venta de los de *resguardado y reversión* (que así se llamaban los de las comunidades) resolvió:

1º Que los bienes de esta última clase que estuviesen poseídos en común por los indígenas, continuasen en la misma condición;

2º Que los que hubiesen sido distribuidos y estuviesen en la posesión particular de determinados individuos de la comunidad se adjudicasen a éstos en propiedad exclusiva; y

3º Que la parte restante de esos bienes se vendiese en pública subasta, y el producto se emplease en la construcción de caminos a la costa.

Terminó declarando derogadas las leyes anteriores sobre el mismo asunto, aunque no fuesen contrarias a ella (1).

(1) Creemos conveniente transcribir los considerandos y los artículos pertinentes a terrenos de reversión: pues todos los demás se refieren, en general, a tierras baldías.

(Ley de 24 de Octubre de 1863, sancionada el 4 de Septiembre de 1865).

CONSIDERANDO:

“1º Que la enajenación de tierras baldías es necesaria para el fomento y ensanche de la agricultura, lo mismo que las de resguardo o reversión de que habla la ley de 11 de Octubre de 1821;

“2º Que la insinuata enajenación es indispensable para hacer frente al crédito público, y fomentar la industria mejorando las vías de comunicación que conducen de los pueblos del interior a los de la costa; y

“3º Que es necesario facilitar y reglamentar la enajenación de dichos terrenos.

DECRETAN:

“Art. 1º—Son tierras baldías todas las comprendidas dentro de los límites de la República, cuyo dominio no pertenece a particulares, corporaciones o comunidades según leyes anteriores.

“Art. 2º—Son tierras de resguardo o reversión las que no siendo de propiedad particular, están comprendidas en los sitios en que se han formado pueblos y reducciones, y se han destinado al uso común o particular de los indígenas.

“Unico: Se exceptúan de esta regla los ejidos de las villas y ciudades, que continuarán perteneciendo en propiedad a las Municipalidades.

“Art. 14.—Las tierras baldías, poseídas y cultivadas por indígenas y personas miserables, serán adjudicadas gratuitamente a los poseedores, siempre que presenten sumariamente ante el Juez Letrado de Hacienda o ante el Juzgado 1º Municipal de la cabecera del cantón capital de la provincia, su imposibilidad de satisfacer el valor que hayan podido tener cuando se hallaban eriales.

“Art. 15.—Las tierras de resguardo o reversión de que los indígenas han estado aprovechando en comunidad, continuarán para su uso común; y las que han estado distribuidas para el uso particular de cada indígena y de que se hallen en posesión, quedan en pleno dominio y propiedad de estos, cualquiera que sea la extensión de dichas tierras, pudiendo en lo sucesivo disponer de ellas sin contradicción como verdaderos dueños; para cuyo efecto les conferirá el Gobernador de la provincia el título respectivo de propiedad.

“Art. 16.—La porción sobrante de las tierras en los términos del artículo anterior, se venderá en la forma prescrita para la enajenación de los terrenos baldíos, no admitiéndose para su pago billetes de crédito público; pues el precio debe satisfacerse en dinero.

“Art. 17.—El Gobernador de la provincia ordenará que los terrenos de reversión sobrantes, después de excluidas las porciones de que habla el art. 15, se saquen a remate, previa mensura y determinación de su extensión y límites.

“Art. 18.—El producto de la venta de los terrenos sobrantes de reversión, a que se contrae el artículo precedente, se aplicará a la composición de caminos que conducen a la costa, siempre que no se hubiere destinado a otro objeto especial por la Legislatura.

“Unico: La designación de los caminos en que debe, según el inciso anterior, emplearse el producto de la venta de los terrenos de reversión, será hecha por las juntas provinciales.

“Art. 19.—En caso de que las tierras de reversión tuviesen regadíos, se dividi-

Después de esto, nada encontramos en nuestras leyes que se refiera directamente a comunidades de indios o a terrenos de resguardo o reversión; y cuando hasta se creía por personas ilustradas haber desaparecido de nuestras instituciones, si no de hecho, por lo menos de derecho, las dichas comunidades, nos salió el Código de Enj. de 1878 con la regla (hasta ahora vigente en el art. 113) sobre la manera de hacer la citación de la demanda a una *comunidad de indios o de otros que estén en el mismo caso*.

Existen, pues, las comunidades de indios y de blancos, con sus intereses colectivos, diversos de los personales de sus miembros, y con su propia naturaleza jurídica (quizá como personas jurídicas de Derecho público, por más que esto sea una gran anomalía en nuestras instituciones); existen de hecho y de derecho, y aunque sin representantes legales.

Restanos sólo examinar cómo pueden figurar en juicio, y cómo han de ser citadas.

Representación activa y pasiva de las comunidades.—La manera de citarlas.—Para el caso de que las comunidades quieran figurar como actoras, nada dice el Código, absolutamente nada; y como sería absurdo deducir de allí que no pueden proponer demanda alguna, ya que eso equivaldría a negarles el derecho de defensa y la protección de las leyes, sígnese que las acciones que les conciernen deben ser intentadas, bien por todos los miembros de la comunidad, bien por la mayoría, bien, en fin, por un número cualquiera de ellos y aun por uno solo.

Exigir la totalidad o la mayoría conduciría al mismo absurdo, puesto que el número de los comuneros es absolutamente indeterminado y variable; se forma de personas

rá el agua que los forma en porciones proporcionadas a las que, según esta ley, quedan adjudicadas a los indígenas.

«Art. 21.—Quedan derogadas todas las leyes sobre terrenos baldíos y de resguardo o reversión, aun cuando no fueren contrarias a la presente.»

Los demás artículos se refieren a los terrenos baldíos, y según lo concierne en la denuncia, avalúo, remate, etc.

La ley de 5 de Noviembre de 1867 generalizó esta generosísima concesión, declarando propietarios a todos los poseedores de terrenos baldíos o municipales, sin consideración a su raza o condición (pág. 37).

Pero también la ley de 1865 fue derogada expresamente por la de 7 de Diciembre de 1875, sobre «enajenación de tierras del Estado», en la que nada absolutamente se dijo sobre comunidades (fojas 110 de la Colección).

capaces e incapaces y no habría medio alguno de hacer constar en el juicio la dicha totalidad o mayoría. Resta sólo aplicar, por analogía—pero por evidente analogía—el art. 2068 del Código Civil, relativo al caso en que los socios no han nombrado administrador, como se lo aplica, en virtud del 2287, a las comunidades de que él trata en el párrafo 3º del Título XXXIV del Libro IV (arts. 2286 al 2295). La defensa judicial de los derechos es uno de los actos que, según el art. 2119 del mismo Código, pertenece al giro ordinario de los negocios; y a falta de representante común, puede, pues, ejercitarla, a nombre de la comunidad, un número cualquiera de comuneros y aunque sea uno sólo, asumiendo la responsabilidad personal de sus actos para con sus compañeros, por los perjuicios que a la comunidad sobreviniesen.

Esto nos parece lo más razonable en este oscuro problema, indiscutiblemente silenciado por nuestras leyes; y a ello se han inclinado los tribunales, como lo veremos en el capítulo de JURISPRUDENCIA.

La representación pasiva, reglada incidentalmente por el art. 113, a propósito de la citación, no ofrece dificultad. Por la citación por edictos o carteles, en la forma que ya explicamos, al hablar de las *personas inciertas*, y dada la lectura pública que este artículo prescribe, se entiende citada toda la comunidad, y en lo sucesivo se cuenta con el procurador común que los comuneros hayan nombrado. No exige este artículo que el personero sea nombrado por la totalidad de los comuneros ni por la mayoría de ellos; puede serlo por un número cualquiera, aunque sea por uno, y representa legalmente a la comunidad.

Mas aun, no exige el Código que se acuse rebeldía a los comuneros que no han intervenido en el nombramiento de apoderado, ni manda que el juez les declare rebeldes. Lo cual da a conocer que, según el pensamiento del mismo legislador, los que han conferido el poder, cualquiera que sea su número, representan legalmente en el juicio a la comunidad, por medio de su personero.

Si el poder conferido a éste expira, por cualquiera de los medios legales, parece natural se repita la diligencia de los carteles y el pregón, para el efecto de que se constituya un nuevo procurador.

Reforma necesaria.—Es de imperiosa y urgente necesidad una ley que, sin perjuicio de atender, con la sagacidad y eficacia que la complejidad del asunto requiere, al antiguo y justísimo desideratum de llegar a la disolución de estas comunidades, sustituyéndolas con la propiedad privada de los mismos comuneros, en virtud de la división material; reglamentando de algún modo la vida y funcionamiento de ellas, mientras existan; ora proveyéndoles de un representante legal, que pudiera ser el Procurador Síndico o alguno de los Defensores Públicos; ora determinando la forma en que los comuneros deban contribuir, personal o pecuniariamente, a la conservación y defensa de la cosa común, ya en el campo judicial, ya en el privado. En la Academia de Abogados, en el Congreso de Agricultores y aun en las últimas Legislaturas se ha tratado de esto; y hacemos fervientes votos porque se llegue cuanto antes a un resultado práctico.

LECCION II

§ 3º

EFFECTOS

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

El art. 122, que comienza: "Son efectos de la citación . . ." trata sólo de la *citación de la demanda*, que es la que, en el lenguaje doctrinal y en el técnico de otros Códigos, se denomina, *stricto sensu*, *citación o emplazamiento*, y *ajournement* en el Derecho francés. Y nada dice de las demás notificaciones que, en el curso de cualquier proceso, deben hacerse a las partes, para comunicarles las resoluciones o providencias judiciales. Mas, de acuerdo con nuestro sistema procesal y con los principios científicos que lo informan, podemos decir que la notificación de las resoluciones o providencias judiciales a los interesados a quienes van dirigidas, es, por lo general, parte complementaria de la respectiva actuación, indispensable para que dichas providencias o resoluciones surtan sus naturales efectos, ya haciendo correr los términos legales, ya imponiendo la obligación o necesidad de ejecutar ciertos

actos o gestiones; o ya dando lugar a las respectivas sanciones civiles, procesales o penales, por la omisión de dichos actos o gestiones.

Un decreto judicial o un fallo que se guarda en el despacho del juez o en el del actuario, sin comunicarlo a las partes interesadas, no comienza a surtir efectos ni empece a nadie (1).

Asimismo, la omisión o la nulidad de la citación se consideran, por lo general, subsanadas desde que las partes ejecutan la gestión que supone el conocimiento de la respectiva providencia o resolución.

397.—Efectos de la notificación de la demanda: 1º La prevención.—Relación del art. 122 con el 19.

La citación de la demanda produce importantes y trascendentales efectos, de carácter, no sólo adjetivo, sino sustantivo, como vamos a verlo, reconocidos generalmente en las legislaciones y en la doctrina.

El primero de estos efectos, puntualizados por nuestra ley en el artículo que estudiamos, en la *prevención*, que, según ya sabemos, consiste en la preferencia que adquiere un juez para el conocimiento de una causa, entre dos o más que podían hacerlo, es decir, que tenían *jurisdicción acumulativa*. (Tomo 1º, Lecc. IV, Nº 34, págs. 83 y 84; id. comentario del art. 19, pág. 218).

El Código, al definir esa jurisdicción, en el art. 4º, dice que es la que, pudiendo ejercerse por dos o más jueces, queda en el que se *anticipa* en el conocimiento; mas en el 19 y en el 122 que hoy nos ocupa, declara que se *anticipa en el conocimiento* de la causa, no el que dicha la primera

(1) En el Código chileno enc. útramos formalmente consignado este importante principio, en el encabezamiento del capítulo de las Notificaciones, en estos términos:

«Art. 41.—Las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella.

«Art. 58.—Aunque no se hubiere verificado notificación alguna o se hubiere efectuado en otra forma que la legal, se tendrá por notificada una resolución desde que la parte a quien ateece haga en el juicio cualquiera gestión que suponga conocimiento de dicha resolución, sin haber antes reclamado la falta o nulidad de la notificación».

La Academia de Abogados hizo aplicación de ese principio, absolviendo una consulta en sentido de que las diligencias de un sumario no podrían interrumpir la prescripción penal, si el auto cabeza de proceso o la querrela no se hubiesen notificado al sindicado o su defensor.

providencia, sino el que primero hace citar al demandado. Antes de la citación, la providencia no puede surtir ningún efecto, como dijimos en la proposición anterior; la causa no está aún radicada definitivamente en ningún juzgado, y el actor puede retirar su demanda, sin necesidad de desistimiento ni de renuncia de su derecho, porque no ha contraído todavía compromiso alguno con la parte contraria. Por lo mismo, no cabe decirse que el juez está ya conociendo de la causa, esto es, definitivamente encargado de fallarla.

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

Al tratar el Código sustantivo de la interrupción civil de la prescripción adquisitiva, dice:

Art. 2485. Interrupción *civil* es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.

Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes:

- 1º Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal.
 - 2º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o cesó en la persecución por más de tres años.
 - 3º Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.
- En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda.

Este Código, que no se preocupa mucho del tecnicismo del Derecho procesal, usa aquí de las palabras *recurso judicial*, no en el sentido estricto que dichas palabras tienen en el Código de Enj., sino en el vulgar de gestión o reclamación, arbitrio o medida para conseguir un objeto, etc. Mas aun tomando el *recurso judicial* en el sentido de *demandada* o *acción judicial*, hay impropiedad en la definición, al decir que la prescripción se interrumpe por *cualquier recurso judicial*; pues para la interrupción requiérese esencialmente que la demanda sea *perinente*, esto es, apropiada a ese objeto, porque en ella se haga uso del derecho que por la prescripción iba a extinguirse. El dueño de una cosa de que no está en posesión, no puede interrumpir la prescripción de dominio que está corriendo en favor del poseedor, sino intentando la acción apta para defender el dominio, la acción reivindicatoria. Si en vez

de ésta, deduce una acción personal contra el poseedor o alguna otra acción impertinente, no se interrumpirá la prescripción.

Hay, además, cierta incoherencia entre la definición misma, que exige para la interrupción simplemente cualquier acto o gestión judicial del interesado, y el número primero de las excepciones consignadas en el mismo artículo, que manifiesta la necesidad de que la citación sea de la *demandada* y se la haga en forma legal, para que ese efecto se produzca.

Esta vaguedad u oscuridad de la ley sustantiva quedó subsanada en el Código de Enj. de 1869, que al puntualizar en su art. 179 los efectos de la citación, puso en segundo lugar: Interrumpir la prescripción. Mas, por motivos que no hemos podido descubrir, en el Código de 1879, dado por la Asamblea de 1878, se trasladó esa disposición a la Sección DE LA DEMANDA, como lo notamos en la prop. 386, diciendo en el art. 294 "La demanda interrumpe la prescripción, quedando en este sentido reformado el Código Civil".

Al año siguiente, en la Legislatura de 1880, volvióse a la doctrina del Código Civil, fielmente interpretada en 1869; y consultando mejor los principios científicos, se suprimió ese artículo de la Sección de la Demanda, y se agregó al que trata de los efectos de la citación, el inciso que estamos estudiando, el que declara que la prescripción se interrumpe por la citación.

El mismo Código Civil, al hablar de la prescripción de las acciones, ha dicho siempre en el art. 2590: Se interrumpe civilmente, por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el art. 2485".

Podemos, por tanto, tener como definitivamente establecido:

1º Que no cualquier gestión judicial, sino la verdadera, la pertinente demanda, es el acto que el interesado debe efectuar para interrumpir la prescripción; y

2º Que ni aun aquel acto surte este efecto sino en virtud de la citación.

Una demanda sin citación es un acto absolutamente unilateral, que no sale del dominio exclusivo de quien lo ha efectuado, y no puede surtir efecto alguno respecto de

la persona contra quien va dirigida. Es la citación la que pone al actor en relación jurídica con esa persona; la que establece entre las dos el vínculo judicial sobre las consecuencias del litigio, y la que, advirtiéndole al poseedor la reclamación del dueño, le saca de la buena fe en que la ley le presume.

Este efecto de la citación, perfectamente armónico con los otros que vamos a examinar, justifica, pues, plenamente la regla legal.

Puede haber, en verdad, casos en que, con eludir la citación, se evite la interrupción, y queden perdidos derechos evidentes; pero esto no prueba sino la natural imperfección de las instituciones humanas y, más que todo, la incurria del mismo interesado que ha reservado su gestión para los últimos momentos.

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

Esta regla significa y quiere decir que, por la citación, queda el demandado sujeto a las consecuencias del juicio. Nada más.

Hecha la citación, el demandado puede o no comparecer ante el juez; puede o no deducir excepciones. Mejor dicho, la comparecencia y la alegación de excepciones son para él más bien derechos que obligaciones; pero ejercite o no el demandado esos derechos, por el acto de la citación, quedan las dos partes ligadas y sometidas a los resultados del juicio; y este vínculo jurídico, que se opera por el misterio de la ley, y que, ante la ciencia moderna, está científicamente explicado por el principio de organización social, denominan hasta ahora los juristas *vinculo judicial*; siguiendo las ideas tradicionales, *vinculo contractual*; sin que en realidad de verdad necesitemos recurrir a la teoría de los *quasicontratos* para explicarlo y justificarlo.

400.—Efecto cuarto: 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.

La buena fe es, según el Código Civil (art. 694), "la conciencia de haberse adquirido la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio". Y claro que esa conciencia no existe desde el momento en que el

demandado es ya advertido de su falta de derecho por medio de la demanda; tanto más cuanto, como veremos después, la sentencia declarativa se retrotrae en sus efectos a la fecha de la citación de la demanda, a fin de que, en lo posible, le aproveche al actor como si hubiese sido expedida en aquella misma fecha. Esta retrotracción, instituida para compensar de algún modo los inconvenientes de las demoras de los juicios, establece la presunción legal de que el demandado que ha continuado en la posesión durante todo el litigio, ha procedido del mismo modo que si hubiera retenido la cosa después de la sentencia restitutoria.

Muy natural, muy lógico es, por tanto, considerarle poseedor de mala fe, en cuanto a las restituciones y responsabilidades, desde el momento de la citación.

El Código Civil, empero, no lo declara así expresamente, y se limita a decir que, en cuanto a la restitución de los frutos, el poseedor de buena fe, demandado, queda equiparado al de mala fe. El tenor literal de su regla es el siguiente.

Art. 898.—El poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder.

El poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los incisos anteriores.

En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos.

Otra observación, aun más sustancial, nos sugiere la comparación de esta regla sustantiva con la adjetiva. Según la primera, el punto de partida es la *contestación de la demanda*; mas, conforme a la segunda, es la citación. Entre la citación y la contestación puede mediar un tiempo no despreciable, por las excepciones dilatorias y los incidentes que, acaso con el mismo propósito de demorar el juicio, puede deducir el demandado; y no hay ninguna razón para que, con esa táctica, aproveche éste de las ventajas que la ley concede a la buena fe.

En suma, la regla del Código de Enj. ha modificado razonablemente la doctrina del Civil: 1º Calificando expresamente al demandado de poseedor de mala fe; y 2º Atribuyendo a la citación lo que, según el Código Civil, se dice de la contestación.

Con respecto a deterioros, el Código Civil tiene estotra regla inmediatamente anterior a la de los frutos.

Art. 897.—El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa.

El poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado, y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo.

Notificada la demanda al demandado, deberá ser éste considerado como poseedor de mala fe para el efecto de la responsabilidad por los deterioros de la cosa? Creemos que sí, por concurrir la misma razón en que se basa la regla relativa a los frutos. El Código Civil, empero, guarda absoluto silencio; y el de Enj., después de declarar expresamente que por la citación queda el demandado constituido en poseedor de mala fe, hace aplicación de este principio, sólo a la cuestión de frutos, refiriéndose al Código Civil.

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

El Código Civil dice:

Art. 1541.—El deudor está en mora:

1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;

2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;

3º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

La regla adjetiva de que hoy tratamos refiérese al último inciso de este artículo, esto es, al caso en que el deudor ha sido *reconvenido* para el pago. Por *reconvenición* se entiende aquí la demanda; y esa demanda no puede surtir

el efecto de hacerle moroso al deudor, sino desde la citación. Un depositario, por ejemplo, debe entregar la cosa cuando el depositante se la pida; y por lo mismo, notificando de la demanda de éste, es un deudor moroso, que debe indemnizar al acreedor los perjuicios del retardo. Pero antes de la citación, esto es, antes de conocer la petición del depositante, no hay razón alguna para atribuirle ese carácter.

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

Con respecto al primer punto, dice el Código Civil lo siguiente:

Art. 1902.—Se cede un derecho litigioso cuando el objeto inmediato de la cesión es el evento incierto de la litis del que no se hace responsable el cedente.

Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda.

El Código de Enj. ha guardado siempre silencio respecto de este efecto de la citación, siendo así que el Código Civil se refiere expresamente a ella, en las palabras finales del inciso segundo.

Esta referencia del mismo legislador es un argumento más respecto de que, para el efecto de la responsabilidad por los frutos, ha debido también tomarse en cuenta, como punto de partida, la notificación de la demanda.

En virtud de la notificación, se hace también litigiosa la cosa corporal cuya propiedad se litiga; y por ese hecho, quedaba antes convertida en objeto ilícito de toda enajenación. La legislación de 1916 echó abajo esta regla tradicional, que no descansaba en ninguna razón científica y sí tenía graves inconvenientes.

Si se suscita litigio sobre la propiedad de una cosa, ésta se convierte en litigiosa desde la notificación de la demanda, y queda sujeta a las reglas del art. 1080 del Código adjetivo, agregadas por la legislación de 1916.

Antes de las reformas de este año, la cosa litigiosa era objeto ilícito de enajenación, según el Código Civil (art. 1454, N° 4º), y este trascendental efecto figuraba también entre los de la citación, en el artículo que estudiamos, como lo veremos en la Lección siguiente, al ocuparnos en tan importante reforma.

402 bis.—Demanda inepta o citación nula

Si la demanda es inepta por la forma o por el fondo; si, por ejemplo, en vez de intentar la reivindicación, se deduce una acción personal o se pide simplemente secuestro de la cosa; si la acción se deduce ante juez incompetente y no se sana la incompetencia por la prorrogación o de otra manera, no hay interrupción de la prescripción, ni se produce ningún otro de los efectos de la citación.

El Código Napoleón declara expresamente en el art. 2246 que la citación ante juez incompetente basta para interrumpir la prescripción; y algunos Códigos modernos han seguido este ejemplo (1). Esta es una excepción del principio general de que la incompetencia del empleado llamado a ordenar o solemnizar un acto produce nulidad absoluta, y de que un acto absolutamente nulo no puede surtir ningún efecto. Los expositores justifican esta excepción, diciendo que la competencia del juez da lugar muchas veces a complicadas y difíciles cuestiones, y sería injusto que, acaso por un error doctrinal discutible, resulte extinguido por prescripción un derecho legítimo, por el cual ha estado gestionando el interesado.

En nuestro legislador—en don Andrés Bello—no encontraron acogida esas razones de equidad; y la excepción francesa no se trasladó a nuestro Código Civil. Empero, en el de Enj. de 1879, se puso en el artículo que enumeraba los efectos de la citación (art. 309) este inciso final que no tenía el de 1869.

“Para los efectos expresados en los Nros. 3º, 4º y 5º, bastará que la citación se hubiese hecho en forma legal, aún cuando resulte después nulo el proceso por cualquier motivo”.

El Congreso siguiente, el de 1880, suprimió expresamente ese inciso; y quedó, por el mismo hecho, vigente el principio general de que la citación hecha por juez incompetente no surte efecto alguno, y, en consecuencia, no interrumpe la prescripción.

Por las mismas razones, debemos también concluir que una citación nula por el fondo o la forma tampoco

(1) Código peruano, art. 161.

surte los efectos legales; v. gr. la que se hiciese en horas inhábiles o que no contuviese la firma del juez, etc.

Si el demandado, instruido de la demanda, comparece en juicio y la contesta, queda sanada la omisión para el efecto de la prosecución y validez del juicio; pues se ha conseguido el objeto racional de esa inteligencia. Habrá quedado interrumpida la prescripción, constituido el demandador en mora o el poseedor en mala fe? Nos inclinamos a la afirmativa, por analogía de razones.

§ 4º

CITACIÓN DE SANEAMIENTO Y NOTIFICACIÓN DE TRASPASO, RETENCIÓN O EMBARGO DE CRÉDITOS

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

Las reglas del Código Civil que, por ahora, nos interesan, son las siguientes:

“Art. 1828.—La obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta llamados *vicios redhibitorios*.”

“Art. 1834.—El comprador a quien se demanda la cosa vendida, por causa anterior a la venta deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderle.”

“Esta citación se hará en el término señalado por el Código de Enjuiciamiento.”

“Si el comprador omitiere citarle, y fuere evicta la cosa, el vendedor no estará obligado al saneamiento; y si el vendedor citado no compareciere a defender la cosa vendida, será responsable de la evicción, a menos que el comprador haya dejado de oponer alguna defensa o excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa.”

“Art. 1835.—Si el vendedor comparece, se seguirá con él solo la demanda; pero el comprador podrá siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos.”

“Art. 1836.—Si el vendedor no opone medio alguno de defensa, y se allana al saneamiento, podrá con todo el comprador sostener por sí mismo la defensa; y si es vencido, no tendrá derecho para exigir del vendedor el reembolso de las costas en que hubiere incurrido defendiéndose, ni el de los frutos percibidos durante dicha defensa y satisfechos al dueño”.

Tiempo.—El término de que trata el art. 1834 es, según el 125 del Código adjetivo, el de contestar a la demanda. Con más precisión y exactitud debió decirse el de proponer excepciones dilatorias, por tres razones:

1ª Porque ese medio de defensa conferido por la ley sustitutiva al comprador, y llamado en el derecho procesal *exceptio de garantía*, es, por su naturaleza misma, una excepción dilatoria, como lo veremos al estudiar la materia de las excepciones en la Sección siguiente:

2ª Porque el vendedor citado al saneamiento debe gozar de la facultad de deducir excepciones, no sólo perentorias, sino también dilatorias; puesto que, si comparece a la defensa, se constituye parte principal en la causa, según el texto mismo de la ley, y no cabe que no cuente con todos los medios de defensa establecidos en favor del demandado (1); y

3ª Porque el comprador debe tener reservado su derecho de deducir excepciones perentorias, según que el vendedor comparezca o no a la defensa, y según lo que éste diga o alegue.

Forma.—Cuanto a la forma de la citación, no tenemos nada de nuevo ni particular: debe ceñirse a las reglas de la citación de la demanda al demandado; esto es, será en persona o por tres boletas, si el vendedor está en el lugar del juicio; por comisión o deprecatorio, si está ausente, etc.

Efectos.—El vendedor citado puede presentarse o no a la defensa. Si guarda silencio o si comparece y manifiesta su voluntad de no intervenir en el juicio, no se vuelve a contar con él; pero si el comprador resulta vencido en el juicio, puede hacer efectiva, en juicio aparte, la responsabilidad de la evicción, conforme al inciso tercero del art. 1834.

Si el vendedor comparece y asume la defensa del comprador, impugnando la demanda, se constituye en parte directa y principal en el juicio; mas no es muy exacta la expresión del Código en el art. 1835, de que el juicio ha de seguirse sólo con el vendedor; porque, si la

(1) Absurda era la regla antigua de que esta citación debiera hacerse antes de la segunda mitad del término probatorio, como lo veremos al tratar de las formas, en la Parte Legal.

sentencia acoge la demanda del tercero, la condenación tiene que pronunciarse, no contra el vendedor, sino contra el comprador, que, como poseedor de la cosa, tiene que ser compelido a restituirla al reivindicante.

En la discusión sobre el dominio podrá considerarse como parte directa y acaso única al vendedor; pero la sentencia condenatoria tiene que recaer inmediata y directamente contra el comprador, quedando para otro juicio la averiguación y apreciación de las responsabilidades del vendedor para con el comprador.

Si en este mismo caso del vendedor que comparece y asume la defensa, el comprador alega excepciones por su parte, como puede y aun debe hacerlo, si las tiene, por estotra razón más debe continuar figurando como parte.

Si el vendedor citado comparece y alega no estar obligado a la defensa, por no fundarse la demanda en causa anterior a la venta, o por haberse renunciado por el comprador al saneamiento o por cualquiera otra causa, estas alegaciones no pueden tomarse en cuenta ni ventilarse en ese juicio; y dejándolas para otro que deberá versar entre el comprador y el vendedor, el juez se limitará a ordenar que el juicio se siga con el comprador demandado, por cuanto el vendedor renuncia a su parte. La causa, fundada o infundada, de este rehusamiento, es enteramente extraña al juicio promovido por el reivindicante contra el comprador. Si el vendedor se allana al saneamiento, reconociendo ser justa la demanda, tampoco se vuelve a contar con él, y al comprador le queda el derecho de sostener el litigio, deduciendo por sí mismo excepciones perentorias, o bien de allanarse también y aceptar la demanda.

Omisión de la citación o citación nula.—El primer caso está previsto por la ley, con su natural consecuencia: el vendedor no citado no es responsable de la evicción.

El segundo debe conducirnos al mismo resultado: un acto nulo no puede producir ningún efecto, a menos que la ley disponga expresamente lo contrario. Esto, cualquiera que sea el motivo de nulidad de la citación; por la forma o por el fondo. Por ejemplo, si estando ausente el vendedor, no se ha librado el deprecatorio o la comisión necesaria; si estando presente, se le ha notificado por boletas dejadas en habitación diversa de la suya, etc.

Si en virtud de la citación nula, el vendedor se da por notificado y comparece a la defensa, queda saneado el vicio de la citación.

Defensa del comprador demandante.—El Código Civil prevé sólo el caso de que el comprador sea demandado por un tercero que le dispute la cosa comprada; pero aun cuando este caso es el más natural y frecuente en la práctica, puede suceder también que en la contienda sobre el dominio figure como actor el comprador y como demandado el tercero. Ejemplo: el vendedor no hace la entrega material de la cosa al tiempo del contrato, declarando que ésta se halla en poder de un tercero, por arrendamiento, depósito u otro título precario, o bien por injusta posesión, y el comprador conviene en reclamar la cosa del tercero; mas al presentarse esa reclamación, éste alega dominio en la cosa por causa anterior a la venta.

Evidentísimo que en éste y en cualquier otro caso análogo, el vendedor tiene que salir a la defensa del comprador; puesto que la obligación consiste, en primer lugar, en *amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida*, según la propia definición del Código. Mas cuál deberá ser en tales casos el momento de la citación, y cuál el trámite que haya de seguirse para que pueda figurar como parte principal el vendedor?

Creemos que, dada por el tercero la contestación en que le niega y disputa el dominio al comprador, éste debe pedir la citación al vendedor antes de que se reciba la causa a prueba; y si comparece el vendedor, debe gozar del derecho de oponer excepciones contra la contestación del tercero, como si se tratase de una reconvencción.

Cabe también, en nuestro concepto, que el comprador, cerciorado previamente de la preensión del tercero, dirija su demanda contra éste, y al propio tiempo pida la citación al vendedor, a fin de que comparezca a defenderle en el evento de la oposición del demandado. Tenemos idea de haber visto casos prácticos de esta clase.

Saneamiento de gravámenes.—Si en la venta se expresa estar saneada la cosa, y luego se presenta un tercero alegando un derecho de servidumbre, de usufructo, de hipoteca, etc., es también evidente que, según la definición legal de la obligación de saneamiento, debe el vendedor

salir a la defensa del comprador, como si se tratase del dominio mismo. El Código Civil no lo dice, pero es una lógica y necesaria consecuencia de los principios en que él se basa.

Una aplicación de este principio hace el Código de Enj. Civil, en el art. 561, expedida el año de 1911, como lo veremos en su lugar, al tratar de la acción hipotecaria ejecutiva, dirigida contra el tercer poseedor.

Saneamiento en otros contratos.—Al tratar de la permuta, declara el Código que ésta se rige por las reglas de la compraventa (art. 1891). Y al tratar de las donaciones remunerarias (art. 1425), del arrendamiento de cosa ajena (1907), del aporte social de un cuerpo cierto en propiedad o usufructo (2072), etc., establece expresamente el Código la obligación de saneamiento por evicción. Deben, por tanto, aplicarse en estos casos las reglas que dejamos puntualizadas respecto del tiempo, forma, efectos, etc., de la citación.

Si cedido un crédito a título oneroso, el cesionario demanda al deudor y éste alega haber pagado la deuda antes de la cesión, o haber sido ésta ficticia, etc., nos parece evidente que el cesionario tiene derecho de citar al saneamiento al cedente. Si la cesión se hace, como de ordinario, pagando el cesionario al cedente el valor del crédito, ese contrato es, en su esencia, una compraventa de cosa incorporal. Si se hace dando el cesionario al cedente otra cosa, como equivalente del crédito cedido, es una permuta. Si es absolutamente gratuita, es una donación. En suma, la cesión de derechos no constituye un nuevo género de contrato, sino una especie comprendida en algún otro de los generos, que requiere ciertas reglas también especiales por la circunstancia de ser su materia u objeto una cosa incorporal.

Por consiguiente, si la cesión se hace a título de venta o permuta u otro título oneroso análogo, indudable que habría lugar al saneamiento por evicción, lo mismo que en la venta o permuta de cosa corporal.

En la práctica no se suele ocurrir a este medio de la citación de saneamiento; y esa omisión puede producir el efecto de hacer cesar la responsabilidad del cedente, como en el caso de venta de cosa corporal.

Acumulación de autos.—En los casos en que el comprador, el arrendatario, el permutante, el cesionario, etc., pueden pedir la citación de saneamiento para que el vendedor, permutante, arrendador o cedente, comparezcan a la defensa en el juicio con el tercero, pueden también proponer una demanda aparte para que se declaren las respectivas responsabilidades si la evicción se realiza, y luego solicitar la acumulación de los dos procesos?.....

Trataremos de estos puntos al ocuparnos en la *excepción de garantía* y en la *acumulación de autos*, cuando estudiemos las SECCIONES 4ª y 6ª, respectivamente.

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

La doctrina relativa a estas notificaciones consta en los arts. 126 y 127 de este Código; y como dichos artículos fueron agregados por la ley reformatoria de 1916, consideramos preferible reservar la exposición de esta doctrina y sus comentarios, para cuando, en la LECCIÓN siguiente, nos ocupemos en esa reforma.

CONCLUSIÓN

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

La *citación* que, sinónima en nuestro Código de *notificación*, es, en el fondo, el acto de comunicar oficialmente las resoluciones judiciales y los pedimentos respectivos a las personas a quienes se dirigen, es, por la forma, un *acto solemne*, para cuya constancia se extiende en el proceso un *instrumento público*. Y en la *citación por boleta* hay dos instrumentos públicos, el que se extiende en el proceso, y el que se entrega o fija en la habitación respectiva.

Siguiese, por tanto, que si en el acto mismo o en el instrumento se omite alguno de los requisitos exigidos por la ley, la diligencia es nula, ora según los principios generales que rigen la forma de los actos jurídicos, principios en que se inspiraron los arts. 1671 y 1672 del Código Civil; ora según la disposición expresa del art. 168 del de Enjuiciamiento. Ejemplos:

Si se la practica en horas o días inhábiles:

Si la boleta se deja en habitación diversa de la indicada al efecto:

Si, tratándose de la primera citación, el actor indica una casa que no es la en que habita la otra parte:

Si, estando ésta ausente, se la cita por boleta en su casa, en el lugar del juicio, debiendo hacerse por comisión o exhorto.

En estos diversos casos puede haber o no culpa del actuario; puede ser éste víctima de un error de hecho o de un engaño. Pero la diligencia es nula; y para la declaración de nulidad, se sustancia incidente y se reciben pruebas, si el hecho no consta del mismo instrumento o de las demás diligencias del proceso.

Si el fundamento de la nulidad, lejos de constar de autos, es contrario a lo aseverado en el instrumento bajo la fe del actuario; v. gr.: si el interesado afirma no haberle notificado el actuario, sino sólo el amanuense, o habersele hecho la citación a las 7 p. m., siendo así que en el proceso se expresa habersele citado a las cinco, la cuestión es ya, no simplemente de nulidad de la citación, sino de falsedad del instrumento. Trátase entonces de un ataque a la fe pública del actuario, que debe ventilarse con arreglo a los arts. 190 y siguientes de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal, como lo veremos en su lugar.

Fuera del caso en que el interesado recibe en persona la citación y la suscribe, el hecho de habersele practicado y todas sus circunstancias descansan en la fe del actuario. Si éste afirma que hizo notificación personal y que el interesado no quiso firmar; o que entregó la boleta a una persona de la familia o servidumbre que tampoco firmó; o que fijó la boleta en las puertas de la casa designada al efecto, puede ser falso todo eso; puede no haber ido siquiera el actuario, o haber notificado o leído cosa diversa, o no haber entregado ni fijado boleta alguna, o púestola de modo que caiga o se la arranque del lugar etc.; y de esa notificación pueden depender valiosos y trascendentales derechos, como el de proponer excepciones, rendir pruebas, apelar de la sentencia, etc.

Sin la garantía de la rectitud del actuario, nada más fácil que fraguar citaciones falsas, ni más difícil que comprobar ese hecho; lo cual evidencia que, si para las causas

que cursan en las Cortes ha podido confiarse al Oficial Mayor la notificación de los meros decretos, reservando siempre para el Secretario la de los autos y sentencias, en los juzgados de primera instancia no sería posible exonerar de esa obligación a los escribanos y confiarla a empleados inferiores, como los *uyiers* de Francia.

Mas, de otro lado, esa obligación resulta para los escribanos enormemente pesada y gravosa. Abandonar su oficina para andar en pos de los litigantes, por una remuneración misérrima de dos o cuatro reales, divisibles con el testigo y el amanuense, y haciéndose portadores de noticias a veces desagradables, que pueden ser recibidas con disgusto y acaso con destemplanza, es de tal manera odioso para los actuarios, que constituye una de las graves dificultades en la administración de justicia; teniendo en cuenta que, si en vez de emolumentos, siguiera pequeños, se asigna sueldo fijo a esos empleados, el resultado práctico es peor.

Para garantizar la certeza de la citación, en los casos en que no la suscribe el interesado, se utiliza en otras partes el correo, por medio de una carta certificada, sin perjuicio de la boleta que debe dejarse en la respectiva casa (1). Y para aliviar la carga del actuario, se dispone que las notificaciones de carácter secundario se hagan simplemente por aviso consignado en un cuadro o estado que diariamente se fija en la secretaría del tribunal. Al comenzar un proceso, se le asigna su número de orden, que es conocido de los interesados, y con ese número se lo determina y distingue en el cuadro, para no repetir los nombres de las partes y demás especificaciones de cada proceso (2).

Esto último se puso en práctica entre nosotros, durante algún tiempo, en los antiguos Juzgados de Comercio; pero resultó gravemente oneroso para los litigantes, a quienes se obligó a concurrir diariamente a la oficina, durante las largas temporadas de meses y años de duración de sus causas.

(1) Código chileno, art. 49.

(2) Id. art....

LECCION III

PARTF LEGAL

SINOPSIS

(Continuación del programa)

- 406.—Definición legal de citación, según el art. 105.—Observaciones.—Definición nuestra.
- 407.—Trata el art. 106 de la citación personal; pero no del acto mismo, sino sólo del instrumento de constancia.—Sus deficiencias.—Uso de la media firma.—Reformas sucesivas del artículo.—Otras reformas necesarias.
- 408.—Dos partes de nuestra reforma sobre las citaciones, iniciada en 1909.—Objeto de la primera, contenida ahora en los arts. 107, 108, 110 y 111.—Objeto de la segunda, constante en los arts. 109 y otros.—Texto de los arts. 6 y 7 de la Ley de 1911.—Nueva reforma de 1912, que reemplazó el art. 6, con los que en el Código llevan los Nos. 107 y 108.—Conclusiones o reglas que sintetizan la doctrina legal contenida en los dichos arts. 107, 108, 110 y 111.
- 409.—Regla legal contenida en el art. 109, sobre la citación por boleta.—Segunda parte de la reforma de 1911: abolición de la boleta en las puertas del despacho.—Disposiciones legales que ordenaban tal boleta, y texto de la reforma.—Citación por boleta cuando se rehúsa o elude la personal.—Persona de la familia o servidumbre.—Contra ésta alguna obligación o responsabilidad?—Puede ser una persona incapaz?—Puertas en que puede fijarse la boleta.—Entrega de ésta a los vecinos.—Otras cuestiones a que da lugar la citación por boleta.
- 410.—Señalamiento de casa o habitación, según el art. 110, cuando se remite la causa a otro lugar.—Dos reglas del art. 111: cómputo de los términos cuando una de las partes o ambas omiten el señalamiento; derecho de ser citado, al repararse la omisión.
- 411.—Citación a personas inciertas.—Texto primitivo del artículo y reforma de 1911.—Quiénes son personas inciertas para los efectos de esta regla legal.—Debera extenderse esta regla al caso en que, por faltar una de las partes, se necesita contar con la sucesión.
- 412.—Citación a comunidades de indios u otras análogas.—Texto primitivo y reforma de 1911.—Concepto de esa comunidad.—Deficiencias de la regla legal.—Reformas necesarias.
- 413.—Citación a personas ausentes.—Casos de exhorto y de comisión.—Funciones del juez exhortado o comisionado.—Subcomisión.—Concepto de la ausencia para los efectos de este artículo.—Regla de que ningún funcionario público puede obrar como tal fuera de su territorio.—Citación para diligencias preparatorias.—Notificación de la demanda a quien ha figurado ya en tales diligencias.—Citación a la parte cuando expira la representación del que figuraba por ella.
- 414.—Días y horas hábiles e inhábiles, según los arts. 115 y 116 y según la Ley Orgánica del Poder Judicial.—Regla dada últimamente por la Junta de Gobierno.—Regla especial sobre las horas para las citaciones.—Diligencias.—Provisiones.—Habilitación de días y horas inhábiles.—Se la puede hacer durante el mismo tiempo inhábil.—Reforma de 1918, consignada en el art. 216 de la Ley Orgánica.—Dos cuestiones que esta reforma suscita.—El artículo reformatorio prohíbe en absoluto la habilitación de días inhábiles para toda diligencia, inclusive citaciones?...—Regla sobre el lugar.
- 415.—Inútil repetición del art. 67, contenida en el 117.
- 416.—Expresiones admisibles a las partes en el acto de la citación, según el art. 118.—Sanción.—Reforma de 1915.
- 417.—Qué cosas deben notificarse a las partes, art. 119; Regla, excepciones; prohibición sin sanción.

- 418.—Término para las notificaciones, según el art. 521.—Texto primitivo de este artículo y reformas de 1904, 1905 y 1916.—Las veinte y cuatro horas se extienden hasta la media noche del día siguiente? ... Puede el juez restringirlas? ...
- 419.—Efectos de la citación.—Texto primitivo del art. 122.—Reformas de 1880.—Reforma tática de 1916, respecto del objeto ilícito en la enajenación de cosas litigiosas.
- 420.—Reglas especiales sobre la citación de la demanda contenidas en el art. 123.—Concordancia de este artículo con el 247.—La salvedad con que termina el primer inciso debió extenderse al art. 114, a fin de prever los tres casos posibles: 1º Que el demandado esté presente, y el actuario le encuentre; 2º Que esté presente, y el actuario no le encuentre; 3º Que esté ausente.—Regla legal para el primer caso.—Convención de extender a todo juicio el requisito de la copia, establecido para los ordinarios de mayor cuantía.—Regla para el segundo caso.—Razón legal para las tres boletas.—Manera de proceder si, después de la primera o segunda boleta, se ausenta el demandado.—Convención de que las tres se pasen el mismo día y se empleen otros medios para asegurar que el demandado llegue a conocer la demanda.
- 421.—Reglas del art. 124 sobre la rebeldía.—Esta tiene lugar, no cuando el demandado *no comparece*, sino cuando *no comparece*.—Son reglas que deben estar en la Sección V.—Rebeldía en los incidentes, alegatos, etc.
- 422.—Citación de saneamiento, según el art. 125.—Texto primitivo del artículo y reforma de 1890.
- 423.—Notificación del traspaso de créditos, según el art. 126 agregado en 1916.—Paralelo con el Código Civil.—Graves inconvenientes que obvió la Ley de 1916.—Caso en que se trate de documento privado.—Caso de escritura pública.—Caso de crédito hipotecario.—Forma y término de la exhibición.
- 424.—Forma de la notificación de la orden de retención o embargo, establecida en 1916.—Antecedentes y motivos de esta importante reforma.—Paralelo con los arts. 525, 526, 531 y 1001.

Jurisprudencia

- Caso 73.—Omisión de la firma de la persona citada.
- Caso 74.—Omisión de la causa de no firmar.
- Caso 75.—Omisión de la firma.—Entrega de la boleta a persona que no es de la familia o servidumbre.
- Caso 76.—Omisión de la expresión de ser de la familia o servidumbre quien recibe la boleta.
- Caso 77.—Omisión de la expresión de ser de la familia o servidumbre quien recibe la boleta, y de que se la dejó en casa del citado.
- Caso 78.—Omisión de la expresión de no haberse encontrado a la persona citada.
- Caso 79.—Omisión de la fecha en la boleta citatoria.
- Caso 80.—Omisión de la fecha en la boleta de citación.
- Caso 81.—Omisión de la hora en el instrumento procesal de la citación.
- Caso 82.—Omisión de la expresión de haber sido personal o por boleta la citación y de la causa por qué firmó el testigo.
- Caso 83.—Falsedad de la citación y modo de ventilarla.
- Caso 84.—Fe del escribano sobre la residencia de los litigantes.—Saneamiento de la nulidad, por haber intervenido la parte.
- Caso 85.—Omisión del actuario del deber de cerciorarse de que el demandado habita en la casa indicada por el actor.
- Caso 86.—No se cita al que no señala habitación, y le corren los términos.
- Caso 87.—Corren los términos, sin citación, al recurrente que no señaló habitación, conforme al art. 110.
- Caso 88.—La designación de habitación hecha por un mandatario, termina al cesar el mandato?
- Caso 89.—Citación por comisión a personas inciertas.
- Caso 90.—Fallecimiento de uno de los litigantes y citación a los herederos.
- Caso 91.—Demanda a nombre de una comunidad de indios, con poder conferido sólo por algunos de ellos.
- Caso 92.—Citación en la forma ordinaria a comuneros o condóminos, para la división.

- Caso 93.—Citación por comisión o deprecatorio al demandado ausente.
- Caso 94.—Habilitación de tiempo decretada en el tiempo inhábil.
- Caso 95.—Interrupción de la prescripción liberatoria por la demanda, sin citación.
- Caso 96.—Interrupción de la prescripción liberatoria: no tiene lugar si se ha abandonado la demanda.
- Caso 97.—La interrupción de la prescripción se opera desde la citación.
- Caso 98.—Innovaciones en la cosa litigiosa.
- Caso 99.—La acción debe ser pertinente para que la citación de la demanda surta sus efectos.
- Caso 100.—No hay objeto ilícito si el contrato es anterior a la citación.
- Caso 101.—Restitución de frutos desde la citación.
- Caso 102.—Intereses de la mora desde la fecha de la citación.
- Caso 103.—Intereses de la mora desde la citación.
- Caso 104.—Forma de la citación para los juicios incidentales, como el de tercera o de reconvencción.
- Caso 105.—Forma de la citación para la inspección con que principia el juicio de obra nueva.
- Caso 106.—Rebeldía del demandado.—Apelación.
- Caso 107.—Rebeldía del demandado.—Apelación.
- Caso 108.—Efectos de la citación de saneamiento.—Discusión sobre la responsabilidad del vendedor en favor del comprador.
- Caso 109.—Saneamiento del comprador demandante o demandado.

DESARROLLO

Art. 105 (1)

406.—Definición legal de citación.—Observaciones.

Con respecto a este artículo, que, adoptado de nuestro Código de 1869, contiene la definición legal de *citación*, nos referimos a las props. 389 y 405, y agregamos:

1º No era necesaria tal definición en el Código, ni la tienen los Códigos modernos; pues corresponde a la ciencia y la doctrina.

2º Al definir el legislador esa voz técnica, de ella debía hacer uso cada vez que llegase el caso; mas nuestro legislador, después de definir la *citación*, dándole el significado que estrictamente corresponde a *notificación*, usa indistinta y alternativamente, ya de la una ya de la otra de esas dos voces.

3º Al demandado se le hace saber, mediante la citación, no sólo el contenido de la demanda, sino la providencia consiguiente (el traslado, el auto de pago etc.) Y cuando se trata de las demás citaciones, se comunican también al interesado, no simplemente las providencias judiciales, sino los pedimentos que las han motivado. Por consiguiente, pudo decirse con más propiedad: *citación o notificación es el acto por el cual se hace saber oficialmente las providencias o resoluciones judiciales y los escritos o pedimentos que las motivan.*

Y así definiremos nosotros, ciéndonos estrictamente a nuestro mismo sistema legal.

Art. 106 (2)

407.—*Esta es la definición de la citación personal; pero no del acto mismo, sino sólo del instrumento de constancia.—Sus deficiencias.—Uso de la media firma.—Reformas sucesivas del artículo.—Otra reforma necesaria.*

Destinado este artículo a tratar de la citación personal, precócupase, no del acto mismo de la citación, esto es, del

(1) Es el 295 de la edición de 1879; 290 de 1882; 297 de 1887; 105 de 1892 y 99; y 103 de 1907 y 3913.

(2) Es el 296 de la edición de 1879; 291 de 1882; 298 de 1887; 106 de 1892 y 99; y 104 de 1907 y 1913.

modo de hacerle saber al demandado la demanda o a las partes las resoluciones o providencias judiciales, sino únicamente de la manera de dejar constancia del acto en el proceso, es decir, del instrumento público de citación. Así que, sólo por costumbre y por razón natural, se ha establecido que aquel acto se efectúe leyendo el actuario, en presencia de la parte, o haciéndole leer a ésta la demanda, resolución o providencia de que se trata.

No cometería, por tanto, violación de ley expresa el actuario que se limitase a relatar de memoria a la parte aquello que tratara de notificarle, y luego extendiera en el proceso el instrumento de constancia, con las firmas respectivas.

No puede ser, pues, más deficiente y defectuosa esta disposición legal.

Media firma.—Es práctica constante la de que el actuario y el testigo de la citación suscriban sólo con su apellido y la rúbrica; y esto nos parece ilegal, porque la ley distingue entre *firma entera* y *media firma* (art. 1062); y cuando exige *firma*, debe entenderse la entera, que es la que propiamente tiene este nombre, y la que sirve para identificar a la persona y dejar constancia de su intervención en un acto.

Casos ha habido de no poderse saber qué testigo ha intervenido en la diligencia de citación; ya que, de ordinario, hay muchas personas que llevan el mismo apellido.

Reformas.—Este artículo ha sido objeto de sucesivas reformas y retoques. En el Código de 1879, decía:

“Art. 296.—En el proceso se pondrá diligencia de haberse hecho la citación, la cual será firmada por la parte a quien se haga y por el Secretario Relator, Escribano o Secretario ad hoc de la causa, si se hallare a la parte y el juicio fuere de mayor cuantía; pero si fuere de menor cuantía, la citación será firmada por la parte y por el juez de la causa. Si la parte no quisiere o no su-piere firmar, firmará por ella un testigo”.

En 1880 se le agregó un inciso destinado a regular la forma de la citación en las causas de ínfima cuantía, en los términos siguientes:

"Art. 15.—Al art. 296 se agregará este inciso: "En las demandas que no excedan de treinta pesos, se hará las citaciones por boletas que contengan la solicitud de la parte contraria y la providencia que hubiere recaído; las cuales deberán estar firmadas por el juez civil de la parroquia, y se entregarán por dos testigos a la parte notificada".

En 1904 se derogó ese inciso, por las dificultades que ocasionaba en la práctica la constancia de la citación hecha sin intervención de ningún funcionario público, y confiada a la parte contraria.

En 1905 se pusieron las palabras finales: "Se expresará la fecha y la hora de la diligencia."

Por último, en la edición hecha por la Academia y la Corte Suprema en 1917, se corrigió la pesada y chavacana redacción del artículo, y se adoptó la fórmula más clara y exacta que ahora tiene. El Secretario Relator, el Escribano, el Secretario ad hoc, el juez parroquial, que en sus respectivos casos, practican notificaciones, proceden en calidad de *actuarios*; y por lo mismo, basta esta última palabra, comprensiva del Secretario de Hacienda, del Oficial Mayor de las Cortes y de todo empleado a quien le tocase esa función.

Reforma necesaria.—Sería muy conveniente, por lo que hemos dicho aquí y lo que hemos expuesto antes, a propósito de las props. 379 y 391, introducir la reforma de que en toda citación se entregue la correspondiente copia, como cuando se hace la citación por boleta.

Arts. 107, 108, 110 y 111

498.—**Dos partes de nuestra reforma sobre las citaciones, iniciada en 1909.**—La primera consta ahora en estos cuatro artículos.—Objeto de la segunda.—Texto de los arts. 6º y 7º de 1911.—Nueva reforma de 1912 que reemplazó el art. 6º, con los que en el Código llevan los Nros. 107 y 108.—Conclusiones o reglas que sintetizan la actual doctrina del Código contenida en los dichos cuatro artículos.

Nuestra fundamental reforma, que, propuesta al Senado de 1909, y aceptada en ese mismo año por dicha cámara, fue aprobada por la de Diputados y sancionada en 1911, consta de dos partes. En la primera impónese a todo el que está en relación con la autoridad judicial, la obligación muy natural y razonable de dar a dicha autoridad su *dirección*,

para cuando sea necesario contar con él o comunicarle lo que ocurra en el asunto; es decir, la de señalar la habitación, oficina, despacho, etc., en que recibirá las notificaciones, con la advertencia de que ese lugar no podrá distar más de un kilómetro del despacho judicial. Se exoneró así al actuario de andar averiguando por el paradero o residencia de los litigantes, expuesto a ser engañado e incurrir en equivocaciones de consecuencias trascendentales, como recordamos en la prop. 390.

Esta primera parte consta ahora en los cuatro arts. 107, 108, 110 y 111, que vamos a explicarlos y a comentarlos reunidos, porque constituyen el desarrollo de un pensamiento único. (1)

Por la segunda parte, se abolió la fórmula tradicional—la ridícula y nociva fórmula—de la boleta en las puertas de la oficina o en los estrados de los tribunales; la cual, sin prestar ningún servicio ni utilidad práctica (porque no se la ponía realmente, o se la llevaba el viento, o cualquiera la arrancaba, maliciosamente o por travesura) producía, sí, el efecto de complicar los procesos, recargar los gastos y ocasionar incidentes y nulidades.

(1) En algunos Códigos extranjeros hay reglas análogas. Así:

Código de México:

«Art. 72.—Todos los litigantes, en el primer escrito o en la primera diligencia judicial, deben designar casa ubicada en el lugar del juicio para que se les haga las notificaciones y se practiquen las diligencias que sean necesarias. Igualmente deben designar la casa en que ha de hacerse la primera notificación a la persona o personas contra quienes promueven. Cuando un litigante no cumpla con lo prevenido en la primera parte de este artículo, las notificaciones, aun las que conforme a las reglas generales deban hacerse personalmente, se la harán en los términos de los arts. 81 y 83; si faltarle a la segunda parte, no se hará notificación alguna a la persona contra quien promueva, hasta que se subsane la omisión».

Código de Costa Rica:

«Art. 97.—Todo litigante al presentar el primer escrito o al practicar con él la primera diligencia judicial, deberá señalar como domicilio para oír notificaciones, una casa situada en el lugar de la residencia del Tribunal».

Código Argentino:

«Art. 10.—Toda persona que litigue, sea por su propio derecho, sea en representación de tercero, debe constituir en el primer escrito que presente, un domicilio legal dentro del pueblo en que reside el juzgado; si es en la campaña, y en la capital dentro de un radio de 20 cuadras del asiento del juzgado».

«Art. 11.—Los jueces exigirán de oficio el cumplimiento del requisito expresado en el artículo anterior y no darán audiencia a los contraventores. Si la diesen, al primer reclamo que se les haga la exigirán sin más trámite, perdiendo en este caso sus costas el Escribano actuario».

«Art. 12.—El domicilio, una vez constituido, se reputará subsistente para todos los efectos legales, mientras los interesados no hayan designado otros».

De esta segunda parte trataremos en seguida, al comentar el art. 109.

Concretándonos, por ahora, a la primera parte, comencemos por recordar el texto primitivo del art. de 1911, que decía así:

Art. 6º.—En lugar del art. 106, póngase el siguiente: (1)

“Todo el que se dirija al juez, indicará la habitación propia o ajena en que debe ser citado, la cual estará dentro de la jurisdicción del juez, y no distará más de un kilómetro del despacho judicial. Si faltare a este deber, no se le hará ninguna citación, sino cuando se le pida confesión o reconocimiento”.

En seguida de este artículo, venía en la ley de 1911 el 7º, que mandaba agregar los que, sin alteración alguna, llevan ahora en el Código los Nros. 110 y 111.

Al año siguiente, en 1912, se reformó el art. 6º de la ley de 1911, reemplazándolo con los dos que en el Código llevan ahora los Nros. 107 y 108.

Ahora, relacionando los cuatro artículos vigentes, podemos sintetizar las reglas legales concernientes al señalamiento de habitación, en las siguientes conclusiones:

1ª Todo el que se dirija a la autoridad judicial o sea ya parte de un procedimiento, debe indicar la habitación propia o ajena, oficina pública o privada, etc., en que recibirá las notificaciones.

El artículo habla sólo de *habitación*; pero una razonable interpretación ha comprendido en ese vocablo cualquiera oficina o despacho, para los efectos de esta disposición legal. En la Legislatura se trató de poner la palabra *domicilio*, que se emplea en el Código Chileno (art. 52), y en el Argentino (art. 10); pero se desistió de esa idea, porque, en el lenguaje común, esa palabra tiene varias acepciones, según lo observamos al estudiar la prop. 52 (art. 1, pág. 114), y en el técnico del Código Civil y del de Enjuiciamiento, su significado no corresponde al objeto de las actuales disposiciones.

Tampoco nos satisface mucho la palabra *habitación*, y quizá habría sido mejor decir *casa*; pero creemos que no se cumpliría la ley si para las notificaciones se señalara tal calle o tal plaza o un barrio o parroquia, etc.

(1) El art. 106 del Código de entonces contenía exclusivamente una de las reglas sobre boleta fijada en las puertas de la oficina, abolida, según dijimos, por la segunda parte de la reforma, como lo veremos al estudiar el art. 109.

2ª La habitación u oficina que se señale no distará más de un kilómetro del despacho judicial. La ley de 1911 exigía, además, que estuviere dicha habitación u oficina dentro de la jurisdicción territorial del juez; pero en la reforma de 1912 se eliminó este último requisito, tal vez por mera inadvertencia, sin que se haya aducido ni haya habido razón alguna para ello.

3ª El que propone demanda o pide confesión u otra diligencia preparatoria, o solicita que para cualquier acto judicial se cuente con otra persona que aun no ha intervenido en el asunto, debe indicar, a más de su propia habitación, la de la dicha persona; quedando él responsable de todas las consecuencias, inclusive de la nulidad procesal, si resulta falsa o equivocada la designación, por lo tocante a esa persona.

4ª Para mayor seguridad, el actuario, al citar a la persona mencionada en la conclusión precedente, deberá cerciorarse de la verdad de la designación hecha por la otra parte. Requisito agregado también en 1912, y ocasionado a complicaciones y dificultades: ora porque no se determina ni puede determinarse el modo como el actuario ha de cumplirlo, esto es, cerciorarse de la verdad; ora porque tampoco se precisari las consecuencias que podría producir la omisión del actuario o un error más o menos culpable en que él incurriese.

Seríamos de opinión de que más bien se suprimiese este requisito adicional, dejando así toda la responsabilidad a la parte contraria, la cual sí debe cerciorarse bien de la verdad, si quiere aprovechar de las ventajas del juicio.

5ª Legalmente citado el demandado o la persona a quien se le pide confesión o la intervención en otro acto, debe hacer por sí misma la designación de la habitación u oficina en que recibirá las notificaciones posteriores; y de este deber debe advertirle el escribano al tiempo de la citación, si ésta fuere personal.

En este caso de la citación personal, el demandado o la persona susodicha puede hacer en el mismo acto la designación. Se la puede hacer también por escrito separado, y así es necesario proceder, cuando la primera citación se ha hecho por boletas.

6ª La designación de habitación puede cambiarse en cualquier estado del juicio; pero subsiste mientras no hay cambio expreso. Si ha sido hecha por un apoderado, por un guardador, etc., y cesa la intervención del representante, subsiste mientras el interesado directo, es decir, el representado, o un nuevo representante no hagan otra designación; como subsisten todas las gestiones hechas legal y oportunamente por el mandatario o representante (Véase en sentido contrario, Jurisprudencia).

7ª Si se ha tratado sólo de diligencia preparatoria, y viene después la demanda, creemos que el actor debe cumplir nuevamente el deber de que trata la conclusión tercera, y que el demandado, que durante dicha diligencia no designó habitación, y, por ello, perdió derecho a notificaciones posteriores, debe ser citado como si tal diligencia preparatoria no hubiera tenido lugar; pues entre ésta y la demanda no hay conexión inmediata y necesaria, y cabe muy bien que, después de evacuada aquélla, no se proponga la demanda, o se la difiera por cualquier tiempo, a voluntad del actor. La diligencia preparatoria llega a ser parte del juicio, sólo desde que se deduce la demanda en que se la hace valer.

8ª Si el proceso debe enviarse a otro lugar, por apelación u otra causa, las partes deben hacer ante el juez a quo o ante el juez ad quem la respectiva indicación, para las notificaciones que hayan de recibir en el nuevo lugar.

9ª La sanción por la omisión del deber de señalar habitación o casa en que se recibirán las citaciones es la de no volverse a notificar a la parte omisa, y la de que correrán los términos con arreglo al art. 111. Mas el derecho a ser notificado convaldece para lo futuro en cualquier tiempo en que se subsana la omisión, conforme a la segunda parte del mismo artículo.

10ª La parte que no ha hecho el señalamiento legal, no tiene derecho a ser citada, aunque concurra al despacho o se presente al actuario. Nos hemos inclinado a esta conclusión, después de vacilaciones; ora por el tenor literal de la ley, en el comienzo del inciso segundo del art. 107 y en la parte final del 108; ora por lo dispuesto en orden al cómputo de los términos, en el 111.

Por manera que, si hoy se provee una resolución y las partes que no han señalado habitación concurren mañana u otro día a instruirse de ella, el término correrá según el art. 111, aunque el actuario, al tenerlas presentes, les haga notificación oficiosa. Es decir, no se tomará en cuenta tal notificación.

Art. 109 (1)

409.—Regla legal sobre la citación por boleta.—Segunda parte de la reforma de 1911: abolición de la boleta en las puertas del despacho.—Disposiciones legales en que tal boleta se ordenaba, y texto de la reforma.—Citación por boleta cuando se rehusa o evade la personal.—Persona de la familia o servidumbre.—Contrae ésta alguna obligación o responsabilidad?—Puede ser persona incapaz?—Puertas en que puede fijarse la boleta.—Entrega a los vecinos en el Proced. Penal.—Otras cuestiones a que puede dar lugar la citación por boleta.

Este artículo contiene la regla legal sobre la citación por boleta, de la que se eliminó, por la Legislatura de 1911, como ya lo recordamos (props. 391, nota y 408), la fijación en las puertas de la oficina, que era la vana fórmula, pero clásica e inmemorial, de citación a las personas que no tenían habitación conocida en el lugar del juicio. La reforma se realizó de la manera siguiente:

Este art. 109, que entonces era 105, tenía después de sus últimas palabras actuales "con un testigo", punto y coma, y luego: "y si no tuviere habitación conocida, se fijará dicha boleta en las puertas de la oficina".

El artículo siguiente decía: "Art. 106.—Si la habitación del citado estuviera en las afueras del lugar del juicio, las citaciones posteriores a la demanda se harán por boleta fijada en las puertas de la respectiva oficina".

El art. 107 de entonces, hoy 112, relativo a *personas inciertas*, tenía, después de las palabras "más públicos", punto segundo, y luego: "Las demás citaciones se harán con arreglo a la parte final del inciso 1º del art. 105". Es decir, por boleta en las puertas de la oficina. (Véase el comentario del art. 112).

Por último, el art. 108 de entonces, hoy 113 (sobre comunidades de indios), terminaba así: "y si no lo han constituido, por boletas fijadas en la oficina".

(1) Es el 297 de la edición de 1879; 292 de 1882; 299 de 1887; 107 de 1892 y 99; 105 de 1907 y 1913.

Pues bien, la reforma, tratando de abolir, como abolió muy acertadamente, las tales boletas en las puertas de la oficina, dijo:

"Art. 59.—Suprimase la parte final del inciso 1º del art. 105, desde las palabras "y si no tuviere habitación"; como también la segunda parte del 107; y en lugar de la parte final del 108, póngase lo siguiente: "y si no lo han constituido, no se les volverá a citar".

En seguida el art. 69 de la reforma, derogó totalmente el art. 106 antiguo, y estableció el deber de indicar la habitación, en los términos que transcribimos al estudiar la proposición precedente, la 408.

Aquello de la *habitación conocida* o de la habitación en los *afueras* o *extramuros* (la fórmula primitiva), eran expresiones vagas, que en el terreno mismo de los hechos, suscitaban dudas y dificultades, y daban lugar a incidentes y complicaciones, sin ninguna compensación ni ventaja; porque, como dijimos (prop. 408), esas boletas, acumuladas en las puertas de la oficina, que nadie se preocupaba de leerlas y que el viento o cualquier mano traviesa o maliciosa podía arrancarlas en seguida de fijadas, jamás servían para el objeto esencial de la notificación: hacer saber al interesado las resoluciones o providencias del juez y los pedimentos de la otra parte. Mas si servían siempre para aumentar los gastos, y no pocas veces, para ocasionar nulidades procesales.

Fue, pues, una reforma muy razonable y unánimemente aplaudida en el foro, la abolición de la tal boleta en las puertas; pero aun nos quedan varias cuestiones de carácter práctico, a que da lugar este trámite judicial, como son las siguientes, a más de las que consideramos al estudiar las props, 391 y 392:

a) **Caso en que se rehúsa o elude la citación personal.**—La citación por boleta es para el caso de no encontrar el actuario a la persona a quien se dirige; mas, en nuestro concepto, debe tener aplicación también en el de que esa persona rehúse recibir la notificación y se retire o esconda. La analogía nos parece clarísima y evidente.

b) **Persona de la familia o servidumbre.**—La boleta debe entregarse a una persona de la *familia* o *servidumbre* del citado; pero ¿qué debe entenderse por *familia* para ese efecto? Quizá el Legislador quiso referirse al grupo de personas que, ligadas por el vínculo de parentesco, viven bajo el mismo techo, formando la sociedad doméstica (1); mas en la práctica se ha tomado la palabra con más extensión, y se considera válida la notificación si la boleta se entrega a cualquier pariente que, a la sazón, se encuentra en la casa, sin consideración a que viva o no allí, ni al grado de parentesco. Práctica que no nos parece legal.

c) **Responsabilidad del que recibe la boleta.**—La persona que recibe la boleta contrae algún compromiso o responsabilidad? No se hace mandatario o agente del actuario; porque éste, con entregar la boleta a esa persona, ha cumplido su deber, y, legalmente, nada le importa que se entregue o no la boleta al interesado; pero sí se obliga, en nuestro concepto, respecto de éste, y puede ser responsable de perjuicios, si omite la entrega.

El acto voluntario de recibir la boleta puede considerarse como un *consentimiento*, que indudablemente liga al que lo efectúa, en favor del interesado (2).

d) **Entrega a persona incapaz.**—¿Puede entregarse la boleta a una persona legalmente incapaz?—La solución que acabamos de dar, como la más probable en nuestro concepto, acerca de la cuestión c), nos sugiere la respuesta negativa en este caso, que ha suscitado dudas y cavilaciones en nuestro foro (3).

e) **Puertas en que ha de fijarse la boleta.**—Si no hay persona que reciba la boleta, debe fijarse en las puertas de la habitación de la persona citada. Nos inclinamos a creer que esa puerta puede ser la principal de entrada a la casa,

(1) Diccionario de la lengua. «*Familia*.—Gente que vive en una casa bajo el mando del señor de ella».

(2) El Código Civil no menciona todos los *consentimientos*: los define, y luego trata de algunos de ellos que requirieren reglas especiales.

(3) El Código Peruano (art. 144), Chileno (art. 47) mandan se entregue la boleta a *persona adulta*; y Maturro, explicando la doctrina legal italiana, advierte que en ningún caso podrá el Secretario entregar la boleta a persona incapaz de dar testimonio (T. 1º, pág. 208).

cuyo uso pertenece, por lo mismo, a todos los habitantes de ella; o bien la de la pieza o departamento en que viva dicha persona. Sin tener el actuario la facultad de elección entre esas dos puertas, cubría perfectamente que un litigante malicioso señalase para las notificaciones alguna parte del tercero o cuarto piso de una casa en que no se permitiese la entrada al escribano, o que hubiese manparas siempre cerradas o que la misma entrada principal estuviese cerrada, por ausencia de todos los habitantes de la casa o por otra causa.

f) **Vecinos.**—Nuestro Código de procedimiento penal, al tratar de la notificación del *mula cabeza de proceso*, no prescribe la fijación de la boleta en las puertas; y, al par que algunos Códigos extranjeros, manda entregarla a los vecinos más cercanos y conocidos.

En el procedimiento civil no se cuenta con los vecinos para este efecto.

Otras cuestiones sobre la citación por boleta.—Casos prácticos que últimamente hemos observado en el foro guayaquileño, nos han hecho caer en la cuenta de muchas otras cuestiones a que puede dar lugar la deficiencia de la ley en esta materia de la citación por boleta. Veamos algunas:

1ª Dice el actuario: "Por no encontrarle (a la parte a quien iba a notificar) entregué la boleta a una persona que dijo ser de familia, y la recibí, pero se negó a dar su nombre".

¿Valdrá la citación con esta fórmula que casi equivale a decir: "Entregué la boleta a *nadie*"?...

2ª Esa persona da su nombre, pero resulta ser su nombre ficticio, que no corresponde a persona alguna conocida.

3ª El nombre corresponde a persona conocida; pero ésta no es la que recibió la boleta.

4ª Esa misma persona a quien corresponde el nombre, recibió la boleta; pero no fue entonces ni es hasta ahora de la familia o servidumbre.

¿Serán válidas todas estas citaciones? ... Nos inclinamos a la respuesta negativa; porque con ellas no se cumple la ley ni el objeto de la ley. Y téngase en cuenta

que, al alegar una de estas nulidades, no se ataca la fe del actuario, ni se trata de un caso de falsedad, sino de un error de hecho del actuario (fuera del caso primero, en que habría error de derecho) proveniente, quizá, de maliciosa o deficiente información de otras personas.

Mas entonces tendremos la dura consecuencia de que el actuario, para estar seguro de hacer una citación válida, necesitaría entrar en difíciles y fastidiosas averiguaciones, que volverían insuportable su cargo.

En el moderno Código de Venezuela se declara que la única citación necesaria es la de la demanda (art. 134); pero se la rodea de complicadas precauciones y solemnidades, para evitar, en lo posible, estos peligros. El respetable comentarista doctor Arminio Borñas defiende y recomienda mucho esta regla legal (Tomo 2º, Nº 152); pero dentro de nuestro sistema procesal, tendría graves inconvenientes, como lo notamos al terminar el estudio de la prop. 405.

Arts. 110 y 111

410.—**Señalamiento de casa o habitación, según el art. 110, cuando se remite la causa a otro lugar.**— Dos reglas del art. 111: cómputo de los términos, cuando una de las partes o ambas omiten el señalamiento; derecho de ser citado, al repararse la omisión.

Al puntualizar, en síntesis, las reglas comprendidas en los cuatro artículos a que se refirió la proposición precedente, la 409, mencionamos la del art. 110, según el cual, si la causa se remite a otro lugar, por apelación u otro motivo, las partes deben señalar, para las citaciones, una casa o habitación situada en dicho lugar, a una distancia que no exceda de un kilómetro del nuevo despacho judicial.

El señalamiento puede hacerse ante el juez remitente (*juez a quo*) o ante el que deba recibir la causa y conocer en ella (*juez ad quem*), bajo la misma sanción de que el actuario no buscará para las notificaciones a la parte que omite ese deber.

El art. 111 contiene dos reglas extrañas entre sí. Por la primera, se declara que, si ninguna de las partes señala casa o habitación para las notificaciones, los términos corren desde la fecha del provimiento; pero si la

omisión es sólo de una o más partes, en tanto que otra u otras han cumplido el deber, los términos ~~corren~~ desde la última notificación a éstas. Por la segunda regla se advierte que, si la parte omisa repara su falta y hace con posterioridad el señalamiento, recobra el derecho de ser notificada.

De todo esto hemos tratado ya en la prop. 409.

Art. 112 (1)

411. — **Citación a personas inciertas.**— **Texto primitivo del artículo y reforma de 1911.**— **Quienes son personas inciertas para los efectos de esta regla legal.**— **Debiera entenderse ésta al caso en que, por fallecer una de las partes, se necesita contar con la sucesión.**

El artículo primitivo decía: "Si las personas demandadas fueren inciertas, la citación con la demanda se hará por un periódico, si lo hubiere, y por carteles o editos fijados en los lugares más públicos. *Las demás citaciones se harán con arreglo a lo dispuesto en la parte final del inciso 1º del art. 105*" (es decir por boleta en las puertas de la oficina).

En 1911, al abolir la citación por boleta en las puertas de la oficina, se suprimió la segunda parte de este artículo, como lo observamos al estudiar la prop. 409.

Por consiguiente, para todas las citaciones posteriores a la de la demanda, las *personas inciertas* están dentro del nuevo plan general; es decir, deben comparecer y señalar habitación, so pena de que no se les vuelva a notificar en forma alguna.

Cuanto al concepto de las *personas inciertas* a quienes se aplica este artículo, nos referimos a la prop. 394. Son, en nuestro concepto, aquellas que no se sabe si existen ni quiénes sean; v. gr. las que puedan oponerse a una adjudicación de minas o aguas, o tener interés en un concurso, en una sucesión, etc.

Si se trata de personas individualmente determinadas, pero que no son personalmente conocidas del actor o del juez o del Escribano, etc., no puede aplicarse este artículo, y hay que indagar por ellas y citarlas en la forma común.

(1) Es el 299 de la edición de 1879; 294 de 1882; 301 de 1887; 109 de 1892 y 99; 107 de 1907 y 1913.

El artículo se refiere únicamente a la *citación de la demanda*, pero convendría extenderlo, mediante una reforma legal, al caso, muy posible y frecuente, de fallecer uno de los litigantes durante el juicio trabado ya entre personas ciertas y determinadas.

Débase entonces contar con la sucesión, y cabe muy bien la hipótesis de que, o no se sepa quienes son llamados a suceder al difunto, o que a más de los herederos conocidos que existen y se presentan, haya otros, por nulidad del testamento o de la institución de herederos, por incapacidad o indignidad de éstos, por no aceptación, etc.; y es indispensable que el juicio continúe y la sentencia se expida, como si fuera con intervención del mismo litigante difunto, de modo que el fallo surta efectos de cosa juzgada contra la sucesión, en general, quienes quiera que sean o puedan ser los individuos llamados por la ley o por el causante.

Con la citación por la prensa o carteles, podrían considerarse advertidos o convocados al juicio todos los sucesores conocidos o posibles del litigante difunto, y obligados a presentarse en la causa o aceptar sus consecuencias.

Tan necesario y razonable nos parece esto, que, tal vez, por razón de evidente analogía, podría aplicarse este artículo, sin esperar una reforma legal; y deseáramos que los juzgados y tribunales se preocupasen de este punto, sea para admitir o establecer en la práctica esta solución; sea para reconocer en los herederos la obligación de personarse, *motu proprio*, en el juicio, so pena de estar a sus resultados, como dijimos al comentar la prop. 250, (T. 11).

En nuestra práctica actual, se observa imponer a la parte sobreviviente la carga de averiguar quienes son los herederos y hacerlo constar, para en seguida proceder a citarles personalmente; mas eso ocasiona dificultades y embrazos, y sobre todo deja subsistente el peligro de que los citados no sean en realidad los herederos o no sean los únicos herederos.

Algunos Códigos extranjeros aplican también la citación por la imprenta a casos en que el demandado, aunque individualmente determinado, es personalmente desconocido o no se sabe donde habite (Código Peruano, arts. 149 y siguientes); mas esto puede dar lugar a grandes abusos, y quizá podría adoptarse en una reforma legal sólo para el

efecto de interrumpir una prescripción o para otra cosa análoga, en vista de que el adversario pudiera ocultar maliciosamente su habitación o paradero, y por muchas diligencias que hiciese el interesado no lograra descubrirlo y hacerlo constar en tiempo oportuno. Véanse las props. 394 y 398.

Art. 113 (1)

412.—**Citación a comunidades de indios u otras, análogas.**—**Texto primitivo y reforma de 1911.**—**Concepto de estas comunidades.**—**Deficiencias de la regla legal.**—**Reformas necesarias.**

Esta regla legal, cuyo estudio fue objeto de la prop. 395, terminaba disponiendo que si los comuneros no concurrían procurador, las citaciones posteriores se les hicieran por boleta en las puertitas de la oficina. El año 1911 se substituyó esa disposición con la de que, en tal caso, no se volviera a citar a los comuneros. Lo cual entraba en el plan general de abolición de las citaciones por boleta en las puertitas del despacho, de que ya hemos hablado (prop. 409).

Por todo lo demás, nos referimos a lo expuesto, someramente, a propósito de la susodicha prop. 395; esto es:

Comunidad, según el derecho civil sustantivo.

Comunidades de indios u otras análogas, a que se refiere el Código en Enj.

Origen y naturaleza de éstas, en el régimen colonial.

Éran personas de derecho público?...

Desaparecieron como tales, al independizarnos de España?

Ley colombiana de 1921.

Ley ecuatoriana de 1865. Su derogación en 1875.

Código de Enj. de 1879, vigente hasta ahora en esta parte.

Representación activa y pasiva de las comunidades.

Indispensable necesidad de nuevas leyes sobre la materia, proyectadas por la Academia de Abogados y el Congreso de Agricultores.

Reforma propuesta por la Academia en 1924.

(1) Es el 300 de 1879; 295 de 1882; 302 de 1887; 110 de 1892 y 99; 108 de 1907 y 1913.

Art. 114 (1)

413.—**Citación a personas ausentes.**—**Casos de exhorto y de comisión.**—**Funciones del juez exhortado o comisionado.**—**Subcomisión.**—**Concepto de la ausencia para los efectos de este artículo.**—**Regla de que ningún funcionario público puede obrar como tal fuera de su territorio.**—**Citación para diligencias preparatorias.**—**Notificación de la demanda a quien ha figurado ya en tales diligencias.**—**Citación a la parte, cuando expira la representación del que figuraba por ella.**

Este artículo prevé el caso de que hemos tratado al estudiar la prop. 393; y contiene una regla que es de derecho universal y de sentido común. Aunque el demandado tenga su domicilio en el lugar del juicio, si a la fecha en que se le va a hacer la primera citación está ausente de ese lugar, la citación deberá hacerse por comisión o deprecatorio a los jueces de su actual residencia, por más que ésta sea momentánea o transitoria. Sería, según nuestra práctica, *comisión*, si el encargo se hace por el juzgado o tribunal superior, v. gr. por el alcalde al juez de la parroquia en que el demandado se encuentra; y exhorto o deprecatorio, si es de igual a igual; v. gr. si, por estar el demandado ausente del cantón, el Alcalde de la causa de mayor cuantía, tiene que dirigirse al de la residencia actual del demandado; o si, por estar éste ausente de la parroquia en que se le ha propuesto demanda de menor cuantía, el juez parroquial se dirige al de la parroquia en que el demandado se encuentra.

El alcalde exhortado por otro alcalde o comisionado por la Corte para una citación, debe limitarse a mandar que la practique uno de los escribanos de su jurisdicción, y por falta o impedimento de éstos, un secretario ad hoc.

El juez parroquial exhortado por otro juez parroquial o comisionado por el alcalde para una citación, debe practicarla por sí mismo, porque dicho juez hace en este caso el oficio de actuario.

Si la comisión de un alcalde a un juez parroquial es para una diligencia que requiere la intervención del juez como tal, v. gr. para la declaración de un testigo, el juez parroquial, que en este caso representa al alcalde, debe proceder con secretario ad hoc que represente al escribano.

La ausencia de que este artículo trata, refiérese, en las causas de mayor cuantía, a la ciudad, al circuito urbano en que despacha el alcalde. Por consiguiente, si la per-

sona de quien se trata está dentro de ese circuito, no cabe comisión, y el escribano debe ir personalmente. Si está fuera de ese radio, esto es, en una parroquia rural del mismo circuito, puede ir personalmente el escribano, si así lo pide la parte o lo ordena el juez, o bien se puede comisionar al juez parroquial de la residencia, que puede comisionar a la persona que está fuera del cantón; se hace indispensable el exhorto y entonces la diligencia debe practicarse forzosamente por el escribano o secretario, ad hoc, si la persona está dentro del circuito urbano, del alcalde exhortado; mas si está en una parroquia rural, se puede practicar la citación, bien por el escribano del alcalde exhortado, bien por una subcomisión de dicho alcalde; al juez de la parroquia rural en que dicha persona se encuentre.

Para todos estos casos sirve de base el principio de que ningún funcionario público tiene ese carácter ni puede ejercer las funciones de tal, fuera de su respectivo territorio. Este principio es, entre nosotros y casi en todo el mundo, base fundamental de la organización de las funciones públicas. El alcalde y el escribano lo son en su cantón; el juez parroquial, en su parroquia; y nada más.

Sólo en el Código Peruano actual hemos encontrado un artículo en el cual se permite ponerle en viaje al actual, para hacer la citación en cualquier punto de la República en que se encuentre el demandado (1).

Si se comienza por una diligencia preparatoria, v. gr., confesión, inspección, etc., y al tiempo de la primera citación está ausente la persona contra quien va dirigida, será necesaria la comisión o deprecatorio, conforme a este artículo; y si después viene la demanda, y al tiempo de la citación está también ausente el demandado, será necesario nuevo deprecatorio o comisión; aunque el demandado haya intervenido en la diligencia preparatoria. Esta, como ya advertimos, no es parte del juicio; sino cuando, propuesta la demanda, se la incorpora o agrega; pero no tiene conexión necesaria, y, evacuada, el interesado puede o no deducir su acción o defenderla, todo el tiempo que quiera y puede también hacer o no uso de la diligencia practicada.

(1) En el por de la edición de 1879, 296 de 1882, 303 de 1887, 111 de 1890 y 901 de 1907 y 1913. Véase el artículo 116 del Código peruano de 1913. Véase también el artículo 116 del Código peruano de 1913.

Si se trata de personas que han figurado ya en el juicio, por medio de terceros o representantes, no es aplicable este artículo, aunque, por expira el mandato o la representación, dichas personas necesitan comparecer por sí mismas o por medio de otro representante, v. gr. el mandante, cuando el mandatario fallece o se incapacita para ejercer el mandato; por aceptar un cargo público o por otra causa legal; el que habiendo sido menor al principio del juicio, llega a la mayor edad durante éste, etc.

Si por muerte de uno de los litigantes se necesita continuar con los herederos, creemos que si debería aplicarse este artículo; por lo menos mientras no se establezca la convocatoria por edictos o la imprenta, que insinuamos al tratar del 112, o bien la obligación directa de los herederos de personarse en el juicio pendiente y señalar casa o habitación para las notificaciones posteriores, so pena de arrostrar las consecuencias del juicio, sin que ni al juez ni a la parte contraria les toque indagar por ellos para llamarlos al juicio, ni darse cuenta de la muerte del causante. (Prop. 250, T. 29 y 411)

LECCION IV

414.—Días y horas hábiles e inhábiles, según estos artículos y según la Ley Orgánica del Poder Judicial.—Regla especial sobre las horas para las citaciones.—Diligencias.—Providencias.—Habilitación de días y horas inhábiles.—Se le puede hacer durante el mismo tiempo inhábiles.—Reforma de 1918, consignada en el art. 216 de la Ley Orgánica.—Cuestiones que esta reforma suscita.—El artículo reformado no prohíbe en absoluto la habilitación de días inhábiles para toda diligencia, inclusive citaciones.—Regla sobre el lugar.

El art. 115 del Código determina las horas en que pueden hacerse notificaciones, y el 116 trata de la habilitación. Son, por tanto, reglas complementarias de las que la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene sobre la misma materia; y para conocer bien todo el sistema legal, conviene estudiar juntamente una y otras disposiciones.

La Ley Orgánica dice en el Título IV o último, que contiene las llamadas DISPOSICIONES COMUNES:

“Art. 214.—Son hábiles para diligencias judiciales todos los días desde las ocho de la mañana hasta las cinco de la tarde, excepto los feriados. Además, los Tribunales y juzgados están autorizados para expedir sus providencias en cualquier día y hora.

“Fuera de los días hábiles, no se podrá practicar ninguna diligencia judicial, sino habilitándolos previamente, de oficio, o a petición de parte, o con justa causa.

“En estos días hábiles, habrá despacho en los Tribunales y juzgados, por cinco horas diarias...”

“Art. 215.—En ningún Tribunal ni juzgado ordinario, especial, civil o militar, se tendrán por feriados más días que los de fiesta entera o fiesta cívica, los de la semana santa y los de la de pascua, desde el primero hasta el diez de Agosto inclusive, desde el veinticinco de Diciembre hasta el seis de Enero.

“Para el Poder Judicial no habrá más días de fiesta cívica que el diez de Agosto, el veinticuatro de Mayo, veinticuatro de Julio, nueve y doce de Octubre.

“Art. 216.—No correrán los términos, aunque ellos sean penales, en los días feriados y de vacante, y los jueces no podrán habilitarlos por ningún motivo.

“Esta disposición es también aplicable a los incidentes de abandono en las causas criminales.”

Días hábiles.—Son, por tanto, días hábiles todos los del año, excepto los *feriados*; y son feriados para lo judicial, los determinados en el inciso primero del art. 215 de la Ley Orgánica, esto es, los de fiesta religiosa o cívica y los llamados de vacante o vacación; entendiéndose que no hay otros días de fiesta cívica, para el objeto indicado, esto es, para lo judicial, que los puntualizados en el inciso segundo del mismo artículo. (1)

(1) La Junta de Gobierno que ejercía el mando supremo después del nueve de Julio de mil novecientos veinticinco, reformó esta regla legal y la del art. 214, por Decreto de 31 de Agosto de dicho año, que, entre otras cosas relativas principalmente a sueldos, dice:

“Art. 4.º—El inciso tercero del art. 214 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dirá: “En todos los días hábiles habrá despacho en los tribunales y juzgados por ocho horas diarias, de ocho a doce de la mañana y de dos a seis por la tarde.

“Art. 5.º—El art. 215 de la misma ley dirá: “En ningún tribunal ni juzgado ordinario especial, civil o militar, se tendrán por feriados más días que los domingos y fiestas cívicas.” (Registro Oficial, N.º 46, del jueves 3 de Septiembre de 1925).

Según el art. 4.º, reformatorio del inciso tercero del art. 214, las horas de trabajo deben ser, no ya cinco, sino ocho, y extenderse hasta las seis de la noche. Será práctica y eficaz esta reforma, si tanta dificultad ha costado el que los jueces y magistrados se sujetasen con verdad y exactitud a las cinco horas antiguas? Lo dudamos, y el hecho palmario y evidente es que, con ese aumento de horas y la supresión de las vacaciones judiciales, nada se ha ganado en orden a la celeridad del despacho, y las causas siguen, como antes, durmiendo tranquilamente en los tribunales, por mucho que los interesados se intranquilicen por ellas, y se esfuerzan en activarlas.

En cuanto a vacaciones, nuestro criterio, basado en la propia experiencia y en lo que hemos leído y sabido de otros países, ha sido el de que los jueces tengan, co-

Horas hábiles.—Lo son, según la Ley Orgánica, para toda diligencia, desde las ocho de la mañana hasta las cinco de la tarde; mas según el art. 115 del Código, son hábiles para las notificaciones, desde las ocho a. m., hasta las seis p. m.

La notificación es una *diligencia*; pero esta segunda regla, la del art. 115 del Código, como especial para aquella diligencia, prevalece sobre la general de la Ley Orgánica; es decir, concede una hora más en cada día, de las cinco a las seis p. m. (1)

no los profesores, sus días de descanso y libertad, indispensables para que estos cargos no se vuelvan insupportables y matadores; pero que, por otra parte, en los días y horas de trabajo, trabajen, pero real y efectivamente, de modo que se concilien y palpén los resultados de su esfuerzo.

De acuerdo con esto, sometimos, hace algunos años, al estudio de la Academia de Abogados un proyecto reformativo que, entre otras cosas, establecía la vacación de quince días desde el veinticinco de Diciembre hasta el diez de Enero; la de las semanas Santa y de Pascua, y la del primero al diez de Agosto. Cosa de cuarenta días anuales, fuera de los de fiesta religiosa y cívica. Mas, al propio tiempo, se adoptaba la regla general, inexcusable, de que toda falta de asistencia, cualquiera que sea la causa, traería el correspondiente descuento del sueldo.

Cierto que el empleado público que no concurre al despacho, por licencia, por enfermedad, por grave calamidad doméstica, etc., no es *culpable*; pero la rebaja del sueldo no es pena por culpa o delito, sino la natural consecuencia de la falta de trabajo. El sueldo es el precio o compensación del trabajo que se presta a la Nación; y claro que, cuando no hay trabajo, no hay derecho a ese precio o compensación. Qué artesano, qué hombre de profesión liberal gana nada, si por enfermedad, ausencia, calamidad, etc., no trabaja?... Y a quién se ocurriría llamar pena y pena injusta a ese hecho de no ganar cuando no se trabaja?... De serlo, sería pena muy justa, la pena de la ociosidad.

Por otra parte, nuestra antigua y tradicional regla de exonerar de la rebaja del sueldo al empleado que falta *con justa causa*, tiene el grave inconveniente de que entre nosotros no hay carácter ni severa y honrada estrictez para calificar la *justicia* de esa causa. No tienen sentido esas palabras en nuestra deplorable degeneración moral; y así, a pretexto de *causa justa*, se relaja toda disciplina y se burla todo precepto y sanción legal.

Con la aprobación de la Academia, presentamos el proyecto a la Legislatura, y lo defendimos en 1914 y 1915; mas, si pudimos triunfar en la primera parte, en lo de las vacaciones, fracasamos en la segunda, y quedó vigente el tradicional subterfugio de la *justa causa*.

Ahora este sigue subsistiendo, pues a la Junta de Gobierno no se le ocurrió tocarlo; y eso sólo basta para que resulte otra burla ridícula lo de las ocho horas y la supresión de las vacaciones.

Porque tose, porque estornuda, porque se siente *arrivado*, porque llueve, porque amenaza llover, por nada, falta cualquier empleado judicial (y más fácilmente mientras su puesto es más alto); pero todo eso es *causa justa*. Y luego vienen las licencias, las largas y repetidas licencias, a gusto y criterio de cada uno, tal vez cuando estén al despacharse causas relatadas, o en los momentos de ser más indispensable la puntual concurrencia de todos.

(1) Si conforme al art. 4.º del Decreto de la Junta de Gobierno, trascribe en la nota anterior, los jueces deben trabajar hasta las seis de la tarde; no será natural deducir que la hora de las cinco a las seis es también hábil para cualquier diligencia?... Cómo, si no, puede conciliarse el que el juez deba estar funcionando, es decir, practicando diligencias judiciales, durante esa hora, y que, por otra parte, la misma hora sea legalmente inhábil para esas diligencias?....

Diligencia.—Según el Diccionario Académico y el de Escribhe, es la ejecución o cumplimiento de un acto, decreto o acuerdo judicial, su notificación, etc.

Providencia.—Para las providencias judiciales son hábiles todos los días y horas, dice nuestra Ley Orgánica. Según algunos Códigos, como el Español actual, art. 369, el de México, art. 66, el de Chile, art. 165, se da al vocablo *resolución* la acepción genérica, comprensiva de sentencias, autos y decretos; y *providencia* equivale a lo que nosotros llamamos *decreto de sustanciación*, según nuestro art. 318. Nuestro legislador, empero, no se ha preocupado de determinar y definir para su lenguaje técnico, una voz genérica de esa clase, que era indispensable; no obstante lo cual, nos inclinamos a creer que, entre nosotros, ese carácter le corresponde a la voz *providencia*; 19 Porque al terminar la definición de citación, en el art. 105, dice la ley: las sentencias, autos y demás providencias judiciales: 20 Porque, según el Diccionario Académico y el de Escribhe, la acepción forense de esta palabra es "cualquier resolución del juez": y 30 Porque en el mismo art. 318, que define los decretos de sustanciación, se emplea la palabra providencia como el *género* que, seguido de la *diferencia específica*, completa la definición.

Cuando estudiemos la Sección 8ª, volveremos a tocar ese punto; pero desde ahora podemos tener como cierto que los jueces pueden expedir en cualquier día y hora decretos, autos o sentencias, si bien para la notificación consiguiente, requiérese que el tiempo sea hábil o que se lo haya habilitado.

Habilitación.—El inciso segundo del art. 214 de la Ley Orgánica establece, en general, para las diligencias judiciales, lo mismo que el 116 del Código dispone en especial para las citaciones, que se las puede hacer en días y horas inhábiles, si dichos días u horas son habilitados por el juez. La habilitación debe ser *previa*, según la Ley Orgánica, esto es, anterior a la diligencia para la cual se la otorga; mas no hay necesidad de que se la haga *en tiempo hábil*, como creen algunos jueces. Para las providencias judiciales no hay días ni horas inhábiles, según acabamos

de ver: púedese, por tanto, expedir en día domingo la *providencia* de habilitación, y en seguida practicar la *diligencia* de que se trate.

La habilitación debe decretarse *con justa causa*, según la Ley Orgánica; y la justa causa debe ser un *motivo grave y urgente*, según la expresión más clara y precisa del Código, en el art. 116.

La habilitación puede decretarse, no sólo a petición de parte interesada, sino aun de oficio; mas el juez no debe usar de esta facultad, sino con la circunspección necesaria, para no comprometer su imparcialidad; v. gr. para una diligencia probatoria ordenada también de oficio.

Esa actitud, en cierto modo pasiva, que al juez le corresponde en la materia civil, está tan inculcada en nuestras costumbres forenses, que es muy raro el caso de que el juez haga algo sin petición de parte; mas es también general en nuestros jueces el acceder, sin calificar concienzudamente los motivos, sin reflexión ni discernimiento, a todo aquello que la ley les permite conceder *con justa causa*, y así las prórogas y suspensiones de términos, las habilitaciones de tiempo, que, según la ley, debieran ser excepciones, se han ido convirtiendo en la regla general y ordinaria del movimiento procesal.

Reforma de 1918.—Este habitual abuso de aquélla facultad de los jueces, ha sugerido varias reformas restrictivas, como las de los arts. 361 y 363, en 1911 (que las estudiamos en su lugar) y la del art. 216 de la Ley Orgánica, agregado en 1918, que estamos estudiando ahora, por relacionarse íntimamente con el art. 116 del Código.

Tiene ese artículo de la Ley Orgánica dos partes: la primera en que se declara que en los términos no se incluyen los días feriados; y la segunda que prohíbe la habilitación.

Para la primera, hubo la razón principal de que, en el régimen procesal, entrañaba cierta contradicción la regla sustantiva de que en los términos se incluyesen los días inhábiles. Los términos se dan para que *dentro de ellos*, esto es, en todo el tiempo que comprenden, puedan hacerse las diligencias del caso; y la inhabilidad de ciertos días se ha establecido para que dentro de ellos no se haga

nada, y los funcionarios descansan. Esa inclusión equívoca, pues, a permitir, por una parte, y prohibir por otra, la misma cosa; y la corrección y armonía en el sistema, exigían o que no hubiese días inhábiles, o que éstos no se incluyesen en los términos.

El proyecto reformativo iniciado en el Senado se inclinaba a lo primero, a la eliminación casi total de los días feriados, pues los reducía a los domingos y los días de fiesta cívica; mas en la Cámara de Diputados se sustituyó, por indicación nuestra, sugerida a la comisión respectiva, ese artículo del proyecto, con el que llegó a aprobarse, en el sentido de que no se incluyesen en los términos los días feriados o de vacante.

La segunda parte, que dice: "Y los jueces no podrán habilitarlos por ningún motivo", no quedó muy clara, y da lugar a estas dos cuestiones:

1ª Quiso el legislador simplemente impedir que los jueces, habilitando los días feriados, los incluyesen en los términos; o bien prohibió en lo absoluto la habilitación de días para toda diligencia judicial?....

2ª En la segunda hipótesis, aplícase también esa prohibición a las citaciones, quedando, por lo mismo, derogado, en lo tocante a los días, el art. 116 del Código, y vigente sólo en cuanto a las horas inhábiles de los días hábiles?....

En la cuestión primera, indudablemente dudosa, nos inclinamos a la primera interpretación, no sólo porque tal fue nuestro pensamiento al sugerir la reforma, sino por las consideraciones siguientes:

A) Por la razón gramatical de que el pronombre enclítico *los* del compuesto *habilitarlos*, se refiere rigurosamente al sustantivo *términos* y no a *días*.

B) Por la razón de armonía y asociación de ideas, de haberse hecho un solo artículo de las dos disposiciones; lo cual hace más natural suponer que la segunda es parte complementaria de la primera. Temióse, probablemente, que en la práctica se eludiese la primera regla, habilitando con anticipación el tiempo para todas las diligencias y trámites de cada juicio, y alegando que, por ese hecho, no había días feriados o de vacante para esas causas.

C) Por razón de armonía y relación en el sistema general; porque si el legislador hubiera querido abolir en absoluto la habilitación de días, y dejar subsistente sólo la de las horas inhábiles de los días hábiles, lo natural y lógico habría sido, no agregar, como agregó, un nuevo artículo, sino reformar el 214. El haberse limitado a la agregación hace, pues, suponer la intención de dejar vigente la antigua regla.

D) Por la gravedad de las consecuencias de prohibir en general la habilitación. Para interrumpir una precripción, para citar a un deudor que va a ausentarse, para impedir una ocultación o enajenación fraudulenta, y para mil cosas urgentes, es indispensable gestionar sin pérdida de momento; y no es posible suponer que el legislador haya incurrido en el absurdo de volver imposible la legítima defensa de los derechos, sólo por respeto al descanso dominical o a las vacaciones judiciales.

En contra de esta interpretación se nos ocurre una objeción, la de que, no habiendo establecido jamás la ley *términos inhábiles*, no cabía que en la reforma se hablara de *habilitación de términos*. Había, sí, *días inhábiles*; y por lo mismo, el consabido enclítico debe referirse—pese a la construcción gramatical—a *días* y no a *términos*.

El argumento es grave; y para contestarlo tenemos que decir que el legislador usó de una expresión metafórica, talvez por consultar la brevedad y laconismo en la redacción del artículo. Términos inhábiles no ha habido nunca, cierto; pero sí teníamos términos compuestos de días inhábiles. De manera que, al habilitar los días inhábiles de esos términos, cabía decir, en sentido figurado, que se habilitaban los mismos términos.

Lo que, en nuestro concepto, quiso prohibir el legislador fue, como ya hemos dicho, el que los jueces, habilitando los días feriados o de vacante, los incluyesen en los términos de cada causa, a pretexto de que, con respecto a ésta, ya habían dejado de ser feriados o de vacante. Pero, por lo demás, ahora, como antes, pueden practicarse diligencias judiciales en días inhábiles, previa la respectiva habilitación; y así se ha resuelto ya en la práctica.

En cuanto a la cuestión segunda, creemos que, aun en la hipótesis de la segunda interpretación—de la en que el

legislador haya querido derogar, por medio del actual art. 216, la antigua regla general del art. 214, sobre habilitación de días—tal derogación no podía aplicarse a la *diligencia de citación*; por la perentoria razón de que la regla del art. 116 del Código de Enj. es especial para esta diligencia, y de que, según el principio jurídico consignado en el art. 49 del Código Civil, 'la ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se lo expresa'.

Evidentísimo, por tanto, que pueden practicarse citaciones en días feriados o de vacante, previa habilitación. **Regla sobre el lugar.**—En el art. 116 están por demás las palabras *y lugar*; puesto que la ley no ha dividido los lugares en hábiles e inhábiles, ni ha establecido jamás habilitación de lugares. La inhabilidad legal y la habilitación se refieren sólo al tiempo.

Art. 117 (1)

415.—Inútil repetición del art. 67.

Este artículo es innecesario, después de lo dicho en el 67. Aun la misma citación de la demanda puede hacerse al Procurador, según el art. 123, sin perjuicio de lo que dijimos al estudiar la prop. 268 (T. 11), respecto de la facultad que el mandatario puede tener de no intervenir en un asunto nuevo.

Arts. 118 y 119 (2)

416.—Expresiones admisibles a las partes en el acto de la citación personal. — Sanción.—Reforma de 1915.

El segundo de estos artículos, que ha debido ser sólo inciso del primero, decía hasta 1905 de *cuatro a doce pesos*, *Ese año se substituyó aquella frase con la de cuatro a diez sueres*, que subsiste.

Con respecto a las expresiones admisibles o prohibidas debemos decir que la regla general es la de que la parte debe limitarse a recibir la notificación, es decir, instruirse del

(1) Es el 304 de la edición de 1879; 299 de 1882; 306 de 1887; 114 de 1892 y 99; 112 de 1907 y 1913.

(2) Son el 305 y 306 de la edición de 1879; 300 y 301 de 1882; 307 y 308 de 1887; 115 y 116 de 1892 y 99; 113 y 114 de 1907 y 1913.

objeto de ella. Las expresiones admisibles son excepciones; y, entre ellas, figura también, por la ley de 1912, la designación de habilitación para las citaciones, según el art. 108.

No se nos ocurre en qué casos pueda hacerse en la citación *nombramiento de depositario*; pero sí caben nombramiento de partidor, recusación de peritos, interposición de recurso de hecho, etc.

La multa es algo dura, atenta la calidad de la falta; y jamás la hemos visto aplicada.

Art. 120 (1)

417.—Qué cosas deben notificarse a las partes.—Regla; excepciones; prohibición sin sanción.

La regla general, contenida en la primera parte del inciso primero, es la que deben notificarse todos los decretos, autos y sentencias; faltando advertir que la notificación comprenderá también el pedimento o solicitud que tal providencia o resolución haya ocasionado.

El decreto en que se piden los autos para sentencia, debe notificarse a las partes, y so pena de nulidad, en los juicios ordinarios y ejecutivos y aun en los otros juicios sumarios en que lo ordena este Código (arts. 421, 423, 424, 425), no obstante estar comprendido en el inciso segundo; es decir, es *solemnidad sustancial* de esos juicios, como lo veremos después. Los decretos en que se pide el proceso para el pronunciamiento de un auto, no deben notificarse a las partes, según este artículo.

Falta en esta prohibición, tan a menudo violada en la práctica, alguna sanción expresa. Debiera ser alguna multa, a más de la de no poder cobrar derechos por las notificaciones innecesarias, o de restituirlos, si se los ha cobrado. Creemos que, sin necesidad de ley expresa, podría el juez imponer la multa, y con más razón, hacer restituir los derechos o negar su cobro, como consecuencia natural de la misma disposición de este artículo.

(1) Es el 307 de la edición de 1879; 302 de 1882; 309 de 1887; 117 de 1892 y 99; 115 de 1907 y 1913.

Art. 121 (1)

418.—**Término para las notificaciones.**—**Texto primitivo y reformas de 1904, 1905 y 1916.**—Las 24 horas se extienden hasta la media noche del día siguiente;—**Puede el juez restringirlas?**.....

En 1904 se puso *dos suertes* donde antes decía *dos pesos*; y en 1905, se agregó la parte final del inciso primero que dice: "Podrá revocarse la multa, si fuere justificable el retardo".

El inciso segundo es de 1916.

Estas agregaciones fueron muy razonables; pues, por una parte hay ocasiones en que, no obstante la actividad del actuario, no puede hacer las notificaciones dentro del término señalado por este artículo; y por otra, ocurre también que, por inadvertencia u olvido, queda sin hacerse alguna citación, y llega a transcurrir mucho tiempo, en cuyo caso la multa diaria, sin límite alguno, resulta exorbitante.

Pero debiera, asimismo, agregarse que, en casos de urgencia, el juez puede ordenar que la citación se haga en el acto o dentro de un término menor. Si el último día de prueba, se pide y ordena alguna diligencia, ésta quedaría frustrada, con sólo reservar el actuario la citación a la otra parte, para los últimos momentos del término fijado por este artículo.

Aun sin disposición legal expresa, creemos que el juez tendría esa facultad, dentro de las discretionales anexas a su cargo y dentro del espíritu mismo y el plan de la legislación, revelado especialmente en la Sección 9ª de este Título.

Otra cuestión: las 24 horas de que aquí se habla, deben prolongarse hasta la media noche del día siguiente, según el art. 349? ... Este artículo es muy general, y parece que así se lo ha entendido en la práctica; pero sus últimas palabras "hasta la media noche del día siguiente al *de la notificación*", dan a entender que se trata de términos concedidos a las partes, a quienes debe notificarse para que aquellos empiecen a correr.

(1) Es el 308 de la edición de 1879; 303 de 1882; 310 de 1887; 118 de 1892 y 99; 116 de 1907 y 1913.

Además, la advertencia del art. 121 que estamos estudiando, de que las 24 horas se cuentan *desde aquella en que se haya firmado la providencia*, da a entender que se trata de un término de *horas* y no de *días*. El punto no es claro en la ley.

Art. 122 (1)

419.—**Efectos de la citación.**—**Texto primitivo y reformas de 1880.**—**Reforma hecha de 1916, respecto del objeto ilícito en la enajenación de cosas litigiosas.**

En este artículo, cuya doctrina hemos expuesto al estudiar las props. 396 a 402 bis, se han hecho tres reformas:

En 1880, la agregación del inciso 2º, sobre interrupción de la prescripción, que no había en el Código de 79, pero sí en el de 69.

En el mismo año 80, la supresión del inciso final que declaraba que la citación hecha en forma legal surtía los efectos de los tres últimos números del artículo, esto es, los de carácter sustantivo, aunque se anulase el proceso por cualquier causa.

En 1916, la abolición del objeto ilícito de las enajenaciones o gravámenes de la cosa litigiosa, posteriores a la citación.

De las dos primeras reformas hemos tratado ya, al estudiar las props. 398 y 402 bis; ahora debemos ocuparnos sólo en la tercera.

Antes de esta última reforma, tenía el artículo un número aparte, que decía: "4º Anular las enajenaciones y gravámenes de la cosa sobre que versa la demanda, verificados después de la citación".

No hacía este inciso referencia expresa al Código Civil, como la hacen los relativos a la posesión de mala fe y a la mora; pero estaba basado en la doctrina de ese Código, que al tratar del objeto ilícito en los actos o declaraciones de voluntad, decía:

"Art. 1454.—Hay objeto ilícito en la enajenación: 4º De las especies cuya propiedad se litiga, si se ha hecho sin permiso del juez que conoce del litigio".

(1) Es el 309 de la edición de 1879; 304 de 1882; 311 de 1887; 119 de 1892 y 99; 117 de 1907 y 1913.

No cabía, por tanto, derogar o suprimir el inciso 4º del art. 122 del Código adjetivo, sin cambiar la doctrina sustantiva sobre el objeto ilícito; y la reforma, sin mencionar siquiera este inciso, limitóse a agregar al Título de las "DISPOSICIONES COMUNES", un artículo, el 1080, comprensivo de reglas sustantivas y adjetivas, basadas en la derogación de la doctrina del Código Civil sobre enajenación de cosas litigiosas; doctrina que, si bien se sustentaba sobre la base de una tradición inmemorial, no tenía razón alguna de ser, y si ocasionaba gravísimos perjuicios e inconvenientes.

El artículo reformatorio dice:

"Art. 1080.—Los bienes litigiosos podrán enajenarse válidamente en remate forzoso y aun de modo privado; pero el fallo que en el litigio recayere, tendrá fuerza de cosa juzgada contra el adquirente, aun cuando éste no haya comparecido en el juicio, pero siempre que se hubiese inscrito la demanda. Si se presenta el adquirente, la parte contraria podrá exigir que se siga contando también con el antecesor.

En este último caso, el antecesor y los sucesores en el derecho deberán constituir un solo procurador en el juicio, y serán solidariamente responsables del cumplimiento del fallo y de las costas a que fueren condenados.

Hecha la inscripción, el anotador la pondrá, dentro de tres días, en conocimiento del juez ante quien se litigue sobre la propiedad de la cosa enajenada.

Si el vendedor no diere al comprador aviso del litigio sobre la cosa, será culpable de fraude, y responderá de los daños y perjuicios causados al comprador.

Si están secuestrados los bienes cuya propiedad se litiga, se observará lo dispuesto en el presente artículo."

Y al proponer a la Academia de Abogados el proyecto respectivo, expusimos lo siguiente, que puede servirnos de comentario de la reforma de que hoy tratamos, esto es, de la supresión del consabido inciso sobre objeto ilícito:

"Deben respetarse las cosas antiguas cuando se conoce la razón en que se fundan, o cuando, por lo menos, no se ve claramente ninguna razón poderosa en contrario; porque, en este caso, la misma antigüedad hace suponer que se ha reconocido la necesidad o conveniencia de ellas. Mas si la razón contraria es evidente, la antigüedad o la costumbre no deben ser obstáculo al progreso.

La tradicional máxima *libe pendente nihil innovetur*, entendida frecuentemente por el vulgo con una exageración absurda, significa, según los expositores, la prohibición de enajenar la cosa

materia de la litis; pero, por mucho que meditemos en ella, no hallamos razón justificativa, y sí poderosas razones en contra.

"La libertad de enajenación, basada en la esencia misma del dominio, es, no sólo de derecho civil y natural, sino de derecho público, y contribuye eficazmente al desarrollo de la riqueza. No puede, por tanto, ser limitada u obstruida, sino por motivos poderosos de justicia o conveniencia. ¿Y cuáles los motivos que justifiquen la consabida máxima? Uno sólo se ha aducido, el de que, al enajenarse el objeto de la litis, se eludirían los efectos de la sentencia, y podrían quedar burriados los derechos de la parte contraria y la autoridad misma del juez.

Estos dos inconvenientes se subsanan con las dos reglas del inciso primero del artículo que proponemos: el fallo surta efecto de cosa juzgada contra el adquirente; y el tradente puede ser obligado a seguir interviniendo en el juicio, por las responsabilidades personales que ha podido haber contraído en favor de la otra parte.

Y si con sólo esto se obvian los inconvenientes de la libre enajenación de las cosas litigiosas, no hay para qué ir más allá, ni queda razón alguna para dejar subsistente el consabido objeto ilícito—legado por el Fuero Juzgo, si mal no recordamos, y contrario a los principios jurídicos y económicos—que pone las cosas fuera del comercio, como notamos antes, y anula, no sólo las enajenaciones que pudieran hacer una de las partes litigantes, sino aun las de personas extrañas que ni noticias tuvieron del litigio.

"Creemos, pues, que si se reflexiona seriamente sobre esto, se considerará verdaderamente útil y científica la innovación que proponemos.

"Pero bastará observar que, con sólo hacerse poner una demanda de propiedad, puede un deudor malicioso impossibilitar o, a lo menos, dificultar gravemente el embargo y remate de sus bienes, para comprender que es indispensable y urgente una reforma a este respecto. Según el Código Civil, las cosas litigiosas pueden venderse con permiso del juez que conoce en el litigio; pero como ni la petición ni la concesión de ese permiso están sujetas a regla alguna fija, puede formarse y se forma un embrollado e interminable incidente, cuyo resultado práctico es el triunfo seguro de la mala fe."

La Academia meditó y discutió muy detenidamente este punto, por lo mismo que se trataba de una innovación bastante sustancial; y acogida por ella la indicación, se la propuso a la Legislatura, sin el último inciso, que fue sugerido por la comisión mixta de las dos Cámaras.

Encargadas la Academia y la Corte Suprema de la edición del Código de Enjuiciamientos, creyeron de su deber, al llegar al art. 122, tomar en cuenta la derogación tácita, pero evidéntísima, del antiguo No 4º; y en consecuencia, lo eliminaron.

Cuando lleguemos al estudio del art. 1080, explicaremos cada una de sus diversas disposiciones, teniendo en cuenta, ya la exposición de motivos del proyecto, ya su discusión en la Academia y el Congreso, ya, en fin, las trascendentales consecuencias de la reforma, en sus relaciones con diversos puntos de la legislación sustantiva y adjetiva.

Art. 125 (1)

420.—Reglas especiales sobre la citación de la demanda, contenidas en el art. 123.—Concordancia de este artículo con el 247.—La salvada con que termina el primer inciso debió extenderse al art. 114, a fin de prever los tres casos posibles: 1º Que el demandado esté presente, y el actuario le encuentre: 2º Que esté presente, y el actuario no le encuentre: 3º Que esté ausente.—Regla legal para el primer caso.—Conveniencia de extender a todo juicio el requisito de la copia, establecido para los ordinarios de mayor cuantía.—Regla para el segundo caso.—Razón legal para las tres boletas.—Manner de proceder si después de la primera o segunda boleta se ausenta el demandado.—Conveniencia de que las tres se pasen el mismo día, y se empleen otros medios para asegurar que el demandado llegue a conocer la demanda.

Ninguna reforma se ha hecho en este artículo destinado a reglar la más importante de las citaciones, la citación *stricto sensu*, el llamamiento a juicio; aunque bien estaría pensar en ello, como vamos a verlo.

Concuerda con el art. 427, que dice:

“Art. 427.—En todo juicio en que la ley ordene la citación de la demanda al demandado o a su representante, dicha citación será solemnidad sustancial; y se practicará en persona o por tres boletas en distintos días, a menos que la misma ley prescriba otra forma de citación.

Procediendo el legislador en el supuesto de que el demandado (o su procurador) está en el lugar del juicio prevé sólo dos casos, el de que el actuario le encuentre y el de que no lo encuentre. Para el primer caso, dispone que la citación se haga conforme al art. 106, es decir, como cualquier otra notificación personal; y ya hemos observado que ese artículo, si se precupna del modo de dejar en el proceso constancia de la citación, nada dice respecto de la manera de hacerla; lo cual constituye una deficiencia muy notable (propps. 391 y 407).

(1) Es el 310 de la edición de 1879; 303 de 1882; 312 de 1887; 120 de 1891 y 99; 118 de 1907 y 1913.

Los escribanos desempeñan esa función, leyéndole la providencia a la persona citada, o permitiéndole leerla, e instruyéndola de la misma manera del pedimento que ha dado lugar a esa providencia; de donde resulta que, en muchos casos, las personas de pocos alcances, sorprendidas con la citación, apenas se dan cuenta, en confuso, del objeto de ella, y no recuerdan ningún detalle, ni siquiera cual fue el funcionario que les notificó, ni el juez que ordenó la citación. Y esto, al tratarse de la demanda o de una diligencia preparatoria, puede tener trascendentales y gravísimas consecuencias.

Para la demanda del juicio ordinario de mayor cuantía, el Código dispone se acompañe copia simple y que ésta se la entregue al demandado; y ya hemos observado que convendría extender la regla a toda demanda, a toda diligencia preparatoria, y talvez también a toda otra diligencia o petición judicial, que pueda interesar o perjudicar a otras personas o comprometer los derechos de ellas.

Para el caso, mucho más grave y delicado, de que el actuario no le encuentre a la persona a quien debe notificarse la demanda, prescribe este artículo que la citación se haga por tres boletas en tres distintos días. Este requisito es el medio que al legislador se le ha ocurrido de asegurar en lo posible que el demandado llegue a tener conocimiento de la demanda. Pero esas tres boletas, que, fijadas en la puerta, pueden ser inmediatamente arrancadas aun con maliciosa intención, o que, entregadas a *cualquiera persona de la familia o servidumbre*, pueden también ser ocultadas o distradas, no constituyen, en verdad, garantía suficiente. Preferible sería hacer uso del correo, por medio de carta certificada, o de la prensa, como se usa en otras partes, según ya lo indicamos.

Al terminar el primer inciso, el artículo hace salvedad de los casos de los arts. 112 y 113, esto es, de los de personas inciertas y de los de comunidades de indios; pero debía hacerlo también del 114, que, tratando de los ausentes, prescribe la comisión o deprecatorio. Al demandado ausente del lugar del juicio, aunque sea transitoriamente, se le debe, pues, citar por comisión o deprecatorio, como ya lo indicamos, de acuerdo con dicho art. 114.

Si por no encontrar el actuario al demandado, le deja la primera boleta, y éste se ausenta en seguida, para la segunda boleta se necesita comisión o deprecatorio; y si el actuario comisionado tampoco le encuentra y le deja la segunda boleta, y en seguida el demandado vuelve ausentarse a otro lugar, para la tercera boleta se hace necesario llevar la comisión al lugar de la última residencia. El mero hecho de haber estado el demandado en el lugar del juicio ~~et dda~~ de la primera boleta, no es razón suficiente para que la segunda y tercera boletas se le dejen en su misma casa, si el ha estado ausente en los días en que tales boletas han sido entregadas. La ley supone que el demandado tiene conocimiento de la demanda cuando han sido ya legalmente entregadas las tres boletas; y por lo mismo, sería incurrir en petición de principio afirmar que, habiéndose entregado sólo la primera boleta, el demandado se ha ausentado a sabiendas o por eludir la citación; aunque en realidad de verdad pueda ser así.

Esa solemnidad de las tres boletas en tres distintos días, puede, pues, ocasionar esta complicación de hacer necesario diverso exhorto o comisión para cada una de las tres boletas; y si se lo omite, por error de hecho del actuario, que ignorase la ausencia posterior a la primer boleta, o de derecho, por creer que, no obstante tal ausencia, pueda entregarse en la misma casa la segunda y la tercera boleta, el demandado tiene derecho de rendir prueba de haber estado en otro lugar el día de la segunda o tercera boleta, y obtener la nulidad de la citación y del proceso, y aun de la sentencia ejecutoriada (1).

La ley—lo repetimos—presume de derecho que el demandado conoce la demanda, cuando, estando en el lugar del juicio, se han entregado las tres boletas en su casa a persona de la familia o servidumbre, o se las ha fijado en la respectiva puerta; por más que el demandado alegue y pueda probar que ninguna de las boletas llegó a su poder ni a sus noticias. Pero, asimismo, antes de eso, cuando se ha entregado o fijado sólo la primera boleta o sólo la primera y la segunda, presume también que el demandado ignora la demanda; a menos que, por el hecho de cortes-

tarla, manifieste lo contrario o, mejor dicho, resulte legalmente innecesaria la notificación. Ambas presunciones son forzadas; por lo cual y por las dificultades prácticas que acabamos de notar, convendría una reforma legal por la que la citación se hiciese en un solo día, empleando mejores precauciones para asegurar el conocimiento del demandado.

Si se trata, no de demanda, sino de diligencia preparatoria, debe distinguirse: si ésta es confesión, la citación debe ser personal o por tres boletas, si la persona está en el lugar del juicio; y por comisión o deprecatorio, si no lo está. Es decir, debe hacerse como la notificación de la demanda, por prescribirlo así el art. 272.

Si se trata de otra diligencia preparatoria, o de otros actos o trámites, basta una sola boleta, conforme al inciso 2º del art. 123; pero en el caso de ausencia, debe aplicarse también el art. 114.

Por lo demás, nos referimos a las props. 391, 409, 413, etc.

Art. 124 (1)

421.—Reglas del art. 124 sobre la rebeldía.—Esta tiene lugar, no cuando el demandado no comparece, sino cuando no contesta.—Son reglas que deben estar en la Sección 5ª.—Rebeldía en los incidentes, alegatos, etc.

Este artículo debería estar en la Sección 5ª DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA; y para entonces reservarnos su estudio.

Con respecto al tenor literal del artículo, observamos que la rebeldía se ha instituido, no para el demandado que *no comparece*, sino para el que *no contesta a la demanda*, aunque haya comparecido, propuesto excepciones dilatorias, pedido prórroga, diligencias preparatorias, etc.

Si en cualquier estado de la causa se corre traslado a una de las partes, y ésta no dice nada; si debiendo alegar para sentencia, no lo hace, etc., se le declara también rebelde, para que siga adelante la causa; pero esas rebeldías no surten el efecto de que no vuelva a contarse en lo sucesivo con aquella parte, sino sólo el de que el juez pro-

(1) Véase la discusión de la Academia de Abogados sobre este punto, publicada en el N.º 50, págs. 133, 135 y 136 de la «Revista Forense».

(1) Es el 31r de la edición de 1879: 306 de 1882: 313 de 1887: 121 de 1892 y 99: 119 de 1907 y 1913.

nuncie la resolución respectiva, sin que sea obstáculo el silencio de ella (1).

El rebelde que comparece posteriormente, debe, según el inciso 2º, pagar los gastos que por el hubiere hecho la otra parte, esto es, el papel y los derechos judiciales que por él hubiere suplido. Si el auto de rebeldía contiene, como es natural, la condena en costas de ese incidente, debe también pagar esas costas. Ese pago que el demandado debe hacer para ser oído, se llama en el lenguaje forense *purgar la mora*.

Art. 125 (2)

422.—**Citación de saneamiento, según el art. 125.—Texto primitivo del artículo y reforma de 1890.**

Hasta el año 1890, este artículo decía: "Después de transcurrida la mitad del término probatorio no podrá pedirse que se haga la citación de que trata el art. 1834 del Código Civil". Mas, teniéndose en cuenta que, si el vendedor comparece, debe tener derecho de proponer excepciones y figurar en la causa como parte principal, al tenor de lo dispuesto por el Código Civil, se reformó en ese año el artículo, sustituyéndolo con el que hasta ahora tenemos.

En rigor de verdad, el llamamiento al vendedor debe hacerse en el término de las excepciones dilatorias; ya para que el vendedor pueda alegarlas, si las tiene; ya porque ese es el propio carácter de aquel medio de defensa, como lo indicamos en la Parte Doctrinal y lo explañaremos al tratar de la EXCEPCIONES, en la SECCIÓN 4ª

Por lo demás, nos referimos a la prop. 403.

Art. 126

123.—**Notificación de traspaso de créditos, según el art. 126 agregada en 1916.—Paralelo con el Código Civil.—Graves inconvenientes que obvió la Ley de 1916.—Caso en que se trate de documento privado.—Caso de escritura pública.—Caso de crédito hipotecario.—Forma y término de la exhibición.**

Este artículo fue añadido al Código por la Legislatura de 1916, En el artículo anterior, en el 125, establece el

(1) Arts. 391, 402, 465, 466, 474, 477, 479, etc.

(2) Es el 312 de la edición de 1879; 307 de 1882; 314 de 1887; 122 de 1892 y 99; 120 de 1907 y 1913.

Código la manera de hacer efectiva una importante institución de derecho sustantivo, la citación de saneamiento; y en el actual propónese dar forma práctica y adecuada a otra institución sustantiva no menos importante, la citación del traspaso de un crédito.

En el informe que, a nombre de la Academia de Abogados, presentamos a la Legislatura, dijimos lo siguiente, que reproducimos ahora como comentario de este artículo:

"El Código Civil declara que la cesión de derechos no surte efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por éste. Y agrega que la notificación debe hacerse con exhibición del título que lleve anotado el traspaso. Arts. 1893 y 1894.

"Mas en el modo de dar cumplimiento a estos requisitos, se tropieza en la práctica con graves dificultades:

"Primero, porque siendo indispensable que la notificación se haga al deudor en persona, para que se le exhiba o presente el título endosado, el deudor, con sólo ausentarse u ocultarse, elude y dificulta la diligencia:

"Segundo, porque, a veces, el deudor no sabe o no puede leer, y la exhibición o manifestación en esa forma no tiene razón de ser, ni es racionalmente posible:

"Tercero, porque otras veces, aunque sepa y pueda leer el deudor, sorprendido con la notificación, no se fija bien, ni puede después explicar lo ocurrido, ni recordar el nombre del cesionario, etc., para hacer uso de los medios de defensa:

"Cuarto, porque el deudor, notificando en persona, carece de medios legales de comprobar el hecho del traspaso, para defenderse del acreedor primitivo o de sus herederos o sucesores que pretendan cobrarle el crédito ya cedido:

"Quinto, porque, si el crédito consta de escritura pública, el peligro es mucho mayor; ya que, sacando nueva copia, el acreedor primitivo o sus sucesores pueden demandar al deudor o hacer otras cesiones, sin que el deudor tenga facilidad de probar el hecho del primer traspaso:

"Sexto, porque si se trata de créditos hipotecarios, el tercer poseedor del inmueble no sabe quien deba cancelar el gravamen; y cabe (como ya ha sucedido) que el acreedor primitivo cancele la hipoteca, cuando ya no es acreedor, por haber cedido antes el crédito a otra persona.

"Y la reforma procura evitar todos estos inconvenientes.

"Como cosa de mera redacción, creemos que el inciso 3º debe decir un *día perentorio* en vez de *24 horas perentorias*; porque no tenemos en nuestra legislación términos de *horas*, y menos de *horas perentorias*".

El Jefe de primer orden dice que la notificación se hará en la forma ordinaria. Por consiguiente, si el actuario le encuentra al deudor, le hará notificación personal, sin perjuicio de entregarle la boleta especial que este artículo prescribe. Si no le encuentra, le notificará por boleta (Propa. 391, 393, 407, 409 y 413).

La boleta contendrá el pedimento y la providencia según las reglas generales, y además, los datos que respectó del título cedido, indica este artículo.

Según la cuantía del documento se dirigirá la petición al Alcalde Cantonal o al Jefe Parroquial. Mas, por lo tocante al territorio, podrá contarse en todo caso con el Jefe del lugar en que se encuentre el deudor, puesto que no hay todavía demanda, y se trata solo de un asunto de jurisdicción voluntaria.

Si el documento es de mayor cuantía, y el deudor está en una parroquia rural, podrá expedirse comisión, remitiendo también el documento cedido, para que se haga la exhibición en la forma indicada por el inciso tercero.

Art. 127. Forma de la notificación de la orden de retención o embargo, establecida en 1916. Antecedentes y motivos de esta importante reforma. Paralelo con los arts. 525, 526, 531 y 1001.

Este artículo, gemelo del precedente, del 126, añadido también por la Legislatura de 1916 (art. 30 de las reformas), tiene con el íntima analogía, y satisface otra necesidad imperiosa, la de proporcionar al tercero, notificado de retención o embargo, un comprobante auténtico de este acto, para la seguridad de sus intereses. Antes de esta reforma, la retención o embargo se hacía mediante simple notificación, cuya significación jurídica ni comprendía, a veces, la persona notificada; y si el dueño de la cosa retenida o del crédito embargado o retenido lo reclamaba, el deudor o tenedor corría el riesgo de hacer un pago nulo, por no oponer la correspondiente excepción o no poder comprobarla fácilmente, y podría ser compelido a pagar por segunda vez, cuando lo exigiese el acreedor que obtuvo el embargo o la retención.

Con la entrega de la boleta, que es un instrumento público, el deudor o tenedor está libre de estos peligros y molestias.

La notificación se hará, como en el caso del art. 126, en la forma ordinaria, es decir, en personal o por boleta por comisión, o deprecatorio, según las circunstancias; pero aun cuando se la haga en persona, se entregará al deudor o tenedor notificado la boleta en que conste la providencia judicial, respectiva, que se otorgó en su orden.

Por analogía, creemos que en la misma forma deberá notificarse la providencia en que se le decretó la retención o embargo.

Las disposiciones legales contenidas en este artículo que puede darse la orden de embargo o retención mencionada en este artículo, según los arts. 525, 526, 531 y 1001. Todas ellas, excepto la última, constituyen importantes reformas que hemos obtenido en diversas legislaturas, y cuyos antecedentes y consecuencias explicaremos en los lugares respectivos. Por ahora, diremos sólo una breve idea de esas disposiciones, en cuanto se relacionan con la proposición que estudiamos.

Sobre el modo de realizar el embargo, hemos tenido siempre la regla que en el Código actual es el inciso 4º del art. 529, que dice: "El embargo se hará formando el correspondiente inventario, y entregando la cosa embargada a un depositario de responsabilidad, en el Código antiguo. Y, como hasta 1916 no había en nuestro Código disposición especial para el embargo de créditos, se procuraba amoldarlo a la regla general, presentándose el acreedor al tercero a quien se le suponía deudor del crédito, y consignándole depositario del valor del crédito. Si el tercero rehusaba hacerse depositario, se le compelía a consignar en el acto el dinero, y se nombraba otro depositario."

Esto era evidentemente absurdo, por porque el tercero podía no ser realmente deudor, o porque si deudor podía estar sujeta a plazos, condiciones, etc., y no podía de ningún modo cambiar su situación jurídica y presentarse a embargo, y convertirle en depositario judicial, sujeto a la vía de apremio personal para la entrega, siendo así que, por la naturaleza y origen de su obligación, sería inaplicable ese violento medio coercitivo. Todas estas circunstancias, que sucedían además, que suspendido el tercero con el tal embargo, se presentaba alegando alguna o algunas de esas excepciones y litigamos, introduciendo un nuevo juicio extemporáneo y anómalo, en el curso de la ejecución judicial.

Estos inconvenientes, que no fue posible remediar, por sólo la doctrina jurídica, nos sugirió la reforma que, erróneamente agregada al art. 525 (cuando debió agregarse más bien al 529) dice así:

"El embargo de un crédito se hará notificando al tercero deudor del ejecutado; y el remata tendrá por base el valor del mismo crédito, sin necesidad de avalúo.

"El rematante dirigirá su acción por separado contra el tercero, quien, entonces, podrá hacer uso de las excepciones que le asistan.

"Si existiere título del crédito, el rematante podrá exigir, por apremio, que se le entregue, a menos que esté en poder de otra persona que alegue derecho a retenerlo. En este caso, deberá intentarse por separado la acción respectiva".

Ahora, hecha esta agregación, el tercero que no es realmente deudor, o que tiene plazo, condición u otros medios de defensa, puede, si quiere, hacer una mera protesta, cuando se le notifica el embargo (lo cual nos parece prudente y razonable); pero sus excepciones quedan reservadas para cuando el rematante del crédito dirija contra él su acción. Entre tanto, debe guardar la boleta de citación, por sí el mismo acreedor primitivo intentare reclamar el pago, hacer una cesión, etc., o por sí sobrevenga otro embargo o alguna otra de tantas complicaciones que en la práctica se presenten.

Pasemos al art. 526, en la parte relacionada con el 127, al cual se refiere expresamente en su inciso final.

Los bienes del deudor que, por dimisión de éste o señalamiento del acreedor, se embargan, pueden estar en poder de un arrendatario, socio administrador, tenedor anticrético, etc.; y antes de la reforma de 1916, el Alguacil despojaba de hecho, a ese tercero, y le causaba, a veces, un desastroso estrago.

Esto era otro absurdo palmario; porque, dado el silencio del Código de Enj., bastaba la doctrina de la ley sustantiva para saber que el embargo debía efectuarse respetando los derechos del tercero. Pero fue, asimismo, necesario que el Legislador interviniese para consagrar, como consagró, la sana doctrina, por medio de esta disposición, que dice:

"Art. 526.—Para propeler al embargo de bienes raíces, el juez se cerciorará, por medio del respectivo certificado, de que no estén embargados, ni en poder de un tercer poseedor o tenedor inscrito, como arrendatario, acreedor anticrético, etc.

"Si los bienes estuvieren en poder del arrendatario, tenedor anticrético, etc., el embargo se verificará, respetando los derechos de éstos; y, rematados los bienes, se cumplirá con lo que las leyes prescriben respecto a la obligación que puede tener el comprador de respetar al arriendo o anticrtesis.

"El embargo se notificará al arrendatario o acreedor anticrético en la forma prevenida, para igual caso, en el art. 127; y se nombrará depositario para la percepción de la renta".

Si el arrendamiento, anticrtesis, etc., no se han inscrito, no podrá utilizarse el certificado, para los efectos de este artículo; pero el tercero podrá presentarse según el 567, y obtener que se respete su derecho, si rinde la prueba correspondiente.

El embargo, en los casos previstos por este artículo, se opera por medio de la notificación; pero debe hacerse inventario o avalúo de aquello que el arrendatario o tenedor deba restituir al dueño a la expiración de su contrato o derecho.

El art. 531 fue también agregado, por indicación nueva, para otra notificación análoga a la del art. 526 y la de 127. Cuando, antes de esta agregación, se ordenaba el embargo de una cosa que al deudor pertenecía pro indiviso con otras personas, el Alguacil despojaba a todos los condóminos y entregaba la cosa al depositario. Para extirpar esta corruptela, se expidió la reforma que dice:

"Art. 531.—El embargo de la cuota de una cosa, se hará notificando la orden de embargo a los copartícipes, los cuales, por este hecho, se considerarán como depositarios de la parte correspondiente al ejecutado. Si éstas rehúsan el depósito el juez nombrará un depositario de la totalidad de la cosa".

Confesamos que hay impropiedad en el uso del gerundio *notificando* (sin recordar si así constaba en el proyecto original); pero el pensamiento del Legislador es el de que, al embargarse la cuota, se notifique a los condóminos y no se les despoje de plano. Por lo demás, es indispensable también hacer el inventario de toda la cosa, para que se sepa en qué consiste la cuota embargada, y de qué se hacen

responsables los condóminos que quedan de depositarios o el depositario extraño, si llega el caso de nombrarlo; que es lo que se va a renatar, etc.

La frase *se hará notificado*, ha dado a entender a ciertos intérpretes poco preocupados de estudiar los antecedentes de la ley, que en sólo eso consiste el embargo, como cuando se trata de un *crédito*, es decir, de cosa *incorporea*; mas al tratarse de cosa *corporea*, salta a la vista que, sin el inventario, es decir, sin la descripción de la cosa, no consta ni se puede conocer qué es lo embargado.

Réstanos sólo el art. 1001. Todo lo expuesto anteriormente se refiere al *embargo*; cuanto a la *retención*, mencionada también por el art. 127, las reglas constan en la SECCIÓN 32, DE LAS PROVIDENCIAS PREVENTIVAS; y de ellas, la que ordena la notificación al tercero, dice:

Art. 1001.—Ordenada la retención, bastará que se notifique a la persona en cuyo poder estén los bienes o derechos que se retengan, para que ésta no pueda entregarlos sin orden judicial¹.

Esta notificación es la que debe sujetarse a las formas establecidas por el art. 127.

JURISPRUDENCIA

CASO 72

Omisión de la firma de la persona citada.

En el juicio de los sucesores de Rafael Valdez con el Fisco, se resuelve, entre otras cosas, que conforme al art. 104 del Código de Enj. (hay 106) es nula la citación que no estuviera suscrita por la persona a quien se llama.

El texto del fallo es el siguiente:

Quito, Abril 26 de 1909, a las tres de la tarde.—**Visitas:** El término para contestar la demanda propuesta por los sucesores del Rafael Valdez contra el Poder Ejecutivo, no ha corrido, ya porque las citaciones a los doctores Escudero y Andrade Marín no tienen valor, en razón de no estar por ellos suscritas (art. 104 del Código de enjuiciamientos civiles); ya porque al doctor J. Aurelio Villagómez no se le ha citado el decreto de traslado, fojas 3, como era de rigor, atento el art. 118 del propio Código. En consecuencia, se revoca el decreto de que se ha recurrido, y se mandó devolver los autos al señor Ministro Presidente, para que se cite la demandada al demandado en la forma legal.—**Mentado:** Villagómez, J. Aldán, Mestanza.—**Cuerpo:** Salazar.

(¹Gaceta Judicial, Serie Segunda, N° 128, pág. 1029)

COMENTARIO

A falta de la firma de la persona citada, debía firmarse un testigo; y, probablemente, en este caso tampoco firmó el testigo. El lacónico fallo no dice nada al respecto.

CASO 73

Omisión de la causa de no firmar.

En el juicio de Manuel I. Tagle contra Alejo Lascano, se resuelve: que no anula la citación el hecho de no escribir

sarse la causa porque firma el testigo, si de autos consta que las partes tuvieron conocimiento de la providencia a que la citación se refiere.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Setiembre 12 de 1885.—Vistos: El desistimiento hecho por don Isidro Tagle de su demanda sobre reivindicación de un terreno, es válido por reunir los requisitos prevenidos en el art. 636 del Código de enjuiciamientos civiles: las notificaciones con el auto que admitió el desistimiento están bien practicadas en la forma que aparece a fojas 29, aun cuando no se haya hecho constar la circunstancia de no querer o no poder firmar los notificados; pues que la ley no exige terminantemente que así se verifique en las notificaciones, como lo previene expresamente para otros casos, como en los testamentos, etc. Además, el juicio ha sido abandonado por haber dejado transcurrir la parte tres años sin continuarlo, art. 637 del Código citado. Por tanto, se desecha la solicitud de fojas... Con costas.—*Féres Cordero*.

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Febrero 16 de 1887, las tres de la tarde.—Vistos: La circunstancia de no expresarse en la diligencia de notificación el motivo por el cual firma un testigo en lugar de la parte a quien se hace, puede atacar a la validez de la citación cuando tal omisión induzca a creer que no se puso realmente en conocimiento de la parte la providencia notificada, pues en esto consiste esencialmente el acto de la citación; pero la omisión de esa circunstancia llega a ser cosa accidental cuando del mismo proceso consta que las partes tuvieron conocimiento de la providencia a que la notificación se refiere, como sucede en el presente caso en que Manuel Isidro Tagle no sólo firmó la diligencia de fojas 31 vuelta en que se le hizo saber la tasación de costas a consecuencia del desistimiento, sino aun compareció a fojas 32 pidiendo moderación del honorario, lo cual manifiesta que tuvo perfecto conocimiento del auto de fojas 28 vuelta, el cual se le dió a saber por el actuario, según éste lo certifica al extender la diligencia de notificación corriente a fojas 29. De estas consideraciones resulta, que el referido auto de 23 de Junio de 1882 que declaró válido el desistimiento se halla ejecutoriado, y, por consiguiente, no puede admitirse impugnación de nulidad hecha por el apoderado de Tagle existiendo providencia ejecutoriada en que se declara la validez de ese auto. Por tanto, se confirma, con costas, la parte resolutive del auto apelado.—*Melo*.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 15 de 1887, a la una.—Vistos: Por los fundamentos del auto recurrido, que se estiman legales y arreglados a los méritos del proceso, se confirma, con costas, dicha providencia. Devuélvase.—*Cevallos*.—*Robalino*.

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 77, pág. 609)

COMENTARIO

El principio sentado en el fallo de primera instancia nos parece erróneo. Es solemnidad del instrumento público de la citación, que lo firme la persona citada, y sólo cuando ella no quiera o no pueda firmar, lo haga un testigo; y como todo instrumento público debe tener en sí mismo la prueba o constancia del cumplimiento de las solemnidades que le concierren, síguese que, si en vez de la parte, firma el testigo, debe expresarse que éste lo hace, porque aquélla no quiere o no puede firmar.

El precepto del Código Civil relativo a los testamentos—que ha dado lugar a tantas cavilaciones y controversias—es, no una excepción del principio general que rige la forma de los instrumentos públicos, sino una mera aplicación de ese principio.

En el fallo de la Corte Superior unitaria, confirmado por la Suprema de tres Ministros (tal era entonces nuestra organización judicial) creemos que hay una grave confusión de ideas. La gestión de la parte pudo sanear el vicio de la citación; pudo—mejor dicho—volverla innecesaria, como en el caso del demandado que, antes de recibir la notificación de la demanda o después de la primera boleta, comparece y contesta. Pero mal puede decirse que, por el mero hecho de haber llegado la parte a tener conocimiento de la providencia—es decir, por haberse conseguido el objeto esencial de la citación—no hubo nulidad en el acto ni en el instrumento público correspondiente. Con tal doctrina, tuviéramos que dar por citación válida cualquier recado que el Escribano mandase a las partes, por medio de un amanuense o de cualquier encargado o comedido.

La nulidad en la forma produce la nulidad del acto, aunque, por lo tocante al fondo, se haya llenado el objeto.

CASO 74

Omisión de la firma.—Entrega de la boleta a persona que no es de la familia o servidumbre.

En el juicio de Santiago Aguilera contra los herederos de Manuel Vega, se resuelve: 1º Que en las citaciones por boleta, debe suscribirse la diligencia la persona que reciba la boleta o, en su falta, un testigo, según lo preceptuado en el art. 109. 2º Que, caso de no encontrarse al indudado a quien se va a citar, no debe entregarse la boleta a persona que no sea de su familia o servidumbre; y 3º Que, si procede de otro modo, las citaciones no surten efecto alguno y deben, por consiguiente, ser rechazadas.

Texto del fallo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 5 de 1900, las tres de la tarde.—Vistos: Se resolvió lo dispuesto en el art. 107 del Código de enjuiciamientos civiles en las citaciones por boleta, la persona que la recibe debe suscribir la diligencia, y, en su defecto, un testigo; y como no cabía que se hubiere cumplido con este requisito en las citaciones hechas con la sentencia de primera instancia y los doctores Honorio Vega y Remigio Crespo Toral, Luis Vega y Moisés Jerves, Octaviano y Guillermo Fernández de Córdova y Juana Aguilera como: por otra parte, la boleta de citación a Jerves no debió entregarse a persona que no fuera de su familia o servidumbre. Por su parte, las citaciones no han surtido efecto alguno. Por lo mismo, la Corte Superior de Quenca debió limitarse, únicamente, a devolver el proceso, para que se las rectifique, y, en consecuencia, devuélvase a fin de que se practiquen las indicadas citaciones en la forma legal.—*Borja.—Espinoso de los Monteros.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Pino.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, Nº 104, pág. 841)

COMENTARIO

Este fallo declara implícitamente nulo todo lo hecho por la Corte Superior; pero se abstiene de decirlo de modo expreso y declarar, a la vez, la responsabilidad de dichos señores, acaso porque hasta entonces no figuraba entre las solemnidades sustanciales, cuya omisión anula el proceso la notificación de la sentencia, agregada con tal carácter por la Legislatura de 1904.

Por lo demás, nada tenemos que observar sobre este fallo.

CASO 75

Omisión de la expresión de ser de la familia o servidumbre quien recibe la boleta.

En el juicio de Zenón Sabando contra el Fisco, se resuelve: Que en la diligencia de citación por boleta, debe expresarse necesariamente, so pena de nulidad de dicha diligencia, que la persona que la recibe es de la familia o servidumbre de la que debe ser citada.

Texto del fallo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 1º de 1901, las tres de la tarde.—Vistos: No se ha expresado en la diligencia de citación con el auto de fs. 4 vuelta, al Coronel Zenón Sabando, si Aurelio Fernández Palomeque quien recibió la boleta correspondiente, es persona de la familia o servidumbre del expresado Coronel; y por lo mismo, y de conformidad con los arts. 107 y 359 del Código de enjuiciamientos civiles, dicha citación no tiene valor, y no ha corrido el término concedido en el propio auto. En consecuencia, se revoca el que ha venido en grado. Devuélvase.—*Albán Mestanza.—Espinoso de los Monteros.—Montalvo.—Pino.—Cavdanas.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, Nº 89, pág. 707)

COMENTARIO

Este fallo, que está en lo justo, confirma lo que dijimos al comentar el del caso 73; a saber, que el instrumento público debe ser la prueba del cumplimiento de las solemnidades que le concierne. La ley manda que la boleta se entregue a persona de la familia o servidumbre; mas no dice que esto se exprese en el instrumento; y el presente fallo reconoce la necesidad legal de esa expresión.

CASO 76

Omisión de la expresión de ser de la familia o servidumbre quien recibe la boleta, y de que se la dejó en casa del citado.

En el juicio seguido por Roberto Nájera contra Tomasa Leriva y tercera de Manuel Freile L., se resuelve que,

conforme al art. 109, de la diligencia de citación de constar que la boleta correspondiente se dejó en la casa de persona citada, a un individuo de su familia o servidumbre;

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Julio 15 de 1908, las tres p. m.—Vistos: El apela-
señor Manuel Freile Larrea ha sido notificado legalmente con
decreto de cuatro de los corrientes, habiendo dejado transcur-
más de veinte días desde que se le hizo tal notificación, sin ha-
uso del derecho a que se refiere el art. 471 del Código de enjui-
mientos civiles. En tal virtud, y de conformidad con lo solicitado
en el escrito anterior, se declara desierta la apelación, ordenan-
que se devuelvan los autos al inferior para la ejecución de la sen-
tencia. Con costas.—*Astorga.—Pachano.—Correa.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Agosto 11 de 1908, las cuatro p. m.—Vistos: La nifi-
ficación hecha a Manuel Freile Larrea, con la providencia de
de Junio próximo pasado consta haberse practicado en la for-
legal; y como a esta debe atenderse únicamente el juez para
resoluciones, se niega, con costas, la revocatoria solicitada por
cho señor.—*Astorga.—Pachano.—Correa.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Setiembre 29 de 1908, a las tres y media de la tarde.
Vistos: De la citación de fojas 65 vuelta aparece que Manuel Freile
Larrea no fue encontrado en su casa de habitación; pero no co-
que en esta misma casa le hubiera sido entregada al hijo la bo-
correspondiente, como era de rigor que constase, conforme al
105 del Código de enjuiciamientos civiles, para la validez de
propia citación. En consecuencia, y atento el art. 182 del Código
referido, revocado el auto de la Corte Superior venido en gra-
se declara nula la antes dicha citación. Devélanse.—*Cárdenas*
—*Albán Mastanza.—Díaz.—Salazar.*

VOTO SALVADO

Quito, Setiembre 29 de 1908, las tres y media de la tarde.
Vistos: No existe la nulidad alegada por Manuel Freile Larrea
con respecto a la citación de fojas 65 vuelta, pues, lejos de con-
en ella que la boleta se hubiese dejado en una habitación, dis-
de aquella en que se practicó la diligencia, aparece más bien
contrario, según el claro sentido y tenor de esa actuación. Ni

menester que tal incidente se recibiera a prueba, porque la nul-
dad por defecto en la forma debe aparecer de manifiesto en la
misma citación, y al no aparecer así, dicha diligencia presta entera
fe, para los efectos de la sustanciación. Por tanto, estimándose
legal el auto recurrido, se lo confirma con costas.—*Manuel R.*
Cueva.—Cárdenas.—Albán Mastanza.—Díaz.—Salazar.

El Secretario, *Carlos A. Yápez.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 58, pág. 459)

COMENTARIO

La discrepancia entre el fallo de tercera instancia y el
voto salvado, está sólo en el hecho de constar o no constar
del instrumento la circunstancia de haberse entregado la
boleta en la casa del citado y a una persona de su familia o
servidumbre; y de esos hechos no podemos juzgar, por no
haber tenido a la vista el instrumento de la citación. Mas,
todos los Magistrados están conformes en cuanto a que de
ese instrumento debe constar el cumplimiento de la solem-
nidad de que se trata.

CASO 77

Omisión de la expresión de no haberse encontrado a la persona citada.

*En el juicio Espinosa—Ampudia, se resuelve, entre
otras cosas, que el no haberse hecho constar que se entregó la
boleta a persona distinta de la citada, por no haberse encon-
trado a ésta, no invalida la citación.*

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 11 de 1900, las once del día.—Vistos: Don
Manuel Espinosa Ordóñez demandó a los herederos del finado don
Juan Ampudia por la cantidad de 2.400 sures, que, dice, le adeu-
da la sucesión de este señor como a cesionario de don José M.
Escobar, y por los intereses del uno por ciento mensual, desde el
fallecimiento del expresado señor Ampudia.
y la declaración de Pazmiño no se halla debidamente actuada, a
causa de que la citación que, para recibirla, se ha hecho a doña
Celia Romero, a fojas 85, no guarda conformidad con lo que pres-
cribe el art. 107, ya que no consta de la respectiva diligencia,
como debía constar, que la boleta se entregó a Zoila Romero por
no haber sido encontrada aquella señora.....

En esta virtud, *administrando y por autoridad de la ley*, justicia en nombre de la Republica costas. Fijense los correspondientes timbres móviles en las diligencias de notificación por boleta.—Francisco Chiriboga B.—José M. Bustamante.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, N^o

Actuadas en marzo 11 de 1902, las tres p. m.—Vistos: Las pruebas de la sentencia pronunciada por el inferior; porque, la paratida de José María Larco; ni el cotejo de las firmas de Juan Am. tanto, y estimándose legal y arreglada a los méritos del proceso la sentencia apelada, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se la confirma, con costas. Devuélvase.—David Villacreses.—Abel Pachano.—José L. Román.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 6 de 1903, a las tres y media de la tarde.—Vistos: La presente causa está reducida a saber si los herederos de Juan Ampudia tienen que pagar los 3.000 pesos, o sean 2.400 sueres e intereses del uno por ciento demandados por Manuel Espinosa Ordóñez a mérito del traspaso del documento, folio 74, cesionario de José María Escobar.

Por lo expuesto, y porque la falta designada en la primera sentencia, como violatoria del art. 107 del Código de enjuiciamientos, no constituye nulidad del acto de la citación, pues aquel artículo no manda que, en su caso, la citación ha de expresar la particularidad de no haberse hallado a la persona a quien se ha hecho *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia de que se ha recurrido, disponiéndose que los demandados, en la calidad de herederos de Juan Ampudia, paguen, según sus cuotas, a Manuel Espinosa Ordóñez los 2.400 sueres e intereses al doce por ciento al año, computado desde la muerte de Ampudia hasta el pago del principal. Queda salvo el arreglo de Julio C. Egas, en la parte correspondiente a Sin costas. Pásele al Juzgado del crimen todo lo concerniente a la rotura de la firma del documento foja 74, para el debido juzgamiento. Devuélvase.—Manuel B. Cuenti.—B. Albin Méntana.—Leopoldo Pino.—Adolfo Pérez.—Francisco Ignacio Salazar

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N^o 13, pág. 102)

COMENTARIO

Aquí el Tribunal Supremo adopta una doctrina contraria a la aplicada en los casos que preceden. Por nues

tra parte, nos adherimos al fallo de primera instancia, confirmado por la Corte Superior, por las razones expuestas al tratar de dichos casos; esto es, porque del mismo instrumento público debe constar el cumplimiento de todas las solemnidades del acto.

CASO 78

Omisión de la fecha en la boleta citatoria.

En el juicio de Manuel A. Larrea y Julio Chiriboga, se resuelve: que, atento el art. 109, si la boleta no contiene la fecha en que se hace la citación, ésta es nula.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Enero 18 de 1909, las tres de la tarde.—Vistos: En la primera de las diligencias que constan a la vuelta del folio 51, se expresa que el auto de ese folio se notificó al señor Julio Chiriboga el 5 de Noviembre de 1908, a las nueve del día, por boleta dejada a una sirvienta suya; y respecto de esto la diligencia hace plena fe. Pero no se trata de falsedad de la notificación, sino de defecto en la forma, porque habiéndose notificado por boleta, no se ha puesto en ella la fecha debida. Y esta falta no puede menos de viciar la citación, porque la boleta debe contener todo lo prescrito en el art. 105 del Código de enjuiciamientos civiles; de modo que si algo de ello se omite, la citación por boleta no quedará hecha en la forma legal. De igual modo, por defecto en la forma sería viciosa la citación si, por ejemplo, no contuviera la boleta la orden o proveído del juez, o si en la respectiva diligencia, verbigracia, no se hiciera constar la fecha y la hora de la citación, como lo ordena el art. 104 del ya citado Código. Por tanto, y siendo inadmisibile la impugnación de la foja 65, porque la boleta citatoria no puede considerarse como un instrumento privado de los que trata el art. 196 del mismo Código de enjuiciamientos; constando como consta el defecto de forma de la boleta de fojas 56, a causa del cual no quedó citado legalmente el señor Chiriboga, por lo que no pudo empezar a correr para él el término concedido en el auto de la foja 57, se revoca el decreto de 9 de Noviembre último, en cuanto nombra para perito del señor Chiriboga al señor Sierra en virtud de la rebeldía acusada a foja 54, y se da por nombrado al señor Juan José Mena, que es a quien el señor Chiriboga se ha anticipado a designar.—Guevara P.—Borja.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Febrero 20 de 1909, las cuatro p. m.—Vistos: Son legales y están arreglados al mérito del proceso los fundamentos del auto venido en grado. En tal virtud se lo confirma, con costas. Apercíbese al señor Escribano Fernando Avilés, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en lo sucesivo tenga presente lo dispuesto en el art. 105 del Código de enjuiciamientos civiles, para el mejor desempeño en el cumplimiento de sus deberes. Devuélvase.—*Bueno.—Vega.—Astorga.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 18 de 1909, las dos de la tarde.—Vistos: Es legal el auto expedido por la Corte Superior de Quito, a fojas 72 de los autos seguidos sobre remate voluntario de una casa por Manuel A. Larrea y Julio Chiriboga B.; y por esto, se lo confirma, con costas. Devuélvase.—*Montalvo.—Villagómez.—Albán Méstanza.—Díaz.—Salazar.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 67, pág. 532)

COMENTARIO

El caso es muy obvio: la boleta es, por sí misma, un instrumento público, como ya lo sabemos (props. 405 y 409), distinto del instrumento procesal de la citación. Por otra parte, todo instrumento público, por principio general, y la boleta, por disposición expresa de la ley (art. 109) y por su misma naturaleza y objeto, debe tener fecha. Por tanto, la omisión de la fecha constituye un vicio de forma, cuyo efecto es la nulidad, ya que la ley no ha establecido otro. Y siendo nula la boleta, lo es también la citación por boleta.

CASO 79

Omisión de la fecha en la boleta de citación.

En el juicio de José Gabriel Villagómez contra Gabriel Lorenzo Villagómez V., se resuelve, en sentido contrario de la doctrina consignada en el caso precedente, que la omisión de la fecha en la boleta no invalida la citación, si aquella, la fecha, consta en la diligencia procesal respectiva.

Los fallos son del tenor siguiente:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, a 13 de Noviembre de 1923, a las dos p. m.—Vistos: Aun cuando la fecha en que fue fijada la boleta en las puertas de la habitación señalada para el efecto por el demandado, y a que se refiere la solicitud que precede, implícitamente está determinada en la diligencia de citación constante a fojas 47 de los autos, sin embargo, en el supuesto de que la falta apuntada por el demandado, acarrea la nulidad de tal diligencia de citación, por no ser sustancial, no ocasiona la de la causa, atentas las prescripciones de los arts. 421, 422 y 423 del Código de Enjuiciamiento Civil; en esta virtud, rechazándose la articulación promovida por el demandado en el escrito del dorso de esta hoja, mándase continúe corriendo el término probatorio apenas se ejecutorie esta providencia. La petición de fojas 51 será atendida cuando esté decurriendo el prenombrado término de prueba.—*Salmon.—Ortega.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Marzo 8 de 1924, las tres y media de la tarde.—Vistos: La falta de la fecha en la boleta de citación que fue fijada en las puertas de la habitación señalada al efecto por el demandado, no implica una omisión sustancial que vicié de nulidad el proceso, atentas las disposiciones de los arts. 421 y 423 del Código de enjuiciamientos civiles. Por tanto y teniendo en cuenta la temeridad con que ha procedido el demandado en el incidente materia de esta resolución, se confirma, con costas, de ambas instancias, el auto venido en grado.—*Palacios.—Roldán.—Maldonado.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Noviembre 17 de 1924, a las cuatro de la tarde.—Vistos: En la diligencia de fojas 48, que contiene la citación a Gabriel Lorenzo Villagómez con el decreto de fecha 6 de Octubre de 1923, y contra la cual reclama éste, consta la fecha en que aquella se realizó, y la omisión de la fecha en la copia dejada por el Escribano en el lugar designado para ese objeto, no invalida la mencionada citación; y aún aceptada su invalidez, no se vicaría por esto de nulidad el proceso, ya que ella no implicaría la omisión de ninguna solemnidad sustancial. Por tanto, se confirma, con costas, el auto recurrido. Devuélvase.—*Escudero.—Peñabazerra.—Ayón.—Román.—Pérez.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Cuarta, N° 159, pág. 1276)

COMENTARIO

Muy extraño nos ha parecido este inmotivado cambio de doctrina en los tribunales; y por nuestra parte se-

guimos adheridos a la resolución antigua, trascriba en el caso precedente, por las razones que brevemente apuntamos en el comentario.

En este último caso, la Corte Superior guarda silencio respecto del valor de la boleta y de la citación, y se limita a declarar que no hay nulidad en el proceso: lo cual es cosa muy diversa. Mas la Suprema (lo mismo que el Juez de primera instancia) manifiesta cierta vacilación o duda; pues agrega la salvedad de que, en el supuesto de que fuera nula la citación, no lo sería el proceso.

CASO 80

Omisión de la hora en el instrumento procesal de la citación.

En el juicio del Banco Territorial contra José G. Echeverría, se resuelve: que es nula la citación si no se expresa la hora en que se la practica. — Voto salvado.

Texto del fallo de tercera instancia y del voto salvado:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 6 de 1911, a las cuatro de la tarde. — Vistos: No se ha expresado en la citación del decreto de fojas 107 a Josefa Armiños viuda de Echeverría, la hora en que se practicaba, como era de rigor, para su validez, conforme a los arts. 104 y 163 del Código de enjuiciamientos civiles. Nula, pues, la citación, se declara improcedente la solicitud sobre deserción del recurso de 3ª instancia interpuesto por la expresada viuda de Echeverría. — *Villagómez. — Montalvo. — Albán Mestanza. — Cárdenas. — Cueva.*

VOTO SALVADO

Quito, Diciembre 6 de 1911, a las cuatro de la tarde. — Vistos: Si bien debe expresarse la hora de la citación, es evidente que ella no mira a la forma de esta diligencia; por tanto, siendo válida la citación del decreto por el cual se le hizo saber al recurrente que se había recibido el proceso en el Tribunal, y teniéndose en consideración que desde el día en que se le hizo saber esa providencia, no se ha presentado a usar de su derecho dentro del término que prescribe el art. 471 del Código de enjuiciamientos civiles, a que se refiere el art. 477 del mismo Código, se declara desierto el recurso de 3ª instancia, de acuerdo con la solicitud de fojas 108; y en su virtud devuélvanse los autos, para que se ejecute la sentencia. — *Manuel B. Cueva. — Villagómez. — Montalvo. — Albán Mestanza. — Cárdenas. — Carlos A. Yépez.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 119, pág. 952)

COMENTARIO

Absolutamente injurídico nos parece el voto salvado del respetable juriconsulto doctor Cueva. ¿Cómo puede decirse que la omisión de una de las expresiones que debe contener un instrumento público, no atañe a la forma del acto?....

CASO 81

Omisión de la expresión de haber sido personal o por boleta la citación y de la causa por qué firmó el testigo.

En el juicio del Banco de Crédito Hipotecario contra Febrés Cordeiro, se resuelve, entre otras cosas: 1º Que la notificación de una providencia no tiene valor alguno, cuando en la diligencia de citación no se expresa si la notificación es personal o por boleta, ni por qué motivo firma el testigo.

• Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, a 22 de Setiembre de 1915, a las dos p. m. — Vistos: No habiendo don Carlos Herzog consignado, dentro del término legal, la cantidad que ofreció de contado hágase nueva subasta de los bienes hipotecados el día 27 de este mes, a las cuatro de la tarde, en la primera cuadra de la calle Aguirre, previa fijación de carteles. Declárase que el anterior rematante pagará las costas y quebra que ocasionare el posterior remate de acuerdo con lo dispuesto en el art. 534 del Código de enjuiciamientos en materia civil. — *R. Aguirre Aparicio.*

Guayaquil, Noviembre 30 de 1915, a las once a. m. — Vistos: Para resolver los diversos puntos a que se refiere la solicitud de fojas 59, se considera: 1º Que como lo establece la ley y lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia, el tercerista coadyuvante no es parte en el juicio ejecutivo sino desde que consignado el precio del remate se trata de adjudicarlo entre los acredores y por tanto no hubo obligación legal de citar al tercerista Carlos Luis Herzog con las providencias de fojas 51, 52 y 55 por no haberse llegado al caso expresado; 2º Que el hecho de haberse señalado el domicilio para las citaciones no imposibilita al actuario para practicarlas en la propia persona del que debe ser notificado y en consecuencia, el referido Herzog se halla legalmente citado con el auto de 22 de Setiembre, atenta la diligencia de fojas 53, toda vez que en esa diligencia se han observado los requisitos establecidos por el Código de enjuiciamientos civiles en sus arts. 104 y 110 y

debe considerarse válido mientras no se declare su nulidad por expresa resolución. Que la causal de nulidad del remate efectuado de la foja 54 y 50 alegada por Herzog en el supuesto de que fuera el remate de la halla comprendida en un grupo de las enumeradas exactamente en el art. 530 del Código de enjuiciamiento, citado y por consecuencia, no causaría la nulidad de dicha actuación. Que en la circunstancia de haber acordado la subasta el mismo Herzog a otros, el día 9 de Setiembre a las cuatro de la tarde, la fijación de carceles, el contexto del acta de remate y las solemnidades de fojas 51 y 53 y el informe emitido por el agrario, justifican plenamente que esa fue la fecha señalada para la subasta y que constaba o corría escrita en el auto de fojas 46, y en cuya virtud se practicó tal diligencia. Por tales fundamentos niégase por improcedente lo que pide el mencionado Carlos E. Herzog, y fojas 59 y por cuanto de lo actuado aparece que se ha cometido una infracción sujeta a inhabilitación criminal al retirarse o borrarse la susodicha fecha constante en el auto de 4 de Setiembre último, dispócese que dejándose constancia, se remita el folio 48 al señor Juez 19 de Letras para que inicie la respectiva causa contra los autores y cómplices. — *Ferrusola N.*

Guayaquil, Enero 26 de 1916, a las dos y un cuarto de la tarde. — Virtos: Para resolver la ampliación pedida a fojas 74, se considera que arreglándose el auto de fojas 68 al mérito de los autos y a claras disposiciones legales, los fundamentos del No 49 de dicha providencia ofrecen motivo bastante para condenar en costas a Carlos E. Herzog, como se le condena, toda vez que, a no dudarse, el sistema de nulidad propuesto a fojas 68 está en pugna con el art. 44 que suena a esa causal de nulidad, y con todos los antecedentes relacionados con el día y fecha, en que se verificara el remate. Queda así ampliado el susodicho auto de fojas 68. — *Aguiar, Espinosa.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Setiembre 6 de 1916, las cinco de la tarde. — Virtos: Que el auto de 22 de Setiembre de 1915, declarando la quiebra de Carlos E. Herzog, se encuentra ejecutoriada, y que no se solicita reintegrar ni reformar, ni se interpuso recurso alguno en el término que señala el art. 374 del Código de enjuiciamiento civiles, a contar desde la fecha en que Herzog lo impugnó, que fue el día 22 de Setiembre de 1915, en persona, de no estar ejecutoriado el referido auto, y por consiguiente, no ser extemporánea la reapertura, puese que la falta de señalamiento de día para el remate, que allega el mentado Herzog, aun dado por cierto y comprobada, no puede aprovechar al rematante que, habiendo concurrido voluntariamente a la subasta, no ha cumplido con la obligación que se impuso de pagar de contado el precio del remate, que quedó consumado al tenor del art. 538 del Código Civil. Por estos fundamentos se confirma con costas.

TERCERA INSTANCIA

La parte apelante del auto de 20 de Noviembre (foja 63), que allega la revocatoria del auto de 22 de Setiembre y el cumplimiento de 26 de Enero de 1916, (fojas 74 y 75), que son los únicos en apelación, conviscarse esta hoja de papel al sello de quince plenas. — *Maldonado, Gómez Bando, Baya.*

Que el auto de 20 de Noviembre de 1915, es uno y mismo en la parte de Virtos? En la diligencia de citación del auto de la foja 63, Carlos E. Herzog (foja 63) se se, expresó en la diligencia de citación de dicho auto que persona o por escrito, ni por que firme el escrito, por lo cual la notificación no tiene valor alguno. No está o, pues, ejecutoriado aquel auto cuando Carlos E. Herzog presentó el escrito de la foja 59, en que pidió que revocándose, se le devolviese libre de todo cargo en lo relativo al remate, por haber sido éste nulo. Es notorio que en el auto de la foja 45 no está señalado día para el remate de los bienes hipotecados, habiéndose dejado en blanco el espacio en que hubo de ponerse la fecha en que el remate, había de verificarse, y es evidente que la falta de señalamiento de día es causal de nulidad del remate, conforme lo prescribe el art. 530 del Código de enjuiciamiento en materia civil, y que no cabe que se verifique, en remate, el día señalado, si no se ha señalado día. Por lo expuesto, se declaró nulo el remate, verificándose el 2 de Setiembre de 1915, en revocándose, según oñose, el auto de la foja 59, con costas, y que, en consecuencia, que Carlos E. Herzog pague, las costas, y que, en consecuencia, que el auto de la foja 59, sea revocado, y que, en consecuencia, que la nulidad, se extienda a los autos de fojas 68 y 69. — *Aguiar, Espinosa.*

COMENTARIO

Las palabras del fallo de primera instancia en el considerando segundo, dan a entender que el juez a quo se había hecho citación personalmente, pero seguramente no se expresó tal circunstancia en el intercurso, y por consiguiente, se basó el acuerdo fallo del Tribunal Supremo.

CABO 82

Faltas de la citación y modo de verificarla.

El auto de 20 de Noviembre de 1915, es uno y mismo en la parte de Virtos? En la diligencia de citación del auto de la foja 63, Carlos E. Herzog (foja 63) se se, expresó en la diligencia de citación de dicho auto que persona o por escrito, ni por que firme el escrito, por lo cual la notificación no tiene valor alguno. No está o, pues, ejecutoriado aquel auto cuando Carlos E. Herzog presentó el escrito de la foja 59, en que pidió que revocándose, se le devolviese libre de todo cargo en lo relativo al remate, por haber sido éste nulo. Es notorio que en el auto de la foja 45 no está señalado día para el remate de los bienes hipotecados, habiéndose dejado en blanco el espacio en que hubo de ponerse la fecha en que el remate, había de verificarse, y es evidente que la falta de señalamiento de día es causal de nulidad del remate, conforme lo prescribe el art. 530 del Código de enjuiciamiento en materia civil, y que no cabe que se verifique, en remate, el día señalado, si no se ha señalado día. Por lo expuesto, se declaró nulo el remate, verificándose el 2 de Setiembre de 1915, en revocándose, según oñose, el auto de la foja 59, con costas, y que, en consecuencia, que Carlos E. Herzog pague, las costas, y que, en consecuencia, que el auto de la foja 59, sea revocado, y que, en consecuencia, que la nulidad, se extienda a los autos de fojas 68 y 69. — *Aguiar, Espinosa.*