

de una citación, para ser pertinentes y admisibles en el mismo juicio, deben fundarse en vicio concerniente a las solemnidades prescritas para la validez de la citación misma; 2º Que si se pide la insubsistencia de la citación, no por defecto en la forma, sino por no haberse, en verdad, notificado al interesado, esta petición no tiene ni puede tener otro objeto que hacer efectiva la responsabilidad del respectivo funcionario, y que, por lo mismo, debe ventilarse en juicio separado entre dicho funcionario y el que alega la falsedad; y 3º Que la sustanciación prescriba en el art. 190 de este Código se refiere a los instrumentos presentados, como prueba, por las partes, y no a las citaciones u otras actuaciones de mero trámite.

Texto de los fallos:

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Agosto 1º de 1907, las tres p. m.—Vistos: Según nuestro Código de procedimientos, dos son las únicas causas que pueden servir de fundamento para impugnar la validez de los documentos auténticos judiciales: 1ª haberse omitido en su formación alguno o algunos de los requisitos que exige la ley como necesarios para cada diligencia judicial; y 2ª haberse cometido en ellos una falsificación, alterando alguna parte esencial del instrumento, conforme a lo prescrito por el número 2º del art. 150 del Código de enjuiciamientos civiles. De estos antecedentes, se deduce claramente que los fundamentos de la expresada nulidad son relativos tan sólo a la forma, ya primitiva, ya posterior, de las respectivas actuaciones. En efecto, el art. 181 del propio Código, determina taxativamente los casos en que puede calificarse de falso un instrumento, y como ellos son concernientes a las falsedades cometidas por escritos y no por palabras, es indudable que únicamente la especie de falsedad denominada falsificación, puede servir de obstáculo para que los documentos auténticos autorizados en debida forma hagan fe y constituyan prueba plena con arreglo al art. 148 del Código citado. Ciertamente que atendiendo al contexto de los arts. 181 y siguientes que se refieren a las escrituras públicas, tales disposiciones son absolutamente inaplicables a las actuaciones de un juicio, para las cuales existe el precepto especial contenido en el susodicho art. 150; sin embargo, aquellas sirven para confirmar el principio de que, para los efectos civiles, la fe del funcionario público en asuntos correspondientes a su cargo o empleo es inextinguible y sus dichos no pueden ser destruidos por ninguna clase de prueba en contrario, mientras consten en la forma legal, única a la que debe atenerse el juez para hacer mérito de ellos en sus resoluciones. La doctrina expuesta se halla corroborada por los principios de justicia universal, pues, de establecerse la contraria,

resultaría negatoria la administración de justicia, con litigios interminables, debidos al sinnúmero de incidentes que podrían promoverse por la mala fe de los litigantes, fundados en que son falsas las aseveraciones del Juez o Secretario en todas y cada una de las actuaciones de un juicio. Ahora bien, estudiada detenidamente la forma de la notificación personal a don Honorio Jaramillo, constante a fojas 56, y cuya validez ha sido impugnada en el escrito de fojas 58, resulta haberse practicado legalmente; y como las razones en que se funda dicha nulidad son las de que el Oficial Mayor de este Tribunal hizo una aseveración falsa e inexacta al señalar la diligencia de citación, falsedad que no puede tomarse en cuenta en el presente juicio, según los principios antes establecidos, es evidente que tampoco puede aceptarse la mentada impugnación. Por tales consideraciones se desecha, con costas, el incidente promovido a fojas 58 por don Honorio Jaramillo. — *Primera. — Uguillaa. — Correu.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Noviembre 11 de 1907, a las tres de la tarde.—Vistos: Atentamente las disposiciones de la sección tercera título 1º, libro 2º del Código de enjuiciamientos civiles, las citaciones que se practican en el curso del juicio son actos de mero sustanciación, que, a estar en debida forma, prestan entera fe en la causa en que se han practicado. De consiguiente, toda reclamación sobre nulidad o falsedad de una citación para que sea pertinente y admisible en el mismo juicio, debe fundarse en vicio u omisión concerniente a las solemnidades prescritas para la validez de la citación misma; y, a no constar que ella adolezca de algún defecto en la forma, subsiste, fidedigna y auténtica, para los fines de la sustanciación y el formal progreso del juicio. En incidentes como el presente, son partes contentientes las mismas que intervienen en la causa principal, como únicas interesadas en que la sentencia se expida sobre la base de un proceso válido; y por esto, se resuelven en el propio juicio en que se han suscitado. No sucede lo mismo cuando el incidente se contrae a pedir la insubsistencia de la notificación, no por razón de omisiones o vicios en la forma sino sobre el fundamento de no haberse notificado en verdad al interesado, esto es, de haberse asentado, al respecto, una diligencia falsa por el respectivo funcionario; pues, en caso semejante, la alegación de falsedad implica, no un incidente sobre sustanciación que conduzca a desvirtuar la autenticidad de la notificación, sino una acción que no tiene ni puede tener otro objeto que hacer efectiva la responsabilidad del funcionario a quien se imputa la falsedad, y que, por lo mismo, debe ventilarse en juicio separado, entre la parte que alega la falsedad y el propio funcionario. La sustanciación prescrita en el art. 185 del Código de enjuiciamientos, corresponde al art. 183 de la edición anterior, y no es aplicable cuando se trata de la nulidad o falsedad de las notificaciones u otras actuaciones judiciales que sólo dicen a la sustanciación; pues dicho artículo, según su claro con-

texto, se refiere a otra clase de instrumentos, a aquellos que se relacionan con los derechos controvertidos en la causa principal, sobre los cuales debe resolverse en la sentencia. Así lo manifiesta el parágrafo I, título I, libro II, del Código citado, que trata especialmente de la prueba, que consiste en instrumentos públicos, y cuyas disposiciones—inclusive las del art. 185, comprendida en dicho parágrafo—al fijar las reglas concernientes a este medio de prueba, no se refieren a las actuaciones originales del juicio, sino a los instrumentos que en él presentan las partes, como pruebas, para justificar sus respectivas pretensiones. Por lo expuesto, y en virtud de no adolecer de defecto alguno en la forma la notificación cuya invalidez solicita Honorio Jaramillo, se confirma, con costas, el auto de fojas 155 vuelta y 156, del cual se ha recurrido. Devuélvase.—*Villagómez.—Cárdenas.—Alban Mestanza.—Díaz.—Cueva.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N.º 36, pág. 287)

COMENTARIO

Confesamos que en tan grave y delicado asunto no nos deja muy satisfechos la doctrina adoptada en estos fallos, que consagra nada menos que la infalibilidad de los actuarios. No significa tanto la fe pública, en nuestro concepto. Ella nos obliga a creer en la palabra de los funcionarios públicos, mientras no esté destruida por prueba contraria; y en todo el mundo se permite impugnar, tanto en la vía civil como en la penal, la fe de los instrumentos, no simplemente para exigir la responsabilidad del funcionario que ha faltado a la verdad, sino para destruir la fuerza y valor del mismo instrumento, con relación a las partes a quienes atañe.

Nuestro mismo Código de Erij. permite en el art. 190 ventilar la falsedad como *incidente* o como *excepción*; y no encontramos razón suficiente para excluir de esta regla generalísima a los instrumentos públicos de carácter procesal, como citaciones, declaraciones, reconocimientos, etc.

Preocupóles, de seguro, a nuestros Tribunales el peligro de abrir la puerta a nuevos incidentes que podrían volver eternos los procesos. ¿Cuándo se terminaría una causa, si fuera permitido redargüir de falsedad cada citación?... La observación es muy grave; pero no debemos exagerarla ni llevarla a conclusiones absurdas, como sería la de la infalibilidad de los actuarios.

Los incidentes temerarios ocasionan gastos, diligencias, condena en costas, deshonra, etc. Pueden, además, ser rechazados de plano, según el art. 337; y todo eso hace que en el campo de la vida práctica, sean menos frecuentes los peligros que la imaginación encuentra en el de las meras posibilidades.

Al tratar de los instrumentos públicos, volveremos a ocuparnos en esta importante cuestión.

CASO 83

Fe del Escribano sobre la residencia de los litigantes.—Sancionamiento de la nulidad por haber gestionado la parte.

En el juicio Sánchez-Flores, declarase: 1.º Que tratándose de la residencia de los que contienden en juicio, hace fe lo expuesto por el Escribano, a menos de probarse lo contrario: 2.º Que la parte que gestiona a virtud de la citación que se le hubiere hecho, no puede alegar la nulidad de esta diligencia.

Texto del fallo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 29 de 1888, las dos y media de la tarde.—**Vis-tos:** De que la parte demandada reside en el sitio de “Lascañ”, situado en la parroquia central de Chimbo, no se deduce que la expresada residencia se halle en el centro de dicha parroquia, y únicamente manifiesta que pertenece al territorio jurisdiccional de ésta, cosa muy diferente de estar dentro de poblado, y no en los afueras o suburbios. En tal caso, y por no haber prueba alguna de lo contrario, hay que atenderse para el valor legal de las notificaciones posteriores a la primera, que ha sido personal, a lo señalado por el actuario sobre que Concepción Flores no tiene habitación en el lugar del juicio. Además, consta de autos que dicha Flores, después de citada con el auto de prueba, por medio de boleta fijada en las puertas de la Oficina, ha seguido inmediatamente haciendo uso del respectivo término; lo cual manifiesta su efectiva citación de la expresada citación, que ha surtido todo su efecto legal, en vez de originar ningún reclamo. Por tanto, se declara que no ha lugar a la nulidad alegada en esta instancia. Y entrando en lo principal, se observa que la sentencia recurrida no se halla arreglada a la ley en la parte que admite la acción reivindicatoria concerniente a los terrenos que fueron materia de la demanda, efectuando ante el Juez Parroquial, Vicario, Silveo, pues si bien la prueba de propiedad de los bienes raíces no puede ser otra que el correspondiente título inscrito, es al reivindicador a quien incum-

be produciría, ya que el demandado, en su calidad de actual poseedor, nada tiene que probar, bastándole esa actual posesión para que se le repute dueño, mientras no pruebe lo contrario el contendor que le disputa dicha propiedad y trata de arrancarla de su poder, ejerciendo la acción reivindicatoria. Pero, aun suponiendo que, por estar convenidas las partes en que los mencionados terrenos pertenecieron antes a Toribio Sánchez, se hallase Concepción Flores en el deber de comprobar la transmisión legal del dominio de los mismos; el conocimiento de fojas 106 serviría de suficiente principio de prueba por escrito, para el efecto de poder ser completado con justificaciones de cualquiera otra naturaleza. Lo ha sido, en efecto, con el testimonio del Juez que intervino en el remate, del perito que efectuó la tasación, y de los testigos que depone sobre la realidad de dicho remate y las reclamaciones que el demandante había hecho en cuanto al sobrante del precio; justificaciones que ponen fuera de duda que tal remate se hizo con las correspondientes formalidades, y que Sánchez ha entablado, no obstante, la presente demanda, aprovechando de la circunstancia de haber desaparecido el proceso, después de sacado por él. Por tanto, *afirmándose justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se absuelve a Concepción Flores de la presente demanda, quedando así reformada la sentencia recurrida. Devélanse. — *Julio Castro. — Pedro Fernán Cevallos. — Antonio Robalino.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N° 151, pág. 1206)

COMENTARIO

El actuario da fe de los actos jurídicos que ante él se realizan o en que él interviene en razón de su oficio. En esa materia sus aseveraciones están garantizadas por la fe pública, y no pueden ser contradichas sino arguyendo la falsedad del instrumento y comprobándola por los medios que la ley establece. Mas en cuanto a hechos extraños a las funciones públicas de ese empleado, y de los cuales él no puede tener noticia sino por los datos privados que se le suministran, sus afirmaciones no tienen más fuerza que la de esos mismos datos, y, como dice muy bien la sentencia, no pueden servir de base a la tramitación de la causa, sino en cuanto no se rinda prueba de lo contrario.

CASO 84

Omisión del actuario del deber de cerciorarse de que el demandado habita en la casa indicada por el actor.

En el juicio Terán-Ramos, sobre nulidad de matrimonio, se resuelve: 1° Que el Escribano, para notificar la

demanda, debe cerciorarse de si el demandado habita en la casa designada por el actor: 2° Que, por lo mismo, el proceso es nulo, si el Escribano hace la citación sin propio conocimiento, y el demandado no allana esa omisión; y 3° Que las costas de reposición del proceso son de cargo del Escribano y del Juez, en la respectiva parte.

Texto de los fallos:

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Marzo 5 de 1919, las tres de la tarde. — Vistos: El art. 107 del Código de Enjuiciamiento Civil impone al actor la obligación de designar la habitación de la persona que debe ser citada con la demanda, agregando: "y el actuario, cerciorándose de la verdad, hará allí la notificación en forma legal, sin perjuicio de que se pueda verificarla en persona". En el libelo de fojas 1, José Guillermo Terán, dice: A la demandada se le puede citar en su casa que es conocida del señor actuario. Aparte de que esto no constituye una designación clara y precisa de la habitación de Isabel Ramos, se observa que en las diligencias de citación por boletas de fojas 2 vuelta y 3, el escribano, sin cerciorarse de la verdad, ha practicado las notificaciones atendiendo a la designación que le hiciera José Antonio Terán, quien no es parte en el juicio. En tal virtud, no existe citación a la parte contraria con aquel escrito de demanda, careciendo, como carecen, de valor legal esas diligencias, por ser defectuosas en la forma. Por tanto, habiéndose omitido la solemnidad sustancial de que trata el art. 427 del referido Código, se dispone, de conformidad con el art. 429 del mismo, que el vicio sustancial anotado se ponga en conocimiento de la expresada Ramos, a quien se previene el allanamiento o contradicción, dentro de dos días. Y, por haber el Alcalde 1° doctor Francisco Ferrusola, dictado en forma de auto, el decreto de fs. 8, se le impone la multa de cinco sueros con arreglo al art. 61 de la Ley de Aranceles judiciales; comuníquese este particular a la Corte Suprema, conforme al acuerdo de dicho Tribunal de cuatro de Agosto de 1902. — *Gómez Rendón. — Salmon. — Maldonado.*

Guayaquil, Marzo 12 de 1919, las diez a. m. — Vistos: Está vendido con exceso el término señalado a Isabel Ramos en el auto de 5 de este mes, desprendiéndose del tenor de la diligencia sentada por el Secretario a fojas 50, que ha guardado silencio, y que, por lo mismo, no se allana con el vicio sustancial que se mandó poner en su conocimiento. Por tanto y de conformidad con los arts. 407, 427 y 429 del Código de enjuiciamientos civiles, se declara la nulidad del proceso a costa del Alcalde 2° del cantón Guayaquil, doctor Alberto Guerrero M., debiendo reponerse al estado de citarse con la demanda a la referida Ramos, en la forma legal. — *Gómez Rendón. — Salmon. — Maldonado.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 18 de Junio de 1919, a las tres de la tarde. — Vistos las mismas diligencias de citación practicadas por la 2ª y 3ª boletas, manifiestan, claramente, que el escribano procedió sin cerciorarse de si Isabel Ramos habitaba en la casa N° 812 de la carrera Chile; pues, según expresan esas diligencias, se las hizo no por propio conocimiento del Escribano, sino por designación que, de la mencionada casa, hizo José Antonio Terrán, quien no es el actor ni parte en el juicio. Es, por lo tanto, legal la nulidad del proceso declarada, por la Corte de Guayaquil, en el auto de fojas 51; y, en consecuencia, se lo confirma, con costas, en lo principal. En cuanto a las costas de reposición del proceso, se declara la responsabilidad del Escribano y del Juez; del primero, de las fojas 2 a 5; y del segundo, todas las demás. Devuélvase después de legalizado este papel. — *Albón Montaña*. — *Peñaherrera*. — *Vázquez*. — *Chávez*.

(“Gaceta Judicial”, Serie Cuarta, N° 15, pág. 117)

COMENTARIO

El art. 107 impone al actor el deber de indicar la habitación del demandado o de la persona contra quien se dirige, y al actuario, el de cerciorarse de la verdad de esa indicación. Síguese, por tanto, que el actor no cumple ese deber cuando se limita a decir que la dicha habitación es conocida del actuario (fórmula que se va volviendo de rutina en el foro); y que el juez está en el caso de no admitir esa demanda ni darle curso.

Quiere la ley imponer, en primer término, al mismo actor la obligación de averiguar donde habita la persona con quien va a entenderse; como es muy natural y corriente en todo asunto o negocio; y quiere, además, que sea el mismo actor el principal responsable de los resultados de esa gestión que a él le incumbe. Por tanto, si el actor, por incurria o por malicia, hace una designación falsa, y, dejadas las boletas en la casa por este indicada, alega y prueba el demandado no haber habitado allí a la sazón, las citaciones son nulas y nulo también el proceso, a costa del demandante.

Sin perjuicio de esta obligación y responsabilidad del actor, quiere la ley, para evitar complicaciones e incidentes, que el actuario, al tiempo de hacer la citación, procure cerciorarse de la verdad de la indicación hecha por el actor. Este deber cumple el actuario tomando los datos o noticias

que estén a su alcance; preguntándolo a los habitantes de la misma casa, a los vecinos, a los parientes o amigos, etc. Y si esos datos obtenidos por el actuario resultan falsos; pero, basado en ellos, hace la citación en la casa designada por el actor, éste es el único responsable de la nulidad.

Por manera que, si en el caso de este fallo el actor hubiera cumplido su deber de indicar la habitación del demandado, y el actuario hubiera hecho allí la citación, cerciorándose por medio del dato que menciona la sentencia (la información de una persona extraña), no habría habido falta de actuario, ni hubiera podido anularse la citación ni el proceso, sino en virtud de la prueba que el demandado rindiere de no haber habitado en esa casa al tiempo de la citación.

Si, indicada por el actor una casa, al actuario le aseguran no habitar allí el demandado, creemos que el actuario, sin perjuicio de dejar las boletas, a falta de citación personal, debe sentar la correspondiente razón, para que el juez la ponga en conocimiento del actor, y éste insista en su designación, bajo su responsabilidad, o haga otra (y sería el caso de exigirle pruebas al actor). Parece que no; mientras no haya reclamación de la parte contraria.)

CASO 85

No se cita al que no señala habitación, y la corre los términos.

En el juicio de Alejandro García contra Rudecinda Recalde, se resuelve: Que la revocación pedida por García, del auto expedido por el Alcalde Sánchez, es extemporánea; pues dicho auto se ejecutorió sin necesidad de que se le citase al petionario, por cuanto no señaló domicilio, a pesar de haberse dirigido al juez.

Texto del fallo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Septiembre 20 de 1912, a las dos de la tarde. — Vistos: Por estimarse legítimas y arregladas a los méritos del proceso los fundamentos del auto que ha venido en grado, expedido por la Primera Sala de la Corte Superior de Quito, en el juicio que sigue Alejandro García con su esposa Rudecinda Recalde, sobre porte

nencia de unos predios; se confirmó, con costas, ese auto. Devuélvase.— Villagómez.— Montalvo.— Albán Mastanza.— Cárdenas.— Cueva.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 146, pág. 1167)

CASO 86

Corren los términos, sin citación al recurrente que no señaló habitación conforme al art. 110.

En el juicio de José J. Miranda contra Margarita v. de Menéndez y tercera de José Vera, se resuelve: Que por no haber cumplido el recurrente con lo dispuesto por el art. 110, el término de comparecer a pedir el proceso conforme al art. 478, empezó a correr desde la fecha del proveimiento respectivo, conforme al art. 111.

Texto del fallo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 17 de 1912 a las 3 de la tarde.— Vistos: No ha cumplido el recurrente con la disposición del art. 7° de la Ley Reformatoria del Código de enjuiciamientos civiles, y, de conformidad con el artículo siguiente de la misma Ley, el término de que hablan los arts. 471 y 18 del Código y la Ley referidos, empezó a correr desde el 20 de Diciembre de 1911, fecha del proveimiento del decreto de la propia fecha. Por esto, y por no haberse presentado el dicho recurrente, en el indicado término, a usar de su derecho; declárase desierto el recurso de la tercera instancia interpuesto de la sentencia. Con costas. Devuélvase.— Villagómez.— Montalvo.— Albán Mastanza.— Cárdenas.— Cueva.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 123, pág. 983)

En este caso y en el anterior, trátase de una simple aplicación del texto literal de la ley, que no requiere ningún comentario.

CASO 87

La designación de habitación hecha por un mandatario, termina al cesar el mandato?

En el juicio Guevara-Manchano, sobre reivindicación se resuelve: 1° Que la disposición del inciso 1° del art. 107 del Código de Enj. civiles es aplicable respecto, no sólo de

mandatario, sino también del mandante, por tratarse de un acto que, como la citación, es, por su propia naturaleza, de carácter esencialmente personal: 2° Que terminado el mandato, termina también la exclusiva conexión personal del mandatario con la habitación que designó, y nace el derecho o la obligación del mandante de designar su propia habitación o cualquiera otra como suya; y 3° Que, por lo mismo, no se debe citar al mandante, si, ratificada, las gestiones del mandatario, no ha designado lugar para las citaciones.— Voto salvado de dos Ministros.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Riobamba, Diciembre 9 de 1920. La una de la tarde.— Vistos: A fojas 105 y 106 se ha solicitado la suspensión del término de prueba: suspensión que ha sido concedida en los términos contemplados en los decretos correspondientes, y a fojas 107 se alega no haber principiado su curso la suspensión antedicha, porque no ha sido citada Juana Villacrés. Esta al presentar la solicitud de fs. 52, ni después no ha designado el lugar donde debía ser citada, motivo por el cual sentó razón el actuario de la causa a fojas 73 vuelta de la falta anotada. Las citaciones y designación de lugar son personales, sin que la que hubiere hecho el procurador se pueda considerar válida después que se presentó en juicio el representado, tanto más que, en ninguno de los escritos del representado Gueraña aparece el que se hubiese dicho: "que en tal lugar se citará a su representada Juana Villacrés". Por lo expuesto, y de acuerdo con lo previsto en los arts. 107 y 111 del Código de enjuiciamientos en materia civil, los términos han seguido, a pesar de que el señor Escribano que actúa en este proceso siente razón acerca del curso de los términos de prueba, tachas y suspensiones solicitadas, teniendo en consideración los decretos que se mencionan en esta providencia y los días feriados, manifestando su venimiento, con determinación de la fecha. Sin costas.— Nery.— Solgado.

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, 5 de Noviembre de 1921, las cuatro de la tarde.— Vistos: Melchor Guevara al proponer la demanda de fojas 1°, en su carácter de procurador de las personas indicadas en dicha demanda, designó a fojas 4 vuelta la habitación que él tenía en la casa de Rosa Armijo, para que allí se le hicieran a él las notificaciones respectivas en este juicio; pero tal designación fue sólo para las citaciones que debían practicarse directamente a dicho mandatario; más no para las que correspondían hacerse posterior-

menos a sus representantes después de la terminación del mandato, y por eso dijo Guevara a fojas 4 vuelta: "Mis citaciones las recibí en mi habitación". Ahora bien: ratificados los actos de Guevara a fojas 52 por Juana Villacrés, en su carácter de hija legítima y heredera de Margarita López, expiró respecto de dicha Villacrés la procuración de Melchor Guevara y, por lo mismo, ya no se pudo tener por subsistente la designación de la habitación de Guevara, para las citaciones a la Villacrés posteriores al escrito de fojas 52. Para tener derecho la mencionada Villacrés a ser notificada de las providencias dictadas en este juicio, desde que ella compareció personalmente, debió designar la habitación en la que el actuario de la causa debiera hacerle las citaciones correspondientes; y como omitió el cumplimiento de ese deber, incurrió en la sanción establecida por los arts. 107, inciso 2º, y 111 del Código de procedimiento civil. En tal virtud, se confirma, con costas, el auto de fojas 108 vuelta vendida en grado. Y por cuanto, a fojas 126 vuelta Melchor Guevara se anticipó a interponer el recurso de tercera instancia de este fallo, se lo concede y se dispone que, previa observancia de los requisitos legales, se eleve este proceso al Superior. — *Monge. — Bandaras. — Paredes.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Febrero 9 de 1922, a las dos de la tarde. — *Viscos:* La disposición del inciso 1º del art. 107 del Código de Enjuiciamiento Civil es aplicable respecto no sólo del mandatario, sino también del mandante, por tratarse de un acto que, como la citación, es, por su propia naturaleza, de carácter esencialmente personal. Cuando la ley previene, a quien es parte en un procedimiento judicial, que designe la habitación en que ha de ser citado, se dirige, ante todo, a procurar a cada uno de los interesados el oportuno conocimiento de las gestiones judiciales; de lo cual se infiere lógicamente que el propósito de la ley es la práctica de las citaciones en la habitación propia del citado o en la que él designe como tal; sin perjuicio de la sanción establecida para el caso de que no se hiciera designación alguna. Esta manera de entender la disposición legal de que se trata, sea en el aspecto de un derecho concedido a las partes o en el de un deber a ellas impuesto, está de acuerdo con todas y cada una de las razones de justicia, necesidad y conveniencia en que se funda el sistema legal sobre citaciones, y no choca con la representación atribuida a los procuradores; representación que, en ningún sentido, es tan absoluta e ilimitada, como para poder deducirse forzosamente de ella, la continuación, respecto del mandante—en caso de silencio de éste—de la virtualidad y eficacia de la designación hecha por el mandatario, por la sola circunstancia de haberla hecho en su carácter de apoderado; no habiendo, por otra parte, razón para considerar tácitamente vinculada a esa designación la voluntad del mandante, aun cuando, no hiciera designación alguna. Terminado el mandato, termina también la exclusiva conexión personal del mandatario con la ha-

bitación que designó, y nace el derecho y la obligación del mandante de designar su propia habitación o cualquiera otra como suya derecho del cual se deriva el impuesto que le corresponde para modificar su primitiva designación, cuantas veces lo tenga por conveniente. Aplicadas estas consideraciones al presente caso, es procedente la razón sentada por el Escribano a fojas 78 vuelta, y siendo, en consecuencia, legales y arregladas al mérito del proceso los fundamentos del auto recurrido, se lo confirma, con costas. Legalizado este papel, devuélvase. — *Fernández. — Córdova. — Ayora. — Escudero. — Paz.*

VOTO SALVADO

Quito, Febrero 9 de 1922, a las dos de la tarde. — *Viscos:* Si, según el sistema legal anterior relativo a las citaciones, debía instruir el Escribano la habitación de la persona a quien debiera citar, la reforma introducida en esta materia, por los arts. 107, 108 y 109 del Código de Enjuiciamiento Civil, impuso a la parte que comparece en juicio el deber de designar su domicilio, y esta designación debe subsistir durante el procedimiento, hasta cuando quien lo hizo, por sí o por apoderado, convenga en dejarla inexistente, designando otra habitación. En el presente caso, en virtud de que Melchor Guevara ofreció en la demanda, legítimamente su intervención en el juicio, por la institución de Juana Villacrés López, y esta aprobó la expresada intervención a fojas 25 y 52, Guevara fué parte en el juicio como procurador judicial de su mandante, y todas las gestiones de aquel obligaron a la Villacrés López, como si ésta misma hubiese intervenido personalmente en el juicio; motivo por el cual, designada en la demanda, por el procurador, de conformidad con lo prescrito en el art. 107 del Código de Enjuiciamiento Civil, la habitación en que debía ser citado, esa designación surtió sus efectos en el procedimiento judicial, como si lo hubiese hecho la misma mandante subsistente, en consecuencia, dicha designación no tan sólo respecto de las diligencias en que interviniera Guevara como parte por su representación, sino aun hasta cuando ésta, en uso de la facultad legal designó otra habitación para el efecto de las citaciones que debieran hacerse. Ciertamente después de aprobada la intervención de Guevara a nombre de J. V. López, el juicio debía seguir con ésta, y no con quien dejó de ser parte como mandante en el procedimiento; en mérito de la mencionada aprobación, por no haberse presentado el respectivo poder; pero esta circunstancia, ni desvirtúa la válida designación del domicilio hecha por Guevara, cuando compareció sus gestiones como mandatario judicial de la expresada Villacrés, ni por ella se extingue el motivo legal por el cual las citaciones no debieron hacerse en la indicada habitación, designación que, como se ha observado, debe producir todos sus efectos en el juicio, como si lo hubiese hecho la misma Villacrés; supuesto que no hay disposición alguna legal de la que pueda deducirse aquella caducidad o restricción. Consta en el proceso que no se ha notificado y

J. Villacres la providencia de fojas 105 y 106 que suspendió el término de prueba, providencia que debió hacerse conocer a ésta, en el domicilio que lo tenía designado por interención de su mandatario, omisión por la que la expresada suspensión del término de prueba no ha principiado, como lo prescribe el art. 350 del Código citado. Por lo expuesto, revocado el fallo recurrido, se declara que la suspensión del término de prueba en virtud de la providencia de fojas 105, no ha comenzado por falta de la citación a Juana Vilhorés López.—*Modesto A. Panabarrera.—Manuel F. Escudero.—Cárdenas.—Agora.—Pérez.*

El Secretario, Tito A. Rodríguez.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 75, pág. 595)

COMENTARIO

Nuestra opinión, expuesta ya en la PARTE LEGAL (prop. 408) es de todo en todo conforme con el voto salvado. La designación de habitación es una de las gestiones hechas por el apoderado, en calidad de tal; y ratificadas por el mandante todas las gestiones del mandatario, sin excepción alguna, ratificada queda también aquella designación, y subsistente mientras el interesado no haga otra. El silencio del mandante respecto de ese particular significa, con toda evidencia, su ánimo de dejar vigente, hasta nueva resolución suya, ese acto del mandatario.

CASO 88

Citación por oficios a personas inciertas.

En el juicio de Eudoro Fior contra Ramona Andrade, por capellanías, se declara, entre otras cosas: Que, publicada la demanda y fijados los edictos, la no comparecencia de opositores manifiesta, bien que no hay personas con mejor derecho a las capellanías, bien que, de haberlas, han renunciado ese derecho.

Texto del fallo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 7 de 1889, las dos de la tarde.—Vistos: Modesto Chacón y Eudoro Fior han justificado su derecho a las capellanías que, respectivamente, solicitan, lo cual basta para decretar la adjudicación, sin necesidad de prueba de estar extinguidas la

línea o líneas de los anteriormente llamados en la fundación; pues los edictos y la publicación por la imprenta, tienen por objeto convocar a las personas que se consideren con mejor derecho, y la no comparecencia manifiesta claramente que no las hay o que lo han renunciado. Por tanto, *admiristrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia recurrida, y se adjudica a Chacón las capellanías de mil pesos fundada en la hacienda de "Guavallí chiquito", por el Alférez de Escriban de Andrade, y a Fior la de tres mil pesos impuestos por Teresa Zamora en una casa de Ibarra y en una hacienda en Oranqui; entendiéndose sin perjuicio de tercero, y debiendo notificarse a los poseedores de fundos gravados para los efectos consiguientes. Devuélvanse.—*Vicente Niebo.—Antonio Forquilla.—Pablo Herrera.*

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

COMENTARIO

Los juicios de adjudicación de censos y capellanías eran casos de aplicación de la regla sobre citación a personas inciertas, esto es, a todas las que pudieran tener interés en oponerse a la adjudicación, por creerse con mejor derecho. Abolidos totalmente los censos y capellanías, quedaron, por el mismo hecho, derogados los procedimientos que, sobre esa materia, tenía el Código de Enjuiciamiento, y en esa virtud, fueron eliminados en la última edición de este Código. Ahora se hace uso de la citación por edictos en los juicios de adjudicación de aguas o de minas, en los de concurso de acreedores, de apertura de sucesión, etc.

CASO 89

Citación en la forma ordinaria a comuneros o condómines, para la división.

En el juicio de Guillermo Valdivieso contra los condóminos de Sanambay, se resuelve: Que tratándose de la división de una cosa común, debe notificarse la demanda a cada uno de los condóminos, sin que pueda aplicarse a este caso lo dispuesto por el art. 113.

Texto de los fallos:

SEGUNDA INSTANCIA

Loja, Marzo 16 de 1893, a las dos.—Vistos: No existe la nulidad alegada, en atención a que la citación a los condóminos de Sanambay se ha hecho en conformidad con lo dispuesto en los

niega el doctor Solano de la Sala, que aquel se hallaba entonces en Ibarra, capital del cantón de este nombre. Así que no hay controversia sobre tal hecho. Debe, por lo tanto, examinarse si la citación de la demanda ha de hacerse en el domicilio del reo, o en el lugar en donde se halle. Para sostener lo primero, no hay razón alguna que pueda apoyarse en derecho según la legislación del Ecuador; y al contrario, las reglas establecidas en los arts. 299 y 308 del Código de enjuiciamientos en materia civil, manifiestan claramente que ha de practicarse en el lugar donde se encuentre. Así, es indudable que ha de observarse el primer artículo cuando el demandado esté en la parroquia en que se sigue el juicio; y el segundo cuando esté fuera de la enunciada parroquia. En esta virtud, y siendo legales los fundamentos aducidos por el Juez a quo, se confirma con costa el auto recurrido. Devuélvanse.—*Rivadeneira.—Salazar.—Niño.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 68, pág. 541)

COMENTARIO

Aunque el texto literal de los artículos citados en estos fallos, que son el 114 y 123 de la actual edición, no es tan claro como debiera serlo, la doctrina en ellos contenida es tan obvia, que no da lugar a la menor duda o dificultad. Al demandado ausente, aunque sea momentánea o transitoriamente, se le ha de citar por comisión o depósito, sin que importe nada para ese efecto, el que tenga su domicilio en el lugar del juicio, como lo hemos advertido al explicar las ptops. 393, 413 y 420, y los artículos mencionados.

Inanovable es, pues, la doctrina legal aplicada en los tres fallos.

CASO 91

Fallecimiento de uno de los litigantes y citación a los herederos.

En el juicio promovido por Mercedes Cadena, Rosalía Suárez y Rosa Paredes contra Víctor M. Romero, por rescisión de un contrato, falleció la Paredes, durante la segunda instancia del juicio; la Corte ordenó se comprobase quienes eran los herederos; y, recibido a prueba este incidente y presentados los comprobantes que se creyeron del caso, se expidieron los fallos siguientes:

SEGUNDA INSTANCIA

Ibarra, Junio 9 de 1923, las cuatro p. m.—Vistos: Con los documentos que se han presentado durante la dilación probatoria correspondiente, y que constan a fojas 177, 178, 181 y 182, se halla plenamente comprobado que los herederos de Rosa Paredes, son sus hijos naturales Mercedes Cadena, María Paredes, representada por su esposo Santiago Hernández y Sergio Enrique Paredes; pues, el reconocimiento efectuado por Rosa Paredes en virtud del cual adquirieron sus mencionados hijos la calidad de naturales, es legal y perfectamente válido mientras no haya sentencia que lo declare nulo. Y como el reconocimiento es un acto completamente diverso del de aceptación a que se refiere el art. 270 del Código Civil, bien puede suceder que falten las formalidades requeridas para ésta, pero de allí no ha de deducirse que su nulidad dañe también el reconocimiento. Siquiese de aquí que es ilegal la impugnación que se ha hecho a fojas 179, ya porque esa impugnación no puede ser hecha sino por persona que pruebe intereses actual en ello (art. 272 del mismo Código) y esto en juicio separado de nulidad; ya porque aun siendo perteniente la impugnación en el presente juicio, no figura entre las causas de impugnación el no haberse hecho la aceptación con las formalidades legales. Por lo expuesto declarándose que los sucesores de Rosa Paredes son sus enunciados hijos naturales, se ordena principio a correr el término concedido en el auto de fojas 182 vuelta, desde la última notificación que con él se haga a dichos herederos. Sin costas. Ofese.—*Recalde.—Pérez.—Niño.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Noviembre 28 de 1924, a las tres de la tarde.—Vistos: Habiendo fallecido Rosa Paredes, una de las actrices en el juicio contra Víctor M. Romero, para que se declare resuelto el contrato de compraventa de una tienda, fallecimiento sobrevenido cuando el juicio cursaba ante la Corte Superior, se prescribió legalmente la comprobación de las personas que por el fallecimiento de la expresada Paredes debían intervenir como sus sucesores en la continuación del litigio; y así, el instrumento de fojas 177, como el de fojas 181-182, comprueban que Mercedes Cadena, María Paredes y Sergio Enrique Paredes son los hijos naturales de la expresada Rosa Paredes, quienes han aceptado ese estado civil, y aun se fundan en esta calidad para su intervención en este juicio, motivos suficientemente legales para que se considere válida su personería, la cual no puede desvirtuarse por las observaciones de Romero, ya que, si éste pudo solicitar se pruebe el estado civil de hijos naturales, no le corresponde, en este caso, el derecho de impugnar el reconocimiento por alguna deficiencia en la forma concurrencia a la aceptación. Por lo tanto, se confirma, con costas, el auto recurrido. Devuélvanse.—*Escudero.—Pino.—Pérezbarrera.—Aguirre.—Román.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Cuarta, N° 160, pág. 1284)

COMENTARIO

Este caso nos presenta el ejemplo de una de las aplicaciones que pueden sobrevenir con el fallecimiento de uno de los litigantes y la consiguiente necesidad de contar con los herederos. Siguiendo la práctica habitual (que la Corte Suprema la llama en este caso *legal*) se prescribió en la Superior la comprobación de las personas que debían intervenir como sucesoras de la difunta actora; pero no se dice a cual de las partes se impuso esta obligación, y probablemente el decreto se lo expidió en la misma forma impersonal que emplea la Corte Suprema en su exposición de motivos, cuando dice: "se prescribió legalmente la comprobación de las personas... etc."

Creemos, pues, que la Corte Superior dijo: "puesto que ha fallecido la actora Rosa Paredes, *compruébese* quienes son las personas llamadas a intervenir en este juicio como herederas... etc." Y como había otras dos actoras vivas, la obligación podía afectar así a éstas, como al demandado. Pero si la Paredes hubiera sido la única actora, esa prescripción, aunque expedida en forma impersonal, habría recaído sólo sobre el demandado. Ahora bien, de qué disposición legal o principio jurídico; mejor dicho, de cuál de las diversas fuentes de las obligaciones proviene ésta de averiguar quienes son los herederos de la parte adversa o de un litisconsorte fallecido durante el juicio?... Y cuáles los efectos jurídicos del incumplimiento de esa obligación, esto es, de no hacer la averiguación ordenada en el decreto, o de indicar como herederos, sea por error o por malicia, a personas que no lo son? ...

Estas y otras interrogaciones que sería fácil formular, ponen de manifiesto la necesidad de una reglamentación más científica de estos difíciles casos, como lo observamos al tratar de la prop. 411, y antes, en el Tomo II, al comentar las props. 250 y 257.

Por esto, es decir, para llamar la atención a tan importante problema, que con suma frecuencia se presenta en la práctica, hemos considerado aquí este caso, que, por lo que respecta al acto mismo de la citación, no tendría objeto en este lugar.

CASO 92

Demanda a nombre de una comunidad de indios, con poder conferido sólo por algunos de ellos.

En el juicio seguido por la comunidad de Sisid contra el Colegio Seminario de Cuenca, se resuelve: Que la persona que propone demanda a nombre de una comunidad, no está obligada a presentar el poder de todos los individuos que la componen sino el de algunos de ellos, manifestando que gestiona también por los demás.

Los fallos dicen así:

PRIMERA INSTANCIA

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

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Setiembre 27 de 1901, las tres p. m.—Vistos: No existiendo, como no existe disposición especial acerca de la forma en que han de ser presentadas las comunidades de indios, cuando éstas litigan como actores, debe estarse a las reglas generales establecidas en la Sección 2ª, Título 2º, Libro 1º del Código de enjuiciamientos en materia civil; y como de la confesión de Pedro

Tenesaca (posición 3ª de fs. 240) aparece que la Comunidad de Sisid se compone de más de 600 individuos, resulta que apenas una sexta parte de ella ha conferido poder al referido Tenesaca para la prosecución de este juicio, propuesta por su fallecido padre a nombre de toda la comunidad ya expresada. Por tanto y por conceptuarse legales los fundamentos aducidos por el interior, se confirma, con costas el auto apelado. Devuélvase.—*Coronado M. Coronel.—Parífan.*

TERCERA INSTANCIA

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

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N° 85, pág. 676)

COMENTARIO

La doctrina expresada, en forma muy lacónica y poco clara, en estos fallos, está conforme con la que expusimos al tratar de las props. 395 y 412, basándonos en que la referencia del art. 2287 del Código Civil al contrato de sociedad, permite, en los casos de comunidad, la aplicación del art. 2068 del mismo Código, que reconoce a cada socio la facultad de obrar en nombre de la sociedad y representarla, sin perjuicio del derecho de protesta u oposición de los otros.

Recomendamos, eso sí, una vez más, la urgente necesidad de reglamentar de modo especial esas comunidades, que, mientras subsistan, no podrán registrarse razonablemente sólo por las disposiciones generales del cuasicontrato de comunidad, como entonces lo observamos.

CASO 98.

Habilitación de tiempo, decretada en tiempo inhabil.

En el juicio seguido por José Domingo Santistevan, José V. Castro y Juan J. Romero contra Venancio Jurado, se resuelve, entre otras cosas: Que del art. 1204 del Código de Enjuiciamiento Civil no se deduce que la habilitación de los días y horas inhabiles se ha de hacer precisamente en días y horas hábiles.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Julio 9 de 1889, a las diez del día.—Vistos: En apoderado de los demandantes ha opuesto a fojas 19 los siguientes reparos contra el auto de fojas 14: Primero, que es nulo en razón de la inhabilidad que asegura asiste al doctor Camba para asistír; y Segundo, que debe ser revocado en la parte que declara la nulidad del traslado que decretó a fojas 3 el Alcaide Vera Guzmán, en la vacante de Diciembre. En cuanto a lo primero se observa, que aun supuesta la verdad del impedimento que los demandantes aseguran concurre en aquel letrado, esta circunstancia no entraña necesariamente la nulidad de dicho auto; porque las causas de nulidad, en tratándose de las formas de los juicios, deben fundarse en disposiciones expresas de la ley, entre las cuales, arts. 42, 605 y siguientes del Código de enjuiciamientos en materia civil, no hay una que declare nulos los actos del juez en quien concurre algún motivo de remoción o recusación; razón por la cual la Excelentísima Corte Suprema tiene declarado que la intervención de un juez, en cuya persona haya un motivo de excusa, produce otros efectos, pero no la nulidad del proceso. En cuanto a lo segundo, se observa, igualmente, que el 28 de Diciembre se expidió la providencia a que se refiere el propio auto, y que en el mismo día fue notificado con ella el demandado sin la inhabilitación que de antemano debió proveerse para que válidamente pudieran practicarse ambos actos; pues conforme al inciso 2º del Art. 1204 del citado Código, fuera de los días y horas hábiles no puede practicarse ninguna diligencia judicial, sino *habilitados previamente*, sea de oficio o a petición de parte y con justa causa. Por tanto, se declara sin lugar la nulidad y la revocatoria solicitadas por Salvador Alvarado Aguirre, con quien concurran contándose en este juicio, por haber asumido de nuevo la representación de los demandantes, y como con tal hecho y mediante la declaración que acaba de hacerse acerca de la inhabilidad alegada contra el doctor Camba, ha desaparecido el impedimento de éste respecto de Venancio Córdova, vuelvan los autos a su estudio, si no se exi-

cusare por algún otro motivo. Por lo que hace a los trabajos que está llevando a cabo el demandado, en el tránsito, con el propósito de obstruir el paso, previénese que se abstenga de ello, por no poderse hacer ninguna intervención en la causa litigiosa durante el pleito. Y por cuanto se ha interpuesto apelación en subsidio, concédese el recurso, y remítase el proceso al despacho de Su Excelencia la Corte Superior, guardándose las formalidades de derecho; pero antes conviértase al sello cuarto, por cada interesado, el pápel de estas actuaciones, por ser indeterminada la cuantía del pleito. Sin costas.—*Morán Irribáral*.—*Vaquero Dávila*.

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Noviembre 25 de 1889, las tres p. m.—Vistos: Habiendo apelado ambas partes del auto de fojas 32, se considera que dicho auto es legal y está arreglado a los méritos del proceso, en cuanto declara sin lugar la nulidad y revocatoria que el apoderado de los demandantes ha solicitado respecto del auto de fojas 14. Lo es igualmente en cuanto previene que el demandado José Venancio Jurado se abstenga de llevar a cabo los trabajos que ha emprendido con el propósito de obstruir el paso. Por tanto, se confirma en ambos puntos el auto recurrido, revocándose únicamente la parte final que manda la conversión del pápel de las actuaciones al sello cuarto, por ser contraria a lo dispuesto en el número segundo art. 6º de la Ley de Timbres reformada por la de 6 de Agosto de 1887, que está en vigencia. Sin costas. Devuélvase.—*Dávila*.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 16 de 1890, las doce y media.—Vistos: Se hizo presente al Alcalde Municipal que el doctor Ulbio María Camba debía excusarse porque tenía auto motivado y pleito pendiente con el procurador Venceslao Coello, y se solicitó además la nulidad del auto de fojas 14. Instruido el doctor Camba de tales particularidades, se excusó por lo segundo; y como se le dió por separado señalando la averiguación del hecho relativo al auto motivado, el auto supuesto se considera: que la intervención de un Juez o asesor en quien concurre alguna causa de reusación, no es motivo de nulidad: que no es aceptable el argumento que se ha hecho en esta instancia; pues la jurisdicción no reside en los asesores sino en los jueces; y que siendo esto así, no podía declararse la nulidad del auto de fojas 14, aun cuando constara que el doctor Camba estaba suspenso de los derechos de ciudadanía en la fecha en que se proveyó ese auto. En cuanto al reclamo sobre la citación hecha en virtud de la providencia de fojas 3, se observa: que ni de la letra ni del espíritu del art. 1304 del Código de enjuiciamiento en materia civil puede deducirse que la habilitación de los días y horas hábiles se ha de hacer precisamente en días y horas hábiles. Así, constando que esa diligencia se practicó previa la habilitación

que exige dicho artículo, no ha podido darse por nula. La orden de que el demandado se abstenga de los trabajos de que reclamaron los demandantes, está estrictamente arreglada al principio de que durante el pleito no puede hacerse ninguna innovación en la cosa litigiosa. En mérito de estas consideraciones, se reforma el auto recurrido, declarando que es válida la citación de fojas 3 vuelta, y confirmando en lo demás. Y por cuanto el doctor Ulbio María Camba ha asesorado en la causa estando, según parece, inhabilitado para asesorar, se previene al Juez de primera instancia que haga compulsar las piezas conducentes, y que las remita a uno de los Jueces Letrados de Guayaquil a fin de que proceda a instruir el correspondiente sumario. Devuélvase.—*Salazar*.—*Nieto*.—*Portilla*.

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 87, pág. 604)

COMENTARIO

En el Código de la edición de 1887, vigente a la fecha de estos fallos, estaba todavía incorporada la Ley Orgánica del Poder Judicial, y figuraba como art. 1204—en el TÍTULO de DISPOSICIONES COMUNES—el que en la Ley Orgánica lleva hoy el número 214, formando parte de las DISPOSICIONES COMUNES de dicha Ley. En aquel Código era art. 305 el 116 actual, sin ninguna diferencia.

Cuanto a la doctrina legal, no hemos tenido, pues, cambio alguno en lo de que no es indispensable que la habilitación de tiempo inhábil se haga durante el tiempo hábil: lo único que siempre ha exigido la ley ha sido, como dicen los fallos, y lo explicaremos al tratar del art. 116, que la habilitación preceda a la diligencia para la cual se la necesita. (Prop. 414).

CASO 94

Interrupción de la prescripción liberatoria, por la demanda, sin citación.

En el juicio de Julio Ricarte contra Marcelina Huga, por despojo, se resuelve: 1º Que, conforme al art. 2500 del Código Civil, para que se interrumpa la prescripción que extingue las acciones ajenas, basta la presentación de la demanda, sin que sea necesaria la citación al demandado; y 2º Que la excepción de que habla el inciso final de este artículo se refiere sólo al caso especial de la acción de dominio que se dirige contra el poseedor de la cosa que se trata de reivindicar.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Riobamba, Marzo 5 de 1910, las tres de la tarde.—Vistos: La presente causa se puso en estado de sentencia el 4 de Diciembre último en que se pronunció el decreto de fojas 79 vuelta, desde cuya fecha hasta la del día 11 de Febrero del año en curso, en que se ha sentado por el actuario la razón de fojas 82 vuelta, han transcurrido dos meses siete días sin que se hubiese resuelto aún el juicio de recusación intentado contra el señor Alcalde 1º Canto, mal que avocó el conocimiento de esta causa; por cuya razón este Juzgado, en subrogación del señor Alcalde recusado, procede a pronunciar el presente fallo. El actor en su demanda expresa que no sólo durante el año inmediato anterior al mes de Junio de 1908, sino por tiempo inmemorial, ha estado en posesión constante y no interrumpida de las aguas que conduce la quebrada "Cal y canto" a la hacienda de Sulchán, de la que es su propietario; que aquel caudal de aguas se forma de varios tributarios que descienden del cerro "Puñag", y que dicha posesión le ha quitado Marcelino Hugo distrayendo una parte de aquellas aguas mediante una acequia sacada de una de las quebradillas tributarias: que el despojo tuvo lugar en el referido mes de Junio, y concluye expresando que las cosas sean restituidas a su estado anterior y se condene a Hugo a la indemnización de daños y perjuicios y pago de costas. El querrellado contestó a fojas 17, por medio de su procurador, exponiendo: que Hugo se halla en posesión material de las aguas, como anexas al fundo "Pagchalá Viejo", desde hace más de dos años: niega que el actor haya tenido la posesión de esas aguas durante el año último contado desde el día en que se le citó la demanda hacia atrás; y que en la hipótesis de ser ciertos los hechos alegados por el actor, ha prescrito la acción posesoria. Para entrar en la apreciación de las pruebas, es menester examinar previamente lo relativo a la excepción de *prescripción de la acción posesoria*, y a este respecto, se considera lo siguiente: a juzgar por la fecha que tiene el decreto de fojas 2, la demanda se promulgó el 25 de Mayo de 1909, y como en dicha demanda expone el actor que los hechos constitutivos del despojo fueron ejecutados por Hugo en el mes de Junio de 1908, sin que haya prueba en contrario a este respecto, síguese que no había aún transcurrido un año hasta el 25 de Mayo de 1909; y si bien a la fecha, 12 de Agosto, en que el procurador de Hugo fue citado con la querrela, había transcurrido mucho más de un año desde Junio de 1908, no por esto se ha de tener por prescrita la acción posesoria. El art. 2500 del Código Civil establece que la prescripción que extingue las acciones judiciales *se interrumpe civilmente por la demanda judicial*; por manera que según tan clara disposición del Derecho no es menester la citación con la demanda para el cómputo del tiempo transcurrido para averiguar si se ha operado o no la pre-

scripción; pues para que ésta quede interrumpida civilmente, basta la presentación de la demanda. Esta doctrina que enuncia el citado artículo queda mucho más clara con la excepción que él mismo registra al final del inciso 3º. Restañados los casos del art. 2485 del propio Código se ve: que la *prescripción como medio de adquirir las cosas se interrumpe civilmente por el recurso judicial*, es decir, por la demanda intentada, *por el que se pretende verdadera o falsa de la cosa contra el poseedor*, siempre que a éste se le hubiese citado legalmente la demanda; por manera que la excepción que hace el art. 2500 es sólo para el caso especial de la *demanda de dominio* que se dirige contra el poseedor de la cosa que se trata de reivindicar. Con arreglo a esta doctrina, se declara no haber prescrito el derecho del actor para ejercitar la acción que se ha discutido y que será la materia principal de este fallo. En cuanto al hecho del despojo, séntase como base fundamental de esta clase de acciones, la que contiene el art. 909 del citado Código Civil. Dice esta disposición "No podrá proponer acción posesoria, sino el que *ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo*". Según esto, el querrellante no sólo debe exponer en la demanda el hecho de su posesión tranquila, y no interrumpida, sino que ha de probar legalmente estas circunstancias, y también el hecho mismo del despojo; y en la causa actual el actor no ha rendido esta prueba, pues la sufragada es impertinente. Todas las preguntas del interrogatorio de fojas 20 y 21 se contraen a manifestar que las aguas de "Cal y canto" con sus tributarias pertenecen al fundo de Sulchán, cuyo dueño, el actor, *ha hecho uso constante de esas aguas*. Respecto a ese uso constante lo afirman los testigos Felipe Char, Juan Manuel López y Vicente Uriglies; pues la exposición que hizo el testigo Ernesto Vázquez a fojas 33, contestando al interrogatorio fojas 20 desde la pregunta 8ª, no se la aprecia por no estar legalmente actuada, porque con el escrito y decreto de fojas 32 se notificó a la parte contraria fuera del lugar del juicio. En el mencionado interrogatorio de fojas 20 y 21, no se ha consignado una sola pregunta relativa a la *posesión anual, tranquila y no interrumpida* que el actor hubiere tenido en las aguas materia de este juicio; y como la prueba rendida se contrae solamente a la propiedad y al uso que el actor hace de aquellas aguas; tal prueba, como se ha dicho, es impertinente, ya que las justificaciones de las partes han de ser congruentes con los hechos concretos puntualizados en la demanda y la contestación. Por las razones antedichas, no hay necesidad de examinar si el querrellado ha cometido el despojo, o si ha justificado o no sus excepciones de hecho. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley*, se declara sin lugar la querrela, de la que se le absuelve al demandado. Sin costas. Conviértase al sello respectivo los folios 85, 84 y 85.—*José María Banderas*.

Alausí, Marzo 29 de 1910, las dos de la tarde.—Me conformo con la sentencia anterior. —*A. Rodas*

SEGUNDA INSTANCIA

Riohamba, 15 de Junio de 1910, las dos de la tarde.—Vistos: La sentencia apelada es legal y arreglada al mérito del proceso, por lo cual, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se la confirma con costas. Y por cuanto de autos aparece haberse cometido una falsedad en el escrito de fojas 20 a 22, en la décima interrogación, ordénase el enjuiciamiento respectivo, para cuyo efecto, desglósándose el aludido escrito, y adjuntando copia de la razón de fojas 87 vuelta, se remitirán al Juez Letrado primero. Devuélvanse.—*J. Velasco R.—Gabriel Monge.—F. J. Vallejo.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 5 de 1910, las tres.—Vistos: Los hechos en que se funda la demanda, a saber, la posesión de las aguas a que ésta se refiere y el despojo de las mismas, están comprobados, plenamente, en los autos con las declaraciones del demandado, según así aparece de las contestaciones 8ª y 9ª de los primeros al interrogatorio de la foja 21 y de las fojas 24 y 42. Por otra parte, la excepción de prescripción de la acción de despojo, es improcedente, acentas las consideraciones de la sentencia de primera instancia sobre este punto. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, revocada la sentencia de que se ha recurrido, se acepta la demanda, y se ordena la restitución de las aguas que en ella se indican; se condena al despojante al pago de las costas procesales y a la indemnización de los daños y perjuicios que hubiere el actor sufrido con motivo de la distracción de las propias aguas. Estos perjuicios se liquidarán en juicio verbal sumario, tomando en cuenta la extensión del cañaveral que se hubiere dejado de regar y la cantidad de agua despojada. Devuélvanse.—*B. Albán Meanza.—Manuel Montalvo.—P. Villagómez.—Manuel B. Cueva.—F. I. Salazar.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 98, pág. 741)

COMENTARIO

De la cuestión de posesión trataremos en el lugar respectivo; y concretándonos ahora a la relación con los efectos de la citación, no podemos menos que declarar que, en nuestro concepto, es manifiestamente errónea la conclusión de que la prescripción se interrumpe por el mero hecho de la demanda, sin citación, en el caso del art. 2500 del Código Civil.

Hay dos especies de prescripción: *la adquisitiva*, de que trata el parágrafo 2º del Título XLII del Libro IV del Código Civil, y *la liberatoria*, reglada por los párrafos 3º y 4º del mismo Título; y el Código de Enj. refiere, con toda evidencia, tanto a la una como a la otra, en el número 2º del art. 122; ora se atienda a su tenor literal, que, por la generalidad y precisión de sus términos, no admite distinción entre las dos prescripciones; ora a la razón filosófica y jurídica de ese precepto legal, que es la de que una demanda sin citación no puede de ningún modo ser trascendental o perjudicial al demandado.

El Código Civil, al tratar de la interrupción de la prescripción adquisitiva, en el art. 2485, y de la liberatoria en el 2500, atribuye ese efecto a la demanda, en el sentido de que es la demanda la causa eficiente y la razón de ser de la interrupción civil, de tal manera que ni concebirse puede ésta sin aquélla. Mas la demanda surte efectos jurídicos por medio de la citación; y antes de que esta diligencia procesal se practique, aquélla vale tanto, con respecto al demandado, como si estuviera todavía en la cartera o sólo en la cabeza del demandante.

La citación le da, pues, a la demanda el carácter de verdadera gestión judicial; y sólo por medio de ella, puede ésta afectar a la parte contraria.

Tal es el pensamiento del Código Civil, clarísimamente manifestado en los dos artículos susodichos; en el 2485, al declarar expresamente que la demanda no surte el efecto de la interrupción si no ha sido legalmente notificada el demandado; y en el 2500, refiriéndose a las excepciones consignadas en el 2485, una de las cuales es la falta de citación.

Por esto el Código adjetivo de 1869, en que el legislador manifestó tanto cuidado y preocupación de ceñirse al Código Civil, consignó la interrupción de la prescripción entre los efectos de la citación (art. 179); y por eso, cuando en el Código de 1879 se quiso, por razones que no sabemos, hacer que la demanda interrumpiese por sí sola la prescripción, se dijo en el art. 294, que en *esta sentido quedaba reformado el Código Civil*.

Sólo un año duró la tal reforma; y en 1880 se restableció la verdadera doctrina sustantiva, que, basada en los principios científicos, establecía la necesidad de la citación

para la interrupción civil de toda prescripción, y hacía, por lo mismo, de esa diligencia el punto de partida para la fecha de la interrupción.

La interpretación admitida en estos fallos, de que la excepción o salvedad consignada en la parte final del art. 2500, se refiere sólo al caso de acción de dominio, es absolutamente inadmisibles, porque esa acción no se rige por las reglas de la prescripción liberatoria, sino por las de la adquisitiva, respecto de la cual no puede aplicarse ninguno de los artículos del parágrafo 3º del TÍTULO de la PRESCRIPCIÓN.

Es, además, contraria al tenor literal del mismo art. 2500, que al decir "salvo los casos enumerados en el art. 2485", no hizo otra cosa que reproducir aquellos tres casos de este artículo, aplicándolos a todas las prescripciones liberatorias. En otros términos, quiso decir que la prescripción liberatoria no quedaba interrumpida civilmente, si no se citaba en debida forma al demandado, o si el demandante desista de la demanda o si ésta quedaba abarrendada. Este es, sin lugar a duda, el sentido literal de la consabida salvedad.

CASO 95

La interrupción de la prescripción liberatoria no tiene lugar, si se ha abandonado la demanda.

En el juicio seguido por la familia Balseca contra las señoras José María Lasso y Manuel Jijón Larrea, se declara: Que, si bien la demanda judicial interrumpe la prescripción que extingue las acciones ajenas, según lo preceptuado en el art. 2500 del Código Civil; dicha interrupción no tiene lugar cuando se ha cesado en la prosecución del juicio por más de tres años, como lo dispone el art. 148 inciso 2º del mismo Código.

Texto del fallo:

Quito, Diciembre 6 de 1890, las dos p. m.—Vistos: Según consta a fs. 62, 79 y 17, el año 1855, Luis Balseca, por los derechos de su esposa, demandó a la familia Mahen, en el concepto de que funda, Oñenra de su propiedad era uno de los gravados con la obligación fundada por Mariana Vázquez Allán, a fin de que le pagase la misma cantidad de dinero objeto del presente juicio; y expedida

en esa controversia, el año 1884, la sentencia que obra, en copia, a fs. 79 vuelta, se ha suspendido la continuación de la causa por nueve años, esto es, hasta 1893, en que los herederos del antedicho Balseca han instaurado el actual juicio contra los dueños de los fundos que ellos suponen gravados con la memoria obra pía. Así, pues, desde la primera de las citadas demandas, han transcurrido, hasta la segunda, treinta y ocho años; tiempo más que suficiente para que, atento el art. 2497 del Código Civil, el derecho de los actores quede, como ha quedado, prescrito. Y si bien, según el art. 2500 del propio Código, la prescripción que extingue las acciones ajenas se interrumpe por la demanda judicial, la de la acción deducida en este juicio no puede considerarse interrumpida, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2485, inciso 2º del precomitado Código Civil, por cuanto la demanda, propuesta por Balseca el año 1855 no se ha proseguido, como se ha dicho, por más de tres años. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia de que se ha recurrido, y se declara prescrita la acción intentada. Devuélvase. Sin costas.—Manuel Montalvo.—León Espinosa de los Monteros.—J. M. Rorja.—B. Aldán Meakana.—Daniel Burbano de Lara.

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, N° 98, pág. 782)

COMENTARIO

Hemos transcrito esta sentencia, que, por lo tocante al Código de Enj., sería más pertinente en la materia del abandono, para que se vea que, tratándose como en este caso se trataba, no de acción de dominio, sino del cumplimiento de una obligación, es decir, de la prescripción liberatoria, el Tribunal Supremo creyó aplicables las excepciones o salvedades del art. 2485, en virtud de la referencia que a ellas hace el 2500. Lo cual entraña el reconocimiento y la aceptación de la doctrina que defendimos, a propósito del caso precedente.

CASO 96

La interrupción de la prescripción se opera desde la citación.

En el juicio de la Beneficencia Municipal con la de la Puente, por pago de un legado, se resuelve: 1º Que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos se opera por el simple lapso de tiempo señalado por la ley, sin que puedan aceptarse otras causas de interrupción que las señaladas por el art. 2500 del Código Civil.

Texto de los folios: PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Setiembre 26 de 1903, las tres de la tarde.—Vistos: El doctor Rafael Guerrero Procurador de la Junta de Beneficencia Municipal demanda a las señoras Mercedes de la Puente y a doña Saenz y al señor Enrique Baquerizo M. esposo de la señora Rosario de la Puente, herederos del señor José Antonio Fernández de la Puente, por un legado de cuatro mil pesos dejados por éste en favor del Hospital de San Juan de Dios de esta ciudad en testamento otorgado el seis de Setiembre del año de 1873. El señor Francisco Salcedo Corral apoderado sustituto de las demandadas al contestar la demanda expuso: que el legado es condicional y no se ha cumplido la condición: que el testamento cuya copia se ha presentado de fojas 1 a 4 fue revocado y que la acción que pudiera haberse intentado el contrario está prescrita en todo caso. Trabada así, las litis, se abrió la causa a prueba; y sustentado en legal forma, el correspondiente juicio ordinario, y hallándose en estado de sentencia se consideró: 1º Que el legado materia del presente juicio no está sujeto a condición alguna, pues lo único que ha dispuesto el testador en la cláusula décima de su testamento, es que la inversión de tal legado se haga en el Hospital de San Juan de Dios de esta ciudad, poniéndose para ello su albacea, de acuerdo con el Obispo de esta diócesis, a lo cual no se opone la institución de mandante, y al contrario consta de autos a fojas 7 vuelta que ha manifestado su aquiescencia sobre este particular: 2º Que aun cuando el testamento otorgado por el señor José Antonio Fernández de la Puente el 6 de Setiembre del año de 1873 con que se ha aparejado la presente demanda, ha sido revocado por otro testamento posterior del mismo señor de la Puente de fecha 27 de Noviembre de 1874 y presentado en copia dentro del término probatorio; consta en la cláusula décima de este último testamento, que el testador dejó vigente en todas sus partes dicho legado; siendo de advertir que los demandados no han justificado en manera alguna que el testamento últimamente referido, haya sido reformado o revocado en ninguna de sus partes, y antes se viene en conocimiento, por las copias que corren a fojas 59, 60 y 61 que los demandados ignoraban la existencia de ningún testamento otorgado por el antes dicho señor de la Puente, y que por tal motivo, solicitaron y obtuvieron se declarara abierta la sucesión intestada del mismo, el 20 de Noviembre del año 1889: 3º Que no habiéndose fijado por el testador el plazo en que debía verificarse el pago del legado en referencia, la obligación de pagarlo no se habría hecho exigible sino una vez constituido en mora el albacea, quien no ha podido ser obligado a hacer la entrega antes del año que le concede el art. 1294 del Código Civil, para el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, y por tanto no pudo constituirse en mora sino desde la fecha posterior a la expiración del año, según el inciso segundo del art. 1541 del citado Código: 4º Que no

consta la fecha en que el albacea tuvo conocimiento del testamento, pero aun suponiendo que si lo tuvo desde la muerte del testador que según el certificado de fojas 58, ocurrió el 10 de Marzo del año 1883, desde aquella época hasta que fueron citados legalmente los demandados, no han transcurrido los 20 años que requiere el art. 2497 del mismo Código para la prescripción ordinaria, puesto que este período de tiempo se cuenta desde que la obligación se hizo exigible, inciso segundo del art. 2496 del antedicho Código, es decir, que el pago del legado en referencia no pudo solicitarse sino después de transcurrido el año que todo albacea tiene para cumplir sus obligaciones, como ya queda dicho. Por tanto, y de conformidad con los preceptos legales expresados, esta Junta de Municipal del Cantón, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara con lugar la demanda, y condena a la señora Mercedes de la Puente y a doña Saenz y al señor Enrique Baquerizo M., representantes legal de su esposa, la señora Rosario de la Puente, al pago de la suma demandada, intereses de la mora y las costas procesales.—Sergio E. Alcívar, Jefe de

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Diciembre 22 de 1906, las tres p. m.—Vistos: Consta del certificado de fojas 58, que José Antonio Fernández de la Puente dejó de existir el 10 de Marzo de 1883, y de las actas de fojas 25, 26 y 27, que los herederos del fallecido vinieron a quedar citados con la demanda de fojas 7 y 8, en 25 de Marzo de 1903. Esto sentado, se considera: 1º Que según el art. 2496 del Código Civil, la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos se opera por el simple transcurso del lapso de tiempo señalado por la ley, sin que puedan aceptarse otras causas de interrupción de la prescripción que las señaladas por el art. 2500 del mismo Código: 2º Que en el caso presente el tiempo de la prescripción ha de contarse desde el fallecimiento del testador, en cuyo momento se definió o se hizo exigible el legado con arreglo al art. 947 del mentado Código: 3º Que no se opone a esta disposición la del art. 1294, ora por la generalidad de ella, ora porque más bien se dirige a determinar el tiempo de la duración del albaceazgo, sino que tal determinación significa, que precisamente ha de transcurrir ese tiempo para que puedan ser exigibles las obligaciones, pues de otro modo, aun los créditos contra la mortuoria no serían exigibles sino después de la terminación del albaceazgo: 4º Que tampoco se opone a ello, la obligación que impone al albacea el art. 1281 del tantas veces citado Código, porque sería difícil y difícil disposición más alcance del que realmente tiene: 5º Que el desconocimiento de la existencia del legado no puede aceptarse como razón legal, porque de ser así, las adquisiciones por prescripción perderían toda la seguridad que les da la ley: 6º Que desde la fecha de la muerte de José Antonio Fernández de la Puente, a la de la citación con la demanda, han transcurrido más de los 20 años señalados por el art. 2497 del Código Civil para la prescripción.

Por estas consideraciones, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se revoca la sentencia venida en apelación, y se declara sin lugar la demanda por estar prescrita la acción. Sin costas.—*Carvallo O. Andrade.*—*Juan J. Castro.*—*J. Leodoro Rodríguez.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Septiembre 11 de 1912, a las cuatro de la tarde.—*Vistos:* No constan, en verdad, de las actuaciones de primera instancia la apelación de la sentencia ni la concesión de este recurso; pero, que se interpuso y fue concedido, lo manifiestan el decreto de concesión que aparece de la copia presentada en esta instancia (fojas 144), el oficio del Alcalde Municipal de la causa a la Corte Superior (fojas 86) y el hecho mismo de que, en segunda instancia, las partes nada hubiesen observado al respecto y hubiesen más bien procedido en el concepto de haber llegado los autos a conocimiento del Tribunal Superior, legalmente. En consecuencia, y por estimarse legales y arreglados a los méritos del proceso los fundamentos de la sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Guayaquil, expedida a fojas 115; administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas, esa sentencia. Devuélvase.—*P. Villagómez.*—*Manuel Montalvo.*—*B. Albán Mastanza.*—*A. Córdova.*—*Manuel B. Cueva.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Tercera, N° 47, pág. 1610)

COMENTARIO

Como se ve, tanto en primera como en segunda instancia, se computó el tiempo hasta la citación, para juzgar sobre la prescripción; y la Corte Suprema confirmó ese cómputo de la Superior; de acuerdo con la doctrina que hemos sostenido, al criticar los fallos del caso 91.

CASO 97

Innovaciones en la cosa litigiosa.

En el juicio de Guillermo Schroeter contra Archibaldo Harriam, se resuelve: Que no puede hacerse innovaciones que alteren el estado de la cosa litigiosa.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Julio 9 de 1910, a las once del día.—*Vistos:* Traslado con apercebimiento en rebeldía, y entégnese la copia al demandado. Y por cuanto no es permitido hacer innovaciones que alteren el estado de la cosa litigiosa, se previene al señor Archibaldo Harriam que se abstenga de hacer obras que cambien el estado de la mina a que se refiere la demanda.—*Trigya.*—*Salazar.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Noviembre 19 de 1910, las cuatro de la tarde.—*Vistos:* La providencia que ordena que el demandado se abstenga de hacer obras que cambien el estado de la mina, es evidente que causa gravamen irreparable, y por lo mismo es procedente la apelación interpuesta. En lo principal, pudiendo el actor, en resguardo de sus derechos, como lo ha hecho en el escrito de demanda, pedir la indemnización de perjuicios, que comprende tanto el lucro cesante como el daño emergente, el Juez no estaba en el caso de ordenar también la abstención de los trabajos, disposición que no se complace con la petición de que se indemnicen daños y perjuicios; cuanto a la nulidad respecto del auto expedido el 9 de Julio del presente año, se declara que no existe fundamento legal, porque el derecho de intervenir el asesor en una causa, depende del nombramiento hecho por el Juez, no de la citación a las partes, como así lo tiene aun resuelto el Tribunal Supremo (Gaceta Judicial, N° 49, Segunda Serie); y, por lo tanto, no hay la nulidad alegada. Sin costas. Devuélvase.—*Astorga.*—*Vega.*—*Bueno.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 24 de 1911, las tres p. m.—*Vistos:* Por fundado en ley y justicia el auto de primera instancia, fojas 6, se lo confirma, revocando el de segunda en la parte de que se ha recurrido. Devuélvase.—*Montalvo.*—*Villagómez.*—*Albán Mastanza.*—*Córdova.*—*Uguitas.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 115, pág. 917)

COMENTARIO

No alcanzamos a ver esa ley ni esa justicia que, silenciada por la Corte Suprema, con mengua del deber legal de motivar los fallos, hayan servido de fundamento al de primera instancia; mas, por nuestra parte, nos adherimos a la resolución de la Corte Superior.

Ningún principio jurídico más fundamental e inconcusso que el de que el poseedor es reputado dueño mientras

otra persona no justifique serlo; y como corolario de ese principio, síguese que el demandado ha de ser respetado en la posesión y goce de la cosa, mientras no sea condenado por sentencia a restituirla, a menos que, en los casos previstos por la ley (arts. 892 y 893 del Código Civil, 1010 del de Enj. etc.) se decrete un secuestro provisional o alguna otra providencia conservativa que restrinja aquellas libertades de acción característica de la posesión; y entendiéndose que, si la sentencia es adversa al demandado, ha de ser éste considerado como poseedor de mala fe por todo el tiempo del litigio, para el efecto de las restituciones y prestaciones.

De este antecedente síguese que, en el caso de los fallos, el actor triunfante hubiera podido reclamar al demandado, a título de indemnización de perjuicios, el lucro cesante y el daño emergente, como dijo la Corte Superior; mas, mientras ese triunfo no se realizase, no se podía embarazar el goce de la cosa por el demandado, sino mediante el secuestro o las providencias conservativas susodichas, que no caben sino en los casos previstos por la ley.

El antiguo adagio *lite pendente nihil innovetur*, del cual los juriconsultos no han hecho nunca otra aplicación, que la de que no se pueda enajenar la cosa litigiosa, y que aun para este efecto no tiene ninguna razón científica suficiente, como lo demostramos al defender la reforma mencionada en la prop. 419, ha dado lugar en la práctica a innumerables abusos, lesivos de aquel fundamental principio, y jamás justificados por la ley ni por ninguna razón científica.

CASO 98

La acción debe ser pertinente, para que la citación de la demanda surta sus efectos.

En el juicio Solano de la Sala-Terán, se resuelve: 1º Que la demanda de petición de herencia, por no concretarse a discusión judicial sobre la propiedad específica de ninguna de los bienes hereditarios, no obsta a que el heredero poseedor pueda enajenarlos.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Agosto 21 de 1912, las diez de la mañana.—Vistos: Puesto que la ejecutoria suprema declaró que es válido el proceso, afirmando que la transacción de fojas 1-5 por sí y sin necesidad de la aprobación judicial, querida por los otorgantes, ha puesto término al litigio sobre que recae, nada puede considerarse en efecto. Cuanto a lo principal, aunque se ha comprobado que la quinta de la Magdalena ha sido donada por la señora Rosario Terán a sus hijos, y cedidos a ellos mismos los créditos activos pertenecientes a la sucesión del doctor Miguel Lugo, estas enajenaciones, celebradas voluntariamente, por aquella señora, no le excusan de dar cumplimiento a la obligación demandada, mucho más si se considera, que por medio de ellas, no se ha convertido en imposible esta obligación. Sin embargo, como la demanda propuesta por Rosario Terán v. de Garcés contra la ejecutada, doctor Lugo, y, en ella, se exige la restitución inmediata de la mitad de los bienes de que se compone esta herencia, resulta que, mientras dure este litigio, la indicada Terán no puede vender al doctor Manuel Solano de la Sala ni a nadie la referida quinta ni ceder los enuncados créditos, sin contravenir a lo que dispone el número 4º, art. 1454 del Código Civil. En virtud de estas consideraciones, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se absuelve de la demanda a Rosario Terán. Sin costas.—*L. Sánchez P.—José N. Campuzano.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Abril 18 de 1913, a las tres p. m.—Vistos: Tomadas en cuenta por el inferior las excepciones opuestas por la ejecutada en el libelo de fojas 22; el Juez, al pronunciar la sentencia de fojas 69, que ha subido en grado, por apelación del ejecutado, desecha la primera y la tercera y admitiendo tan sólo la segunda, se funda en ésta para absolver de la demanda a Rosario Terán. Y como la parte perjudicada con el rechazo de aquellas no ha interpuesto recurso alguno, ni se ha adherido a la apelación, es claro que debe considerarse como ejecutoriado lo resuelto por el inferior respecto de las mismas y que este Tribunal, para acceder o no a la reclamación del apelante, tiene de apreciar únicamente la excepción relativa a la cosa litigiosa, sobre la cual se considera: 1º Que, en ningún caso es procedente como *perentoria* la excepción de que se trata, toda vez que no destruye por completo la acción del ejecutante. En efecto, la aplicación al caso del art. 1454 del Código Civil en su número 4º, conduce a la conclusión de que la existencia del litigio sobre la propiedad de las cosas que son materia de los hechos prometidos en la transacción de fojas 1 a 5 no obstaría a que se ejecuten una vez terminado el litigio, o antes, con permi-

so del Juez que conoce del mismo. Ahora bien, si no es absoluta sino meramente relativa la imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones demandadas en este juicio, es evidente que estas no han podido extinguirse, y muy menos si se toma en cuenta que aquel motivo de imposibilidad transitoria no se halla comprendida en ninguno de los casos de extinción puntualizados en el art. 1554 del propio Código; y 2º Que el litigio constante de las copias de fojas 45 a 50 no versa sobre la propiedad de las especies determinadas cuya enajenación se demanda; pues, la acción allí deducida es la de petición de herencia y esta acción tiene por causa el reconocimiento de heredero y por objeto la cosa incorporal llamada herencia, esto es, la declaración del derecho que tiene el heredero para que se le adjudique la universalidad de la herencia en la parte correspondiente, derecho que no dice relación directa a las cosas corporales que en ella se comprenden: doctrina consecuente con el sistema establecido por nuestra Ley sustantiva de que los bienes hereditarios, durante la indivisión, si bien pertenecen a la comunidad de los herederos: cada uno de éstos no llega a adquirir el dominio sobre los mismos, sino después de hechas las respectivas adjudicaciones consiguientes a la partición. Siguese de aquí que en el caso presente, cualquiera que fuese el número de los herederos que se presentasen a reclamar sus derechos en la sucesión del doctor Luigo, como ninguno de ellos podía ser considerado como dueño exclusivo de la quinta de la Magdalena y de los créditos, que se refiere la actual ejecución, es evidente que esos reclamos aun aceptados favorablemente no servirían de obstáculo a la condena señora Terán para la venta de las especies demandadas en este juicio, enajenación que sería válida, no obstante hallarse sujeta a los efectos determinados en el art. 1334 del Código citado. De lo expuesto se deduce lógicamente que no es admisible la excepción en que se funda el fallo recurrido, en cuya virtud, *ad ministrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se lo revoca, condenando a la ejecutada señora Rosario Terán al inmediato cumplimiento de las obligaciones demandadas a la indemnización de los perjuicios de la mora que se comprueban en juicio verbal sumario y al pago de las costas de ambas instancias; todo, bajo las prevenciones que contiene el art. 518 del Código de enjuiciamientos civiles. Devuélvanse.—*Manuel E. Cordero*.—*M. M. Borrero*.—*David Villaverde*.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 23 de Julio de 1913, a la una y media de la tarde. Vistos: Por la ejecutoria de fojas treinta y seis y el texto de la cláusula cuarta de la escritura de fojas 1-5, es inadmisible la primera de las excepciones deducidas por Rosario Terán. También es inadmisible la segunda, la relativa al objeto ilícito en la enajenación; porque, si el art. 1454, número 4º, del Código Civil declara que hay objeto ilícito en la enajenación de especies cuya propiedad se litiga, esta disposición no es aplicable en el presente caso.

demanda de Rosario Terán Garcés, posterior a la referida escritura, no contiene acción de dominio acerca de la quinta y los créditos respecto de los cuales recae la obligación cuyo cumplimiento se exige; es demanda de petición de herencia, la que, por su naturaleza, no concreta la discusión judicial sobre la propiedad, específica, de ninguno de los bienes hereditarios. De aquí que la ley, antes que prohibir, al heredero poseedor, las enajenaciones, prevé, en los arts. 1257 y 1258 del mismo Código, así las responsabilidades del vendedor como las acciones de que puede servirse quien obtenga, a su favor, la declaración de ser heredero. La tercera excepción no es menos inadmisible; pues, como se ve claro, la quinta y los pagarés no han dejado de estar en poder de la ejecutada, por alguno de los casos determinados en el art. 1660 del propio Código, sino por un acto de su libre voluntad, que, como bien lo observaba aun el Juez inferior, no extingue la obligación de Rosario Terán. Y esto es tanto más cierto en esta causa, cuanto la escritura misma de la donación hecha a las hijas de la demandada, reconociendo esa obligación, dispone, en cuanto a la quinta, el modo de satisfacerla. Por fin, en orden a la sentencia recurrida, se considera que la indemnización de perjuicios en ella resuelta, no fue, ni pudo ser, punto comprendido en el auto de fojas 20; motivo por el cual no es doble que la sentencia se ocupe en ella, como lo hace la de la Corte Superior. En virtud de lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se reforma la sentencia de fojas 83-84, revocándola en cuanto condena a indemnizar perjuicios, y confirmando, con costas, en todo lo demás. Devuélvanse después de legalizado este papel.—*A. Cárdenas*.—*Manuel B. Cueva*.—*Francisco Andrade Marin*.—*Leopoldo Pino*.—*Pablo A. Váscquez*.

(“Gaceta Judicial”, Serie Tercera, N° 31, pág. 1479)

COMENTARIO

Cuando se expidieron estos fallos, tenía aún el art. 1º del Código de Enj. que puntualiza los efectos de la citación, aquel número más que recordamos y criticamos al estudiar la prop. 419, y que decía: “Anular las enajenaciones y gravámenes de la cosa sobre que versa la demanda, verificados después de la citación”. Esta regla adjetiva era mera aplicación de la sustantiva que, en el N° 4º del art. 1454, declaraba haber objeto ilícito en la enajenación de especies cuya propiedad se litigase.

Con tal motivo, al ocuparnos en los efectos de la citación, tomamos nota de estos fallos, en los cuales la Corte Superior y la Suprema resuelven acertadamente que una acción de petición de herencia no es apta para volver liti-

grosas las especies comprendidas en dicha herencia, puesto que ella no tiende directamente a promover discusión sobre la propiedad de dichas especies.

Ahora, generalizando el mismo principio, podemos decir que, ya para la interrupción de la prescripción, ya para constituirle al deudor en mora, etc., la acción debe ser *pertinente*, es decir, aquella que tienda a ejercitar el derecho que pudiera extinguirse por la prescripción o a reclamar la obligación no cumplida por el deudor, según los casos, como lo demostramos al estudiar la prop. 402 bis.

CASO 99

No hay objeto litigioso, si el contrato es anterior a la citación.

En el juicio Rodríguez-González, sobre entrega de un fundo, entre otras declaraciones, se da la siguiente: Que no hay venta de cosa litigiosa, si la demanda se cita después de celebrado el contrato.

Texto del fallo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Noviembre 24 de 1886, las dos.—Vistos: No hay nulidad en el procedimiento, y a que no se ha omitido solemnidad alguna sustancial; pues la contestación de Francisca Rodríguez no contiene reconvencción, y la de Miguel María González, a quien en virtud de una ejecutoria, se le admitió en el juicio como demandado, no puede calificarse de tercera. Respecto de lo principal, y teniendo en cuenta que las únicas excepciones que deben considerarse al presente, por parte de la mencionada Rodríguez son las deduccions a fojas 459, se observa: que aun cuando la aceptación de la donación, hecha por el Escribano ante quien se otorgó la escritura, no hubiese sido válida, como lo fue, según la respetable opinión de Escribano, Fabretero y otros, fundada en la Ley séptima, Título once, Partida quinta, resulta también que la donataria aceptó tácitamente la donación, en el hecho de haber cumplido por completo la condición relativa a continuar en el servicio de donante; servicio que, a no dudarlo, fue la causa impulsiva de la donación, y daba derecho a exigir la entrega de la cosa donada, estando plenamente probada la continuación del servicio, hasta el punto que la donataria murió de las heridas que recibió por defender los bienes de su patrón, según consta de fojas 480 a 484. donación tuvo su efecto por razón del consentimiento tácito, sea o no, del cual han de seguirse las reglas generales de los contratos. Tanto más indudable es esto, cuanto que el donante, diez años

después de la donación, se ratificaba en ella, como aparece de su confesión inserta a fojas 8. Perfeccionado así el contrato, la donataria transmitió sus derechos a su heredero y como no se ha deducido excepción relativa a negar que Mariano Evaristo Rodríguez sea heredero de la agraciada, su carácter de tal está implícitamente reconocido, y es claro, entonces, que pasó a dicho Rodríguez el dominio del fundo, luego que murió el donante, y, en consecuencia, pudo aquel enajenarlo. Tocante a las dos ventas que hizo, se advierte: que el contrato celebrado con Miguel María González tiene el apoyo de una escritura legalmente inscrita; y aunque el otro comprador, doctor José Rodríguez, conservara el título que obtuvo y que desapareció, y estuviesen ambos títulos iguales, en resultando dos compradores por separado de una misma cosa, el caso tenía de resolverse por el claro precepto de la Ley cincuenta, Título 5º, Partida 5ª, según la cual el que hubiese tomado posesión y pagado el precio, hace suya la cosa, aunque sea comprador posterior; y como uno y otro existe respecto de González, éste tiene la preferencia con arreglo a la disposición citada. Por otra parte, no aparece que la cosa haya sido litigiosa al tiempo de celebrarse la escritura, por cuanto la citación con la demanda, requisito indispensable para que haya litigio, se ha hecho después de celebrado el contrato de compraventa. Por estos fundamentos, y por lo demás que contiene la sentencia recurrida, que se estiman legales y arreglados a los méritos de los autos, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas, la mencionada sentencia. En cuanto a la apelación interpuesta del auto de fojas 728, relativo a derechos del Secretario Relator, se declara que la Corte Superior no ha debido concederla, por no ser susceptible de este recurso el punto resuelto en dicho auto. Devuélvase.—Antonio Robalino.—Jaime Gómez.—José María Bustamante.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 189, pág. 2750)

COMENTARIO

Ahora, como antes, la cosa cuya propiedad se litiga, es litigiosa desde la notificación de la demanda; mas en virtud de la reforma de 1916, de que tratamos en la prop. 419, al comentar el art. 122, la enajenación de esa cosa no es nula, y se rige por el art. 1080 de este Código.

CASO 100

Restitución de frutos, desde la citación.

En el recurso de queja de Francisco M. López contra el Alcalde tercero Municipal, se resuelve: 1º Que es aplicable al mero tenedor el precepto legal en virtud del que el

poseedor de buena fe está obligado a la restitución de los frutos, sólo después de la citación de la demanda; 2º Que en consecuencia, ha lugar el recurso de queja contra el juez que, sin prueba de la mala fe, condena al tenedor de una cosa a la restitución de los frutos anteriores a la demanda.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Abril 15 de 1886, las once del día.—Vistos: El recurso de queja interpuesto por Francisco M. López contra el Alcalde tercero Municipal doctor Flavio Batallas, tiene por causa o fundamento el haber conculcado, en el fallo de segunda instancia, varias leyes que determinan el derecho de las partes, y entre esas, las arts. 899 y 1933 del Código Civil, 503 y 574 del Código de enjuiciamientos, en la misma materia. Tramitado este juicio con arreglo a la ley, y examinados el informe del juez querrellado y la cojija del expediente, en el que se pronunció el fallo, objeto de la queja, se observa: Primero, que la acción deducida por Manuel María Benítez, personero de Concepción Olmedo y Rosario Portales yeguas, contra Francisco M. López, fue la de reivindicación de un terreno, propiedad de sus poderdantes, retenidas arbitrariamente por éste; Segundo, que López se exceptuó con la orden de secuestro librada por el juez civil de San Marcos, a solicitud de Amalia Hurtado, mujer de aquel, con el fin de asegurar el pago de cincuenta y cinco pesos que le debía José C. Rodríguez, como arrendatario de su casa y cuadra, en la que existían las expresadas bestias; Tercero, que de las pruebas rendidas por ambas partes, durante la dilación probatoria, resultó plenamente justificado el dominio de los demandantes en dichas bestias, y la retención arbitraria de éstas en poder de López, puesto que la orden de secuestro, dictada sin la observancia de los trámites legales, y sobre cosas pertenecientes a personas diversas del arrendatario Rodríguez, no constituiría título suficiente para retenerlas, mucho menos no estando en el caso previsto para el contrato de arrendamiento. Cuarto, que teniendo López conciencia de que la cosa retenida era de las actoras y no de su deudor, la persistencia en retenerla le constituyó poseedor de mala fe, y como tal, sujeta a la disposición del art. 888 del Código Civil y 574 del de enjuiciamientos: Quinto, que si el art. 503 del Código últimamente citado, ordena que, en la misma sentencia, se designe la cantidad que se ha de pagar por daños y perjuicios, el mismo artículo previene se haga esta designación, cuando fuere posible, y cuando no, se fijen las bases y el modo para hacer la liquidación, y cuando el Juez Municipal dispuso se liquiden en juicio verbal sumario obró conforme a la mente de dicho artículo, y a la práctica de los tribunales en casos semejantes, por no haberle sido posible fijar la cantidad determinanda. De consiguiente, la sentencia de segunda

instancia pronunciada por el precitado Alcalde Municipal tercero que se registra a fojas 44 y 45 de la antedicha copia, fue ajustada a las disposiciones legales y a los méritos del proceso, cuando confirmando la sentencia de primera instancia fojas 43, condenó también al demandado Francisco López a la indemnización de los perjuicios ocasionados a las actoras Concepción Olmedo y Rosario Portales, por la retención indebida de las dos yeguas, y al pago de las costas de ambas instancias; y revocó el fallo, en la parte que condena a esas mujeres a satisfacer las mesadas y gastos de custodia y conservación del secuestro; ya que no eran, como no son, aplicables al caso las disposiciones de los arts. 899 inciso 2º y 1933 inciso 2º del Código Civil. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y atenta la disposición del art. 617 del Código de enjuiciamientos en materia civil, se desecha el recurso de queja, materia del presente juicio, como temerario, y se condena al querellante Francisco M. López al pago de las costas, daños y perjuicios, los que, de haberlos, se liquidarán en juicio sumario.*—José M. Guerrero.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Junio 10 de 1886, las dos.—Vistos: Tres son las resoluciones por las cuales Francisco M. López interpone el presente recurso de queja contra el Alcalde tercero Municipal de este cantón, afirmando que en cada una de ellas ha infringido este Juez leyes expresas que determinan los derechos del quejoso, y son: 1º habersele condenado a la devolución de las dos bestias reclamadas por las demandantes en el juicio de reivindicación, en el cual reayó la elecurtaria de fojas 44 a 45, con la circunstancia de haber muerto una de aquellas bestias; 2º haber sido también condenado a la indemnización de perjuicios y costas procesales de la primera y segunda instancia de ese mismo juicio de reivindicación; y 3º haberle hecho perder el valor de la manutención de las mismas bestias. Cuanto a la primera, se observa: que, probado por las demandantes su dominio sobre tales bestias, incontestable es la justicia con que se ordenó su devolución, una vez que también probaron haber sido puestas a mesada mediante convenio con José C. Rodríguez arrendatario de la cuadra o estancia del demandado y no con éste, quien no podía retener aquellos animales, por más que se aceptase como cierto que dicho arrendatario le fuese deudor de pensiones conductivas, porque este derecho del dueño o arrendador no se ejerce sino sobre las cosas que siendo del arrendatario hubiesen sido puestas en el predio arrendado y no sobre las de dominio ajeno (art. 1933 del Código Civil). Que se le hubiese condenado aún a la restitución del valor de la bestia muerta, es también justo: porque aunque el quejoso probó que esta muerte provino de un suceso fortuito (las coces que la otra bestia le dió y precipitó al fondo de una quebrada), este acontecimiento se verificó cuando ya él había incurrido en mora desde el 21 de Marzo de 85 en que fue notificado con la demanda de reivindicación, como

se ve a fojas 10 vuelta en que se le hizo tal notificación, a cuyo tiempo y aún mucho después de dada su contestación, en la cual, por su contexto, sostenía hallarse vivas ambas bestias, se propuso probar que aquella muerta se verificó en 28 de Abril del propio año, en la séptima pregunta de su interrogatorio corriente a fojas 29; pues en tal caso, aún suponiéndolo poseedor de buena fe, es responsable del caso fortuito, según el inciso tercero de los arts. 1541 y 1543 del propio Código citado. Respecto de la condena a la indemnización de los demás perjuicios, hay que tener presentes que aunque el quejoso presente en el juicio de reivindicación aquel papel copiado a fojas 10 vuelta, con el nombre de "bolea de secuestro", el Alcalde Municipal no podía hacer mérito de él por estar destituido de todas las formas externas que dieran a conocer siquiera su autenticidad, defectos que el mismo quejoso confiesa en su alegato de fojas 78, al observar que dicho Alcalde pudo ordenar su reconocimiento. Como el no haberlo ordenado no constituía infracción de ningún precepto legal que le impusiese el deber de hacer lo que no hizo la parte interesada en dar valor a tal prueba, claro es que esa omisión no puede servir de fundamento legal para justificar el recurso de queja que por tal motivo se ha formulado. Si tal boleta por los defectos expresados, ha de considerarse como no existente, es visto que no existe la única prueba con que el quejoso se propuso probar su buena fe en la retención o secuestro de las bestias demandadas, y que, por lo mismo, como poseedor de mala fe, se hizo responsable a la indemnización de perjuicios y de costas procesales. De consiguiente, es también infundado el recurso de queja que por esta otra condena ha formulado el referido López. Mas no así respecto de la que hace perder a éste los gastos de manutención de dichos animales; porque según el art. 899 del Código Civil, aun el poseedor de mala fe tiene derecho a ser indemnizado de las expensas necesarias para la conservación de la cosa que retiene, como son aquellos gastos de manutención. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se reforma la sentencia de fojas 70 a 72 de la cual se ha apelado, confirmando en la parte que declara indemnizado el recurso de queja respecto de las dos primeras resoluciones, y revocándola en la que también rechaza la queja por la tercera resolución ya expresada, respecto de la cual se admite dicho recurso; y en su consecuencia, se declara que es de cargo del Alcalde tercero Municipal doctor Flavio Batallas pagar al actor de la queja los gastos de manutención de las bestias ya indicadas por todo el tiempo que cada una hubiese sido mantenida por el referido quejoso, y al de costas procesales. Devuélvase.—*Jacinto R. Muñoz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 10 de 1887, las dos y media.—Vistos: El poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; precepto apor-

cable, también, a los meros tenedores. Y como la buena fe se presume y el que alega la mala debe probarla, es indudable que el Alcalde tercero Municipal ha quebrantado los arts. 695, inciso 3º del 898 y 906 del Código Civil, resolviendo en la sentencia que Francisco López pague a Encarnación Olmedo y Rosario Portanza todos los alquileres, frutos civiles de las yeguas por éstas reivindicadas; pues, no habiéndose presentado prueba de la mala fe, esto es, de que López hubiese tenido conocimiento de que tales yeguas pertenecían a estas señoras, debió limitar la condena a sólo los frutos posteriores a la citación de la demanda. No era posible que las yeguas hubiesen producido o podido producir los alquileres en que debió ser condenado López, sin que hubiesen sido mantenidas; debieron, pues, abonarse a éste los gastos que en ello hubiere invertido, de conformidad con el inciso último del art. 898 arriba citado. Por estos fundamentos, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se reforma la sentencia recurrida, condenándose al expresado Alcalde al pago de las costas, daños y perjuicios; los cuales se liquidarán en juicio verbal sumario, arreglándose en la liquidación de los daños y perjuicios a las siguientes bases: 1º al monto de los alquileres de las yeguas, anteriores al 21 de Marzo de 1885, y 2º al importe de los gastos por López en la manutención de ellas, posteriores a la fecha citada. Devuélvase.—*Alejandro Ribadeneira.*—*Vicente Nieto.*—*Pablo Herrera.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, N° 125, pág. 995)

COMENTARIO

Nada hay que observar en cuanto a que, desde la fecha de la citación de la demanda, queda el demandado sujeto, por lo tocante a la restitución de frutos, a las responsabilidades del poseedor de mala fe. Mas en cuanto a la cuestión sustantiva de extender esa regla jurídica a los meros tenedores, pueden caber observaciones y reflexiones en que no podemos detenernos, por extrañas a la materia de nuestro estudio. Un mero tenedor, es decir, el que reconoce dominio ajeno, debe derivar su tenencia de algún título constitutivo de obligaciones personales: depósito, préstamo, arrendamiento, etc.; y de las estipulaciones respectivas de las disposiciones legales concernientes a ese título, debe depender el que el tenedor esté o no obligado a la restitución de los frutos, que no de las reglas sobre la posesión de buena o mala fe, dadas por el legislador para el caso de reivindicación.

CASO 101

Intereses de la mora, desde la fecha de la citación.

En el juicio de José Sevilla contra Aquilino Sevilla, se declara, entre otras cosas: Que el mutuario debe intereses al mutante, cuando así lo han pactado expresamente; y que, a falta de pacto, sólo debe el interés legal desde la citación de la demanda.

Texto del fallo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Marzo 8 de 1888, a las doce.—Vistos: Cuando el reo contestó a la demanda, su respuesta fue simplemente negativa; y si es verdad que, en este caso, la discusión tenía de contrarse, únicamente, a la existencia de la obligación, de conformidad con lo que ordena el art. 509 del Código de enjuiciamientos en materia civil, lo es también que, cuando una parte interesada reconoce a favor de la otra tal o cual cantidad y pide que se le abone, debe acogerse este reconocimiento, en la sentencia. Que hubo obligación, ha probado José Sevilla, con la confesión del demandado, en el hecho de reconocer, como ciertas, las dos primeras partidas del documento que obra a fojas 21, relativamente a los cuatrocientos pesos del reclamo; mas, no ha justificado que estipuló intereses en el acto de entregar las dos letras contra la Agencia del Banco de Quito; porque si éste acostumbraba prestar con intereses en casos de préstamo, como afirman los testigos, de esto no puede deducirse la obligación del demandado en orden a los intereses, por lo mismo que el contrato sólo tuvo lugar entre los litigantes. Es pues, justa la sentencia, en cuanto condena al pago de intereses legales, desde la citación con la demanda; mas no lo es en la parte que condena a pagar toda la cantidad prestada, ya que el propio actor conviene, a fojas 50 vuelta, en que se abonen al reo los trescientos pesos que pagó al doctor Adrián Montalvo, pago que también la sentencia reconoce en su sexto fundamento. El abono de los recibos que obran a fojas 28 y 29, no es legal, ya porque esto contra dice el actor, como porque el haberse hallado tales documentos en poder de su yerno, no es circunstancia tal que pueda destruir el hecho evidente que resulta del tenor literal de tales documentos. En estos términos, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se reforma la sentencia recurrida. Sin costas. Devuélvase.—Julio Castro.—Antonio Robalino.—Pablo Herrera.

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, N° 149, pág. 1189)

COMENTARIO

El punto relativo a los intereses de la mora es muy obvio, y no requiere ningún comentario. Volveremos a ocuparnos en este fallo y en los de primera y segunda instancia, cuando, en el estudio de la Sección IV, tratemos del valor de la excepción simplemente negativa.

CASO 102

Intereses de la mora, desde la citación.

En el juicio Eguiguren-Fisco, se resuelve: 1° Que limitada la obligación al pago de una suma de dinero, la fecha inicial del pago de intereses, es la de la citación de la demanda; 2° Que la prescripción de la acción no puede ser declarada sino cuando ha sido oportunamente opuesta como excepción.

Texto del fallo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 20 de Junio de 1914, a las cuatro y media de la tarde.—Vistos: Son legales y se hallan arreglados a los méritos del proceso los fundamentos de la sentencia, por la que la Corte de Loja condena al Fisco al pago de los mil setecientos sucos demandados por Emilio Eguiguren; pero no lo son los fundamentos aducidos para condenar al pago de intereses desde el 9 de Diciembre de 1906, una vez que, limitada la obligación al pago de una suma de dinero, la fecha inicial del pago de intereses, es la de la citación de la demanda. Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, reformada la sentencia recurrida se la confirma, en lo principal, declarando que los intereses se satisfarán conforme al fallo de primera instancia. Devuélvase.—Francisco Andrade Marín.—A. Chiribanas.—Leopoldo Pino.—Manuel E. Escudero.—Abelardo Montalvo.

(“Gaceta Judicial”, Serie Tercera, N° 55, pág. 1674)

COMENTARIO

También volveremos a considerar este fallo en la Sección IV, DE LAS EXCEPCIONES, por lo que respecta al punto de la prescripción.

mandado tenga conocimiento pleno de las pretensiones que contra él se han deducido en juicio. Por lo tanto y puesto que la citación al demandado con el auto de fojas 2, no se ha practicado en la forma que prescribía el art. 105 del Código de enjuiciamientos de la anterior edición, como lo observa el juez de primera instancia, se revoca el auto apelado y se confirma el del inferior que consta a fojas 60, 61 y 62 de este proceso.—*Medasto A. Peñañavera.—Cardenas.—Albain Mestanza.—Pino.—Vasconez.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Cuarta, N° 2, pág. 15)

COMENTARIO

En lo tocante a la citación, que es lo que, por ahora, nos concierne, estamos de acuerdo con el voto salvado, y confesamos que nos llama mucho la atención la resolución de la Corte Suprema. La denuncia de obra nueva, en cuya virtud se decreta la inspección ordenada por el art. 774 del Código de Enj. (752 de la edición anterior), es verdadera demanda, ora se atienda a la definición del Código, ora al concepto esencial de ese acto jurídico; y por lo mismo, la citación prescrita por el mencionado artículo no puede menos que considerarse como citación de la demanda, sujeta a las solemnidades ordenadas por los arts. 123 y 427.

Concurren, además, en este caso todas las razones que el legislador tuvo en cuenta para establecer el requisito de las tres boletas en tres distintos días, según expusimos al comentar el art. 123 y la prop. 420.

Y como consecuencia, síguese que, si el querellado no concurre a la inspección, se realizará, en rebeldía, esa diligencia, que constituye un verdadero juicio verbal; quedará el demandado sin hacer valer sus excepciones, y el juez aplicará los arts. 776 y 777. Todo lo cual evidencia lo trascendental de la citación de que tratamos, poniendo de manifiesto que, ya por su propia naturaleza, ya por sus efectos jurídicos, es una verdadera citación de demanda.

CASO 105

Rebelía del demandado.—Apelación.

En el juicio del doctor Augusto Bueno contra el doctor Antonio Arcos, se resuelve: 1º Que la declaración de rebeldía es materia de una resolución apelable; y 2º Que, mientras ella no fuere expedita, al demandado le es potestativo, ya proponer excepciones, ya recomvenir al actor.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Mayo 26 de 1884, a las siete de la mañana.—Vistos: Declarada la rebeldía por no haber comparecido el demandado en el término legal, son extemporáneas y, por ende, inadmisibles las excepciones y reconvencción del reo, puesto que unas y otras han debido proponerse dentro del término de dar la contestación; y si bien el rebelde puede ser oído cuando comparece, ha de tomar la causa en el estado que la encuentre, pagando a la otra parte los gastos que hubiere hecho por él, con arreglo al primer inciso del art. 306 del Código de enjuiciamientos en materia civil. Y por cuanto la demanda consiste en hechos que deben justificarse, se concede el término de diez días, común para las pruebas en lo principal, y de dos para las tachas. Concluidos los términos, se dictará la providencia que fuere legal.—*Robalino.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Agosto 12 de 1885, a las doce del día.—Vistos: Es verdad que cuando se presentó el escrito de fojas 19 no estaba aún declarado rebelde el demandado, pero lo es también que esa presentación tuvo lugar hallándose ya vencidos tanto el término legal como el prorrogado para contestar la demanda, y un día después de acusada la rebeldía por la otra parte mediante la solicitud de fojas 18; en cuyo caso, y puesto que el derecho de excepcionarse y reconvenir se pierde, no en virtud de la declaratoria, sino de la sola acusación de rebeldía, hecha oportunamente, según lo manifiesta el mismo tenor literal del art. 641 del Código de enjuiciamientos civiles, está claro que las excepciones y reconvencción propuestas en el precitado escrito de fojas 19 son ciertamente extemporáneas y, en consecuencia, inadmisibles. Por esto, estímandose arreglado a la ley y a los méritos del proceso el auto recurrido, se lo confirmá, con costas. Devuélvanse.—*Munoz.—Guerrero.—Bustamante.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 31 de 1887, a las doce y media.—Vistos: Según el art. 306 del Código de enjuiciamientos en materia civil, la declaración de rebeldía, por traer gravamen irreparable en definitiva, debe ser materia de una resolución apelable; lo cual quiere decir que, mientras no esté dada dicha declaratoria, la causa se halla en estado de que pueda ser admitida la correspondiente contestación, esto es, de que la parte demandada ponga las excepciones que a bien tuviere. En esta virtud, se revoca el auto recurri-

do, y se ordena que el inferior sustancie la reconvección, para que luego provea lo que fuere legal, tanto sobre ésta, cuanto sobre las excepciones perentorias propuestas. Devuélvanse.—*Cevallos. —Castro. —Herrera.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, N° 156, págs. 1247)

COMENTARIO

Por lo tocante al art. 124, estos fallos no tienen mayor importancia. Volvemos a ocuparnos en ellos al estudiar la SECCIÓN V, DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

CASO 106

Rebeldía del demandado.—Apelación.

En el juicio de Mariano León contra Modesto Palacios, se resuelve: 1° Que, según el art. 124, el fallo que declara la rebeldía del demandado, es apelable; y 2° Que mientras no esté dada esa declaración, el demandado puede proponer las excepciones que a bien tuviere.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Riobamba, Octubre 17 de 1885, viernes a las doce del día.—**Vistos:** Ya que no se proveyó a lo solicitado en el escrito fojas 3, antes de que se presentara contestación a la demanda con el escrito fojas 4 y 5 habiendo decurrido seis horas de diferencia de la presentación de un escrito a la de otro; el Juzgado no creyó ni tuvo por prudente y justo dar por acusada la rebeldía en presencia de estar contestada la demanda; máxime, cuando el segundo de los referidos escritos se ha presentado al siguiente día del término, término que no es fatal o para concluir sino para impulsar la sustanciación. A esto se agrega, que el decreto de 21 de Noviembre último por estar suficientemente ejecutoriado no se puede revocar de oficio, ya que el demandante no se lo pidió a fojas 7. Por estos fundamentos, no se puede rechazar ni dejar de tomar en cuenta la contestación de Modesto Palacios, por la protesta que hace Antonia Flor, téngasele de parte en representación de sus esposos. Sin costas.—*Borja. —Davalos. —Merino.*

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Octubre 17 de 1885, las doce del día.—**Vistos:** El escrito de fojas 3 por el que se acusa la rebeldía al demandado por falta de contestación a la demanda, se presentó el 10 de Enero de

1883 a las siete y media de la mañana, y el mismo día a la una y media de la tarde fue presentada la contestación de fojas 4 antes de que el Juzgado hubiese decretado cosa alguna sobre la acusación de rebeldía; y como el art. 306 del Código de enjuiciamientos civiles dispone que la rebeldía ha de ser declarada por el Juzgado para que no pueda oírse en juicio al rebelde sin que previamente purgue la mora, es claro que Mariano León no se halla comprendido en este caso por falta de la declaración del Juzgado, y el inferior hizo bien en aceptar la contestación a la demanda. Por tanto, se confirma el auto recurrido. Con costas. Devuélvase.—*Saa.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 3 de 1887, a las doce del día.—**Vistos:** Según el art. 306 del Código de enjuiciamientos en materia civil, la declaración de rebeldía debe ser materia de una resolución apelable, por traer gravamen en definitiva; lo cual quiere decir que mientras no esté dada dicha declaración, la causa se halla en estado de que pueda ser admitida la correspondiente contestación, esto es, de que la parte demandada proponga las excepciones que a bien tuvieren. Por tanto, y por ser legales y estar arregladas a los méritos del proceso los fundamentos del auto recurrido, se confirma con costas dicha providencia. Devuélvanse.—*Cevallos. —Castro. —Robalino.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 69, págs. 540)

COMENTARIO

La Corte Suprema copió literalmente en este caso el fallo expedido en el anterior, pocos meses antes. También lo reservamos para la SECCIÓN V, DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

CASO 107

Efectos de la citación de saneamiento.—Discusión sobre la responsabilidad del vendedor en favor del comprador.

En el juicio Andrade—Sambertegui, sobre destino, se resuelve: 1° Que la notificación hecha al vendedor de una cosa que se reintindica, para que comparezca a defenderla, produce por sí misma todos sus efectos legales en orden al saneamiento por evicción; y 2° Que las responsabilidades del vendedor para con el comprador no constituyen materia del juicio de reintindicación, sino de otro que, a ser evicida la cosa, pudiera intentarse contra el vendedor.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Febrero 12 de 1916, las diez a. m.—Autos y Vistos: El incidente promovido por la citación a Manuel Jesús Cornejo para saneamiento por evicción se resolverá en sentencia, de conformidad con el art. 317 del Código de enjuiciamientos civiles. Acerca de la articulación promovida por el señor Sampértegui en el folio 25, se considen: que el art. 943 del Código citado deja al arbitrio de los emplendos de justicia, bajo su responsabilidad, la facultad de excusarse; sin que, por tanto, ni el Juez ni las partes litigantes puedan exigir la excusa, pues a estas partes les queda expedita la recusación en forma legal. Por consiguiente se niegan las solicitudes de Alberto Sampértegui sobre que se excuse al perito señor Manuel Salcedo Grandá, y se ordena que se agreguen al proceso el informe y croquis presentados por dicho perito. Sin costas. Se continuará la diligencia de inspección el día miércoles, 16 de los corrientes, desde las once del día. Téngase presente la fecha que se hace a fojas 28.—*Jaramillo L.*

Cuenca, 10 de Mayo de 1916, las diez de la mañana.—Vistos: Si, como lo reconoce el señor Sampértegui, los arts. 317 y 724 del Código de enjuiciamientos civiles prescriben la reserva de la reserva del incidente sobre saneamiento por evicción a que ha sido llamado Cornejo, es temeraria la solicitud de aclaratoria de la clarísima orden de reserva dada en el auto de fojas 32 vuelta. En tal virtud, de conformidad con el art. 325 del Código citado, se niega con costas la petición de aclaratoria. Se continuará la diligencia de inspección pendiente, el 20 de los corrientes desde la una de la tarde.—*Jaramillo L.*

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Julio 22 de 1916, a la una y media p. m.—Vistos: La citación prescrita en el art. 1834 del Código Civil, no tiene más objeto que hacerle saber al vendedor de una cosa, que en caso de evicción, está obligado a sanear; más no puede obligársele al vendedor a comparecer en este juicio, porque en acción aparte, el comprador de la cosa evicta demandará al vendedor el saneamiento y los perjuicios, los que no se pueden tomar en cuenta en la presente demanda. Además los interesados tienen expedito el derecho para recusar un perito, y no obligar a éste que se excuse. Por lo expuesto, y por cuanto estos reclamos debían hacerse, cuando no habiendo acuerdo entre las partes principia el juicio ordinario, se confirma con costas el auto apelado. Devuélvase.—*Farián. Torres. Vidáquez C.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 21 de 1916, a las dos de la tarde.—Vistos: La notificación de fojas 10, hecha a Manuel de Jesús Cornejo, produce por sí misma todos sus efectos legales en orden al saneamiento por evicción; pero las responsabilidades del vendedor para con el comprador, no son materia de este juicio sino de otro que, a ser evicta la cosa, pudiera intentarse contra Cornejo. No es, por lo tanto, legal la solicitud de fojas 30, la que se deniega. Reformando así, sin costas, el auto recurrido, devuélvase el proceso.—*Escudero. Cárdenas. Andrade Marín. Pino. Píez.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Tercera, N° 164, pág. 1546)

COMENTARIO

No se comprende claramente la frase “*produce por sí misma todos sus efectos legales*” del fallo de tercera instancia; pero la exposición más clara de la Corte Superior, nos parece perfectamente satisfactoria, y quizá es lo mismo que quiso decir la Corte Suprema en aquella lacónica frase: Por lo demás, nos referimos a lo expuesto sobre este punto en las props. 403 y 422.

CASO 108

Saneamiento del comprador demandante o demandado.

En el juicio de Jacinto Fierro contra Camilo Ortega, se resuelve: Que, atentos los arts. 1829 y 1830 del Código Civil, el comprador, sea demandante o demandado, pueda pedir que se cite al vendedor para que comparezca a defender la cosa vendida, aunque el art. 1834 se contraiga sólo al caso del comprador demandado.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Agosto 12 de 1888, las dos.—Vistos: En el estado actual del juicio la citación a don Vidal Enriquez Ante para el objeto a que alude el peticionario no es legal. Conforme a las disposiciones citadas en este escrito, la citación referida podrá practicarse cuando se dispute la propiedad del actor sobre parte de su fundo. Niégase, por ahora, la práctica de la notificación susodicha. Por lo demás, señábase el 22 del presente, a las once del día, para el apeo y deslinde.—*Buatamaná. Alán Mejunza.*

Quito, Agosto 27 de 1888, las once.—Los fundamentos del decreto cuya revocatoria se pide son legales: se niega dicha revocatoria. Quanto al recurso de apelación de ese decreto, también se lo niega; pues él no causa gravamen irreparable en definitiva. Por lo demás, señábase para el apeo y deslinde, el 6 de Setiembre próximo, a las once del día.—*Salvador*.—*Alban Matanza*.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Febrero 19 de 1889, las once del día.—Vistos: El auto de 12 de Agosto de 1888 causa gravamen irreparable, pues apareciendo de la demanda de fojas 1.^a y contestación a ésta dada por Camilo Ortega, que se disputa parte de la propiedad de "Papatema", cosa que, además, es inherente a todo juicio de apeo y deslinde, no cabe duda que la negativa de que se cite a don Vidal Enríquez para los fines que el actor señala no puede repararse en la sentencia. Y como la ley no niega expresamente en el caso actual los recursos de apelación ni de hecho, se acepta éste. En orden a lo principal, se observa que, conforme a los arts. 1832, 1834, 1835 y 1836, sólo el comprador *demandado* puede pedir que se cite a su vendedor a fin de que comparezca a defenderle; limitación establecida, sin duda, para impedir que el comprador, convirtiéndose en demandante, llame a cada paso y de un modo arbitrario al vendedor para la defensa de acciones ligenas, injustas, o que no obedezcan, quizás, a otra mira que a la de vejar al vendedor. Además, el comprador a quien se le ponga en la necesidad de defender, como actor, sus derechos sobre la cosa comprada, puede hacer uso contra el vendedor, para las indemnizaciones debidas, de otras acciones y aun de la misma de saneamiento, sin que para obtener resultado favorable de ellas, le sea necesaria la ayuda de este último en el juicio por él intentado contra el tercero. En consecuencia, se confirma la providencia recurrida, declarándose que no debe llevarse a cabo la citación que solicita Jacinto Fierro. Sin costas.—*Campuzano*.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 6 de 1889, a las dos.—Vistos: Según el art. 1830 del Código Civil, el vendedor está obligado a sanear al comprador toda evicción proveniente de causa anterior a la venta; y como el art. 1829 del mismo Código declara que hay evicción cuando a dicho comprador se priva por sentencia judicial de todo o parte de la cosa comprada, es incontestable que la obligación en referencia deviene sur cuando éste sea demandante y no demandado en el juicio en que tal sentencia se pronuncie. De lo dicho se sigue que la citación al vendedor, para que salga a la defensa del pleito si lo tiene por bien, no es diligencia que exclusivamente debe ser pedida por el comprador demandado, pues si bien el art. 1834 habla de ese caso, tal disposición no perjudica de ningún modo a las otras de carácter general ya puntualizadas, ni excluye el que

también pueda solicitar igual diligencia el comprador demandante, a fin de que la cosa juzgada surta todo su efecto legal contra el vendedor, y no se excepcione éste con no ser parte en el juicio. De otro modo sería generalmente ilusoria la obligación de saneamiento que el vendedor tiene en todo caso, y tal obligación quedaría limitada al de ser el comprador el demandado, excluyéndose, por lo tanto, los de privación de la cosa por vías de hecho, de parte de tercero, o de necesidad que el comprador tenga de precautelar su derecho entablando la acción correspondiente. Por estos fundamentos se revoca el auto recurrido, y se ordena que se efectúe la citación al vendedor de "Papatema" solicitada por Jacinto Fierro. Devuélvanse.—*Robalino*.—*Castro*.—*Herrera*.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 78, págs. 619)

COMENTARIO

Nuestra opinión sobre este punto jurídico, expuesta ya en la parte doctrinal, es conforme con la del Tribunal Supremo (prop. 403). No hay razón para temer los abusos y vejaciones de que habla la Corte Superior unitaria, porque para el vendedor es libre y facultativo comparecer o no en el juicio; y hará muy bien en no comparecer, cuando se trate de una demanda descabellada o temeraria de su comprador contra un tercero.

SECCION CUARTA
De las excepciones

Art. 128.—Las excepciones son *dilatatorias* o *perentorias*. Son *dilatatorias* las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio; y *perentorias*, las que extinguen en todo o parte la acción a que se refiere la demanda.

Art. 129.—Las *dilatatorias* más comunes son, o relativas al juez, como la de incompetencia; o al actor, como la de falta de personería, por incapacidad legal o falta de poder; o al demandado, como la de excusión u orden; o al modo de pedir, como la de oscuridad de la demanda o la de contradicción de acciones; o al asunto mismo de la demanda, como la que se opone contra una petición hecha antes del plazo legal o convencional; o a la causa o al modo de sustanciarla, como cuando se pide que se acumulen los autos para no dividir la contienda de la causa, o que a ésta se dé otra sustanciación.

Art. 130.—No se admitirán excepciones *dilatatorias* que no se propongan colectivamente antes de la contestación a la demanda; excepto la de incompetencia de jurisdicción y la de oscuridad de libelo, que pueden proponerse solas, sin perjuicio del derecho de deducir las demás, después de resueltas aquéllas (*).

Art. 131.—Las excepciones *perentorias* se deducirán en la contestación a la demanda, y las más comunes son:

- 1ª La que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil;
- 2ª La de no haber habido obligación ninguna, y
- 3ª La de cosa juzgada, si no se la hubiere opuesto como *dilatatoria*.

(*) La Junta de Gobierno, investida del mando supremo, expidió, en 28 de Octubre de 1925, la siguiente reforma, por indicación de la Corte Suprema, a más de otras relativas a diversos artículos:

«Art. 3º.—Al art. 130, después de «que pueden proponerse solas», agréguese, «pero no sucesivamente».

«Art. 130.—No se admitirán excepciones *dilatatorias* que no se propongan colectivamente antes de la contestación a la demanda; excepto la de incompetencia de jurisdicción y la de oscuridad de libelo, que pueden proponerse solas, pero no sucesivamente, sin perjuicio del derecho de deducir las demás, después de resueltas aquéllas».

SECCION QUINTA

De la contestación a la demanda

Art. 132.—El demandado contestará a la demanda dentro del término legal o del que le prorrogue el juez cuando haya justo motivo.

Art. 133.—Antes de recibida la causa a prueba, podrá el demandado modificar sus excepciones, y aun deducir otras *perentorias*.

Art. 134.—En la contestación podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere; pero después de contestada la demanda, sólo podrá hacerlos valer en juicio diverso.

Art. 135.—Las excepciones *perentorias* y la reconvencción se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltas con ésta en la sentencia.

Art. 136.—Después de contestada la demanda, el actor no podrá desistir del pleito, sino pagando al demandado, las costas y en la forma prescrita en este Código.

Exposición doctrinal

SINOPSIS

(Continuación del programa)

De las excepciones en general

425.—Concepto científico y legal de la *exceptio*.—Razón histórica de la denominación.—Derecho Romano.—Derecho francés.—Legislaciones modernas.
426.—Constitutivo esencial de las excepciones.—Triple forma en que puede ejercerse el derecho en juicio.

Clasificación de las excepciones

427.—Distintorias y perentorias.—Legislación comparada.—Temporales y perpetuas.—Excepciones mixtas.—La cosa juzgada.
428.—Excepciones reales y personales.—La cosa juzgada.—Deudores solidarios.—Legislación comparada.
429.—Excepciones principales y subsidiarias.

Excepciones dilatorias

430.—Enumeración, división o clasificación de las dilatorias.—Plan del Código de Enj.
431.—Excepción declinatoria.—Diversos modos de alegar la incompetencia de jurisdicción.
432.—Falta de personería.—Sus diversos efectos.—Diferencia de la falta de derecho.
433.—Excepción de orden o excusión.—Su naturaleza y efectos.—Reforma legal de 1916.
434.—Litipendencia.—Su naturaleza y efectos.—Axioma romano *non bis in idem*.—Excepción romana *rei in iudicium deductae*.
435.—Excepción de garantía y saneamiento.—Puede extenderse al fidor y a los codeudores solidarios o indivisibles?
436.—Ocurridad de libelo.
437.—Plazo pendiente.
438.—Condición suspensiva.
439.—Acumulación de autos.
440.—Aspa acumulación de acciones o personas.
441.—Plazo para hacer inventario y deliberar.
442.—Otras excepciones dilatorias.—Demanda del hijo natural o legitimado.

Tiempo y modo de alegar las excepciones dilatorias.—Efectos de su omisión

443.—Tiempo y modo de proponer las excepciones dilatorias.
444.—Efectos de la omisión de las dilatorias.

EXPOSICIÓN DOCTRINAL

Excepciones perentorias

445.—Definición.—Enumeración o clasificación.—Negativas absolutas.—Negativas relativas.—Plan del Código.—La cosa juzgada.
446.—Excepción de improcedencia.
447.—Efecto procesal de las excepciones perentorias: la fijación de la controversia.
448.—Efecto de la omisión de las perentorias.

Contestación a la demanda

449.—Definición.—Etimología.—Relación con la demanda.
450.—Forma de la contestación.—Sistema oral o escrito.—Expresiones aceptadas.—Deficiencia de nuestra ley.—Retenciones y ambigüedades admitidas en la práctica.—Compruebas.
451.—Efecto jurídico de la contestación simplemente negativa y, en general, de las contestaciones vagas y de las retenciones.
452.—Agitación, cambio y modificación de las excepciones.
453.—Efecto jurídico de la contestación: fijación de la controversia.—Novación romana o cuasi novación.—Cuasicontrato.
454.—Omisión de la contestación.—Rebelde o contumacia: su naturaleza y efectos.—*Aseñalamiento*.—Procedimiento en rebelde.—Rebelde en otros términos.
455.—Comparación posterior del rebelde.—Sus condiciones y efectos.—Debe purgarse la mora.

Reconvención

456.—Definición.—Etimología.—Diferencia de las excepciones, y en especial de la de compensación.
457.—División de la reconvención en conexa e inconexa.—Legislación comparada.
458.—Excepciones dilatorias y perentorias contra la reconvención.
459.—Cabe reconvención en las juicias sumarias?

Réplica - Dúplica

160.—Concepto y naturaleza de estas instituciones.—Su utilidad práctica.

DESARROLLO

LECCION I

De las excepciones en general

425.—*Concepto científico y legal de la excepción.*—Razón histórica de la denominación.—Derecho Romano.—Derecho Francés.—Legislaciones modernas.

En el estudio de los elementos constitutivos de la litiscontestado, o sea de los que sirven para determinar la materia de la controversia, hemos considerado ya la acción y la demanda. La acción, que en el lenguaje jurídico moderno, es la facultad de dirigirse a la autoridad judicial, para que declare y haga efectivo el derecho; y la demanda, que es el acto verbal o escrito en que el demandante deduce la acción contra el demandado.

Ahora, trasladando nuestra consideración a la persona del demandado, vamos a examinar dos elementos correlativamente contrarios: las excepciones y la contestación. Las excepciones, que son los medios de defensa aptos, según ley, para impedir que una acción sea admitida a juicio, o para obtener que, admitida a discusión, sea rechazada total o parcialmente en la sentencia; y la contestación, que es el acto verbal o escrito en que el demandado deduce sus excepciones contra el demandante.

A la acción se contraponen la excepción; a la demanda, la contestación.

Tratemos primero de las excepciones; y el concepto científico y legal de ellas lo deduciremos del concepto mismo de la acción, o sea del elemento contrario, cuya naturaleza ya conocemos.

Cuando el derecho sufre un choque, una resistencia positiva o negativa en su vida práctica, nace la acción, que, como hemos dicho, de acuerdo con Savigny, supone esos dos elementos esenciales: el derecho mismo, y la violación o resistencia; de donde nace aquella facultad de dirigirse a la autoridad judicial, para que declare y haga efectivo el derecho violado.

Mas, así como es posible que el derecho legítimo sufra un choque o una resistencia en la vida práctica, cabe también la hipótesis de que ese derecho que se supone violado, no lo sea en la realidad, o que la violación del derecho no exista; (1) y esta hipótesis, tan posible y tan práctica como la anterior, da lugar a la excepción, como medio legal de impedir o frustrar la acción imaginaria y falsa, y proponder, en último término, a la defensa y al triunfo del verdadero derecho.

Puede, además, suceder que la acción, tal como se la ha propuesto, no deba admitirse o sustanciarse; bien por consideración a la persona de las partes (si el actor o el demandado son menores de edad, mujeres casadas, etc.) bien a la del juez (porque se le considere incompetente para el asunto); bien por otras razones de forma o de fondo, relativas a la acción misma (cuantía del juicio, litispendencia, etc.)

Me aquí el concepto esencial y la razón de ser de las excepciones, que, como ya dijimos, son los medios jurídicos con que el demandado rehúsa entrar en juicio; o bien, admitiendo la discusión, exige que la demanda sea rechazada total o parcialmente.

En otros términos, y para hacer más exacto el paralelo o contraposición con la definición de acción, podemos decir que la excepción es la facultad legal del demandado de impedir que la acción sea admitida a juicio, o de obtener que, admitida a discusión, sea rechazada total o parcialmente.

Razón histórica de la denominación.—Pero ¿por qué se denomina excepción ese medio natural de defensa del demandado, esa facultad legal de que hablamos en la definición?... En el lenguaje común, excepción es aquello que sale o se excluye de la generalidad; es lo anormal o extraordinario, con respecto a la regla, que es lo normal y ordinario. ¿Por qué, pues, considerar como anormal o extraordinaria la defensa del demandado?...

Para explicarlo, necesitamos recurrir a la historia jurídica, al Derecho Romano.

(1) V. gr. si propone demanda, como acreedor, quien jamás lo ha sido, o habiéndosele pagado ya la deuda, o estando pendiente el plazo, etc.

Sabemos ya que, bajo el sistema formulario, la función judicial estaba dividida entre el Magistrado y el Juez (Propi. 303). Plantada ante el Magistrado la controversia, éste expedía la fórmula, resolviendo los puntos de derecho, es decir, decidía la controversia misma, en forma condicional. "Si los antecedentes de la demanda resultan verdaderos, condénese al demandado; en caso contrario, absuélvasele"; decía, más o menos, la fórmula; y con ella iban las partes al juez, quien, averiguados los hechos, pronunciaba la sentencia en la causa, con sujeción a la fórmula.

Alegábase, empero, a veces, circunstancias que, de resultar verdaderas, harían que la condenación al demandado fuese contraria a la equidad y a la justicia, aunque la acción estuviese fundada en estricto derecho: v. gr. si el deudor había contraído efectivamente la obligación; pero lo había hecho inducido por dolo o violencia; si, después de contraída la obligación, el acreedor le había prometido no exigirle el pago durante cierto tiempo, o le había condonado total o parcialmente la deuda.

En estos casos, verdaderamente excepcionales, se hacía necesario agregar a la fórmula un párrafo o inciso en que se advirtiese al juez que la condenación al demandado no tuviera lugar, si tal circunstancia resultaba verdadera; y esa agregación se denominaba *exceptio*, porque, en rigor de verdad, constituía una excepción de la regla contenida en la parte principal de la fórmula (1).

Era una verdadera excepción, no sólo por la forma, sino aun por el fondo; por cuanto, por medio de ella, el Pretor corregía el error del derecho civil, permitiendo al juez atenerse en esos casos especiales a la equidad y a la justicia.

Ese medio penetró luego en la legislación escrita, y llegaron a darse leyes, Senado-consultos y Constituciones imperiales, que, asimismo por excepción, daban cabida a la equidad, moderando el rigor del estricto Derecho civil.

(1) Las partes principales de la fórmula son, como ya dijimos, la *demonstratio*, en que se exponen los hechos que dan ocasión a la contienda; la *sententia*, que resume y puntualiza la pretensión del actor; y la *condemnatio*, en que el magistrado ordena al juez condenar o absolver, según que resulten o no comprobados los fundamentos de la acción. En ciertos casos, cabía también la *adjudicatio*, en que el magistrado autorizaba al juez para adjudicar la propiedad de la cosa. Las partes adicionales o accesorias, llamábase *additiones*, que eran las excepciones, réplicas, dúplicas, triplicas, etc.

Abolido el sistema formulario, la *exceptio* perdió su sentido estricto; no era ya una restricción o excepción puesta por el Magistrado al poder de condenar, centrado al juez, sino simplemente un medio de defensa que el demandado hacía valer ante la autoridad judicial, y que en un sentido lato, comprendía todo aquello que al demandado podía servirle, ya para diferir la acción, ya para destruirla total o parcialmente (1).

En el Derecho francés, conservábase algún tanto la tradición romana; y si bien la palabra *exception* significa, en un sentido lato, todos los medios de defensa de que puede hacer uso el demandado, como lo da a entender el Código Civil en los arts. 1208, 1360, 1361, 1367 y 2012, en sentido estricto, es decir, en el sentido técnico del Derecho procesal, son excepciones los *medios prejudiciales* que el demandado puede emplear para librarse de discutir inmediatamente la demanda o para evitar los resultados de ella, durante un cierto plazo de tiempo o hasta el cumplimiento de ciertas formalidades (2).

(1) Justiniano dice en las Instituciones: «Después de las acciones deben examinarse las excepciones, las cuales se dan como medio de defensa, y algunas contra quienes se dirige la acción. Sucede, en efecto, iniciar veces con la acción del demandante, aunque fundada en derecho; así injusta respecto a las personas atacadas».

En seguida puntualiza las principales excepciones, conocidas en el derecho: el error, fuerza o dolo, la *non numerata pecunia*, el pacto de no cobrar, la cosa juzgada, etc.

El Digesto contiene, entre otras cosas importantes, esta definición de Ulpiano: «Exceptio dicitur est quasi quaedam exclusio, que inter oppositi actoris causamque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationis deducitur esse. (La excepción es como cierta exclusión, la cual se suele oponer a la acción sobre cualquier cosa, para desvanecer lo que se ha propuesto como fundamento para la condenación). L. 44, T. 1º, l. 2ª».

Savigny dice: «*Exceptio* designa, en derecho romano, aquella clase de defensas fundada en un derecho independientemente que pertenece al demandado. Se la llama así, porque tiene por objeto hacer pronunciar la absolución de la demanda por excepción, aunque el derecho alegado por el demandante existiera realmente».

En el Derecho justiniano, la excepción (exceptio) es sinónimo de prescripción (praescriptio).

«Abolido el *ordo iudiciumum*, la distinción entre las excepciones y los otros medios de defensa, v. gr. el pago, no tiene ya razón alguna de ser. Así algunas llaman excepción, todo medio de defensa, que resulta de una modificación en la relación del derecho originario; otros, aquella en que el reo debe suministrar la prueba (la asistancia mental de una de las partes, el pago, etc.).»

Tomo VII (IV español) § CCXXVI y CCXXVIII.

(2) R. Japiot, N.º 127, y Garsonnet, Precís N.º 104 y siguientes, después de indicar que los antiguos juristas franceses, como Pothier y otros, dividían las excepciones en dilatorias y perentorias, llamando dilatorias las que tendían a obtener un plazo, y perentorias las destinadas a rechazar la acción, añade que en el Derecho actual no son excepciones sino los medios opuestos a la demanda, para librarse de responderla durante cierto plazo o hasta que se cumpla una formalidad. Id. Bonafía.

En el lenguaje jurídico moderno, va prevaleciendo la acepción lata o genérica de la palabra. Así Mattiolo dice: "A la demanda del actor corresponde la respuesta del demandado; por lo que, frente a la acción, surge la excepción, denominación amplia bajo la cual se comprenden el derecho moderno cualquier especie de defensa que el demandado proponga contra la demanda del actor".

Y Caravantes: "Por excepción se entiende, pues, el medio de defensa, o la contradicción o repulsa con que el demandado pretende excluir, dilatar o enervar la acción o demanda del autor.

"La palabra excepción, *exceptio*, proviene de *excipiendo*, o *excipiendo*, porque por la excepción siempre se desmembra o hace perder algo a la acción del autor".

Los Códigos modernos, inclusive el nuestro, no tienen ni deben tener definición de excepción, como tampoco definen ni deben definir la acción; pues estas definiciones pertenecen exclusivamente a la doctrina científica (1).

426.-- Constitutivo esencial de las excepciones.— Triple forma en que puede ejercerse el derecho en juicio.

Las excepciones, decimos, son los medios de defensa aptos, según ley, para impedir que una acción sea admitida en juicio o para obtener que, admitida a discusión, sea rechazada total o parcialmente en la sentencia. ¿Pero, en qué consisten esos medios jurídicos?... ¿Cuál es su constitutivo esencial?

Para conocerlo, debemos recurrir otra vez al elemento correlativamente contrario, a la acción. Si el constitutivo esencial de ésta es el derecho violado, el derecho que ha sufrido un choque o una resistencia en su vida práctica, el de la excepción es también el derecho mismo, que, perteneciente al demandado, ha sido violado o atacado por el actor. Si se celebra un contrato nulo, la nulidad será

acción, si se la alega en forma de demanda, por el contrario que quiere quedar judicialmente desligada de la otra parte; y será *excepción*, si se la opone como medio de defensa al contratante que pretende llevar a efecto el contrato nulo. Lo mismo podemos decir de la resolución, revocación, etc.

La prescripción será acción, si se la alega por el dueño que, habiendo adquirido el dominio, por dicho título, ha sido privado de la posesión de la cosa, y se propone reivindicarla. Y será excepción, si, propuesta la demanda de dominio por el antiguo dueño, el poseedor la alega como medio de rechazar la acción.

La *acción pauliana*, es decir, el derecho de solicitar la rescisión de los autos ejecutados por el deudor en fraude de sus acreedores, puede muy bien ejercitarse y se ejercita en la práctica, ya como acción, ya como excepción o rescisión (V. Jurisp., casos 110, 111, 149 y 150).

Hasta el pago, la condonación, la novación, la compensación, etc., que ordinariamente se realizan en juicio como excepción, pueden alegarse también como acción, si las circunstancias del caso lo exigen, para obtener la devolución de lo indebidamente pagado, la cancelación del título o simplemente una declaración judicial que ampare para lo futuro al ex-deudor.

En suma, el contenido de las excepciones son, como el de las acciones, las relaciones jurídicas o bien los hechos que crean, modifican o extinguen esas relaciones, alegadas en juicio, en forma defensiva, por efecto de un ataque o violación. El derecho, ejercido judicialmente en forma de ataque, es la acción. El derecho ejercido en forma defensiva, la excepción. Por último, el mismo derecho ejercido en forma de nuevo ataque del demandador contra el demandante, es la *reconvencción*, de que hablaremos en su lugar (prop. 360) (1).

(1) Savigny dice textualmente: «El que tiene derecho de acción, puede siempre que tenga de ello necesidad, hacer valer ese derecho como excepción; pero no puede decirse que recíprocamente una excepción dé derecho, desde el momento que existe, a ejercitar una acción que tenga el mismo contenido y el mismo resultado (v. gr. las dilatorias de carácter procesal) y el Digesto, cuando damnus actionem eidem et exceptionem competit, multo magis quis dixerit, quod si Digesto: «Porque al que damos acción, con mayor razón dirá cualquiera que le compete excepción». L. 43. Tit. 18, l. 1ª, § 4º»

(1) Sólo el Código de México, que en su art. 1º define la acción, diciendo que es el medio de hacer valer ante los Tribunales los derechos establecidos por la ley, comienza así su capítulo de las excepciones: «Art. 26.—Se llaman excepciones todas las defensas que pueda emplear el reo para impedir el curso de la acción o para destruir ésta».—Art. 27.—En el primer caso del artículo que precede, las excepciones se llaman dilatorias, y en el segundo perentorias».

En el Derecho civil, en el estado normal y ordinario de las relaciones jurídicas, no hay acciones ni excepciones: hay derechos; y éstos toman ya el un carácter ya el otro, según la forma en que se actúan en el juicio, en virtud de un choque, oposición o resistencia. Las acciones y las excepciones pertenecen, por tanto, al derecho adjetivo; y si de ellas trata alguna vez el Derecho civil, es como ya dijimos (prop. 368), desde otros puntos de vista, esto es, por razón de las modificaciones que en las mismas relaciones jurídicas pueden sobrevenir, por consecuencia de la violación del derecho (prestaciones, indemnizaciones, resolución de los derechos, etc.) V. en Jurisp., a más de los casos arriba citados, el 144)

LECCION II

Clasificación de las excepciones

427.— *Dilatorias y perentorias.—Legislación comparada.—Temporales y perentorias.—Excepciones mixtas.—La cosa juzgada.*

La definición que hemos adoptado de las excepciones en general, nos da el concepto esencial de cada una de estas dos especies. Son *dilatorias*, de *dilatam*, supino de *differre*, diferir, dilatar, transferir, postergar, *las que tienen por objeto impedir que la acción, tal como ha sido intentada, sea admitida a discusión.* Son *perentorias*—de *perimere*, destruir, extinguir—*las que intentan que la acción admitida a juicio, sea rechazada total o parcialmente en la sentencia.*

Nuestro Código, que no definió ni debía definir las excepciones en general, tampoco debió ni necesitaba dar definición de cada uno de los dos miembros de la clásica y tradicional división, perfectamente conocida y explicada en la doctrina jurídica. Y la que consiguió respecto de las *dilatorias*, diciendo que son "las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio", es mala, porque falta al precepto fundamental de que las cosas deben definirse por su esencia. Cabe muy bien que el litigante que opone una excepción dilatoria, tenga la secreta intención de suspender o retardar el curso del juicio; mas para tal efecto pueden emplearse y se emplean mil arbitrios: las prorrogas, las suspensiones, los incidentes, los mil incidentes que pueden

suscitarse en cualquier estado del juicio, sin que por eso pueda darse a cada uno de tales arbitrios el nombre de excepción dilatoria.

La nota característica esencial de estas excepciones es, como hemos dicho, impedir que la acción, tal como ha sido intentada, esto es, por la forma o naturaleza de ella, por las personas de las partes o del juez etc., sea admitida a juicio (1).

Por medio de las *dilatorias*, el demandado rehúsa el combate judicial. Por medio de las *perentorias*, lo acepta; recoge el guante, y entra en batalla.

Derecho Romano.—El origen de esta división se encuentra en el Derecho Romano, en varios pasajes del Digesto y de las Instituciones, aunque con ciertas diferencias en su sentido y comprensión, dependientes del concepto peculiar de la excepción, durante el *ordo iudiciorum*, esto es, bajo el sistema formulario.

Las excepciones dilatorias se denominaban también *temporales*, y las perentorias, *perpetuas*, atendiendo, no precisamente al efecto de ellas en el juicio, sino al que, antes de la demanda, producían en la misma relación jurídica. Así, si el acreedor había prometido al deudor no exigirle el pago durante cierto tiempo, esta oferta le daba al deudor una excepción dilatoria, porque obligaba al acreedor a dilatar o postergar la demanda durante ese tiempo, y esa excepción se llamaba también temporal, porque no podía servir ni utilizarse sino durante aquel mismo tiempo, pasado el cual, expiraba o fenecía la excepción o mejor dicho el derecho derivado de aquella concesión del acreedor.

Al contrario, la excepción de fuerza o dolo era perentoria, porque extinguía el derecho del acreedor, y también perpetua, porque podía alegarse en cualquier tiempo en que se propusiese la demanda.

En la vía judicial, tanto la excepción dilatoria como la perentoria producían el efecto del rechazo de la demanda; y en el primitivo Derecho Romano, las dilatorias de fondo, como la concesión de plazo o espera, que nos ha-

(1) Más feliz anduvo nuestro Código de 69, cuando dijo en su art. 180: «Son dilatorias las que tienen por objeto impedir o retardar el ingreso en la litis».

servida de ejemplo, surtían, lo mismo que las perentorias, el efecto de que la acción quedaba para siempre extinguida. Así el acreedor que, habiendo concedido plazo al deudor, le demandaba antes del vencimiento, era rechazado en la sentencia, y su acción quedaba extinguida para siempre, porque, al tratar de poner nueva demanda después de vencido el plazo, el demandado podía oponerle la excepción *rei in iudicium deductae*, o sea de la extinción de la acción por habérsela deducido ya en juicio.

Justiniano modificó este rigor, estableciendo que pudiera admitirse la nueva demanda que antes había sido rechazada, por interpuesta antes del vencimiento del plazo.

Las excepciones dilatorias basadas sólo en reglas procesales, como la de competencia (*exceptio fori*), o de personería (*procuratoria*), producían también el efecto del rechazo de la demanda, pero dejando subsistente el derecho de reinstalarla, subsanando el vicio anterior (1).

(1) Véase Savigny, tomo 7º (IV español), párrafos CCXXVI, CCXXVII y CCXXVIII.

En el Digesto, Lib. 44 de EXCEPTIONUM, tenemos, entre otros, los siguientes textos:

Ley 1ª, § 4º.—Sane solennus dicere, quandam exceptiones esse dilatorias quasdam perentorias, ut puta dilatoria est exceptio, quae differt actionem, velut procuratoria exceptio dilatoria est; nam qui dicit, non licere procuratori nomini agi, non proprus litem instituit, sed personam evitat.

Ley 3ª.—Gaius, libro I ad Edictum provinciale.—Exceptiones aut perpetuae et perentoriae sunt, aut temporales et dilatoriae. Perpetuae atque perentoriae sunt, quae semper locum habent, nec evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est, ut si quis contra Leges Senatusve consultum factum esse dixerit, item pacti conventi perpetui, id est, ut omnia pecunia petatur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est, ut si quis intra quinquennium agatur. Procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt.

Ley 2ª, § 4º.—También solemos decir, que unas excepciones son dilatorias, y otras perentorias: y gr. dilatoria es la que dilata la acción como la excepción que se opone respecto del procurador, porque el que dice que no es permitido pedir por medio de procurador, no niega absolutamente el pleito sino la persona.

Ley 3ª.—Gayo: Comentarios al Edicto provincial libro I.—Las excepciones o son perpetuas y perentorias, o temporales y dilatorias: perpetuas y perentorias son las que siempre tienen lugar, y no se pueden evitar, como es la de delito, la de cosa juzgada, y si se dice que se hizo alguna cosa contra las leyes y constituciones del Senado; y también la convención perpetua o el pacto de no pedir nunca lo que se debe. Las temporales y dilatorias son las que no siempre tienen lugar, pero se pueden evitar, como la convención temporal del pacto de no pedir dentro de cinco años. Las excepciones correspondientes al procurador son también dilatorias, las cuales se pueden evitar.

Derecho francés.—En el lenguaje procesal francés no hay *excepciones perentorias*; (1) las de esta clase se llaman *defensas*, y el nombre de excepciones se reserva, como ya

Ley 20.—Paulus libro singulari de Conceptione formularum.—Exceptiones opponuntur, aut quia factum sit, quod fieri oportet, aut quia factum non sit, quod fieri debuisset. Quia factum est, quod fieri oportuit, datur exceptio rei venditae et traditae, et rei iudicatae; quia factum est, quod fieri non oportuit, datur exceptio doli mali; quia non factum est, quod fieri debuit, ut bonorum possessionis non datae.

Ley 20.—Paulo: de la redacción de las fórmulas, libro único.—Se oponen las excepciones o porque se hizo lo que convino que se hiciera, o porque no se hizo lo que se debía hacer. Porque se hizo lo que convino que se hiciera, compete la excepción de cosa vendida y entregada, y la de cosa juzgada. Porque se hizo lo que no convino que se hiciera, compete la excepción de dolo malo; y porque no se hizo lo que se debió hacer, como cuando no se da la posesión de los bienes.

Ley 22.—Paulus libro singulari de variis lectionibus. Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

Ley 22.—Paulo: Lecturas varias, libro único.—La excepción es de tal condición, que unas veces libra al reo de que se pronuncie sentencia contra él, y otras de que no se le condene en todo lo que se le pide contra él.

Justiniano dice en las Instituciones lo siguiente:

VIII. Appellatur autem exceptiones, aliae perpetuae et peremptoriae, aliae temporales et dilatoriae.

VIII. Además, las excepciones se llaman, unas perpetuas y perentorias, y otras temporales y dilatorias.

Y Ortolán, comentando este texto, añade:

Perpetuae et peremptoriae.—La primera de estas calidades es relativa a la duración, y la segunda a los efectos de la excepción. Por lo demás, ha una es consecuencia necesaria de la otra, pues desde el instante que la excepción es perpetua, es también necesariamente perentoria.

Temporales et dilatoriae.—Lo mismo sucede con las excepciones temporales y dilatorias, es decir, que la primera de estas calidades se refiere a la duración, y la segunda a los efectos de la excepción. También aquí la una es necesaria consecuencia de la otra, pues desde el punto en que una excepción es temporal, es también necesariamente dilatoria.

Pero aquí importa evitar un error muy común, derivado de nuestras ideas modernas acerca de las excepciones. Según el derecho romano, no se trata en manera alguna, en las calificaciones que acabamos de enunciar, de los efectos que puede producir la excepción, una vez alegada judicialmente y aplicada por el juez, sino únicamente de su duración y efectos en manos del demandado, cuando aun no se ha entablado el pleito, y vale por tanto la excepción como medio de defensa para contrarrestar la acción. (Tomo II, pág. 743).

(1) Así lo demuestra Garsonnet, repitiendo la doctrina de Pothier (Precis, No 117). Algunos autores, empero, emplean impropriamente este término para hacer una división especial de lo que en el derecho francés se llama *exceptions*, esto es, de las cuestiones previas por medio de las cuales se llamando se exige de constatar a la demanda. Así Bonfils dice: «Sont alors dilatoires stricto sensu, les exceptions qui tendent principalement et directement à l'obtention d'un délai, comme l'exception pour faire inventaire et débiter accordée à Théritier par l'article 174 du code de procédure civile. Sont péremptoires les autres exceptions qui quoique aboutissant en fait à retarder l'instance, n'ont pas pour but direct l'obtention d'un délai, par exemple, l'exception de la caution iudicatum solvi». Págs. 290 y 291.—Las mismas palabras repite Japlot, pág. 432.

indicamos, para las cuestiones prejudiciales que el demandado puede promover para eximirse de discutir inmediatamente sobre la demanda o evitar sus resultados durante cierto tiempo o hasta el cumplimiento de ciertas formalidades.

Sobre esta base, divídense las excepciones en cinco clases; a saber:

1ª *La caución judicialum solvi* (garantía que se exige a los extranjeros, de que hablamos en la Prop. 8, Tomo 1º, págs. 33 y siguientes)

2ª *Las declinatorias*, bajo cuya denominación se comprenden la de incompetencia, la de litispendencia y la de conexidad o acumulación de autos.

3ª *Las de militad*, por omisión de las formalidades procesales.

4ª *Las dilatorias*, entendiéndose por tales las que tienen por objeto inmediato y directo obtener un plazo o demora, y comprendiéndose en este género sólo dos, la de *hacer inventario y deliberar*, correspondiente a los herederos, y la de *garantía*, por la cual se llama a juicio a una tercera persona que debe responder por los perjuicios que por el litigio le sobrevengan al demandado (1).

5ª *La comunicación de piezas*, equivalente a nuestra exhibición de documentos, en ciertos casos.

De cada una de estas diversas excepciones francesas o cuestiones previas volveremos a tratar en el lugar correspondiente, según el plan de nuestro Código; teniendo en cuenta que, por lo sui géneris del sistema francés, no podemos utilizar en esta materia la doctrina de sus expositores, sino con las convenientes reservas y con el correspondiente trabajo de adaptación.

Derecho italiano.—En la doctrina italiana se habla de excepciones perentorias y dilatorias (perpetuas y temporales), pero también con un criterio sui géneris, inaplicable a nuestros casos, dependiente del sistema especial de pro-

(1) Si a más de estas dos, hay otras excepciones dilatorias, es cuestión oscura y discutida en el Derecho francés Japlot, pág. 442; Garsonnet Precis. N.º 112. Mourón comprenden en este género la excepción de *discussión*, nombre que en el Derecho francés tiene el beneficio de excusión del fador. Tomo 3.º, N.º 117) pág. 322.

cedimiento de esa Nación. Hay excepciones que pueden alegarse en cualquier estado de la causa, aun durante la apelación (1).

Derecho español e Hispano-americano.—En la legislación española y en la de los pueblos hispano-americanos se sigue y se ha seguido siempre la doctrina que dejamos expuesta, ya sobre el concepto esencial de las excepciones en general, ya sobre el de cada una de las dos especies en que nos ocupamos (2).

Excepciones mixtas.—Las antiguas leyes españolas designaban algunas excepciones que, aunque perentorias por su naturaleza, podían alegarse como las dilatorias, antes de contestar a la demanda, y ventilarse como cuestión previa, o bien aducirse como las demás perentorias, en la misma contestación, a juicio y elección del demandado.

(1) Mattiolo dice: «A la demanda del actor corresponde la respuesta del demandado; por lo que frente a la acción, surge la excepción, denominación amplia bajo la cual se comprende, en el derecho moderno, cualquier especie de defensa que el demandado proponga contra la demanda del actor».

(2) Toda la defensa del demandado proviene necesariamente de defecto inherente a la demanda del actor, y el defecto puede referirse al derecho tutelado por la acción o al modo de proponer la acción en juicio; por lo que las excepciones se dividirán ante todo en dos categorías: las unas, referentes al derecho, las otras, referentes al juicio; aquéllas se consideran de fondo, éstas, de orden, o sea de forma, de términos procesales.

«Tanto las excepciones de fondo como las de orden o forma, pueden ser perentorias o dilatorias, según que tiendan a extinguir por completo el derecho del actor o el juicio, o solamente a suspender el ejercicio del derecho o la prosecución del juicio. Las excepciones dilatorias de fondo son siempre perentorias del juicio; las perentorias del juicio, por lo general, no son más que dilatorias del fondo. Puede también la excepción atectar ya el juicio, ya el fondo, y ser perentoria de ambos».

«Las excepciones concernientes al juicio son perpetuas o temporales, según que se deban oponer en cualquier fase del juicio o dentro de un plazo determinado bajo pena de caducidad». (Págs. 15, 16 y 17).

(2) La Ley 9 de la Partida IIIª, Tit. 3.º, dice:

«Defiéndense los demandados algunas vegadas de las demandas que les facen, poniendo defensiones ante sí que son de tal natura que alenguan el pleyto et non lo rematan, et llamanlas en latin *dilatatorias* que quiere tanto decir como alongados, et son estas: como si algunt home ficsse pleyto con su deydor que los maravedes o la cosa quel debie non gela pedirle fasta tiempo o dia señalado, et los maravedes o gela demandase en juicio ante del plazo; et si emplazassen a alguno ante el juygador de cuyo fuero non fuesse: et si la una parte contradixese al personero de la otra mostrando razón porque non debie ser personero, o diciendo que la personeria que trae non era cumplida segunt derecho, et por ende que non era tanudo a responder a la demanda quel facien: ca tales defensiones como estas o otras semejantes dellas poníendolas el demandado ante que responda a la demanda et averiguándolas deben ser cambiadas, et cada una segunt su natural alengua el pleyto, así como desuso diximos».

Estas excepciones, llamadas, por tal motivo, mixtas, eran, al principio, sólo la de cosa juzgada o transigida, la de prescripción y la de pacto de no pedir. Mas los intérpretes agregaron después la de pago y por fin casi todas las excepciones, llegando, por consecuencia, a gran confusión y embrollo en el sistema procesal.

Inspirado en esas ideas tradicionales, dejó nuestro Código una sola excepción mixta, la *de cosa juzgada* (art. 131, Nº 3º), que puede alegarse como dilatoria o como perentoria, a voluntad del demandado. Alegada como dilatoria, propónese obtener que el juez no admita a discusión la acción que fue ya juzgada en otro juicio. Alegada como perentoria, el demandado acepta la nueva discusión, pero exige que el juez funde su nueva sentencia en la sentencia anterior.

En el primer caso, probada la excepción, el juez declara, por medio de un auto, que no puede discutirse de nuevo sobre el mismo asunto: *non bis in idem*. En el segundo, el juez rechaza en su sentencia la nueva demanda, fundándose en que la acción fue ya juzgada y negada por la sentencia anterior.

428.—Excepciones reales y personales.—La de cosa juzgada.—Deudores solidarios.—Legislación comparada.

Nuestro Código de Enj. no consigna esta división ni hace aplicación ni mención de ella en parte alguna; mas en el Código Civil encontramos lo siguiente:

“Art. 2336.—El fador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones *reales*, como las de dolo, violencia o *cosa juzgada*; pero no las *personales* del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir.

“Son excepciones reales las inherentes a la obligación principal”.

El fundamento y la razón de ser de esta regla legal, es el principio jurídico—derivado de la esencia misma de las obligaciones accesorias y consignado en el Nº 3º del art. 2363 del Código Civil—de que, extinguida la obligación principal, se extingue también la fianza. La obligación principal puede extinguirse por todos los modos señalados por el art. 1557; por consiguiente, cada uno de

esos modos, efectuados respecto de la obligación principal, constituye una *excepción real*, que puede ser alegada por el fador; sin perjuicio de que, por cualquiera de los mismos modos, pueda extinguirse sólo la fianza, quedando subsistente la obligación principal.

Si el deudor paga la deuda, o si éste y el acreedor transijen dándola por insubsistente, así el deudor como el fador tienen la respectiva excepción real, para el caso de demanda del acreedor.

Si el acreedor y el deudor hacen una novación, se extingue la obligación del fador, con arreglo al art. 1635; y por consiguiente, nace para éste la respectiva excepción.

Si las dos partes principales llegan a ser recíprocamente deudoras, con los requisitos necesarios para la compensación, puede ésta ser alegada, no sólo por el deudor, que dio fianza, sino también por el fador, según claramente se desprende del art. 1647, que prohíbe sólo que el deudor principal pretenda compensar su deuda propia con el crédito del fador contra el acreedor, a menos que el fador le ceda su derecho.

Y lo propio se aplica a todos los demás modos de extinción de las obligaciones. Sólo con respecto al 8º, la nulidad o rescisión, el Código nos obliga a una distinción: Si la obligación principal es nula por vicio de forma o por vicio de consentimiento (error, fuerza o dolo), la nulidad produce *excepción real*, que puede ser alegada tanto por el fador como por el deudor principal. Mas si la nulidad proviene de incapacidad del deudor principal, esta nulidad produce sólo *excepción personal*, que no puede ser alegada por el fador.

Del mismo modo, son excepciones meramente personales:

1ª La cesión de bienes hecha por el deudor principal, en cuya virtud éste no puede ser perseguido separadamente por cada uno de sus acreedores; y

2ª El beneficio de competencia de que el deudor goce, conforme al art. 1615, según el cual los acreedores no pueden reclamarle el pago sino dejándole lo necesario para la subsistencia.

Si el error, la fuerza o el dolo han recaído en el mismo fador, no cabe cuestión; se trata de una excepción

propia de éste, como sería cualquiera otra nulidad de la fianza o cualquier otro modo de extinción de la obligación accesoria. El Código Napoleón, modelo habitual del nuestro, sobre todo en la materia de las obligaciones y los contratos, no pone ejemplos al dictar la regla de que tratados, correspondiente al fador. Dice simplemente:

“Art. 2036.—La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette; mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur”.

Y los intérpretes, tratando de aplicar esta regla a los casos de error, fuerza o dolo sufridos por el deudor principal, diviéndense en dos opuestas escuelas. Los unos (los más) sostienen que esos vicios del consentimiento producen la nulidad del contrato, y por consiguiente una excepción real, derivada del contrato mismo y alegable por el fador o por el deudor principal. Otros, por el contrario, enseñan que debe distinguirse entre la nulidad absoluta y la relativa; que la primera, proveniente de vicios de forma del contrato o bien de violación de leyes que atañen al orden público o las buenas costumbres, da lugar a excepción real alegable por el deudor o el fador; mas la segunda, que no invalida de pleno derecho el contrato, y se funda en omisión de requisitos que afectan sólo al interés de una de las partes, no puede ser alegada sino por ésta, y produce, por lo mismo, sólo excepción personal. Ninguna razón existe—dicen los de la segunda doctrina—para distinguir por este aspecto el error, la fuerza o el dolo, de la menor edad o la locura de una de las partes, que es la más violenta de las fuerzas; y el fador que ha garantizado una obligación contratada en esas condiciones, no puede prevalerse de ese vicio inherente al consentimiento del deudor, para rehusar el cumplimiento de la obligación que él contrajo.

La nulidad relativa, añaden, es subsanable por la ratificación de la persona en cuyo favor se ha establecido; y si la fianza se ha constituido, con intervención del deudor, después de descubierto el error o el dolo o cesada la violencia, esa intervención constituye verdadera ratificación tácita que hace desaparecer la excepción de nulidad, tanto para el deudor como para el fador. Si, por el contrario,

se otorgó la fianza antes de descubierto el error o cesada la fuerza o dolo, debe subsistir: si el fador procedió a sabiendas de que el contrato principal era nulo, debe asumir las consecuencias de su estipulación y de su libre y válido consentimiento; si ignoró la nulidad del contrato principal, puede (sólo en este caso) alegar la nulidad de la fianza, fundándose en su propio error, esto es, en una excepción personal suya.

No pueden ser, pues, más dignas de atención y estudio estas observaciones; y el sabio autor del Código Chileno, percatándose, sin duda, de la controversia francesa, quiso evitarla y la cortó de raíces, con solo añadir en nuestro art. 2336 los ejemplos literalmente copiados del texto de Paulo, consignado en la Ley 7ª, Tít. I, Libro 44 del Digesto (1).

Por no extendernos mucho en cuestiones de carácter sustantivo, nos abstendremos de ahondar los motivos que Bello haya tenido para adherirse a la primera de las dos doctrinas francesas, siguiendo al Derecho romano; pero sí creemos indispensable indicar que, si por ratificación expresa o tácita se sanea la nulidad relativa proveniente de error, fuerza o dolo, no cabe ya la excepción que en ese vicio podría fundarse.

(1) *Rei autem coherentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei indicatae, doli mali, iurisjurandi, quod minus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fideiussori competit. Idem dicitur, et si pro minoribus viginti quinque annis circumscripto; quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restituere fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.*

Marciano agrega en la Ley 19.—*Marciano libro XIII, Institutionum.*—Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque, etiam invito reo, competunt.

Las excepciones pertenecientes a la propia cosa también competen a los fadores, como las de cosa juzgada, dolo malo, y la que compete por lo que se hizo por miedo. Esto supuesto si el pacto del deudor fue absolutamente real, compete excepción a su fador. La excepción que compete por la fianza, y lo que se pide por causa de gravamen de la libertad, compete también al fador. Lo mismo se dice si se pide al fador del hijo de familias por lo que se le prestó contra la constitución del Senadoconsulto Macedoniano al menor de 25 años, que fue engañado; pero si fue engañado respecto de alguna cosa, en este caso, no es socorrido antes de ser restituído; y no se le ha de dar excepción al fador.

Marciano: *Institutiones*, Libro XIII.—Todas las excepciones que competen al reo, competen también a su fador, aun contra la voluntad del reo.

Excepción de cosa juzgada.—Entre los ejemplos de las excepciones reales pone también nuestro artículo sustantivo la de la *cosa juzgada*, de acuerdo con el edicto de Paulo, arriba citado; y esto nos suscita y aclara otra grave cuestión, de la que trataremos en el lugar respectivo. Si el demandador principal, en litigio con el acreedor, obtiene sentencia que declare, v. gr. nula, prescrita, pagada, etc., la obligación, el fador, demandado después por el acreedor, no necesita volver a alegar y comprobar esas excepciones que utilizó el demandador principal: le basta oponer la cosa juzgada, siendo así que él no intervino ni fué parte en el juicio seguido entre el acreedor y el demandador, y que si la sentencia expedida en ese juicio hubiera sido adversa al demandador, no hubiera tenido fuerza de cosa juzgada contra el fador. La sentencia favorable le aprovecha, pero la adversa no le perjudica.

En esto consiste la teoría de la *representación imperfecta*, sostenida por multitud de autores respetables y por fallos de los tribunales, prevalectente, no sólo en el foro francés, sino en el mundo jurídico, a la época en que se elaboró el proyecto del Código Civil chileno, como lo veremos al estudiar la materia de la cosa juzgada.

Deudores solidarios.—Otra aplicación de la división de las excepciones en reales y personales hace el Código Civil en los términos siguientes, al tratar de la solidaridad:

“Art. 1510.—El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas.

Pero no puede oponer, por vía de compensación, el crédito de un codeudor solidario contra el demandante, si el codeudor solidario no le ha cedido su derecho.”

Aquí no pone el Código ejemplos ni dice nada de la fuerza, el error o dolo ni de la cosa juzgada; pero si éstas son excepciones reales, según lo declarado en el art. 2336, es natural que debamos admitir análogas consecuencias. Extinguida total o parcialmente la obligación con respecto a uno de los deudores, por cualquiera de los modos determinados por el art. 1557, queda extinguida respecto de todos, salvo que se trate de la incapacidad personal de uno de ellos, comprendida en el caso octavo, y salvo también

lo que, respecto de condonación, compensación, novación, etc., se dispone en el mismo título de las obligaciones solidarias.

Legislación comparada.—La división de las excepciones en reales y personales es generalmente conocida en las legislaciones y en la doctrina de los expositores; con idéntico propósito de distinguir las excepciones que, por derivadas del contrato mismo, pueden alegarse por cualquiera de los interesados, de las que provienen de la capacidad o de las circunstancias personales de una de las partes (1).

Para concluir, observemos que este criterio diferencial de las *excepciones reales y personales* es completamente diverso del que sirve para la división de las *acciones* del mismo nombre; pues, como ya sabemos, la acción es real cuando por ella se hace efectivo un derecho real, y personal cuando versa sobre un derecho personal o sea sobre el cumplimiento de una obligación.

429. Excepciones principales y subsidiarias.

Esta división de las excepciones, aplicable también a las acciones, como ya lo vimos (prop. 372), depende sólo de la forma en que el demandado las alega. Las que se aducen para que el juez falle sobre ellas incondicional-

(1) Mattiolo, págs. 16-17, dice: «Las excepciones de fondo son reales o personales: las primeras son inherentes a la obligación, y, por consiguiente, se pueden proponer por todos los obligados; las otras son determinadas por razones exclusivamente personales al demandador a quien corresponden, y, como tales, no deben ser propuestas por los demás obligados».

Escriche, pág. 669.—«Excepción personal.—La que sólo puede oponerse por aquel a quien se ha concedido por ley o pacto y no por los demás interesados en la cosa. Tal es la excepción que tienen los que gozan el beneficio de competencia, de no poder ser reconvenidos por el todo de la deuda sino sólo, en cuanto pueden pagar después de atender a su manutención; pues esta excepción solamente puede oponerse por ellos, y no por sus fadores. Del mismo modo, si un acreedor promete a uno de dos deudores obligados solidariamente que no le pedirá jamás la deuda común, sólo el deudor agraciado podrá oponer la excepción del pacto especial de no pedir, y no su compañero, contra quien el acreedor conserva su derecho».

«Excepción real.—La que va inherente a la cosa, de tal manera que puede oponerse con utilidad por todos los que tienen interés en la misma cosa, esto es, no sólo por el deudor, sino también por sus herederos y fadores. Tal es, por ejemplo, la excepción que proviene del pacto general de no pedir la deuda, o de la transacción celebrada por el acreedor con cualquiera de muchos deudores solidarios; pues los demás quedarán también libres de su empeño, y así ellos como sus fadores podrían oponer la excepción de la transacción o del pacto, porque destruiría enteramente la acción que quisiera intentar el acreedor».

mente, son principales; las que se oponen sólo para el caso de que no sean aceptadas o no surtan efectos las otras, son subsidiarias.

Sobre las excepciones subsidiarias nada decide el juez, cuando, en virtud de las principales, repele la demanda. Jurisp., caso 112.

Lo propio pasa con las acciones. Si uno de los contratantes demanda la resolución del contrato, por haber faltado otra de las partes a lo pactado, y agrega que, si el juez considera que la omisión o falta de dicha parte no da lugar a la resolución, le compela al cumplimiento de lo pactado, la segunda acción es subsidiaria, y nada tendrá que decidir sobre ella el juez, si admite y declara la resolución. Tanto al proponer una acción, como al oponer una excepción, basta decir que se la alega en subsidio, para que el juez así lo entienda y considere.

LECCION III

Excepciones dilatorias

430.—Enumeración, división o clasificación de las dilatorias.—Plan del Código de Enj.

El número de las excepciones dilatorias es, por su naturaleza, ilimitado: muchos Códigos extranjeros, sin embargo, hacen enumeración de ellas; pero enumeración incompleta y deficiente; porque, si bien algunas son conocidas y determinadas y aun tienen nombre propio en el lenguaje jurídico, hay muchas otras que surgen en los casos prácticos, en razón de las circunstancias especiales de éstos.

La enumeración diminuta se propone, tal vez, evitar que, con pretexto de otras dilatorias, se retarden los procesos (1); pero no creemos que eso sea remedio eficaz.

(1) Así lo da a entender el Código Peruano actual, que en el art. 312 dice: «Son admisibles como excepciones dilatorias, únicamente, las siguientes:

- Incompetencia:
- Pleito pendiente:
- Falta de personería:
- Inoficitorialidad de la demanda:
- Naturalaleza del juicio:
- Transacción:
- Cosa juzgada».

porque las gestiones incidentales, si son pertinentes, debent ser tomadas en consideración, aun que se les niegue el nombre de excepciones.

Nuestro Código, apartándose de sus principales modelos (el español y el peruano antiguo) omite la enumeración, y se limita a formar grupos o clases de las dilatorias más comunes, declarando que éstas se refieren:

- O bien al juez:
- O a la persona del actor o del demandado:
- O al modo de pedir:
- O al asunto mismo de la demanda:
- O a la causa o al modo de sustanciarla.

De cada una de estas clases o agrupaciones cita uno o dos casos, a modo de ejemplos, dejando, por lo mismo, lugar a otros casos análogos.

Vamos, pues, a ocuparnos brevemente en cada una de las excepciones mencionadas por el Código, y en algunas otras que tienen especial importancia.

Otros Códigos terminan la enumeración con alguna fórmula genérica, que da cabida a nuevos casos. Así el de México dice:

«Art. 28.—Son dilatorias:

- I.—La incompetencia;
- II.—La litispendencia;
- III.—La falta de personería en el actor;
- IV.—La falta del cumplimiento del plazo o de la condición a que está sujeta la acción intentada;
- V.—La obscuridad o defecto legal en la forma de proponer la demanda;
- VI.—La división;
- VII.—La excusión;
- VIII.—La de arraigo personal o fianza de estar a derecho cuando el actor fuere extranjero o transeunte;
- IX.—Las demás a que dieren ese carácter las leyes»

Y el de Chile:

«Art. 293.—Sólo son admisibles como excepciones dilatorias:

- 1ª La incompetencia del tribunal ante quien se hubiere presentado la demanda;
- 2ª La falta de capacidad del demandante, o de personería o representación legal del que comparece en su nombre;
- 3ª La litispendencia;
- 4ª La ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda;
- 5ª El beneficio de excusión; y
- 6ª En general, las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida».

431.—Excepción declinatoria.—Diversos modos de alegar la incompetencia de la jurisdicción.

Excepción declinatoria es la que tiene por objeto excluir al juez del conocimiento de la causa que ante él se ha promovido, y remitirla a otro juez.

Sabemos ya que en la doctrina francesa se da el nombre de excepciones declinatorias (déclinatoires ou renvois) a la de incompetencia de jurisdicción, a la litispendencia y a la de connexidad o acumulación de autos. El Código peruano antiguo, de acuerdo con Escriche, agrega a ese grupo la de *impetimento del juez* o sea la de recusación (1).

Nosotros reservamos esa denominación sólo a la de incompetencia; porque la de litispendencia tiene por fin inmediato y directo, no precisamente excluir o separar al juez o remitir la causa a otro juzgado, sino impedir que siga nuevo juicio idéntico al que está ya pendiente, sea ante el mismo o ante diverso juez. La de acumulación tiende directamente a reunir dos o más procesos que se han comenzado separadamente, ora estén en el mismo, ora en distintos juzgados, para que sean decididos por un solo fallo. Y la recusación constituye entre nosotros, no una *excepción*, sino un juicio incidental, que se sustancia por separado, sin interrupción de la causa principal.

La *excepción declinatoria* es, por tanto, en nuestro lenguaje jurídico, sinónima de *excepción de incompetencia*.

Mas la incompetencia del juez puede ser reclamada, como ya sabemos (prop. 40, pág. 91), no sólo por medio de la *excepción declinatoria*, sino también por la *acción inhibitoria*, esto es, recurriendo al propio juez para que entable la competencia (art. 31); o también como mero incidente, en cualquier estado de la causa, en atención a que la competencia de jurisdicción es solemnidad sustancial, cuya omisión produce, no sólo la nulidad del proceso, sino aun

(1) «Art. 616.—Las excepciones son o declinatorias, o dilatorias, o perentorias.

«Art. 617.—Las excepciones declinatorias tienen por objeto remitir el conocimiento de la causa a distinto juez del que empezó a intervenir en ella.

Las dilatorias tienden a suspender y dilatar el curso del litigio. Las perentorias, a extinguir el juicio o acción.

«Art. 618.—Son excepciones declinatorias:

- 1ª La de incompetencia del juez.
- 2ª La de pleito pendiente.
- 3ª La de impedimento del juez.

la de la sentencia ejecutoriada, como lo anotamos en el lugar citado (prop. 40), y lo estudiaremos más ampliamente en el lugar respectivo.

Este incidente no tiene cabida si se trata de incompetencia subsanable por prorrogación; pues el no deducir en tiempo oportuno la excepción declinatoria ni la acción inhibitoria, no importa prorrogación tácita (props. 73, 128 y 166).

Si no es el caso de prorrogación, cabe el incidente en cualquier estado de la causa; y aun de oficio debe el juez considerar el punto, siempre que deba expedir auto o sentencia (art. 411).

432.—Falta de personería.—Sus diversos efectos.—Diferencia de la falta de derecho.

Consiste esta excepción dilatoria, como lo dice nuestro artículo, en la incapacidad legal de parecer en juicio, o bien en la falta de poder o facultad para representar a otro. La *incapacidad* no puede fundarse sino en los motivos puntualizados en la Sección 1ª, del Tít. II de este Código.

Puede referirse esta excepción, ya a la persona del actor, ya a la del demandado; si bien nuestro Código, en sus ejemplos, y algunos Códigos extranjeros en su enumeración, hablan sólo del actor (1). El menor de edad o la mujer casada, demandados, pueden alegar como excepción, su propia incapacidad; el albacea puede oponer la de su falta de facultad de parecer en juicio; el apoderado, el gerente, la de la insuficiencia de sus atribuciones, etc.

La legitimidad de personería es, como la competencia de jurisdicción, solemnidad sustancial, cuya omisión produce, no sólo la nulidad del proceso, sino aun la de la sentencia ejecutoriada. Puede, por tanto, ser alegada en cualquier estado de la causa, y el juez debe tomarla en consideración, aun de oficio, siempre que esté en el caso de expedir auto o sentencia.

Es muy común en la práctica el confundir la falta de personería con la falta de derecho. Si al que demanda el pago de una deuda, como heredero del acreedor, se le niega

(1) Código de México, art. 28, Nº 3º
Código de Chile, art. 293, Nº 2º

o disputa la calidad de heredero, se le opone una excepción perentoria, que afecta directamente al título del derecho; y si alguien, demandado como heredero, declara no ser tal, o no haber aceptado la herencia, tampoco niega su personería, sino el título o fundamento de la obligación que se le exige, y su excepción es *perentoria*. Si al que demanda como cesionario, se le niega el carácter de tal, no hay cuestión de personería, sino de derecho, y la excepción es también perentoria (1).

En suma, no cabe excepción dilatoria por falta de personería, sino en los casos de incapacidad legal de parecer en juicio, determinados en la Sección 1ª del Tít. II, del Lib. 1º de este Código; o cuando, propuesta la demanda a nombre de otro, se le disputa al actor la facultad de representar al demandado; o bien cuando éste niega la representación que en la demanda se le atribuye. Jurisp., casos 115, 116, 117, 118, 119, 120 y 121.

433.—Excepción de orden o excusión.—Su naturaleza y efectos.—Reforma legal de 1916.

El beneficio de *excusión*, llamado también de *orden*, en el lenguaje jurídico, es el derecho del fiador de exigir que, antes de procederse contra él, se persiga la deuda en los bienes del deudor principal y en las hipotecas o prendas constituidas por éste para seguridad de la misma deuda (art. 2339 del Código Civil). El vocablo *excusión* viene del verbo latino *excutare*, cuyo supino es *excussum*, inquirir, examinar, reconocer de cerca o a fondo.

Ese derecho, derivado de la naturaleza misma de la fianza, que es obligación subsidiaria, esto es, contraída para el caso de que el deudor principal no cumpla la suya (art. 2317), constituye, alegado judicialmente en forma defensiva, una excepción dilatoria, que en nuestro Código figura como relativa a la *persona del demandado*. Desconocido en el antiguo Derecho Romano, fue introducido por Justiniano; y en el Derecho Francés se denomina beneficio de discusión, o también excepción de discusión, porque su objeto esencial es, no destruir la demanda ni rechazarla total o parcialmente, sino suspender su efecto hasta que se

llene un requisito legal, el de la previa persecución de los bienes del deudor o de sus prendas o hipotecas.

Nuestro Código Civil, después de definir el consabido beneficio en los términos que dejamos indicados, agrega:

“Art. 2340.—Para gozar de beneficio de excusión son necesarias las condiciones siguientes:

- 1ª Que no se haya renunciado expresamente;
- 2ª Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario;
- 3ª Que la obligación principal produzca acción;
- 4ª Que la fianza no haya sido ordenada por el juez;
- 5ª Que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador; salvo que el deudor, al tiempo del requerimiento, no tenga bienes y después los adquiera;
- 6ª Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.

Art. 2341.—No se tomarán en cuenta para la excusión:

- 1º Los bienes existentes fuera del territorio del Estado;
- 2º Los bienes embargados o litigiosos, o los créditos de dudoso o difícil cobro;
- 3º Los bienes cuyo dominio está sujeto a condición resolutoria;
- 4º Los hipotecados a favor de deudas preferentes, en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de estas”.

Para el cumplimiento de estas reglas sustantivas era indispensable que en el Código adjetivo se estableciesen las formas y trámites necesarios, mas hasta 1916 carecíamos en absoluto de ellos, y eso ocasionaba dificultades y embrollos en la práctica. Demandado el fiador, oponía su excepción dilatoria, haciendo al propio tiempo el señalamiento de los bienes del deudor que debieran embargarse; pero como el deudor no era parte en el juicio, ni éste estaba en el caso de embargo, resultaba prácticamente imposible la *excusión*, esto es, la persecución inmediata de los bienes del deudor, y más aún la averiguación de si éstos estaban o no en alguno de los casos del art. 2341 arriba trascrito.

Para llenar este vacío sugerimos la reforma que, admitida por la Legislatura de 1916, consta ahora entre las DISPOSICIONES COMUNES a los juicios ejecutivos, en estos términos:

“Art. 565.—Si el ejecutado tiene fiador que no ha renunciado el beneficio de excusión, llegado el caso de señalamiento de bienes, se notificará al fiador, si así lo pidiere el ejecutante, para que cumpla, dentro del término de diez días, con lo dispuesto en el N.º 6º

(1) En esta confusión incurria el Código Peruano antiguo, en el art. 624. En el Código actual se lo ha enmendado (art. 314).

del art. 2340 del Código Civil, sin perjuicio de las excepciones que pueda deducir cuando se le demande por separado. Si no lo hiciera, no gozará del beneficio de excusión?.

En virtud de esta reforma, nuestro trámite debe ser el siguiente:

Si el fador reúne las cinco primeras condiciones del art. 2340, el acreedor debe dirigir forzosamente su demanda contra el deudor principal; y sólo cuando la causa esté ya en estado de embargo, debe pedir se cite al fador para que haga el señalamiento de bienes.

En ese momento el fador no podrá alegar que no lo es o que su fianza es nula o que ya ha pagado, etc.; pues estas y cualesquiera otras excepciones perentorias o dilatorias las reservará para cuando el acreedor dirija contra él la demanda; y por entonces se limitará a hacer el señalamiento de bienes no comprendidos en el art. 2341. Sólo en este sentido, esto es, para el mero efecto de señalamiento de bienes, será oído el fador en el juicio que se esté siguiendo contra el deudor principal.

Si el fador no ha hecho el señalamiento de bienes que los bienes señalados no han alcanzado para el pago o han estado comprendidos en el art. 2341, el acreedor insolutamente dirigirá su acción separada contra el fador; y entonces ya éste no tendrá beneficio de excusión, pero sí podrá hacer valer cualesquiera otras excepciones perentorias o dilatorias, inclusive las reales de que ya hablamos arriba (prop. 428).

Si el acreedor omite su deber de dirigirse previamente contra el deudor principal, y demanda al fador, éste le opone como excepción dilatoria el beneficio de excusión; y si el acreedor no alega y prueba estar el fador en alguno de los cuatro primeros casos del art. 2340, el juez declara sin lugar, por ahora, la demanda, esto es, admite la excepción, sin que en ese juicio tenga el fador que hacer señalamiento de bienes ni otra diligencia.

En otros términos, la obligación del fador de hacer el señalamiento de bienes del deudor y la consiguiente excusión o persecución de estos bienes, se cumplen y efectúan en el proceso del acreedor contra el deudor principal; mas en el juicio del acreedor contra el fador, instaurado antes de demandar al deudor principal, le basta al fador deducir su excepción, alegando el beneficio, y protestando que hará

el señalamiento de bienes cuando, llegado el caso, se le haga la citación prescripta por el art. 565.

434.— *Litispendencia*.— Su naturaleza y efectos.— *Autonoma romano non bis in idem*.— *Excepción romana rei in iudicium deductae*.

Litispendencia es el hecho de estar *pendiente*, es decir, promovido y sin resolución definitiva, un litigio. Si en este estado se promueve de nuevo el mismo litigio, el demandado tiene derecho de oponerse a que se siga el segundo juicio; y este derecho constituye la excepción dilatoria de *litispendencia* (1).

Tiene relación íntima con la excepción de la *cosa juzgada*; pues ésta se propone impedir que se siga de nuevo un litigio ya terminado; y aquélla, impedir que se siga de nuevo un litigio que está pendiente.

La excepción de litispendencia, conocida en todas partes y en todo tiempo, y expresamente consignada en las enumeraciones o clasificaciones de los Códigos extranjeros, no ha sido mencionada, entre los grupos y casos que de las *dilatatorias más comunes* puntualiza nuestro Código, quizá porque, en verdad, esta excepción no sea muy frecuente en la práctica; o mejor dicho, porque no sea muy frecuente el que concurren los requisitos necesarios para poder alegarla fundadamente.

Decimos que esta excepción tiene por objeto esencial impedir que se siga de nuevo el mismo litigio que está ya pendiente. Por tanto, para que ella exista y sea admisible, requiere que el litigio nuevamente promovido sea *el mismo* que está ya pendiente; bien así como para la excepción de cosa juzgada, se requiere que el nuevo litigio sea el mismo que fue ya terminado por sentencia ejecutoriada. Y un litigio es *el mismo* que otro o *idéntico* a otro, cuando hay entre los dos *identidad subjetiva e identidad objetiva*: las mismas partes y la misma cuestión. Si, por ejemplo, el acreedor que ha demandado al deudor, fallece,

(1) Caravantes dice: «La excepción de litispendencia (de *lis*, proceso y *pendens*, estar pendiente) sólo tiene pues lugar en concurrencia de dos litigios sobre *la misma objetiva entre las mismas partes*, por demandar sucesivamente a una persona a seguir un nuevo pleito sobre el mismo asunto, de que habla ya otro pendiente, porque si se daban sentencias conformes en ambos se habla segundo un pleito íntimamente, y si eran contradictorias las sentencias o serviría la una de excepción de cosa juzgada respecto de la otra, o de no ser así, no podría ejecutarse ninguna». Tomo II, pág. 88.

y los herederos, ignorando esa circunstancia (o a sabiendas), vuelven a poner la misma demanda, el demandado puede oponer la excepción dilatoria de litispendencia, para que no se siga el segundo juicio. Con esto no reconoce ni niega el demandado el derecho del actor; se opone sólo a la nueva discusión del asunto, estando pendiente la anterior.

El requisito de la doble identidad puede suscitar a propósito de la litispendencia, las mismas graves y complejas cuestiones que tanto han preocupado a los juriscónsultos y expositores, en la materia de la cosa juzgada; y por la mayor importancia que dichas cuestiones tienen en esa materia, las reservamos para cuando nos ocupemos en ella.

En la práctica suelen confundirse los casos de litispendencia con varios otros de acumulación de autos. litispendencia por ejemplo, habiendo el vendedor demandado por el pago del precio, sus herederos intentasen, en juicio aparte, la resolución del contrato, el demandado podría solicitar que los dos juicios se acumulasen, mas no tendría excepción de litispendencia, porque el nuevo juicio no es el mismo que el anterior.

Si el nuevo juicio es idéntico subjetiva y objetivamente al anterior, el demandado puede, a su arbitrio, oponer la dilatoria de litispendencia o solicitar la acumulación de autos. En otros términos: en todo caso de litispendencia puede caber acumulación, si la naturaleza y el estado del juicio lo permiten; mas no en todo caso de acumulación hay litispendencia. Al estudiar la Sección VII, volveremos a tratar de este punto. (Jurisp., casos 127 y siguientes, hasta 135 inclusive).

Algunos Códigos extranjeros y expositores, dan a entender que la litispendencia supone el litigio pendiente en otro juzgado; mas esto no es de ningún modo indispensable para la excepción. Menos fácil, tal vez, la hipótesis de que, propuesta una demanda ante un juez, se vuelva más tarde a intentarla ante el mismo; pero si así acontece, cabe la excepción, tanto como si la nueva demanda se hubiera propuesto ante diverso juez (1).

(1) Código Español: «Art. 533.—Sólo serán admisibles como excepciones dilatorias:

«5º La litispendencia en otro Juzgado o Tribunal competente. Japöt, dice: «Art. 666.—Litispendance.—La litispendance se produit lorsque deux tribunaux sont saisis de la même affaire, c'est-à-dire lorsque les deux demandes ont même objet, même, chose et sont formées entre les mêmes parties».

Derecho Romano.—En el Derecho Romano antiguo, la acción *deducta* se consideraba *consumada*, por el hecho de la litiscontestación; y los derechos de las partes quedaban reducidos a lo que resultase del fallo judicial. En tal virtud, la excepción de litispendencia equivalía a la de cosa juzgada, y con el nombre *rei in iudicium deductae*, afectaba al fondo del derecho, y tendía al rechazo total de la acción, sin consideración al resultado del juicio pendiente.

Al que había intentado una acción, y después la proponía de nuevo, el demandado le oponía, por medio de esa excepción, la carencia absoluta de derecho, la extinción de la acción primitiva.

Bajo el sistema del procedimiento extraordinario, se modificó ese rigor, sustituyendo a la *functio negatva* de la cosa juzgada, basada en la consumación de la acción, la *functio postiva*, fundada en el contenido de la sentencia y la declaración del derecho, como enseña Savigny y lo vemos al estudiar la materia de la cosa juzgada. Quedó, desde entonces, la excepción *rei in iudicium deductae*, por litigio pendiente, reducida a la condición de excepción dilatoria, que tiene en el derecho moderno.

435.—Excepción de garantía o saneamiento.—Puede extenderse al fiador y a los codeudores solidarios o indivisibles?

Hay varios casos en que una persona que figura en juicio, tiene derecho de que sea citado un tercero a responder por los resultados de ese juicio. Este derecho, ejercitado por el demandado antes de contestar a la demanda, llámase *exceptio de garantía o saneamiento*. Excepción dilatoria, como ya lo observamos (props. 403 y 422): 1º Porque con ella, sin aceptar ni negar la demanda, exige el demandado sólo el cumplimiento de un requisito previo, relativo al modo como debe trabarse el litigio: 2º Porque el tercero, citado al saneamiento, debe gozar del derecho de proponer excepciones dilatorias o perentorias; y 3º Porque, según que el tercero se presente o no y según lo que diga, el demandado puede hacer valer sus propias excepciones.

Nuestro Código, empero, no hace mención de esta dilatoria en el art. 129, y en el 125 permite pedir la citación de saneamiento dentro del término de contestar a la demanda (prop. id). Lo cual no significa, en nuestro con-

cepto, que se le niegue al tercero el derecho de deducir toda clase de excepciones.

En el susodicho art. 125 se prevé expresamente sólo el caso del vendedor citado a la defensa del comprador demandado por un tercero; pero observamos también ya (id) que las mismas reglas eran aplicables a varios otros casos, dentro del sistema o plan general de nuestra Legislación, como la permuta, la cesión de derechos a título oneroso, la donación remuneratoria, etc.

En el Derecho procesal francés se toma en cuenta, a más de esos casos, otros no menos importantes a que dan lugar las reglas del Derecho sustantivo, de todo en todo análogas a las nuestras. El fador, demandado por el acreedor, si no está en el caso del beneficio de excusión, puede exigir la citación de garantía o saneamiento al deudor principal, para que pague la deuda o deduzca las excepciones que tenga contra el acreedor, o sufra las consecuencias del litigio. La deuda, en efecto, puede estar extinguida por el pago, por novación, por compensación, etc., y el fador puede no tener ningún conocimiento de estos hechos del deudor principal, que atañen también directamente al fador. Nada más natural, por tanto, que aquél intervenga para alegar y hacer valer esas excepciones.

De otra manera, si el fador, por ignorar esos hechos o carecer de los medios de prueba, sucumbe en el juicio y paga al acreedor, puede sobrevenirle un nuevo conflicto, al tratar de exigir el reembolso al deudor principal; pues éste puede alegarle que pagó oportunamente al acreedor o extinguió la deuda por algún otro medio legal; y, comprobada esta circunstancia, podría ser absuelto de la reclamación del fador.

Otro caso: si uno de varios deudores solidarios o indivisibles es demandado por el acreedor y compelido al pago, tiene acción de reembolso contra sus codenudores, por las respectivas cuotas; pero cabe también que alguno de éstos haya extinguido antes, total o parcialmente la deuda; y si no se le cita al saneamiento, a fin de que pueda oponer sus excepciones al acreedor, le queda el derecho de hacerlas valer cuando el codenudor condenado al pago trate de extinguirle el reembolso. Lo razonable es, por tanto, que el codenudor demandado haga citar a todos los demás, a fin de que, si tienen excepciones, las aleguen contra el acreedor.

Esto está establecido y reglado en el Derecho procesal, en perfecta armonía con las reglas sustantivas contenidas en el art. 2028 del Código Napoleón, respecto del fador, y 1214 y 1225, respecto de los codenudores solidarios o indivisibles.

Ahora bien, nuestro Código Civil, copiando literalmente el art. 2028 francés, dice:

“Art. 2362.—El fador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor.

Tendrá también derecho a indemnización de perjuicios, según las reglas generales.

Pero no podrá pedir el reembolso de gastos inconsiderados, ni de los hechos antes de notificarse al deudor principal la demanda intentada contra dicho fador”.

Luego es evidente que el fador tiene, no sólo el *debercho*, sino el *deber* de hacer notificar al deudor principal la demanda que le ha propuesto el acreedor. Pero ¿cuál será el momento de esa notificación?... ¿Cuáles sus efectos en el mecanismo procesal? ¿Cuál la actitud que pueda o deba asumir el deudor principal citado a petición del fador, en el juicio que a éste le ha propuesto el acreedor?....

Guarda absoluto silencio a este respecto nuestra ley adjetiva; mas nos inclinamos a creer que, si no ha de quedar nugaritoria la institución sustantiva, debe extenderse a este caso la regla del art. 125; es decir, debe hacerse la citación en el término de contestar a la demanda, para que el deudor principal pueda hacer valer sus excepciones, y para que, si no las deduce o no las comprueba, nada pueda alegar más tarde contra el fador, cuando éste le exija el reembolso de lo pagado.

La misma doctrina nos parece aplicable al caso de los codenudores solidarios e indivisibles, para el debido cumplimiento de los arts. 1508, 1509, 1510, 1512, 1520, etc., de todo en todo análogos a las correspondientes disposiciones del Código Napoleón (1).

En el Código español y en los latinoamericanos no encontramos la excepción de garantía en la enumeración de

(1) Japiot dice: «La obligación de garantía es la que incumbe a una persona de poner a otra al abrigo de un perjuicio de que ésta se halla amenazada o de indemnizarle en caso de que lo sufra. Tiene por sanción el recurso que la perso-