

las dilatorias. En el Derecho italiano se siguen reglas análogas a las francesas (1).

#### 436.—Obscuridad de libelo.

El art. 101 puntualiza las expresiones que debe contener la demanda; y la excepción de obscuridad—de la que mucho se abusa en la práctica para alargar los procesos—no procede sino cuando alguna de dichas expresiones se omite, o cuando se la hace en términos ininteligibles (2).

Nuestros tribunales no se han preocupado de fijar con precisión la doctrina, en este punto, como lo vimos al tratar de la prop. 377; y la omisión de las consabidas expresiones se ha estimado en la práctica, unas veces como motivo para rechazar la demanda en la sentencia, esto es, como fundamento de excepción perentoria, y otras como mera excepción dilatoria.

Véanse los casos 46, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58 y 59; en la Jurisp. de la SECCIÓN 2ª; y 122, 123, 124, 125 y 126, en la de la presente SECCIÓN.

Recomendamos el recuento de la susodicha prop. 377 y el estudio de los *casos* citados, en cuyos *comentarios* pro-

na demandada ejerce contra aquella que debe defenderla o indemnizarle si sucumbe.

«El beneficiario se llama garantido; garante es la persona en quien recae la obligación y contra la cual se ejerce el recuso. Así, en la venta el vendedor es el garante, y el comprador el garantido. En materia de fianza, el fiador es el garantido, y el deudor principal el garante». Pág. 442, N.º 676.

Bonfils agrega estos ejemplos: «Pedro, Pablo y Jacobo son deudores solidarios o indivisibles. El acreedor persigue a Pablo, y éste debe ser indemnizado por sus codudores. Pablo es el garantido; Pedro y Jacobo los garantes. Recordemos que los codudores de una deuda solidaria o indivisible, son recíprocamente garantes y garantidos los unos de los otros. (Código Civil, arts. 2114 y 1225). Luciano ha dado fianza a Luis por una deuda de este último. Luciano, fiador, es el garantido; Luis, deudor principal, el garante (Código Civil, arts. 2028 y siguientes). Pág. 301, N.º 674.

El fiador es garante del deudor, respecto del acreedor; y a su vez es garantido por el deudor, en las relaciones entre los dos, por cuanto este último está obligado a reembolsarle e indemnizarle.

(1) Véase Mattiolo, Tomo 1.º, N.º 308, pág. 352.

(2) El Código Peruano antiguo enumera, entre las excepciones dilatorias, la de obscuridad de la demanda, en su art. 619; y en el 628 la define así, de perfecto acuerdo con el concepto que nosotros hemos dado de ella:

«La de obscuridad de la demanda se admite cuando en ella no se han llenado los requisitos que prescribe el título 1.º, sección 3.ª, libro 2.º, de este Código o cuando está concebida en términos oscuros, ambiguos o contradictorios».

El Código Chileno actual comprende también, en su art. 293, entre las excepciones dilatorias, la ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda.

citamos recomendar con insistencia estas conclusiones, que nos parecen estrictamente científicas:

1º Que un hecho que da lugar a excepción dilatoria, no puede servir igualmente como fundamento de excepción perentoria, ni ser un considerando para repeler la demanda en la sentencia.

2º Que la omisión de que tratamos produce, por su naturaleza misma, sólo excepción dilatoria; a más de facultar al juez para, *motu proprio*, no dar curso a la demanda; y

3º Que si ni el juez usa de esta facultad ni el demandado de aquel derecho, hay que suponer que entienden todo el contenido de la demanda, y ya no le queda al juez sino interpretarla en la sentencia en el sentido que parezca más razonable, como se interpreta todo documento obscuro, y atenerse a las pruebas y más piezas del proceso; ya para fijar el sentido y alcance de la demanda; ya para aceptarla o rechazarla, de acuerdo con esa interpretación.

#### 437.—Plazo pendiente.

En ninguno de los Códigos modernos hemos encontrado como excepción dilatoria la de plazo. Lo era, sí, como ya indicamos (prop. 427), en el antiguo Derecho Romano, pero en el sentido especial que dejamos explicado, es decir, en razón de que, durante la vigencia del plazo concedido por el acreedor al deudor, aquél no podía hacer uso de su acción, y ésta, por tal motivo, estaba diferida o dilatada. Pero al proponérsela fuera de tiempo, el juez, fundado en la excepción, rechazaba la demanda, y la acción quedaba para siempre perdida.

En tiempo de Justiniano, se modificó, dijimos, este rigor; y sustituyéndose al principio de la consumación de la acción el del efecto positivo de la cosa juzgada, se reconoció al acreedor el derecho de proponer de nuevo su acción.

En rigor de verdad, la excepción de plazo es perentoria; pues si la acción requiere, por una parte, la existencia de un derecho, y por otra, la violación de él, o sea la oposición o resistencia de la persona obligada, es evidente que antes del plazo, no existe acción, puesto que no cabe la violación o resistencia; y alegar la excepción de plazo, equivale a negar la existencia de la acción. Es, pues, una excepción que afecta al fondo mismo de la relación jurídica

ca, esta es, a la materia principal de la controversia; por lo cual en todas partes se la considera como *defensa de fondo o excepción perentoria*.

No creemos, empero, conveniente insinuar una reforma de nuestra ley a este respecto; porque la cuestión de plazo es casi siempre fácil y sencilla y nunca tan trascendental como las otras excepciones que afectan, no simplemente a la existencia actual de la acción, sino al derecho mismo del demandante; y en tal caso, bien nos parece que esa cuestión se sustancie con los breves trámites de una excepción dilatoria.

#### 438.—Condición suspensiva.

Pendiente la condición suspensiva, no sólo no cabe todavía la violación del derecho que dé nacimiento a la acción, sino el derecho mismo carece todavía de existencia legal. Alegar que el derecho reclamado en la demanda está sujeto a condición suspensiva, es, por tanto, deducir una excepción perentoria que entraña la negación, no sólo de la existencia actual de la acción, sino de la del derecho mismo, y cuyo efecto, si se la comprueba debidamente, tiene que ser el rechazo de la demanda.

Y como en nuestra ley nada se dispone sobre este particular, creemos debe seguirse en la práctica la doctrina que del mismo sistema legal se deduce; es decir, debe considerarse y sustanciarse la excepción como perentoria.

#### 439.—Acumulación de autos.

Si al tiempo de una demanda está ya pendiente otro juicio que con ella tiene alguno de los vínculos de conexión determinados en el art. 137, el demandado puede ejercitar, en forma de excepción dilatoria, el derecho de pedir que la nueva demanda se acumule al juicio anterior. Esta petición debe, en tal caso, presentarse al juez de la nueva demanda, dentro del término de las excepciones dilatorias.

Más ese derecho—el de pedir la acumulación—puede ejercitarse también, en forma de incidente, ante el juez de la causa más antigua. Y tanto ante el un juez como ante el otro, puede ejercerlo también la parte actora, como lo veremos al estudiar la SECCIÓN 6ª, que versa sobre esa materia.

#### 440.—Inepta acumulación de acciones o personas.

El art. 103 autoriza para deducir en una demanda dos o más acciones, salvo ciertos casos de excepción; y el 104 determina las condiciones en que pueden figurar dos o más personas como actores o como demandados en un juicio. En consecuencia, si en la demanda se contraviere a uno de los dos artículos, el demandado puede alegar, como excepción dilatoria, la inepta acumulación de personas o de acciones, como ya lo indicamos.

#### 441.—Plazo para hacer inventario y deliberar.

En el Derecho francés figura como la primera de las excepciones dilatorias, esto es, de las que sirven *para obtener plazo*, la de hacer inventario y deliberar. Al que es demandado como heredero de otra persona, se le concede el término de tres meses para hacer inventario y el de 40 días para deliberar sobre la aceptación de la herencia (art. 174 del Código de Proc.), y durante ese término no puede ser obligado a dar contestación a la demanda. De iguales derechos goza la mujer casada cuando, disuelta la comunidad, debe resolver si acepta o no los gananciales.

En nuestro sistema legal sustantivo tenemos también el beneficio de inventario a favor de los herederos, y el término de 40 días para deliberar sobre la aceptación de la herencia. Por consiguiente, el heredero demandado bien puede hacer uso de la excepción dilatoria de no haber aceptado todavía la herencia y de estar dentro del término de deliberar. Mas el actor no queda, por esto, obligado a suspender el juicio, hasta la expiración de aquel plazo; y de acuerdo con lo prescrito en el art. 1230 del Código Civil y en el 47 del de Enj., puede solicitar el nombramiento de un curador que, representando la herencia, conteste a la demanda y siga interviniendo en el juicio, como lo observamos al estudiar las props. 249, 251 y 257.

Esto por lo tocante al plazo para deliberar; cuanto a la importante institución del beneficio de inventario, que consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta el valor total de los bienes que han heredado, (1) nuestras leyes adjetivas son tan deficientes, que casi no se dan

(1) Art. 1237 del Código Civil.

cuenta de ella. Demandado el heredero beneficiario podrá alegar como excepción dilatoria que no ha hecho aún el inventario, o que no ha tenido ni el tiempo materialmente indispensable para hacerlo?... O, fijándonos en el término activo de la relación jurídica, ¿el acreedor hereditario estará obligado a suspender o diferir su cobro hasta que se haga o hasta que sea posible hacer el inventario?....

A primera vista parece que sí: 1º porque del inventario depende que el acreedor pueda cobrar la totalidad o sólo una cuota del crédito, la cual así puede ser la milésima parte, como las novecientas noventa y nueve milésimas; y no se concibe derecho de cobrar, sin que se sepa a qué o a cuánto se extiende; derecho en abstracto, sin materia fija y determinada; y 2º porque el acreedor tiene la facultad de intervenir en el inventario y activarlo, para que llegue a fijarse el monto de los bienes.

Así y todo, creemos que la tal excepción dilatoria no cabe dentro de nuestro sistema legal; ora porque, como ya recordamos, la ley reconoce expresamente a los acreedores el derecho de proponer sus demandas, pasados ocho días de la muerte del deudor, aunque los herederos ni hayan aceptado todavía; ora por lo absurdo que sería someterlos a la necesidad de esperar la terminación del inventario, que, dentro de nuestro mecanismo procesal, puede demorarse por muy largo tiempo, por todo el tiempo que se quiera. Y el hecho mismo de no haberse adoptado la regla francesa del plazo fijo de inventariar, evidencia que nuestro legislador prefirió eximir a los acreedores de esas demoras o embarrazos.

El heredero demandado podrá, por tanto, bien alegar el beneficio, como excepción *perentoria*, para que en la sentencia se le exima de pagar más de aquello a que monten los bienes heredados; o bien hacer uso del derecho de abandono que le concede el art. 1251 del Código Civil (1).

(1) A propósito del primero de esos dos derechos, esto es, de la excepción perentoria, surgen estas otras cuestiones jurídicas, interesantes, que las reservamos para el lugar correspondiente:

1ª La prueba de que los bienes hereditarios alcanzan o no alcanzan será sólo el mismo inventario o podrá consistir en un cómputo especial que se haga en la causa, para la determinación del monto líquido de los bienes?....

2ª A cuál de las dos partes toca rendirla?... Al deudor que alega que los bienes no alcanzan o al acreedor que se funda en lo contrario?....

Recomendamos, empero, de modo especial la conveniencia de llenar los vacíos que tiene nuestra legislación, en esta importante materia del beneficio de inventario, como también en la no menos importante del beneficio de *separación*, a fin de que podamos contar en el Código adjetivo con reglas y procedimientos que faciliten el ejercicio de los derechos establecidos por la ley sustantiva. Vacíos a los que se debe, tal vez, el que en la práctica casi no se haga uso de aquellos beneficios, ni tengamos jurisprudencia sobre tanto problema difícil a que el mismo silencio de las leyes puede dar lugar.

#### 442.—Otras excepciones dilatorias.—Demanda del hijo natural o legitimado.

Nuestro art. 129 advierte que las excepciones dilatorias en él mencionadas son las *más comunes*; lo cual quiere decir que puede haber otras. Y efectivamente las hay, dependientes, ya de la naturaleza especial de ciertos juicios, ya de las circunstancias de los casos prácticos.

En los números precedentes hemos considerado algunas excepciones importantes, silenciadas por el Código; pero a más de esas, hay o puede haber muchas otras.

Los arts. 804 y 805 nos presentan un ejemplo que en la práctica no ha sido bien comprendido. El que presenta la demanda de alimentos, de herencia, etc., fundándose en el carácter de hijo natural o de hijo legitimado, debe acompañar a su demanda el comprobante de su estado civil; y si lo omite, debe el juez rechazarle de plano la demanda. Mas si el juez la admite y corre traslado al demandado, éste puede alegar, como excepción dilatoria (no como perentoria) la omisión de aquella formalidad.

Si también el demandado guarda silencio en el término de las dilatorias, no puede ya tomarse en cuenta la omisión de la formalidad; y el juez deberá acoger en la sentencia la demanda, si en el término de prueba se acredita el estado civil, o si las partes no han tenido controversia al respecto.

Véase en Jurisp., el Caso Nº 137

3ª Esa prueba deberá producirse en el juicio principal o en el verbal sumario?....

4ª Podrá el deudor limitarse a exigir fianza para el juicio ordinario, según el art. 58; juicio que no podría haber sino después de concluido el inventario?... O convendría establecer, mediante una reforma legal, la regla de que el acreedor que cobra antes de concluir el inventario, rinda fianza de devolución, para el caso de que después resulte no alcanzar los bienes?....

## LECCION IV

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

## 443.—Tiempo y modo de proponer las excepciones dilatorias.

Nuestro art. 130 dispone, con respecto al tiempo, que las excepciones dilatorias se aleguen antes de la contestación a la demanda; y en cuanto al modo, que se las deduzca colectivamente, esto es, todas juntas, fuera de las de incompetencia de jurisdicción y oscuridad de libelo, que pueden proponerse solas, sin perjuicio de alegarse en seguida las otras (1).

Sobre estas reglas, análogas a las que constan en varios Códigos extranjeros (2), observaremos:

1º Que si bien están consignadas en el título primero que trata DE LOS JUICIOS EN GENERAL, refiérense sólo al juicio ordinario; pues en los sumarios no hay término aparte ni sustanciación especial para las excepciones dilatorias, y éstas deben ser tomadas en cuenta en la sentencia, a menos que, por la naturaleza del caso, se las pueda considerar antes, como incidentes o como solemnidades sustanciales del juicio (arts. 515, 773, 1015, 17 de la Ley de 1921, etc.) (3).

2º Que no hay razón suficiente para permitir que la oscuridad de libelo y la incompetencia de jurisdicción puedan alegarse separadamente, reservando para después las otras dilatorias. Ciertamente, si una demanda fuese absolutamente incomprensible, mal podría el demandado deducir alguna otra excepción; pero semejante supuesto no ocurre en la práctica ni es verosímil que ocurra en la vida ordinaria. Y cierto también que si el juez es incompetente,

(1) La Junta Provisional de Gobierno, a indicación de la Corte Suprema, reformó este artículo diciendo así: «Art. 3º.—Al art. 130, después de que puedan proponerse solas, agréguense: «pero no sucesivamente». Decreto de 28 de Octubre de 1923».

En la Parte Legal, volveremos a tomar en cuenta esta reforma expedida cuando ya estaba escrito todo lo concerniente a esta prop. 142; y haremos algunos reparos sobre ella.

(2) Código Español, art. 536; Peruano, arts. 318 y 19; Chileno, arts. 295 y 296.

(3) Ejemplo: Una demanda de despojo, sin los linderos o señales de la cosa.

no hay para qué discutir sobre ningún otro asunto; mas esto no significa sino que, si el juez considera admisible la excepción de incompetencia, se abstendrá de fallar sobre los demás puntos, como pasa en los juicios ejecutivos, sin que resulte ningún perjuicio mayor ni inconveniente apreciable.

Entre tanto, la regla de que puedan alegarse separadamente las dos excepciones, ocasiona enorme retardo en todo proceso ordinario, y ha llegado a convertirse en uno de los lugares comunes de todo litigante temerario. Dificultad especial, susceptible de tres instancias, sólo para alegar a la conclusión de que la demanda es clara u oscura, es uno de los restos de nuestro absurdo formalismo, que ha caracterizado a nuestras antiguas instituciones procesales, y contra el cual debemos pronunciarlos enérgicamente.

3º Que el término de tres días perentorios para las excepciones dilatorias es sumamente angustioso e inconsulto, como observa justamente el señor la Lama, justificando la reforma que en el Código Peruano actual se ha introducido, dando a ese término la duración de seis días, en vez de los tres que señalaba el Código antiguo. En tres días perentorios, el litigante puede no alcanzar ni a consultar a un abogado y comprometerle para su defensa, ni a instruirle de los antecedentes del caso.

Todos nuestros términos legales pecan por ese extremo: sumamente cortos; y precisamente eso sugiere a veces el arbitrio de los incidentes, que eternizan los procesos.

## 444.—Efectos de la omisión de las dilatorias.

El efecto legal y natural de la omisión de las dilatorias es el de que se las tenga como renunciadas o perdidas para el juicio en que se las podía utilizar; salvo que, por referirse a solemnidades sustanciales (la incompetencia de jurisdicción o la falta de personería), deban ser tomadas en cuenta por el juez, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado de la causa.

Si, por ejemplo, la demanda es oscura, pero ni el juez la rechaza de plano ni el demandado la objeta en el término de las dilatorias, ya no cabe cuestión de oscuridad; y el juez debe fallar en la sentencia sobre lo principal, interpretando y apreciando la demanda, con sujeción a las reglas de hermenéutica, como puede y debe interpretarse cualquier documento oscuro.

Si la obligación ha tenido plazo pendiente, y no se ha alegado esta excepción, el juez fallará como si no hubiera habido tal plazo. Si en la demanda figuran dos o más actores o demandados, siendo así que debían seguirse juicios separados, prescindirá también el juez de esta circunstancia, y fallará respecto de todos los litigantes (1).

#### EXCEPCIONES PERENTORIAS

445.—**Definición.—Enumeración e clasificación.—Negativas absolutas.—Negativas relativas.—Plan del Código.—La cosa juzgada.**

*Excepciones perentorias* (o *defensas*, en el lenguaje francés y de otros Códigos), son, como ya sabemos, las que tienden a obtener que la acción, admitida a juicio, sea rechazada total o parcialmente en la sentencia (prop. 427).

Ni nuestro Código ni los extranjeros enumeran ni deben ni pueden enumerar estas excepciones (2). Todos los modos de extinguirse las obligaciones; todos los hechos por los cuales se originan, se modifican o terminan total o parcialmente las relaciones jurídicas, alegadas judicialmente en forma defensiva, pueden constituir excepciones perentorias. Son, por tanto, de carácter sustantivo, en el fondo, como los derechos mismos; y allá en ese orden de leyes, debemos estudiar su naturaleza y efectos.

Se las puede reducir, empero, a dos categorías, según el lenguaje de Savigny: negativas absolutas y negativas relativas; comprendiendo en la primera las que tienden a sostener que el derecho del actor no ha existido jamás; y en la segunda, las que pretenden establecer que el derecho del actor se extinguió total o parcialmente.

Nuestro Código, consecuente con el plan adoptado respecto de las dilatorias, propónese, en el art. 131, formar grupos de las *más comunes*; y dice que éstas son:

“1.ª La que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil:

(1) El Código español permite, en su art. 342, alegar, al tiempo de contestar a la demanda, las dilatorias no deducidas en el término respectivo.

El Chileno dice que las dilatorias no opuestas oportunamente, pueden oponerse después, sólo por vía de alegación o defensa. Art. 295.

(2) El Código Peruano antiguo hacía enumeración de las *más comunes*. (Art. 606b; Figuran 13 en la enumeración.

2.ª La de no haber habido obligación ninguna; y

3.ª La de cosa juzgada, si no se la hubiere opuesto como dilatoria”.

Al hablar en los dos primeros incisos de *obligación*, restringe el Código la regla, sin razón alguna, a los casos de acción personal; mas, poniendo las palabras *derecho del actor*, en vez de *obligación*, la regla contenida en dichos incisos habría comprendido plenamente las dos categorías arriba indicadas, con toda la amplitud que naturalmente les corresponde.

La excepción de cosa juzgada, alegada como perentoria, tiene que entrar en una de las dos categorías; pues de la sentencia en que esa excepción se funda ha de seguirse o que el derecho del actor no ha existido o que se extinguió. Alegada como dilatoria, propónese simplemente impedir que se siga el nuevo juicio, como ya lo explicamos, al tratar de las excepciones mixtas (prop. 427).

446.—**Excepción de improcedencia.**

De poco tiempo a esta parte está figurando en nuestros procesos judiciales, con el nombre de excepción, la alegación de que una demanda es *improcedente*. También en esto tenemos moda. Pero en qué consiste la *flamante* excepción, y a qué clase pertenece?...

*Improcedente* quiere decir no conforme a derecho; y una demanda puede ser no conforme a derecho, por su forma o por su fondo: porque el derecho reclamado por el actor no haya existido legalmente jamás; o porque se haya extinguido ya, o porque la reclamación no se ha propuesto en la forma o con sujeción al trámite correspondiente. Es, en suma, un concepto genérico, equivalente a *inadmisible*, *injuriado*, etc.

Por consiguiente, para conocer lo que en un caso dado vale o significa esa expresión, es necesario saber si su autor ha concretado el sentido de esa palabra, agregando alguna especificación, o si ha añadido. En el primer caso, la excepción valdrá lo que valga o signifique la especificación misma; en el segundo, deberá considerarse como una simple y absoluta negación del derecho del actor.

Si, por ejemplo, el demandado dice: la demanda es improcedente, porque no se expresa en ella la causa o fundamento de la acción, tendremos una excepción dilatoria

de oscuridad de libelo. Si alega la improcedencia, por ser incompetente el juez ante quien se ha deducido la demanda, tendremos la dilatoria de incompetencia. Si la propia alegación se funda en estar pagada la deuda o prescrite la acción, en ser nulo el título en que el actor se funda, etc., habrá una excepción perentoria de pago, de prescripción, de nulidad, respectivamente.

Mas si el demandado nada agrega, la alegación de improcedencia equivaldrá, lo repetimos, a una simple negación de derecho: la cual, como lo veremos al estudiar la prop. siguiente y la 451, no comprende las de pago, de prescripción, de novación ni otra de las excepciones que, para aprovecharle al demandado, deben ser alegadas de modo claro e inequívoco.

Los fallos que se expidieron en los casos 146 y 147, considerados en la Jurisp. correspondiente a esta SECCIÓN DE LAS EXCEPCIONES, se preocuparon de fijar el sentido y la comprensión de la excepción de improcedencia. Recordamos, por tanto, el estudio de esos fallos y de los correspondientes comentarios.

#### 447.—Efecto procesal de las perentorias: la fijación de la controversia.

El efecto procesal de las excepciones perentorias es el de fijar la materia de la controversia, esto es, los puntos en que las partes están conformes y aquellos en que discrepan; lo cual tiene que servir de base, ya para resolver el fundamental problema de la obligación de probar, conforme a las reglas que luego estudiaremos (SECCIÓN 7ª); ya para el más importante aún, de determinar la materia de la sentencia, de acuerdo con el principio consignado en el art. 321, de que el juez no puede fallar sino sobre los puntos controvertidos.

Si la excepción es simplemente negativa, la litis queda trabada única y exclusivamente sobre los fundamentos de la acción, y sólo sobre ellos deberá decidir el juez. Si, por ejemplo, la demanda versa sobre pago de una deuda proveniente de préstamo, la controversia versará sólo sobre el préstamo, y si se lo comprueba, será condenado el reo, aunque, por otra parte, resulte estar pagada, prescrita, etc.; la deuda. Jurisp., casos 137, 138 y 139.

#### 448.—Efecto de la omisión de las perentorias.

El efecto de la omisión de las perentorias es el de que de las omitidas no puede ya utilizarse en el mismo juicio.

Hasta hace poco tiempo prevalecía en nuestro foro la opinión de que las excepciones omitidas se consideraban renunciadas o definitivamente perdidas. Si, por ejemplo, el demandado, en vez de alegar el pago, alegaba la compensación o la novación; si, pudiendo alegar la prescripción, la silenciaba; creíase que de las excepciones no deducidas ya no podía utilizarse jamás el demandado.

Mas esta doctrina, exagerada y errónea, por contraria a los verdaderos principios de la cosa juzgada, quedó legalmente condenada por la agregación que, a indicación nuestra, se hizo en 1911 al artículo que hoy lleva el N° 559, en los términos siguientes:

“Si el ejecutado tuviere excepciones que, aunque anteriores a la ejecutoria, no fueron materia de la controversia o nacieron después de trabado el juicio, podrá hacerlas valer por separado, sin perjuicio de la ejecución de la sentencia”.

Según esto, el demandado que omitió alguna o algunas de sus excepciones, no puede utilizarlas de ningún modo en el mismo juicio. Tampoco puede alegarlas en el ejecutivo que se promueve para el cumplimiento de la ejecutoria; pero sí puede hacerlas valer, como acción, en juicio aparte, para llegar a obtener el reembolso o restitución de aquello que hubiere pagado o entregado a consecuencia del primer juicio.

## LECCION V

### Contestación a la demanda

#### 449.—Definición.—Etimología.—Relación con la demanda.

*Contestación* es, como ya sabemos, el acto verbal o escrito en que, según la ley, debe el actor aceptar la acción u oponerle las excepciones perentorias.

Acto correlativamente contrario a la demanda, como la excepción a la acción (prop. 425). Viene de las palabras latinas *cum*, con, y *testari*, atestiguar o testis, testigo; porque, como sabemos, la litiscontestación se efectuaba en Roma, bajo el sistema de las *acciones de la ley, legis-actio*.

nes, en presencia de testigos, a quienes invocaban solemnemente las partes a ese efecto y para en seguida comparecer ante el juez encargado de sustanciar y decidir la controversia. A los testigos se les recomendaba tener presente lo ocurrido ante el magistrado, a fin de que eso sirviera de norma al juez pedáneo.

450.—**Forma de la contestación.**—Sistema oral o escrito.—Expresiones necesarias.—Deficiencia de nuestra ley.—Retenciones y ambigüedades admitidas en la práctica.—Comprobantes.

Atendiendo sólo a su naturaleza, la contestación puede ser verbal o escrita; en un acto de comparecencia de las partes ante el juez, en que el actor puntualice sus pretensiones y el demandado las acepte o contradiga, o bien en acto distinto. En nuestro sistema legal se sigue la forma escrita y dividida, es decir, se le da al demandado un término para que deduzca sus excepciones por escrito, fuera de los casos de juicio verbal sumario y otros juicios especiales (de deslinde, de obra nueva, etc.) en que las partes exponen sus pretensiones en un acto de comparecencia personal ante el juez, del cual se deja constancia en el proceso, por medio del acta respectiva.

Esta forma—la del juicio verbal—muy práctica y sencilla, empleada generalmente en las legislaciones antiguas, va ganando mucho terreno en el Derecho moderno: se la emplea ampliamente en Francia y Alemania y otros pueblos europeos; y ha constituido el objeto de muchas e importantes reformas obtenidas en nuestra legislación procesal, durante los últimos años (1).

Para fijar con precisión los puntos controvertidos; para saber lo que cada una de las partes dice o pretende, y lo que en cada uno de los puntos le contradice o replica la otra, nada más natural y sencillo que la inteligencia verbal de las dos ante el juez. Con eso ya no puede haber excepción de oscuridad de libelo que lleve la causa hasta la Corte Suprema, ni esas ambigüedades o retenciones, que vuelven insidiosa y compleja la controversia, y facilitan sorpresas poco conformes con los verdaderos intereses de la justicia.

(1). Se la sigue, como regla general de todo juicio contencioso, en Venezuela (arts. 246 y siguientes) y también en otros pueblos latinoamericanos, que se han resuelto francamente a renunciar el complicado formalismo que heredaron a la madre patria, en su sistema procesal.

**Expresiones.**—A propósito de la demanda, el Código determina, como ya vimos, lo que ésta debe contener, es decir, las expresiones que al demandante le son obligatorias. De estricta justicia y de evidente conveniencia es que al demandado se le imponga igual obligación: que si dice que no debe, exprese por qué razón; que si niega el derecho del actor, determine los fundamentos de su negación.

Así lo establecen generalmente los Códigos extranjeros (1), y es de desear que cuanto antes se introduzca esta regla en nuestro Código, que guarda absoluto silencio al respecto.

**Comprobantes.**—Los Códigos extranjeros, que exigen que la demanda se acompañen los comprobantes del derecho del actor, imponen igual obligación al demandado, con respecto a sus excepciones (2).

En este punto debe haber perfecta igualdad entre las partes; y en tal sentido, nos referimos a lo que dejamos dicho a propósito de la demanda.

451.—**Efecto jurídico de la excepción simplemente negativa y, en general, de las contestaciones vagas y de las retenciones.**

La omisión de nuestro Código respecto de las expresiones que deben ser obligatorias al demandado, dio lugar a que en el foro fuera generalizándose la creencia de que las contestaciones más hábiles y seguras eran las más

(1) Código Español: «Art. 540.—El demandado formulará la contestación en los términos prevenidos para la demanda.»

(Y al demandante se le ordena, en el art. 534, puntualizar y numerar los hechos y los fundamentos de derecho, con precisión y claridad, como ya lo observamos al tratar de la demanda.)

Código Peruano: «Art. 321.—La contestación contendrá: 1º La designación del juez; 2º Los nombres del demandado y demandante; 3º La exposición de los hechos y fundamentos de derecho con que se contradice la acción, o el reconocimiento de su legalidad si se conviene en ellas.»

(2) Código de Chile: «Art. 299.—La contestación a la demanda debe contener:

1º La designación del Tribunal ante quien se presente;

2º El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado;

3º Las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan; y

4º La enunciacón precisa y clara, consignada en la conclusión, de las pretensiones que se someten al fallo del Tribunal.

«Son también aplicables a la contestación de la demanda y al demandado las disposiciones del art. 252.»

vagas y lacónicas, capaces de ser interpretadas con toda la amplitud que el mismo demandado quisiese. Contestar simplemente 'no debo', a una demanda por el pago o entrega de cualquier cosa, o por el cumplimiento de cualquier obligación, se consideraba, en todo caso, como lo más conveniente y acertado; porque si el demandante no rendía suficiente prueba de su derecho, nada tenía que hacer el demandado, y si la presentaba, le quedaba a éste campo expedito para defenderse, comprobando el pago, la prescripción, la novación, la compensación, etc.; todo lo cual se creía comprendido en la frase *no debo*. Y si los primeros esfuerzos del demandado le fracasaban, podía él desenvolver sucesivamente su amplísima e ilimitada contestación, e ir ensayando la prueba de todas las excepciones posibles, hasta que alguna le resultase eficaz; de manera que, si el juez de primera instancia había fallado, declarando, v. gr., que la excepción de pago no estaba comprobada, y que, en consecuencia, se admitía la demanda, el tribunal de apelación podía declarar, en virtud de las pruebas de segunda instancia, extinguida la misma deuda por remisión o por prescripción, siendo así que sobre estos puntos nada había dicho el inferior, por no habérselos discutido ni alegado en primera instancia.

Ruidosa discusión suscitóse a este respecto en el Tribunal Supremo, a propósito de un cuantioso litigio, entre el antiguo Banco Internacional y el Gobierno; y desde entonces triunfó el verdadero principio de que en la contestación del demandado no se han de considerar deducidas otras excepciones que las expresas o las que de un modo preciso e inequívoco se inferan de las expresiones en ella contenidas.

En consecuencia, la contestación *simplemente negativa*, o bien la frase *no debo* u otra equivalente, se estima como una simple negación de los *fundamentos de la demanda*, esto es, de los hechos constitutivos de la acción; y no comprende la excepción de pago ni la prescripción, remisión, etc.; es decir, ninguna de aquellas que deben fundarse en hechos positivos diversos de los que dieron origen al derecho del actor; hechos que, por lo mismo, deben ser clara e inequívocamente alegados por el demandado, para que puedan considerarse como puntos controvertidos, y servirle de fundamento a su defensa.

Sólo así resulta que, al tiempo de la litiscontestación, conozcan ambas partes y el juez, a punto fijo, cuáles son los hechos controvertidos; cuáles los que deberán ser comprobados por una u otra de las partes en el segundo período del juicio, y constituirán, en el tercero, la materia de la sentencia.

Esto es lo legal y científico, dentro del concepto esencial del juicio y de los tres períodos en que se divide; y sólo así se asegura el que los Tribunales de segunda y tercera instancia se limiten, como deben limitarse, a la revisión de lo resuelto en primera instancia, sin creerse llamados a fallar sobre nuevas cuestiones no planteadas ni discutidas ante el inferior. V. Jurisp., casos 137, 138, 139, 140, 141 y 142.

#### 452.—Agregación, cambio y modificación de las excepciones.

El artículo que, en nuestra edición actual, lleva el N.º 139, fue agregado al Código por la Legislatura de 1911. Antes de esa fecha, la contestación del demandado era absolutamente inalterable e irrevocable; aun más, se creía erróneamente, como ya lo observamos, que las excepciones no deducidas por el demandado habían quedado definitivamente perdidas o renunciadas.

La Legislatura de ese año, tomando en cuenta, a más de otras consideraciones de equidad y conveniencia, la de que al demandante se le permitía modificar y aun cambiar su acción, en ciertas condiciones, hizo, a indicación nuestra, la justa y razonable reforma de permitir al demandado modificar o adicionar sus excepciones, antes de que se recibiera la causa a prueba, esto es, antes de que comenzara el segundo período del juicio.

En el primer período, cuyo objeto esencial es la fijación de los puntos controvertidos, deben tener las partes amplia libertad de acción para preparar y concertar sus medios de defensa, y plantear de la manera que más les convenga el problema jurídico que debe desarrollarse y decidirse.

El actor que modifica su demanda, paga las costas al demandado, porque se supone que éste ha hecho gestiones en relación con la primitiva demanda, (diligencias preparatorias, excepciones dilatorias o perentorias). Al demandado no se le impone igual gravamen, porque entre la

contestación y la recepción de la causa a prueba no media ningún otro trámite, y se supone que el actor no ha tenido que hacer ninguna gestión ocasionada por la contestación del demandado.

**453.—Efecto jurídico de la contestación: fijación de la controversia.—Novación romana o cuasi novación.—Cuasicontrato.**

El fin esencial de la contestación a la demanda, como parte del sistema procesal, es la fijación definitiva de la materia de la controversia; plantear el problema jurídico que en el curso del juicio debe desenvolverse y decidirse, de manera que las partes y el juez conozcan a ciencia cierta, qué puntos se discuten, qué pruebas o demostraciones se necesitan, y qué cuestiones deben decidirse en la sentencia.

**Cuasicontrato.**—Los romanos recurrían a la ficción del cuasicontrato, es decir, de un acto de voluntad de las partes, para explicar y cimentar, ya la sujeción de éstas a la futura resolución del juez; ya la posesión de la cosa litigiosa, en que continuaba el demandado, bajo condición de restituirla al actor, en el evento de sentencia condenatoria; e indemnizarle los perjuicios resultantes de la duración del litigio, y rindiendo la caución *judicialium solvi*, para mayor seguridad de los derechos del demandante.

En el Derecho moderno, esas obligaciones de las partes litigantes tienen su base y fundamento en un principio más alto, en la organización social, que impone a todo individuo el respeto a la autoridad y el sometimiento a las resoluciones judiciales que le conciernen. V. Jurisprud. caso 148.

**Cuasi novación.**—En el rigorismo del sistema procesal romano, encontramos también la teoría de la cuasi novación, por la cual, consumada la acción, por el mero hecho de habérsela propuesto en la litiscontestación, quedaba sustituida o reemplazada por la relación jurídica que fuese declarada por el juez en la sentencia, la cual debía ser para lo futuro, el único título del derecho de las partes. Savigny (Tomo 5º, § CCLVIII) (1).

(1) En el lenguaje doctrinal moderno, encontramos todavía la cuasinovación, pero como efecto de la cosa juzgada, según lo veremos en su lugar.

**454.—Omisión de la contestación.—Rebelía o contumacia; su naturaleza y efectos.—Asentamiento.—Procedimiento en rebelía.—Rebelía en otros trámites.**

La omisión de la contestación es, ante todo y sobre todo, el no uso de un derecho, del principal derecho del demandado; pero es, además, una desatención, una desobediencia al juez, una *rebelía*.

Por *rebelía* se entiende la inobediencia al mandato del juez que llama a alguno a juicio; o bien la omisión o tardanza en responder o comparecer en juicio el reo o el mismo actor, en el término de la citación o llamamiento hecho por el juez. Escriche.

La sanción legal para el demandado que incurre en *rebelía*, es, según vimos en el art. 124, la de que no se vuelva a contar con él, sino para comunicarle la providencia en que se le declare rebelde y la sentencia definitiva.

En el antiguo derecho español (Ley I, Tit. VIII, Partida 3ª) establecíase, siguiendo las prácticas del Derecho Romano, el procedimiento llamado *vía de asentamiento*, que consistía en poner al actor en posesión de la cosa que reclamaba, cuando la acción era real, o entregarle bienes equivalentes a la deuda, si personal. Al comparecer el demandado dentro de dos meses, en el caso de la acción real, y dentro de un mes, en la personal, se le devolvían los bienes y se le oía en la vía ordinaria; pero al dejar pasar esos términos, quedábale sólo el derecho de proponer demanda separada sobre la propiedad (Escriche "Asentamiento"; Caravantes, Tomo 2º, pág. 352).

En el Código peruano antiguo había algún vestigio de ese rigorismo (1); pero en los Códigos modernos la sanción se reduce, más o menos, a lo establecido por nuestro Código.

(1) Art. 497.—La contumacia declarada y no purgada produce los efectos siguientes:

«1º Tenerse por renunciada la defensa del contumaz;

«2º Depositarse durante el juicio la cosa demandada o su equivalente, prestando solicitud de parte;

«3º Quedar el contumaz obligado a la prueba en el caso de salir al juicio después de haberse pronunciado sentencia en favor de su contraparte;

«4º Poder el actor adquirir por prescripción la cosa que se le entregó en virtud de la contumacia. Código Peruano, pág. 131.

La rebeldía suele llamarse también *contumacia*, en el lenguaje jurídico; si bien algunos la distinguen diciendo que esta consiste en la reiteración o repetición de la desobediencia (1). En nuestro lenguaje jurídico no se emplea esta palabra ni surte ningún efecto especial.

**Efecto de la rebeldía en orden a la litiscontestación, o sea en cuanto a la fijación de la materia de la controversia.**—El silencio del demandado significa aquiescencia o aceptación tácita de la demanda, según el antiguo adagio *qui tacet consensit venditor* (el que calla parece que consiente) (2); o, por el contrario, significa oposición o resistencia tácita?....

Se ha discutido sobre esto, y los dos contrarios criterios han ejercido su influencia en la doctrina y en la legislación. En favor del primero se han aducido dos razones o mejor dicho dos presunciones: 1ª la de que la no comparecencia y el silencio del demandado dan a entender su carencia o falta de derecho, su convicción de no tener nada que oponer al demandante; y 2ª la de que mucho mayor es el número de las demandas justas que el de las injustas, de manera que la probabilidad de la razón y justicia se inclina más al demandante que al demandado.

Estas razones, evidentemente débiles, no han podido prevalecer definitivamente sobre la conclusión contraria, basada en los principios fundamentales del Derecho procesal. La acción supone, por su esencia misma, la violación del derecho, un estado de oposición o resistencia que el demandante se propone cambiar por la fuerza moral y material de la autoridad pública; y el silencio del demandado, que no entrega la cosa ni paga la deuda, significa la persistencia en ese mismo estado de oposición o resistencia.

(1) Código Peruano antiguo. «Art. 490.—A la persona que se sustrae de la obediencia que debe a los mandatos judiciales, se la declarará rebelde».

«Art. 491.—Si la desobediencia es reiterada, se le declarará contumaz, observándose los trámites prescritos en este Código».

«Art. 492.—Para que una persona sea declarada rebelde, basta que haya desobedecido un mandato judicial».

«Para que sea declarada contumaz, debe haber dejado de cumplir otro mandato, a más del que causó la rebeldía».

(2) Entre las sabias *leges antiquas* del Libro 50, Título 17 del Digesto, encontramos esto:

«142. Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare. Paulo, ley 142».

la continuación del mismo estado de cosas que no podrá cambiarse sino por la sentencia del juez.

Además, el demandado es el poseedor de la cosa, que tiene en su favor la más razonable y legítima de las presunciones, derivada del hecho mismo de la posesión. En las acciones personales, es poseedor de su libertad jurídica, y ese estado de cosas debe presumirse legítimo, mientras no conste lo contrario. Y el mero silencio del demandado no basta para destruir el valor jurídico de estas presunciones; sin que, de otro lado, pueda desconocerse que algo arguye en su contra, y que el juez volverá a tomar en cuenta a su tiempo, ese indicio o presunción.

El silencio del demandado es, pues, según los principios jurídicos y nuestro sistema legal, negación tácita de los fundamentos de la demanda; la persistencia del demandado en el estado de oposición o resistencia que sirvió de base o antecedente a la demanda.

En consecuencia, a falta de contestación expresa, la litis queda trabada pura y exclusivamente sobre los fundamentos de la acción, como en el caso de una negación simple y absoluta, expresa. Todos los hechos que, diversos de los alegados por el actor, hubieran podido dar por resultado la insubsistencia o extinción del derecho de éste; (el pago, la prescripción, la novación, etc.), quedan extraños a la controversia, y nada podrá decidir sobre ellos el juez, aunque consten del proceso. La nulidad misma del acto o contrato en que se funde la demanda, no podrá ser objeto de la sentencia, sino en los casos en que, por ser absoluta y estar de manifiesto en el acto mismo, pueda y deba ser declarada de oficio.

**Procedimiento en rebeldía.**—El procedimiento en rebeldía es materia de prolijas disposiciones y muchas reglas legales en casi todos los Códigos. En el Derecho francés constituye un importante capítulo, el de los *Jugements par défaut et oppositions*; en el italiano, el *Della contumacia*; y en el español y en los latino-americanos tiene también su capítulo especial.

La rebeldía puede dar lugar al muy grave y delicado problema de saber si el demandado fue o no realmente notificado de la demanda. Si el actuario le citó por boleta, cabe perfectamente la hipótesis de que, a la sazón, haya

estado ausente el demandado o haya habitado en distinta casa, sin que lo sepa el actuario; y cabe también la posibilidad de que éste haya procedido a sabiendas, y aun de que haya sentado en el proceso una citación falsa, que jamás la recibió el demandado. Como, pues, seguir adelante un juicio que puede comprometer toda la fortuna y la honra del demandado, sin que éste tenga la menor noticia?

Para evitar este peligro, que no existe cuando el demandado comparece y se defiende, se han excogitado en los Códigos extranjeros diversas precauciones; mas en el nuestro no tenemos sino la de la acción o excepción de nulidad de la sentencia, que figura en el N.º 3.º del art. 343, y fué instituida como reforma de dicho artículo, el año 1911, por indicación nuestra, según lo veremos al estudiar la materia de las sentencias. Antes de esa agregación, no teníamos nada, absolutamente.

**Rebelde en otros trámites.**—Ya en el curso de la cuestión principal, ya en el de los incidentes que durante el juicio se suscitan, corre el juez trasladado a la una o a la otra de las partes o les ordena una comparecencia. Si en el primer caso la parte que debía hablar, guarda silencio durante el término respectivo, se le declara rebelde a petición de la otra parte; mas esta rebelde significa sólo que sigue adelante la causa, prescindiéndose de aquella audiencia o traslado, y no produce el efecto de no volverse a contar con el rebelde. En el segundo caso, el de la comparecencia personal, puede emplearse el medio compulsivo del apremio, cuando la ley no establece otra cosa (1). Véase el comentario al art. 124.

**Comparecencia posterior del rebelde.—Sus condiciones y efectos.—Debe purgar la mora.**

El demandado rebelde puede presentarse en cualquier estado de la causa, previo el pago de los gastos que por él haya hecho la otra parte y de las costas a que haya sido condenado, según lo dijimos al comentar el art. 124.

(1) El Código Peruano actual, en su capítulo de los apremios y rebelde, tiene la siguiente regla, que sintetiza el efecto legal del silencio de la parte a quien le tocaba evacuar un traslado o exponer algo al juez:

«Art. 192.—A la persona que estando obligada a contestar un traslado o exponer algo al juez, no lo hace dentro del término, se le acusará rebelde, y el juez dará por abusivo el trámite, previendo a la vez lo que corresponda al estado de la causa.»

Cumplida esta condición, tiene el derecho de ser oído, pero no el de hacer retroceder la causa ni de subsanar las omisiones en que haya incurrido anteriormente. En otros términos, debe, según la expresión de la ley, tomar la causa en el estado en que se encuentre (art. 124). Si, por ejemplo, la causa está en estado de prueba, de sentencia, etc., ya no podrá deducir excepciones, si el término probatorio ha expirado, ya no podrá rendir pruebas, y así en adelante.

Si el rebelde comparece en el intervalo entre el ajuizo que le declara tal y la recepción de la causa a prueba, si podrá deducir excepciones, aprovechando de la regla del art. 123, que permite al demandado modificar sus excepciones y aun deducir otras. Considera el legislador que el período de la litiscontestación subsiste hasta el momento en que, recibida la causa a prueba, comienza el segundo período del juicio; y en aquel período, en el de la litiscontestación, bien puede el demandado hacer uso de la susodicha disposición legal, tanto más cuánto, según hemos observado, el silencio del demandado, su no contestación, debe interpretarse y se interpreta como una *negación tácita* de la demanda. Y si después de la negación expresa, puede el demandado modificar su contestación, cambiando sus excepciones o agregando otras, no hay razón para que no pueda hacerlo después de la negación tácita. Jurispr., caso 153.

El pago de los gastos y costas que debe hacer el demandado rebelde, para ser oído, se llama, en lenguaje forense, *purgar la mora*, como indicamos al comentar el art. 124.

#### RECONVENCIÓN

456.—**Definición.—Etimología.—Diferencia de las excepciones, y, en especial, de la compensación.**

*Reconvencción* es la demanda que el demandado deduce al tiempo de su contestación, con el fin de obtener, en el mismo litigio, una condenación al actor.

*Convenir*, significa, etimológicamente, *venir con*; *venir juntos*, así como *consentir* significa sentir lo mismo que otro, estar con él conforme. Y como en el antiguo derecho romano demandante y demandado concurrían a la

vez a plantear sus pretensiones ante el Magistrado y a dilucidarlas ante el juez, la demanda se llamaba *conventio*. Por la misma razón, la contrademanda, del demandado contra el actor, denominábase *reconventio*, reconvencción. En el derecho moderno ha conservado esta acepción técnica la segunda palabra, la reconvencción; mas no la primera:

Entre la reconvencción y las excepciones, inclusive la de compensación, existe la fundamental diferencia de que el fin esencial y directo de éstas es obtener la absolución total o parcial del demandado, mientras que el de la reconvencción es obtener la condenación del demandante. Las excepciones son pura y simplemente un medio de defensa contra la acción intentada por el demandante; la reconvencción puede serlo también, de modo indirecto; pero en su aspecto esencial y directo, es un medio de ataque, encajinado, como hemos dicho, a obtener la condenación del demandante, quien, por este aspecto, tiene la condición de demandado.

En la excepción de compensación, que por el aspecto de que tratamos, en nada difiere de las demás excepciones, el demandado hace valer un derecho que bien pudiera utilizarlo también como acción para obtener la condenación del demandante, en todo el valor de su crédito. Mas, empleado como excepción, no puede servirle sino para extinguir la acción del demandante, esto es, para obtener la absolución del demandado; y para ese efecto, necesita reunir todos los caracteres que el Código Civil exige para la compensación, en el art. 1646.

Si el crédito alegado en compensación, excede en valor al que es objeto de la demanda, el juez nada puede resolver sobre el exceso, y el demandado necesita, para reclamarlo, proponer demanda separada.

Con la reconvencción, se ventilan simultáneamente dos juicios en el mismo proceso; y pueden resultar condenadas ambas partes en su respectiva calidad de demandadas. En la excepción de compensación, lo mismo que en todas las demás excepciones, el juicio es uno solo, y por lo mismo, la sentencia se ha de limitar a absolver o condenar al demandado.

Si el crédito del demandado excede en valor al del demandante, puede el demandado hacer uso, a la vez, de la compensación y de la reconvencción, en el mismo juicio: de

la compensación, para extinguir la acción del demandante y obtener su propia absolución; y de la reconvencción, para obtener, por el exceso, la condenación del demandante.

457.—*División de la reconvencción en conexa e inconexa.*—*Legislación comparada.*

Llamamos *reconvencción conexa* la que se deriva de la misma causa en que se funda la demanda, o que es de tal modo relacionada con ésta, que, propuesta separadamente, daría lugar a la acumulación de autos, conforme a las reglas que estudiaremos en la sección siguiente. *Reconvencción inconexa* es la que no se encuentra en ninguno de esos casos.

En el Derecho Romano cabía sólo la reconvencción conexa. Si el vendedor demandaba al comprador por el precio, éste podía reconvenirle por la entrega de la cosa vendida; mas en ese litigio relativo a la compraventa, no cabía reconvencción basada en un préstamo, en un legado o en otra causa extraña.

En el Derecho francés no hay una disposición legal expresa; mas la generalidad de los expositores modernos se inclinan a la opinión de que no es admisible la reconvencción inconexa. Esta misma resolución negativa está consignada expresamente en el art. 100 del Código Procesal Italiano; mas el Español y muchos de los latino-americanos han querido dar ancho campo a la reconvencción, permitiendo tanto la conexa como la inconexa; y a esta doctrina se adhirió también nuestro Código.

La crítica de esta doctrina hicimos al estudiar las props. 48 y 115; y nuestra opinión fue la de que nos parecía conveniente y razonable la regla legal, en el supuesto de que el juez fuera competente para ambas demandas; mas encontrábamos algo de injusto y anticientífico en cuanto a que, por reconvencción inconexa, se operase una prórrogación legal de la jurisdicción. Jurisp., caso 149.

458.—*Excepciones dilatorias y perentorias contra la reconvencción.*

Si la reconvencción es, por su esencia, una demanda del demandado contra el actor, es claro que contra esa demanda se puede oponer toda clase de excepciones, tanto

dilatatorias como perentorias, como si se tratase de un juicio aparte. Y caso de no contestar el actor, puede ser declarado rebelde (1).

#### 459.—Cabe reconvencción en juicios sumarios?

La circunstancia de haberse establecido la reconvencción en esta Sección del TÍTULO de los JUICIOS EN GENERAL, nos pone en el caso de la respuesta afirmativa, sin más restricción que la de que la naturaleza del juicio lo permita, es decir, que se trate de una cuestión contenciosa; que haya término de contestar a la demanda, y que la acción deducida en reconvencción no exija sustanciación diversa. Tuvimos ocasión de conocer una reconvencción en juicio de jactancia.

Las ha habido también en tercera excluyente en juicio ejecutivo, la cual, aunque mero incidente del mismo juicio, según el art. 568, debe sustanciarse ordinariamente, según el 578. V. Jurisp., casos 151 y 152.

#### RÉPLICA—DÚPLICA

#### 460.—Su naturaleza.—Su utilidad práctica.

La contestación del demandado le pone, muy a menudo, al demandante en la necesidad de alegar nuevos hechos o circunstancias encaminadas a destruir el efecto de las excepciones; y a estos nuevos hechos o circunstancias necesita, a su vez, el demandado oponer por su parte otras alegaciones.

Si a la demanda, fundada en una convención, opone el demandado la nulidad, por haber sido el menor de edad, cuando la celebró, al actor le incumbe alegar la prescripción de esa nulidad, por haber pasado más de cuatro años desde que el demandado salió de la menor edad; y ante tal alegación, necesita el demandado agregar que la prescripción se interrumpió o suspendió por alguna causa legal. Ese nuevo acto del demandante se llama *réplica*, y el del demandado, *dúplica*. *Exceptio exceptionis*, se decía en el Derecho Romano, excepción de la excepción.

(1) En el Código Peruano tiene la reconvencción capítulo aparte, arts. 326 a 331. Código Chileno id., arts. 304 a 307.

Los Códigos modernos, en vista de esta necesidad, establecen generalmente el trámite de la réplica y de la dúplica, como parte complementaria del período de la litis-contestación, que si bien alarga algún tanto el litigio, contribuye eficazmente para la perfecta realización del objeto esencial de aquel período del juicio: la fijación clara y precisa de los puntos controvertidos (1).

En las legislaciones que han adoptado el sistema oral, en que las partes formulan sus conclusiones verbalmente, en un acto de comparecencia simultánea de ellas ante el juez, del cual se extiende la correspondiente acta, la observancia de aquel trámite es mucho más obvia y natural: habla el actor; contesta el demandado; replica en el mismo acto el primero, duplica el segundo; y cada uno de ellos toma otra u otras veces más la palabra, hasta aclarar y precisar bien las cuestiones, sin que eso produzca la menor complicación en el proceso.

Así ocurría en el Derecho Romano. Fundadas las excepciones en un nuevo derecho del demandado, el actor podía oponerle una negación absoluta, o bien otro derecho, esto es, una nueva excepción, que se llamaba *replicatio*. Contra ésta, cabía la *duplicatio*; y en seguida podía venir también la *triplicatio*, la *cuadruplicatio*, etc.; si bien en el orden práctico rara vez se pasaba de la *duplicatio*. El Digesto tiene, a este respecto, curiosos e importantes textos (2).

(1) Código Español, arts. 546 a 549; Peruano, 332 a 334; Chileno, 331 a 333.  
(2) Digesto, Libro 44, Título 1º

Ley 1ª Replicaciones nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant; semper enim replicatio idcirco obicitur, ut exceptionem ob pugnet.

Ley 2ª Illud tenendum est, omnem exceptionem vel replicacionem exclusivam esse: exceptio actorem excludit, replicatio reum.

Ley 3ª Sed et contra replicacionem solet dari triplicatio, et contra triplicacionem rursus: et deinceps multiplicacionum nomina, dum aut reus, aut actor obicit.

Ley 1ª Las replicaciones no son otra cosa que excepciones que el actor pone por su parte, las cuales son necesarias para desvanecer las excepciones. Las réplicas se proponen siempre para impugnar las excepciones.

Ley 2ª Se ha de decir que toda excepción o réplica es exclusiva; la excepción excluye al actor, la replicación al reo.

Ley 3ª Contra la replicación se suele dar la triplicación, y contra la triplicación la cuadruplicación, y sucesivamente se van multiplicando los nombres según las objeciones del actor y las del reo.

En nuestro sistema procesal caben perfectamente la réplica y la réplica y aun la tríplica, etc., en el juicio verbal sumario, en que las partes formulan sus conclusiones ante el juez, en un acto de comparecencia personal simultánea; mas para el juicio ordinario y los demás sumarios, no ha establecido la ley ese trámite, y en muchos casos, como el del ejemplo, hace evidente falta.

Cierto que al darle al actor traslado de las excepciones, y al demandado de la réplica, se alargaría algún tanto el proceso; pero para estos traslados se podría establecer un término corto y perentorio, que significaría muy poco en cuanto a la duración de nuestros interminables procesos; y, en cambio, los cuatro escritos contribuirían eficazmente a precisar la cuestión controvertida y simplificar, por el mismo hecho, toda la discusión posterior.

En la práctica se hace necesario subsanar el vacío de la ley, recurriendo al arbitrio de la modificación de la demanda, que le impone al actor la necesidad de pagar las costas al demandado, sin que en muchos casos haya razón ni justicia para ello.

Convenría, pues, pensar en esta reforma de nuestra legislación; y convenría aun más seguir ampliando los casos de aplicación del juicio verbal sumario, hasta ver si podemos convertirlo en la forma general del procedimiento.

22 Exceptio est conditio, quae modo existit reum damnatione, modo minuit damnationem.

Ley 1ª Replicatio est contraria exceptio quasi exceptionis exceptio.

Véase también Savigny, Tomo IV, § CCXXIX.

22 La excepción es de tal condición que unas veces libra al reo de que se pronuncie sentencia contra él, y otras de que se le condene en todo lo que se pide contra él.

Ley 1ª La replicación es contraria a la excepción, como excepción de la excepción.

## PARTE LEGAL

469

### LECCION VI

#### PARTE LEGAL

#### SINOPSIS

(Continuación del programa)

#### SECCION CUARTA.—De las excepciones

- 461.—División legal de las excepciones en perentorias y dilatorias.—Inecesarías y defectuosas definiciones del art. 128.  
 462.—Determinación y clasificación de las dilatorias más comunes por el 126.  
 463.—Tiempo y modo de proponer las excepciones dilatorias, según el art. 130.—Reforma de 1925.  
 464.—Excepciones perentorias más comunes.—Tiempo y modo de proponerlas, según el art. 131.

#### SECCION QUINTA.—Contestación

- 465.—Superflua regla del art. 132.  
 466.—Texto primitivo del 133.—Conveniente reforma, hecha en 1905, sobre modificación o agregación de las excepciones.  
 467.—Regla legal sobre la reconvencción, contenida en el art. 134.—Caben la conexa y la inconexa.  
 468.—Superflua regla del art. 135.  
 469.—Reglas sobre el desistimiento, contenidas en el 136.—Antes de la contestación, se puede desistir sin pagar costas y sin los otros efectos del desistimiento?

#### Jurisprudencia

- Caso 110.—La rescisión de los actos fraudulentos del deudor, establecida por el art. 2450 del Código Civil (acción pauliana), puede alegarse como excepción, como excepción o reconvencción; y esto, aun tratándose de hacer valer la llamada acción pauliana, en un incidente de tercera excelsiente.  
 Caso 112.—Admitida la excepción principal, no puede considerarse la subsidiaria.  
 Caso 113.—La excepción de mera tenencia, en juicio reivindicatorio, es dilatoria o perentoria?

- Caso 114.—Es inaceptable para el sucesor la excepción que lo fue para el antecesor.
- Caso 115.—La ilegitimidad de personería consiste en la incapacidad legal o en la falta de poder.
- Caso 116.—El vicio del título en que se funda la acción, afecta, no a la personería, sino al derecho mismo.
- Caso 117.—Personería.—El hecho de intervenir el curador de la herencia que cesó en el cargo antes de la demanda, atañe, no a la personería de éste, sino al derecho controvertido.
- Caso 118.—Personería.—Distinción entre la falta de personería y la falta de derecho.—Litispendencia: ¿La hay si el acreedor que ha deducido tercera coadyuvante en un juicio ejecutivo, propone también demanda aparte?
- Caso 119.—Personería.—No la hay suficiente, y es nulo el proceso, si en el juicio de inasistencia de un testamento, no se ha citado a todos los beneficiados.
- Caso 120.—Personería.—Si se la objeta como consecuencia de la impugnación del estado civil, la cuestión debe resolverse en la sentencia, conforme al art. 803, y no como excepción dilatoria.
- Caso 121.—Personería.—Aunque inadmisible, por extemporánea, la excepción dilatoria de falta de personería, el juez debe sustanciarla y fallar sobre ella, en virtud de su deber de cuidar del cumplimiento de las solemnidades sustanciales para la validez del proceso.
- Caso 122.—Obscuridad de libelo.—La hay si en la demanda no consta el vicio de construcción por el cual el edificio ha perecido o amenaza ruina.
- Caso 123.—Obscuridad de libelo, por falta de expresión de la causa en que se funda la responsabilidad del demandado.
- Caso 124.—Obscuridad.—Procede la excepción en el juicio ordinario o en el ejecutivo de cuentas.
- Caso 125.—Orden en que deben decidirse las dilatorias de incompetencia y de obscuridad.—Debe especificarse en la demanda el contrato del cual se deriva la obligación reclamada.—Decidida la cuestión de obscuridad, puede o debe considerarse en el mismo fallo la de incompetencia?
- Caso 126.—Obscuridad.—Declarada respecto de una demanda, no caben contra la misma otras excepciones.
- Caso 127.—Litispendencia.—Requiere identidad subjetiva y objetiva entre los dos litigios.
- Caso 128.—Litispendencia en juicio ejecutivo.—Requiere identidad subjetiva y objetiva.
- Caso 129.—Litispendencia en juicio ejecutivo.—No cabe porque en el ordinario se ventile la nulidad del instrumento.
- Caso 130.—Litispendencia.—No la hay, por falta de identidad objetiva, si el litigio versa sobre el cumplimiento de un contrato, y el otro sobre resolución del mismo, por falta de cumplimiento.
- Caso 131.—Litispendencia.—Justificada, debe admitirse, esto es, debe declararse que no puede continuar el nuevo juicio, sin ordenar la acumulación, a menos que también se la hubiere pedido.
- Caso 132.—Litispendencia en juicio ejecutivo fundado en sentencia ejecutoriada.—Es inaceptable, si falta la doble identidad, y si a mayor abundamiento, no se trata de excepción nacida después de la ejecutoria.
- Caso 133.—Litispendencia en juicio ejecutivo.
- Caso 134.—Litispendencia en juicio ejecutivo.—Es inaceptable, si se funda en la existencia de un juicio ordinario.
- Caso 135.—Litispendencia o cosa juzgada en juicio de inventario.
- Caso 136.—Excepciones dilatorias contra la demanda modificada.
- Caso 137.—Demanda de hijo natural sin acompañar el reconocimiento.
- Caso 138.—Excepciones simplemente negativas.—Su efecto y comprensión.

- Caso 139.—Excepciones simplemente negativas.—No comprenden la extinción del derecho.
- Caso 140.—Excepción absolutamente negativa.—Su valor y comprensión.
- Caso 141.—Excepción absolutamente negativa.
- Caso 142.—Excepción de prescripción.—No se la considera alegada, si el demandado se limita a la simple alegación del dominio.
- Caso 143.—Prescripción.—Debe ser oportunamente alegada como excepción, para que le aproveche al demandado.
- Caso 144.—Excepción de dominio opuesta a una acción personal.
- Caso 145.—Excepción de falsedad de un instrumento, opuesta en juicio ejecutivo.
- Caso 146.—Nulidad de la inscripción de un título, después de trabada la litis sobre él.
- Caso 147.—Excepción de improcedencia.—Compréndese en ella la prescripción?
- Caso 148.—Excepción de improcedencia.—Compréndese en ella la omisión de las expresiones que debe contener la demanda según el art. 99?
- Caso 149.—Cunsueto de la litiscontestación.—Modo de transmisión de los derechos.
- Caso 150.—Reconvencción inconexa.—Es admisible.
- Caso 151.—Reconvencción propuesta después de contestada la demanda.—Es inadmisible, según el art. 134.
- Caso 152.—Reconvencción opuesta a tercera excluyente.
- Caso 153.—Reconvencción contra tercera excluyente.
- Caso 154.—Rebelde: excepciones y reconvencción antes de que se la declare.
- Caso 155.—Rebelde: excepciones y reconvencción.
- Caso 156.—Desistimiento de la demanda.

## DESARROLLO

## SECCION CUARTA—DE LAS EXCEPCIONES

Salvo la pequeña agregación hecha por la Junta de Gobierno, en Octubre de 1925, no ha habido en esta SECCION reforma alguna, desde que se expidió el Código de 1878. Aun más, sus cuatro artículos son los mismos que, en la propia SECCION, tenía el Código de 1869, sin otra diferencia que la de que, al definir las excepciones dilatorias, decía, con más propiedad que el actual: "Las que tienen por objeto impedir o retardar *el ingreso en la litis*", como ya lo observamos al tratar de la clasificación y definición de las excepciones. Nos limitaremos, por tanto, a referirnos a las proposiciones que versan sobre la doctrina contenida en cada uno de los artículos.

## Art. 123 (1)

461.—**División legal de las excepciones en perentorias y dilatorias.—Inecesarias y defectuosas definiciones.**

Véanse las props. 425, 426 y 427.

## Art. 129 (2)

462.—**Determinación y clasificación de las dilatorias más comunes.**

Véanse las props. 430 a 441.

## Art. 130 (3)

463.—**Tiempo y modo de proponer las excepciones dilatorias.**

A este artículo se refiere, como ya sabemos, la reforma hecha por la Junta de Gobierno que, después de la transformación política del nueve de Julio de 1925, ejercía, en

(1) Es el 313 de la edición de 1879; 308 de 1882; 315 de 1887; 123 de 1892 y 99; 121 de 1907 y 1913.

(2) Es el 314 de 1879; 309 de 1882; 316 de 1887; 124 de 1892 y 99; 122 de 1907 y 1913.

(3) Es el 315 de 1879; 310 de 1882; 317 de 1887; 125 de 1892 y 99; 123 de 1907 y 1913.

Octubre de dicho año, el mando supremo, por elección y aquiescencia de la Junta Militar. De los 21 artículos que contiene ese Decreto reformatorio del Código de Enjuiciamientos, expedido en vista de un oficio de la Corte Suprema, el tercero dice:

"Al art. 130, después de 'que pueden proponerse sólo', agréguese 'pero no sucesivamente'".

Algo se ganó con esta reforma; pues ya no podrá suceder que, alegada la obscuridad de la demanda, y con recurso de segunda y tercera instancia, pasen dos, tres o más años hasta que vuelva la causa de la Corte Suprema, con la declaración de que la demanda es clárisima, para que en seguida pasen otros dos o tres o más años con la excepción de incompetencia, y todavía quede campo para alegar después otras excepciones dilatorias, antes de contestar a la demanda. Escándalo monstruoso, que sólo el apego al formalismo tradicional ha podido tolerar en nuestro foro y en el de otros países que tienen el mismo origen para su sistema procesal. Algo se ha ganado, decimos; pero todavía la misma reforma permite alegar reunidas, la obscuridad de la demanda y la incompetencia del juez, reservando las demás dilatorias para cuando aquellas dos hermanas gemelas hayan pasado a la historia jurídica, y las perentorias, para cuando haya ocurrido lo mismo con las demás dilatorias de reserva; es decir para las calendas griegas.

Sensible es, pues, que el Tribunal Supremo no haya querido ensayar siquiera una innovación más trascendental y eficaz. Muchos, muchísimos son los juicios sumarios que el Código de Enj. reglamenta, sin que en ninguno de ellos señale término aparte para las excepciones dilatorias; y en la práctica, jamás se ha sentido sería y honradamente que hiciera falta ese término aparte. ¿Por qué, pues, dejarlo sólo para el juicio ordinario, y en una de las *Secciones* del Título I del Libro II que versa sobre las *reglas generales para todos los juicios?*

Por qué, no ensayamos siquiera (ya que entre nosotros es tan fácil modificar o derogar una ley que resulta inconveniente) adoptar para el juicio ordinario la misma regla o principio que rige en los sumarios? . . . Y por qué, si de ensayos tratamos, no nos resolvemos a probar la forma del juicio verbal como regla de todos los juicios contencio-

sos, aunque sea ampliando, si se quiere, los términos, admitiendo pruebas en segunda instancia, etc?

Recomendamos encarecidamente estas reflexiones y consideraciones al mismo Tribunal Supremo y al foro ilustrado, en general, pero de modo especial a los jóvenes abogados, más entusiastas por las innovaciones de grande aliento. Las cosas antiguas—ya lo hemos dicho varias veces—por antiguas no más, no tienen derecho a conservarse eternamente; y si la razón y la legítima conveniencia no les sirve de apoyo, de ningún modo pueden impedirnos que pensemos en sustituirlas con cosas nuevas y mejores.

Para concluir queremos se vea en Jurisprudencia el caso N<sup>o</sup> 125, en que una cuestión práctica nos obligó a considerar otras diversas fases de este importante problema. Por lo demás, estúdiense las props. 443 y 444.

Art. 131 (1)

464.—**Excepciones perentorias más comunes.—Tiempo y modo de proponerlas.**

Véanse las props. 444, 445, 446 y 447.

Sobre la cosa juzgada, como excepción mixta, de que trata el N<sup>o</sup> 3<sup>o</sup>, véase la prop. 427.

SECCION QUINTA.—CONTESTACIÓN

Art. 132 (2)

465.—**Superflua regla de este artículo.**

Artículo absolutamente innecesario. Si hay término para contestar, claro que dentro de ese término ha de darse la contestación; y si es término prorrogable y el juez la prorroga, claro también que el demandado puede aprovechar de la prórroga para su contestación. Si hay un término cualquiera, es para que dentro de él se practique la respectiva gestión o diligencia: tal es su naturaleza y razón de ser.

(1) Es el 316 de 1879; 311 de 1882; 318 de 1887; 126 de 1892 y 99; 124 de 1907 y 1913.

(2) Es el 317 de 1879; 312 de 1882; 319 de 1887; 127 de 1892 y 99; 125 de 1907 y 1913.

En vez de esta declaración inútil, debió, pues, el legislador determinar lo que la contestación había de contener, como lo hizo respecto de la demanda; los efectos de la omisión de las expresiones necesarias, etc.

Véanse las props. 448 a 455.

Art. 133 (1)

466.—**Texto primitivo de este artículo.—Conveniente reforma de 1905 sobre modificación o agregación de las excepciones.**

Hasta 1905, nuestra regla era contraria; pues decía: "Después de contestada la demanda, no podrá el demandado proponer nuevas excepciones, sean de la clase que fueren".

Esta rígida disposición, consignada también en algunos Códigos extranjeros, fue justamente cambiada con la que hasta ahora tenemos, en la legislación de aquel año. Véanse las props. 452 y 455.

Art. 134 (2)

467.—**Regla legal sobre la reconvencción.—Cabén la conexa y la inconexa.**

Sobre este artículo, que contiene la antigua y clásica regla relativa a la reconvencción, igual al de nuestro Código de 1869, véanse las props. 456, 457, 458 y 459.

Dada la generalidad de sus términos, admite tanto la reconvencción conexa como la inconexa; y la segunda parte manifiesta que, en el intervalo entre la contestación y la recepción de la causa a prueba, si bien puede el demandado modificar o adicionar sus excepciones, no puede reconvenir. Esto entraña alguna incoherencia, proveniente de que, cuando se sustituyó la antigua regla que prohibía tal modificación o adición, con la que ahora tenemos en el art. 133, nada se dijo respecto de la reconvencción, y se dejó la regla del art. 134, como había sido siempre.

Jurisp., casos 149, 150, 153 y 154.

(1) Es el 318 de 1879; 313 de 1882; 320 de 1887; 128 de 1892 y 99; 126 de 1907 y 1913.

(2) Es el 319 de 1879; 314 de 1882; 321 de 1887; 129 de 1892 y 99; 127 de 1907 y 1913.

## Art. 135 (1)

## 468.—Superflua regla de este artículo.

Otra regla innecesaria; pues al admitirse la reconvencción, por su naturaleza misma tenía que discutirse al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y decidirse por la misma sentencia. En esto consiste precisamente la institución. Véanse las pups. 456 a 459.

## Art. 136 (2)

## 469.—Reglas sobre desistimiento.—Antes de la contestación se puede desistir sin pagar costas y sin los otros efectos del desistimiento?

Esta regla, que no tuvimos en el Código de 69, debió estar en la SECCIÓN XI, que trata en especial del DESISTIMIENTO; y su sentido no es muy claro. Antes de contestada la demanda, ¿puede el actor desistir sin pagar costas y sin sujetarse a las formas prescritas en este Código?... Mejor dicho, ¿puede retirar su demanda sin las condiciones y efectos del desistimiento?....

Nos inclinamos a la afirmativa, fijándonos, ora en el tenor del artículo, ora en la observación de que el legislador se inspiró, sin duda alguna, en la tradicional doctrina del cuasicontrato de la litiscontestación, en virtud del cual las partes se consideraban ligadas mutuamente y sometidas a la decisión judicial.

Mas, aun prescindiendo de esto, podemos considerar como principio general el de que todo el que dirige al juez o a otra autoridad una solicitud o representación cualquiera, es libre para retirarla y dejarla insubsistente o como no presentada, mientras no haya surtido sus efectos o como prometido intereses de terceros que pudieran creerse con derecho a esperar la respectiva resolución.

Pero si el demandado ha solicitado diligencias preparatorias o hecho otros gastos preliminares para su contestación, justo sería que se los reembolsase el actor que retirara su demanda.

(1) Es el 320 de 1879; 315 de 1882; 322 de 1887; 130 de 1892 y 99; 128 de 1907 y 1913.

(2) Es el 321 de 1879; 316 de 1882; 323 de 1887; 131 de 1892 y 99; 129 de 1907 y 1913.

## JURISPRUDENCIA

## CASO 110

La rescisión de los actos fraudulentos del deudor, establecida por el art. 2450 del Código Civil (acción pauliana), puede alegarse como excepción.

En el juicio Segovia-Sacoto, por dinero, se resuelve:

1º Que no existe motivo alguno jurídico que impida pedir la declaratoria de rescisión, en una excepción que se propusiere, porque esto equivale a alegar la nulidad del respectivo acto o contrato; y 2º Que para que el acreedor pueda ejercitar la acción rescisoria establecida en el art. 2450 del Código Civil, no es necesario que se hubiese formado concurrencia de acreedores, bastando las pruebas de que trata la referida disposición legal.

Texto de los fallos:

## PRIMERA INSTANCIA

Valle, Agosto 6 de 1913, a las once del día.—Vistos: Para resolver la tercera excluyente de dominio propuesta por la señora Purificación Segovia, de la casa situada en la calle "La Paz", embargada en la ejecución seguida por el señor Rosendo Sacoto contra el señor Emilio Segovia, se observa: que tal tercera se apoya en el título inscrito que en copia corre a fojas 1 y 2 de este cuaderno, otorgado el 16 de Agosto de 1912: que contra aquella tercera ha deducido el ejecutante, señor Sacoto, como excepciones; la nulidad de la escritura en la que ella se funda, por falta de pre-cio; y en subsidio, el que se rescinda el contrato de compraventa materia de esa escritura, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2450 del Código Civil, y que el ejecutado señor Segovia, se ha convenido con esa tercera; sobre lo que se considera: 1º Que el título de fojas 1-2 hace prueba plena en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, así como con respecto a la verdad de las declaraciones de los interesados, con relación a ellos (arts. 1690 del primer Código y 149 del de enjuiciamientos): 2º Que por lo mismo, constando del precitado título, que la venta de la casa materia de la tercera se ha verificado por el precio de setecientos sucos pagados de contado, se ha cumplido con el cuarto requisito puntualizado en el art. 1435 del sustantivo: 3º Que las confesio-

nas prestadas por los señores Emilio y Purificación Segovia, con-  
testando a las posiciones 7ª y 8ª del interrogatorio de fojas 38 y  
3ª del de fojas 36, respectivamente, no desvirtúan el contexto del  
título de fojas 1 y 2, respecto del pago del precio: 4º Que el do-  
cumento corriente a fojas 52 y 53, aparece que Emilio Segovia  
adeuda de plazo vendido a Rosendo Sacoto, la suma de mil quin-  
ientos noventa sucres: 5º Que la anterior obligación se ha hecho  
exigible el día 5 de Agosto de 1912, y que la escritura, base de la  
tercera se ha otorgado en 16 de Agosto del mismo año: 6º Que  
tanto de la confesión prestada a fojas 37, como de la rendida a pe-  
nición del Juzgado por la tereerista, aparece que ésta tenía conoci-  
miento de los negocios que celebraba Emilio Segovia, por la razón  
de que éste vivía en compañía de aquella y aún negociaba en oca-  
siones con su dinero: 7º Que desde la fecha 16 de Agosto de 1912  
en que se ha otorgado la escritura de fojas 1 y 2, hasta la de la  
presentación del escrito de fojas 42 (Mayo 5 de 1913) en el que se  
ha alegado la rescisión, no ha transcurrido el plazo determinado  
en el N° 3º del ya citado art. 2450.—De estas consideraciones se  
deduce claramente: a) Que no existe la nulidad absoluta en el  
contrato, por falta de causa: b) Que con ese contrato, aunque  
válido, por existencia del precio, se ha perjudicado al acreedor  
Rosendo Sacoto, cuyo crédito se hallaba ya vencido: c) Que se-  
gún la regla que nos da la parte última del número 1º del art. 2450,  
tanto la adquirente Purificación Segovia, como el tradente Emilio  
Segovia, estuvieron de mala fe a la fecha del otorgamiento de la  
escritura de fojas 1 y 2; pues que ambos conocieron el crédito así  
a favor de Rosendo Sacoto, como el hipotecario a favor del doctor  
José María Montesinos. Mala fe, que se evidencia más, al notarse  
que la tradición de la casa, se hace a poco de vencerse el plazo del  
crédito a favor de Sacoto, y de omitirse en el instrumento de tra-  
dición, el gravamen real a favor del prenombrado doctor Montesi-  
nos: d) Que conforme a lo dispuesto en el art. 2450 en armonía  
con los arts. 790 y 1228 del propio Código Civil, y de acuerdo con  
las resoluciones publicadas en los números 2, 81 y 93 de la "Gaceta  
Judicial", primera serie, no es necesario para ejercitar la acción  
rescisoria prevista en este artículo, preceda concurso de acreedo-  
res, o cesión de bienes: por tanto, *administrando justicia en  
nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declara  
rescindido el contrato de compraventa de la casa enunciada, y  
situada en la calle de "La Paz", a favor de los acreedores del  
vendedor Emilio Segovia; y en consecuencia sin lugar la tercera  
propuesta por Purificación Segovia, con costas. Redúzcanse los  
folios 30, 34, 35, 45, 46, 58 y 59 al sello de tercera clase.—*Alfonso J. Sánchez*.—Cuenca, Agosto 7 de 1913.—Me conformo.—*Alfonso J. Mosquera*.

## SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Febrero 28 de 1914, a las dos de la tarde.—*Vistos*:  
Embargada la casa de Purificación Segovia para responder por el

crédito que Emilio Segovia contrajo a favor de Rosendo Sacoto,  
aquella propone tercera excluyente de dominio, con la que se  
allana el ejecutado Segovia; y el ejecutante Sacoto se exceptiona  
alegando la rescisión del contrato de venta celebrado en perjuicio  
de sus derechos. Para resolver esta contienda se considera: 1º  
Que la excepción de rescisión de un contrato es aceptable, porque  
entre las penultimas cuenta el art. 124 del Código, de enjuncia-  
mientos civiles aquella que tiene por objeto sostener que se ha  
extinguido la obligación, por uno de los modos expresados en el  
Código Civil; y en este Código el art. 1557, inciso 8º, señala la  
rescisión, como uno de los modos de terminar una obligación: 2º  
Que para declarar la rescisión de conformidad con el número 1º  
del art. 2450 del Código Civil, no es necesario que el deudor haga  
cesión de bienes, sino que el contrato sea en perjuicio de los  
acreedores, y que el otorgante y adquirente estén de mala fe,  
conociendo el mal estado de los negocios del primero; pues, la  
acción rescisoria de los contratos ejecutados en fraude de los  
acreedores, está garantizada en el Código ecuatoriano, no sólo de  
un modo general, en el art. 2450, sino también en los arts. 790,  
1228, 1374 y 1384: 3º Que en el presente litigio se ha justificado  
tanto el perjuicio del acreedor, como la mala fe del ejecutado y de  
la tereerista; pues, si el acreedor Sacoto, f6 mil quinientos noven-  
ta sucres en paga toquilla a Emilio Segovia, fue porque éste tenía  
su casa, la que según el art. 2447 del mismo Código debía respon-  
der del pago, la que quedaba como en especie de prenda, y vendi-  
da la casa a pocos días de vencido el plazo, quedó perjudicado el  
acreedor desde que el deudor carecía de otros bienes para el pago;  
y 4º Que el conocimiento que tuvo el adquirente del mal estado  
de los negocios del otorgante, o sea, la mala fe de ambos, se ha  
justificado con los siguientes datos: a) Que la casa la compró la  
Segovia a los pocos días de vencido el plazo para el pago de la  
deuda a Sacoto, según consta de las fechas de los documentos de  
fojas 1 y 52; b) Que de las preguntas que hace la tereerista en  
esta instancia al folio 13, manifiesta que Emilio Segovia es muy  
pobre, y ni él ni su mujer tienen bienes: c) Que la Segovia siendo  
titula del deudor conocía el estado de insolvencia del sobrino, y a  
pesar de ello compró la casa, sin dar un centavo, como aparece de  
las confesiones de los otorgantes: d) Que el vendedor continúa  
viviendo en la casa vendida: f) Y que pretendiendo la tereerista  
probar con testigos que es ella la propietaria de la casa porque dió  
el dinero, y que es ella la que hipotecó al doctor Montesinos,  
constando lo contrario en las escrituras respectivas que hacen fe  
en estos contratos, manifiesta el fraude y mala fe con que han  
procedido los contratantes, ocultando la verdad, aún el precio de  
la venta, lo que no es un medio legítimo como exige el art. 694  
del expresado Código al definir la buena fe. Por lo expuesto,  
*administrando justicia en nombre de la República y por autoridad  
de la ley*, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Devuél-  
vanse.—*Adolfo A. Torres*.—*A. Farfán*.—*B. Vazquez C.*

## TERCERA INSTANCIA

Quito, a 19 de Octubre de 1916, a las tres de la tarde.—Vistos: Desde que pedir la declaratoria de una rescisión, vale, simplemente, alegar la nulidad relativa del respectivo acto o contrato, no existe motivo alguno jurídico que impida el proponerla como excepción; y como, por otra parte, para que el acreedor pueda acogerse a la rescisión establecida en el art. 2450 del Código Civil, no es necesario, según la ley, el que se hubiese formado concurso de acreedores, dada la prueba acerca de que Purificación Segovia compró la casa con conocimiento del mal estado de los negocios de Emilio Segovia, resulta justa la sentencia recurrida. En esta virtud, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se la confirma con costas. Devuélvanse.—*Manuel E. Escudero.—A. Cirdenas.—Manuel B. Cuena.—Leopoldo Pino.—Adolfo Pérez.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 146, pág. 2403)

## COMENTARIO

Idéntica doctrina aplicó el Tribunal Supremo en la causa sobre la cual versa el caso siguiente; si bien la Corte Superior, de acuerdo con las ideas generalmente admitidas en nuestro foro, adoptó principios contrarios, como vamos a verlo. Nos referimos, por tanto, a ese comentario.

## CASO 111

La nulidad puede alegarse, no sólo como acción, sino también como excepción o reconvencción; y esto, aun tratándose de hacer valer la llamada acción pauliana, en un incidente de tercera excluyente.

En el juicio Rivadeneira—Espinoza, se resuelve: 1°

Que ningún principio ni ley alguna prohíbe el que se alegue, como excepción, la nulidad relativa de los actos o contratos;

2° Que, por el contrario, es indudable que el demandado, al hacer valer sus medios de defensa, puede acogerse a la nulidad así absoluta como relativa del acto o contrato en virtud de la cual se funda el título del derecho del demandante; 3° Que en el juicio de tercera, el tercerista tiene la calidad de actor, y son demandados el ejecutante y el ejecutado; y 4° Que, por lo tanto, el acreedor en su calidad de tal, tiene el derecho de oponer, a la tercera, como reconvencción, la nulidad del contrato celebrado entre el deudor y el tercerista, fundado en el art. 2450 del Código Civil, que favorece a todo acreedor a fin de que haga valer sus derechos, bien como demandante, bien como demandado.

## Texto de los fallos:

## PRIMERA INSTANCIA

Guaranda, Abril 10 de 1914, a la una p. m.—Vistos: En la ejecución seguida por la señora Encarnación Ribadeneira contra José Antonio Espinoza, exigiendo el pago de quinientos sueros y los intereses pactados del uno por ciento mensual, se procedió al embargo de una casa y terrenos que denunció la ejecutante, situados en la parroquia de Santiago, que se aseguró ser de propiedad del deudor. Motivó al embargo, Fernando Grabor, propietario de la casa excluyente, manifestando ser dueño absoluto de esos inmuebles; que corridos los traslados respectivos a la ejecutante y ejecutado, éste y aquella dieron las correspondientes contestaciones, reconvieniendo la primera por la rescisión del contrato de compra-venta celebrado por José Antonio Espinoza a favor del tercerista de los bienes enajenados en perjuicio de la acreedora, conociendo los contrahantes el mal estado de los negocios del deudor, que ambos han procedido de mala fe al tiempo de la celebración del contrato. Subsanciendo el incidente en la forma prescrita por la ley, de las pruebas practicadas, se hacen las observaciones siguientes: a) las escrituras públicas de venta que obran de fojas 52 a 56, 75 a 81, manifiestan que el deudor Espinoza vendió al tercerista y veinticuatro de Agosto del año de mil novecientos doce, esto es, ocho meses antes de realizarse el embargo de la casa y terrenos que motivan la tercera, que fue el veintuno de Abril de mil novecientos trece, sin que por lo mismo haya transcurredo el año de prescripción previsto por el número 3° del art. 2450 del Código Civil; b) consta que entre los bienes enajenados a los que se refieren dichos títulos, se encuentran comprendidos los embargados que relaciona el acta compulsada a fojas 99, que son los que dan fundamento para la tercera incidental de la discusión; c) la confesión judicial que da el tercerista en correspondencia al interrogatorio de fojas 2, evidencia el conocimiento que tuvo del mal estado de los negocios del deudor quien con dicha venta quedaba sin tener con que pagar a la acreedora, encontrándose aún el ejecutado en el mismo convencimiento, según se desprende de la aludida confesión, de las emitidas por el mismo Espinoza que están apoyadas con varias declaraciones de los testigos recibidas en conformidad al interrogatorio de fojas 42; d) de ese conocimiento mutuo, se colige de una manera indudable la mala fe en la que se encontraban el otorgante Espinoza y el adquirente Grabor al tiempo de los enunciados contratos de venta. De estos antecedentes, se concluye: que la tercera, si es verdad que es un incidente del juicio principal, se conceptúa como verdadera demanda propuesta por un tercero contra las otras partes litigantes, en la que se reconoce a éstos como demandados, que pueden proponer

Las excepciones que a bien tengan, reconviniendo aún por los derechos que les asiste, ya que la sustanciación legal es la ordinaria, que por lo mismo es admisible, lo reconvenido por la ejecutante. La ley ha garantizado con medios adecuados y eficaces el derecho de todo acreedor para hacer efectivo el pago de los bienes del deudor, especialmente cuando puede ser burlado por la codicia y mala fe; y es por esto que para asegurar su efectividad, dispone el art. 2450 que son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes que ha hecho cesión o de que se ha abierto concurso; y que en cuanto a los ejecutados antes, tendrán derecho los acreedores para que se rescindan, estando de mala fe el otorgante y el adquirente; por manera que la acción que tiene el acreedor para demandar la revocación de los actos fraudulentos del deudor, se limita no sólo para el caso de cesión de bienes o formado concurso, sino también para todos aquellos que se han ejecutado de mala fe, antes del año contado desde la fecha del acto o contrato que se hizo en perjuicio de los acreedores, ya que la ley no admite restricción alguna al respecto. Por tanto, *ad ministrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declara rescindida la venta materia de la tercera, y reconvención, condenando al tercerista en las costas del juicio.—*R. Terán Quevedo.—Ramón Almeida.*

## SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Julio 15 de 1915, las dos p. m.—Vistos: Para resolver la presente causa, se considera: 1º Que la tercera excluyente en juicio ejecutivo, aunque se sustancie ordinariamente es un incidente del mismo juicio; 2º Que siendo el fundamento de dicha tercera el dominio adquirido por el tercerista, la sentencia tiene que limitarse a resolver sobre el pretendido dominio; 3º Que el ejecutante y el ejecutado pueden impugnar dicho dominio, alegando todas las excepciones apropiadas para demostrar que el tercerista no ha sido dueño, y entre ellas cabría la de nulidad del título o de la tradición, ya que ni ésta, es válida, en faltando título válido, según precepto del art. 664 del Código Civil; 4º La rescisión es siempre acción, y no excepción; pues, aunque pueda alegarla el demandado, tiene que hacerla valer en forma de excepción, que no es otra cosa que una nueva demanda dirigida en el mismo juicio contra el actor; 5º No hay ley alguna que autorice introducir una nueva demanda en el incidente de tercera, desnaturalizando el fallo definitivo que debe resolver sobre el dominio, como ha sucedido en esta causa en que el juez inferior nada resuelve sobre el fundamento de la tercera; 6º Si se introdujo la nueva demanda en el incidente de tercera, aunque sea en forma de reconvención, no se la debe sustanciar, y se hace necesario rechazarla como improcedente; 7º Las partes están de acuerdo en que los inmuebles materia de esta tercera, son los mismos que están embargados, a la vez que el tercerista ha justificado plenamente con su escritura pública, inscrita, que obra desde fo-

jas 52 a 56, ser dueño de los inmuebles a que dicha tercera se refiere. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se acepta la tercera deducida por Fernando Aguilar, a quien se le declara dueño de los inmuebles individualizados en su tercera, y se rechaza por improcedente la acción rescisoria, propuesta por Encarnación Ribadeneira viuda de Verdesoto, como reconvención en el incidente. Queda así revocada la sentencia que ha venido en apelación. Sin costas. Como el inferior, nada falló propiamente sobre la tercera, se impone la multa de ocho sueres al asesor doctor R. Terán Quevedo. Notándose que el doctor Angel Polivio Chávez ha defendido al tercerista y al ejecutado, que son partes contrarias, aunque accidentalmente estén de acuerdo, se le impone la multa de cuatro sueres; y por cuanto puede estar comprendido en el art. 236 del Código Penal, se ordena que el Alcalde pase copias de la tercera de fojas primera y de la contestación de fojas treinta, y dos, al Juez Letrado de Bolívar.—*R. Vallejo G.—Daniel León.*

## TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 31 de 1920, a las dos y media de la tarde.—Vistos: Ningún principio ni ley alguna prohíbe el que se alegue, como excepción, la nulidad relativa de los actos y contratos; y, por el contrario, es indudable que el demandado, al hacer valer sus medios de defensa, puede acogerse a la nulidad así absoluta como relativa del acto o contrato en el cual se funda el título del derecho del demandante. En el juicio de tercera, el tercerista tiene la calidad de actor, y son demandados el ejecutante y ejecutado; y, por lo tanto, Encarnación Ribadeneira viuda de Verdesoto, en su carácter de acreedora, tuvo el derecho de oponer, a la tercera, la nulidad del contrato celebrado entre José Antonio Espinosa y Fernando Aguilar, fundada, desde luego, en el art. 2450 del Código Civil, que favorece a todo acreedor, a fin de que haga valer sus derechos, bien como demandante, bien como demandado. Por esto y por lo de que no pugna con la ley el que se interale, en el juicio de tercera, una reconvención tendiente a que se reconozca o se deniegue un derecho conexo con el dominio mismo alegado por el tercerista, se estiman improcedentes los fundamentos que, en cuanto a los puntos expresados, contiene el fallo recurrido; y como, de otro lado, según lo observa el Juez de primera instancia, en ese contrato concurren los vicios anotados en el referido art. 2450, esto es, consta que el contrato se celebró estando de mala fe así el vendedor como el comprador, ya que conocieron el mal estado de los negocios del primero, es legal el fallo de primera instancia, no el de segunda. En esta virtud, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, revocada, en todas sus partes, la sentencia recurrida, se confirma la de fojas 100-101. Legalizado este papel, devuélvase.—*R. Albán Mezanza.—A. Cárdenas.—Leopoldo Pino.—Adolfo Plas.—Agustín Cueva.*

“Gaceta Judicial”, Serie Cuarta, Nº 106, pág. 850)

## COMENTARIO

Defendimos a la ejecutante señora Encarnación yuda de Rivadeneira, ante la Corte Suprema, y en nuestro alegato desarrollamos con alguna amplitud la doctrina que, admitida por el juez de primera instancia, lo fue también por ese respetable tribunal.

Esa doctrina es una fiel aplicación de los principios jurídicos que recordamos al explicar en la prop. 426 el constitutivo esencial de las excepciones. La ley sustantiva—dijimos entonces—no crea, en rigor de verdad, acciones ni excepciones, sino derechos; y éstos toman en el campo de la ley adjetiva, la forma o carácter de acciones o excepciones, según que obren como ataque o como defensa en la vía judicial.

El mencionado alegato se publicó, junto con los fallos, en el N° 65 de la Revista Forense.

## CASO 112

**Admitida la excepción principal, no pueden considerarse las subsidiarias.**

*En el juicio Veta-Sevilla, sobre aguas, se resuelve: 1º Que el agua que corre por una acequia, para el uso o cultivo de un predio, es un bien raíz que forma parte del predio, ya que no es posible poner las aguas entre los objetos determinados en el art. 560 del Código Civil: 2º Que, por lo mismo, para que haya transferencia del dominio de tales aguas, se debe inscribir el título de venta: 3º Que el que así adquiere las aguas, sin la inscripción, no puede transmitir el dominio ni a sus herederos ni a terceras personas: 4º Que, practicada la inscripción después de trabada la litis, no surte, en la causa, ningún efecto; y 5º Que, dada la legitimidad de una excepción, las demás, que se hayan deducido de un modo subsidiario, no pueden ser consideradas en la sentencia.*

Texto del fallo:

## TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 26 de 1915, a las dos de la tarde.—Vistos: Se considera: 1º, que el fallo de primera instancia, se halla ejecutoriado respecto de las excepciones 1ª y 2ª; 2º, que son legales los funda-

mentos aducidos, en la sentencia recurrida, en orden a la excepción 3ª, 3º, que la inscripción de la escritura de fojas 224, hecha en la Oficina de Pelileo, no surte efecto, en esta causa, por haber sido practicada después de haberse trabado la litis y 4ª, que, dada la legitimidad de la excepción 3ª, las demás, como deducidas de modo subsidiario, no pueden ser consideradas en esta sentencia. Al mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas, el fallo de fojas 581. Legalizado este papel, devuélvase.—*Leopoldo Pino.—A. Oyarzún.—Manuel B. Cueva.—Francisco Andrade Marin.—Manuel E. Escudero.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 84, pág. 1906)

## COMENTARIO

Acción o excepción subsidiaria es la que se propone para el caso en que no sea admitida otra; y por lo mismo, en el caso contrario, en el de la admisión, debe considerarse no deducida; no es materia de la controversia, ni tampoco puede serlo de la sentencia. Props. 372 y 429.

## CASO 113

**La excepción de mera tenencia en juicio reivindicatorio, es dilatoria o perentoria?**

*En la causa de Claudio Campusano contra Adela Serminario, se resolvió que era dilatoria.*

Texto de los fallos:

## PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Setiembre 7 de 1896, a las nueve a. m.—Vistos: Doña Adela Seminario de Indaburo se niega a entrar en el actual juicio de reivindicación que le ha propuesto don Claudio Campusano, alegando, en primer lugar, que ella no es poseedora sino mera tenedora, como arrendataria de la Municipalidad, del terreno sobre que versa la demanda; y, en segundo lugar, que hay litispendencia entre la Municipalidad y el demandante sobre la propiedad del mismo terreno. Para justificar estas excepciones ha presentado en el término de prueba las compulsas que corren de fojas 13 a 27, con vista de las cuales se considera: 1º Que la demandada no ha probado ser actuamente arrendataria del terreno, pues la copia sacada del respectivo libro del Tesorero Municipal, con que se ha intentado probarlo, se lo demuestra que lo fue anteriormente, no que lo sea en la actualidad; y 2º Que tampoco ha probado la litispendencia alegada en subsidio, pues no hay identidad ni de

persona ni de acciones entre la presente demanda y el juicio de obra nueva compulsada, con que ha querido establecerse esta excepción. En consecuencia, se declara sin lugar las excepciones propuestas. Sin costas. Habilítese esta hoja de papel al sello de tercera clase.—*Castro*.

## SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Enero 30 de 1897, las tres p. m.—Vistos: La señora Adela Seminario viuda de Indaburo al ser citada con la demanda reivindicatoria propuesta por don Claudio Campuzano, declaró que ella no era sino mera tenedora de la faja de terreno materia de aquella y que la tenía a nombre de la Ilustre Municipalidad de este cantón; particular que aun ha llegado a justificar en la estación respectiva. Por tanto, se revoca el auto venido en grado y se declara que dicha señora ha cumplido con lo preceptuado en el art. 887 del Código Civil y que por lo mismo no debe continuar con ella el juicio. Resuelto este incidente se hace necesario tomar en cuenta la excepción de litispendencia, propuesta subsidiariamente. Sin costas.—*Gómez—Maldonado—Servin*.

## TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 28 de 1898, las dos.—Vistos: La primera de las dos excepciones propuestas, a fojas 6, por Adela Seminario no excluye ni extingue perpetuamente la acción deducida por el demandante, sino que, sin extinguirla ni excluirla del todo, dilata, y no más, su ingreso en el juicio: esa excepción, pues, es dilatoria, no perentoria, y, por lo tanto, la sustanciación que a ella, habido el juez de primera instancia—la determinada en el art. 459 del Código de enjuiciamientos civiles—es la legal. Asimismo, como el juez que previno en el conocimiento de la causa fue quien dictó el auto de la prueba, según consta a fojas 9, la inexactitud en que ha incurrido el Escrivano al expresar, en la subsiguiente diligencia, que la citada resolución fue expedida por otro juez que aquel, no importa una falta sustancial, capaz de afectar la validez del propio auto. Por lo demás, se considera: que las copias de fojas 13-18 con que prueban que Adela Seminario es mera tenedora del terreno objeto de la reivindicación deducida por Claudio Campuzano; que, de considerarse extinguido el contrato de arrendamiento del indicado terreno, celebrado por la primera con la Municipalidad de Guayaquil, al actor le cumpliría justificar que dicha señora fuese poseedora toda vez que ella ha negado tener esta calidad; y que ninguna justificación ha presentado él a este respecto. Por consecuencia, se confirma, con costas, el auto de que se ha recurrido. Devuélvase.—*Espinosa de los Monteros—Montalvo—Montalvo—Albarrán—Pérez*.

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, Nº 104, pág. 827)

## COMENTARIO

Nuestra opinión es contraria: creemos que la excepción de mera tenencia es netamente perentoria; pues los elementos esenciales de la acción reivindicatoria, según la misma definición legal, contenida en el art. 880 del Código Civil y reconocidos por la doctrina jurídica universal, son el dominio del reivindicante y la posesión del demandado. Por consiguiente, el demandado que niega ser poseedor, no se limita a recusar el combate judicial; por el contrario, lo ataca y tiende a destruir la acción contra él intentada, atacándola en uno de sus elementos esenciales. Deducida esa excepción, al actor le conviene ampliar o modificar su demanda, extendiéndola al tercero a cuyo nombre declara poseer el demandado a fin de que, sustanciada la causa con los dos, la sentencia surta efectos de cosa juzgada respecto de ambos, y sea condenado el uno o el otro, según que el demandado pruebe o no su aseración.

La doctrina del Tribunal Supremo, a más de alterar el carácter esencial de la excepción, da lugar al conflicto de que, sustanciada la dilatoria, el demandado pruebe su aseración y quede libre de la demanda, y, promovido el nuevo juicio contra el tercero, éste pruebe también no ser poseedor y demienta plenamente la prueba del anterior demandado; en cuyo caso el dueño reivindicante sucumbe en ambos pleitos y queda en imposibilidad de recaudar su cosa. Véase la prop. 427.

## CASO 114

**Es inaceptable para el sucesor la excepción que lo fue para el antecesor.**

Así se lo reconoce y declara en el juicio Jácome—Pérez, en extensos fallos sobre cuestiones de hecho que no atañen a nuestro estudio. Por lo cual, y por cuanto el principio jurídico es evidente, omitimos los fallos y el comentario. Serie 3ª, Nº 118, pág. 21801

## CASO 115

**La ilegitimidad de personería consiste en incapacidad legal o falta de poder.**

Así se lo declara, de perfecta conformidad con la ley y los principios, en el juicio sucesorio de José Valizán, agre-

*gando que, por lo mismo, no atañe a la personería la oposición a la calidad de heredero del demandante.*

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Julio 15 de 1880, a las doce del día.—Vistos: Las únicas excusas que no son susceptibles de allanamiento son las que determina el art. 1112 del Código de enjuiciamientos en materia civil, y como no es una de ellas la propuesta a fojas 5 por el señor Alcalde 2º Municipal en virtud del allanamiento de Pablo Reyes, única parte a quien podía perjudicar su intervención, ha hecho bien al dictarse la providencia de 22 de Junio último. Por tanto, siga conociendo dicho Alcalde. En cuanto a la solicitud de Pablo Reyes, fojas 121, proponiéndose en ella un nuevo juicio, que es el de posesión efectiva de los bienes de la herencia, hágase por cuenta de separada, siendo en ésta donde se hará mérito de su personería y pases el actual, que es de inventario, no puede ser interrumpido en manera alguna. Sin costas.—*Ambrósio Munguá.—Guerrero.*

Guayaquil, Setiembre 27 de 1880, a las doce del día.—El auto de que recurre Pablo Reyes no le trae gravamen irreparable. Por tanto, no ha lugar al recurso de apelación.—*Manuel Borbora.—Guerrero.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Diciembre 6 de 1880, las tres de la tarde.—Vistos: En el escrito de fojas 121, Pablo Reyes presentando algunos poderes de la familia española Valdizán, ha solicitado: 1º, que se le declare parte legítima en el juicio de inventarios y demás incidentes de la testamentaria de José Valdizán y Díaz, en representación de los herederos legítimos del finado; y 2º, que se le dé posesión efectiva proindiviso de los bienes hereditarios. En su consecuencia, se pronunció el auto de fojas 126 vuelta, disponiéndose en él, que Reyes promueva el juicio de posesión efectiva proindiviso, por separado, del juicio de inventarios, que es independiente del de la mencionada posesión; y en esta resolución es indudable que no se ocasionó ningún agravio irreparable en definitiva a los herederos de Valdizán, y por consiguiente, el juez de 1ª instancia, negó la apelación, de conformidad con el inciso 2º del art. 565 del Código de enjuiciamientos civiles. No sucede lo mismo, en cuanto a la otra resolución sobre la personería de Reyes: pues habiendo ésta solicitado que se le declare parte legítima en el juicio de inventarios, partición, de bienes y demás incidentes de la testamentaria, era necesario una resolución pronta y terminante sobre este particular; y no dejarla pendiente, para hacer mérito de su personería en el otro juicio (sobre posesión efectiva) con lo cual quedó el punto sin resolverse. En esta parte, el auto era apelable; y el

juez debió haber concedido el recurso interpuesto; y por haberse negado ilegalmente, se interpuso el de hecho, que se admite por la razón antedicha. Entrando el Tribunal en lo principal, relativo a la personería, observa: que el instrumento público de fojas 119 no es en realidad otra cosa que la sustitución de poder que ejercía Julián Sedano, para lo cual estaba suficientemente autorizado; y por esta razón, se reforma el auto apelado, declarándose: que Pablo Reyes es parte legítima en el juicio de inventarios, partición de bienes y demás incidentes. Sin costas.—*Cello.—Campos.—Marrótt.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Febrero 21 de 1881, a las doce y media.—Vistos: La falta de personería, consiste en la incapacidad legal o falta de poder, según el art. 314 del Código de enjuiciamientos civiles, y como no consta que Pablo Reyes tenga alguna que le impida parecer en juicio ejerciendo el poder sustituido por Sedano y Sedano, es claro que no puede rechazarse su intervención en el juicio de inventarios; pues que la ilegitimidad de personería no debe confundirse con la oposición que se ha hecho a la calidad de herederos del finado Valdizán en las personas que han otorgado los poderes que obran en autos; porque ese punto se ha de ventilar bien en el juicio de posesión efectiva o en el de partición. En estos términos se confirma con costas el auto recurrido. Devuélvase.—*Nieto.—Portilla.—Arboleada.—Espinososa de los Monteros.—Saenz.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 130, pág. 1036)

COMENTARIO

Por ser el punto jurídico muy obvio, aunque, con frecuencia mal comprendido en la práctica, nos limitamos a referirnos a la prop. 432.

CASO 116

**Personería.—El vicio del título en que se funda la acción, afecta, no a la personería, sino al derecho mismo.**

*Así se lo declara, muy acertadamente, en el juicio sucesorio de María Espinosa, revocando el fallo de segunda instancia.*

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Octubre 10 de 1907, las dos p. m.—Vistos: Los interesados en los bienes de la fallecida señora María Espinosa han



puesta la demanda, esto dice, no a la personería de dicho excurador, sino al derecho mismo controvertido. Por esto, y porque la nulidad alegada por el doctor Balarezo en esta instancia no puede ser considerada, atento el número 2º del art. 401 del Código de enjuiciamientos civiles; se revoca el auto que ha venido en grado, y se manda devolver el proceso a la primera Sala de la Corte Superior de Quito, para que resuelva en lo principal.—*Montalvo.—Albán Mestanza.—Cardenas.—Cueva.—Uquillas.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, Nº 144, pág. 1148)

### COMENTARIO

Lamentamos una vez más la omisión en que tan a menudo incurrian antes los tribunales, y en que, a veces, incurren todavía, del deber de puntualizar con precisión la materia de la controversia, en el encabezamiento del fallo. No se sabe aquí, a punto fijo, sobre qué versó la demanda del señor Sarasí contra los herederos de Juana Miranda, ni en qué carácter intervinó desde el principio el doctor Balarezo; pero el auto de primera instancia da a entender que se trató sólo de un juicio de exhibición.

De todos modos, no se nos ocurre cómo, en un caso de estos, la indebida intervención del curador que ha cesado en su cargo, afecte, no a la personería, sino al derecho controvertido. Aunque, por otra parte, si atendemos a los someros datos que suministra el fallo de primera instancia, parece que propiamente no hubo cesación del cargo del curador de la herencia yacente, sino indebido nombramiento del tal curador, puesto que, cuando se lo hizo, ya estaba aceptada la herencia.

### CASO 118

**Personería.—Distinción entre la falta de personería y la falta de derecho.—**  
**Independencia.—¿La hay si el acreedor que ha deducido tercera coadyuvante en un juicio ejecutivo, propone también demanda aparte?**

*En el juicio Jara-Cobos, se resuelve: 1º Que no hay cuestión sobre personería, si lo que se disputa es, no la capacidad jurídica del actor, sino el derecho mismo que éste trata de fundar sobre una cesión o traspaso. 2º Que, deducida la tercera coadyuvante, no hay inpendencia si no consta que se la este ya sustentando, conforme al art. 576, median-  
te la notificación de la demanda y la trabazón de la litis.*

### Texto de los fallos:

#### PRIMERA INSTANCIA

Quenca, Julio 6 de mil novecientos veintinueve. Las ocho de la mañana.—Vistos: Notificado el señor doctor Tomás Cobos, con el auto de pago, por la cantidad de dos mil sueres e intereses provenientes de la compra del impuesto de veintitres centavos en litro de aguardiente que se introduzca o consuma en la parroquia de Girón durante el año de mil novecientos trece, según documento otorgado en favor del asentista señor don Alcibíades Vega, y oído en favor del ejecutante señor don Benigno E. Jara, aun cuando ha propuesto por excepciones: falta de personería legítima en el ejecutante, como cesionario del crédito: que no habiéndosele entregado las guías legales, para hacer uso del derecho de introducir aguardientes, no es devor de los dos mil sueres; y que existe juicio pendiente, en cuanto que el señor Jara tiene propuesta ante otro Juez tercera coadyuvante por el mismo crédito, ellas no tienen valor alguno legal.—No la primera porque del documento de fojas 1ª, que se halla legalmente reconocido por el ejecutado doctor Cobos, consta que éste lo otorgó reconociendo en el señor Alcibíades Vega, el derecho para hacerle la venta del impuesto y con carácter que en tal documento se indica; derecho que por la notificación y aceptación expresa e incondicional de parte de dicho doctor, quedó radicado en el cesionario señor Jara: No la segunda porque además de que del documento no consta que la falta de guías, lo que tampoco se ha probado, envuelve condición para que el contrato no surta ningún efecto, el señor doctor Cobos, aun como sustituto en los derechos del asentista, ha debido, en su caso, requerirlas del empleado autorizado por la ley del ramo para conferirla. Tampoco la tercera, porque nada se ha probado al respecto, y ni menos ella habría constituido la falta de derecho en el ejecutante para perseguir el cobro de su crédito. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declaran sin lugar las excepciones propuestas; y siendo como lo es este un juicio ejecutivo, se pronuncia sentencia ordenando que el ejecutado señor doctor Tomás Cobos, pague inmediatamente la deuda que ha contraído, y que de no hacerlo se embarguen bienes equivalentes a ella, intereses y costas en que se le condena, y se proceda al depósito, avalúo, pregones y remate. Legalísimamente se previene que todo escrito injurioso, como contrario a la cultura y consideración a que está obligada la persona que confunde en juicio, se lo rechazará con la imposición de la multa que corresponde, sin perjuicio de lo más que haya lugar en derecho.—Miguel Charres Maldonado.—Girón, Julio 11 de 1921.

las ocho a. m.—Me conforme con la sentencia anterior, y en virtud de hallarse ausente el Escribano actuario señor doctor Luis S. Chiriboga y por no haber otro, ya que también se encuentra el Escribano señor doctor Honorato Ochoa, se nombra de Secretario ad-hoc al señor Francisco L. Coronel, quien hallándose presente aceptó el cargo que se le ha confiado, juró según derecho proceder fiel y legalmente y firmó con el señor Alcalde. Doy fe.—*Leopoldo Abad.—Francisco L. Coronel.*

## SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, 22 de Julio de 1922, las cinco de la tarde.—**Visitas:** Para fallar en esta segunda instancia el juicio ejecutivo propuesto por Benigno E. Jara contra el doctor Tomás Cobos, por la suma de dos mil sueres y sus intereses del uno por ciento mensual, a contar desde el dos de Enero de mil novecientos catorce, según lo estipulado en el documento, con que se propuso la ejecución, se considera: primero, que son improcedentes, a más de no estar probadas, las dos primeras excepciones propuestas por el doctor Cobos, constando, por otra parte, de la razón que se lee al reverso del mencionado documento, que este doctor aceptó el traspaso sin ninguna restricción; segundo, que la excepción de litispendencia, aunque negada por el ejecutante en el escrito de los folios 11 y 12 y en la confesión del mismo, que se registra a fojas 24, 25 y 26, se halla confesada después, en el último párrafo del alegato que corre de los folios 27 a 32; y tercero, que las tercerías coadyuvantes, en juicio ejecutivo, participan de la naturaleza de ésta, como que no son sino incidentales del mismo, cuyo objeto es igual al que persigue el actor principal, esto es, el de hacer efectivo un crédito; tanto más, cuanto que la ley faculta al tercerista coadyuvante, al impulsar la ejecución, hasta llegar al remate, y luego discutir sobre la legalidad y preferencia de los créditos. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, y aceptándose la excepción de litispendencia, se revoca el fallo venido en apelación, condenándose al ejecutante en las costas de primera y segunda instancia, conforme con lo dispuesto por el art. 398 del Código de Enjuiciamiento Civil.—**Comparadas entre sí las respuestas primera y segunda, de la confesión de los folios veinticinco y veintiséis, y tomado en cuenta lo que el mismo ejecutante manifiesta en el sobre dicho último párrafo del alegato, se descubre que Benigno E. Jara ha incurrido en perjuicio manifiesto, por lo cual se ordena su enjuiciamiento criminal, a cuyo fin se enviarán al Juez Letrado Primero del Azuay copias de la demanda, de las excepciones, del escrito de los folios 11 y 12, de las posiciones de fojas 24, de la absolución de los folios 25 y 26 y del alegato que corre entre los folios 27 y 32, todos de primera instancia. De conformidad con el párrafo último del art. 204 de la ley Orgánica del Poder Judicial, se impone la multa de ocho sueres, a asesor doctor Miguel Cherras Maldonado, por no haber expedido la orden de este enjuiciamiento. **Habilitense los folios de pago****

## JURISPRUDENCIA

deficiente, fiense los timbres de ley y devuélvase el proceso al inferior.—*Alfonso M. Borrero.—Octavio Cordero Palacios.—Julio T. Torres.*

## TERCERA INSTANCIA

Quito, Marzo 2 de 1923, a las cuatro de la tarde.—**Visitas:** Considerada así la demanda del juicio ejecutivo de Benigno E. Jara contra don Tomás Cobos para que éste pague la suma de dos mil sueres e intereses estipulados, según el documento de fojas 1<sup>a</sup>, observe: a), la excepción de falta de personería, aunque impropia, mente expuesta, por no corresponder lo alegado a la falta de capacidad jurídica del actor para comparecer en juicio, ella se refiere a la carencia de derecho del actor para exigir el pago que pretende, falta que se la funda en no existir ni haber existido la sociedad Vega-Ullauri y C<sup>as</sup>, a quien, según se dice, corresponde el título de acreedor, de conformidad con lo expresado en el documento. Y esta excepción, aun en ese aspecto, no tiene fundamento legal, porque el documento de fojas 1<sup>a</sup>, reconocido por Cobos, como lo otorgó, hace tanta fe respecto de las obligaciones de Alcibíades Vega que quien vendió a Cobos los impuestos sobre la producción e introducción de aguardiente, vendedor que había adquirido el derecho de percibir este impuesto, en virtud de ser asenista; y por esto el vínculo jurídico se estableció por el contrato entre Cobos y Vega, aunque éste haya sido Gerente de la sociedad Vega-Ullauri y C<sup>as</sup>, cuya existencia, de hecho, está reconocido aún en el mismo documento. Y siendo Vega el sujeto de derecho, éste tuvo facultad para traspasarlo al actor, quien, en virtud del reconocimiento del traspaso y de su aceptación por el demandador, es el cesionario del derecho del primitivo acreedor; b), en el documento no consta que Alcibíades Vega se hubiese obligado a entregar las guías que el ejecutado afirma no haberlas recibido; y además, no hay prueba alguna respecto de esta obligación del vendedor; c), la excepción de litispendencia, no tiene a su favor otra prueba que la confesión del actor, así en la dada con juramento, que corre a fojas 25 del primer cuaderno, como en la declaración del mismo en su solicitud de fojas 27 a 32; mas esta prueba no demuestra que la demanda de tercería del acreedor ejecutante, exigiendo el pago de la suma que hoy la reclama en el juicio ejecutivo, haya llegado al caso de estar suscitándose en el juicio ordinario, con arreglo al art. 576 del Código de enjuiciamiento civiles, suscitación que comienza por la notificación de la demanda y trabazón de la litis, requisito indispensable para que nazcan los efectos concernientes a la litispendencia, si tuvieran razón de ser en éste caso; d), **la sentencia que declara tan sólo que dejó la tercería coadyuvante por el crédito que reclama en este juicio ejecutivo cuando se trató de rematar por otro acreedor, un predio del deudo. Cobos, remate que no produjo ni jo**

suficiente para cubrir el crédito de la ejecución. Esta confesión tiene un valor indivisible y corresponde el mérito de verdad a todo el contenido de la confesión de Jara, mas no tan sólo a una de sus partes; *d*), no hay oposición entre los hechos contenidos en las contestaciones primera y segunda de fojas 25, dadas con juramento por el ejecutante Jara, porque en la contestación a la primera pregunta, aquel afirma no haber propuesto la tercera; y en el duplicado del documento que se expresa en dicha pregunta; y en la parte última de la contestación a la pregunta segunda, Jara afirma que no recuerda haber propuesto la tercera con el documento cedido por Vega: una y otra contestación se refieren a hechos diversos entre los que no hay oposición. Y por lo que concierne al párrafo último, que consta a fojas 31 y 32, esa exposición no es con juramento, elemento constitutivo del perjurio según el art. 210 del Código Penal, y además, contiene solamente la explicación de la manera como Jara, con posterioridad a la confesión, llegó a cerciorarse de haber deducido la demanda de tercera. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, revocada la sentencia recurrida, se confirma la de primera instancia. Con costas de las tres instancias. Devuélvase.—*Modesto A. Penabazerra*.—*Manuel E. Escudero*.—*José L. Román*.—*Adolfo Pérez*.—*Manuel Montalvo*.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 101, pág. 806)

#### COMENTARIO

La resolución concerniente a personería está de todo en todo conforme con la doctrina que hemos expuesto a propósito de la prop. 432. La cesión o traspaso de un crédito atañe efectivamente al derecho mismo del actor, y su falta o deficiencia puede dar lugar a una excepción perentoria, pero no cabe en ningún modo a la dilatoria de personería, que no cabe sino por incapacidad legal de persona en juicio o por falta de título para representar a otra persona. La relativa a la litispendencia está también en lo justo. Si no consta haberse notificado siquiera la tercera al ejecutante y al ejecutado, ni que haya comenzado la discusión sobre ella en la forma legal, no puede decirse que haya juicio pendiente sobre el crédito materia de la tercera.

#### CASO 119

**Personería en juicio de nulidad o insubsistencia de testamento.**

*En la causa seguida por doña Mercedes Mombán, sobre nulidad o insubsistencia del testamento de su finado esposo don Jo-*

*se María Avilés se resuelve: Que, por ilegitimidad de personería, es nulo el juicio en que se discute la validez o insubsistencia de un testamento, no en razón de su forma, sino en cuanto a su fondo, cuando, sin haber determinado el actor la persona o personas contra quienes dirige su acción, no se ha notificado con la demanda a todos los beneficiados en dicho instrumento, pues son directamente interesados en la subsistencia de sus disposiciones.*

Texto del fallo:

#### TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 27 de 1877, a la una.—Vistos: Están convenidas las partes en que la cuestión debatida en este proceso no versa sobre la nulidad del testamento de José María Avilés por falta o vicio en las formas de su otorgamiento, sino acerca de su validez o insubsistencia en el fondo, esto es, si sus disposiciones testamentarias deben o no prevalecer por no haber acaecido el suceso previsto por el testador; y así se deduce del tenor de los escritos fojas 1ª y 15. De consiguiente, y no habiéndose determinado en esos escritos la persona o personas contra quienes se proponía la demanda, debió notificarse ésta a todos los beneficiados en dicho testamento, como directamente interesados en la subsistencia de sus disposiciones. Si el art. 1285 del Código Civil autoriza al albacea para poder parecer en juicio defendiendo la validez del testamento, prescribe, al mismo tiempo, que lo ha de hacer con intervención de los herederos presentes; esto es, de los instituidos, o del curador de la herencia yacente; pues las palabras *y en todo caso* de que usa, no excluyen a ninguno. Dedúcese de lo dicho, que el presente juicio no se ha seguido contra persona legítima, y, por lo mismo, se ha faltado a la segunda de las solemnidades sustanciales prescritas en el art. 771 del Código de enjuiciamientos civiles. Por tanto se declara la nulidad de lo obrado, y se repone el proceso a costa del asesor y de los jueces de segunda instancia, al estado de fojas 24, esto es, al de que se notifique la demanda a todos los herederos y legatarios designados en el testamento, para que se siga el juicio por los trámites de la vía ordinaria. Devuélvase.—*Porilla*.—*Alvarado*.—*Montalvo*.—*Muñoz*.—*Herrera*.

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N° 51, pág. 408)

#### COMENTARIO

Por haberse publicado en la Gaceta sólo el fallo de tercera instancia, silenciando en éste el nombre de las partes que figuraron en la causa, no puede saberse a cien-

cia cierta a quien o quienes se notificó la demanda. Si se contó sólo con el albacea, la nulidad del proceso estaría muy bien declarada, porque el albacea no puede comparecer por sí solo, sino con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente, en su caso, como dice el art. 1285, citado por la Corte. Mas si se contó con los mencionados herederos, creemos que no habría nulidad, aunque se hubiese omitido la citación a alguno o algunos de los interesados. Sólo que el fallo no habría podido surtir efectos de cosa juzgada sino con respecto a las partes que intervinieron y a sus sucesores, según los principios generales de la cosa juzgada, consignados en nuestro art. 341.

Por lo demás, si en la demanda de nulidad o de *revisión* (que no sabemos qué significa en este caso) se omitió el nombre de los demandados, deber del juez era ordenar que se la aclarase; bien así como el demandado podía deducir excepción dilatoria de litispendencia.

## CASO 120

**Personería objetada como consecuencia de impugnación de un estado civil.**

*En el juicio de la señora Chabín viuda de Durango contra el Fisco, se resuelve que, si se objeta el derecho de representación, por impugnarse el estado civil en que se funda la actora para litigar a nombre de sus hijos, la cuestión de personería debe decidirse en la sentencia definitiva, como consecuencia de la decisión sobre el estado civil, lo mismo que la calidad de herederos, en los hijos de la actora, y la suficiencia del poder otorgado por ella en el susodicho carácter de viuda.*

Texto de los fallos:

## PRIMERA INSTANCIA

Quito, a tres de Febrero de 1916, las tres p. m.—Vistos: Durante la dilación probatoria concedida en el auto de fojas 7, la señora Juana Chauvin no ha comprobado, con la partida de defunción ni de otra manera, que su esposo señor Francisco Durango haya fallecido, y que, por lo mismo, ella y sus hijos menores sean herederos de dicho señor: faltando, en consecuencia, la justificación del derecho que le asiste para entablar la acción y aún para haber conferido el poder al doctor Manuel B. Cueva García; razón

por la que se aceptan las tres primeras excepciones deducidas por el señor Agente Fiscal en el escrito de fojas 5, y se declara sin lugar la demanda de fojas 2. No se consideran las otras excepciones, por no ser necesario, una vez que quedan admitidas las tres primeras. Sin embargo, se hace constar, que aunque la notificación con la demanda no hubiese sido válida, por haberse hecho en tiempo inhábil, por el hecho de haberla contestado el señor Agente Fiscal, quedó cumplida esa solemnidad, como así lo prescribe el art. 415 del Código de enjuiciamientos civiles. Además, la palabra previamente que usa el inciso 2º del art. 194 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, quiere decir que antes de practicarse la diligencia, se ha de habilitar el tiempo, aunque esta habilitación se haga en el mismo tiempo inhábil, y que precisamente se ha de hacer en el tiempo hábil. Sin costas.—Valencia L.

## SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Septiembre 27 de 1916, a las tres de la tarde.—Vistos: El fallecimiento de Francisco Durango es un hecho que no ha sido negado expresamente en ninguna de las excepciones de fojas 5, para que hubiese sido considerado por el inferior en el auto interlocutorio de fojas 26; mas, aun supuesto desconocido ese hecho, tal desconocimiento, por lo mismo que afecta al derecho para entablar la acción deducida por la heredera Juana Chauvin como lo reconoce el inferior, no dice relación a la personería de la actora, ni ha podido considerarse como excepción dilatoria, sino únicamente como perentoria para el efecto de declarar sin lugar la demanda, declaratoria que correspondía hacerse tan sólo en la sentencia definitiva. Y como, además, consta de los autos que la expresada señora es realmente madre legítima de los menores Elvira, Olmedo y Rebeca Durango, y el poder conferido por aquella al doctor Manuel B. Cueva, es perfectamente válido y suficiente; resulta que no son aceptables las dilatorias de falta de personería opuestas por el señor Agente Fiscal en el citado escrito de fojas 5. En tal virtud, se revoca el auto de fojas 26, del cual se ha recurrido. Sin costas. Devuélvase.—Villacreses.—Borrero. (V. S.)—Correa.

## TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 15 de 1918, a las dos de la tarde.—Vistos: Lo alegado, como excepciones, en el escrito de fojas 5, desconoce el estado civil de viuda en que se funda la demandante, Juana Chauvin, y, como consecuencia, el derecho de representar ella a sus hijos menores, la calidad de herederos de todos los demandantes, y la suficiencia del poder de la foja 1º. Tal alegación, como comprendida en lo dispuesto por el art. 769 del Código de enjuiciamientos, no es materia de resolución previa, sino que debe discutirse junto con lo principal, para ser decidida en la sentencia. Por tanto, reformado el auto recurrido, se dispone que siga la tramitación

ción del juicio, para que se resuelvan, en la sentencia, las excepciones de fojas 5 junto con la demanda y las demás perentorias que, acaso, dedujere el Agente Fiscal. Devuélvase.—*Pino.—Chademas.—Peñaherrera.—Albán Montaña.—Estupiñán.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Tercera, N° 207, pág. 2891)

#### COMENTARIO

La regla especial del art. 769 de entonces, hoy 803, justifica, en verdad, la doctrina aplicada en esta resolución del tribunal supremo.

#### CASO 121

**Personería.**—Aunque inadmisibles por extemporánea la excepción dilatoria de falta de personería, el juez debe sustanciarla y fallar sobre ella, en virtud de su deber de cuidar del cumplimiento de las solemnidades sustanciales para la validez del proceso.

*En el juicio Negrete-Ponce, se resolvió: Que si bien por haberse propuesto fuera del término legal, es inadmisibles la excepción dilatoria de que la demandante no pueda comparecer en juicio por ser mujer casada, el juez debe tramitar esa excepción, por su deber de asegurarse de la legitimidad de la personería de las partes.*

Texto de los fallos:

#### PRIMERA INSTANCIA

Quito, las diez de la mañana, del diez y siete de Enero de mil novecientos veintidos.—Vistos: La primera de las excepciones que Gonzalo Ponce opuso a la demandada por cuentas iniciada por Antonia Negrete, es la de que la demandante no puede comparecer en juicio por ser mujer casada. Para resolverla se considera: Primero. La intervención de Gonzalo Ponce en el negocio por el cual la demandante le exige cuentas, ya se le considere como un mandato comercial, ya como un acto de correduría, se halla sujeta a las leyes de comercio en lo tocante a la capacidad para el ejercicio de las acciones que de esa intervención se derivan a Antonia Negrete; razón por la que la autorización judicial que a ésta se concedió, debió ser registrada y fijada de acuerdo con los arts. 28 y 34 del Código de Comercio, requisito sin el que, esa autorización no produce efecto alguno.—Segundo. Mas, las declaraciones de los testigos de la demandante prueban plenamente que Antonia Negrete ha ejercido públicamente el comercio, circunstancia que, por lo dispuesto en el art. 12 del citado Código,

hace presumir que la demandante tiene autorización de su marido para ejercer el comercio. Y como según el art. 15 del propio Código, la mujer casada, autorizada, puede comparecer en juicio, claro es que la demandante puede iniciar legalmente este litigio. Por estas consideraciones se desecha con costas, la dilatoria propuesta.—*Zambrano.—Ponce.—Borja.*

#### SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Octubre 5 de 1922, las cuatro de la tarde.—Vistos: Es legal el motivo por el que el inferior desecha la dilatoria de ilegitimidad de personería alegada por Gonzalo Ponce en la demanda contra él propuesta por Antonia Negrete, pues consta de autos, plenam ente comprobado, que la actora ejercía públicamente el comercio, circunstancia que le habilita, atento lo dispuesto en los arts. 12 y 15 del Código de Comercio, para comparecer en juicio. Por lo expuesto, se confirma el auto dictado por el Juzgado Primero Cantonal de Quito. Con costas. Devuélvase.—*Bueno.—Calisto M.—Darguea.*

#### TERCERA INSTANCIA

Quito a 22 de Marzo de 1923.—Vistos: Si bien fue inadmisibles la excepción dilatoria de que la demandante no puede comparecer en juicio por ser mujer casada, en cuanto ha sido propuesta fuera del término legal, sin embargo el juez de primera instancia pudo tramitar dicha excepción, atento su deber de asegurarse acerca de la legitimidad de personería de las partes. En lo principal, con la prueba testimonial de fojas 17, vuelta y 18, y fojas 25-27, especialmente con las respuestas a las preguntas quinta y sexta de fojas 16 vuelta y a las repreguntas décima quinta, décima sexta y décima séptima de fojas 24 vuelta se ha comprobado que la actora ejerce públicamente, desde hace muchos años, un comercio separado del de su marido, como lo requiere el art. 13 del Código de Comercio; circunstancia que, en unión de las que favorecen a Antonia Negrete, al tenor de los arts. 12 y 15 del propio Código, en los términos en que estas disposiciones legales han sido invocadas por los jueces de primera y segunda instancia como aplicables al caso de que se trata, demuestran evidentemente que la actora tiene capacidad jurídica para comparecer en este juicio. Por lo expuesto, se confirma, con costas, el auto recurrido. Devuélvase.—*Ayora.—Peñaherrera.—Escudero.—Rondy.—Pérez.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Cuarta, N° 138, pág. 1107)

#### COMENTARIO

Cierto que el juez debe asegurarse, en cualquier estado de la causa, de la legitimidad de personería de las partes; pero si, objetada dicha legitimidad, como excep-

ción dilatoria y en tiempo oportuno, debe tramitarse como cuestión previa, en los juicios ordinarios, de acuerdo con los arts. 130 y 468; cuando se suscita cuestión sobre el mismo punto en otro estado de la causa, debe limitarse a dictar las providencias del caso, para cerciorarse de la verdad, aun concediendo un término prudencial de prueba, si le parece necesario, pero sin suspender la causa en lo principal, a menos que ésta se encuentre en estado de sentencia. Recomendamos esta sustancial diferencia.

## CASO 122 (1)

## CASO 123

**Obscuridad de libelo, por falta de expresión de la causa en que se funda la responsabilidad del demandado.**

*En la causa de la Municipalidad de Loja contra Enrique A. Witt, se resuelve que procede la excepción de obscuridad, si, tratándose de la responsabilidad que impone al empresario la regla tercera del art. 1995 del Código Civil, no se ha determinado en la demanda el vicio en que, según la mencionada regla, se funda la responsabilidad.*

Texto de los fallos:

## PRIMERA INSTANCIA

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

(1) Se elimina de este lugar el caso 122 de la *Síntesis*, pág. 470, por ser el mismo que va a continuación.

## SEGUNDA INSTANCIA

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

## TERCERA INSTANCIA

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

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 225, pág. 1035)

## COMENTARIO

Cuanto a la calidad de la excepción, no puede haber la menor duda; y sobre su procedencia en un caso de esta clase, esto es, la necesidad de expresar en la demanda el vicio de construcción de que proviene la obligación o responsabilidad del demandado, nos referimos a lo expuesto al tratar de las props. 376 y 377; declarando nuestra conformidad con el criterio de la Corte Suprema.

Esta resolución la consideramos ya, a propósito del caso 58, relativo al art. 101, Nº 49 del Código.

## CASO 124

## Excepción de obscuridad, en juicio de cuentas.

*En el juicio de Leopoldo Valencia contra Leonidas Ponce, se resuelve que dicha excepción dilatoria no cabe, según el inciso 4º del art. 101, por el hecho de no determinarse en la demanda la calidad técnico-jurídica conque el demandado ejerció la administración.*

Al estudiar el contenido de la demanda, conforme a la prop. 376, nos ocupamos en este punto jurídico; y en el Caso 59, considerado en el Capítulo de Jurisprudencia relativo a esa Sección, transcribimos y comentamos los fallos expedidos en aquella causa. Ahora agregamos sólo la observación de que la excepción dilatoria de obscuridad puede tener cabida, sea en el juicio ordinario, sea en el ejecutivo de cuentas; es decir, en el que verse sobre la obligación de rendirlas.

## CASO 125

**Orden en que deben decidirse las dilatorias de incompetencia y de obscuridad.**—*Debe especificarse en la demanda el contrato del cual se deriva la obligación reclamada?—Decidida la cuestión de obscuridad, puede o debe considerarse ea el mismo fallo la de incompetencia?*

*En el juicio Torres-Ugaldé se resuelve: 1º Que, propuestas simultáneamente las excepciones de incompetencia y obscuridad, el orden lógico y el legal exigen se falle primero sobre la demanda, sobre la de obscuridad; y 2º Que, con decir en la demanda sobre devolución de una cosa o un valor, que el demandado la ocupó con consentimiento del actor, no es indispensable, para la claridad de la demanda, que en ésta se especifique el acto o contrato que dió lugar a ese consentimiento.—Conclúyanse los fallos a la excepción de obscuridad, sin decidir nada sobre la cuestión de competencia.*

Texto de los fallos:

## PRIMERA INSTANCIA

Quenca, Enero 27 de 1919, las dos p. m.—Vistos: De las dos dilatorias propuestas por los demandados en la contestación de fojas 4, la que debe resolverse primeramente, según el orden lógico

del procedimiento, es la de libelo oscuro; excepción de puro derecho, que ofrece las consideraciones siguientes: afirma el actor en el escrito de fojas primera que los demandados Luis Fernando Carrión y Roberto Ugaldé, ocuparon "con consentimiento" suyo, una cantidad de barriles de aguardiente, que le pertenecían. Esa ocupación "consentida" (dando al verbo *ocupar* la acepción común de apoderarse de una cosa y disponer de ella), importa, a no dudarlo, algún contrato. Pero no constando qué clase de contrato fue el celebrado, al decir del actor, y siendo éste un punto sustancial, ya para que se conozca la naturaleza específica de la acción propuesta, ya para que la parte demandada pueda excepcionarse congruentemente; es manifiesto que en el libelo de demanda se ha dejado oscuro un punto que mira estrictamente al fundamento de la acción. En esta virtud, se acepta la excepción de libelo oscuro, y se ordena que el actor aclare su demanda. Con costas. Legállese esta hoja de papel.—*Arizaga*.—Quenca, Enero 28 de 1919.—*Me conforme.—Luis F. Cobos P.*

## SEGUNDA INSTANCIA

Quenca, 25 de Marzo de 1919, las dos de la tarde.—Vistos: El mandato de la ley respecto de que se propongan conjuntamente las excepciones dilatorias, no se extiende a las de incompetencia de jurisdicción y de obscuridad de libelo, que pueden proponerse solas, según expresión literal del art. 130 del Código de Enjuiciamiento en lo Civil, no pasando de ser un simple consejo de los prácticos aquello de que se oponga primero la de incompetencia, a fin de que no se entienda prorrogada la jurisdicción del juez, por el hecho de proponerse la otra en primer término. En tal virtud, y por cuanto la indiferencia en el orden de proposición arguye la misma indiferencia en el de resolución de las excepciones sobredichas, se concluye y declara que no existe la nulidad de procedimiento alegada por el actor en esta instancia. En lo principal, por la circunstancia de haber expresado don Luciano Torres que los mil cuatrocientos sesenta barriles de aguardiente, ocupados con su consentimiento por los señores Fernando Carrión y Roberto Ugaldé, fueron de su propiedad, ha expresado también suficientemente la causa, razón o derecho con que exige o su devolución o el pago de su valor. A qué título se haya hecho la transferencia de los aguardientes, no es cosa indispensable de saberse para la recta inteligencia de la demanda, sino para la resolución de la misma, y aun esto en caso de que las partes hubiesen tratado de aquel título, al tiempo de la transferencia en cuestión. Añádese lo último, porque bien pudo ser, como ocurre de ordinario en la vida de los negocios, que no hubiese habido otra cosa que un simple ofrecimiento de don Luciano Torres a los señores Carrión y Ugaldé, y una simple aceptación de éstos, sin el aditamento de razón ni palabra alguna acerca de la clase de acto o contrato que hubiesen entendido celebrar, suposición en la cual, si se hubiere de tener por oscurá la demanda, quedaría terminada por el mismo hecho, dado

que el actor nunca podría expresar la clase del acto o contrato en virtud del cual haya pasado su cosa a ser de los demandados. En consecuencia, no ha lugar la excepción de obscuridad de libelo de que se trata. *Habilítese este folio y devuélvanse.*—*Borrero.*—*Cordero Pulicinos.*—*Torres.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 5 de Junio de 1919, a las dos de la tarde.—*Vistos:* Propuestas conjuntamente las excepciones de incompetencia de jurisdicción y obscuridad de la demanda, no era, no podía ser indiferente resolver una cualquiera de ellas antes que la otra; y antes bien, el orden legal y el lógico pedían que se decidiese primero la segunda, como se ha decidido en efecto, pues, por demanda oscura, el juez mismo no podría saber de su competencia. Por esta razón, y por cuanto el contexto todo de la demanda de Luciano Torres manifiesta claramente que la causa de la obligación de los demandados no es otra, como dice bien la Corte Superior de Cuenca, que el hecho de haber dispuesto ellos del aguardiente de propiedad del actor, con su consentimiento; se confirma, con costas, el auto de que se ha recurrido. Legalizado todo el papel al sello de octava clase, devuélvanse.—*Cárdenas.*—*Albán Mastanza.*—*Peñaherrera.*—*Vasconez.*—*Páez.*

VOTO SALVADO

Quito, a 5 de Junio de 1919, a las dos de la tarde.—*Vistos:* Propuestas conjuntamente las excepciones de incompetencia de jurisdicción y obscuridad de libelo, no es indiferente la prioridad de la resolución de ellas, porque así el orden lógico como el legal exigen que se resuelva primero la excepción de obscuridad, que atañe a la validez de la demanda, y es indispensable la existencia legal de ésta para conocer ulteriormente de los otros medios de defensa opuestos a ella. Respecto de la excepción de obscuridad se observa que el actor expone en su demanda haber consentido en que los demandados *ocinparan* mil cuatrocientos barriles de aguardiente de su propiedad, y que mediante esta autorización fueron entregados dichos aguardientes a los conductores enviados por los reos. No se ha expresado en la demanda la causa o motivo en virtud del cual el demandante dió su consentimiento para que los demandados recibieran el aguardiente, que en realidad lo recibieron; y falta por eso la declaración expresa del antecedente jurídico en virtud del cual nació la obligación de devolver los aguardientes o en subsidio de esto la de pagar el valor de éstos, según el precio correspondiente a dicho artículo en el año 1918, como se expresa en la demanda. Según el art. 101 del Código de enjuiciamientos en materia civil, la demanda debe comprender la causa o razón del derecho demandado, determinación necesaria en el presente caso, ya porque el derecho demandado es personal y debe constar en la demanda el acto jurídico de donde nace, ya para que el demandado tenga cabal conocimiento de la pretensión que contra él

se endereza, ya para que haya constancia indudable de los puntos que, formando la traba de la litis, deben ser resueltos en la sentencia. La omisión arriba indicada es un óbice a la claridad de la demanda, y está en oposición con lo prescrito en el artículo ya citado. Por tanto, y por lo expuesto por el juez de primera instancia se revoca el auto apelado y se confirma el de primera instancia. Sin costas.—*Madeto A. Peñaherrera.*—*Cárdenas.*—*Albán Mastanza.*—*Vasconez.*—*Páez.*

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 13, pág. 102)

COMENTARIO

*Cuestión primera.*—Conformes están los fallos en que, según el orden legal y el lógico, debe decidirse primero sobre la obscuridad; porque si la demanda es obscura, dicen, mal puede saber el juez si él es o no competente para la causa.

Esta consideración es evidente, cuando el motivo de la obscuridad alegada tiene alguna relación con la cantidad de dinero prestada, sin determinarla en manera alguna, y sin que pueda saberse, por lo mismo, si el juicio es de mayor o de menor cuantía; pero si la competencia o incompetencia es manifiesta, cualquiera que sea el sentido de la demanda o la condición o requisito que le falte; si ante un Alcalde Cantonal se reclama el pago de cien sucos, sin determinar el acto o el contrato de que provenga la obligación, ¿no podrá argüirse que no hay razón alguna para que no se decida en el mismo fallo sobre la incompetencia, y acaso de un modo preferente, por cuanto para el acto mismo de apreciar y resolver si la demanda reúne todos los requisitos legales, debe ser competente el juez? ... Por qué no puede decirse que, en esta hipótesis, el orden lógico y el legal exigen se falle primero sobre la competencia? ...

*Cuestión segunda.*—Sobre la obscuridad misma de la demanda están discordes los fallos: ella existe, en concepto del juez de primera instancia y del voto salvado en el Tribunal Supremo; y no existe, según la Corte Superior y la mayoría del tribunal de última instancia. Por nuestra parte, no podemos opinar con firmeza, porque, no teniendo a la vista la demanda y la contestación, ni habiéndose cumplido en ninguno de los fallos el precepto legal de

puntualizar con precisión el caso concreto discutido, no podemos saber a ciencia cierta lo que la demanda contenía y lo que en ella se había omitido. Se infiere, empero, de los razonamientos, que en la demanda se decía que los demandados dispusieron, con consentimiento del actor, de cierta cantidad de aguardiente propia de éste, y que, basado en ese hecho, el actor reclamaba la devolución del aguardiente o el pago de su valor.

Propuesta así la demanda, parece que la excepción de obscuridad se fundó en no haberse expresado la causa o motivo del consentimiento del actor para la ocupación de su aguardiente, o en otros términos, en haberse reclamado el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato, o sea de un acto o declaración de voluntad, sin determinar qué acto o contrato fue ese.

Si el caso es así, nuestra opinión se inclina a favor del fallo de primera instancia y del voto salvado, es decir, en el sentido de que hubo realmente omisión de una de las expresiones que debía contener la demanda.

*Tercera cuestión.*—Decidido el punto de la obscuridad cabía dictar en el mismo fallo la resolución sobre la incompetencia?... El juez de primera instancia, que consideró que la demanda era obscura, nada falló sobre la cuestión de incompetencia; subió la causa a la Corte Superior y luego a la Suprema, y si bien los dos tribunales encontraron clara y suficiente la demanda, tampoco dijeron nada sobre la otra cuestión.

Acaso tuvieron en cuenta los tribunales que esa otra cuestión no les había subido en grado. Pero a este respecto ¿no podríamos observar, por una parte, que según el art. 300 del Código de Enj., el Superior puede y debe fallar aun sobre los puntos silenciados por el inferior, si han sido materia de la controversia, y por otra, que en el supuesto de cualquiera de los dos órdenes legales y lógicos, la una excepción dilatoria debe considerarse como subsidiaria de la otra, por su misma naturaleza, aunque no lo diga así el demandado, en el sentido de que, si el juez considera clara la demanda, fallará sobre la competencia, o si se considera competente, fallará sobre la obscuridad?... En todo caso de excepciones subsidiarias puede suceder esto de que el superior decida cuestiones no falladas por el inferior. Si, por ejemplo, el demandado alega el

pago y en subsidio la prescripción, el juez de primera instancia que acepta la excepción de pago, no considera la prescripción ni decide nada sobre ella; pero si, elevada en apelación la causa, el superior revoca la resolución sobre el pago, puede y debe fallar sobre la prescripción.

Por qué no establecer esta misma doctrina respecto de la cuestión actual?... Si el juez de primera instancia dijo: la demanda no es clara y por lo mismo no puedo saber si soy o no competente, y no decido nada sobre eso, ¿por qué, decimos, el superior, que considera clara la demanda, esto es, que rechaza la una de las excepciones subsidiarias, no falla sobre la otra, con un argumento correlativamente contrario, diciendo: si yo considero clara la demanda, puedo, por lo mismo, apreciar si el juzgado ante quien se la propuso, es o no competente, y paso a fallar sobre la competencia?...

Aplicado al caso de nuestro último ejemplo el sistema del riguroso orden lógico y legal, admitido como un axioma por los tres fallos, tendríamos que, declarada la obscuridad, por no haberse precisado ante el Alcalde Cantonal la causa de la obligación de los cien suces—tal vez después de una larga lucha de tres instancias—podría venir otra demanda ante el mismo Alcalde, por los propios cien suces, aclarada con la agregación de que la deuda provenía de préstamo de igual cantidad, hecho por el actor al demandado; y alegada entonces la misma excepción de incompetencia por la cuantía, tendríamos otras tres instancias perdidas, para que, después de ellas, viniese la tercera demanda ante el juez parroquial. Por qué, pues, no buscamos, en esto de órdenes lógicos y legales, un temperamento más equitativo y científico, que evite ese perdurable y desesperante formalismo que aun mantienen nuestras leyes?...

Antes de la reforma hecha por la Junta de Gobierno, en orden al art. 130 del Código de Enj., que la estudiamos al comentar esa disposición legal, el demandado que creía o aparentaba tener en su favor las dos excepciones de obscuridad e incompetencia, podía alegarlas simultánea o sucesivamente. Ahora, con la reforma, es forzosa la simultaneidad, si se quiere aprovechar de las dos excepciones. Por manera que, si la cuestión se presentó antes en la práctica, por haber simultaneado voluntariamente el de-

mandado las dos excepciones, ahora, con la simultaneidad forzosa, será más frecuente; mas, en todo caso, debe entenderse que la simultaneidad en la alegación, no significa que precisamente y en todo caso el juez deba fallar sobre todas las excepciones; puesto que, por la naturaleza misma de éstas, se hace forzoso, a veces, considerar las unas como subsidiarias de las otras.

Así, si en un juicio ejecutivo, en que hemos tenido siempre el precepto legal de la simultaneidad de todas las excepciones—sean perentorias o dilatorias—el ejecutado alega la incompetencia del juez y el pago de la deuda, el juez que acepta la primera excepción, la de incompetencia, tiene que abstenerse de fallar sobre el pago; y esta segunda excepción, aunque ya alegada en el primer juicio, queda expedita para poder ser alegada otra vez en el nuevo juicio que se promueva ante el juez competente.

Con esta salvedad o distinción debe entenderse siempre la simultaneidad de las excepciones.

Dejamos, pues, así apenas planteados estos importantes problemas, y terminamos este ya largo comentario, refiriéndonos a la prop. 463, en que tratamos del art. 130 y de la reforma introducida por la Junta de Gobierno.

## CASO 126

**Obscuridad.—Declarada, no caben otras excepciones contra la misma demanda.**

*En el juicio de Ana Oñate contra José Abdón Arroyo, se resuelve que, declarada obscura una demanda, no cabe alegar contra ella ninguna otra excepción, mientras no se la aclare o reemplace.*

Texto de los fallos:

## PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Julio 8 de 1913, a las doce m.—Vistos: Dos son las excepciones dilatorias deducidas por el demandado, la de litispendencia y la de cosa juzgada; para resolver lo legal acerca de ellas se considera: 1º Que propuesta la primera ya no es posible deducir la segunda, porque un juicio no puede estar pendiente y concluido

simultáneamente: 2º Que tampoco era posible deducir la excepción de cosa juzgada en subsidio de la de litispendencia, porque si la convicción del demandado estaba adherida a que había pleito pendiente, no podía estarlo también a que lo había terminado; esto es, quien afirma no puede ya decir que subsidiariamente niega: 3º Que según aparece de las pruebas sufragadas, la precedente controversia entre la señora Oñate y el señor Arroyo se ha reducido a discutir sobre la oscuridad de libelo de demanda y no sobre acción alguna, pues el mismo señor Arroyo dice que por la referida oscuridad no era posible saber sobre cuál fuese la acción deducida: 4º Que opuesta la excepción de oscuridad de libelo en tal controversia, por el señor Arroyo, la señora Oñate se allanó con ella y, por consiguiente, desapareció la discusión por mutuo convenio, no teniendo asunto sobre que ejercerse la jurisdicción contenciosa, como muy bien lo dice el Tribunal Superior en su ejecutoria, y 5º Que tal discusión desapareció cuando el infrascripto Alcalde declaró con lugar la excepción de oscuridad de libelo por haberse allanado la actora, habiendo declarado tal desaparición el Tribunal Superior en su mentada ejecutoria, como un hecho sucedido ya, agregando aún que el juicio propiamente no tiene principio por falta de demanda; en mérito de los considerandos que preceden y de la prueba rendida, se declaran sin lugar las excepciones dilatorias de litispendencia y cosa juzgada. Con costas. Téngase por legitimada la personería de don Luis Gutiérrez J. mediante el poder que ha presentado de su comitente la señora Oñate.—*Cordeiro Dávila.*

## SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Octubre 17 de 1913, las dos de la tarde.—Vistos: Las copias presentadas en primera instancia prueban plenamente que en el juicio propuesto por la señora Ana Oñate contra el señor José Abdón Arroyo, se declaró oscuro el libelo de demanda, y aun las partes estuvieron de acuerdo en ello; auto que surtió efectos irrevocables desde el 27 de Mayo, porque no se interpuso el recurso de tercera instancia, habiéndose verificado la última citación el 24 del propio mes (compulsa de la foja 14); pues las providencias de esa naturaleza se ejecutarían, no cuando baja la ejecutoria al juez inferior, sino cuando se cumple uno de los requisitos prescritos por el art. 338 del Código de enjuiciamientos civiles. Por consiguiente si la demanda oscura no produce efecto alguno, y es como si no existiera, como si no se la hubiera presentado, tanto que se puede proponer nuevas dilatorias al entablarse la demanda con claridad (art. 123 idem.), es lógico y evidente que donde no ha habido ni hay demanda no cabe alegar existencia de pleito pendiente ni menos resolución de cosa juzgada. En esta virtud el auto pronunciado por el Alcalde Municipal Segundo en la causa Oñate-Arroyo, y que ha subido en apelación, es legal y se lo confirma con costas. Devuélvanse.—*Farrán.—Torres.—Vázquez C.*

## TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 6 de 1914, a las tres y media de la tarde.—Vistos: El auto de fojas 13, cuaderno 2º, pronunciado por la Corte de Cuenca en la causa de Ana Oñate contra José Abdón Arroyo, es legal. Por tanto, se lo confirma con costas. Devuélvase.—*Andrade Marín. —Cárdenas. —Cueva. —Pino. —Escudero.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Tercera, N° 62, pág. 1730)

## COMENTARIO

No hay que hacer observación sustancial sobre estos fallos. Recordamos, sí, para su mejor inteligencia, que el art. 123 citado en ella, es hoy 130, y el 338, 342.

## CASO 127

**Litispendencia.—Requiere identidad subjetiva y objetiva entre los dos litigios.**

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

Texto de los fallos:

## PRIMERA INSTANCIA

Quito, Setiembre 28 de 1912, a las 3 p. m.—Vistos: La acción deducida por el señor Godoy, a fojas 1-2, es la misma de la demanda de la copia de fojas 29; y como la excepción de litispendencia se ha opuesto antes de expedido el fallo de fojas 20, está fuera de duda que la excepción debe ser admitida. La demanda de fojas 62 (proceso acumulado), interpuesta a nombre del señor Dedonato, si contiene la misma acción discutida por la de las copias de fojas 22 y 30, si versa sobre la misma cosa, no es, con todo, demanda del señor Godoy, ni de quien puede considerarse como sucesor de sus derechos; y, por lo tanto, en tratándose de la identidad de las personas, no concurre la indispensable para

## JURISPRUDENCIA

513

que pudiera aceptarse, igualmente, la excepción de fojas 72, 73 y 74. En consecuencia, se declara: a) admitida, con costas la excepción de litispendencia alegada contra la demanda de fojas 1-2; y b) negada, sin costas, la propia excepción, por lo que concierne a la demanda del señor Dedonato.—*Rivadeneira. —Pino.*

## SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Abril 1º de 1913, las dos de la tarde.—Vistos: La identidad de personas, cosas y acciones en dos demandas, es lo que da lugar a la excepción dilatoria de litispendencia. En tratándose de la identidad de las acciones, tiene de considerarse, no sólo el derecho reclamado, sino también y, muy principalmente los hechos jurídicos que le han dado origen; es decir, el objeto y la causa de la acción que son los elementos constitutivos de la misma; de lo cual se desprende que el objeto o fin que es materia de la litis, no puede servir por sí solo, de base suficiente para establecer aquella identidad. La relación que haya entre dos litigios, por lo que respecta a las acciones, ha de deducirse necesariamente de sus causas o fundamentos, ya que en estos se determinan los puntos jurídicos que se controvertan, o sean, las cuestiones de derecho que deben resolverse en la sentencia; cumple, por consiguiente, al juez atenerse a la comparación de las respectivas cuestiones de derecho, como única circunstancia decisiva, para determinar, con toda certeza y acierto, si son iguales o diferentes las acciones. Doctrina es esta que guarda perfecta armonía con las reglas aplicables a la excepción de cosa juzgada, siendo la más importante y decisiva la concerniente a investigar si son las mismas cuestiones decididas en otro juicio, para que sea admisible esta excepción; y así, la de litispendencia, teniendo en mira el respeto que merece la institución de la cosa juzgada, se propone también evitar la expedición de fallos contradictorios en juicios separados, o que, dictada la sentencia en el uno, se siga controvirtiendo en el otro sobre los mismos puntos de derecho ya resueltos definitivamente y ejecutoriados: sígnese de aquí que, dada la íntima relación que existe entre los fundamentos de ambas excepciones, mal puede prescindirse de aquellas reglas, al calificar la dilatoria de litispendencia. Ahora bien, la aplicación de los principios sentados al caso concreto de proponerse por el mismo actor y contra el mismo reo varias demandas para que se declare nulo un contrato, conduce lógicamente a la conclusión de que la identidad del objeto y aún de las personas y de las cosas, no obsta a que puedan deducirse, tocante al propio contrato, tantas acciones de nulidad cuantas sean las diferentes causas jurídicas o motivos distintos en que se funden; pues, dada la diversidad que resultaría de los puntos de derecho controvertidos en los diferentes litigios, no habría el peligro de que las respectivas sentencias pugnen entre sí y siendo, por igual razón, distintas las acciones, tampoco sería

admisible la excepción de litispendencia que se opusiera en cualquier de estos juicios. Expuestos los antecedentes de derecho, el examen de los autos suministra las siguientes consideraciones: 1º. Tanto las demandas de fojas 1 y 62, como la constante de las copias de fojas 22 contienen respectivamente dos acciones cada una: la personal de nulidad del contrato de compra,venta de la cuadra de la Tola, celebrado entre Francisco Denonito, como padre del menor José Denonito y Vicente y Modesto Santamaría, y la acción real para la reivindicación del propio inmueble; lo cual se desprende con toda claridad ya de la naturaleza y objeto peculiares de cada una de dichas acciones, ya del alcance de los arts. 880 y 1679 del Código Civil: 2º. Que, si bien son idénticas las acciones reivindicatorias en todos los libelos, no pasa lo mismo con las acciones sobre nulidad de la venta: en efecto, de la propuesta en la demanda del folio 22, cuyo juicio estuvo pendiente, consta que se han aducido como causas de la acción dos motivos de nulidad absolutamente diversos de los tres que, apuntados con las letras A, B y C, sirven de fundamento a la nulidad que se demanda en los juicios acumulados, iniciados en las fojas 1 y 62 de este proceso; y 3º. Que, dada la providencia de fojas 5, no son extemporáneas las dilatorias propuestas en los folios 12, 13 y 14, como tampoco las de fojas 72, 73 y 74; si bien resultan improcedentes, atenta la diversidad de las acciones sobre nulidad apreciadas en el considerando anterior. Por tales fundamentos, se resuelve que no son aceptables las excepciones de litispendencia opuestas a las demandas de fojas 1 y 62 respectivamente; sin que, por ello, se estime temerario el proceder de los demandados. Queda en estos términos, revocada la primera parte y confirmada la segunda del auto que ha subido en apelación. Sin costas.—*Correa.—Borero.—Villarreal.*

### TERCERA INSTANCIA

Quito, a 22 de Agosto de 1913, a las dos de la tarde.—Vistos: Los fundamentos de las tres demandas propuestas por Antonio Godoy, ya en su propio nombre, ya en el de José F. Denonito, se refieren a omisiones de formalidades y otros vicios de la venta en cuestión, y han sido alegados como causas inmediatas, no de la acción reivindicatoria, sino de la de nulidad; es decir, que la acción deducida como principal en esas demandas, es la de nulidad, para que sea discutida y resuelta conforme a sus fundamentos; y si a la vez se ha pedido la reivindicación de la cosa vendida, es sólo para el evento de que llegase a declararse dicha nulidad, o sea como una consecuencia de ésta. Para que la menuda acción reivindicatoria pudiera ser considerada como principal, y la nulidad como su fundamento, era preciso que ésta hubiese sido antes declarada judicialmente, conforme al art. 1679 del Código Civil; y esto no ocurre en el caso de que ahora se trata, puesto que la reivindicación solicitada por los demandantes no se funda en ninguna sentencia que hubiese declarado dicha nulidad. En consecuencia,

para saber si hay identidad de acciones, debe atenderse sólo a las relativas a la nulidad; y es evidente que no existe tal identidad, considerada la diversidad de los motivos en que se fundan esas acciones, como consta demostrado en el fallo de segunda instancia. Por tanto, se confirma, con costas, el auto expedido por la segunda Sala de la Corte Superior de Quito. Devuélvase.—*Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Vasconez.—Salazar.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Tercera, N° 37, pág. 1526)

### COMENTARIO

Esta doctrina, universalmente admitida, guarda perfecta conformidad con los principios jurídicos que recordamos en la prop. 434.

### CASO 128

#### • Litispendencia en juicio ejecutivo.—Requiere identidad subjetiva y objetiva

*En el juicio Lazo-Torres, por dinero, se resuelve: 1º Que es admisible la compensación alegada en un juicio ejecutivo, aun cuando no se funde en título que tenga esta calidad; 2º Que la reconvencción para ser aceptada debe fundarse en dicho título, conforme al art. 551 del Código de enjuiciamientos civiles; 3º Que en una ejecución la litispendencia presupone la existencia de otro juicio ejecutivo entre las mismas personas y por el mismo crédito y 4º Que el ejecutante no necesita justificar en el término probatorio el crédito materia de la acción, cuyo título ha acompañado a la demanda.*

Texto de los fallos:

### PRIMERA INSTANCIA

Quenca, 17 de Abril de 1911, las once de la mañana.—Vistos: Desde que se halla devuelto el juicio, no tiene para qué proveerse a la solicitud de fojas 44, relativa a que se libre apremio para la recaudación del proceso. Entrando en lo principal, se considera: 1º Que todos los puntos relativos a la nulidad del auto en el que se ordenó el pago, y los que se refieren a la insuficiencia del título con el que se aparejó la ejecución, se hallan resueltos en el auto de fojas 11 vuelta y 12; y que, por lo mismo, se hace innecesario volver a resolverlos: 2º Que la excepción relativa a la compensación alegada por el señor ejecutado, no se halla probada, toda vez que las copias presentadas a fojas 29, y que corren desde el 2-11

20 hasta el 28, inclusive, no establecen un aduandamiento por parte de los cedentes, que reúna las condiciones necesarias para que pueda establecerse compensación, según lo enseñan las disposiciones consignadas en el título 19 del libro 4º del Código Civil: 3º Que tampoco puede aceptarse la excepción de litispendencia, toda vez que ésta, según el Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, produce dos efectos: 1º la imposibilidad de enjuenar la cosa litigiosa; y 2º la acumulación de autos o procesos que, sobre una misma cosa, se siguen ante distintos jueces, o ante un mismo juez y distintos escribanos, y como en el caso presente no se trata del primer efecto, ni puede surtir el segundo, porque los prohiben las disposiciones contenidas en la sección sexta del título 1º del libro 2º del Código de enjuiciamiento en lo civil, se hace indispensable declarar sin lugar tal excepción: 4º Que no se ha justificado la falsedad del traspaso del crédito, que se alegó también al proponer excepciones; y 5º Que aun cuando no esté legalizada la fe de entrega del escrito de fojas 34, sin embargo, no puede dejar de tomarse en cuenta tal escrito, desde que ha sido decretado dentro del término de prueba, y dentro del mismo se ha puesto el proveimiento, y lo que es más, se han hecho las citaciones con el decreto en referencia. Por estos fundamentos, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se ordena que el señor ejecutado pague inmediatamente el crédito por el cual se ha entablado la presente ejecución, o que si no lo hace, se embarguen bienes equivalentes a la deuda, intereses y costas, en las que se le condena; y que se proceda al depósito, avalúo, pregones y remate.—*Manuel O. Maldonado*.—Quena, Junio 22 de 1911.—*Me conformo*.—*José M. F. Cordova*.

## SEGUNDA INSTANCIA

Quena, Agosto 26 de 1911, las dos y media.—Vistos: Se considera: 1º Que la compensación alegada no puede ser objeto de excepción en juicio ejecutivo sino es acompañando título que tenga también fuerza ejecutiva, por consiguiente, no tiene valor alguno la excepción de compensación deducida por el ejecutado: 2º Que no se ha probado la litispendencia, esto es, la existencia de otro juicio ejecutivo entre las mismas personas y por el mismo crédito: 3º Que a más de lo expuesto por el inferior en el quinto considerando de la sentencia, el ejecutado, no necesitaba justificar en el término probatorio el crédito materia de la acción, ya que para proponerla, acompañó, como era de ley, los títulos que no sólo hacen plena fe, sino que aun tienen fuerza ejecutiva; y 4º Que son legales los fundamentos primero y cuarto del inferior. Por consiguiente, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la sentencia venida en grado. Apercíbese al Escribano doctor Aguilan, por la fe de presentación de fojas 34 en que no ha hecho suscribir sino a un vestigio. Devuélvase.—*Victor F. Aguilan*.—*Reinaldo Chico*.—*Benjamín Cordova*.

## TERCERA INSTANCIA

Quito, Marzo 14 de 1912, a las cuatro de la tarde.—Vistos: No es cierto que la *compensación*, cuando alegada en juicio ejecutivo, deba fundarse en título que tenga esta calidad, conforme al art. 551 del Código de enjuiciamientos civiles, para ser admisible. En el caso, la compensación deducida como excepción no está comprobada legalmente, como bien observa el juez de primera instancia; y no puede ser aceptada. Por lo expuesto y por las demás consideraciones de la sentencia que se ha recurrido, legales y arregladas a los méritos del proceso; *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la expresada sentencia. Devuélvase.—*P. Villagomez*.—*Manuel Montalvo*.—*B. Albán Mestanza*.—*A. Cárdenas*.—*Manuel B. Cueva*.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 44, pág. 1586)

## COMENTARIO

Nos referimos al caso precedente.

## CASO 129

**Litispendencia en juicio ejecutivo, por haber juicio ordinario sobre unidad del instrumento en que se basa la ejecución.—Es inadmisibles.**

*En el juicio de Dolores Rivera contra Pablo Ruiz, se resuelve: que la excepción de litispendencia en juicio ejecutivo tiene lugar sólo cuando existe otro juicio ejecutivo fundado en el mismo título y relativo a la misma obligación.*

Texto de los fallos:

## PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Abril 30 de 1877, a las doce del día.—Vistos: Es un principio establecido en el art. 410 del Código de enjuiciamientos civiles, que en el juicio ejecutivo son admisibles toda clase de excepciones; ora sean dilatorias, ora perentorias, y no hay duda que la de litispendencia, que encuentra entre las excepciones que el art. 7º propuso Pablo Ruiz, a virtud de la ejecución provocada por Dolores Rivera, tiene, en este caso, el carácter de dilatoria, y como tal debe resolverse antes que las otras perentorias. Esto supuesto, y considerando que la litispendencia se halla justificada con la propia confesión de la ejecutada, absolviendo a la 7ª pregunta de las posiciones de fojas 39, se infiere claramente que no ha podido promoverse la presente ejecución mientras no se hubiese dirimido el juicio ordinario que la Rivera confiesa hallarse pen-

diente por la escritura que ha servido de fundamento a la ejecución. Por estas razones y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se declara que durante la litispendencia no puede tener lugar la ejecución. Sin costas.—Antonio Millán.—R. Pólit.

## SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Agosto 30 de 1877, a las tres.—Vistos: Partieneo del principio de que el dictamen de la sentencia del doctor Monroí, emitido en 20 de Febrero, fojas 5, no puede considerarse como actuación legal perteneciente al juicio, puesto que cinco días antes se había admitido su recusación, y se había nombrado de asesor al doctor Pólit, cuyo nombramiento se había notificado a Pablo Ruiz, y por lo cual se declaró a fojas 12 que la referida sentencia no podía causar ningún efecto legal; y contrayéndose el Tribunal a la sentencia apelada, en cuanto declara bien probada la excepción dilatoria de litispendencia propuesta por el ejecutado, se considera que la sentencia del juicio ordinario promovido por Ruiz sobre nulidad de la escritura, no es la litispendencia que puede impedir la continuación del juicio ejecutivo fundado en la misma escritura, porque si se admitiera tal doctrina, se convertirían en ordinarios todos los instrumentos ejecutivos, a voluntad del deudor. La excepción de litispendencia no hay duda que debe admitirse como todas las excepciones en el juicio ejecutivo; pero tal litispendencia debe obrar en favor del deudor cuando éste prueba que hay otro pleito, ejecutivo también, que se sigue sobre el mismo instrumento presentado en el segundo juicio, porque no puede haber dos pleitos de igual naturaleza, a un tiempo, sobre el mismo asunto. Así pues, el pleito ordinario no puede servir de excepción para el juicio ejecutivo, aun dado el caso que hubiera estado trabada el ordinario. Por tanto, el Tribunal del Distrito, contrayéndose solamente a la excepción dilatoria mencionada, que es la única que ha venido en grado, declara que no está probada la litispendencia ejecutiva, revoca, por consiguiente, el auto apelado, y ordena que vuelva la causa al inferior para que sentencie sobre las excepciones perentorias.—Coello.—Campos.—Caldarón.

## TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 19 de 1877, a las tres.—Vistos: El fallo de la Corte Superior es susceptible del recurso de tercera instancia; porque, aun cuando se ha expedido en forma de auto, su resolución envuelve una verdadera sentencia definitiva, ya que desecha una de las excepciones del ejecutado que había sido aceptada por el inferior, y en cuya virtud negó éste la ejecución. Cuando la ley dice que en el juicio ejecutivo debe admitirse toda clase de excepciones, y, ora sean dilatorias o perentorias, sustanciarse de un mismo modo, claramente previene que en la misma sentencia se ha de fallar acerca de todas ellas; de consiguiente, el Tribunal de Apelación

no debió devolver la causa al juez de primera instancia. Supuesto lo dicho, se considera que el deudor no ha justificado ninguna de las excepciones que opuso; pues, aun respecto de la litispendencia, aparte de ser legales los fundamentos aducidos en el fallo recurrido, según el art. 697 del Código de enjuiciamientos civiles, pendiente el juicio de nulidad de un instrumento, puede éste ejecutarse. En consecuencia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se resuelve que el deudor pague la cantidad demandada, con las costas de las tres instancias; y en su defecto, que se proceda al embargo y remate en la forma legal. Y por cuanto aparece que el Escribano Moisés Guzmán y Merizalde ha dejado transcurrir cuatro días sin notificar a la ejecutante la providencia de fojas 7 vuelta, se le impone la multa de dos pesos por cada día de demora. Devuélvase.—Julio Castro.—Antonio Portilla.—Francisco J. Montalvo.—Jacinto Gómez.—Luis A. Salazar.

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, N° 51, pág. 407)

## COMENTARIO

La doctrina aplicada es perfectamente legal y científica. Faltó sólo decir que los dos juicios ejecutivos, basados en el mismo título y relativos a la misma obligación, debían seguirse entre las mismas personas, para que hubiese la doble identidad y cupiera la excepción de litispendencia.

## CASO 130

Dilatorias de incompetencia y de litispendencia inadmisibles.

*En el juicio Malonado-Toledo, se resuelve: 1º. Que la acción resolutoria es personal, por lo que no cabe excepción de incompetencia, cuando, deducida aquella acción, se reclaman también frutos u otras reparaciones, si dicha excepción se funda en que la cosa está situada en otra jurisdicción: 2º. Que tampoco procede la excepción de litispendencia, cuando, propuesta la demanda por el pago del precio, se intenta otro juicio sobre resolución del mismo contrato, por falta de dicho pago.*

Texto de los fallos:

## PRIMERA INSTANCIA

Quenca, Noviembre 17 de 1888.—Vistos: En la demanda de fojas 9 se ha pedido que se declare resuelto el contrato de venta de los fundos del “Manzano” y el “Cristal” por falta del pago.