

fuero del precio, y que se condena al demandado señor Manuel Toledo Monroy, a la devolución de los frutos percibidos y al resarcimiento de perjuicios. Dedúcese de aquí que la acción instaurada es mixta, puesto que es personal respecto de la resolución del contrato, y real en lo concerniente a la restitución de la casa con los frutos (a los expositores del derecho francés, entre ellos a Marcadé, como sexto, pág. 307, comentando al art. 1654 del Código de Comercio, semejante al art. 1864 de nuestro Código Civil) y que, por tanto, han podido libremente los actores ocurrir al juez del domicilio del señor Toledo Monroy o al lugar donde están citados los inmuebles.—En cuanto a la de *litispendencia*, se considera que aparte de ser diversa la acción resolutoria de la de pago del precio, siendo el objeto del contrato su ejecución las tentativas hechas para obtenerlas no pueden por sí mismas ser consideradas. Como abandono de derecho de pedir resolución, en caso de no haber obtenido o podido obtenerse aquella resolución. Así lo enseña Zacharía, art. 687, nota décima octava y Marcadé en el lugar citado, pág. 304. En consecuencia se declara que este juzgado es competente para conceder la acción propuesta, y sin lugar la excepción de *litispendencia*, sin costas. El señor Monroy conteste directamente a la demanda.—*Vázquez*.

SEGUNDA INSTANCIA

Quenca, Abril 1.º de 1889, las cuatro de la tarde.—Autos y Vistos: El actor tanto en el escrito que antecede como en el de fojas 20, 21 y 22, del primer cuaderno, confiesa que el finado Melchor Maldonado demandó a Manuel Monroy, exigiéndole el pago del precio de los fundos "Cristal" y "Manzano", y en el segundo de los escritos relacionados, que estos fundos pertenecen al cantón del Jirón. Estos hechos han sido también reconocidos por el juez inferior. Ahora bien, como la solicitud de fojas 5 tiende a probar los mismos hechos, aparece que ha sido introducido con el objeto de retardar el progreso de la litis; en cuya virtud se declara sin lugar las absoluciones pedidas en tal solicitud. Por lo demás, siendo legales los fundamentos del auto apelado, se confirma, condenando al recurrente en las costas de esta instancia. Devuélvase.—*Carrasco*.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 13 de 1889, a las dos.—Vistos: La acción intentada para obtener la resolución de un contrato es meramente personal, aun cuando se pida la devolución de frutos, u otras reparaciones, por lo cual ha sido bien rechazada la excepción dilatoria de incompetencia propuesta por el demandado, fundándose en que la cosa sobre que versó el contrato de cuya resolución se trata, está en agena jurisdicción. En cuanto a excepción de *litispendencia*, también para rechazarla bastaba la consideración de ser diversa de la acción antes entablada sobre pago del precio y la que hoy

se ha deducido sobre resolución de contrato; pues si la primera es citada priva o no al demandante del derecho de proponer la resolución, eso tendrá de ser resuelto en la sentencia, caso de deducirse como excepción perentoria, por mirar el hecho mismo que se ventila y no al mero procedimiento. Por estos fundamentos, se confirma, con costas, el auto recurrido. Devuélvase.—*Albaño*.—*Cerdillos*.—*Castro*.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N.º 211, pág. 2924)

COMENTARIO

La excepción de incompetencia, en un caso como éste, es, sin duda alguna, dilatoria; pero es también evidentemente impropcedente, porque, aun prescindiendo de la naturaleza de la acción resolutoria, es decir, de qué ésta sea real, personal o mixta, no tratándose de ninguno de los casos comprendidos en el art. 37 del Código de Enj., al actor podría quedarle la elección a que le da derecho el art. 35, cuando la cosa raíz materia del pleito está en un lugar distinto de aquel en que el demandado tiene el domicilio. Quanto a la verdadera naturaleza de la acción, nos referimos a lo expuesto en la prop. 372 bis.

La dilatoria de *litispendencia* es también inadmisiblemente impropcedente en este caso; porque si el litigio versa sobre cumplimiento de un contrato, y el otro, sobre resolución del mismo contrato, por falta de cumplimiento, puede haber lugar a la excepción dilatoria o al incidente de acumulación; pero no hay *litispendencia*, por faltar la identidad objetiva, que, como sabemos (props. 434 y 439), es indispensable, a más de la subjetiva, para esa excepción, como lo es también para la cosa juzgada.

CASO 131

Litispendencia.—Justificada, debe admitirse, esto es, debe declararse que no puede continuarse el nuevo juicio; mas no cabe ordenar la acumulación.

En el juicio ejecutivo seguido por el señor José Antonio Noboa contra el señor Joaquín Monge, se declara: Que, justificada la excepción de litispendencia, debe admitirse; ya porque, según el art. 135 N.º 2.º del Código de Enjuiciamiento civil, del hecho de la aceptación no se deduce que deban acumularse los dos procesos; ya porque, de lo contrario, se seguiría que pueden proponerse dos o más ejecuciones sobre un mismo crédito.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Riohamba, Abril 27 de 1899, a las once y media de la mañana.—Vistos: Declarado ejecutivo el título con que aparejó su demanda José Antonio Noboa, propuso el demandado la excepción de litispendencia; y aseguró que nada debía al demandante. Es-tudiadas las pruebas, se observan: 1º Que efectivamente debe el señor Monje quinientos sucos al señor Noboa, según la confesión del primero que corre a fojas 27; 2º Que el deudor no ha probado en consecuencia su excepción de pago, a lo que equivale decir que nada debe; pues las copias presentadas no manifiestan otra cosa sino es la ineficacia de la ejecución seguida antes, por haber habido nuevo plazo; plazo que hoy se halla vencido y da por consiguiente al título la calidad de ejecutivo; 3º La litispendencia alegada como excepción no tiene razón de ser; pues el único resultado de la litispendencia sería la acumulación de autos, y ésta no puede mandarse en juicio ejecutivo según el N.º 2.º del art. 135 del Código de enjuiciamientos civiles; y 4º El ejecutante ha probado su derecho con la escritura debidamente inscrita de fojas 1.º y con las cesiones o endosos debidamente reconocidos; por lo cual, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se la condena al demandado al cumplimiento inmediato de la obligación, previniéndole que de no hacerlo, se le embargarán bienes equivalentes al crédito, intereses y costas, y se procederá al depósito, avalúo, pregones y remate, según lo dispuesto en los arts. 508 y 511 del Código de enjuiciamientos civiles. Los pagos parciales que ofrece abonar el ejecutante se liquidarán en juicio verbal. Para el juzgamiento que hubiere lugar por el perjurio que se le achaca al señor Monje, pásense a la Judicatura de Letras las copias respectivas, según lo prevenido por la ley.—*Rafael M. Arroyo.—Rafael Vallejo G.*

SEGUNDA INSTANCIA

Riohamba, Junio 15 de 1899, las cuatro de la tarde.—Vistos: La sentencia que condena a Joaquín Monje al pago de la cantidad demandada, guarda estricta conformidad con la ley y el mérito de los autos, en cuanto resuelve sobre lo principal de la causa. No así respecto del perjurio mandado juzgar contra el demandado; pues entre lo dicho en el escrito de fojas 9, aunque esta pieza fué reconocida posteriormente, y lo confesado a fojas 37 no hay contradicción punible. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma el fallo recurrido, con costas, y se revoca en la parte relativa al juzgamiento por perjurio. Devuélvase.—*P. Villagómez.—José María Punina.—M. C. Pachano.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Setiembre 29 de 1899, la una p. m.—Vistos: Con la copia que obra de fojas 13 a 21, se ha comprobado que, ante el Juzgado 1.º Municipal, José Antonio Noboa sigue ejecución contra el demandado, por el pago de la misma cantidad de dinero objeto del presente juicio; esto es, se ha justificado la excepción de litispendencia opuesta a la demanda. Y esta excepción es admisible, ora porque, trayendo a la cuenta la propia disposición del art. 135, N.º 2.º del Código de enjuiciamientos civiles, citada por el Tribunal de Riohamba, del hecho de aceptársela no puede concluirse que este proceso y el que contiene la antes citada ejecución deban acumularse, ora porque, de no ser admitida, se seguiría que puede proponerse dos o más ejecuciones por el pago de un mismo crédito. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, y revocándose la sentencia de que se ha recurrido en la parte que resuelve sobre lo principal, se declara procedente la enunciada excepción de litispendencia, y se le confirma en la parte que declara sin lugar al juzgamiento, por perjurio, de Joaquín Monje.—*Manuel Montalvo.—J. M. Borja.—León Espinoza de los Monteros.—B. Albán Meatzana.—Adolfo Pérez.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, N.º 95, pág. 755)

COMENTARIO

El efecto esencial de la excepción de litispendencia es impedir que se siga el nuevo juicio; y esto significa el fallo que la acepta. La acumulación, por el contrario, quiere que continúen ambos juicios; pero unidos y sujetos a una sola resolución. Prop. 434.

CASO 132

Litispendencia en juicio ejecutivo.

En la causa de Luz María Villagrán contra Zola y Villagrán, se resuelve: 1.º Que dicha excepción no cabe sino se funda en la existencia de otro juicio ejecutivo pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo punto; y 2.º Que menos puede admitirse la cuando la demanda se limita a exigir el cumplimiento de una sentencia ejecutoriada.

Texto del fallo de tercera instancia:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Marzo 7 de 1917, a las tres de la tarde.—Vistos: En la providencia de 26 de Febrero de 1916, (fojas 289 y 290), se negó implícitamente la revocación del nombramiento de Asesor, al aceptarse la recusación, que se hizo subsidiariamente, para el caso en que aquella fuese negada; y el Juez Municipal pudo negarla por sí solo; porque a él le toca exclusivamente lo relativo al nombramiento del letrado que deba aconsejarle en el juicio. En lo principal, se considera: a) la ejecutoria en que se funda la demanda ejecutiva declara derechos que corresponden a Luz Villagrán y obligaciones que debe cumplir Zoila Villagrán; pues estas dos señoras fueron las partes contendientes en el juicio ordinario; b) si por punto general, no puede aceptarse en juicio ejecutivo la excepción de litispendencia que no se funda en la existencia de otro juicio ejecutivo, entre las mismas partes y sobre la misma obligación; menos puede aceptarse contra una ejecutoria de juicio ordinario, a cuyo cumplimiento se limita la demanda ejecutiva. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la sentencia recurrida. Devuélvase, después de legalizadas esta hoja y la anterior.—A. Cárdenas.—Adolfo Paez.—B. Albán Melanza.—N. Clemente Ponce.—Pablo A. Yáconez.

(“Gaceta Judicial”, Serie Tercera, N° 166, pág. 2562)

COMENTARIO

No cabe reparo contra este fallo, perfectamente ajustado a la ley y a los principios. Defendimos en la litis a la parte vencedora, a doña Luz María Villagrán; y reser-vamos la explanación de la doctrina para cuando, estudiados ya la naturaleza y los fundamentos de la cosa juzgada, nos ocupemos en el juicio ejecutivo.

CASO 133

Litispendencia en juicio ejecutivo.

En el juicio Díaz-Cobo, se resuelve: que para dicha excepción es necesaria la preexistencia de otra acción ejecutiva entre las mismas partes y sobre la misma materia; esto es, identidad subjetiva y objetiva; debiendo la segunda ser idéntica en la forma.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quenca, Mayo 16 de 1916, las siete p. m.—Vistos: Para sentenciar el presente juicio ejecutivo, promovido por la señora Anita Díaz v. de Ochoa contra el doctor Modesto Cobos, sobre el pago de cuatro mil sues y los intereses respectivos, se consideró: 1° Que la alegación relativa a no ser líquida la deuda, aducida como fundamento para pedir la revocación del auto de fojas 21 vuelta; 2° Que las excepciones propuestas por el reo son: litispendencia y la de no deber la suma reclamada, por no haberse entregado algunos objetos vendidos; 3° Que no se ha comprobado la litispendencia, porque de los instrumentos presentados como prueba, sólo aparece que existe pleito acerca de la refirida “Gigantones” o “Entable”, mas no acerca de los muebles o semovientes origen del crédito demandado, cuya venta ha sido materia de un contrato y título separados e independientes, como consta de autos; y así versara el pleito sobre éstos, no habría litispendencia, porque las acciones son diversas; 4° Que tampoco se ha justificado la falta de entrega de objeto alguno de los vendidos según el documento del folio primero; al contrario, el actor ha probado la entrega total de ellos, ya con el recibo y la absolución con que se aparejó la demanda, ya con la copia que obra a fojas 93, ya con la declaración de los dos testigos con respecto a los cajones de fermento, ya con la confesión hecha tácitamente a fojas 66 sobre el mismo punto; 5° Que los cajones, animales, etc., hayan estado en mal estado, no destruye la acción ejecutiva deducida; tanto porque en el documento respectivo no se expresa el estado, en que debieran ser entregados, cuanto—y principalmente—porque el reo ha aceptado ya la entrega que se le ha hecho, bien o mal. Por lo tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declaran sin lugar las excepciones y se ordena que el ejecutado pague inmediatamente la cantidad demandada, los intereses correspondientes y las costas en que se le condena; y en su defecto, que se embarquen bienes equivalentes y se proceda al remate, previos los requisitos legales.—Renaldo Chico.—Quenca, Mayo 18 de 1916.—Me conformo.—Luis F. García C.

SEGUNDA INSTANCIA

Quenca, Junio 10 de 1916, las dos p. m.—Vistos: La excepción de litispendencia no es admisible en el juicio ejecutivo, desde que la sentencia no causa instancia ni excepción de cosa juzgada para la vía ordinaria; la cual, puede intentarse por el deudor según el art. 520 del Código de enjuiciamientos en materia civil. Por consiguiente, aun en el supuesto de que existiera pleito pendiente sobre el negocio que consta en el documento con que se ha aparejado la ejecución, dicha excepción propuesta por el doctor Modesto Cobos no es procedente. Por las declaraciones de los testigos y otras pruebas que suministra el proceso, se ha justificado

de justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma la expresada sentencia de primera instancia, con costas; y devuélvase.—Juan de Dios Corral.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 5 de Diciembre de 1887, a las doce.—Vistos: La sentencia recurrida se halla arreglada a la ley y a los méritos del proceso. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas, dicha sentencia. Devuélvase.—Pedro Fermín Cevallos.—Julio Castro.*—Antonio Robalino.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 199, pág. 2825)

COMENTARIO

La doctrina aplicada es, como en los casos precedentes 129, 132 y 133, perfectamente conforme a la ley. Si el ejecutante no hubiera rendido aun la fianza, en el mismo artículo del Código de Enj., en el 189, habría podido basar el ejecutado, no la excepción de litispendencia propiamente dicha, sino la especial a que ese artículo da lugar.

CASO 135

Litispendencia o cosa juzgada en juicio de inventario.

En el juicio de inventario de los bienes dejados por don Francisco Solano y doña María Natividad Olalla, se resolví: 1° Que, a fundarse la oposición al inventario en el hecho de haber sido inventariados y aun divididos los bienes de la herencia que se trata de inventariar, el juez no puede llevar a efecto el inventario, sin decidir, previamente y con conocimiento de causa, si esos bienes han sido o no ya inventariados; y 2° Que como, para expedir tal decisión, no se requiere juicio ordinario, el juez debe proceder considerando la cuestión como mero incidente del juicio de inventario.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

San José de Chimbo, Julio 17 de 1917, las nueve y media a. m.—Vistos: El escrito de fojas 8 y 9 contiene una verdadera oposición a que se lleve a efecto el inventario, oposición que debe resolverse en juicio ordinario; por lo que se recibe la causa a

prueba, por veinte días para lo principal más cuatro para las tachas. Dáse por legítimada la personería de Fermán y Carmen Maura Solano, debiendo contarse directamente también con Manuel Resurrección Llanos y demás interesados, en lo sucesivo.—J. M. Pozo.—Robalón.

Guaranda, Octubre 13 de 1917, las ocho a. m.—Vistos: En mérito de las razones expuestas por Manuel Resurrección Llanos a fojas 17, se revoca el auto pronunciado en San José de Chimbo el 17 de Julio próximo pasado. En consecuencia, llévase a efecto el inventario como se ordenó en auto de 3 de Abril del año en curso. Oígasse al señor Defensor de menores y previo su dictamen, se procederá al nombramiento de un curador para los que necesitan. Al tiempo de formarse el alistamiento de los bienes, quienes lo forman pueden nombrar al depositario que ofrezca mayor seguridad; y en cuanto a las observaciones que contiene la solicitud de fojas 8 y 9, después de concluido el inventario, o en el juicio de partición pueden reiterarse, para que sean resueltas oportunamente.—J. M. Pozo.—Robalón.

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Abril 19 de 1918, las cuatro p. m.—Vistos: La resolución de la cual ha interpuesto recurso de hecho María Concepción Carrera, le causa gravamen irremediable. Por tanto, se acepta el recurso y respecto a lo principal se considera: el juicio de inventario es sumario, y no es legal entorpecerlo con objeciones que puedan y deban ser resueltas concluido que sea el inventario, según lo dispuesto por el art. 34 de la Ley Reformatoria, al Procedimiento civil, de 1911. En mérito de lo expuesto, se confirma con costas el auto de fojas 19 vuelta. Como se ha interpuesto anticipadamente el recurso de apelación en el escrito de fojas 33, se concede dicho recurso y se manda elevar el expediente al Tribunal Supremo, previa observancia de los requisitos legales.—Ternán.—Vallejo G.—Monge.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 7 de Octubre de 1918, a las tres de la tarde.—Vistos: Por la naturaleza de la oposición de fojas 8, esto es, por fundarse ella en el hecho de haber sido inventariados y aun divididos los bienes de la herencia dejada por María Natividad Olalla, el juez no puede llevar a efecto lo dispuesto en el auto de fojas 5-6, sin decidir, previamente y con conocimiento de causa, si esos bienes han sido o no ya inventariados; y como, para expedir tal decisión, no se requiere juicio ordinario, desde que se trata sólo de indagar la verdad de un hecho que, a ser cierto, estorbaría, en parte, la formación del inventario demandado, el juez debe proceder consi-

derando la cuestión como un mero incidente del juicio iniciado a fojas 3. En consecuencia, se revoca el auto recurrido. Legalizad todo el papel de sello inferior al de cuarta clase, devuélvanse. — *Pino.—Cárdenas.—Peñalverra.—Albón Mastanza.—Páez.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Terrena, N° 228, pág. 3059)

COMENTARIO

Dos importantes cuestiones sugieren estos fallos; a saber:

1° Si, hecho el inventario de una herencia o de otros bienes, puede pedirse después nuevo inventario:

2° Qué trámite corresponde a una oposición fundada en tal hecho, es decir, en el de haberse inventariado ya los mismos bienes.

El Tribunal Supremo parece inclinarse a la solución negativa, en el primer punto; pues dice que, al haberse inventariado ya, en verdad, los bienes a que este juicio se refiere, eso impediría, por lo menos *en parte*, el nuevo inventario. Lo cual equivale a reconocer, en cierto modo, la autoridad de cosa juzgada a ese primer inventario, sin que podamos comprender por qué motivo, en concepto de la Corte, el impedimento sería sólo *parcial*.

Nuestra opinión, a este respecto, la reservamos para cuando, ocupándonos en la materia de la *cosa juzgada*, consideremos si la hay en los asuntos de jurisdicción voluntaria.

Cuanto al segundo punto, que es el que por ahora nos concierne, la resolución que comentamos nos parece ajustada a la ley y a los principios jurídicos. En los juicios de jurisdicción voluntaria, como el de inventario, no caben excepciones dilatorias ni perentorias; y una oposición como la ocurrida en este caso, si bien convierte la jurisdicción voluntaria en contenciosa, no por eso hace indispensable la sustanciación de juicio ordinario.

Cierto que, para esta oposición, la ley no ha señalado el trámite que debe seguirse; y cierto también que, según el art. 92, todo asunto para el cual la ley no ha señalado sustanciación especial, debe ventilarse ordinariamente. Pero tal artículo refiérese sólo al asunto principal, no a las cuestiones que, promovido dicho asunto, sea en forma voluntaria o contenciosa, según su naturaleza, sobrevean

durante su curso, con el carácter propio de meros incidentes.

De no entenderse así el art. 92, deberíamos sustanciar en la vía ordinaria todos los incidentes, ya que la ley no ha señalado para éstos ninguna fórmula o tramitación propia, como lo han hecho otros Códigos.

Véanse las props. 338 y 359.

CASO 136

Excepciones dilatorias contra la demanda modificada.

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

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Mayo 10 de 1915, las dos p. m.—Vistos: No habiéndose modificado la demanda de fojas 1, en ninguno de los requisitos exigidos por el art. 99 del Código de enjuiciamiento en materia civil, sino únicamente en la parte de los linderos del terreno cuya reivindicación se ha pedido, en la manera como adquirió en propiedad la Ilustre Municipalidad y la cuantía del juicio; se declara, sin lugar por extemporánea la excepción dilatoria de oscuridad de libelo que ha propuesto la parte demandada en su escrito de fojas 29. Con costas. Asimismo se declara sin lugar el pago de las costas causadas hasta la presentación de la modificación de la demanda, por cuanto las ocasionadas hasta esta fecha, han sido por los incidentes de abandonos de la causa, promovidos por el mismo demandado, como consta de autos. En lo principal, se dispone que conteste la demanda el demandado en el término que para ello le queda.—Cítesse al defensor del Fisco tal como lo solicita la parte contraria.—*Ferrusola M.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, 29 de Julio de 1916, las cuatro p. m.—Vistos: La demanda de fojas 1 reune los requisitos exigidos en el art. 99 del Código de enjuiciamientos civiles, y es suficientemente clara, pues expresa qué la raíz materia de la reivindicación mide veinte hectáreas, más o menos, como comprendidas dentro de los linderos expresados en el primer acápite, del aludido escrito; manifiesta, en el segundo acápite, que la razón que asiste a la Municipalidad para deducir la acción es su derecho de dominio en el aludido terreno, y designa, por último, la cuantía de la demanda, fijándola en veinticinco mil sures. La solicitud de fojas 26, aún cuando el actor ha dicho en ella que modifica la demanda, en realidad de verdad no contiene tal modificación, pues se concreta puramente a expresar que el dominio alegado por la Municipalidad proviene de la compra hecha al Banco Hipotecario, y a fijar los linderos de lo adquirido a ese título; y como las antedichas designaciones y fijación en nada alteran, ni lo que se materia de la reivindicación, ni el derecho en que el actor funda su acción, ni ha sido modificada la demanda; pues tampoco constituye modificación la circunstancia de que en la aludida solicitud de fojas 26 se diga que se fija la cuantía en treinta mil sures, porque, rija esta, ya la fijada en la solicitud de fojas 1, esto en nada influye para que se alteren la competencia del juez de la causa, ni lo relativo a las instancias de que ella es susceptible. Por lo expuesto, y de acuerdo con lo prescrito en el art. 391 del preitado Código de enjuiciamientos civiles, se confirma el auto apelado. Con costas. Devuélvase.

—Castro.—Pólit.—Cienros G.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 26 de 1916, a las dos de la tarde.—Vistos: El escrito de fojas 26, así al determinar la causa del dominio alegado por la Municipalidad como al aumentar la cuantía del juicio, contiene una verdadera modificación de la demanda de la foja primera; y, por lo tanto, siendo, como es, legal, el decreto de fojas 27, el demandado bien pudo deducir excepciones dilatorias, dentro de tres días contados desde la última notificación de fojas 28. Mas, propuesta la de oscuridad de la demanda, para resolverla, se debe considerar lo expuesto en los escritos de fojas 1 y 26; y, dada la manera como el primero señala el terreno sobre que versa la acción reivindicatoria, no menos que la declaración de que él se halla comprendido dentro de los límites de los designados en el segundo de dichos escritos, se conoce, claramente, que, con todo de lo expresado a fojas 26, la referida acción se contrae al terreno que se menciona y delimita a fojas primera. En esta virtud, se continúa firma, con costas, el auto recurrido, en cuanto deniega la excepción de oscuridad; y, por haberse presentado el escrito de fojas 20 antes de contestada la demanda, se lo confirma; igualmente en la parte que exonera al Municipio del pago de las costas reclamadas

con motivo de la modificación hecha en el propio escrito. Devuélvase.—Escudero.—Cardenas.—Cuenca.—Andrade Marina.—Pina.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 182, págs. 2292)

COMENTARIO

Modificada la demanda, comienza de nuevo el juicio; se le corre al demandado el clásico *trastada, con aparcaimiento en rebeldía*, y en los tres primeros días, pueden proponerse excepciones dilatorias, como en cualquier juicio ordinario.

Si el juicio es sumario, deben seguirse las respectivas reglas de procedimiento, como si se tratara también de demanda nueva. Véanse las props. 380, 387, 443, 458, etc.

CASO 187

Demanda de hijo natural sin acompañar el reconocimiento.

En la causa de Torcato Callegos y otros contra el Fisco se resuelve que esa omisión da lugar a excepción dilatoria, mas no a excepción perentoria; y por lo mismo, no puede fundarse en ella el rechazo de la demanda si el título de hijo natural se ha acompañado en otro juicio o lo ha sido negado o controvertido.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Junio 21 de 1883, las ocho de la mañana.—Vistos: El doctor Jácome Ortega demandó al Fisco para que restituyese, con sus accesorios y frutos, la herencia de Juliana Vallejo, a Virginia, María, Felicidad y Carlos Orta, y Rosa Aratijo, y virtud del *irreputable derecho* que a ella tienen como sus hermanas naturales y herederas abintestato. El doctor Luis F. Borja, en calidad de apoderado del Fisco, opuso a la demanda estas excepciones: 1ª Conforme al art. 299 del Código Civil, no es admisible la solicitud de demanda, por cuanto no se ha presentado el instrumento público en que consta que doña Juliana Vallejo fue reconocida como hija natural; 2ª Si constase que doña Juliana Vallejo fue reconocida por la supuesta madre, no bastaría eso para que hubiese tenido el carácter de tal hija; pues no se efectuó la notificación prescrita en el art. 271; 3ª La sentencia en que se confirió a los pretensos hermanos de doña Juliana Vallejo la posesión efectiva de los bienes hereditarios, no surge contra el Fisco ningún efecto;

4.º Tampoco lo surtiría cualquier otra sentencia en que se hubiese declarado que la señora Vallejo era hija natural de doña Antonia Orta; ya porque la señora Vallejo no intervino en el litigio, ya porque según el art. 305 del Código Civil, sólo los fallos en que se declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo pasan en autoridad de cosa juzgada, no sólo respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos relativamente a los efectos que la legitimidad acarrea; y 5.º Conforme al art. 985, el Fisco es el heredero abintestato.—Trabada así la litis, se hacen las siguientes consideraciones para sentencia: 1.º Que el actor, al proponer su demanda, debió acompañar el correspondiente instrumeto que acreditara que Juliana Vallejo fue reconocida por Antonia Orta, y que sus cinco hijas tienen la calidad de hermanas naturales de aquélla, obedeciendo, de este modo, a lo que se dispone en el art. 299, inciso 9.º del Código Civil. Ann cuando se presentó durante el término de prueba la copia de fojas 61-62, esta copia no tiene valor legal, ya por haberse traído a destiempo, ya por haber sido computada sin citación contraria; pues, según lo dispuesto en el art. 144 del Código de enjuiciamientos en materia civil, sólo la prueba debidamente actuada, hace fe en juicio: 2.º Que aunque se pudiese decir que se cumplió de alguna manera la prenotada disposición, no por esto quedaría comprobado el derecho de las demandantes a la herencia de la Vallejo; pues que no habiendo constancia de que ésta hubiese aceptado el reconocimiento, el acto no llegó a perfeccionarse, y, por ende, no pudo surtir efecto alguno respecto de ella misma, y de quienes pudiesen sus bienes con apoyo del estado civil de hermanos naturales. Explícita es la disposición del art. 270 del sobredicho Código: "El reconocimiento de hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación". Este precepto es claro y no debe desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, ni puede decirse fundadamente que lo que él dispone en orden a la notificación y aceptación, es mera fórmula, o un agregado de palabras sin objeto: cuando el legislador empleó los términos "*debe ser*", quiso que tal aceptación y notificación sean una condición *sine qua non* del reconocimiento, sin duda para atajar los abusos ocurridos en la práctica, tratándose de filiación de hijos naturales. El Código Civil de Chile, del que no se separa el nuestro, consigna igual precepto; y Chacón, uno de sus expositores, hablando del reconocimiento de hijos naturales, dice: "A más de voluntario y auténtico, para que produzca efecto, el reconocimiento de hijo natural, debe ser *notificado y aceptado, y repudiado por el hijo*, y esto por las mismas razones que hemos aducido tratándose de la legitimación". En el título de la legitimación voluntaria, dice: "Según el Derecho Romano, la aceptación debía ser voluntaria de parte del hijo, aunque, sin su consentimiento, no podía hacerse *alieni jure*, ni asociarse a la condición de un padre tal vez de mala fama y perversas costumbres." El mismo Chacón, en apoyo de la misma doctrina expuesta, dice: "Según los principios de nuestro Código, el reconocimiento de

hijos legítimos, no es un contrato, sino la simple declaración de un hecho de filiación, pero el reconocimiento de *hijo natural*, es un verdadero contrato consensual, que crea las relaciones de paternidad y de filiación natural; por consiguiente, *debe ser* previamente aceptado por el hijo".—Lo contrario de esta regla, adoptada por varias legislaciones, daría ocasión al fraude y a otros abusos; y no se diga que hay respetables ejentoristas en contra de lo que se sostiene, y que no pueden echarse de menos los requisitos indicados, por no estar incluídos en los casos de impugnación del reconocimiento; porque si la Excma. Corte Suprema resolvió, en 18 de Febrero de 85, que la notificación y aceptación son actos distintos del reconocimiento, y su falta no es causa por la cual puede atacarse éste, por no estar comprendida entre las designadas en el art. 272, nada dijo respecto de los efectos del reconocimiento con relación al art. 270; y al resolver de la manera que se indica, no tocó otro punto que el contrario de la manera que se niega del reconocimiento hecho por Antonia Orta en beneficio de Felicidad, punto diverso, por cierto, del que en la actualidad se controvierte. Si el demandado hubiese opuesto la excepción de impugnación del reconocimiento, por de contado no podría alegarse las faltas de aceptación y citación; pero, en su segunda excepción, se limitó a decir que si constase que Juliana Vallejo fue reconocida por la supuesta madre, no bastaría eso para que hubiese tenido el carácter de tal hija; pues no se efectuó la notificación ni la aceptación prescritas en el art. 271, 3.º Que no habiendo intervenido Juliana Vallejo en la litis promovida por Miguel Zambrano contra Torcuato Gallegos, no pudo surtir ningún efecto la sentencia expedida; porque según el art. 305 del Código Civil, sólo los fallos en que se declara verdadera o falsa la legitimación de un hijo, pasan en autoridad de cosa juzgada, no sólo respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todas relativamente a los efectos que la legitimación acarrea. Esta regla no se aplica en el caso de litigarse sobre el reconocimiento de *hijos naturales*: 4.º Que tampoco puede surtir efecto contra el Fisco la sentencia de posesión escritiva de los bienes de la Vallejo, ora por no haber tenido parte en las diligencias previas, ora porque ella no produce otro efecto que el del art. 677, ora, en fin, porque al conferirsele, se deja libre el derecho de otras personas. Por estas consideraciones, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se rechaza la demanda propuesta por el doctor Julio Jácome Ortega, como personero de Torcuato Gallegos, Rosa Arauja y Miguel Zambrano; Con costas. Por ser justas las observaciones del escrito de fojas 144, se revoca el decreto de tres de Mayo, en la parte en que se ordenó que el doctor Borja Salsitaga las costas de la rebeldía.—

Carlos A. Gomez.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Abril 18 de 1894, la una.—Vistos: No con el carácter de hijos naturales, sino con el de hermanos naturales de Juliana

Vallejo, han comparecido los demandantes para disputar al Fisco la herencia de la sobredicha Vallejo; por tanto, no es aplicable al presente caso lo dispuesto en los arts. 299, inciso 2º del Código Civil, y 763 del de enjuiciamientos en la misma materia. En el supuesto de ser aplicables los mentados artículos, la falta del instrumento público de reconocimiento habría sido motivo para que el juez inferior no admita la demanda, hasta que se llene ese requisito; mas no para que una vez admitida y sustentada juntamente con la negativa del estado civil, opuesta por el Fisco, se deba, por esa sola falta, absolver al demandado y dejar de decidir, conforme a las pruebas rendidas, lo que fuere legal, ora sobre el estado civil, ora sobre los demás puntos controvertidos. Aun cuando Juliana Vallejo hubiese nacido en el año de 1849, como lo afirman los actores, no se ha justificado que adquirió el estado civil de hija natural de Antonia Orta, con sujeción a la ley vigente antes de la promulgación del Código Civil; pues, según el art. 5º de la ley de 13 de Abril de 1837, el reconocimiento de hijo natural debía hacerse del propio modo que dispone el susodicho Código, esto es, por instrumento público, o a presencia del juez y dos testigos; y comprobante de esta naturaleza, extendido antes del 1º de Enero de 1871, no se ha presentado en este juicio, para que Juliana Vallejo tuviera el carácter de hija natural, con arreglo a la antigua ley. Tampoco lo tiene de conformidad con la nueva, por las razones que el inferior aduce en los considerandos segundo, tercero y cuarto de su sentencia; y porque no se ha comprobado que hubo aceptación expresa ni tácita del reconocimiento hecho por Antonia Orta; pues que la primera debió constar de acto auténtico, que no se ha presentado; y la segunda no tiene cabida sino previa notificación del reconocimiento, notificación que, del propio modo, no puede acreditarse sino por auto auténtico, que tampoco registra el proceso. Por estas consideraciones, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, en lo principal, la sentencia de que se ha apelado y se la revoca en cuanto a las costas, por no estimarse temerario el procedimiento de los demandantes. Sin costas.—*Leonidas Batañas*.—*José J. Estupiñán*.—*Francisco Paz*.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 21 de 1895, las tres de la tarde.—*Vistos*: Los actores demandan la restitución de los bienes de Juliana Vallejo, alegando como fundamentos: 1º Que son hermanos naturales de la fallecida, por haber sido, tanto ellos como ésta, reconocidos por Antonia Orta como hijos naturales, en el instrumento público otorgado al efecto; 2º Que por sentencia ejecutoriada se ha declarado que este instrumento fue legal y válidamente celebrado; y 3º Que se ha declarado también por sentencia ejecutoriada que los actores son los únicos herederos de Juliana Vallejo. El representante del Fisco adujo las excepciones mencionadas en el fallo de primera instancia. Fijada así la materia de la controversia,

observase: 1º Que los arts. 763 y 764 del Código de enjuiciamientos civiles, que disponen no se le otorga al hijo natural o legítimo que no presentaren el respectivo instrumento, pudente al juez en el deber de no dar curso a la demanda que carece de esa formalidad, y confieren al reo, cuando se la ha omitido, excepción dilatoria relativa a la forma de la acción o modo del procedimiento; mas no afectan al fondo del derecho, ni pueden dar pie a excepción perentoria; 2º Que la compulsas de fojas 61 a 66, pedida antes del juicio al Alcalde Municipal de Colta, con citación del procurador Sindico, que ningún título tenía, para representar al Fisco, no es prueba debidamente actuada; ora porque dicho procurador no fue nombrado promotor Fiscal ni juró desempeñar este cargo, ora porque, en lo tocante a la sucesión de Juliana Vallejo, el Agente Fiscal de Quito era el llamado a representar al Fisco; 3º Que no habiendo prueba legal del hecho del reconocimiento, no cabe examinar ni decidir si hubo notificación y aceptación, o si las fallas de estas formalidades dejan sin efecto aquel hecho; 4º Que el fallo pronunciado en el juicio que, sobre impugnación del propio reconocimiento, se siguió entre otras personas, no pudo sufrir efecto alguno respecto de Juliana Vallejo, que no fue parte en el litigio; 5º Que tampoco perjudica al Fisco la sentencia de posesión efectiva concedida a los actores, en el concepto de que fueren herederos de la Vallejo. Por estas consideraciones, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma la sentencia de que se ha recurrido. Con costas. Devuelvase.—*Francisco J. Montalvo*.—*Vicente Nieto*.—*B. Albornoz*.—*José M. Bustamante*.—*Y. M. Peña Herrera*.

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, Nº 64, págs. 428)

COMENTARIO

La doctrina del Tribunal Supremo respecto del efecto de la contravención a la ley adjetiva que manda acompañar a la demanda del hijo natural el instrumento público del reconocimiento, consignada en este fallo por especial recomendación nuestra, guarda conformidad con la que expusimos a propósito de la prop. 442.

CASO 138

Excepción simplemente negativa: su efecto y comprensión.

En el juicio de José Sevilla Alvarado contra Aquilino Sevilla, se declaró: Que si la contestación del reo es simplemente negativa, se discute sólo sobre la existencia de la obligación, pero esa contestación no obsta para que la sentencia mande se abonen al reo los pagos confesados por el actor.

Texto del fallo de tercera instancia, en que se consigna con precisión el principio jurídico:

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

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

COMENTARIO

La conclusión consignada en el resumen es certísima; si la contestación del demandado es simplemente negativa, se discute sólo sobre el título o fundamento de la acción; y todo hecho extintivo de ésta es extraño al juicio. No cabe, por tanto, que en la sentencia se admitan o abonen pagos, a no ser que en la misma demanda el actor haya ofrecido abonarlos, o que en el curso del juicio haya convenido en ello. Véanse las props. 447, 451 y 453.

CASO 139

Excepción simplemente negativa.—No comprende la extinción del derecho.

En el juicio de la familia Zambrano contra el doctor Miguel Nájera, sobre una vinculación o mayorazgo, se resuelve, entre otras cosas: Que, a contestarse la demanda negando simplemente el derecho del actor, el demandado no puede alegar, con posterioridad, nada que manifieste que ese derecho se extinguió.

En los fallos de primera y segunda instancia no se considera de modo especial este punto de derecho; mas en el de tercera se dice:

Quito, Marzo 19 de 1889, la una.—Vistos: El personal de los descendientes de Estanislao Zambrano, fundándose en la Ley de 10 de Julio de 1824, que declaró extinguidos los mayorazgos y vinculaciones, y en que a la fecha de la publicación de esa ley, dicho Zambrano fue el poseedor de los bienes que constituían el vínculo creado por el doctor Miguel Vallejo Peñafiel, demanda al doctor Miguel Nájera tenedor de los fundos que pertenecían al mentado vínculo, ya para que se declare a los referidos descendientes dueños de estos fundos, ya para que se obliene al doctor Nájera a entregarlos con los frutos percibidos y los que pudiere percibir los actores. El doctor Nájera ha contestado a esa demanda, negando, simplemente el derecho de los demandantes. Trabado así el juicio, hay que examinar, ante todo, si, acentas las disposiciones contenidas en el testamento y los códigos del doctor Vallejo Peñafiel, la voluntad de éste fue establecer verdadero vínculo y mayorazgo, y en este caso, quien haya sido el poseedor de los bienes vinculados cuando se publicó la susodicha ley, o si sólo quiso que se constituyera un censo, como sostiene el doctor Nájera, en todos los fundos.

9° Que la negativa simple del derecho de los actores, que la contestación del doctor Nájera contiene, ha privado a éste de la facultad de alegar con posterioridad al término de proponer excepciones, las que extinguen ese derecho, cuya existencia negó; de suerte que las de renuncia y prescripción, alegadas por inducticia, no pueden ser consideradas en este fallo. Y por lo que respecta a lo de ser un censo lo que quiso el doctor Vallejo Peñafiel, no es aceptable tal suposición, si se trae a la cuenta lo expuesto en los considerandos anteriores.

Por estos fundamentos, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, revóquese el fallo recurrido, sé resuelve: que los actores son dueños de los bienes vinculados, sin otra obligación que la determinada en el art. 6° de la

Ley de 10 de Julio de 1824; y que el doctor Miguel Nájera entregue los fundos Jubal y Pifanecy a los dichos actores, con los frutos percibidos desde la fecha de la citación con la demanda. Devuélvase.—*Presidente Nieto.*—*Pablo Herrera.*—*Belisario Albán Mezaña.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, Nº 26, pág. 205)

COMENTARIO

Nos referimos al del caso precedente.

CASO 140

Excepción absolutamente negativa: su valor y comprensión.

En el juicio Monroy—Ingenio Rocafuerte, se resuelve que la contestación simplemente negativa no comprende las excepciones basadas en la extinción de la obligación.

Texto del fallo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 30 de Marzo de 1916, a las tres de la tarde.—Vistos: 1º Dadas las contestaciones absolutamente negativas de las dos demandas, no se controvierte nada sobre excepciones relativas a haberse extinguido la obligación; y, por esto, todo cuanto se refiere a alegaciones y pruebas conducentes a demostrar el hallarse extinguida la obligación de cuyo cumplimiento se trata, es materia extraña de los puntos que el Tribunal está en caso de considerar en este fallo:.....

Manuel E. Escudero.—*A. Cárdenas.*—*Manuel B. Cueva.*—*Franco.*
Andrade Martín.—*Leopoldo Pino.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Tercera, Nº 117, pág. 2173)

COMENTARIO

Todos los fallos versan sobre varias cuestiones complicadas, de hecho y de derecho, que no atañen a nuestra estudio actual; y el punto de que tratamos, en que la doctrina aplicada por el Tribunal Supremo está perfectamente conforme con la nuestra, no fue tomado en cuenta en los de primera y segunda instancia. Véanse las props. 447 y 451.

En otro lugar, en el caso 53, tratamos ya de estos fallos, a propósito de otras cuestiones, relacionadas con la Sección 2ª del Título que estudiamos.

CASO 141

Excepción absolutamente negativa: su comprensión y sus efectos.

En el juicio García—herederos de José Saltos, se resuelve: 1º Que la excepción absolutamente negativa no comprende ninguna excepción extintiva de la acción, de las previstas por el art. 1557 del Código Civil; y 2º Que eso no obstante, el demandado puede rendir prueba para impugnar los hechos afirmados en la demanda o las pruebas del actor.

Texto del fallo de tercera instancia, que es el que considera el punto jurídico:

Quito, a 30 de Junio de 1917, a las dos de la tarde.—Vistos: En la contestación absolutamente negativa de la demanda, no se alega, cierto, ninguna excepción extintiva de las determinadas en el art. 1557 del Código Civil; pero no es menos cierto que, no obstante esa contestación, el demandado tiene derecho de probar así contra los hechos afirmados en la demanda como contra las pruebas del actor. En esta causa, la prueba de la demanda se reduce a la escritura de la segunda copia de fojas 25, según lo que José Saltos recibió a mutuo, de Carmen Campuzano Vidua, de García, los seis mil cuatrocientos sucos demandados; prueba contra la cual las demandadas han presentado, entre otros, los documentos de fojas 173-218 y de 236 a 247. Entre estos documentos, se encuentra la primera copia de la expresada escritura, con la nota de cancelación firmada por Delfina García, la demandante; y aunque ésta ha desconocido su firma (diligencias de fojas 232-234), con todo de que el cesionario ha impugnado, a fojas 222 y 250, los documentos privados, el Tribunal hace mérito de esta copia y de la nota de cancelación, fundado: 1º, en que el informe pericial de fojas 293, que guarda absoluta conformidad con el convencimiento de la Corte, establece la presunción de que es de la demandante la firma de la nota de cancelación; y 2º, en que hay prueba contra la producida para justificar la demanda; la cual prueba consiste en: esa presunción, unida a las graves, precisas y concordantes que se presentan: a) de haberse encontrado en poder de las demandadas la primera copia de la sobrevenida escritura, con la nota de cancelación, cuando, por la naturaleza misma del contrato, ella, la copia, debió hallarse, naturalmente, en poder de la acreedora; b) de la imputación de todos los documentos priva-

dos, cuando, del testamento de Carmen Campuzano viuda de García y aun de lo confesado por la demandante, se deduce que son ciertos los pagos de la serie ordenada de los recibos de fojas 236-247; e) de haberse propuesto la demanda a los diez y seis años de vencido el plazo de mutuo, cuando consta que la demandante no sólo cobró, con toda oportunidad, otros créditos de menor significación, sino también que reclamó antes al deudor Saltos por el pago de su deuda, y d) de la absoluta falta de explicación de la demandante y su cesionario acerca de la causa que motivó por el cual la mencionada copia se encontraba en poder de las demandadas, cuando, como se ha dicho, debió hallarse en poder de la acreedora. En consecuencia, la demanda de la foja primera ha quedado sin justificación; y, por esto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revocada la sentencia recurrida, se absuelve a las demandadas. Legalizado este papel, devélanse.—A. Cárdenas.—Francisco Andrade Marín.—Leopoldo Pino.—Adolfo Pérez.—José J. Estupiñán.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 173, pág. 2618)

COMENTARIO

La parte teórica o doctrinal con que comienza el fallo, es evidente; es la misma en que se fundan los fallos antes considerados, y la que hemos consignado al tratar de las props. 447 y 451. Mas en la aplicación de esa doctrina al caso práctico, no se nota mucha claridad, por no estar a la vista la demanda; y el tenor de las demás consideraciones del fallo hace sospechar que, tal vez, un sentimiento de justicia moral hizo falsear algún tanto la misma doctrina; pues parece que los demandados resultaron absueltos, por haber llegado el Tribunal a la convicción de que la obligación de ellos estuvo extinguida por el pago u otro medio legal.

Cierto que la excepción negativa no le impide al actor rendir prueba contra los hechos afirmados en la demanda y contra las pruebas del actor; pero para ser pertinentes y admisibles esas pruebas han de versar sobre los puntos controvertidos. Y como, supuesta una contestación de esa clase, la controversia se traba únicamente sobre los hechos constitutivos del derecho del actor, resulta que las pruebas con que se demuestra la extinción de su derecho que ya llegó a existir legalmente, son extrañas a la controversia, y por lo mismo, impertinentes e improcedentes en el litigio.

CASO 142

Excepción de prescripción.—En la simple alegación del dominio, no se entiende alegada la prescripción.

En el juicio seguida por los herederos de Mariano Cuesta contra Carmen Cuesta, sobre división de una casa, se resuelve: Que la prescripción, como acción o como excepción, debe alegarse expresamente, conforme al art. 2475 del Código Civil, y que, por consiguiente, no se entiende haberla opuesto, por alegarse en la contestación a la demanda el dominio, en general.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Julio 23 de 1909, a las tres p. m.—Vistos: A nombre de la señora Antonia Yaca viuda de Cuesta y de sus hijos legítimos José Ignacio, Elisa y Adela Cuesta, el doctor Nicolás S. Ayala demandó la partición de la casa N° 30 de la tercera cuadra de la carrera Chimborazo de esta ciudad, fundándose en que la casa pertenece pro indiviso, a los herederos del señor Mariano Cuesta (los representados por el doctor Ayala) y a la señora Carmen Cuesta. Esta señora citada con el auto de fojas 3, dijo a fojas 8: "Me opongo a que se proceda a la partición de la casa situada en la tercera cuadra de la carrera Chimborazo de esta ciudad, como lo solicita el procurador de los herederos de Mariano Cuesta; pues ellos no tienen parte ninguna en la mencionada casa, cuyo dominio me corresponde a mí exclusivamente..." Oído entonces el doctor Ayala, negó el que la casa fuese del dominio exclusivo de la señora Cuesta, afirmando que el dominio de sus representados alcanza a las dos terceras partes de la casa, según la exposición de fojas 50-51. Trabajada así la litis, para resolverla, se consideró: 1° Que, según las confesiones de la señora Cuesta, las escrituras de fojas 6-11 y 12-13 se refieren a la casa materia del litigio. 2° Que la primera de esas escrituras demuestra que don Mariano Cuesta compró la tercera parte de la casa, o sea, la cuota correspondiente a la señora Gregoria Cuesta? 3° Que la segunda de las mismas escrituras manifiesta que el señor Mariano Cuesta compró a su hermano José el haber hereditario de éste en la casa contenida: 4° Que, por lo expuesto, las propias escrituras demuestran el condominio alegado por los herederos del señor Mariano Cuesta, comprador de las porciones expresadas en los dos números anteriores: 5° Que no consta que el señor Mariano Cuesta hubiese sucedido, como hijo legítimo, al señor Antonio Cuesta, ni como

hermano legítimo, a Antonio y Mercedes Cuesta: 6º Qué, lejos de haber prueba en orden a las sucesiones mencionadas, la res-puesta 4ª de fojas 15, la posición 2ª de fojas 47, las partidas de fojas 53 y 68 y el informe de fojas 145 dan a conocer que el señor don Mariano Cuesta no tuvo la calidad de hijo legítimo y, por lo tanto, la de hermano legítimo de las personas mencionadas en el número anterior: 7º Que, por no haberse alegado la prescripción en el escrito de fojas 5, ella no es punto controvertido en esta causa: 8º Que, en no habiéndose trabado la litis en cuanto a la prescripción, la prueba respecto de la posesión alegada por la señora Cuesta, no puede alterar el valor de la prueba plena de dominio de que habla el Nº 4º: 9º Que, dada la prueba plena de las referidas escrituras de fojas 6-11 y 12-13, no cabe el que se reconozca el dominio exclusivo de la señora Cuesta en la casa de cuya partición se trata: y 10. Que, en consecuencia, es procedente la demanda de la foja 1ª. A su virtud, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, ordénase se lleve a efecto lo dispuesto en el auto de fojas 3: debiendo atenderse que la porción a que tienen derecho los demandantes en la cosa de la disputa, es lo que expresan las sobredichas escrituras de fojas 6-11 y 12-13. Sin costas.—S. R. Ruiz.—Leopoldo Pino.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Julio 11 de 1910, las dos p. m.—Vistos: Por ser legales y estar arregrados al mérito del proceso los fundamentos de la sentencia venida en grado, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se la confirma, con costas. Devuélvase.—N. Astorga.—N. R. Vega.—L. E. Bueno.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Febrero 14 de 1911, a las cuatro de la tarde.—Vistos: Entre los medios de adquirir el dominio, el art. 577 del Código Civil señala la prescripción; pero desde que debe ser expresamente alegada, sea como acción, sea como excepción, por quien quiera de ella aprovecharse, para que pueda el juez declararla (art. 2475), resulta inaceptable, por ilegal, la doctrina de la demandada sobre que, por haber alegado en la contestación a la demanda, el dominio en general, debe entenderse que también alegó la prescripción. Por tanto, y por los fundamentos de la sentencia de que se ha recurrido, legales y arreglados a los méritos del proceso, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, dicha sentencia. Devuélvase.—Manuel Montalvo.—P. Villagómez.—B. Albin. Mestanza.—A. Cárdenas.—Emilio Ugullas.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 104, pág. 830)

COMENTARIO

Ningún título de dominio puede ser declarado o reconocido de oficio, y la parte que quiera aprovecharlo como acción o como excepción, debe alegarlo, sea de modo expreso, sea de modo tácito pero claro e inequívoco. Si el legislador hace esta advertencia especial respecto de la prescripción, en el art. 2475 del Código Civil, es sólo para hacer constar que, si bien la institución de la prescripción se basa en consideraciones de orden público y de interés general, su aplicación a casos particulares, en materia civil, atañe exclusivamente al individuo interesado. Véanse las props. 445, 447, 450 y 451.

CASO 144 (1)

Excepción de dominio opuesta a una acción personal.

En el juicio de Flavio Cisneros contra José Andrade Miño, por terminación de un contrato de arrendamiento, se resuelve: Que a una acción personal puede oponerse la excepción de dominio, como lo manifiesta, entre otras disposiciones, el art. 2172 del Código Civil.

Texto del fallo de tercera instancia:

Quito Mayo 14 de 1908, a las tres de la tarde.—Vistos: Cabe legalmente que a una acción personal se oponga la excepción de dominio, como en el presente caso. pues no hay ley que lo prohíba, y más bien, ello se conforma a la razón y al derecho, como lo confirma, entre otras disposiciones, la del art. 2172 del Código Civil. Quanto al punto controvertido, se considera que no ha comprobado el reo el dominio del fundo que recibió en arrendamiento del demandante, ya que, de la misma escritura que no ha punde ese contrato, aparece que el predio "Azafrán" es diverso de "La Esperanza"; y por otra parte, no hay prueba que manifieste que éste se halla incluido en el primero. En consecuencia, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la sentencia que ha venido en grado. Devuélvase.—Manuel Montalvo.—A. Cárdenas.—B. Albin Mestanza.—Octavio Diaz.—A. Reyes V.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 46, pág. 368)

(1) Se suprime el Caso 143, por ser el mismo que lleva el Nº 147.

COMENTARIO

Las excepciones deben guardar relación y armonía con la acción, como la respuesta con la respectiva pregunta; y así, al tratarse de una obligación personal, como es la que tiene por objeto la devolución del predio arrendado, el reo no puede oponerse, por lo general, sino alegando que esa obligación no existió jamás, o si se constituyó, quedó extinguida por uno de los medios señalados por el art. 1557 del Código Civil. Pero si, basándose en el art. 2172, puede negarse a la devolución de la cosa prestada el comodatario que descubre que él es el verdadero dueño de la cosa, no hay razón alguna para negarle igual derecho de oposición al arrendatario que descubre ser dueño de la cosa arrendada, o que llega a serlo durante el período del contrato. Creemos, por lo mismo, que la doctrina del Tribunal Supremo guarda conformidad con el objeto y naturaleza de las excepciones. Véanse las props. 225, 226, 445 y 449.

CASO 145

Excepción de falsedad de instrumento en que se basa la acción ejecutiva.

En el juicio de Melchor Costales contra Juana Rivera, se resuelve que, atentos los arts. 185 y 509 del Código de Enj. (ahora 190 y 515), la falsedad de un instrumento público puede proponerse como excepción en el juicio ejecutivo.

Texto del fallo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 1º de 1910, a las cuatro de la tarde.—Vistos: Puede la falsedad de un instrumento público proponerse como excepción en cualquier juicio, y por lo mismo en el ejecutivo, según así lo establece la disposición general, del art. 185 del Código de enjuiciamientos civiles. Por otra parte, la especial del art. 509 del propio Código, facultada para que, en el juicio dicho, pueda deducirse toda clase de excepciones, y no ha quedado excluida la de falsedad expresada arriba. Esta excepción, es, pues, admisible, y, siéndolo, para justificarla, puede rendirse, conforme al art. 183, toda prueba. Consideradas las producidas en el juicio, se observa: que los cotejos fojas 44, de la firma y rúbrica de Juana Rivera, puestas en el pagaré y reconocimiento, y el examen de las mismas y de las otras de ella que constan del proceso, hecho por

el Tribunal, llevan a su ánimo el convencimiento de que son unas y otras diversas y de que bien pueden no ser de la ejecutada las primeras. Es verdad que lo expuesto apenas si constituye presunción de falsedad, atento el art. 207 del Enjuiciamiento; pero esta presunción no es la única que existe en el expediente: el hecho de haber estado la ejecutada enferma, y de tanta gravedad que le habría sido imposible otorgar y reconocer el documento en la fecha en que aparece que lo hiciera, comprobado con el certificado y la declaración del médico de su asistencia y, además, con deposiciones de otros testigos; la contradicción manifiesta, de Natalia Delgado al señalar, ya su casa, ya la de la Rivera, como el lugar en donde se extendió y reconoció el documento, según aparece a fojas 48, son otras presunciones que, unidas a la primera, comprueban la excepción de falsedad que se ha propuesto, por reunir los requisitos puntualizados en el art. 309 del citado Código de enjuiciamientos. Las declaraciones de los testigos de la parte actora, con arreglo a los interrogatorios de fojas 65, 70 y 71, no pueden ser apreciadas, por haberse actuado sin previa observancia de las formalidades prescritas para su validez por los arts. 66, 224, 225, 227 y 228; y de aquí que, sobre éstas, prevalezcan las de los testigos de la otra parte, recibidas debidamente. En ninguna de esas actas que contienen las declaraciones se ha puesto constancia de que el juez que las practicó hubiese cumplido con lo que dispone el art. 231; pero la omisión no dice a lo esencial de las declaraciones, y no las invalida. No sucede así con las formalidades de los artículos anteriores; establecidas para hacer práctico el derecho de defensa, garantizado, con razón, por la Constitución Política, con omisiones, se ataca ese derecho en su base misma. Por lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revocada la sentencia que ha venido en grado, se declara la falsedad del título en que se funda la demanda, se absuelve de ésta a Juana Rivera y se condena a la parte actora en las costas de las tres instancias. Enviense al juez de Letras del Chimborazo, originales, el pagaré y el reconocimiento y copia de la sentencia y de las declaraciones a que ésta se refiere, para que proceda al juzgamiento criminal del juez Civil Manchobín Mesanza.—Manuel Montalvo.—P. Villagómez.—A. Córdova.—Manuel B. Cueva.

VOTO SALVADO

Quito, Abril 1º de 1910, a las cuatro de la tarde.—Vistos: La falsedad alegada a fojas 7 por Juana Rivera, sobre el fundamento de haberse fingido o contrahecho el documento de fojas 1ª y su reconocimiento, igualmente que la suscripción de la supuesta okorgante, tiene por objeto, no enervar simplemente la acción deducida por el ejecutante Melchor Costales, sino destruir el contrato mismo. Tal alegación no implica, pues, una verdadera excepción, ya que las excepciones, atenta su naturaleza, suponen siempre la existencia del respectivo contrato, sino una verdadera

acción, que no puede ser ventilada en juicio sumario, sino en juicio ordinario por cuenda separada, conforme a los arts. 90 y 551 del Código de enjuiciamientos civiles. Todo contrato es una ley para los contratantes, según el art. 1535 del Código Civil; y si bien puede ser invalidado por causas legales—entre las cuales deben contarse las de *resolución*, *falsedad* y *nullidad*—no hay ley que haya establecido ningún procedimiento especial para las controversias de esta clase. Es, pues, inadmisibles la excepción de falsedad alegada en el presente juicio ejecutivo. Por tanto, *admirándose justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma con costas la sentencia expedida a fojas 171 por la Corte Superior de Riobamba. Devuélvase.—*Manuel B. Cueva*.—*Albán Mestanza*.—*Montalvo*.—*Villagómez*.—*Cárdenas*.

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 85, pág. 678)

COMENTARIO

La doctrina de que puede admitirse en el juicio ejecutivo la excepción de falsedad, es inamovible, atentas las disposiciones legales en que se basa y los principios jurídicos que rigen la naturaleza y el contenido de las excepciones (props. 425-426). Sólo que no guarda perfecta conformidad con la que el Tribunal aplicó al resolver que no podía ventilarse como incidente la falsedad de una notificación, según lo observamos al estudiar el caso 82.

Los fallos de primera y segunda instancia nada dijeron sobre el punto de derecho; pero, sobre el supuesto de que podía admitirse la excepción de falsedad en el juicio ejecutivo, se concretaron al análisis de la prueba, y consideraron insuficiente la de falsedad. La Corte Superior sentó el principio de que dicha prueba debía consistir en la de cinco testigos conformes, como dice el Código de Enj., al tratar de los instrumentos públicos: punto en el cual nos ocuparemos al estudiar el art. 193.

Cuanto al voto salvado, el manifiesto error jurídico en que se funda está en armonía con las ideas que hasta hace pocos años prevalecían en nuestro foro, poco preocupado de los principios científicos.

CASO 146

No surta efecto la inscripción del título después de trabada la litis.

En el juicio de Arreosio y Angel Silva contra Genaro del Pozo, se resuelve que, para justificar el dominio con un

título traslativo de propiedad, no surte efecto la inscripción hecha después de trabada la litis.

Texto del fallo de tercera instancia:

Quito, Febrero 20 de 1911, a las cuatro de la tarde.—Vistos: El punto de la sentencia de segunda instancia que debe hoy revererse, es el que declara el dominio de la parte actora en los terrenos *Gualligua Potrero-Preñado y Guarango*, pues, en lo demás, esa sentencia se ha ejecutoriado, por no haber dicha parte recurrido ni haberse adherido al recurso interpuesto por el demandado. Y, en el indicado punto, hay que considerar: 1° Que, atentas la acción reivindicatoria deducida en la demanda y la contestación deber de las demandantes comprobarlo: 2° Que el contrato y el dominio son cosas del todo diversas: 3° Que, por esto, si es verdad que el contrato de compraventa se perfecciona desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, no adquiere el comprador el dominio de las cosas compradas—(derecho real)—sino por la tradición (arts. 659 y 1791 del Código Civil): 4° Que siempre que el contrato de compraventa versé sobre bienes raíces, el convenio de las partes ha de constar de escritura pública, y la tradición ha de hacerse por medio de la inscripción de este título celebrado el contrato y legalmente transmitido el dominio (arts. 675 y 1791, inciso 2° del mismo Código): 5° Que, por consiguiente, el comprador, en este caso, no es propietario ni puede transmitir el dominio si no se ha inscrito el respectivo título en el mencionado Registro (art. 671 del Código citado): 6° Que a la muerte de Alfaro del Pozo, los títulos por los que compró los terrenos arriba determinados, no se hallaban inscritos: 7° Que, por lo mismo, no transmitió a sus herederos testamentarios—las demandantes—el dominio de esos terrenos, ni ellos lo adquirieron por sólo la inscripción del testamento: 8° Que si bien la inscripción de los propios títulos se ha hecho posteriormente, la de los correspondientes a *Guarango y Potrero-Preñado* se ha verificado cuando trabada la litis, y, por esta razón, no puede surtir efecto legal (fojas 8, 9, 270 vuelta y 271): 9° Que, según consta a fojas 270, sólo el título de *Gualligua* y de una acción en *Potrero-Preñado* se ha inscrito oportunamente, esto es, antes de puesta y contestada la demanda: 10. Que, por tanto, sólo respecto del dominio en estos inmuebles puede tener aplicación el inciso 2° del último citado artículo; y 11. Que, cuanto a la prescripción alegada por el demandado, es legal el fundamento de la sentencia de segunda instancia. En virtud de lo expuesto, *administrándose justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma la expresada sentencia en la parte que declara el dominio de las actoras en el terreno *Gualligua* y en una acción de *Potrero-Preñado*, y se la revoca en lo demás. Sin costas. Devuélvase.—*Manuel*

Montalvo.—P. Villagómez.—B. Alben Mestanza.—A. Cardeñas.
—Enbio Ugullas.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 105, pág. 839)

COMENTARIO

Uno de los efectos de la litiscontestación es, como sabemos, fijar la materia de la controversia y dejar a las partes sujetas a los resultados del fallo, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de la citación de la demanda, como si en esa misma fecha se lo hubiera pronunciado. En tal caso, si la inscripción es necesaria para justificar el dominio, como lo es cuando éste se funda en un título que, como la compraventa, requiere la consiguiente tradición, claro que aquella, la inscripción, no surte efecto ni puede ser considerada en la sentencia, si se la ha practicado después de trabado el juicio.

De este punto jurídico de la retroactividad de los fallos judiciales volveremos a tratar cuando, en el lugar respectivo, estudiemos los atributos de la sentencia (Sección 8ª de este Título).

CASO 147

Excepción de improcedencia.—Comprende en ella la de prescripción?

En el juicio Eguiguren-Fisco resuélvase que la improcedencia supone esencialmente que la demanda no nace de la ley, y que, por lo mismo, el derecho no ha existido nunca. En consecuencia, no se comprende en ella la de prescripción.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Loja, 28 de Julio de 1912, a las dos de la tarde.—Vistos: Los alegatos, las pruebas, la demanda y contestación, procédese a fallar definitivamente. Se ha instaurado la acción civil correlativa de las infracciones efectuadas por la sublevación del Batallón Vargas Torres, y se reclama indemnización de perjuicios consiguientes. Una acción es injurídica e improcedente cuando no es la designada por la ley para hacer efectivo un derecho, mas no, cuando el actor carece de prueba, legítima, como lo quiere el señor Fiscal; y sé declarar, por ello, jurídica aquella acción, como fundada que está en el título XXXV del Libro IV del Código Civil y en otras leyes

generales, y en las especiales de 13 de Julio de 1888 y de 14 de Febrero de 1907. Las pruebas en la discusión actual no están sujetas a las leyes 1698, 1699, 1700 y 1701 del Código Civil, ni a otras correlativas, sino a las leyes especiales citadas, principalmente a los arts. 5º y 6º de la primera ley. La prueba presentada, consistente en las declaraciones del ex Gobernador don Virgilio Guerrero, de los empleados Amador Ortega, Rubén Granda, Octavio Celi y Leandro Torres, aparece, pues, arreglada a las ditas leyes citadas, y comprueban plenamente que al actor se exigió un empréstito, que consistió el dinero, y que soldados sublevados dispusieron desordenadamente de éste; hecho que cambió el empréstito en robo. Por esto, aparece bien comprobada la preexistencia, ya por los testigos que vieron consignar el dinero, ya por la suma arrebatada, se debió el juramento al actor, ya por la suma arrebatada, se debió el juramento al actor, a fojas 19; y por este juramento, y más pruebas rendidas, se juzga cierto, justo y equitativo el monto del perjuicio ocasionado. Por no haber estado en mora el demandado, y atendiendo a las leyes 1547, 1548 y 1549 del Código Civil, no puede decretarse el pago de intereses desde que se causaron los perjuicios. Por lo expuesto y más razón *autoridad de la ley*, se resuelve que el Gobierno Ecuatoriano está obligado a pagar al señor Emilio Eguiguren la cantidad de mil sebecientos sueros y los intereses legales, de un seis por ciento, desde la citación con la demanda, computables en juicio verbal. No se manda fijar timbres patrióticos en todo el trámite, porque el art. 7º de la Ley de nuevos impuestos sólo manda que se los fije comunes, y este trámite está exceptuado de llevar éstos por el art. 6º de la Ley de Timbres. Sino se apelare, consúltese este fallo, en tiempo y forma legales.—Roberto Aguirre.

SEGUNDA INSTANCIA

Loja, Octubre 4 de 1913, las tres y media de la tarde.—Vistos: El art. 317 del Código de enjuiciamientos civiles prescribe que la sentencia resuelva únicamente los puntos sobre que se trabó la litis. En el escrito de fojas 7, del primer cuerno de autos, se proponen las siguientes excepciones: negativa absoluta de los fundamentos de la demanda; y que, la acción deducida, por don Emilio Eguiguren es injurídica e improcedente. Como, según el art. 2475 del Código Civil, el juez no puede declarar de oficio la prescripción, sino que ha de alegarla la parte a quien le aprovecha, y debiendo tener lugar esta alegación al contestarse la demanda, que es cuando se traba la litis, se sigue: que la prescripción de la acción, pedida por el señor Ministro Fiscal, en esta instancia, no puede ser declarada, por no haber sido, una de las excepciones oportunamente interpuestas. Y no se diga que, al decir que una demanda es improcedente, se entienda, por el mismo hecho, alegada la prescripción de la acción, ya que la improcedencia afecta a

la demanda cuando esta no está fundada en la ley, lo que no puede decirse respecto de la acción de fojas 2, del primer cuaderno. La prescripción extingue el derecho fundado en la ley, por el mero lapso de tiempo; y la improcedencia supone esencialmente que la demanda no nace de la ley, y que, por lo mismo, el derecho no ha existido nunca. Por esto se niega la prescripción de la acción, extemporáneamente alegada, en esta instancia. El art. 1546 del Código Civil prescribe que la indemnización de perjuicios comprenda el daño emergente y el lucro cesante; y el art. 2296 del mismo Código, condena al responsable de un delito a la indemnización de perjuicios. Por esto, y por estar la prueba rendida, en primera y segunda instancia de conformidad con el decreto legislativo de 8 de Agosto de 1888, y ser legales los demás fundamentos de la sentencia apelada, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, en lo principal, el fallo recurrido, reformándolo en la parte en que condena al Fisco al pago de los intereses sólo desde la demanda; pues éstos deben pagarse por el Estado, desde el 9 de Diciembre de 1906, en que se perpetró el saqueo a mano armada; debiendo tales intereses liquidarse en juicio verbal sumario. Si las partes no apelaren de esta resolución, elévese en consulta el proceso a la Corte Suprema de Justicia.—*Daniel B. Mora.—Octavio Díaz.—Luis F. Jure-nullo.*

TERCERA INSTANCIA

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

(“Gaceta Judicial”, Serie Tercera, Nº 55, pág. 1674)

COMENTARIO

Nosotros, de acuerdo con la doctrina que propusimos al tratar de la prop. 446, debemos concluir que una acción prescripta es, en verdad, *improcedente*; pero con sólo alegar la improcedencia, no puede decirse que se ha alegado la prescripción; porque la improcedencia es un concepto genérico, que puede provenir de muchas y diversas causas (de

que el derecho no existió jamás; de que es nulo el título en que se lo funda; de pago, novación, etc. de la obligación); y la excepción de prescripción, para ser admisible, es decir, para ser también *procedente*, debe ser alegada, lo mismo que todas las demás excepciones extintivas del derecho, de modo claro e inequívoco en la causa.

En otros términos, la excepción de improcedencia no significa alegación de la prescripción, como tampoco significa alegación de pago, de compensación, de novación, de condonación, etc.

CASO 148

Excepción de improcedencia.—Comprendese en ella la omisión de las expresiones que debe contener la demanda según el art. 99?

En el juicio Burneo-Burneo resúltase, entre otras cuestiones importantes: 1º Que es improcedente la demanda en que se reclaman perjuicios sin determinar los hechos que los han producido, es decir, en que se omite la expresión de la causa de la obligación reclamada. 2º Que lo es también la acción que no se ejercita conforme al trámite legal respectivo.

Estos fallos, a los cuales nos referimos en el caso 54, son largos, y por eso no los insertamos entonces; más se trata en ellos de tantos puntos sustantivos y adjetivos interesantes, que vale la pena de que los veamos ahora, sin perjuicio de recordarlos nuevamente cuando estudiemos, en el tomo final, el juicio de cuentas.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Loja, 17 de Agosto de 1912, las ocho y media de la mañana.—Vistos: El doctor Alberto Burneo demandó al señor José Miguel Burneo, para que éste, como guardador de aquel, rinda cuentas de la administración de la herencia dejada al demandante por su padre natural el finado doctor Moisés Burneo; y también para que le indemnice los daños y perjuicios que le ha ocasionado la descuidada administración del guardador. El demandado confesó los hechos relativos al nombramiento y posesión del cargo de tutor, manifestando eso sí que había gestionado lo bastante por ver si recuperaba la herencia del pupilo, pero que, como se siguió un largo juicio, no pudo continuarlo por haber llegado el imputber a la pubertad. Como consecuencia de lo expuesto, manifestó, que no ha administrado bienes, por no haberlos recibido, y que por lo

mismo, no está obligado ni a rendir cuentas ni a responder de perjuicios. Trabajada así la lris, de lo actuado, resulta: 1º Que el doctor Moisés Burneo, reconoció por testamento otorgado el 30 de Octubre de 1890, como hijo natural, al doctor Alberto Burneo; 2º Que le dejó la cuarta parte de sus bienes, los que consistían en la hacienda de "Solanda" y los más que pudieran caberle en el haber paterno; 3º Que el mismo insinuante, nombró de tutor y curador del impúber que reconoció, al señor José Miguel Burneo; y 4º Que éste, aceptó y se posesionó en el cargo. Con estos antecedentes, se pasa a dar la respectiva resolución. La tutela, como que es un cargo público que la ley impone a ciertas personas, para que velen por aquellos que no pueden gobernarse por sí mismo, ni administrar sus negocios, sujeta a los que la ejercen, a obligaciones estrictas, con el fin de proteger a los incapaces e impedir que sus bienes se administraren descuidadamente. En la actual controversia, el señor José Miguel Burneo, ha negado el deber de rendir las cuentas que se le pidió, siendo así que su obligación es inherente y esencial al cargo de tutor o curador; que la ley le obliga a llevar la cuenta de sus actos, sin que ni el mismo testador pueda relevarle de tal obligación; y esto es natural, porque de otra suerte sería nugatoria la protección para el incapaz: la tutela o curatela no respondería a su objeto, y antes que ser la sombra, bajo la cual ampara la ley al desvalido, quedarían burilados sus derechos, sin un tutor o curador que le rinda cuentas; se autorizaría, en una palabra, el escándalo, protegiendo más bien a un guardador que al pupilo, ya que aquel sin ninguna obligación, fácilmente puede descuidarse en la administración y aún dilapidar los bienes que están a su cargo. Si el patrimonio del difunto estaba confundido con otros bienes, como dice el demandado, era de su deber hacer las debidas gestiones para la separación de los patrimonios: si por ejemplo, el testador hubiese dejado al pupilo, únicamente, créditos por cobrar, ¿cuál sería la obligación del guardador?, demandar en juicio a los deudores o gestionar en cualquier otra forma el cobro. Si después de esto, no podíase recaudar lo adeudado, claro está que el guardador no recibía bienes, es decir, no administraba de una manera material, pero ello no importa, porque en este caso debía dar cuenta de esas gestiones, que constituyen verdaderos actos administrativos, si consideramos entre ellos, los determinados en el art. 2119 del Código Civil. Aplicando esta hipótesis a la contienda que nos ocupa, tenemos que el señor Burneo, debe dar cuenta de los actos que dice ha ejecutado en favor del pupilo. El art. 405 del antedicho Código, le impone ese deber y está en la obligación de cumplirlo. Respecto a que cesó la representación del señor Burneo, con la pubertad del pupilo, se considera: 1º Que según la cláusula quinta del testamento que obra en autos, la intención claramente manifestada por el testador, fue la de que el señor José Miguel Burneo, administre solamente los bienes del pupilo; pues dicha cláusula, en su última parte, dice así: "Y haciendo uso de la facultad que me concede la ley, nombro de tutor y curador de dicho mi hijo

natural, al señor José Miguel Burneo, para el efecto de la administración de los bienes que corresponden al pupilo, según este testamento"; 2º Que aun cuando el testador ha manifestado que nombraba de tutor y curador al señor Burneo, su intención, no ha sido otra que la de darle la administración de bienes; y como conforme al art. 1059 del Código Civil, para conocer la voluntad del testador se estará, más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido, es evidente que los nombres de que se valió el doctor Moisés Burneo, no cambiaba en la persona en quien confió la administración de los bienes de su hijo reconocido, el carácter que la ley da al que se encarga del cuidado de los bienes de un menor; 3º Que lo dicho en el anterior considerando se corrobora con la exposición que ha hecho el testador en la cláusula ya mencionada, por la que manifiesta que deja la cuarta parte de sus bienes al hijo que reconoce, ordenando que el capital se coloque a intereses, para que estos sean dados a la madre del pupilo, con el objeto de que atienda a su sustento y educación; 4º Que conforme a tal orden, la tutela en cuanto a la persona del menor, se confió a la madre; y la curatela, al señor Burneo, pero limitada a los bienes dejados al pupilo, lo que podía hacerse perfectamente, atento el inciso 2º del art. 350 del susodicho Código; 5º Que por lo tanto, habiéndose dado al señor Burneo, la curatela del menor, en cuanto a los bienes, y diseeruida como se halla, la ley le exige que dé cuenta de su administración; 6º Que aun en el caso de que el señor Burneo haya cesado en su cargo así como el pupilo llegó a la pubertad, debió según el art. 407 del propio Código, proceder a la entrega de bienes si los tuvo y a rendir las respectivas cuentas; 7º Que si no lo hizo porque no le hubiese sido posible, se hallaba obligado a ejecutar, en el tiempo intermedio, aquellos actos que de otro modo se retardarían con perjuicio del pupilo; y 8º Que por lo mismo, no habiendo el señor Burneo, rendido sus cuentas hasta hoy, debe hacerlo, desde que se posesionó del cargo hasta la época en que las presente. Por todo lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declara que el señor José Miguel Burneo, se halla obligado a rendir cuentas de la administración de la herencia dejada al pupilo, desde el día que se le discarnó el cargo hasta el en que las presente, por las razones de los anteriores considerandos. No se hace responsable de perjuicios, al señor Burneo, porque todavía no se sabe si dará o no verdadera cuenta de su administración, exhibiendo el inventario correspondiente y dando a conocer sus actos administrativos; y si de las cuentas, tiene que desprenderse el dolo o culpa grave en la administración, es necesario concluir que no es llegado el tiempo de ordenar el pago de perjuicios. El señor Burneo ha negado la obligación de rendir cuentas, cuando la ley, en terminantes disposiciones le impone ese deber; en esta virtud, se le condena al pago de las costas procesales.—*Enrique Aguirre*.—Loja, Agosto 19 de 1912, a las cuatro de la tarde. Me conformo con la sentencia anterior, pronunciada el 17 de Agosto de este año.—*Carlos Jaramilla O.*

SEGUNDA INSTANCIA

Loja, 30 de Junio de 1913, a las cuatro de la tarde.—Vistos: A fojas primera del cuaderno de primera instancia, el señor doctor Alberto Burneo, demanda al señor José Miguel Burneo, tutor y curador del primero, que le rinda cuentas de la administración de la herencia dejada por su finado padre el doctor Moisés Burneo; que en caso de que hubiera perseguido el señor José Miguel Burneo alguna parte de la herencia del actor, se ha obligado a entregar el saldo que resulta en su contra; y que se le condene a indemnizar los daños y perjuicios causados por el guardador con su descuidada administración y omisión de los deberes de su cargo. El procurador del demandado, a fojas 4, niega la obligación de rendir cuentas, porque cuando ejerció la tutela, suscitóse una larga contienda que no terminó hasta que el impúber llegó a la pubertad. lo que le puso en la imposibilidad de recibir los bienes y porque no habiendo sido nombrado curador no ejerció el cargo. Niega, asimismo, la acción de perjuicios y la de devolver los bienes del actor, por no haberlos recibido, ni administrado.—Para resolver, se considera: que del testamento y acta de discernimiento que se encuentran de fojas 9 a 14 del cuerpo de primera instancia, aparece que don José Miguel Burneo fue nombrado tutor y curador testamentario del señor Alberto Burneo y que a dicho tutor y curador se le discernieron ambos cargos, acto que ha podido ser autorizado por no haber ley que lo prohíba y antes bien tiene en su apoyo la amplia facultad que la ley concede al testador para proveer sobre la guarda de sus hijos: consta asimismo que el guardador ejerció actos de administración, tales como la fracción de inventarios, partición de los bienes dejados por el señor doctor Moisés Burneo y que intervino en el remate de la hacienda "Solanda"; que por los arts. 401, 405 y 408 del Código Civil y 701 del de enjuiciamientos en la misma materia; don José Miguel Burneo estaba obligado a presentar la cuenta de su administración, al terminar sus cargos; y que, por lo mismo, el demandante está en su derecho al exigir que su ex guardador le rinda cuentas de su administración. Respecto de la segunda de las acciones, se observa: que si bien es cierto que por el art. 407 del mismo Código el guardador está obligado a entregar los bienes del pupilo, expirando el cargo, del proceso no aparece que don José Miguel Burneo haya recibido ninguno de los bienes dejados al menor Alberto Burneo por su padre el finado doctor Moisés Burneo; antes al contrario, existe prueba de haber desaparecido la causa mortuoria de los bienes dejados por el expresado doctor Moisés Burneo, proceso que era el comprobante y título para la recaudación de los bienes del actor; y que este hecho (la desaparición del proceso) impidió a don José Miguel Burneo la recaudación de los bienes dejados al demandante. La tercera acción, de indemnización de perjuicios por omisión de los deberes de su cargo, no es improcedente, como lo asegura el inferior, porque declarada por la ley la obligación de rendir la cuenta a la expiración del cargo, la falta en el cumplimiento de este deber constituyó en mora al ex guar-

dador, señor José Miguel Burneo (art. 1541 de id.), mora que hace responsable al que ha incurrido en ella a la indemnización de perjuicios que deben estimarse conforme a lo dispuesto en la parte final del párrafo primero del art. 1546 del mismo Código. En cuanto a la acción de perjuicios fundada en el art. 418 del antedicho Código, esto es, por descuidada administración, que sólo puede aparecer en la cuenta que presentare el ex guardador, se la esima improcedente. Por estos fundamentos, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se reforma la sentencia apelada y se declara: que don José Miguel Burneo está obligado a rendir cuentas de su administración por haber sido tutor y curador del señor doctor Alberto Burneo; segundo, que por no haber recibido bienes de ninguna clase, no está obligado a entregarlos al demandante; tercero, que se rechaza la acción de perjuicios por descuidada administración, porque ésta sólo puede tener lugar cuando el guardador presente una cuenta con los vicios previstos en el art. 418 del mismo Código; y cuarto, que don José Miguel Burneo es responsable de los perjuicios causados por la mora en la presentación de la cuenta, desde la fecha en que, por el ministerio de la ley, terminó la guarda del menor. Estos perjuicios se liquidarán en juicio verbal sumario. Con costas. Elevase al sello correspondiente esta última foja. Devéanse.—*Mateo Valdivieso.—Daniel B. Mora.—Octavio Diaz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 30 de 1915, a las tres de la tarde.—Vistos: Los únicos puntos que deben resolverse, en esta instancia, son los determinados por los recurrentes en los escritos de fojas 136 y 139, con el fin de que se ruvoque la sentencia recurrida: 1º En cuanto declara que José Miguel Burneo está obligado a rendir la cuenta de su administración, como tutor y curador del que fue su pupilo, doctor Alberto Burneo: 2º En cuanto la declara responsable de los perjuicios causados por la mora en la presentación de dicha cuenta: 3º En cuanto declara improcedente la acción de perjuicios, por culpa grave en el ejercicio del cargo. Respecto del primer punto, atentas las alegaciones de las partes, se establecen las siguientes consideraciones: a) El derecho que el art. 344 concede al padre legítimo para dar tutor, por testamento, a sus hijos, impúberes, no excluye el de darles, a la vez, curador para el tiempo de la pubertad, ya que por el art. 345 se halla facultado también para dar curador a los menores adultos; abrazando así el expresado derecho todo el tiempo correspondiente a la menor edad del pupilo; de modo que el testador doctor Moisés Burneo, al nombrar a José Miguel Burneo para tutor y curador de su hijo Alberto, ejerció un derecho legal, de acuerdo con el art. 349 y las demás disposiciones citadas: b) El escrito de fojas primera manifiesta claramente que el ex pupilo Alberto Burneo demandó a José Miguel Burneo por la cuenta de la administración de la guarda, y no por ninguna otra; pues, así lo patentizan los dos únicos fundamentos de tal demanda, consistentes en haber sido nombrado José

Miguel Barneo tutor y curador de Alberto Barneo, para que, con la herencia que a éste le dejara su padre, cuidase de su educación, y haber aceptado aquel la guarda en forma legal; y si bien concluyó pidiendo que el demandado rindiera cuentas de la administración de la herencia que le dejó su padre, del contexto de la misma demanda aparece, con toda claridad, que al expresarse así, no hizo otra cosa que determinar el único patrimonio de cuya administración debía dar cuenta el demandado, en su calidad de guardador: c) La obligación que tiene el guardador de dar cuenta de su administración, nace de la ley, en razón del ejercicio del cargo, aun en el caso de haberlo desempeñado sin ser verdadero tutor o curador (art. 416); y este ejercicio existe no sólo cuando el guardador ha entrado en posesión de los bienes pupilaris, sino también cuando, por estar ellos en poder de terceros o confundidos con bienes de otras personas, ha gestionado para recaudarlos y obtener la posesión de ellos en representación del pupilo, por cuanto tales gestiones son verdaderos actos de administración; y consta de autos que el guardador José Miguel Barneo, después de discurrido el cargo, ejerció actos de esta clase, como son los enumerados en la sentencia de que se ha recurrido: d) El art. 405 ha previsto el caso de no tener el pupilo otros bienes que los de la sucesión del testador (confundidos, por lo general, con los de otros interesados en la misma sucesión); y para este caso especial — que es el de que ahora se trata — el propio artículo establece, de modo expreso, respecto de todo tutor o curador, incluidos los testamentarios, la misma obligación impuesta a los guardadores en general, de llevar cuenta fiel y exacta de todos sus actos administrativos, y presentarla luego que termine su administración; entendiéndose por actos administrativos no sólo los concernientes a ingresos y egresos, sino además todas las gestiones relativas a los intereses del pupilo, según queda demostrado. — En cuanto a la reclamación sobre perjuicios, se observa, en primer lugar, que la demanda no reúne todos los requisitos que exige el art. 99 del Código de enjuiciamientos en materia civil, para que pueda ser estimada como procedente. Se pide en ella, de un modo general, indemnización de perjuicios, por culpa grave, haciéndose consistir esa culpa en la descuidada administración del guardador y la omisión de los deberes de su cargo; pero no se determina la cantidad que se demanda, ni la causa o razón concreta con que se reclama, esto es, las pérdidas y daños causados al pupilo por culpa del guardador. Faltando estas determinaciones, no ha podido trabarse la litis, dada la imposibilidad del reo para contestar tal demanda, ni han podido producirse pruebas por falta de hechos concretos de que se hubieren originado los perjuicios, únicos sobre los que ellas debían recaer, ni pronunciarse sentencia ordenando el pago de perjuicios no determinados ni comprobados, y menos todavía designarse bases para la liquidación, ya que sin pruebas concretas es imposible tal designación. Por otra parte, es terminante el art. 412 del Código Civil, según el cual la cuenta del tutor o curador debe ser discutida por la persona a quien pase la admi-

nistración de los bienes. Esa discusión — cuando el interesado ha comenzado, como en el caso actual, por demandar la cuenta, y ésta ha sido ordenada por sentencia — debe actuarse en el tiempo y forma prescritos en la sección 10ª, título 2º, libro 2º, del Código de enjuiciamientos civiles, esto es, en el juicio especial que al efecto establecen los arts. 714, 715 y 716; y como el objeto de ese juicio especial es oír las observaciones del actor y la defensa del rindente, para que, trabada así la litis, se pronuncie el fallo correspondiente, sigue que todo lo concerniente a perjuicios y a la consiguiente responsabilidad del guardador, estatúyase por el Código Civil, ha de ventilarse y resolverse en dicho juicio especial, y no antes, por ser este el orden de procedimiento prescrito por la ley. En este sentido fue denegada en primera instancia la pretensión del actor, de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio que decía haber recibido, según consta a fojas 18; y esa providencia llegó a ejecutoriarse, por no haberse apelado de ella. El demandante, al iniciar este litigio, no se limitó a proponer sólo la acción de perjuicios; propuso en primer lugar la acción de exhibición de observarse, y por esta razón el procedimiento judicial que debía observarse, era el que queda expresado; procedimiento al que no podía renunciar el actor, porque a más de ser de orden público, constituye una garantía no sólo en favor de los derechos del pupilo, sino también de la defensa del guardador. Ni puede decirse que la indemnización de perjuicios es una consecuencia legal de la acción contra el guardador por la exhibición de las cuentas de su administración, porque el único efecto de esta obligación, declarada judicialmente, es el derecho del demandante para compelir al demandado a presentarla, por los medios coercitivos, dentro del término legal, a fin de que se discuta en segunda la responsabilidad del rindente en el juicio especial establecido con ese objeto por el Código de enjuiciamientos. Toda acción, para ser jurídica y, por lo tanto, procedente, no sólo debe contener la reclamación de un derecho legal, sino que, además, debe ejercitarse según las reglas de procedimiento establecidas por la ley, y a fallar cualquiera de estas condiciones, la demanda es improcedente. — Por esto, y por lo expuesto en el art. 414 del Código Civil, la cuestión de perjuicios por mora en la presentación de la cuenta, es también un punto que debe verse en el juicio especial posterior al presente; punto acerca del cual no consta tampoco que se hubiese deducido ningún-una acción en el libelo de demanda. En consecuencia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se fallan los puntos materia del recurso, confirmando las resoluciones primera y tercera de la sentencia de segunda instancia, y revocando la cuarta. Reformada así, sin costas, la sentencia recurrida, devuélvase, después de legalizado este papel. — Leopoldo Pino. — A. Cárdenas. — Manuel B. Cueva. — Francisco Andrade Marín. — Manuel E. Escudero.

COMENTARIO

Concretándonos a la parte pertinente (*), a la omisión de las expresiones, declaramos que nos parece muy cierto que la demanda en que se reclaman perjuicios sin determinar los hechos que los han producido, es decir, en que se omite la expresión de la causa de la obligación reclamada, es *improcedente*, como lo es toda demanda obscura, y como lo es aquella en que no se promueve el procedimiento especial señalado por la ley para la acción; pero cremos también, como hemos dicho tantas veces (props. 377 y 446) que esa improcedencia da lugar a excepción dilatoria, y que, no deducida oportunamente, no se la puede utilizar como fundamento para el rechazo de la demanda.

Si no se ha expresado la causa, la demanda es obscura; pero si ni el juez ha ordenado de oficio la aclaración, ni el reo ha reclamado por la obscuridad, en tiempo oportuno, ya no queda para el juez sino interpretar la demanda, como debe interpretarse todo documento obscuro; y para fallar sobre el fondo, debe atenderse a lo que resulte de las pruebas y de las demás piezas del proceso. Si aquéllas ponen de manifiesto los hechos que han ocasionado los perjuicios reclamados, el juez no puede menos que condonar a la indemnización, de acuerdo con esa prueba.

Y en lo tocante al trámite, si se ha seguido juicio ordinario, cuando, según la ley, había para el caso un procedimiento especial, el juez tiene que fallar también sobre el fondo; no sólo por la misma razón de no haberse alegado en tiempo oportuno la excepción dilatoria respectiva, sino, además, por la regla del art. 103, que da a entender que, por la mera voluntad del actor, se puede dar esa sustanciación, la ordinaria, a una acción para la cual se ha establecido trámite especial.

Con mayor razón el acuerdo expreso y la aquiescencia tácita de las dos partes pueden producir el mismo efecto, sin que valga en contrario el vago criterio de que la forma del trámite pertenece al derecho público; pues mucho de lo perteneciente al tal derecho puede ser renunciado, en lo que concierne al interés personal de los renunciantes.

(*) Al hablar aquí de *parte pertinente*, nos referimos al concepto jurídico de la excepción de *improcedencia*, materia del presente estudio.

CASO 148 desamparado de una adquisición en el extranjero. — Modo de transmitir los derechos y la representación de las partes en el juicio.

En el juicio de deslinde promovido por la familia Elizcerra contra el dueño del fundo Cochagui, ocurrió el caso de que, habiéndose rematado dicho fundo, por ejecución, tratábase de saber si el juicio debía continuarse con los rematantes señores Elizcerra o con el anterior dueño del fundo, y en ese incidente, que sobrevino en segunda instancia, se expidieron los fallos siguientes:

SEGUNDA INSTANCIA.

Quito, Junio 20 de 1892. — Vistos: Del caso, de remate, fojas 499, consta que la propiedad del fundo Cochagui se ha transmitido totalmente a José Ignacio, Carlos, Sebastián, Nicanor, Alejandro, Josefina, Ana, Juana, Rosa Elena, Dolores y Julia Galisto; y si bien es verdad que los vendedores se han obligado a responder por los resultados de los pleitos que, por agude y tierra, hubiere signatariados personas, esto no basta de ser hecha obligación ex licita de su remate. El vendedor, según la disposición del inciso 2º del art. 1834, del Código Civil, tiene facultad de abstenerse de salir a la defensa en causa de su remate, quedándose sujeto a los resultados del pleito, por lo cual es indudable que a los herederos de Ignacio Elizcarraburu no se les puede compelir a contribuir en la litis. Por estas razones, se resuelve que los expresados Galistos son parte en este juicio, por lo que respecta al fundo Cochagui. Sin costas. — *Pina — Andueza, María — Morayta.*

TERCERA INSTANCIA. Foja 511.

Quito, Marzo 24 de 1903, a las dos de la tarde. — Vistos: Si bien es cierto que la acción real se la ha de dirigir contra el actual poseedor de la cosa, materia del juicio; sin embargo, no lo es menos que, una vez contestada la demanda, lo demandado, en el caso del reo, se efectúa entre éste y el actor el contrato de litis-contestación. Y que, sea respectiva de veras y obligaciones que nacen de esto, no se transmite a un tercero, sino en virtud de una cesión expresa, en conformidad a la ley. De aquí que, el hecho de haber cambiado la cosa, durante el litigio, de dueño o poseedor, no se reputa suficiente para que, perdiendo el vendedor contra quien se inició el juicio, su condición de reo, se le considere como a tal al último comprador, quien podría en ocasiones sufrir las consecuencias de un juicio en que no formó parte; lo cual está en

oposición con lo dispuesto en el art. 328 del Código de enjuiciamientos civiles, sin que tal caso se cuente entre los expresados en el Código Civil. Con todo, no se ha de entender por esto que se le priva al comprador de la facultad de comprar voluntariamente sobre sí la condición de reo, sustituyéndose en sus derechos, lo cual puede hacerlo buennamente; como lo ha hecho, en el caso que nos ocupa, Lazarraburu, quien, después de iniciado el litigio entre la familia Herrera y la Borja, por deslinde de Cochasqui, pasó a ser dueño de dicho fundo. Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que el artículo actual no se contrae a obligar a un vendedor a salir a la evicción, como lo ha juzgado el inferior, sino simplemente a determinar quien sea la persona del reo con el que se ha de conmutar el juicio después de enajenada la cosa, materia de la litis; se revoca el auto apelado, y se reanuda que no se puede obligar a los Calistos a intervenir, como parte, en el presente juicio. Devuélvase.—*Cueva.—Casares.—Orrellana.—Borbano de Lora.—Ontañeda.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, N.º 45, pág. 359)

COMENTARIO

Al explicar la prop. 453, observamos que la ciencia jurídica moderna hacia innecesario recurrir a la antigua ficción del cuasicontrato, para explicar el sometimiento de las partes a la decisión judicial y todos los derechos y obligaciones que para ellas podían derivarse, ya del litigio mismo, ya del fallo que en él se expidiese. Cuanto a la intervención del comprador en el juicio pendiente con el vendedor, tenemos ahora la regla expresa del art. 1080, cuyos fundamentos y antecedentes explicamos algún tanto, al tratar de la prop. 419.

CASO 150

Reconvencción inconcreta.—Es admisible.

En el juicio seguido por doña Francisca Barreiro con don Gustavo Urbán, declarase que el haberse confesado que la reconvencción, sobre no tener conexión ninguna con la demanda principal, versa acerca de asuntos que ya han sido sometidos a juicio, no es causa para que el juez deje de resolverla.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Queyaqui, Noviembre 1.º de 1886, la una.—Vistos. A nombre de doña Francisca Barreiro, propuso don Wenceslao Mármol contra don Gustavo Urbán demanda de rescisión, por lesión enorme, de un contrato de compraventa celebrado entre dicha señora, y el demandado, sobre una tienda situada en los bajos de la casa de la vendedora, en la calle del Comercio, y los arrendamientos que sé devenguen desde la fecha de esta demanda, contrato que, en copia, corre de fojas 37 a 40 de estos autos. El demandado, en su contestación, niega dicha demanda en lo absoluto, y redhviene al demandante por los gastos y valores impendidos en sostener varios juicios promovidos por N. Martínez contra Urbán, sobre desahucio y pago de arrendamientos de la referida tienda, reconvencción que, a su vez, niega el actor. Trábase así la litis, y concluido el término de prueba, se considera para sentencia; 1.º Que la referida escritura de fojas 37 a 40 contiene un verdadero contrato de compraventa; 2.º Que independientemente del contrato de compraventa, y para el caso eventual de la ruina del edificio por incendio, terremoto, etc., se ha celebrado además otro de construcción de obra, en virtud del cual debía pagar Urbán, como precio, la cantidad mensual de treinta y cinco pesos; 3.º Que versando la demanda sobre la rescisión del contrato principal de compraventa, no hay para qué tomar en consideración en esta causa el contrato segundo, cuyo carácter es condicional, y cuya condición, esta pendiente; 4.º Que para determinar el verdadero valor que el inmueble enajenado tenía al tiempo del contrato, debe tomarse en cuenta de preferencia la prueba pericial, en atención a los conocimientos especiales que demanda la discreta apreciación del justo precio de un inmueble; 5.º Que de dicha prueba pericial resulta en la presente causa que el justo precio de la cosa vendida excede al duplo de los mil quinientos pesos, precio estipulado en el contrato, lo cual está comprobado no sólo con el dictamen de los peritos que concurrieron a la segunda inspección ocular, cuyo informe corre a fojas 131 y 132 vuelta, sino también con el de los de la primera, siendo de advertir que éstos, carpinteros de oficio y veranos, por lo mismo, en la materia, sobre la cual han informado, asignan a fojas 66 el valor de diez mil pesos al inmueble de que se trata; 6.º Que con los informes de los peritos, contenida en el presente juicio la prueba testimonial que se aprecia, como completa, menaría de aquella; y 7.º Que versando la reconvencción sobre puntos que según la propia confesión del demandado son materia de distintos juicios, unos pendientes y terminados otros, que nada tienen que ver con este de rescisión, el juzgado ninguna resolución puede dar sobre ellos. Por estos fundamentos, ultrarresponso, se declara en nombre de la República y por autoridad de la Ley, se declara, con lugar la acción de rescisión, quoyra, del contrato de compraventa constante de fojas 37 a 40, en fuerza de lo dispuesto en los arts. 1869 y 1880 del Código Civil, y se niega la reconvencción del demandado. Declárase de cargo de éste el pago de los frutos civiles del inmueble, y de cargo del actor el abono de los intereses

oposición con lo dispuesto en el art. 328 del Código de enjuiciamientos civiles, sin que tal caso se cuente entre los expresados en el Código Civil. *Con todo, no se ha de entender por esta que se le priva al comprador de la facultad de tomar voluntariamente sobre sí la condición de reo, sustituyéndose en sus derechos, lo cual puede hacerlo buennamente; como lo ha hecho, en el caso que nos ocupa, Lizarzaburu, quien, después de iniciado el litigio entre la familia Herrera y la Boria, por deslinde de Cochasqui, pasó a ser dueño de dicho fundo. Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que el artículo actual no se contrae a obligar a un vendedor a salir a la evicción, como lo ha juzgado el inferior, sino simplemente a determinar quien sea la persona del reo con el que se ha de continuar el juicio después de enajenada la cosa, materia de la litis; se revoca el auto apelado, y se resuelve que no se puede obligar a los Calistos a intervenir, como parte, en el presente juicio. Devuélvase.—*Cueva.—Casares.—Orllana.—Berkano de Lara.—Ontañeda.**

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

COMENTARIO

Al explicar la prop. 453, observamos que la ciencia jurídica moderna hacía innecesario recurrir a la antigua ficción del crasocontrato, para explicar el sometimiento de las partes a la decisión judicial y todos los derechos y obligaciones que para ellas podían derivarse, ya del litigio mismo, ya del fallo que en él se expidiese. Cuanto a la intervención del comprador en el juicio pendiente con el vendedor, tenemos ahora la regla expresa del art. 1080, cuyos fundamentos y antecedentes explicamos algún tanto, al tratar de la prop. 419.

CASO 150

Reconvencción inaneza.—Es admisible.

En el juicio seguido por doña Francisca Barreiro con don Gustavo Urbán, declárase que el haberse confesado que la reconvencción, sobre no tener conexión ninguna con la demanda principal, versa acerca de asuntos que ya han sido sometidos a juicio, no es causa para que el juez deje de resolverla.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA—*Intervención del actor en el juicio de don Gustavo Barreiro, propuesto por don Wenceslao Mármoel contra don Gustavo Urbán demandado de rescisión, por lesión enorme, de un contrato de compraventa celebrado entre dicha señora, y el demandado, sobre una tienda situada en los bajos de la casa de la vendedora, en la calle del Comercio, y los arrendamientos que se devenguen desde la fecha de esta demanda, contrato que, en copia, corre de fojas 37 a 40 de estos autos. El demandado, en su contestación, niega dicha demanda en lo absoluto, y fidedignamente al demandante por los gastos y valores impendidos, en sostener varios juicios promovidos por N. Martínez contra Urbán, sobre desahucio y pago de arrendamientos de la referida tienda, reconvencción que, a su vez, niega el actor. Trabada así la litis, y concluido el término de prueba, se considera para sentencia: 1º. Que la referida escritura de fojas 37 a 40 contiene un verdadero contrato de compraventa; 2º. Que independientemente del contrato de compraventa, y para el caso eventual de la ruina del edificio por incendio, obra, en virtud del cual debía pagar Urbán, como precio, la cantidad mensual de treinta y cinco pesos; 3º. Que versando la demanda sobre la rescisión del contrato principal de compraventa, no hay para qué tomar en consideración en esta causa el contrato secundario, cuyo carácter es condicional; 4º. Que, con arreglo a esta inmutable enajenación hecha al tiempo del contrato, debe formarse en cuenta de preferencia la prueba pericial, en atención a los comprobamientos especiales que demanda la discreta apreciación del justo precio de un inmueble; 5º. Que de dicha prueba pericial resulte en la presente causa, que el justo precio de la cosa vendida excede al duplo de los mil quinientos pesos, precio estipulado en el contrato, lo cual está comprobado no sólo con el dictamen de los peritos que concurrieron a la segunda inspección ocular, cuyo informe corre a fojas 131 y 132 vuelta, sino también con el de los de la primera, siendo de advertir que éstos, carpinteros de oficio y veredados, por lo mismo, en la materia, sobre la cual han informado, asignan a fojas 66 el valor de diez mil pesos al inmueble de que se trata; 6º. Que con los informes de los peritos, concurra en el presente juicio la prueba testimonial que se aprecia, como comprobatoria de aquella; 7º. Que versando la reconvencción sobre puntos que, según la propia confesión del demandado son materia de distintos juicios, unos pendientes, y terminados otros, que ella tienen que ver con este de rescisión, el juzgado ninguna resolución pueda dar sobre ellos. Por estos fundamentos, autorizada la ley, se declara en nombre de la República y por autoridad de la ley, se declara con lugar la acción de rescisión, en forma del contrato de compraventa constante de fojas 37 a 40, en fuerza de lo dispuesto en los arts. 1869 y 1880 del Código Civil, y se niega la reconvencción del demandado. Declárase de cargo de este el pago de los frutos civiles del inmueble, y de cargo del actor de abonar dichos intereses*

legales del capital que representa el precio percibido, todo desde la fecha de la demanda, previa liquidación practicada en juicio verbal sumario. Sin costas.—*Joaquín Luis Febres Cordero.*

SEGUNDA INSTANCIA.

Guayaquil, Junio 18 de 1888, las tres y media.—Vistos: Las pruebas y alegatos que el apelante ha deducido en esta segunda instancia, no desvirtúan en manera alguna los fundamentos del fallo recurrido, los que se estiman legales y arreglados a los méritos del proceso. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, el fallo expresado. Devuélvase.—*Españolón Davila.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 3 de 1889, las dos.—Vistos: La sentencia recurrida está arreglada a los méritos del proceso y a las disposiciones legales, tanto en la parte que declara rescindida la venta materia de la escritura fojas 37, como en la que decide que el demandado debe volver el inmueble con los frutos civiles y la actora abonarle los intereses legales del capital que recibió por precio. En orden a la reconvencción, se considera: Que Macario Martínez impidió la tradición legal de la cosa vendida con su oposición a la inscripción de la citada escritura; y que no habiendo Francisca Barreiro salido a la defensa estando citada, deben pagarse a Urbán con el interés legal, todos los desembolsos que hizo en dicho pleito, hasta la fecha en que se verificó la inscripción: Que aunque Urbán fue condenado, por sentencia que causó ejecutoria, a seguir pagando las pensiones de arrendamiento que se le reclamaron, no constando que Francisca Barreiro hubiese sido citada para que saliera a la defensa, no puede declararse obligada al saneamiento en este punto, atento lo prescrito en el inciso 3º del art. 1824 del Código Civil. Tampoco puede imponerse a la vendedora esa obligación por lo que hace al juicio de desahucio; pues sobre notarse también en él la falta de la enunciada citación, el resultado fue favorable a Urbán, según aparece de autos. Nótese igual falta en los otros pleitos mencionados en la reconvencción. Así que, aun cuando todos ellos hubieran sido desfavorables al demandado, no podría darse a la Barreiro por obligada al saneamiento de los perjuicios que el primero dice haber sufrido a consecuencia de tales juicios. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se reforma la sentencia recurrida, confirmando en la parte relativa a la rescisión, y acogiendo en la reconvencción en los términos del presente fallo. Los intereses y frutos se liquidarán en juicio verbal sumario; advirtiéndose que éstos consisten en la pensión de arrendamientos, que se fija en veintiocho sures mensuales, atento lo estipulado por las partes en la escritura a fojas 37. Devuélvase.—*Luis Antonio Salazar*.—*Vicente Nieto*.—*Antonio Portilla.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N.º 24, pág. 190)

COMENTARIO

A la reconvencción, conexa o inconexa, pueden oponerse excepciones dilatorias o perentorias; y si en verdad se sigue otro litigio sobre el mismo asunto, puede deducirse la excepción de litispendencia, siempre que concurran las necesarias condiciones de identidad subjetiva y objetiva. Púedese también pedir, en el respectivo caso, la actuación de autos. Véanse las proys. 434, 439, 458.

CASO 151

Reconvencción propuesta después de contestada la demanda.—Inadmisible, según el art. 134.

En el juicio Silva-Martínez, sobre nulidad de un remate, resuélvase: 1º Que no se puede impugnar la venta de inmuebles en el caso del art. 1283 del Código Civil, a menos de probarse, bien la no intervención de un heredero presente, bien su oposición a la venta, previa entrega del dinero necesario para el pago de las deudas o de los legados; 2º Que, para los efectos del referido artículo, es inadmisible que la presencia de las personas ha de entenderse con relación al territorio jurisdiccional en que ellas son necesarias para la práctica de alguna diligencia; 3º Que corresponde, según la ley, al dueño del suelo los edificios construidos por otra persona que el dueño, la venta del primero comprende la de los segundos, con cargo, eso sí, de pagar el valor de éstos a quien los hubiere construido; 4º Que la reconvencción deducida después de contestada la demanda, no puede ser resuelta en la sentencia; y 5º Que tal reconvencción debe quedar para una nueva demanda separada, caso de insistir en ella, en la reconvencción, quien la hubiere propuesto.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Julio 21 de 1889, las nueve a. m.—Vistos: Dionisio Silva, demanda la nulidad de la venta de un edificio contiguo a la casa que fue de la señora Jesús Echeverría de Marín, edificio que asegura haber construido con su dinero en solar de propiedad de dicha señora; y demanda también la nulidad de la venta de la casa y terrenos pertenecientes a la sucesión de la misma señora

Echeverría de Marín. En el primer caso, funda la acción en que la venta se verificó sin su consentimiento, siendo el dueño del edificio vendido; y en el segundo, funda en que las propiedades de la mortuoria de la señora Echeverría se vendieron sin anuencia de todos los herederos, uno de los cuales es su esposo, y en la falta de los requisitos exigidos por la ley para la venta de los bienes en que son condueños, menores que hay entre los herederos. El comprador Agustín Martínez contra quien se dirigió la demanda hizo citar de evicción, dentro del término legal, a la vendedora señora Virginia M. de Garraico. Esta señora confesó la demanda prescrita en la última parte del art. 648 del Código de enjuiciamientos en materia civil, hay que tomar en consideración las excepciones deducidas por ella. Por igual motivo debe atenderse la reconvencción propuesta por la demandada. Esta ha alegado, como excepciones, que el demandante tuvo conocimiento de la venta de los bienes de la mortuoria, y que el edificio que dice ser suyo, como construido que fue en terreno de la testadora, señora Echeverría Marín, debe acceder a los dueños del suelo, los que están listos a abonar el justo precio de los materiales empleados en la fábrica. La reconvencción se contrae a reclamar a Silvia los productos producidos por la casa de la mortuoria, ya por haberla ocupado sin pagar pensión conductiva, ya por haber recibido las pagadas por terceros que han ocupado la casa como arrendatarios. Entrando a resolver los puntos de derecho, se considera: 1º Que la venta de cosa ajena es válida; y, que, en consecuencia, no adolece de nulidad el remate del edificio construido por el actor en suelo de la señora Echeverría de Marín. El único derecho del dueño en este caso sería el de reivindicar la cosa vendida; pero aun en el supuesto de que se hubiera entablado acción reivindicatoria, el actor no tendría opción a la devolución del edificio, porque aparece de los autos que éste fue levantado en suelo ajeno, en cuyo caso ese edificio ha accedido al dueño del suelo, y por tanto, el dueño de la fábrica no tiene más derecho que el que le concede el art. 657 del Código Civil: 2º La venta de la casa y terrenos pertenecientes a la mortuoria se ha hecho con los requisitos legales, pues se ha cumplido con lo prescrito en el art. 384 correlativo del 1284 del Código Civil. Según el art. 1283 del mismo Código, puede el Albacea con anuencia de los herederos presentes, cuando no hubiese dinero suficiente para el pago de las deudas o legados, proceder a la venta de los muebles y subsidiariamente de los inmuebles. El actor contestando a la pregunta décima séptima del interrogatorio de fojas 109, confiesa que tuvo noticia anticipada del remate, luego no habiéndose opuesto a él, convino tácitamente en que se verificara. Por otra parte, la falta de su consentimiento no habría sido motivo de nulidad, pues como arriba se ha dicho, es válida la venta de cosa ajena, y el único derecho que queda al dueño es el de reivindicarla; 3º El demandante absolviendo a la pregunta quinta del interrogatorio de fojas 109, confiesa que per-

cibió el producto del arrendamiento de la casa correspondiente a tres o cuatro meses; y por tanto, en esta parte se ha comprobado la reconvencción. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se declara sin lugar la demanda, y se admite la reconvencción en la parte confesada por el actor. Líquidense dichas pensiones conductivas en juicio verbal sumario. No habiendo temeridad manifiesta, se abuelve al demandante de las costas.*—Juan J. Castro.—José Luis Tamayo.

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Enero 14 de 1890, a la una p. m.—Vistos: La citación a Félix Andrade corriente a fojas 36 vuelta, se la hecho el 8 de Agosto, según aparece de la declaración del Escribano Rivas y del examen de la fecha en que se dió el fallo y la en que se concedió la apelación; de lo que se deduce que Dionisio Silva, con conocimiento extrajudicial de la sentencia se anticipó a proponer dicho recurso. En tal concepto, dando por legalmente instaurada la segunda instancia, se entra a fallar en lo principal, sobre lo cual se considera: que el actor no tiene derecho para demandar la nulidad de la venta pública de la casa y "carro" a que los autos se refieren, porque no es dueño de ninguno de tales edificios; ni del primero, porque, como lo expresa el mismo Silva, esa propiedad pertenece a todos los herederos de la finada doña Jesús Echeverría; y no del segundo, por cuanto, aunque se hubiese edificado con dinero propio del demandante, siendo propio de la testadora el suelo que lo sustenta, como también lo confiesa el actor, éste no tendría más derechos que los que le conceden las disposiciones contenidas en el párrafo cuarto, libro segundo, título quinto del Código Civil, según el caso; pero nunca el dominio, o sea el derecho de propiedad en la totalidad del edificio. No es tampoco fundamento de nulidad el que la albacea no haya procedido a la venta de acuerdo con los herederos presentes, como lo previene el art. 1283 del Código citado; porque la falta de este requisito no anula el remate, visto el art. 717 del de enjuiciamientos en materia civil, mucho menos si se atiende a las formalidades con que se ha efectuado. Quanto a la reconvencción hecha al actor, se consideraran legales y conformes al mérito del proceso los fundamentos del juez inferior y su resolución correspondiente. La objeción de puro derecho aducida por Silvia a la aplicación sobre el particular del art. 648 del Código últimamente citado, refiriéndolo a la última parte del 313, es contraproducente; porque en esta disposición legal se habla también del rebelde, y la parte demandada no había sido declarada tal. En lo tocante al adhiarimiento de Félix Andrade por las costas de primera instancia, se tiene en cuenta: 1º que la demanda, como se ha observado, carece de todo fundamento legal; y 2º que por la declaración de Rivas y el hecho de haberse pagado con el producto del remate la deuda de Silvia, sin que éste le hubiese hecho objeción alguna, prueba casi plenamente que el actor tuvo conocimiento anticipado del

romate, y que, por lo mismo, ha procedido con temeridad. Por todo lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma en todas sus partes la sentencia que ha subido en grado, pero condenando en las costas de ambas instancias al demandante Silva.—Lucio M. Jaramillo.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 30 de 1890, las doce p. m.—Vistos: Donisio Silva, en su escrito de fojas 81, no ha promovido ningún incidente de previo y especial pronunciamiento. Se ha limitado a combatir las excepciones propuestas, tanto por considerárlas extemporáneas, cuanto por las demás razones allí expresadas y que se reserva desarrollar debidamente en su alegato para sentencia. No hay, pues, la nulidad proveniente de la falta de resolución especial y previa sobre el supuesto incidente, ya que el Juez de primera instancia, a consecuencia de la presentación del referido escrito, no pudo hacer otra cosa que continuar la tramitación de la causa, para resolver en definitiva sobre las mencionadas excepciones, tomando en cuenta lo alegado contra ellas, así en orden a su oportunidad como en lo concerniente a su legalidad y justicia. En esta virtud, entrando en lo principal, se declara. 1º Que el art. 1283 del Código Civil autoriza al albacea para vender los inmuebles de la testamentería con anuencia de los herederos presentes, quienes pueden oponerse a ello, entregando el dinero necesario para los pagos que motivaren la venta: 2º Que, por consiguiente, para impugnar la validez de la venta de la casa de dicha testamentería, efectuada en público remate por el albacea, con el objeto de pagar una deuda y atender a los gastos de la mortuoria, habría sido preciso probar, ya sea la existencia de algún heredero presente en Machala al tiempo de la venta, o la oposición que éste hubiese hecho al acto, consignando el dinero necesario para el expresado objeto: 3º Que, lejos de haber tal prueba, se deduce, inequívocamente, de los propios alegatos de las partes, de las principales piezas del proceso y del silencio guardado por el demandante a este respecto, que la familia Martín, excepto la testadora, en que se ha solicitado licencia judicial para la venta del inmueble y se ha ordenado que ésta se haga en remate público, por comisión al Alcalde Municipal del Cantón en que dicho inmueble estaba situado: 4º Que, para los efectos del citado art. 1283 del Código Civil, es indudable que la presencia de las personas ha de entenderse con relación al territorio jurisdiccional en que son necesarias para la práctica de alguna diligencia; ya porque esto es lo que más se acomoda con la acepción usual de la palabra *presencia*, a la cual hay que atenderse, a falta de definición jurídica; ya porque, al tratarse de asuntos sometidos a la jurisdicción del Juez del último domicilio de la fallecida, como son los concernientes al arreglo de su mortuoria, no puede considerarse como interés, sólo ausente sino el que se halla fuera del territorio jurisdiccional de dicho Juez: 5º Que no hay para qué tomar en cuenta la validez

del acto, en cuanto esté relacionada con la inhabilidad personal de alguno o algunos de los conductos, como menores de edad; pues, sobre haberse concedido peritaje judicial para la venta y ejecutándose ésta en remate público, cualquiera falta a tal respecto constituiría un motivo de nulidad relativa que únicamente podrían reclamar dichos menores: 6º Que según las disposiciones contenidas en el párrafo cuarto del título quinto, libro segundo, del Código Civil, los edificios acceden al suelo ajeno en que se han levantado; y como consta que el solar que sustenta la construcción hecha por Silva fue de la testamentería, al haberse rematado tal solar, lo ha sido con todos los derechos que le son anexos, uno de los cuales es el concerniente a la accesión del edificio, con el cargo de pagar el valor de éste: 7º Que el albacea no ha podido probar que se le hubiesen suministrado a Silva los fondos para que levantase el edificio por cuenta de sus suegros; en cuyo caso debe considerársele como constructor por cuenta propia, y, como tal, con perfecto derecho a que la testamentería, o sea, el sucesor de ésta en el dominio del suelo, le reintegre previamente el valor de la obra para poderla recobrar: 8º Que la reconvencción de fojas 78 fue deducida después de contestada la demanda, con infracción del art. 321 del Código de enjuiciamientos en materia civil, y, por lo tanto, no puede entrar entre los puntos de decisión del presente juicio, y debe quedar para que los representantes de la mortuoria lo deduzcan, si tienen a bien, por demanda separada, con arreglo a la prevención terminante de la citada ley. Por estos fundamentos, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se reforma la sentencia recurrida: 1º rechazando la acción de nulidad del remate; 2º declarando que Silva tiene derecho a retener el edificio por él levantado, mientras no se le pague su costo liquidado en juicio verbal sumario; y 3º dejando a la testamentería su derecho a salvo para que entable por cuenta separada el juicio contra dicho Silva, que es materia de la reconvencción extemporáneamente deducida. Sin costas. Devuélvanse.—Julio Castro.—Antonia Robalino.—J. Modesto Espinosa.*

(“Gaceta Judicial”, Serie Primera, N° 154, pág. 1227)

COMENTARIO

Si la reconvencción forma parte de la modificación de la contestación, de la demanda, hecha antes de recibirse la causa a prueba, podría ser admitida, conforme a los arts. 133 y 134. Véanse las props. 466 y 467.

CASO 152

Reconvencción opuesta a tercera excluyente.

En el juicio seguido por el doctor Manuel Montalvo contra el señor Rufael Villafuerte, por suma de sueres, declarase: 1º Que deducidas tercera excluyente en juicio

ejecutivo, no cabe discusión sobre puntos extraños al dominio, y 2º Que, por lo mismo, toda demanda en reconven- ción es ajena del procedimiento prescrito por la ley para las tercerías, y, como tal, inadmisibile.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 9 de 1902, a las dos de la tarde.—Vistos: Con la escritura que obra a fojas 19, Benjamín N. Pazmiño ha probado plenamente su dominio sobre el inmueble materia de la tercería. En cuanto a la reconvencción hecha en el escrito fojas 37, se considera: que ora esté limitado el ejercicio de la acción Pauliana a sólo los casos de cesión de bienes o de concurso, ora no tenga esos límites; es indudable que el art. 2450 del Código Civil faculta a los acreedores para pedir que se rescindan los actos y contratos ejecutados en perjuicio de ellos por el deudor, sin extender la misma facultad a los que ejecutare el fador; de lo cual, resulta que, en la actual contienda, en vez del citado art. 2450, es aplicable el 2329, ya que el fador Villafraite no se ha obligado expresamente a no enajenar sus bienes. Por otra parte, la venta que relata la escritura fojas 19 se ha verificado para cubrir el crédito hipotecario que se expresa a fojas 42, y muy natural era que Villafraite tratase de solventar un crédito privilegiado y propio de él, antes que otro que no goza de privilegio y del cual se consi- tituye mero fiador. Por último, aun cuando al fador, fueren aplicables las disposiciones del art. 2450, no hay prueba de que Pazmiño se haya prestado a la celebración del contrato fojas 19 con el ánimo de perjudicar al doctor Montalvo. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se acepta la tercería opuesta a fojas 32, y se desecha la reconvencción de fojas 37. Sin costas.—B. Reyes.—Manuel M. Salazar.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Marzo 4 de 1904, las dos p. m.—Vistos: La prueba rendida en esta instancia, no ha desvirtuado la legalidad de los fundamentos invocados por el Inferior para su fallo. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas, la sentencia apelada.—Eduardo Arvas.—Emilio Chiriboga.—Manuel de Calisto.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 21 de 1904, a las tres de la tarde.—Vistos: Se considera: 1º Que la escritura de fojas 18 justifica el dominio alegado por Benjamín N. Pazmiño; 2º Que, según el art. 562 del Código de enjuiciamientos en materia civil, de cualquier clase que

sea la tercería, ora se proponga en el juicio ordinario, ora en el ejecutivo, es siempre un incidente; 3º Que, por esto, deducida una tercería excluyente en juicio ejecutivo, no cabe discusión sobre puntos extraños al dominio, desde que la sentencia tiene de limitarse a declarar si la cosa embargada pertenece al deudor o al tercero; 4º Que, por lo mismo, toda demanda en reconvencción es ajena del procedimiento prescrito por la ley para las tercerías; y 5º Que, en consecuencia, es improcedente la demanda en reconvencción de fojas 37; la cual ha debido ventilarse, por separado, en el respectivo juicio ordinario. En mérito de lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas, la sentencia recurrida. Devuélvase.—B. Aldea Mastanui.—Leopoldo Pano.—Adolfo Pizarro.—Pablo A. Vasconez.—Alejandro Cardenas.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N° 107, pág. 854)

COMENTARIO

Como tal reproducimos el de los casos 110 y 111, en que los tribunales, estudiando mejor tan importante asunto, cambiaron de opinión, y reconocieron que la llamada acción pauliana podía oponerse a una tercería excluyente, no sólo como excepción, sino también como reconvencción.

CASO 153

Reconvencción contra tercería excluyente.

En el juicio Paredes-Mazón, por dinero, se resuelve: 1º Que la tercería, ya sea combinante, ya excluyente, es siempre un incidente del juicio, y su resolución debe concretarse tan sólo a la acción en ella deducida; y 2º Que, por lo mismo, en las tercerías no es admisible ninguna acción propuesta en reconvencción.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guano, Febrero 26 de 1912, las nueve del día.—Vistos: Para el pago del crédito a que se refiere el documento de fojas 1, el ejecutante Ramón Paredes pidió el embargo de dos casas y terrenos adyacentes que, aseguró, eran propiedad del deudor Juan Mazón; practicada esa diligencia, Benjamín León, a fojas 26, dedujo tercería excluyente de dominio por las mantadas raíces, acompañando la escritura de venta otorgada por Mazón al tercerista. Cita- dos ejecutante y ejecutado con dicha tercería, ésto se allanó a fo-

jas 30, y aquel, la contradijo y pidió, en el escrito de fojas 28, se declare la rescisión de la referida venta: «1º por lesión enorme, y 2º por que el oborgante y adquirente han estado de mala fe». Notificado el tercerista con el libelo de fojas 28 negó «el fundamento de su derecho» (de Ramón Paredes) y aún la facultad de deducir la indicada acción rescisoria. Supuesta la verdad y justicia de la tercera, trácese de saber si Ramón Paredes pudo o no deducir la acción rescisoria indicada, y si, en caso afirmativo, hay fundamento para dicha acción. Para resolver lo primero, se considera lo siguiente: que, a pedimento de Juan Mazón, hecho a fojas 8, se le declaró insovente, mucho antes de que se embarguen las raíces materia de la tercera; que el fallido queda inhabilitado para la administración de sus bienes, y pasa ésta a la masa de acreedores, representada por el síndico (art. 581 del Código de enjuiciamiento en lo civil); que, en el presente caso, el fallido Mazón, según su mismo escrito de fojas 8, sólo tiene un acreedor, el ejecutante Paredes, y por lo mismo, éste quedó sustituido en los derechos de aquel, sin necesidad de que le represente un síndico, como así se declaró por el auto de fojas 35 (art. 624 de ibid); que uno de los derechos del fallido, fue el que tuvo para pedir la rescisión por lesión enorme, derecho en que se ha sustituido su único acreedor Paredes; y que la acción pauliana concédese, expresamente, a los acreedores, por el art. 2450 del Código Civil; por consiguiente, declaróse que Ramón Paredes ha podido solicitar la rescisión; Cuanto al segundo punto, esto es, si hay o no fundamento para la rescisión, se considera lo siguiente, para resolverlo: 1º No se ha justificado ni consta de autos la mala fe del adquirente León, en la compra que hicieron, de las casas y terreno, al deudor Mazón, (art. 2450 del mismo Código) para que pudiera aceptarse la acción pauliana; y 2º Si bien, el tercerista ha justificado la compra de las raíces, materia de la tercera, la lesión enorme se halla, plenamente, probada, por cuanto, de la escritura de fojas 24 y 25, aparece que el vendedor Mazón recibió un precio muy inferior al justo precio de las referidas casas y terreno; pues, de los informes periciales aparece, que el justo precio de esas raíces, excede de quinientos sueros (informes corroborados por la prueba testimonial) y de la expresada escritura, que dicho vendedor recibió cien sueros solamente. Por lo, expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declara admisible la rescisión por lesión enorme, de la venta que Juan Mazón hizo a Benjamín León, de las casas y terreno a que se refiere la escritura de fojas 24 y 25, y, como consecuencia, sin lugar a la tercera. De consiguiente, el comprador León puede, a su arbitrio, consentir en la rescisión, o completar el justo precio expresado en el informe de fojas 122, con la deducción fijada en el art. 1881 del Código Civil, sin costas. Fíjense timbres de dos centavos, en el pagaré de fojas 1 y en el cartel de fojas 10. Conviértanse al sello de segunda clase los folios 8, 26, 27, 30, 31, 32, 36, 49, 50, 51, 54, 57, 62, 63, 66, 71, 76, 79, 85, 86, 87, 88, 89 y 90.—*Vicente Avilés A.—Federico Crespo G.*

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, 14 de Setiembre de 1912, las tres de la tarde.—**Vistos:** La tercera, ya sea coadyuvante; ya excluyente, es siempre un incidente del juicio, y su resolución debe concretarse tan sólo a la acción en ella deducida. En el juicio ejecutivo, por lo expuesto, propuesta la tercera excluyente no es admisible ninguna otra acción deducida en reconvencción, como se ha verificado en el caso actual; pues el fallo, consiguientemente a tal tercera, debe resolverse únicamente en orden al dominio del tercerista. En consecuencia, las acciones deducidas a fojas 28, debieron ser discutidas y resueltas en cuenda separada. Por los considerandos que anteceden, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se declaran improcedentes las acciones deducidas en reconvencción por el ejecutante, a quien le quedan salvos sus derechos para deducirlos en cuenda separada; y se acepta la tercera propuesta por Benjamín León tenida en cuenta la escritura de fojas 24 y 25, legalmente presentada como prueba en estos autos. Sin costas. Queda en esta forma revocada la sentencia venida en agrado. Devélanse.—*Gabriel Monge.—J. Valasco R.—F. J. Vallejo.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 10 de 1915, a las cuatro de la tarde.—**Vistos:** La sentencia expedida por la Corte de Riobamba, en la causa seguida por Ramón Paredes contra Juan Mazón, por dinero, y tercera, de Benjamín León, es legal. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se la confirma con costas. Devélanse.—*A. Cárdenas.—Manuel B. Cueva.—Francisco Andrade Martín.—Manuel E. Escudero.—Adolfo Pérez.* ("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 68, pág. 340)

Véase el comentario precedente.

CASO 154

Rebelde; excepciones y reconvencción, antes de que se la declare.

En el juicio seguido por el doctor Augusto Bueno contra el doctor Antonio Arce, por suma de pesos, se resuelve: 1º Que la declaración de rebelde es materia de una resolución apelable; y 2º Que, mientras ella no esté expedita, al demandado le es potestativo: ya proponer excepciones, ya reconvenir al actor.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

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

SEGUNDA INSTANCIA

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

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 31 de 1887, a las doce y media.—Vistos: Según el art. 306 del Código de enjuiciamientos en materia civil, la declaración de rebeldía, por traer gravamen irreparable en definitiva, debe ser materia de una resolución apelable; lo cual quiere decir que mientras no esté dada dicha declaratoria, la causa, se halla en estado de que pueda ser admitida la correspondiente contestación, esto es, de que la parte demandada ponga las excepciones que a bien tuviere. En esta virtud, se revoca el auto recurrido, y se ordena que el inferior sustancie la reconvencción, para que luego pravea lo que fuere legal, tanto sobre ésta, cuanto sobre las excepciones perentorias propuestas. Devuélvanse.—*Cevallos*, *Castro*.—*Herrera*.

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N.º 156, pág. 1247)

COMENTARIO

De acuerdo con el espíritu del art. 133, el demandado, aunque se le haya vencido el término de contestar, puede deducir excepciones perentorias y aun reconvenir, si todavía no se ha recibido la causa a prueba. Esto, aunque ya estuviera declarado rebelde por fallo ejecutoriado, sin más condición que la de pagar los gastos y las costas que hubiere sido condenado. Véanse las props. 454, 457, 458 y 467.

Lo notable en el fallo de que tratamos es que fue expedido antes de que se pusiera en el Código el artículo susodicho, sustitutivo de la regla contraria que antes tenía; según dijimos en la proposición citada, y en el comentario del mencionado artículo.

CASO 155

Rebeldía.—Excepciones y reconvencción.

En el juicio seguido por Mariano León contra Modesto Palacios, sobre devolución de bienes, se resuelve: 1.º Que, según el art. 306 del Código de Enjuiciamientos Civiles (119 de la edición vigente), el fallo que declara la rebeldía del demandado, es apelable; y 2.º Que mientras no esté dada esa declaración, el demandado puede proponer las excepciones que a bien tuviere.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

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

mar en cuenta la contestación de Modesto Palacios; por la protesta que hace Antonia Flor, téngasele de parte en representación de su esposo. Sin costas.—*Borja*.—*Dávalos*.—*Merino*.

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Octubre 17 de 1885, las doce del día.—Vistos: El escrito de fojas 3 por el que se acusa la rebeldía al demandado por falta de contestación a la demanda, se presentó el 10 de Enero de 83 a las siete y media de la mañana, y el mismo día a la una, y media de la tarde fue presentada la contestación de fojas 4 antes de que el Juzgado hubiese decretado cosa alguna sobre la acusación de rebeldía; y como el art. 306 del Código de enjuiciamientos civiles dispone que la rebeldía ha de ser declarada por el Juzgado para que no pueda oírse en juicio al rebelde sin que previamente purgue la mora, es claro que Mariano León no se halla comprendida en este caso por falta de la declaración del Juzgado, y el inferior hizo bien en aceptar la contestación a la demanda. Por tanto, se confirma el auto recurrido. Con costas. Devuélvase.—*Suñer*.

TERCERA INSTANCIA

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

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 68, pág. 540)

Véase el comentario precedente.

CASO 156

Desistimiento de la demanda.

En el juicio seguido por el doctor Lino Cárdenas contra don Pastor Tinajero, se resuelve: Que se puede desistir de la demanda, conforme al art. 129 del Código de Enjuiciamientos Civiles, sin otra limitación que la puntualizada en el art. 444, y que el provecho de que habla el N° 2° de este artículo, debe ser real y actualmente existente.

Texto de los fallos:

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Noviembre 17 de 1910, las tres de la tarde.—Según el art. 442 del Código de enjuiciamientos en materia civil, interpuso el recurso de tercera instancia al que lo ha resuelto; y por el 447 el desistimiento deja ejecutoriada la resolución de la cual se ha recurrido. El Dr. Lino Cárdenas no es quien ha recurrido del fallo de segunda instancia, y el objeto expuesto en el escrito de fojas 99 es distinto del manifestado en el mencionado art. 447, y, además, ha sido contraído por J. Francisco y Pastor Tinajero. Por tanto, no ha lugar al desistimiento de fojas 99.—*Montalvo*.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 2 de 1910, a las cuatro de la tarde.—Vistos: Cabe desistimiento de la demanda, conforme al art. 129 del Código de enjuiciamientos civiles, con la sola limitación puntualizada en el 444 del mismo Código, artículo que armoniza con el primero y lo complementa. El Dr. Lino Cárdenas, hábil por derecho, ha desistido de la demanda instaurada contra los hijos de Pastor Tinajero, no de la tercera instancia del juicio en que se la ha discutido; y por otra parte, el provecho de que habla el N° 2° del último artículo debe ser real, actualmente existente, aunque su declaración sea eventual o posible, y aquel de que Tinajero crea sería privado con el desistimiento no se encuentra en este caso. En esta virtud, revocada la providencia salta a cargo del actor.—*Albán Meatzanza*.—*Villagómez*.—*Uguillas*.—*Cueva*.

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 100, pág. 795)

COMENTARIO

Véanse el del art. 136 y la prop. 469.

APENDICE (I)

CASO 156

Litispendencia.—Requiere identidad subjetiva y objetiva.

En el juicio Merino-Taramillo, sobre pago indebido, se resuelve: 1° Que la identidad de personas, cosas y acciones

(1) Agregamos como apéndice este caso, por ser recientemente publicado en la Gaceta Judicial.

en dos demandas, es lo que da lugar a la excepción dilatoria de litispendencia, y 2º Que no hay identidad de acciones cuando son diferentes las causas o fundamentos en que ellas se apoyan.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Ambato, 26 de Setiembre de 1923, las nueve a. m.—Vistos: Por el escrito de fojas 1ª, la señorita Rosa Teodelinda Merino expresa que el que fue señor Casimiro Pazmiño le instituyó por su heredera universal en el testamento cerrado que otorgó antes de su muerte; y que como heredera de dicho señor entablaba la acción siguiente: que los señores Casimiro Pazmiño y Tomás Cobo andaban al señor Mariano Jaramillo la suma de mil sucras que habían recibido de dicho señor; que el señor Pazmiño le pagó no sólo el capital y los intereses, sino mayor suma, exceso que viene a ser un pago indebido; que por esa razón le demandaba civil y ordinariamente al expresado señor Jaramillo por la restitución de la cantidad indebidamente pagada, por los intereses de ella, y las costas del juicio. Mediante el escrito de fojas 3, el señor Jaramillo propuso la excepción de litispendencia. Habiéndosele mandado oír a la actora con dicha excepción, se opuso a ésta, fundando en que no existe pleito ninguno por la causa que motivó su acción. En estos términos se trabó la litis, y para resolver se considera: 1º para que haya litispendencia, o lo que es lo mismo pleito pendiente, es indispensable, según lo dispuesto por el número 2º correspondiente al art. 137 del Código de Enjuiciamientos civiles, que verse sobre lo mismo que sea objeto del que después se hubiere promovido; y el objeto del juicio iniciado por el Sr. Mariano Jaramillo contra los prenombrados señores Pazmiño y Cobo es enteramente distinto del objeto del juicio propuesto por la señorita Rosa Merino contra el señor Jaramillo; pues el primero versa sobre la cantidad de dinero que el señor Jaramillo trató de cobrar y cobró efectivamente a sus fiados a virtud del pago hecho por éstos al acreedor doctor Aleides Naranjo; y el segundo, por el reintegro de la cantidad indebidamente pagada por el señor Pazmiño al señor Jaramillo; 3º habiendo este señor cobrado íntegramente la cantidad que se le adeudaba, por capital e intereses, la ejecución ha llegado a su término, y hoy no le interesa al ejecutante el continuarla; y mientras tanto la señorita Merino tampoco puede proseguirla para reclamar la devolución de la cantidad indebidamente pagada, por prohibirle el art. 563 del Código de Enjuiciamientos civiles; por lo cual no puede ocurrir ninguno de los casos determinados por los arts. 137 y 138 del Código civil, la acumulación de autos, y ésta no puede verificarse en el caso ac-

tual, para ser ejecutivo el juicio iniciado por el señor Jaramillo, y en virtud de la prohibición contenida en el número 2º correspondiente al art. 139 de dicho Código. Por estos fundamentos se declara que no ha lugar a la excepción de litispendencia alegada por el señor Jaramillo. Ejecutoriado que fuere este auto, el demandado contestará la demanda en lo principal. Sin costas.—*Vásquez.—Borja López.*

SEGUNDA INSTANCIA

Ambato, Abril 1º de 1924, a las tres de la tarde.—Vistos: Para resolver el presente asunto se considera: no siendo los juicios de igual naturaleza, ya que el uno es ejecutivo y el otro ordinario, y fallándose el primero, la excepción de litispendencia propuesta por el demandado, no es fundada; pues, siendo el objeto de ella, la acumulación de autos, y evitar contradicción de fallos, era menester que los juicios hubieran sido idénticos y que hubieren estado pendientes. Por tanto, se confirma con costas el auto verificado en grado. Devuélvase.—*Chávez.—Albino.—Villaverde.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 7 de 1925, a las cuatro 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. Y no hay identidad de acciones cuando son diferentes las causas o fundamentos en que ellas se apoyan, ya que, estos hechos jurídicos son principalmente los elementos constitutivos de las acciones, que caracterizan la naturaleza peculiar de cada una de ellas. Según esto, en la presente causa, se observa que es muy diferente la acción de pago debido de fojas primera, propuesta por Rosa Teodelinda Merino, como heredera de Casimiro Pazmiño, de la acción ejecutiva que fue materia del juicio deducido por Mariano Jaramillo contra el expresado Pazmiño y Tomás Cobo, por el pago de una cantidad de dinero que Jaramillo abonó como fiador de estos dos últimos; pues, como se comprende fácilmente, son diferentes los hechos jurídicos que han dado origen a una y otra de estas dos acciones, y por lo mismo, no hay identidad entre la acción propuesta en el libelo de fojas primera, y la que fue materia del referido juicio ejecutivo. Por lo expuesto, y por cuanto la cuantía fijada en la demanda, si pasa de mil quinientos sucras, no excede de dos mil quinientos, estimación a que da lugar el art. 94 del Código de Enjuiciamiento Civil, se confirma con costas, el auto recurrido. Legalizado este papel, devuélvase.—*Román.—Pino.—Ayora.—Escudero.—Páez.*

COMENTARIO

Nada tenemos que observar en orden al fallo del Tribunal Supremo, sobre el punto de la litispendencia; pues su doctrina es la misma que hemos expuesto al explicar la prop. 434, y al comentar los casos 127 y siguientes. Mas en orden al de primera instancia, debemos llamar la atención al error de confundir la litispendencia con la acumulación de autos, que son cosas, no sólo distintas sino hasta incompatibles, como lo dijimos al tratar de la misma posición 434 y al comentar el caso 131.

INDICE

DEL PROCEDIMIENTO

Prospecto de este tomo.....	III
Documentos universitarios.....	IX

EXPOSICION DOCTRINAL

Sinopsis (Continuación del programa).....	1
---	---

DESARROLLO

331.—Materia del Libro II del Código.—Concepto del Procedimiento o Enjuiciamiento.....	1
332.—Importancia del Procedimiento.—Condiciones que debe reunir.—Observaciones generales sobre el nuestro.....	3
333.—Publicidad de las actuaciones judiciales, consagrada por la Constitución.....	6
334.—Interpretación de las leyes procesales.....	8
335.—Plan del Código en el Libro II.—División de la materia	9

351.—Acción y reconvencción 41
 352.—Forma o modo de establecer la cuantía.—Fijación por el actor.—Oposición del demandado.—Sustanciación de este punto.—Silencio del actor.—Aguiescencia expresa o tácita del reo. 353.—Cuantía indeterminada.—Arrendamientos (arts. 95, 96 y 714) 43
 354.—Sanctiones procesales y fiscales de las reglas sobre la cuantía 47

Partes o periodos del juicio

355.—Partes o periodos principales del juicio contencioso... 48

Diligencias preparatorias

356.—Diligencias preparatorias, según los arts. 98 y 99; confesión; exhibición de la cosa; reconocimiento de documentos, exhibición de documentos; información sumaria; inspección judicial.—Providencias preventivas 49
 357.—La conciliación 55

PARTIE LEGAL

358.—Definición legal del juicio (Art. 89).—Id. de Instancia (Art. 90) 57
 359.—Definición de los juicios ordinarios y sumarios (Art. 90).—Sentido y extensión de la regla que somete a juicio ordinario toda controversia para la cual no se ha señalado trámite especial (Art. 92) 53
 360.—División legal de los juicios por la cuantía (Art. 93) —Concordancias y referencias.—Reformas sucesivas en cuanto a las cifras 59
 361.—Trámite para la fijación de la cuantía (Art. 94).—Cuantía indeterminada (Art. 95) 61
 362.—Regla especial sobre cuantía, en las cuestiones de arrendamiento (Art. 96) 61
 363.—División tradicional de los juicios en petitorios y posesorios (Art. 97) 61
 364.—Diligencias preparatorias (Art. 98).—Reformas de 1916 61
 365.—Documentos exhibibles (Art. 99).—Origen, concordancias y referencias de este artículo 62

SECCION 2ª

De la Demanda

(Texto del Código) 119

EXPOSICION DOCTRINAL

Sinopsis (continuación del programa) 120

LIBRO II
 De los Juicios

TITULO PRIMERO

De los juicios en general

SECCION 1ª

Disposiciones preliminares

(Texto del Código) 11

EXPOSICION DOCTRINAL

Sinopsis (continuación del programa) 13
 336.—Concepto filosófico y jurídico del juicio.—Pleito, causa, litigio 14
 337.—División del juicio en instancias.—Concepto y razón de éstas 16
 338.—Incidentes.—Sus diversas clases.—Su procedimental influencia en el procedimiento.—Principios y reglas que los rigen 16
 339.—Diversas clases de juicios: verbales o escritos; ordinarios o sumarios y especiales; posesorios o petitorios; declarativos o ejecutivos; universales o particulares; civiles o penales; de mayor, de menor y de infima cuantía 21

Cuantía de los juicios

340.—Fundamento de la división de los juicios por la cuantía.—División tripartita, según nuestra sistema legal 24
 341.—Bases para el cómputo de la cuantía.—Debe atenderse a la cosa reclamada o a la causa o fundamento del derecho? 25
 342.—El reconocimiento parcial de la deuda puede influir en la cuantía del juicio? 31
 343.—Acciones accesorias.—Intereses.—Fruitos 32
 344.—Proyecto de reforma sobre esta materia 34
 345.—Perjuicios 35
 346.—Dividendos periódicos 36
 347.—Dos o más acciones principales.—Legislación comparada 36
 348.—Acciones alternativas o subsidiarias 38
 349.—Dos o más actores o demandados 39
 350.—Acción y excepción 40

DESARROLLO

Primer periodo del juicio: la litiscontestación

366.—Concepto de la litiscontestación.—Derecho romano.—Derecho moderno	121
367.—Contenido y forma de este periodo del juicio.....	122

De la acción

368.—Concepto científico e histórico de la acción.—Sus requisitos esenciales.—Derecho romano.—Derecho moderno.—Lugar que esta materia ocupa en la Legislación.....	123
369.—Relación entre derecho y acción.—No hay derecho sin acción.—Excepciones de esta regla.—Diversas formas en que el derecho puede actuarse en juicio.....	126
370.—El número de las acciones es ilimitado.—No todas tienen nombre especial	129
371.—Requisitos para la existencia de la acción.—El interés.—Puede bastar un interés eventual?.....	129
372.—Diversas clases de acciones: reales o personales; muebles o inmuebles; peñorarias o posesorias; principales o accesorias; subsidiarias; populares; condicionales.....	132
372 bis.—Acciones mixtas.—Existen realmente?—Las tenemos nosotros?—La <i>finium regundorum</i> (deslinde de fundos) es realmente servidumbre legal, como la considera el Código Civil?.....	132
373.—Acciones de nulidad, rescisión, resolución o revocación de actos traslativos de propiedad.—Si, propuesta una de ellas, se reclama, a la vez, la restitución de la cosa, al mismo contratante o al tercer poseedor, hay acción mixta o una personal y otra real?	134

Demanda

373.—Definición de demanda.—Relación entre demanda, acción y derecho	145
374.—Relación entre la acción y el juicio.—De la naturaleza de aquélla depende la forma de éste.....	147
375.—Forma de la demanda.—Sistema orrl.—Sistema escrito	148
376.—Contenido de la demanda.—Tradicional distinción entre las acciones reales y las personales; con respecto a la expresión de la causa o título del derecho.—Sus consecuencias jurídicas.—Crítica de nuestra regla legal.....	149
377.—Efecto de la omisión de las expresiones obligatorias.....	155
378.—Plus petición.—Sus efectos.—La protesta de abonar pagos que se comprueben	156
379.—Lo que debe acompañarse a la demanda.—Copia.—Comprobantes.—Copia de los demás escritos.....	157
380.—Cambio y modificación de la acción.—Sus efectos.....	159
381.—Paso de la vía ejecutiva a la ordinaria y vice versa.....	152
382.—Acumulaciones posibles: de acciones; de personas; de juicios.—Reglas sobre la acumulación de acciones.—Reglas sobre la de acciones que requieran distinta sustanciación o correspondan a diversas jurisdicciones.....	163
383.—Acumulación de personas.—Dos o más actores.—Dos o más reos (litis-consortes).....	166
384.—Acumulación de personas y acciones	168
385.—Efectos de la ilegal acumulación	168

Parte Legal

Páginas

386.—Antiguo artículo sobre interrupción de la prescripción.—Su cambio de sitio.—Única reforma hecha en esta sección.	170
386 bis.—Juntill y defectuosa definición de demanda en el art. 100.—Forma y contenido de ésta, según el 101.—Modo de cumplir cada uno de los cuatro requisitos.....	170
387.—Cambio y modificación de la acción, según el 102.—Dos o más acciones, según el 103.—Dos o más personas, según el 104.—Dificultades que suscita este artículo.....	173

SECCION 3ª**De la Citación**

(Texto del Código)	252
--------------------------	-----

EXPOSICION DOCTRINAL

Sinopsis (continuación del programa)	256
388.—División de la materia	257
§ 1º.—Citación, emplazamiento, notificación.—Habitación	
389.—Significación jurídica de la citación, del emplazamiento y la notificación	257
390.—Deber legal de indicar la habitación u otro lugar para las notificaciones.—Sanción	259

§ 2º.—Forma

391.—Forma de la citación.—Su evolución histórica.—Sus diversas especies, según nuestra ley.—Inconvenientes de la personal .—Reformas necesarias	260
392.—Diversidad de citaciones, por razón del funcionario llamado a practicarlas.—Doble oficio de los Escribanos.—Sus inconvenientes	263
393.—Casos de citación personal y por boleta.—Comisiones y exhortos	265
394.—Citación por la imprenta o por edictos.—Citación por oficio	266
395.—Comunidades de indios u otros análogos.—Su concepto y naturaleza.—Sus antecedentes históricos.—Su representación activa y pasiva en juicio.—Forma de la citación.—Reformas necesarias	267

§ 3º.—Efectos

396.—Efectos jurídicos de la citación o notificación, en general	274
397.—Efectos de la notificación de la demanda: Primero: la prevención.—Relación del art. 122 con el 19.....	275
398.—Segundo efecto: Interrupción de la prescripción.—Paralelo con el Código Civil	276
399.—Tercer efecto: Obligar al citado a comparecer ante el juez, para deducir excepciones	278

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

278

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

280

402.—Otros efectos de la citación: Convertir en litigioso el crédito o la cosa demandada.

281

402 bis.—Demanda inepta o citación nula.

282

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

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

283

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

288

Conclusión

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

288

PARTIE LEGAL

Síntesis (continuación del programa)

291

DESARROLLO

406.—Definición legal de citación, según el art. 105.—Observaciones.—Definición nuestra.

294

407.—Trata el art. 106 de la citación personal; pero no del acto mismo, sino sólo del instrumento de constancia.—Sus deficiencias.—Uso de la media firma.—Reformas sucesivas del artículo.—Otras reformas necesarias.

294

408.—Dos partes de nuestra reforma sobre las citaciones, iniciada en 1909.—Objeto de la primera, contenida ahora en los arts. 107, 108, 110 y 111.—Objeto de la segunda, constante en los arts. 109 y otros.—Texto de los arts. 6 y 7 de la ley de 1911.—Nueva reforma de 1912, que reemplazó el art. 6, con los que en el Código llevan los Nos. 107 y 108.—Conclusiones o reglas que sintetizan la doctrina legal contenida en los dichos arts. 107, 108, 110 y 111.

296

409.—Regla legal contenida en el art. 109, sobre la citación por boleta.—Segunda parte de la reforma de 1911: abolición de la boleta en las puestas del despacho.—Disposiciones legales que ordenaban tal boleta, y texto de la reforma.—Citación por boleta cuando se rehúsa a eludir la personal.—Persona de familia o servidumbre.—Contrae ésta alguna obligación o responsabilidad?—Puede ser una persona incapaz?—Puestas en que puede fijarse la boleta.—Entrega de ésta a los vecinos.—Otras cuestiones a que da lugar la citación por boleta.

301

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

305

411.—Citación a personas inciertas.—Texto primitivo del artículo y reforma de 1911.—Quiénes son personas inciertas para los efectos de esta regla legal.—Debera extenderse esta regla al caso en que, por faltar una de las partes, se necesitase contar con la sucesión?

306

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

308

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

309

414.—Días y horas hábiles e inhábiles, según los arts. 115 y 116, y según la Ley Orgánica del Poder Judicial.—Regla dada últimamente por la Junta de Gobierno.—Regla especial sobre las horas para las citaciones.—Diligencias.—Providencias.—Habilitación de días y horas inhábiles.—Se la puede hacer durante el mismo tiempo inhábil.—Reforma de 1918, consignada en el art. 216 de la Ley Orgánica.—Dos cuestiones que esta reforma suscita.—El artículo reformatorio prohíbe en absoluto la habilitación de días inhábiles para toda diligencia, inclusive citaciones?

311

415.—Inútil repetición del art. 67, contenida en el 117.

318

416.—Expresiones admisibles a las partes en el acto de la citación, según el art. 118.—Sanción.—Reforma de 1915.

318

417.—Qué cosas deben notificarse a las partes (art. 119)?

319

Regla, excepciones; prohibición sin sanción.

319

418.—Término para las notificaciones, según el art. 521.—Texto primitivo de este artículo y reformas de 1904, 1905 y 1916.—Las veinte y cuatro horas se extienden hasta la media noche del día siguiente?

320

419.—Efectos de la citación.—Texto primitivo del art. 122.—Reformas de 1880.—Reforma tácita de 1916, respecto del objeto hecho en la enajenación de cosas litigiosas.

321

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

324

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

327

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

328

423.—Notificación del trasaso de créditos, según el art. 126, agregado en 1916.—Paralelo con el Código Civil.—Graves inconvenientes que obvió la Ley de 1916.—Caso en que se trate de documento privado.—Caso de escritura pública.—Caso de crédito hipotecario.—Forma y término de la exhibición. 328

424.—Forma de la notificación de la orden de retención o embargo, establecida en 1916.—Antecedentes y motivos de esta importante reforma.—Paralelo con los arts. 525, 526, 531 y 1001 330

SECCION 4ª

De las Excepciones

(Texto del Código) 408

SECCION 5ª

De la contestación a la demanda

(Texto del Código) 409

EXPOSICION DOCTRINAL

Sinopsis (continuación del programa) 410

De las excepciones en general

425.—Concepto científico y legal de la excepción.—Razón histórica de la denominación.—Derecho Romano.—Derecho frances.—Legislaciones modernas 412

426.—Constitutivo esencial de las excepciones.—Triple forma en que puede ejercerse el derecho en juicio. 416

Clasificación de las excepciones

427.—Dilatorias y perentorias.—Legislación comparada.—Temporales y perpetuas.—Excepciones mixtas.—La cosa juzgada 418

428.—Excepciones reales y personales.—La cosa juzgada.—Deudores solidarios.—Legislación comparada 424

429.—Excepciones principales y subsidiarias 429

Excepciones dilatorias

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

431.—Excepción declinatoria.—Diversos modos de alegar la incompetencia de jurisdicción 432

432.—Falta de personería.—Sus diversos efectos.—Diferencia de la falta de derecho 433

433.—Excepción de orden o excusión.—Su naturaleza y efectos.—Reforma legal de 1916. 434

434.—Litispendencia.—Su naturaleza y efectos.—Axioma romano *non bis in idem*.—Excepción romana *rei in iudicium deductae*. 437

435.—Excepción de garantía y saneamiento.—Puede extenderse al fiador y a los codenudores solidarios o indivisibles? 439

436.—Oscuridad de libelo. 442

437.—Plazo pendiente 443

438.—Condición suspensiva. 444

439.—Acumulación de autos. 444

440.—Inepia acumulación de acciones o personas. 445

441.—Plazo para hacer inventario y deliberrar. 445

442.—Otras excepciones dilatorias.—Demanda del hijo natural o legitimado 447

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

443.—Tiempo y modo de proponer las excepciones dilatorias 448

444.—Efectos de la omisión de las dilatorias. 449

Excepciones perentorias

445.—Definición.—Enumeración o clasificación.—Negativas absolutas.—Negativas relativas.—Plan del Código.—La cosa juzgada 450

446.—Excepción de improcedencia 451

447.—Efecto procesal de las excepciones perentorias: la fijación de la controversia. 452

448.—Efecto de la omisión de las perentorias. 453

Contestación a la demanda

449.—Definición.—Etimología.—Relación con la demanda. 453

450.—Forma de la contestación.—Sistema oral o escrito.—Expresiones necesarias.—Deficiencia de nuestra ley.—Retenciones y ambigüedades admitidas en la práctica.—Comprobantes. 454

451.—Efecto jurídico de la contestación simplemente negativa y, en general, de las contestaciones vagas y de las retenciones 455

452.—Agregación, cambio y modificación de las excepciones 457

453.—Efecto jurídico de la contestación: fijación de la controversia.—Novación romana o cuasinovación.—Cuasicontrato 458

454.—Omisión de la contestación.—Rebelde o contumacia: su naturaleza y efectos.—Acentamiento.—Procedimiento en rebelde en otros trámites. 459

455.—Comparecencia posterior del rebelde.—Sus condiciones y efectos.—Debe purgar la mora. 462

Reconvención

456.—Definición.—Etimología.—Diferencia de las excepciones, y en especial de la de compensación. 463

457.—División de la reconvención en conexa e inconnexa.—Legislación comparada 465

458.—Excepciones dilatorias y perentorias contra la reconvención 465

459.—Cabe reconvención en los juicios sumarios? 466

Replica-Dúplica

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

Páginas
466

PORTE LEGAL

Sinopsis (continuación del programa)

DESARROLLO

SECCION CUARTA.—De las Excepciones

461.—División legal de las excepciones en perentorias y dilatorias.—Inecesarias y defectuosas definiciones del art. 128.
462.—Determinación y clasificación de las dilatorias más comunes por el 120

472

472

472

474

SECCION QUINTA.—Contestación

465.—Superflua regla del art. 132.
466.—Texto primitivo del 132.—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 inconnexa.
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?

474

475

475

476

476

INDICE DE LA JURISPRUDENCIA

SECCION 1ª

Disposiciones preliminares

Páginas

Caso 1º.—La instancia comienza desde la presentación de la demanda; y desde entonces puede correr el término del abandono

Caso 2º.—Cabe tercera excluyente en remate voluntario.—Convertida en contenciosa la jurisdicción voluntaria, debe ejercerse en juicio ordinario, por el juez competente.

Caso 3º.—Cabe oposición de un tercero, al remate voluntario, basada en derechos que alega sobre la cosa; y convertida en contenciosa la jurisdicción voluntaria, debe ventilarse en juicio ordinario, en el mismo proceso, conforme al art. 92.

Caso 4º.—La oposición a la práctica del inventario debe ventilarse, según el art. 92, en juicio ordinario.

Caso 5º.—No se requiere tramitación de juicio, para señalar plazo, según el art. 2.188 del Código Civil, sin que a ello obste el art. 92.

Caso 6º.—Acción principal y accesoría.

Caso 7º.—Sólo los intereses devengados hasta la fecha de la demanda, mas nos los posteriores, se acumulan a la demanda, al computar la cuantía, ya para la competencia del juez, ya para el recurso de tercera instancia.

Caso 8º.—Intereses que no se acumulan, por no ser líquidos ni pactados

Caso 9º.—Intereses líquidos que se acumulan para el cómputo de la cuantía

Caso 10.—Los intereses legales no liquidados no se suman para el cómputo de la cuantía.

Caso 11.—Los intereses legales no liquidados no se suman para el cómputo de la cuantía, ni para el recurso de tercera instancia

Caso 12.—Los intereses de la mora no se acumulan para el cómputo de la cuantía

Caso 13.—Los intereses de la mora no forman parte de la cuantía, por no ser líquidos ni pactados.

Caso 14.—Las reglas sobre fijación de la cuantía se aplican también a las diligencias preparatorias.

Caso 15.—La división de cuantías se aplica también a los derechos judiciales

Caso 16.—Si se deducen dos o más acciones, se suman para el cómputo de la cuantía.

Caso 17.—Base para computar la cuantía en juicio de lesión enorme

Caso 18.—Estimación de la cuantía por el documento con que se aparece la demanda.

Caso 19.—Fijación tácita de la cuantía.—Fijación en cualquier estado del juicio.

63

65

69

71

72

73

74

75

77

81

83

83

84

85

85

86

88

89

90

	Páginas
Caso 20.—Los intereses pactados en el documento de obligación forman parte de la cuantía, computados desde que empiezan a devengarse, hasta la demanda.	93
Caso 21.—Para el cómputo de la cuantía, atiéndase a la acción y no a la obligación, sobre todo si el actor reduce el importe de aquella a sólo una parte o resto de la primitiva deuda, con-tesando el pago de lo demás.	94
Caso 22.—La cuantía del juicio de prelación de créditos, depende del monto total de los créditos reclamados y de los bienes sujetos al pago.	94
Caso 23.—Cuantía indeterminada.—Acuerdo de la Corte Suprema para evitar el perjuicio de los intereses fiscales.	96
Caso 24.—Cuantía de la cancelación de un gravamen hipotecario.	97
Caso 25.—Cuantía de la demanda de regulación de un honorario.	98
Caso 26.—En un caso de resolución de contrato de arrendamiento, la cuantía debe apreñarse, no por el artículo 96, esto es, por la pensión, sino por el 93.	100
Caso 27.—Las causas de más de doscientos sueros y menos de cuatrocientos, pendientes a la fecha de la reforma de 1916, debieron continuar ante los respectivos Alcaldes, y ser falladas en segunda instancia por las Cortes Superiores.	102
Caso 28.—La información que se acompaña a la demanda de amparo de posesión, es sumaria, y puede acitarse sin citación contraria.	106
Caso 29.—No cabe información sumaria o de nudo hecho en juicio de despojo, ni en ningún otro caso no previsto expresamente por la ley.	108
Caso 30.—Información sumaria y absolución de posiciones actuadas ante otro juez que el de la causa.—Allanamiento de las partes.	110
Caso 31.—No cabe información sumaria para el secuestro de bienes raíces.	112
Caso 32.—Confesión actuada ante otro juez que el de la causa.—Allanamiento de las partes.	113
Caso 33.—Exhibición preparatoria pedida por el actor, des-pues de la demanda.	114
Caso 34.—Los libros administrativos deben exhibirse.	116
Caso 35.—Exhibición de títulos de créditos de la sociedad conyugal, pedida por la mujer.	117
SECCION 2ª	
De la Demanda	
Caso 36.—Quasicontrato de la Hiscointestación.—Transmisión de los derechos que de él se derivan.—Intervención de un tercero, por haber sucedido en el dominio de la cosa litigada.	176
Caso 37.—Toda acción supone un derecho violado: por tanto, es improcedente la que se funda en el mero temor de una violación.	178
Caso 38.—No cabe acción sin previa violación de un derecho.—El mero temor de la violación no basta para originarla.—Concepto de Fisco y de Estado.	179
Caso 39.—La forma del juicio depende de las disposiciones legales basadas en la naturaleza de la acción, independientemente de esta voluntad de las partes.	182
Caso 40.—No cabe acción sin interés.	185

	Páginas
Caso 41.—Diferencia entre acciones reales y personales.—La resolutoria de un contrato es personal.	188
Caso 42.—La acción resolutoria es personal aunque el ver-se exija la restitución de la cosa con sus frutos.	191
Caso 43.—No cabe identidad de acciones con diversidad de causas.—La acción de nulidad es principal, y la de restitución, necesaria.	193
Caso 44.—La acción del arrendatario para la entrega de la cosa arrendada es personal.—No procede contra un tercero que se ha apoderado de la cosa antes que el arrendador la entregue.	196
Caso 45.—Puede haber demanda y condena en condición.	199
Caso 46.—En hipotecas, la demanda en que no se dete-mina la persona del demandado, debe ser en que no se dete-mina el fondo, deberá constar con todos los beneficiarios por el testamento, no para de nulidad.	207
Caso 48.—En la demanda sobre deshechos de una comunidad de indígenas, no es indispensable designar el nombre de todos los comuneros en cuya representación comparece el actor.	209
Caso 49.—Puede demandar la partición cualquiera de los herederos o condóminos o cualquiera de los herederos de un heredero o condómino.	211
Caso 50.—Necesidad de especificar e individualizar clara-mente la cosa que se reivindica.	211
Caso 51.—Debe determinarse e individualizarse en la deman-da la cosa que se reivindica.	212
Caso 52.—Debe individualizarse la cosa reivindicada.—No basta la referencia a títulos.	214
Caso 53.—Se cumple el número tercero del art. 103, señalando aproximadamente, por medio de un máximo y un mínimo, la cantidad reclamada.	217
Caso 54.—En la demanda de perjuicios debe determinarse en qué consisten éstos.	219
Caso 55.—Es indispensable una demanda en que no se dete-mina la causa de la acción.	221
Caso 56.—Es impreciso la demanda en que no se expre-sa la causa, o derecho, con que se reclama la cosa.	223
Caso 57.—En la acción reivindicatoria no es necesario ex-presar la causa del dominio.	225
Caso 58.—En la acción personal debe expresarse la causa de la obligación, o responsabilidad.	226
Caso 59.—Indicación de la causa en el juicio de cuentas, o sea de la calidad en que el demandado ha ejercido la adminis-tración.	228
Caso 60.—Si resulta que la verdadera causa de la obligación demandada es diversa de la expresada en la demanda, y en el docu-mento con que se la agreda, la acción debe ser rechazada.	229
Caso 61.—Si en la cuestión de propiedad, controvérsida en el juicio de deslinde, se declara improcedente para el actor la posesión, por no haberla alegado en la demanda, se la puede alegar y admitir en el juicio posterior de cerramiento, basado en la senténcia de deslinde, aunque de ello resulte quedar inhabilitado o sin efecto dicha sentencia.	230
Caso 62.—Modificación de la demanda, por razón de la can-tidad de la cantidad.—Renacimiento del término de las excep-ciones dilatorias.	231

	Páginas
Caso 63.—Modificación objetiva de la demanda, en virtud de alteración de la cantidad reclamada.....	233
Caso 64.—Traba de la litis y modificación o cambio de la acción, en juicio de deslinde.....	234
Caso 65.—Modificación de la denuncia de obra nueva.....	239
Caso 66.—Acumulación de dos sucesiones en el mismo proceso de inventarios.....	240
Caso 67.—Cabe acumulación de dos sucesiones diversas.....	242
Caso 68.—Acumulación subalterna y objetiva, de personas y de acciones.....	244
Caso 69.—La acción fundada en servidumbre de medianería, para que se demuela la pared divisoria, es real, y debe intentarse contra el actual poseedor, aun cuando el que construyó ilegalmente la pared, haya sido el dueño anterior del edificio	247
Caso 70.—La reconvección en juicio ordinario, no obsta a que de éste se pase al ejecutivo, según el art. 102.....	248
Caso 71.—Constituye mera modificación el agregar como fundamento de la demanda un título modificatorio del primero y rebajar el tipo del interés o el monto del capital.....	250

SECCION 3ª

De la Citación

Caso 73.—Omisión de la firma de la persona citada.....	335
Caso 74.—Omisión de la causa de no firmar.....	335
Caso 75.—Omisión de la firma.—Entrega de la boleta a persona que no es de familia o servidumbre.....	338
Caso 76.—Omisión de la expresión de ser la familia o servidumbre quien recibe la boleta.....	339
Caso 77.—Omisión de la expresión de ser de la familia o servidumbre quien recibe la boleta, y de que se la dejó en casa del citado.....	341
Caso 78.—Omisión de la expresión de no haberse encontrado a la persona citada.....	343
Caso 79.—Omisión de la fecha en la boleta citatoria.....	344
Caso 80.—Omisión de la fecha en la boleta de citación.....	346
Caso 81.—Omisión de la hora en el instrumento procesal de la citación.....	347
Caso 82.—Omisión de la expresión de haber sido personal o por boleta la citación y de la causa por que firmó el testigo.....	349
Caso 83.—Falsedad de la citación y modo de ventilarla.....	353
Caso 84.—Fe del escribano sobre la residencia de los litigantes.—Saneamiento de la nulidad, por haber intervenido la parte.....	354
Caso 85.—Omisión del actuario del deber de cerciorarse de que el demandado habita en la casa indicada, por el actor.....	357
Caso 86.—No se cita al que no señala habitación, y le coren los términos.....	356
Caso 87.—Corren los términos, sin citación, al recurrente que no señala habitación, conforme al art. 110.....	358
Caso 88.—La designación de habitación hecha por un mandatarío, termina al cesar el mandato.....	362
Caso 89.—Citación por edictos a personas inciertas.....	363
Caso 90.—Fallecimiento de uno de los litigantes y citación a los herederos.....	364
Caso 91.—Demanda a nombre de una comunidad de indios, con poder conferido sólo por algunos de ellos.....	366

	Páginas
Caso 92.—Citación en la forma ordinaria, a comuneros o condóminos, para la división.....	369
Caso 93.—Citación por comisión o depositario al demandado ausente.....	371
Caso 94.—Habitación de tiempo decretada en el tiempo inhabil.....	373
Caso 95.—Interrupción de la prescripción liberatoria por la demanda, sin citación.....	375
Caso 96.—Interrupción de la prescripción liberatoria. No tiene lugar si se ha abandonado la demanda.....	379
Caso 97.—La interrupción de la prescripción se opera desde la citación.....	382
Caso 98.—Innovaciones en la cosa litigiosa.....	384
Caso 99.—La acción debe ser pertinente, para que la citación de la demanda surta sus efectos.....	388
Caso 100.—No hay objeto litigioso, si el contrato es anterior a la citación.....	394
Caso 102.—Intereses de la mora desde la fecha de la citación.....	395
Caso 103.—Intereses de la mora desde la citación.....	396
Caso 104.—Forma de la citación para los juicios incidentales, como el de tercería reconvección.....	398
Caso 105.—Forma de la citación para la inspección con que principia el juicio de obra nueva.—Apelación.....	400
Caso 106.—Rebelía del demandado.—Apelación.....	402
Caso 107.—Rebelía del demandado.—Apelación.....	403
Caso 108.—Efectos de la citación de saneamiento.—Discusión sobre la responsabilidad del vendedor en favor del comprador.....	405
Caso 108.—Saneamiento del comprador demandante o de mandado.....	405

SECCION 4ª

De las Excepciones

SECCION 5ª

De la contestación a la demanda

Caso 110.—La rescisión de los actos fraudulentos del demandador, establecida por el art. 2.450 del Código Civil (acción pauliana), puede alegarse como excepción.....	477
Caso 111.—La nulidad puede alegarse, no sólo como acción, sino también como excepción o reconvección; y esto, aun tratándose de hacer valer la llamada acción pauliana, en el incidente de tercería excluyente.....	480
Caso 112.—Admitted la excepción principal, no puede contestarse la subsidiaria.....	484
Caso 113.—La excepción de mera tenencia, en juicio reivindicatorio, es dilatoria o perentoria?.....	485
Caso 114.—Es inaceptable para el sucesor la excepción que lo fue para el antecesor.....	487
Caso 115.—La legitimidad de personería consiste en la incapacidad legal, o en la falta de poder.....	487
Caso 116.—El vicio del título en que se funda la acción afecta, no a la personería, sino al derecho mismo.....	489

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.....	400
Caso 118.—Personería.—Distinción entre la falta de personería y la falta de derecho.—Litispendencia: ¿La hay si el acreedor que ha deducido tercera caducante en un juicio ejecutivo, propone también demanda aparte?.....	402
Caso 119.—Personería.—No la hay suficiente, y es nulo el proceso, si en el juicio de insubsistencia de un testamento, no se ha citado a todos los beneficiarios.....	406
Caso 120.—Personería.—Si se la objeto como consecuencia de la impugnación del estado civil, la cuestión debe resolverse en la sentencia, conforme al art. 803, y no como excepción dilatoria	408
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.....	500
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.....	502
Caso 123.—Obscuridad de libelo, por falta de expresión de la causa en que se funda la responsabilidad del demandado.....	502
Caso 124.—Obscuridad.—Procede la excepción en el juicio ordinario o en el ejecutivo de cuentas.....	504
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?—Dejada la cuestión de obscuridad, puede o debe considerarse en el mismo fallo, la de incompetencia?.....	504
Caso 126.—Obscuridad.—Declarada respecto de una demanda, no caben contra la misma otras excepciones.....	510
Caso 127.—Litispendencia.—Requiere identidad subjetiva y objetiva entre los dos litigios.....	512
Caso 128.—Litispendencia en juicio ejecutivo.—Requiere identidad subjetiva y objetiva.....	515
Caso 129.—Litispendencia en juicio ejecutivo.—No la hay porque en el ordinario se ventile la nulidad del instrumento.....	517
Caso 130.—Litispendencia.—No la hay, por falta de identidad objetiva, si el un juicio versa sobre el cumplimiento de un contrato, y el otro sobre resolución del mismo, por falta de cumplimiento.....	519
Caso 131.—Litispendencia.—Justificada, debe admitirse, antes de declarar la renuncia, que no puede continuar el nuevo juicio, si ordenar la renuncia, a menos que también se la hubiere pedido.....	521
Caso 132.—Litispendencia en juicio ejecutivo fundado en sentencia ejecutoriada.—Es inaceptable, si falta la doble identidad después de la ejecutoria.....	523
Caso 133.—Litispendencia en juicio ejecutivo.....	524
Caso 134.—Litispendencia en juicio ejecutivo.—Es inaceptable, si se funda en la existencia de un juicio ordinario.....	527
Caso 135.—Litispendencia o cosa juzgada en juicio de inventario.....	528
Caso 136.—Excepciones dilatorias contra la demanda motivada.....	531
Caso 137.—Demanda de hijo natural sin acompañar el reconocimiento.....	539

Caso 138.—Excepciones simplemente negativas.—Su efecto y comprensión.....	537
Caso 139.—Excepciones simplemente negativas.—No comprenden la extinción del derecho.....	539
Caso 140.—Excepción absolutamente negativa.—Su valor y comprensión.....	540
Caso 141.—Excepción absolutamente negativa.....	541
Caso 142.—Excepción de prescripción.—No se la considera alegada, si el demandado se limita a la simple alegación del dominio.....	543
Caso 143 (*).....	543
Caso 144.—Excepción de dominio opuesta a una acción personal.....	545
Caso 145.—Excepción de falsedad de un instrumento, opuesta en juicio ejecutivo.....	546
Caso 146.—Nulidad de la inscripción de un título, después de trabada la litis sobre él.....	548
Caso 147.—Excepción de improcedencia.—Comprende en ella la prescripción?.....	550
Caso 148.—Excepción de improcedencia.—Comprende en ella la omisión de las expresiones que debe contener la demanda según el art. 99?.....	553
Caso 149.—Contrato de la litiscontestación.—Modo de transmisión de los derechos.....	561
Caso 150.—Reconvencción incoherente.—Es admisible.....	562
Caso 151.—Reconvencción propuesta después de contestada la demanda.—Es inadmisibles, según el art. 134.....	571
Caso 152.—Reconvencción opuesta a tercera excluyente.....	569
Caso 153.—Reconvencción contra tercero excluyente.....	571
Caso 154.—Repetición: excepciones y reconvencciones antes de que se la declare.....	573
Caso 155.—Repetición: excepciones y reconvencciones.....	575
Caso 156.—Desistimiento de la demanda.....	576
Caso 157.—Litispendencia.—Requiere identidad subjetiva y objetiva.....	577

(*) Se suprime de este lugar el caso 143, por ser el mismo que figura el 147.