

SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** "(…) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (…) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones" y **literal vii** "La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad".

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:	**Estante:**	**Bandeja:**
01	08	04

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

FR.

Revisado OK D-Bay

CB. 5013880

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

347
L896
T. 5

BIBLIOTECA
Instituto Derecho Comparado
Universidad Central
Quito - Ecuador
Nº 002442 Año .....
Precio 15 % Donación .....

PROGRAMA ANALITICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL ECUATORIANO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA
DE DERECHO

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito—Ecuador

ALTA - 2012803

JUAN I. LOVATO V.

PROGRAMA ANALITICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL ECUATORIANO

QUINTO TOMO

Para la biblioteca del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Central, afectuosamente,
Juan I. Lovato
Quito, dbre. 6/62.

EDITORIAL CASA DE LA CULTURA ECUATORIANA
QUITO - 1962

Universidad Central
INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

INDICE

Libro Tercero. — Teoría general del proceso civil (continuación)

Capítulo II.—LA CONSTITUCION DE LA RELACION PROCESAL (continuación)

	Págns.
II.—De la citación y de la notificación	3—62
741.—Generalidades	3
742.—Importancia de la citación	8
743.—Forma de la citación	9
744.—1) Citación personal	9
745.—2) Citación por boleta	10
746.—3) Citación a un comerciante o al representante de una compañía de comercio	11
747.—4) Citación por oficio	12
748.—5) Citación al Procurador General de la Nación	14
749.—6) Citación por la prensa	15
750.—Constancia de esta citación	19
751.—7) Citación a una comunidad de las llamadas de indígenas	20
752.—8) Citación en el juicio de expropiación	23
753.—9) Citación por carteles	24
753 a.—10) Citación en el juicio de divorcio, cuando no es posible determinar la residencia del demandado	25
754.—11) Forma exclusiva	26

Págns.

755.—Constancia de la citación 26
756.—Carácter de esta diligencia 27
757.—Modo de alegar o reclamar la nulidad 29
758.—Deber legal de designar la habitación en que se ha de citar o notificar 29
759.—Excepciones 31
760.—Quién debe hacer la citación o notificación 32
761.—Cómo designar la habitación 34
762.—Nueva designación de domicilio, si la causa se remite a otro lugar 35
763.—Desde cuándo corren los términos si no debe notificarse 36
764.—Citación al ausente 38
765.—Tiempo en que deben hacerse la citación y las notificaciones 41
766.—Días de vacante 43
767.—Descanso semanal 43
768.—División de los días feriados 46
769.—Aplicaciones 47
770.—Habilitación 47
771.—Nombramiento de procurador después de la citación 47
772.—Cuestiones admisibles en la citación o en la notificación 48
773.—Qué y a quién se debe notificar 49
774.—Si no se notifica al rebelde la declaración de rebeldía, es nulo el juicio verbal sumario, si la omisión pudo influir en la decisión de la causa 49
775.—Término para las citaciones y notificaciones 50
776.—Forma de la notificación 51
777.—Citación de saneamiento o litisdenunciación por obligación de indemnizar 51
778.—Tiempo de hacer la llamada 57
779.—Notificación del traspaso de un crédito 59
780.—Traspaso de prenda 61
781.—Notificación de la orden de retención o embargo 61
III.—Efectos de la constitución de la relación procesal ..... 63—114
782.—Generalidades 63
783.—1) Dar prevención 67
784.—2) Interrumpir la prescripción 68
785.—3) Obligar a comparecer ante el juez para deducir excepciones 70

Págns.

786.—4) Constituir al demandado en poseedor de mala fe, e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda 70
787.—5) Constituir al deudor en mora 71
788.—6) Convertir en litigioso el crédito cedido 72
Texto del Código de Procedimiento Civil (Arts. 78-99) 74
789.—Estudio del Art. 78.—Qué son la citación y la notificación 80
790.—Estudio del Art. 79.—Constancia de la citación y de la notificación 81
791.—Jurisprudencia 82
792.—Forma de tramitar la falsedad de una citación 84
793.—Estudio del Art. 80.—Obligación de señalar el lugar en el que se ha de citar y notificar 86
794.—Jurisprudencia 87
795.—Estudio del Art. 81.—Oportunidad y forma de la designación del lugar en el que se hará la notificación 89
796.—Estudio del Art. 82.—Forma de citación por boleta. Forma de citación a un comerciante o al representante de una compañía de comercio 90
797.—Jurisprudencia 91
798.—Estudio del Art. 83.—Citación al agente diplomático 92
799.—Estudio del Art. 84.—Forma de citar al Procurador General de la Nación 95
800.—Estudio del Art. 85.—Nueva designación de habitación para las notificaciones, cuando la causa pasa a otro lugar 96
801.—Estudio del Art. 86.—La falta de notificación y el comienzo a correr de los términos 97
802.—Estudio del Art. 87.—Citación por la prensa 98
803.—Estudio del Art. 88.—Citación a las comunidades llamadas de indígenas 100
804.—Estudio del Art. 89.—Citación al ausente 101
805.—Jurisprudencia 101
806.—Estudio del Art. 90.—Tiempo hábil para la citación y para la notificación 103
807.—Estudio del Art. 91.—Regla para cuando se constituye procurador después de la citación 103
808.—Estudio del Art. 92.—Ni en la citación ni en la notificación se admitirán alegatos ni excepciones 104
809.—Estudio del Art. 93.—Qué se debe notificar 106

Págns.

810.—Estudio del Art. 94.—Término para citar y notificar 106
811.—Estudio del Art. 95.—Forma de citación 107
812.—Estudio del Art. 96.—Litisdenunciación o citación para saneamiento 108
813.—Jurisprudencia 108
814.—Estudio del Art. 97.—Forma de notificación del traspaso de un crédito 110
815.—Jurisprudencia 111
816.—Estudio del Art. 98.—Forma de notificación de la orden de retención o embargo 112
817.—Forma de embargar los créditos 112
818.—Efecto de la notificación de embargo de rentas 113
819.—Estudio del Art. 99.—Efectos de la citación 114
820.—Jurisprudencia 114
JURISPRUDENCIA ..... 117—151
821.—Disuelta una sociedad civil, por haber terminado el plazo convenido, no debe nombrarse liquidador, como en la sociedad mercantil, y si se lo ha nombrado, no representa a la sociedad disuelta, por lo que no debe citársele la demanda. Esta debe citársela a los ex-socios 117
822.—El Ministerio Fiscal es parte en las causas matrimoniales. En consecuencia, debe citársele la demanda 118
823.—La boleta de notificación y el acta de notificación son instrumentos públicos. Si hay diferencia en cuanto a la fecha de la notificación, se estará a lo que conste en la boleta 120
824.—Es indeterminado el señalamiento de domicilio en el que no se fija la calle, ni el número de la casa, ni se da señal o indicación alguna que pudiera precisar cuál es o dónde está la casa señalada 122
825.—La designación de domicilio debe ser clara y precisa 123
826.—No debe admitirse una demanda en la que el actor no determine de manera clara y precisa el domicilio en el cual debe citarse al demandado 124
827.—Las notificaciones se han de hacer en el lugar designado 126
828.—Si el Agente Fiscal no designa habitación en la que se la ha de notificar, no debe notificársele 127
829.—Si el demandado señaló domicilio para las notificaciones y luego su abogado interviene en la audiencia de conciliación, no

se ha de seguir contando con éste sino con el mismo demandado y se le ha de notificar en el domicilio que ya señaló 128
830.—Obligación de señalar nueva habitación para las notificaciones, cuando la causa pasa a otro lugar 129
831.—En la citación, el actuario debe advertir al demandado la obligación que tiene de señalar habitación en la que se le ha de notificar 130
832.—La persona que reciba la boleta de notificación o citación ha de suscribir la diligencia respectiva, o, si ella no lo hiciere, un testigo; de lo contrario, la diligencia es nula 131
833.—Si la citación no se hace conforme a lo dispuesto en el Art. 82, es nula 132
834.—Es nula la notificación que no se hace conforme al Art. 82 133
835.—La notificación del traslado a que se refiere el Art. 693 debe contener las operaciones del juez partidor 135
836.—No debe citarse por la prensa a los herederos de la parte en el juicio, que intervenía mediante procurador 136
837.—¿Basta asegurar que ha muerto una de las partes, para que se cuente con sus herederos? 137
838.—Muerta una de las partes en el juicio, que intervenía sin procurador, ha de contarse con los herederos, previa la notificación correspondiente 137
839.—Lo dispuesto en el Art. 87 se aplica tanto a los juicios de jurisdicción contenciosa como a los de jurisdicción voluntaria 139
840.—La comunidad llamada de indígenas es la antigua comunidad de indios a que se refería el Código de Enjuiciamiento Civil 140
841.—Desde que el pupilo cumple la mayor edad, el curador deja de representarle y no debe seguir notificándosele 141
842.—Si, anulada una causa, a costa de un juez, se la eleva en consulta, el auto de anulación debe notificarse a ese juez 141
843.—Efecto de la citación no determinado expresamente en el Art. 99 142
844.—La prescripción se interrumpe por la citación y no por sólo la presentación de la demanda 143
845.—La sola presentación de la demanda no interrumpe la prescripción 144
846.—Por qué la citación de la demanda y no sólo la presentación de la demanda interrumpe la prescripción 145

Págns.

847.—La citación constituye al demandado en poseedor de mala fe 147
848.—El demandado debe ser considerado como detentador, desde la contestación a la demanda 148
849.—La citación constituye en mora al deudor 148

Capítulo III.—DESENVOLVIMIENTO DE LA RELACION PROCESAL ..... 151—349

I **De la contestación a la demanda y sus efectos**

850.—Generalidades 151
851.—Actitudes que puede asumir el demandado: 168
1) Deduce excepciones 168
Qué excepciones puede deducir el demandado 171
Cómo ha de deducir las excepciones 171
Naturaleza de las excepciones 172
852.—Enumeración y clasificación de las excepciones 175
853.—Examen de las excepciones. A) Dilatorias 179
854.—Las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales 182
854a).— B) Excepciones perentorias 182
855.—Las excepciones y el derecho internacional privado 183
856.—2) Reconviene 184

II **De la rebeldía**

857.—3) No comparece 186
858.—Efectos de la declaración de rebeldía 186
859.—Reforma de la contestación a la demanda 188
860.—El rebelde y la reforma de la litiscontestación 189

III **Del desistimiento**

861.—Desistimiento de la demanda 190
Texto del Código de Procedimiento Civil, (Arts. 100 a 108) 191
862.—Estudio del Art. 100. Clases de excepción 193
863.—Estudio del Art. 101. Dilatorias más comunes 195
864.—Estudio del Art. 102. Perentorias más comunes 198
JURISPRUDENCIA ..... 200—302
865.—Puede deducirse como excepción la nulidad relativa de los actos y contratos 200
866.—Naturaleza de la negativa del estado civil del actor en un

Págns.

juicio de partición de una herencia 201

867.—La impugnación del estado civil de hijos naturales, en que los actores apoyan la demanda de partición de una herencia constituía una excepción perentoria, hoy es una cuestión de resolución previa 204

868.—No es aceptable la excepción del procurador, de que carece de instrucciones para representar al mandante 208

869.—La excepción de mera tenencia de la cosa que se reivindica es dilatoria y no perentoria 209

870.—En el juicio de reivindicación, si el demandado asegura que no es poseedor sino tenedor, porque es arrendatario de la cosa materia del juicio, deduce una excepción dilatoria. Improcedencia de la acción 210

871.—Demandada la entrega de la cosa dada en arrendamiento, el demandado puede oponer la excepción de dominio, consistente en no estar obligado a devolverla porque la cosa no ha sido del arrendador sino de otra persona quien la ha vendido al arrendatario 213

872.—Aceptada la excepción principal, no pueden ser consideradas las subsidiarias 215

873.—Propuesta la acción pauliana y deducidas las excepciones de buena fe como principal, y de prescripción como subsidiaria, debe examinarse, primeramente aquélla, porque no hay razón para desatender la manera como el demandado ejercita sus medios de defensa 217

874.—La excepción de que la obra ha sido construída no por el demandado sino por los empresarios, no es de saneamiento o garantía, ni, en consecuencia, dilatoria 219

875.—Naturaleza de las excepciones. La de que el actor no puede proponer ninguna acción relacionada con la curaduría mientras no se haya efectuado el juicio de cuentas, es dilatoria 220

876.—La alegación sobre el juicio en que se ha de sustanciar la controversia, es excepción dilatoria 221

877.—Se deduce una excepción dilatoria cuando se asegura que la asignación condicional no confiere al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, y que, por tanto, no puede, por el momento, proponer su demanda de pago de la asignación. Litispendencia 222

Págns.

878.—En el juicio de remoción de un guardador, la oposición a que a una persona se le nombre curador interino no es excepción dilatoria 224
879.—Excepciones contradictorias 227
880.—Significado de la excepción de improcedencia de la demanda y de desconocimiento de los fundamentos de hecho y de derecho, cuando se han deducido expresas excepciones perentorias. Litispendencia 228
881.—La excepción de improcedencia de la demanda y la obscuridad de ésta 230
882.—Claridad de la demanda. ¿Puede oponerse la excepción de obscuridad del libelo? 232
883.—La falta en el actor, del interés indispensable para que pueda tener eficacia una acción, hace que ésta sea improcedente 234
884.—Cómo interpretar la excepción de que "la demanda carece de fundamento de hecho y de derecho, por defecto de forma y de fondo" 238
885.—Alcance de la excepción "no estoy obligado al pago de cantidad alguna de dinero por los conceptos expresados en la demanda 242
886.—La renuncia a deducir excepciones no es inconstitucional 242
887.—La acción intentada para obtener la resolución de un contrato es personal, aun cuando se pida la devolución de frutos u otras reparaciones. Litispendencia 245
888.—El acreedor subrogado puede exigir el pago en el lugar en que podía exigirlo el acreedor a quien subroga 247
889.—Las excepciones deben deducirse claramente, con precisión, determinando sus fundamentos 249
890.—Sólo la intervención de diverso juez, con posterioridad a la declaratoria definitiva de incompetencia, produce la omisión de solemnidad sustancial de competencia 251
891.—La ilegitimidad de personería y la falta de derecho 253
892.—Si el poder objetado consta de autos, no es necesario conceder término de prueba para decidir la ilegitimidad de personería del procurador 257
893.—La excepción de litispendencia 259
894.—Concepto de litispendencia 273
895.—Si los acreedores ejercen solidariamente la acción ejecutiva de pago de una obligación solidaria, no deben determinar la for-

ma, proporción o cuota que a cada uno de ellos le corresponda en el crédito 276

896.—En la ejecución fundada en sentencia ejecutoriada no son admisibles la excepción de que, por haberse demandado la nulidad de esta sentencia no se puede pedir su ejecución, ni la de litispendencia fundada en esta misma causa 277

897.—Si dos o más personas han contratado con otra, ellas forman una sola parte contratante, con los mismos derechos y obligaciones frente al otro contratante; y, por tanto, una sola de aquéllas no puede ejercer tales derechos ni a ella sola se le puede exigir el cumplimiento de tales obligaciones 278

898.—La amenaza de iniciar un pleito civil no es bastante para que se admita la excepción de consentimiento viciado por causa de fuerza 279

899.—La excepción de cosa juzgada 280

900.—Para admitir la excepción de cosa juzgada se requiere que entre los dos juicios haya identidad subjetiva y objetiva 285

901.—La autoridad de cosa juzgada, si bien supone un fallo ejecutoriado, es propio sólo de la sentencia, expedida en juicio contencioso, sin más excepciones que las que establece expresamente la ley 286

902.—La compensación, alegada en juicio ejecutivo, no debe fundarse en título que tenga esta calidad 287

903.—No existe cosa juzgada aunque haya identidad de personas y de acciones, si la sentencia anterior se limitó a rechazar la demanda por falta de base para la discusión del asunto controvertido, el que, por lo mismo, quedó subsistente 288

904.—En una demanda ulterior se puede reclamar lo que en la sentencia dictada en un juicio anterior se dejó a salvo 290

905.—Lo que es la cosa juzgada. Sus requisitos y sus efectos. El juez debe declararla de oficio por lo que dispone el Art. 318 292

906.—La excepción de ser ilegal e injurídica la acción, por el modo de pedir, fundada en la falta de derecho del actor para limitar su acción a una parte del fundo y a solo algunos poseedores de ese fundo, es perentoria 296

907.—El cesionario de un crédito no tiene derecho para pedir la resolución del contrato origen del crédito 297

908.—En el juicio de reivindicación, son contradictorias las excepcio-

Págns.

nes de prescripción y de negativa de la posesión 299
909.—Sentido de las excepciones de improcedencia de la demanda y de falta de derecho del actor, en el juicio de resolución de una compraventa 301
910.—La prescripción puede proponerse como acción o como excepción: como acción, la adquisitiva; y como excepción, la extintiva 302
911.—Estudio del Art. 103. Término de contestar a la demanda. El juez debe cuidar de que la contestación sea clara y fundada 304
912.—Estudio del Art. 104. Rebeldía del demandado 306
913.—Estudio del Art. 105. Hasta cuándo puede el demandado modificar la contestación a la demanda 309
914.—Estudio del Art. 106. Al contestar el demandado puede reconvenir 310
915.—Estudio del Art. 107. Las excepciones perentorias y la reconvención se han de discutir y resolver al mismo tiempo 313
916.—Estudio del Art. 108. Después de contestada la demanda, el actor puede desistir 313
JURISPRUDENCIA ....315—343
917.—Mientras no se le declare rebelde, el demandado puede proponer las excepciones que a bien tuviere 315
918.—Efectos de la contestación simple o absolutamente negativa 316
919.—1) Cuando la contestación a la demanda es simplemente negativa, la discusión se contrae únicamente a la existencia de la obligación 316
920.—2) Cuando la contestación a la demanda es absolutamente negativa, no se controvierte nada sobre excepciones relativas a haberse extinguido la obligación 317
921.—3) Si la contestación es absolutamente negativa de la demanda, no se alega ninguna excepción extintiva de las determinadas en el Código Civil 317
922.—1) El silencio del demandado debe considerarse como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya el actor 318
923.—2) La rebeldía implica negación de los fundamentos de la demanda 318
924.—3) El silencio del demandado implica negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda 319

925.—4) La falta de comparecencia del demandado a la audiencia de conciliación equivale a contestación negativa de los fundamentos de la acción propuesta 319
926.—5) El no contestar a la demanda se estima como negativa de los fundamentos de ella 319
927.—6) La rebeldía implica negación de los fundamentos de la demanda 319
928.—Si el ejecutante conviene con la tercería excluyente, en todo lo que legalmente corresponda al tercerista, no reconoce la legalidad de la demanda, es sólo aceptación de lo que, a juicio del juez, fuere legal en el asunto controvertido 320
929.—De la providencia en que se declara que la demanda es clara y precisa, no se puede interponer recurso alguno 321
930.—Excepciones obscuras e imprecisas 322
931.—La reconvención deducida después de contestada la demanda, no puede ser resuelta en la sentencia del juicio en que se la propuso 323
932.—El juez no puede dejar de resolver sobre una reconvención porque el demandado confiesa que ésta versa sobre asuntos que han sido sometidos a otros juicios, pendientes unos y terminados otros, no conexos con la demanda principal 323
933.—No obsta la reconvención propuesta en juicio ordinario, para que el actor pueda pasar de esta vía a la ejecutiva 324
934.—1 y 2) No es admisible la reconvención propuesta en la tercería excluyente de un juicio ejecutivo, ya que el fallo debe resolver sólo lo concerniente al dominio del tercerista 325
935.—3) En el juicio de tercería excluyente, el acreedor, en su calidad de demandado, tiene el derecho de oponer a la tercería, como reconvención, la nulidad del contrato celebrado entre el deudor y el tercerista 326
936.—En el juicio ejecutivo, la reconvención se ha de fundar en título ejecutivo 327
937.—Reconvención inadmisible por incongruente 328
938.—No es admisible la reconvención del ejecutado contra el ejecutante al contestar una tercería excluyente de dominio 329
939.—Si no se tramita la reconvención, de conformidad con el Art. 420, el proceso es nulo desde que se dejó de tramitarla 330
940.—Si el demandado no cumple su obligación antes de recibirse

Págns.

la causa a prueba, no podrá oponerse a la resolución demandada 335
941.—Resolución de la Corte Suprema que acepta que, podrá el demandado consignar el precio completo, al dar contestación a la demanda y hasta que se reciba la causa a prueba 336
942.—Después de recibida la causa a prueba, no se puede alterar la contestación a la demanda 338
943.—Desde que se recibe la causa a prueba para las excepciones dilatorias no pueden deducirse otras dilatorias, pero pueden oponerse otras perentorias hasta antes de que se reciba la causa a prueba para las perentorias 338
944.—El actor puede desistir de la demanda, aun cuando no sea él quien hubiera interpuesto el recurso de apelación 340
945.—El desistimiento sólo puede tenerse por tal, si contiene la expresa separación del respectivo recurso o instancia 341
946.—El desistimiento hecho con los requisitos legales queda consumado sin consideración a la posterior providencia en que el juez lo reconoce 342
947.—Ejecutoriado el auto en que se declara insubsistente el desistimiento de la demanda, no cabe ningún reclamo posterior del demandado, a este respecto 342
948.—Si se trata de un asunto que no es de interés puramente individual no se puede desistir 343
IV **De las excepciones que tienen carácter internacional.**
949.—Litispendencia, cosa juzgada y declinatoria 345

CAPITULO IV.—**FORMA DE VICISITUD DEL PROCESO. AUMENTO DEL OBJETO POR AMBAS PARTES.**

De la acumulación de autos, ...350—389

950.—Qué es la acumulación de autos 350
951.—Quién puede pedir la acumulación 353
952.—¿Puede decretarse de oficio, o sólo a petición de parte? 353
953.—Causas que dan lugar a la acumulación de autos 354
954.—Casos en que hay continencia de causa para los efectos de la acumulación de autos 357

Pagns.

955.—Estado del juicio en que puede pedirse la acumulación 360
956.—Juicios no acumulables 360
957.—Juicios acumulables 362
958.—Procedimiento para la acumulación de autos, cuando éstos radican en el mismo juzgado 366
959.—Procedimiento para la acumulación de autos, cuando éstos radican en juzgados diferentes 366
960.—Juez competente para conocer de los autos acumulados 367
961.—Suspensión de los pleitos desde que se pide la acumulación 368
962.—Efectos de la acumulación 368
Texto del Código de Procedimiento Civil (Arts. 109—113) 370
963.—Estudio del Art. 109. Causas que dan lugar a la acumulación de autos 372
964.—Estudio del Art. 110.—Casos en que hay continencia de la causa para los efectos de la acumulación 374
965.—Estudio del Art. 111.—Casos en que no se decretará la acumulación 375
966.—Estudio del Art. 112.—Procesos que no se acumularán al juicio de concurso general 376
967.—Estudio del Art. 113.—Juez competente para conocer de los actos acumulados 377
JURISPRUDENCIA ..... 378—389
968.—Si las partes están de acuerdo en la identidad de la causa de dos juicios, es innecesario término de prueba para justificar este hecho 378
969.—El juez, para proceder a la acumulación de autos, debe proceder con conocimiento de causa, o sea, conceder término de prueba, para que se justifique si la acumulación es legal 378
970.—Pueden acumularse los juicios por pago indebido y por pago por consignación, que se discutan ordinariamente 379
971.—No pueden acumularse juicios que versan sobre cuestiones distintas. Pero si se han acumulado, debe resolverse el juicio que contiene la acumulación 382
972.—Señalado el juez de primera instancia para los juicios acumulados, deben entenderse determinados también los de grado superior y las condiciones en que puedan o no llegar los dichos autos al tribunal de tercera instancia 383
973.—Del hecho de aceptarse la excepción de litispendencia no se

Págns.

deduce que deban acumularse los dos procesos a que ella se refiere 386
974.—La acumulación de autos no puede pedirse sino en primera instancia 386
975.—La acumulación de autos puede pedirse sólo ante el juez de primera instancia 387
976.—No cabe la acumulación en el juicio ejecutivo 387
977.—En una misma partición pueden liquidarse dos sucesiones sin que esto signifique acumulación de acciones ni de procesos 388

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

LIBRO TERCERO

LA CONSTITUCION DE LA RELACION PROCESAL

(continuación)

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO II

LA CONSTITUCION DE LA RELACION PROCESAL
(continuación)

II. DE LA CITACION Y DE LA NOTIFICACION (*)

741.—GENERALIDADES.—La Constitución Política de la República dispone:

> "Art. 121.—La publicidad es esencial en todos los juicios".
> "Art. 169.—Nadie puede ser penado sin juicio previo, ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del juicio".

¿Cómo hacer efectiva para las partes la publicidad? Mediante la notificación. ¿Cómo permitir el derecho de defensa? Haciendo saber al acusado aquello de que se le acusa.

Nuestro procedimiento y el de todos los países cultos no es secreto, reservado, sino público.

Todo esto, pues, constituye la razón de ser de la notificación,

---

(*) James Goldschmidt, "Derecho Procesal Civil", págs. 315, 318, 319, 320 y 323. — José Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal Civil", tomo II, págs. 70 y ss. — Francisco Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", tomo III, págs. 249 y ss., y 270 y ss. — Víctor Manuel Peñaherrera, "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo III, págs. 256 y ss. — Jaime Guasp, "Derecho Procesal Civil", págs. 279 y ss. — Leonardo Prieto Castro, "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, págs. 363 y ss. — Manuel de la Plaza, "Derecho Procesal Civil Español", tomo I, págs. 342 y ss. — Carlos Miguel y Alonso, "Nueva Enciclopedia Jurídica", tomo IV, pág. 162. — José María Manresa y Navarro, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España", tomo I, págs. 775 y ss.

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO II

LA CONSTITUCION DE LA RELACION PROCESAL
(continuación)

II. DE LA CITACION Y DE LA NOTIFICACION (*)

741.—GENERALIDADES.—La Constitución Política de la República dispone:

"Art. 121.—La publicidad es esencial en todos los juicios".
"Art. 169.—Nadie puede ser penado sin juicio previo, ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del juicio".

¿Cómo hacer efectiva para las partes la publicidad? Mediante la notificación. ¿Cómo permitir el derecho de defensa? Haciendo saber al acusado aquello de que se le acusa.

Nuestro procedimiento y el de todos los países cultos no es secreto, reservado, sino público.

Todo esto, pues, constituye la razón de ser de la notificación,

(*) James Goldschmidt, "Derecho Procesal Civil", págs. 315, 318, 319, 320 y 323. — José Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal Civil", tomo II, págs. 70 y ss. — Francisco Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", tomo III, págs. 249 y ss., y 270 y ss. — Víctor Manuel Peñaherrera, "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo III, págs. 256 y ss. — Jaime Guasp, "Derecho Procesal Civil", págs. 279 y ss. — Leonardo Prieto Castro, "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, págs. 363 y ss. — Manuel de la Plaza, "Derecho Procesal Civil Español", tomo I, págs. 342 y ss. — Carlos Miguel y Alonso, "Nueva Enciclopedia Jurídica", tomo IV, pág. 162. — José María Manresa y Navarro, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España", tomo I, págs. 775 y ss.

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO

de la citación y del Art. 93, que dispone que se han de notificar todas las providencias que se dicten en un juicio.

Notificar, del latín **notificare**; de **notus**, conocido, y **facere**, hacer, significa hacer saber una resolución de la autoridad con las formalidades preceptuadas para el caso.

Citar también es notificar, hacer saber a una persona el emplazamiento o llamamiento del juez.

Emplazar es citar al demandado con señalamiento del plazo dentro del cual necesitará comparecer en el juicio para ejercitar en él sus defensas, excepciones o reconvenciones.

La Partida Tercera, en el Capítulo VII, trata "de los emplazamientos"; y en la Ley I dice:

> "Emplazamiento tanto quiere decir como llamamiento que facen a alguno que venga ante el judgador a facer derecho o a complir su mandamiento; et puédelo facer el rey, o el judgador o el portero por mandato dellos. Et la manera en que debe seer fecho el emplazamiento es esta, quel rey puede emplazar por su palabra, o por su portero o por su carta: et los que han poder de judgar por él en su corte, o en sus cibdades o en las villas, lo pueden otrosi facer por palabra, o por carta o por sus homes conoscidos que sean señaladamente puestos para esto. Otrosi quando alguno hobiese querella de otro et lo fallase en la corte del rey, bien puede decir a la justicia del rey que gelo emplace, et él puédelo facer por sí o por su home: et aun hay otra manera de emplazamiento contra aquellos que se andan ascondiendo o fuyendo de la tierra porque no fagan derecho a aquellos que se querellan dellos; ca estos atales pueden ser emplazados non tan solamente en sus personas, mas aun en sus casas faciéndolo saber a aquellos que hi fallaren de su campaña: et si casas non hobieren débenlos pregonar en tres mercados, porque lo sepan sus parientes et sus amigos, et gelo fagan saber que vengan facer derecho a aquellos que querellaren dellos, o que sus parientes o sus amigos los puedan defender en juicio si quisieren. Et quando el emplazamiento fuere fecho por alguno de los porteros mayores de casa del rey, o por su justicia o por alguno de los judgadores de las villas, mandamos que tal emplazamiento se pueda probar por aquel que lo feciere con otro testigo si fuere negado; mas si fuere de los menores porteros, tenemos por bien que se

pruebe con dos testigos sin el portero, porque non pueda hi seer fecho engaño: pero el emplazamiento que el rey o los judgadores de su corte fecieren por su palabra mandamos que sea creido sin otra prueba".

Manresa dice:

"Aunque cada una de las enunciativas **notificación, citación, emplazamiento y requerimiento**, tienen en el foro su significación propia y especial, todas tienen por objeto hacer saber las resoluciones o mandatos judiciales, y en este concepto suele comprenderse bajo la genérica de **notificación**, tomada esta palabra en el sentido lato. Más frecuente es todavía confundir o considerar como sinónimas las palabras **citación y emplazamiento**, de cuyo defecto adolece la ley antigua. En la nueva se ha procurado emplear dichas voces con mayor rigor tecnológico, a fin de que expresen lo que significan en su acepción especial.

En tal concepto se entiende por **notificación** el acto de hacer saber a los interesados en un asunto judicial la providencia, auto o sentencia que en él haya recaído. Ninguna resolución judicial puede producir efecto ni causar perjuicio, si no se notifica a los interesados en la forma que expondremos al comentar los Arts. 262 y siguientes.

Por **citación** se entiende el llamamiento que se hace de orden del juez o del Tribunal a cualquiera persona, sea o no parte en el juicio, para que concurra a un acto judicial que pueda pararle perjuicio, o en que sea necesaria su intervención. Así, por ejemplo, se cita a los que son parte en el juicio para los actos de prueba de la contraria, o para el de la vista; si no comparecen, no por esto deja de practicarse la diligencia, y si se ha hecho en forma la citación, les para el mismo perjuicio que si la hubieran presenciado; y se cita a los testigos para que comparezcan a declarar, estando obligados por regla general a verificarlo, a pesar de no tener interés en el asunto, por ser necesaria su intervención para los fines de la justicia.

Por **emplazamiento** se entiende concretamente el llamamiento que se hace a los litigantes para que comparezcan en juicio a defenderse o a hacer uso de su derecho. Se emplaza al demandado para que comparezca a contestar la demanda, y a

todos los que son parte en el juicio para que comparezcan ante el Tribunal superior, o el Supremo en su caso, siempre que en virtud de apelación o de cualquier otro recurso tiene que pasar a estos tribunales el conocimiento de los autos. Estaba admitido, generalmente en estos casos, acordar la citación y el emplazamiento de las partes; pero la palabra adecuada es la de **emplazamiento**, que lleva también en sí la **citación**, y como ésta es más genérica que aquélla, por comprender mayor número de casos, en la nueva ley se ha hecho la distinción indicada, que resulta de sus respectivas definiciones, concretando así el tecnicismo forense. Téngase, pues, presente que el emplazamiento tiene siempre por objeto la comparecencia en juicio o en cualquiera de las instancias; y la citación, el presenciar alguna diligencia judicial o tomar parte en ella. Ambas actuaciones pertenecen a las formas esenciales del juicio, cuya nulidad producen, la falta de emplazamiento en todo caso, y la citación sólo cuando se haya omitido para alguna diligencia de prueba o para sentencia definitiva, como se previene en el Art. 1.693, sin perjuicio de lo que se ordena en el 279.

Y se da el nombre de **requerimiento** al acto de amonestar o intimar de orden judicial a una persona, sea o no litigante, para que haga o deje de ejecutar alguna cosa". (161)

Nuestra ley dispone:

"Art. 78.—**Citación** es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos.

Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez".

Según esto, el género de este hacer saber es la notificación; y la citación es una especie de notificación.

(161) "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España", tomo I, págs. 775 y ss.

La citación y la notificación son actos procesales, del secretario del juzgado o de un auxiliar de la secretaría.

Son actos de comunicación entre el juez y las partes o terceros: la citación es el acto de comunicación de la solicitud de un acto preparatorio, o de una demanda y de la providencia recaída en la una o en la otra; la notificación, el acto de comunicación de cualquier otro pedimento hecho en el juicio y de la providencia recaída en él.

La citación es acto de comunicación al demandado; la notificación es acto de comunicación a las partes o a terceros.

Alcalá Zamora y Castillo dice:

> "A sabiendas de romper la correspondencia con el texto de Goldschmidt en esta parte, nos ocuparemos aquí, dentro de la obligada brevedad, de los **medios de comunicación en el proceso**, en lugar de limitarnos al examen de las "notificaciones" en concreto. Se refieren a la materia los Arts. 260-300 de la Ley de Enjuiciamiento civil, más algunos otros dispersos en la misma o en leyes especiales.
>
> A) **Comunicaciones entre los Tribunales y las partes.**— Genéricamente, pueden denominarse notificaciones, pero con arreglo a su contenido distingue la Ley de Enjuiciamiento civil (Arts. 260-283) cuatro clases: notificaciones en sentido estricto, citaciones, emplazamientos y requerimientos. Las "notificaciones" pueden efectuarse de cuatro maneras: a) personalmente al interesado o a su procurador, cuando éste intervenga (Arts. 6 y 260); b) por medio de cédula, que habrá de llenar los requisitos del Art. 267, cuando siendo conocido el domicilio del que deba ser notificado no se hallare en él al tiempo de efectuarse la diligencia (Art. 266); c) mediante edictos, cuando se desconozca el domicilio o paradero del que haya de ser notificado (Art. 269); d) en estrados, a los litigantes rebeldes (Arts. 281-3) ... Las "citaciones" son llamamientos judiciales dirigidos a las personas —partes, testigos, peritos, etc.: Arts. 271 y 273— que hayan de comparecer para una diligencia procesal, a fin de que se presenten en el día, hora y lugar señalados (Art. 272). El "emplazamiento" se diferencia de la "citación", en que la convocatoria se hace para comparecer no en un momento dado, sino dentro de un determinado plazo o período de tiempo (Art. 274) ... El "requerimiento" implica un mandato judi-

cial para que una persona haga o se abstenga de hacer alguna cosa (Art. 275)..." (162)

Prieto Castro enseña:

"Notificación es el acto del tribunal destinado a comunicar a las partes o a cualquiera persona que deba intervenir en el proceso (testigos, peritos, etc.) una resolución del tribunal. Esta simple descripción revela que la notificación no es en sí acto procesal independiente, sino derivado de otro y destinado a provocar uno ulterior (comparecencia, realización de determinada actividad, etc.).

No obstante tal carácter, la notificación tiene una importancia extraordinaria en el proceso, porque si su objeto es dar traslado de la demanda al demandado, persigue obtener el cumplimiento del principio de la audiencia bilateral **audiatur et altera pars**), y en todo caso establece el dies a quo para iniciar el cómputo del tiempo de realización de actos y de impugnación de resoluciones.

La L. e. c. no emplea la palabra **notificación** en el sentido técnico y amplio que es usual en teoría, sino que regula lo que ella llama **notificaciones, citaciones, emplazamientos** y **requerimientos** (epíg. de la sec. III, tít. VI, lib. 1), pero como todas estas actuaciones tienen por fin dar a conocer una resolución o determinación del tribunal, bien pueden comprenderse bajo el nombre general de notificaciones". (163)

Ya hemos visto que demandado es aquél contra quien se propone la demanda.

Como se ve, en lo que al concepto de citación y notificación se refiere, nuestra legislación no ha seguido el sistema de la legislación española.

742.—IMPORTANCIA DE LA CITACION

La citación da comienzo a la litispendencia; mediante ella se constituye la relación jurídico procesal. Además, es solemnidad

(162) "Adiciones" a "Derecho Procesal Civil" de James Goldschmidt, pág. 319.

(163) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pág. 363.

sustancial común a todos los juicios e instancias, cuya omisión anula el proceso.

El Art. 372 dispone que tiene lugar la nulidad cuando, en la organización de los procesos se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en el Código de Procedimiento Civil.

El Art. 374 dispone que son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 4ª, la citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente.

Según el Art. 377, los jueces y tribunales han de declarar la nulidad, aunque las partes no hubieren interpuesto el recurso de nulidad, ni hubieren alegado la omisión, cuando se trate, entre otras, de la omisión de la solemnidad de la citación.

Desde luego, según el Art. 379, para que se declare la nulidad por esta omisión, se requiere: 1º, que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca excepciones o haga valer sus derechos; y 2º, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en el pleito.

También, según el Art. 320, la sentencia ejecutoriada es nula por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía.

De todo esto se desprende la importancia de la citación.

743.—FORMA DE LA CITACION

El Art. 95 dispone que en todo juicio, la citación de la demanda se hará en la persona del demandado o de su procurador; mas, si no pudiere ser personal, se hará por boletas, en tres distintos días.

El Art. 82 dispone que si no se encontrare a la persona que debe ser notificada, se la notificará por boleta dejada en la correspondiente habitación.

De estas disposiciones se deduce que la citación y la notificación pueden ser personal o por boleta.

Además, la ley establece otras formas de citación, como luego veremos.

744.—1) CITACION PERSONAL

Si la citación es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda y la providencia recaída en ella,

cial para que una persona haga o se abstenga de hacer alguna cosa (Art. 275)..." (162)

Prieto Castro enseña:

"Notificación es el acto del tribunal destinado a comunicar a las partes o a cualquiera persona que deba intervenir en el proceso (testigos, peritos, etc.) una resolución del tribunal. Esta simple descripción revela que la notificación no es en sí acto procesal independiente, sino derivado de otro y destinado a provocar uno ulterior (comparecencia, realización de determinada actividad, etc.).

No obstante tal carácter, la notificación tiene una importancia extraordinaria en el proceso, porque si su objeto es dar traslado de la demanda al demandado, persigue obtener el cumplimiento del principio de la audiencia bilateral **audiatur et altera pars**), y en todo caso establece el **dies a quo** para iniciar el cómputo del tiempo de realización de actos y de impugnación de resoluciones.

La L. e. c. no emplea la palabra **notificación** en el sentido técnico y amplio que es usual en teoría, sino que regula lo que ella llama **notificaciones, citaciones, emplazamientos** y **requerimientos** (epíg. de la sec. III, tít. VI, lib. 1), pero como todas estas actuaciones tienen por fin dar a conocer una resolución o determinación del tribunal, bien pueden comprenderse bajo el nombre general de notificaciones". (163)

Ya hemos visto que demandado es aquél contra quien se propone la demanda.

Como se ve, en lo que al concepto de citación y notificación se refiere, nuestra legislación no ha seguido el sistema de la legislación española.

742.—IMPORTANCIA DE LA CITACION

La citación da comienzo a la litispendencia; mediante ella se constituye la relación jurídico procesal. Además, es solemnidad

(162) "Adiciones" a "Derecho Procesal Civil" de James Goldschmidt, pág. 319.

(163) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pág. 363.

sustancial común a todos los juicios e instancias, cuya omisión anula el proceso.

El Art. 372 dispone que tiene lugar la nulidad cuando, en la organización de los procesos se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en el Código de Procedimiento Civil.

El Art. 374 dispone que son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 4ª, la citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente.

Según el Art. 377, los jueces y tribunales han de declarar la nulidad, aunque las partes no hubieren interpuesto el recurso de nulidad, ni hubieren alegado la omisión, cuando se trate, entre otras, de la omisión de la solemnidad de la citación.

Desde luego, según el Art. 379, para que se declare la nulidad por esta omisión, se requiere: 1º, que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca excepciones o haga valer sus derechos; y 2º, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en el pleito.

También, según el Art. 320, la sentencia ejecutoriada es nula por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía.

De todo esto se desprende la importancia de la citación.

743.—FORMA DE LA CITACION

El Art. 95 dispone que en todo juicio, la citación de la demanda se hará en la persona del demandado o de su procurador; mas, si no pudiere ser personal, se hará por boletas, en tres distintos días.

El Art. 82 dispone que si no se encontrare a la persona que debe ser notificada, se la notificará por boleta dejada en la correspondiente habitación.

De estas disposiciones se deduce que la citación y la notificación pueden ser personal o por boleta.

Además, la ley establece otras formas de citación, como luego veremos.

744.—1) CITACION PERSONAL

Si la citación es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda y la providencia recaída en ella,

lo más lógico es que se busque al demandado, que se procure encontrarle, para hacerle saber personalmente.

Para esto, el Art. 80, inciso 2º, parte final, dispone que el actor designará la habitación de la persona que deba ser citada; y el actuario, cerciorándose de la verdad, hará allí la citación.

Se ha de entender por habitación la vivienda, la morada del demandado.

A ella concurre el actuario; en ella averigua por el demandado, y si le encuentra, le hace saber que se ha presentado contra él tal demanda, en la que ha recaído tal providencia; y le entrega la copia de la demanda a que se refiere el Art. 1128, y en la que se ha copiado también la providencia recaída en la demanda.

Así se hace la citación personal o en persona, que es la forma más sencilla y natural de citación.

745.—2) CITACION POR BOLETA

Ya vimos que el Art. 95 dispone que, si la citación no puede ser personal, se hará por tres boletas, en tres distintos días; y que el Art. 82 dispone que, si no se encontrare a la persona que debe ser notificada, se la notificará por boleta dejada en la correspondiente habitación, a cualquier individuo de su familia o servidumbre.

En todo caso, este individuo debe ser persona capaz de entender que esa boleta debe entregar al demandado, y capaz de hacer esa entrega.

Se entiende por familia a la gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella.

CONTENIDO DE LA BOLETA.—La boleta expresará el contenido del pedimento, la orden o proveído del juez y la fecha en que se hace la notificación.

Si no hubiere a quién entregar la boleta, se la fijará en las puertas de la referida habitación.

CAMBIO DE HABITACION O AUSENCIA DEL DEMANDADO.—El inciso tercero del Art. 95 dispone que

> "Si después de hecha al demandado la primera citación por boleta, dejada por el actuario después de cerciorarse de que

el lugar en que la dejó es efectivamente la habitación del citado, éste cambiare de habitación, o se ausentare, las otras dos citaciones por boleta pueden practicarse dejando dichas boletas en el mismo lugar en que se dejó la primera".

La ley presume que al citar por tres boletas dejadas en la habitación del demandado, todas ellas, o alguna siquiera ha de llegar a manos del demandado, quien, en consecuencia, así, se informará del contenido de la demanda; pero en este caso, la ley establece que, a sabiendas de que el demandado ya no reside en esa habitación, pues, la ha cambiado, o está ausente de ella, y que, por tanto, no han de llegar a sus manos, las dos últimas boletas se dejen donde ya no está el demandado; lo que hace que la disposición se vuelva ilógica e injusta.

746.—3) CITACION A UN COMERCIANTE O AL REPRESENTANTE DE UNA COMPAÑIA DE COMERCIO.

El Art. 82, inciso tercero, dice que, podrá también hacerse la citación al comerciante o al representante de una compañía de comercio, en el respectivo establecimiento de comercio, en horas hábiles y siempre que estuviere abierto.

Si no se encontrare a la persona que deba ser citada, se lo hará por boleta que se entregará a cualquiera de sus auxiliares o dependientes.

Según esto:

1º—La citación a un comerciante o a un representante de una compañía de comercio puede hacerse en la habitación de éste, en la persona del mismo, o por tres boletas.

2º—La citación puede también hacerse en el respectivo establecimiento de comercio, en persona o por boletas.

3º—La citación por boleta, en el establecimiento de comercio, puede hacerse sólo en horas hábiles, o sea, de ocho de la mañana a seis de la tarde de los días hábiles, es decir, que no sean feriados o de vacante.

4º—La citación por boleta, en el establecimiento de comercio, no puede hacerse sino siempre que estuviere abierto; o sea, que

no puede hacerse fijando la boleta en las puertas del establecimiento; y,

5º—La boleta no puede entregarse sino a un empleado o dependiente; no a un miembro de familia o servidumbre.

Según el Art. 123 del Código de Comercio, son dependientes los empleados subalternos que el comerciante tiene a su lado para que le auxilien en sus operaciones, obrando bajo su dirección.

Según el Art. 259 del Código del Trabajo, es empleado privado o particular el que se compromete a prestar a un patrono servicios de carácter intelectual o intelectual y material, en virtud de sueldo, participación de beneficios o cualquier forma semejante de retribución y siempre que tales servicios no sean prestados en forma ocasional.

747.—4) CITACION POR OFICIO

El Art. 83 dispone que

> "Las citaciones a los ministros plenipotenciarios y demás agentes diplomáticos extranjeros, en los negocios contenciosos que le corresponde conocer a la Corte Suprema, se hará por medio de un oficio en que el Ministro de Relaciones Exteriores transcriba al ministro plenipotenciario o agente diplomático, la providencia judicial que se hubiere dictado, juntamente con los antecedentes. Para constancia de haberse practicado la citación, se agregará a los autos la nota en la que el Ministro de Relaciones Exteriores comunique haber dirigido el oficio y los términos correrán desde la fecha en que se haya transcrito la providencia que deba ser citada".

Agentes diplomáticos son aquellas personas que los Estados o sujetos del Derecho Internacional Público envían a los otros Estados para que los representen en la esfera de las mutuas relaciones exteriores.

> "Desde los primeros tiempos de la organización diplomática moderna se han dado a los agentes diplomáticos diversos títulos, distinguiéndose varias clases entre ellos. El Reglamen-

to aprobado el 19 de marzo de 1815, en el Congreso de Viena, vino a establecer una acertada clasificación, que aun hoy es fundamentalmente aceptada, al dividir los agentes diplomáticos en tres clases: 1ª embajadores, legados y nuncios; 2ª ministros plenipotenciarios y enviados extraordinarios, y 3ª encargados de negocios. A los de la primera clase se les reconoció carácter representativo, esto es, representaban, además de su nación, a la persona misma del Monarca; los empleados diplomáticos de la primera y segunda clase estarían acreditados ante el Soberano extranjero, y los de la tercera, ante el Ministro de Asuntos Exteriores. Pero todos gozarían igualmente de las inmunidades y privilegios diplomáticos, por estar revestidos de un mismo carácter oficial, diferenciándose sólo en cuestiones de ceremonial. En el Congreso de Aquisgrán, por el Protocolo aprobado el 21 de noviembre de 1818, se creó la nueva categoría de Ministros Residentes, superior a los Encargados de Negocios.

Además de estos agentes diplomáticos permanentes y ordinarios, hay agentes diplomáticos extraordinarios, que pueden ser delegados encargados de una misión diplomática especial (actos ceremoniales o negociación de tratados), y los agentes de las organizaciones internacionales.

Los agentes diplomáticos permanentes acreditados ante un Estado forman el denominado Cuerpo Diplomático, cuyo Decano es el Nuncio papal en las naciones donde exista, y el embajador más antiguo en las restantes, debiendo constar en el Ministerio de Asuntos Exteriores la lista diplomática del personal.

Modernamente, algunos autores, en especial americanos, han abogado por la desaparición de las diversas categorías, propugnando una clase única de agentes diplomáticos. Ya Pradier-Fodéré había reconocido que no debiera existir más que una sola categoría de ministros públicos, pero advirtió que ello haría surgir nuevamente las cuestiones de precedencia y etiqueta. En 1919, la Unión Soviética unificó en una sola categoría todos sus agentes diplomáticos, pero posteriormente volvió a seguir la clasificación general". (164)

---

(164) Luis García Arias, "Nueva Enciclopedia Jurídica", tomo II, págs. 175 y ss. — "Enciclopedia Espasa", vol. 18, págs. 1365 y ss. — Luis F. Borja, "Estudios sobre el Código Civil Chileno", tomo I, págs. 225 y ss.

NEGOCIOS CONTENCIOSOS QUE CORRESPONDE CONOCER A LA CORTE SUPREMA.—El Art. 13 de la Ley Orgánica de la Función Judicial dispone:

> "Son atribuciones de la Corte Suprema:
>
> 3º—Conocer, en primera y segunda instancias, de los asuntos contenciosos, civiles y comerciales en que, como actores o demandados, sean interesados los ministros plenipotenciarios y demás agentes diplomáticos extranjeros, en los casos permitidos por el Derecho Internacional o designados por tratados. Igual facultad tiene para los actos preparatorios".

PROCEDIMIENTO.—Para que actúe el Ministro de Relaciones Exteriores es necesario que el Presidente de la Corte Suprema le pida que envíe el oficio correspondiente, y le transcriba la demanda y la providencia que hubiere recaído en ella.

Enviado el oficio al Agente diplomático, el Ministro de Relaciones Exteriores comunicará al Presidente de la Corte Suprema, haber dirigido dicho oficio; y esta comunicación será la constancia de haberse hecho la citación.

Los términos no deberían correr desde la fecha en que se haya transcrito la providencia que deba ser citada, sino desde la fecha en que se haya entregado el oficio, pues, bien puede suceder que la transcripción se haga un día, el envío otro, y la entrega se realice en otro día.

748.—5) CITACION AL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Art. 84 dispone que toda demanda contra la Nación o el Fisco se citará en la forma legal al Procurador General de la Nación.

¿Cuál es esta forma legal?

La Ley de Patrocinio del Estado dispone:

> "Art. 14.—La representación, defensa y asistencia en juicio del Estado o de sus instituciones será ejercida por el Procurador General de la Nación, ya directamente, o ya mediante

procuración a uno de los abogados de la Procuraduría o a uno de los ministros o agentes fiscales.

El Procurador podrá encargar la representación y defensa de las instituciones y empresas del Estado a los funcionarios o empleados de éstas o de otros ramos del orden administrativo en los lugares en que no existan o estén impedidos los ministros o agentes fiscales.

Art. 18.—La citación y las notificaciones se harán en la oficina de la Procuraduría General de la Nación, en la persona del Procurador".

Según esto, la forma legal de citar y notificar al Procurador General de la Nación es: en persona, en la oficina de la Procuraduría General de la Nación.

749.—6) CITACION POR LA PRENSA

La establece el Art. 87, que vamos a estudiar así:

I. El inciso primero dispone que:

"Cuando se deba citar a personas cuya individualidad o residencia sea imposible determinar, la citación de la demanda se hará expresando esas circunstancias, por tres veces en un periódico del lugar, si lo hubiere. De no haberlo, la citación se hará en uno de los del cantón o provincia cuya cabecera o capital, respectivamente, estuviere más cercana".

Si el juicio es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces, y si en todo juicio debe haber el actor, o sea aquél que propone la demanda, y el demandado, o sea aquél contra quien se la propone, no parece posible que se pueda hablar de un demandado "cuya individualidad sea imposible determinar".

No lo parece, porque el Art. 74 dispone que la demanda ha de contener el nombre del demandado.

No lo parece, porque la individualidad es la calidad particular de una persona o cosa, por la cual se da a conocer o se señala singularmente; y si en la demanda no se determina al demandado, no se lo señala singularmente, la demanda sería incompleta, y no debería aceptársela.

Mas, no es este el supuesto de la ley, sino el de que, habiendo demandado, no es posible, al momento de la demanda, saber con precisión quién es el demandado.

Esto sucede, por ejemplo, cuando se demanda a herederos. Aunque por el testamento, por ejemplo, se sepa quién es el heredero, bien puede suceder que, al momento de la demanda, no se pueda saber con precisión si el instituído heredero lo es, porque bien puede el instituído no aceptar la herencia, o ser indigno de suceder, etc.; o no se puede saber con precisión si sólo el instituído como heredero lo es, o si hay otros herederos, por ser legitimarios, aunque no se les haya instituído herederos en el testamento, etc.

En estos casos, al momento de la demanda resulta imposible determinar la individualidad del demandado.

Lo mismo sucede en el concurso de acreedores o en la quiebra. Supongamos que un comerciante se coloca en estado de insolvencia y que se decreta el concurso de acreedores. Pudiera decirse que, en los libros de comercio ha de constar la designación precisa de los acreedores, y que, en consecuencia, no cabe la posibilidad de demandados "cuya individualidad sea imposible determinar"; pero tengamos en cuenta que entre los acreedores pueden estar los portadores de letras de cambio, las que se traspasan mediante endoso, que no se debe notificar al deudor, el que, por tanto, sabe que aceptó y que debe pagar una letra de cambio, pero no sabe quién sea, al momento, el portador de la misma, el que tenga derecho a cobrarla, el que sea el acreedor de esa letra.

Por esto, el Art. 549 dispone que:

> "Declarada con lugar la formación de concurso de acreedores o quiebra, en su caso, se hará saber al **público** por uno de los periódicos de la localidad o de la capital de la provincia, y a falta de éstos, en uno de los de la capital de la provincia más cercana".

II. No aparece mayor dificultad, al considerar el segundo supuesto de este inciso, o sea, la imposibilidad de determinar la residencia del demandado, porque no la tiene fija, o porque abandonó la que tenía y no se sabe dónde se halle actualmente.

III. En la práctica, se acostumbra probar, por medio de una

información sumaria, generalmente de testigos, la imposibilidad de determinar la residencia del demandado, para que el juez pueda ordenar que la citación se haga por medio de la prensa.

IV. En estos casos, la citación se hace publicando la demanda y la providencia recaída en ella, por tres veces, en un periódico del lugar en el que se sigue el juicio; y, de no haberlo, en el de la cabecera cantonal o provincial más cercana.

V. Esta forma de citación se establece en los siguientes casos: concurso de acreedores (Arts. 549 y 553); fijación de sellos (Art. 645, numeral 7º); apertura de la sucesión (Art. 657); adquisición y goce de aguas (Art. 748); expropiación (Art. 845).

VI. El inciso segundo del Art. 87 dispone que:

> "En la misma forma se citará a los herederos de una persona que, siendo parte en un juicio, no haya tenido procurador que la represente".

Ya vimos que, según el Art. 54, si muere una de las partes, dejando procurador, con éste ha de continuar el juicio, hasta que se presenten los herederos o el curador de la herencia yacente.

Si no ha dejado procurador, debe aplicarse el precepto contenido en este inciso segundo, que se dictó el 28 de noviembre de 1940.

Antes de él, muerta una de las partes que intervenían en un juicio, surgían muchas dificultades: ¿con quién se debía seguir contando?; ¿quién debía indicar las personas con las que debía continuar el juicio?; ¿debían hacerlo los herederos del fallecido o la parte sobreviviente?; ¿debía anularse la causa cuando no se contaba con todos los herederos del fallecido?

La reforma de 1940 subsanó todas estas dificultades, resolvió todos estos problemas.

VII. El inciso tercero dispone que:

> "En los demás casos en que deba citarse a herederos, se hará personalmente o por boleta, si fueren conocidos, y, además, se citará a todos los herederos en la misma forma determinada en los incisos anteriores. Los citados que no comparecieren veinte días después de la publicación, podrán ser considerados o declarados rebeldes".

Del contexto de esta disposición se deduce que es necesario considerar dos casos: primero, si hay herederos que fueren conocidos; y segundo, si no los hay, o sea, si todos fueren desconocidos.

En el primer caso, a los herederos que fueren conocidos se les ha de citar en la forma ordinaria, o sea, en persona o por boletas; y, además, a los que no fueren conocidos, se les ha de citar por la prensa, en tres distintos días.

De no proceder así, la citación será nula.

Veamos el siguiente fallo:

> "Marzo de 1949.—... Al tenor de lo dispuesto en el Art. 87 del Código de Procedimiento Civil, debía constar que los que el demandante llama a juicio bajo la denominación general de herederos, eran personas cuya individualidad o residencia era imposible determinar, pues solamente, previa esta constancia o demostración podría citarse a herederos en general y expresando la circunstancia de esa imposibilidad por tres veces en un periódico del lugar... Aparece que la demanda se ha dirigido contra los herederos en general de..., es decir, se la ha deducido contra personas inciertas, pues aun los legitimarios de los fallecidos pueden tener o no la calidad de herederos, según la situación jurídica que tuvieren al momento de la demanda y frente a la delación de sus causantes que se verificó al instante de su muerte en que se abrieron las respectivas sucesiones hereditarias. Muy lejos de que la prueba de los herederos de..., sean personas cuya individualidad y residencia sea imposible determinar, de la lectura de las fs...., y otras piezas del proceso se desprende que hay muchos herederos cuya individualidad y residencia eran conocidas por tratarse de personas visibles en la sociedad guayaquileña, y que, sin embargo no han sido citadas personalmente con la demanda según lo manda la ley de modo imperativo. Las indicadas piezas procesales dan claras noticias de la existencia de unos veinte herederos más o menos, cuya individualidad es bien determinada y cuya residencia es conocida o pudo fácilmente conocerse... Por lo expuesto, no hay citación legal de la demanda..."

Gaceta Judicial, octava serie, Nº 8, págs. 844 y ss.

Es legal la resolución de la Corte Suprema, de que a los he-

rederos conocidos debió citárceles en persona o por boletas; y a todos los demás, por la prensa.

750.—CONSTANCIA DE ESTA CITACION

El mismo fallo dice:

> "No se ha incorporado al juicio las ediciones del diario "El Telégrafo" en que conste la citación a los herederos, para examinar si en la publicación se han cumplido los requisitos exigidos por el Art. 87 del código citado. La certificación del secretario del juzgado se refiere solamente a que fue publicado en el nombrado diario el auto de la foja 6, mas en dicho auto se contiene sólo la referencia de que el demandante afirma o manifiesta que no puede determinar los herederos ni sus residencias, siendo así que para no citarles a aquéllos personalmente con la demanda precisaba la prueba de que tales herederos eran personas cuya individualidad o residencia eran imposibles de determinar: de lo que se deduce también que el texto de lo publicado al respecto en "El Telégrafo" sólo pueden conocer los jueces por la certificación del secretario y aun ateniéndose a tal certificación, el texto de lo publicado no ha correspondido a los requisitos exigidos por la ley tratándose de citación con la demanda destinada para herederos... Por todo lo expuesto no hay citación legal con la demanda, por no haberse hecho ésta de conformidad con el Art. 87, incisos 1º y 3º... En consecuencia,... se declara la nulidad del procedimiento a partir de la foja 9 en que aparece la primera contestación a la demanda".
>
> Gaceta Judicial, octava serie, Nº 8, págs. 844 y ss.

La ley dispone que debe sentarse constancia de la diligencia de citación. Si no existe esta constancia, no consta haberse realizado la citación.

Si en el presente caso, la citación debe hacerse por la prensa, se ha de hacer constar dicha diligencia, mediante las publicaciones hechas por la prensa, o sea, acompañando los ejemplares del periódico en el que se hubiere publicado la demanda y la providencia recaída en ella.

751.—7) CITACION A UNA COMUNIDAD DE LAS LLAMADAS DE INDIGENAS

El Art. 88 dispone que:

> "Si fuere demandada una comunidad de las llamadas de indígenas, la citación de la demanda se hará personalmente, por lo menos a cinco de los comuneros, a cada uno de los cuales se entregará una copia de la demanda y de la respectiva providencia, de lo cual se dejará constancia en la diligencia de citación.
>
> Además, el actuario encargado de hacerla, leerá la demanda, en un día feriado, en la plaza de la parroquia a que pertenezca la comunidad y en la hora de la mayor concurrencia, todo lo cual se hará constar en la respectiva acta.
>
> Si la comunidad perteneciere a dos o más parroquias, se hará lo dispuesto en el inciso anterior en cada una de ellas".

Víctor Manuel Peñaherrera, al comentar el Art. 113 del Código de Enjuiciamiento Civil, que trataba de esta materia, dice:

> "La tiránica opresión que los blancos ejercían sobre la raza vencida, haciéndola víctima de toda clase de atropellos y extorsiones, sugería a los monarcas españoles algunas medidas de protección y amparo, y entre ellas la de reconocer (digamos restituir) a los indios de cada parcialidad o vecindario, cierta porción de territorio en que pudiesen vivir con relativa independencia y seguridad. Con la propia mira de protección, se les hacía también por los terratenientes asignaciones testamentarias, donaciones, etc., de algunas porciones de territorio... Es de imperiosa y urgente necesidad una ley que, sin perjuicio de atender, con la sagacidad y eficacia que la complejidad del asunto requiere, al antiguo y justísimo desideratum de llegar a la disolución de estas comunidades, sustituyéndolas con la propiedad privada de los mismos comuneros, en virtud de la división material; reglamente de algún modo la vida y funcionamiento de ellas, mientras existan; ora proveyéndoles de un representante legal, que pudiera ser el Procurador Síndico o alguno de los defensores públicos; ora determinando la forma en que los comuneros deban contribuir,

personal o pecuniariamente, a la conservación y defensa de la cosa común, ya en el campo judicial, ya en el privado..." (165)

Y la ley deseada vino y resolvió los problemas anotados, pero de mejor modo que el insinuado por el maestro.

Esta es la Ley de Organización y Régimen de las Comunas, dictada por el Jefe Supremo Ingeniero Federico Páez, el 30 de julio de 1937, que, en la parte relacionada con nuestro estudio, dice:

"Considerando:

Que la Ley de División Territorial de la República no comprende los centros poblados, que con el nombre de caseríos, anejos, barrios, comunidades o parcialidades subsisten dentro de la nacionalidad a la que es necesario incorporarles;

Que a los referidos centros poblados se debe establecerlos y reconocerlos con derechos y obligaciones propios, para su desarrollo y desenvolvimiento sociales;

Que hay que dotarles de la debida representación legal y administrativa a fin de propender a su mejoramiento moral, intelectual y material:

Decreta:

Art. 1.—Todo centro poblado que no tenga la categoría de parroquia, que exista en la actualidad o que se establezca en el futuro, y que es conocido con el nombre de caserío, anejo, barrio, partido, comunidad, parcialidad, o cualquiera otra designación, llevará el nombre de "comuna", a más del nombre propio con el que ha existido o se fundare.

Art. 3.—Las comunas se regirán por esta ley y adquirirán personería jurídica, por el solo hecho de atenerse a ella.

Art. 5.—Para poder constituir una comuna es indispensable que el número de habitantes que radiquen habitualmente en ella, sea no menor de cincuenta.

Art. 6.—Los habitantes de las comunas podrán poseer bienes colectivos, como tierras de labranza y pastoreo, industrias, acequias de agua para fines industriales y de irrigación, herramientas y semovientes, establecimientos educacionales, etc.

(165) "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo III, págs. 267 y ss.

Universidad Central
INSTITUTO de DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Art. 7.—Los bienes que posean o adquieran en común, serán patrimonio de todos sus habitantes; su uso y goce se adecuarán, en cada caso, a la mejor conveniencia de cada uno de ellos, mediante la reglamentación que se dicte libremente para su administración.

Art. 8.—El órgano oficial y representativo de la comuna es el Cabildo, integrado por cinco miembros, que ejercerán las funciones de Presidente, Vicepresidente, Tesorero, Síndico y Secretario.

Art. 14.—Debiendo el Cabildo representar judicial y extrajudicialmente en todos los actos y contratos a la comuna..."

Art. 17.—Son atribuciones del Cabildo:

d) Defender, judicial o extrajudicialmente, la integridad del territorio que pertenezca a la comuna, y velar por la seguridad y conservación de todos los bienes en común".

Como se ve, más atinada que la sugerida por Peñaherrera es la resolución que esta ley da al problema de las comunas, porque les permite adquirir y conservar bienes en común; y, de este modo, desarrollarse, progresar, mientras Peñaherrera quería que las comunas se liquidaran y que se dividiera la propiedad comunal y se volviera particular de cada uno de los comuneros.

Parte complementaria de esta Ley es el "Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas", dictado por el Jefe Supremo, General Alberto Enríquez, el 7 de diciembre de 1937, que, en lo relativo a nuestro estudio, dispone:

"Art. 2.—Las comunidades que hayan adquirido personería jurídica de conformidad con la Ley de Organización y Régimen de las Comunas, se sujetarán, además, al presente Estatuto.

Art. 5.—Las controversias en que fueren parte una o más comunidades, quedan sometidas a la jurisdicción privativa del Ministro de Previsión Social.

Art. 24.—El Presidente del Cabildo será el representante de la comunidad, para intervenir en todas las controversias".

Estas leyes, de claro y marcado sentido social, hirieron los intereses de ciertos propietarios de tierras, de los que litigaban con las comunas, y de algunos profesionales; por lo que fueron

derogadas por el decreto legislativo de 4 de marzo de 1939.

Mas, su mismo carácter social hizo que la revolución de mayo de 1944, que fue traicionada el 30 de marzo de 1946, las pusiera nuevamente en vigencia, por decreto supremo de 1º de agosto de 1944.

Así podemos ver cómo la justicia, el derecho para los pobres, para los humildes, tienen tanta oposición, requieren lucha, esfuerzo y sacrificio para ser reconocidos.

Y el campesino, especialmente el indio, viene clamando por la justicia que le corresponde, desde hace siglos. Su voz, siempre acallada, va haciéndose trueno y vendaval. Tendrá que ser oída; tendrá que ser escuchada, seguramente no por las buenas sino mediante una revolución, que parece acercarse.

Y, volviendo a nuestra materia: El Art. 88 se dictó cuando estuvieron derogadas las predichas leyes. Vueltas a poner en vigencia, con posterioridad a dicho artículo, ¿éste se habrá derogado o estará demás?

Las leyes vueltas a poner en vigencia prevalecen frente a dicho artículo, por ser posteriores; pero tal artículo no está demás, porque es aplicable a las entidades que aún no se hubieran organizado conforme a la ley respectiva.

Para estas entidades, atenta su especial constitución, está bien la forma especial de citación que establece este artículo.

Las llamadas comunidades de indígenas están formadas, en su mayor parte, por analfabetos. Por tanto, para que puedan llegar a saber, a comprender que hay una demanda contra tal comunidad, está bien que se entreguen las boletas respectivas a cinco comuneros, y que se la lea en día feriado, en el lugar más público de la parroquia, que es la plaza principal, y a la hora de mayor concurrencia.

Si, de acuerdo con las leyes ya indicadas, una comuna adquiere personería jurídica, la citación de la demanda a esa comunidad debe hacerse al Presidente del Cabildo de la misma, según las disposiciones ya transcritas.

752.—8) CITACION EN EL JUICIO DE EXPROPIACION

El inciso segundo del Art. 845 dispone que:

"Si el dueño o el poseedor del inmueble a expropiarse, a

falta de aquél, residiere fuera de la República, o se ignorare su paradero, la demanda de expropiación será presentada ante el juez del territorio donde estuviere el inmueble, y la citación de la misma al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre la cosa, se entenderá hecha por la publicación en uno de los diarios de Quito o Guayaquil y en el Registro Oficial".

753.—9) CITACION POR CARTELES

En algunos pasajes de la ley se habla de esta forma de citar. Por ejemplo, en los siguientes artículos:

"645.—En la diligencia de fijación de sellos se mencionará: 7º—La enumeración de los objetos que no se han puesto bajo sello. Terminada esta diligencia, el juez dispondrá que se le entreguen los bienes al respectivo depositario, y mandará publicar la apertura de la sucesión por la imprenta, y, de no haberla, por carteles".

Estimamos que, por la reforma de noviembre de 1940, al Art. 87, de no haber imprenta en el lugar del juicio, la publicación debe hacerse por la prensa de la cabecera cantonal o provincial más cercana, según el caso.

Cartel es el papel que se fija en un paraje público para hacer saber alguna cosa.

"748.—La petición se notificará a los poseedores indicados, y se publicará, durante quince días, por la imprenta y por carteles que, durante el mismo tiempo, se fijarán en tres de los lugares más públicos de la parroquia en donde se trate de ocupar las aguas..."

Art. 1315 del Código Civil:

"Consumidos los bienes de la sucesión, o la parte que de ellos hubiere cabido al heredero beneficiario en el pago de las deudas y cargas, deberá el juez, a petición del heredero beneficiario, citar por edictos a los acreedores hereditarios y tes-

tamentarios que no hayan sido pagados, para que reciban de dicho heredero cuenta exacta, y en lo posible documentada, de cuantas inversiones haya hecho".

Edicto, del latín **edictum**, derivado de **edicere**, mandar, ordenar, significa: letras que se fijan en los parajes públicos de las ciudades y villas, en las cuales se da noticia de alguna cosa, para que sea notoria a todos; es el llamamiento o emplazamiento judicial, hecho por medio de anuncios o carteles; es el cartel en que se fijan las señas de un malhechor, ofreciendo un premio para su entrega; es el anuncio o aviso que se publica fijándolo en los sitios de costumbre o insertándolo en los periódicos oficiales y que se hace por una autoridad, en uso de sus facultades o en cumplimiento de una disposición legal, para dar a conocer la celebración de un acto, o para llamar o citar a ciertas personas.

En consecuencia, para los efectos de nuestro estudio, son sinónimos los términos "cartel" y "edicto"; y así los consideraba el Código de Enjuiciamiento Civil, cuando en el Art. 113, disponía:

> "Si fuere demandada una comunidad de indios, o de otros que se hallen en el caso de éstos, la citación de la demanda se hará por carteles o edictos fijados en los lugares más concurridos".

753. a).—10) CITACION EN EL JUICIO DE DIVORCIO, CUANDO NO ES POSIBLE DETERMINAR LA RESIDENCIA DEL DEMANDADO.

Asimismo, por decreto legislativo de 30 de enero de 1962, publicado en el Registro Oficial Nº 78, de 9 de febrero del mismo año, se dispone que:

> "La citación de la demanda de divorcio se hará en la forma determinada en el Art. 95 del Código de Procedimiento Civil, salvo el caso del Art. 87.
>
> Cuando no sea posible determinar la residencia del cónyuge demandado, la citación se hará expresando esa circunstancia, por tres veces, en un periódico del lugar del juicio así como en uno de los del cantón o provincia cuya cabecera o capital estuviera más cercana al uno o a la otra.
>
> Las publicaciones a que se refiere el inciso anterior se las hará mediando ocho días, por lo menos, entre la una y la otra".

Esta disposición tiene por objeto cortar el abuso que venía haciéndose muy frecuente, de que, alegando falsamente que el actor no había podido determinar la residencia del demandado, demandara ante juez de distinto lugar de la residencia del demandado y obtuviera que la citación se hiciera por la prensa y el juicio continuara y terminara en rebeldía del demandado, quien, en consecuencia, era sorprendido con la sentencia inscrita de su divorcio.

Las medidas determinadas en la ley reformatoria a que venimos refiriéndonos evitarán esas incorrecciones, esos procedimientos dolosos y perjudiciales de esa clase de actores.

754.—11) FORMA EXCLUSIVA

Atendiendo a la naturaleza especial de la cuestión que se controvierte en el juicio de investigación de la paternidad o maternidad ilegítima, el Código Civil dispone:

> "Art. 311.—No valdrán la citación de la demanda ni el juicio y fallo consiguientes, si no se hubiere hecho aquella citación en la persona del demandado".

En consecuencia, la citación no puede ser sino personal, no por boleta, ni por la prensa.

755.—CONSTANCIA DE LA CITACION

El Art. 79 dispone que:

> "En el proceso se extenderá diligencia de los actos indicados en el artículo anterior, que será firmada por el citado o notificado y por el actuario.
>
> Si el citado o notificado no quisiere o no supiere firmar, lo hará por él un testigo. Se expresará, además, la fecha y la hora de la diligencia".

Diligencia es el acto mediante el cual se lleva a cumplimiento una providencia judicial.

En el lenguaje forense, diligencia viene a significar tanto una concreta actuación judicial como el acta en que ésta se consigna.

La diligencia a que se refiere este artículo, se llama también acta de citación o de notificación; y es la constancia de la una o de la otra, que debe aparecer del proceso.

La ley supone sólo los casos de que el citado o notificado no quisiere o no supiere firmar; y debería considerarse también aquel de que no pudiera firmar, por ejemplo, por estar enfermo; y así debe entenderse esta disposición legal.

Entre los poderes puestos al servicio de la jurisdicción, los procesalistas mencionan el poder de documentación, que viene impuesto por la necesidad de acreditar documentalmente los actos jurisdiccionales, dándoles concreción y permanencia y fijando, indeleblemente, el tiempo, modo y forma como se desarrollaron.

Todos los preceptos del Código de Procedimiento, que se refieren a la necesidad de hacer constar por escrito los actos procesales, son manifestaciones de este poder llamado de documentación.

756.—CARACTER DE ESTA DILIGENCIA

La citación es, por la forma, un instrumento público. Lo es tanto la diligencia misma que consta en el proceso, como la boleta que se entrega o fija en la habitación.

El periódico mediante el cual se haga una citación no es un instrumento público. Sin embargo, de él consta el haberse hecho la citación por la prensa, en los casos ordenados por la ley.

El Art. 182 dispone que:

> "Los demás instrumentos públicos comprendidos en el Art. 167, son nulos cuando no se han observado las solemnidades prescritas por la ley, o las ordenanzas y reglamentos respectivos".

Por esto, si la citación no se hace conforme a ley, es nula, como en el caso de dejarse la boleta en distinta habitación de la del citado; o en la habitación del citado si él está ausente del lugar del juicio y debiera citársele por comisión o deprecatorio, etc.

Por tratarse de un acto procesal, son también aplicables a la citación los siguientes artículos del Código Civil:

"1734.—Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

1735.—La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan son nulidades absolutas".

Por tanto, si en el acto mismo de la citación, o en la diligencia respectiva, se omite alguno de los requisitos exigidos por la ley, la citación es nula.

Al respecto, Prieto Castro enseña:

"La nulidad de las notificaciones (en sentido propio) está condicionada por dos factores: la importancia que tienen como **actos fundamentales de impulsión procesal**, y la circunstancia de que en nuestro sistema, sea cualquiera su clase, se realiza por funcionarios (esto es, no privadamente por la parte, salvo la citación de los testigos).

En el primer aspecto, la L.e.c. ha establecido una serie de requisitos formales, de observancia absoluta, pues el cumplimiento de ellos es lo que permite a la ley dar por realizada (aunque pueda ser una ficción) la notificación, no el hecho real del conocimiento del notificado, porque esto entorpecería la marcha de la justicia. En el segundo aspecto, pesa sobre el funcionario una rigurosa responsabilidad, de la que no le exime ni la subsanación de defectos tácitamente por la parte, como se indica después.

a) Por esto dice la L.e.c. que son **nulas** las notificaciones (en sentido amplio) no practicadas con arreglo a lo que dispone (Art. 279, I). Y por lo mismo impone al funcionario la obligación de cumplir las prescripciones formales, de un lado, y evitar la morosidad también, puesto que de ésta se puede derivar la contumacia parcial de la parte o un perjuicio para el interesado. La sanción del funcionario consiste en **multa** disciplinaria pecuniaria y **responsabilidad** por perjuicios y gastos imputables a su falta o negligencia (Art. 280).

b) Los **defectos** de la notificación, dado el fin que se persigue, se subsanan tácitamente y se excluye el derecho de alegar la nulidad, por una conducta del interesado que implique su conformidad con la misma (como comparecer, o realizar el acto, etc.), pero la responsabilidad del funcionario no desaparece (Art. 279, III).

c) La **falta de notificación** (en sentido amplio) puede dar origen al recurso de casación al amparo de los Nos. 1º y 4º del Art. 1693". (166)

757.—MODO DE ALEGAR O RECLAMAR LA NULIDAD

La nulidad de la citación puede alegarse: primero, en el mismo juicio, si la nulidad dice relación a las solemnidades prescritas para la validez de la citación misma; y segundo, en juicio separado, si se trata de la falsedad misma.

758.—DEBER LEGAL DE DESIGNAR LA HABITACION EN QUE SE HA DE CITAR O NOTIFICAR

El Art. 80 dispone que:

"Todo el que fuere parte en un procedimiento judicial, designará la habitación en que ha de ser notificado, la que no podrá distar más de un kilómetro de la correspondiente oficina del despacho.

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

---

(166) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, págs. 367 y 368.

Este artículo comprende tres partes:

1ª—La obligación del actor de designar la habitación de la persona que deba ser citada;
2ª—La obligación de las partes en el juicio de designar la habitación en que han de ser notificadas;
3ª—La sanción para el caso de que no se llenare este último requisito.

Analicemos las dos últimas partes:

2ª—Cierto que, como ya vimos, nadie puede ser juzgado sin ser oído; y que el procedimiento civil es eminentemente público; y que, por consiguiente, se ha de notificar toda providencia judicial; pero, para tener derecho a esto, la ley exige que las partes señalen el lugar, la habitación dice la ley, donde se les ha de notificar, ya que si del proceso no consta esta designación, el actuario ignora, legalmente, dicho lugar, y, a veces, hasta realmente, de hecho, y no puede, por esto, hacer la notificación.

La ley dispone que todo el que sea parte en un juicio ha de designar la habitación en que ha de ser notificado; pero aunque habitación es edificio o parte de él que se destina para habitarse; cualquiera de los aposentos de la casa o morada; como lugar para la notificación puede designarse no sólo una habitación propiamente dicha, sino una oficina, un despacho profesional, etc.

3ª—Si la parte no designa la habitación donde se le ha de notificar, la ley dispone que no se le hará notificación alguna; ya por la imposibilidad de hacerlo, una vez que el actuario no sabe dónde hacerlo, ya como una sanción legal; sanción que es muy grave, ya que priva a esa parte de la ventaja de saber oportunamente, auténticamente, el estado del juicio.

DONDE DEBE ESTAR LA HABITACION DESIGNADA.—El inciso primero del Art. 80 dispone que la habitación designada no podrá distar más de un kilómetro de la correspondiente oficina del despacho; o sea que, tomando como centro esta oficina, la habitación debe estar dentro de un kilómetro a la redonda.

Supongamos que la tenencia política de una parroquia, por ejemplo, estuviera situada a medio kilómetro de la línea divisoria con otra parroquia, ¿la habitación designada podrá estar en el te-

rritorio de esta otra parroquia, siempre que esté dentro del perímetro legal, o sea, dentro del kilómetro? No, porque en territorio ajeno, el juez no puede, generalmente, ejercer jurisdicción. El kilómetro se ha de entender comprendido dentro del territorio en el que el juez respectivo, el de la causa, ejerce jurisdicción.

759.—EXCEPCIONES

1ª) Mientras el Art. 80 dispone que todo el que fuere parte en un procedimiento judicial, designará la habitación en que ha de ser notificado, creemos que respecto del Procurador General de la Nación se ha establecido una excepción, en el Art. 18 de la Ley de Patrocinio del Estado, que dice:

> "La citación de la demanda y la notificación de los recursos y cualquier otro acto de oposición judicial se harán en la oficina de la Procuraduría General de la Nación, en la persona del Jefe de ésta".

Y esta es una disposición imperativa, que se ha de cumplir aunque el Procurador no señale domicilio, que tendría que ser, en todo caso, la oficina de la Procuraduría.

Porque no hay una disposición especial así, como la que acabamos de transcribir, respecto del Ministro Fiscal, la Corte Suprema ha resuelto que:

> "Lo preceptuado por los Arts. 107 y 108 del Código de Enjuiciamiento Civil (80 y 81 del Código de Procedimiento Civil), comprende a todo el que figure como parte en un juicio, sin excepción alguna, pues lo contrario establecería, para determinadas personas, una manera peculiar de citación, que no se conforma con las prescripciones generales a este respecto. Por consiguiente, el Ministro Fiscal, como el Defensor de Matrimonios, que son parte en las causas matrimoniales, deben designar, para los efectos legales correspondientes, la habitación en que deben ser notificados".

Gaceta Judicial, cuarta serie, Nº 115.

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Actualmente, no existe el Defensor de Matrimonios. El Ministerio Público interviene como parte en las causas sobre validez o nulidad de matrimonio.

El Art. 3 de la Ley de Patrocinio del Estado dispone:

> "Los agentes y ministros fiscales, en las causas matrimoniales, ejercerán el patrocinio de éstas, en representación del Ministerio Público del Estado... Quedan suprimidos los defensores de matrimonios, obras pías, herencias yacentes y derechos eventuales del que está por nacer".

Desde luego, no repugna que, por tratarse del representante del Estado, de la Nación, del Fisco y de ciertas otras personas jurídicas de derecho público, y, precisamente, por la especial naturaleza de los derechos e intereses que representa, al Procurador General de la Nación no se le obligue a señalar habitación para que se le hagan las notificaciones.

2ª) El Art. 42 del Código de Menores dispone que:

> "Son atribuciones del Tribunal de Menores:
> f) Intervenir, por medio de su Presidente, en los asuntos judiciales que interesen a menores, asuntos que no podrán tramitarse sin dictamen del Tribunal, al que los jueces ordinarios mandarán oir".

En consecuencia, sin que haya designado habitación, en todos los casos en que deba intervenir el Tribunal de Menores, se ha de buscar a su Presidente, se le ha de exigir su dictamen, bajo pena de no poder tramitarse tales asuntos.

760.—QUIEN DEBE HACER LA CITACION O NOTIFICACION

La ley dice que es el actuario quien debe hacerlas.

Actuario es el encargado de levantar las actas o de dar fe en ciertos asuntos. Especialmente aplícase hoy, dicen los tratadistas españoles, este nombre a los escribanos de actuaciones en los juzgados de primera instancia.

Para efectos de nuestro estudio, el actuario es el empleado judicial encargado de hacer la citación o la notificación.

Para determinarlo, revisemos la Ley Orgánica de la Función Judicial:

Secretarios relatores:

> "Art. 132.—En la Corte Suprema habrá tres secretarios relatores, uno por cada sala. El de la Primera Sala lo será del Presidente y del Tribunal.
>
> En las cortes superiores de Quito y Cuenca habrá dos secretarios relatores, y tres en la de Guayaquil, uno para cada sala. El que fuere nombrado para la Primera, lo será también del Tribunal y del Presidente de éste.
>
> En las demás cortes superiores habrá un secretario relator el que lo será también del Presidente.
>
> Art. 134.—Son deberes de los secretarios relatores:
>
> 8º—Hacer por sí las notificaciones de los autos y sentencias, y autorizar los actos del tribunal.
>
> Las notificaciones de los decretos pueden hacerse indistintamente por los secretarios o por los oficiales mayores.
>
> 10º—Hacer relación de los procesos, estudiándolos con anticipación".

Por esto último se les llama secretarios relatores.

Relatar es hacer relación de un proceso o pleito; y

Relación de autos es el informe que hace la persona designada por la ley a un tribunal o juez de lo más substancial de un proceso: demanda, contestación, providencia apelada, proposición del recurso, decreto de concesión, etc.

Oficial Mayor.—El Art. 143 de la Ley Orgánica de la Función Judicial dispone que:

> "En la Corte Suprema habrá un oficial mayor y un director de la Gaceta Judicial, que serán abogados...
>
> En cada una de las cortes superiores habrá un oficial mayor..."

Secretarios de los jueces provinciales y cantonales

> "Art. 164.—Los secretarios de los jueces provinciales y de los cantonales autorizarán los actos jurisdiccionales de estos

jueces, e intervendrán en todas las diligencias concernientes a la sustanciación de los juicios.

Art. 168.—...La citación y la notificación que no fueren de la demanda y de la sentencia, respectivamente, podrán hacerse, indistintamente, en los juzgados provinciales por los secretarios o por los oficiales mayores, quienes también reemplazarán, con plenitud de atribuciones, a los secretarios, en los casos de vacancia del cargo, o de falta o impedimento legal de éstos..."

Según este artículo, en los juzgados cantonales, en los que no hay oficial mayor, la citación y las notificaciones tiene que hacerlas sólo el Secretario del juzgado.

Tenientes Políticos.—El Art. 446 del Código de Procedimiento Civil dispone que las demandas, en los juicios cuya cuantía no pase de doscientos sucres, se presentarán al teniente político respectivo, quien citará al demandado para que conteste dentro del segundo día.

Y, respecto del juicio ejecutivo, el Art. 519 dispone que: si el juicio versare sobre una obligación que no exceda de doscientos sucres, se observará lo prescrito en el Art. 446.

La Ley Orgánica de la Función Judicial, en el Art. 122, dispone que corresponde a los tenientes políticos, en sus respectivas parroquias: 2º, suplir a los secretarios de los juzgados superiores, en las citaciones, notificaciones y más diligencias que dichos juzgados les encomendaren.

De todo esto se deduce que, en los juicios de ínfima cuantía, el actuario es el mismo teniente político.

Comisarías del Trabajo y de Inquilinato.—En estos juzgados, los actuarios son los secretarios respectivos.

761.—COMO DESIGNAR LA HABITACION

El Art. 81 dispone que:

"La designación prescrita en el inciso primero del artículo anterior, podrá hacerse en el acto de la citación personal o por escrito separado; y al efecto, el actuario advertirá este deber

a la parte en el momento de citarle, y hará constar la respuesta en la misma diligencia. Una vez designada la habitación, las notificaciones se harán en ella; o personalmente a la parte, dentro o fuera de la oficina, conforme a las reglas generales".

Según esto, al momento de citar, el actuario debe advertir al citado la obligación que tiene de señalar domicilio para las notificaciones.

En ese momento, si la citación es en persona, el citado puede hacer la designación; y el actuario debe hacer constar en el acta de citación, la respuesta que, al respecto, hubiere dado el citado.

Si la citación no es en persona, o si siéndolo, el citado no hiciere la designación en el acto de la citación, puede hacerlo posteriormente, por escrito separado.

762.—NUEVA DESIGNACION DE DOMICILIO, SI LA CAUSA SE REMITE A OTRO LUGAR

El Art. 85 dispone que:

"Si por apelación u otro motivo se remitiere la causa a distinto lugar, harán las partes, ante el juez **a quo** o ante el superior, la indicación prescrita en el Art. 80, bajo el mismo apercibimiento".

La apelación es, según el Art. 345, la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior.

"Otro motivo", a más de la apelación, puede ser, el recurso de tercera instancia, el de hecho, la consulta, la subrogación del juez, en el caso del Art. 8, inciso primero, etc.

Juez **a quo** es aquél de cuya providencia se apela.

Al superior se le llama juez **ad quem**, o sea, para ante quien se apela.

Ad quem, locución latina: "para o ante el cual". Dícese del juez o tribunal para ante el cual se interpone recurso de la resolución dictada por juez distinto e inferior **(a quo)**.

El apercibimiento es la advertencia, la prevención que se

hace de que si no se señala domicilio dentro del perímetro legal, no se hará notificación alguna.

Apercibir es hacer saber a la persona citada, emplazada o requerida, las consecuencias que se seguirán de determinados actos u omisiones suyas.

Este artículo se relaciona con el 362, que dispone que:

> "Los secretarios relatores, luego que se les entregue el proceso, anotarán en él la fecha en que lo han recibido, darán cuenta de ello al Ministro de Sustanciación, y lo harán saber a las partes, si hubieren señalado domicilio de acuerdo con el Art. 85".

Si las partes no hubieren señalado domicilio, se pondrá razón de esta circunstancia en el proceso.

763.—DESDE CUANDO CORREN LOS TERMINOS SI NO DEBE NOTIFICARSE

El Art. 86 dispone que:

> "Siempre que, en conformidad con los artículos 80 y 85, no deba notificarse a las partes o a una de ellas, los términos correrán como si la notificación omitida se hubiere hecho en la fecha y hora del proveimiento o de la última notificación, en el respectivo caso.
>
> No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el derecho a ser notificado convalecerá desde el momento en que la parte o partes hicieren la designación de que habla el Art. 80; y desde entonces el actuario seguirá contando con ellas, en todas las diligencias ulteriores del juicio".

Este artículo tiene dos supuestos: 1) que no deba notificarse a ninguna de las partes; y 2) que no deba notificarse a alguna de ellas.

En el primer caso, los términos corren desde la fecha del proveimiento. La ley dice que desde la fecha **y hora**, pero ésta no influye en la cuenta de los términos.

En el segundo caso, los términos corren desde la última notificación, conforme a la regla consignada en el Art. 327, que dice:

"Todos los términos se cuentan desde el día en que se hizo la última citación o notificación".

Se llama término, dice el Art. 325, el período de tiempo que concede la ley o el juez, para la práctica de cualquiera diligencia o acto judicial.

El **proveimiento** es la acción de proveer; y proveer es dictar un juez o tribunal una resolución que a veces es la sentencia definitiva.

Dicen relación a este artículo, los siguientes:

"307.—Las sentencias, autos y decretos contendrán la fecha y hora en que fueren expedidos y la firma de los jueces que los pronunciaron.

308.—A continuación de todo decreto, auto o sentencia, el secretario expresará el nombre y apellido de los jueces que los dictaron, y, con letras, la fecha y hora en que fueron pronunciados".

En la práctica, en las boletas de citación o notificación, después de transcribir la providencia respectiva, se pone una especie de nota, que dice: "sigue el proveído", para indicar que sigue la razón a que se refiere el Art. 308.

En este caso se confunde "proveído" con "autorización".

Proveído es la resolución judicial interlocutoria o de trámite, dice el diccionario de la Academia.

Escriche también dice que proveído es el auto dado por el juez.

El inciso segundo del Art. 86 es una ratificación del principio de publicidad del proceso; y de que nadie puede ser penado sin juicio previo, ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del juicio. En razón de ellos, en cualquier momento en que se señale domicilio para las notificaciones, convalece el derecho de las partes a ser notificadas, a que se siga contando con ellas en lo posterior.

764.—CITACION AL AUSENTE

El Art. 89 dispone que:

> "Si la parte estuviere ausente y aún no hubiere comparecido en juicio, se le citará por comisión al juez cantonal o teniente político; o por deprecatorio, si se hallare fuera del cantón, de la parroquia, de la provincia o de la República, en su caso".

En primer lugar, es necesario determinar que la ausencia debe ser del lugar del juicio, de la población en la que el juez tiene su despacho.

Luego, veamos que este artículo tiene dos partes, dos supuestos:

La primera, que considera el caso de que el demandado no esté en el lugar en que funciona el juzgado, pero sí está dentro del territorio en el que el juez de la causa ejerce jurisdicción. En este caso, la citación se hace por comisión al juez cantonal o al teniente político.

Ejemplo: la demanda se ha propuesto en el Juzgado Primero Provincial de Pichincha, y el demandado está en Cayambe; la citación se hará por comisión al Juez Cantonal de Cayambe; o, el demandado está en una parroquia rural del cantón Quito; la citación se hará por comisión al Teniente Político de esa parroquia.

La demanda se ha propuesto ante el Juez Primero Cantonal de Quito y el demandado está en una parroquia rural de este mismo cantón; la citación se hará por comisión al Teniente Político de esta parroquia.

La segunda considera el caso de que, propuesta una demanda ante un juez provincial, o cantonal, o ante un teniente político, el demandado esté en otra provincia, en otro cantón o en otra parroquia, respectivamente. En este caso, el juez de la causa ha de deprecar al juez del lugar donde esté el demandado, para que ordene que su secretario haga la citación.

Pero todavía puede surgir otro caso: Se propone una demanda ante el Juez Primero Provincial del Guayas, y el demandado reside en Machachi, o, generalizando, en la cabecera de uno de los cantones de la provincia de Pichincha, o en una parroquia rural de alguno de estos cantones. Para la citación, el Juez Pro-

Prieto Castro enseña:

"Las salas de justicia funcionan en todo tiempo, pero con mayor intensidad durante el año judicial, que comprende desde el 16 de septiembre hasta el 14 de julio del año siguiente. Los dos meses restantes se llaman de **vacación** para los magistrados y secretarios del Tribunal Supremo y de las Audiencias.

Las vacaciones judiciales son una institución antiquísima, introducida en tiempos y países de economía principalmente agraria, para beneficio de las partes y de los ciudadanos (que debieran ser testigos, etc.), que con las vacaciones quedan libres de preocupaciones, molestias y desplazamientos por pleitos o declaraciones, para dedicarse enteramente a las labores del campo; eran, pues, vacaciones para la cosecha y la vendimia (ya que no había sólo las estrictamente veraniegas), y se consideraban como **feriae humanae necesariae**, exclusivamente en beneficio de las partes y de los ciudadanos, no de los jueces. La Revolución Francesa **"aprés avoir déclaré l'urgence"** (nada menos) de un proyecto de ley sobre vacaciones judiciales, les cambia totalmente el sentido, justificándolas por la consideración de que los jueces, después de haber consagrado diez meses del año a funciones de gran fatiga intelectual, tenían necesidad de reposo, a fin de reponerse y dedicar algún tiempo al cuidado de sus asuntos propios.

Las vacaciones sólo se observan en los tribunales colegiados y no tienen el alcance de una total cesación de las actividades judiciales. Al contrario, durante los dos meses que duran se constituye una **sala de vacaciones**, con número reducido de magistrados, turnándose entre todos y con posibilidad de permutas. La sala de vacaciones reasume las atribuciones del tribunal pleno, de la sala de gobierno y de las de justicia, para entender en los **negocios urgentes**. Se considera que tienen este carácter: la sustanciación de los pleitos hasta el estado de vista, y éstas, en el de celebrarse el juicio público; el despacho de asuntos gubernativos o de jurisdicción voluntaria que, por tener plazo legal preciso, por circunstancias especiales o susceptibles de perjudicar gravemente la demora, requieren ser despachados antes de terminarse las vacaciones; las vistas y sentencias en materia interdictal, de juicios ejecutivos, denegaciones de la justicia o de prueba y cualquier otro negocio

que la sala conceptúe de urgencia; las vistas sobre exacción de responsabilidad civil a jueces y magistrados, y la decisión de conflictos de competencia e incidentes de recusación". (169)

Como se ve, la tradición se ha mantenido casi intacta.

La institución del descanso semanal ha tenido un origen religioso: en el Génesis leemos lo siguiente:

"Y fueron acabados los cielos y la tierra, y todo su ornamento.

Y acabó Dios en el día séptimo su obra que hizo, y reposó el día séptimo de toda su obra que había hecho.

Y bendijo Dios al día séptimo, y santificólo, porque en él reposó de toda su obra que había Dios creado y hecho".

(Capítulo 2, versículos 1, 2 y 3).

El descanso semanal se ha establecido por motivos de carácter fisiológico, pues el cuerpo humano se agota, se debilita con el trabajo, y necesita un descanso periódico para reponer el desgaste que acompaña a todo trabajo.

Se ha establecido también para que durante él, el trabajador pueda atender, mejorar o intensificar su cultura; y para que pueda dedicarse a su hogar, a su familia, que durante el trabajo están abandonados.

768.—DIVISION DE LOS DIAS FERIADOS

Atendiendo a su origen, se los ha denominado: **sagrados** y **profanos.** Los primeros están consagrados al culto religioso, y son: el 2 de noviembre y el Viernes Santo; los segundos han sido establecidos por razones políticas o cívicas, y son los aniversarios de la emancipación, como el 10 de agosto, el 9 de octubre, el 3 de noviembre, el 24 de mayo, etc.

Los de fiesta cívica pueden ser **generales** o **locales**, según que sean para todo el país o sólo para una sección determinada.

Son también: **ordinarios**, los previamente determinados; y

(169) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, págs. 120 y ss.

extraordinarios, los que se establecen al ocurrir algún suceso importante, como la inauguración de una gran obra, etc.

Como lo recuerda Caravantes, entre los romanos habían también los llamados días feriados **rústicos**, o sea los establecidos en las épocas de recolección de los frutos del campo, como la siega y la vendimia.

769.—APLICACIONES

1) Por regla, la notificación puede hacerse sólo en tiempo hábil, o sea, en un día que no sea feriado ni de vacante, y de 8 de la mañana a 6 de la tarde;
2) Por excepción, la notificación puede hacerse en tiempo inhábil, si se lo habilita previamente, de oficio o a petición de parte, y con justa causa, salvo que, por disposición especial, se ordene lo contrario;
3) La citación puede hacerse en cualquier día y hora; o sea que, para la citación no hay tiempo inhábil, salvo algún caso expresamente determinado.
4) Los jueces pueden expedir sus providencias en cualquier tiempo, es decir, en cualquier día y hora.

770.—HABILITACION

Fuera de los días y horas hábiles, dice el Art. 219 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, no se podrá practicar ninguna diligencia, sino habilitándolos previamente.

Habilitar es hacer a una persona o cosa hábil, apta o capaz para aquello que antes no lo era; subsanar en las cosas, deficiencias de aptitud o de permisión legal.

La habilitación se puede pedir y decretar dentro del tiempo inhábil.

La habilitación puede hacerse sólo por justa causa, y a petición de parte, que es lo común, o de oficio.

771.—NOMBRAMIENTO DE PROCURADOR DESPUES DE LA CITACION

El Art. 91 dispone:

"Si las partes, después de la citación de la demanda, consti-

tuyen procurador, se entenderán con éste las demás notificaciones y trámites del juicio".

Quizá ni había necesidad de este artículo, si se tiene en cuenta la naturaleza del mandato, que consiste en confiar la gestión de uno o más negocios a otra persona, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera; y que el Art. 60 dispone que, si hubiere procurador en el pleito, con él se entenderán todas las diligencias del juicio, y no con el poderdante; y aunque éste comparezca por sí mismo, no caducará el poder, si no se lo revoca expresamente.

Sin embargo, hay que recordar también el contenido del Art. 42.

772.—CUESTIONES ADMISIBLES EN LA CITACION O EN LA NOTIFICACION

El Art. 92 dispone que:

> "En las citaciones y notificaciones no se admitirán á las partes alegatos ni excepciones; y sólo podrán tener lugar en ellas el allanamiento o contradicción a la excusa de un juez, la interposición de los recursos de segunda o tercera instancia, o de hecho u otras diligencias de igual naturaleza.
>
> El funcionario que quebrantare esta disposición, será castigado con multa de cuatro a diez sucres".

Proceso significa también la acción de ir hacia adelante; concepto que puede aplicarse también a lo judicial. Pero, para avanzar, ha de haber un orden, una disciplina preestablecidos, y que es necesario respetar, para evitar la aglomeración, el amontonamiento, la confusión, que impidan el avance.

La ley ha establecido como norma de trámite, la oportunidad; y un tiempo determinado para cada diligencia o acto judicial.

El artículo transcrito no es sino la aplicación de estos principios.

Si la parte tiene alegatos que hacer o excepciones que proponer, lo hará oportunamente, dentro del término que la ley señala para el objeto; pero no puede, no debe hacerlos presente cuando sólo se le está haciendo saber el contenido de la demanda, de un pedimento, y de la providencia recaída en ellos.

El allanamiento o la contradicción a la excusa de un juez, la interposición de recurso, no son alegatos, no constituyen excepciones que obstan la marcha del juicio; y por ello se las admite, en este caso, al momento de la citación o notificación.

Diligencia de igual naturaleza que las ya indicadas sería, por ejemplo, la designación de domicilio para las notificaciones posteriores, o la interposición del recurso de nulidad.

773.—QUE Y A QUIEN SE DEBE NOTIFICAR

El Art. 93 dispone que:

> "Se notificarán todos los decretos, autos y sentencias; pero los traslados, sólo a quien deba contestarlos; así como los decretos que contengan órdenes, a quienes deban cumplirlos".

Se debe notificar todas las providencias judiciales, que no son sino: sentencia, auto y decreto, y que están definidas en los Arts. 289 a 292.

Si traslado es la comunicación que se da a alguna de las partes que litigan, de las pretensiones o alegatos de otra u otras, sólo a aquélla se ha de notificar.

Claro ejemplo de traslado tenemos en el Art. 418, inciso segundo, que dispone que, una vez que el juez estime que la demanda es clara y completa, **dará traslado**, con apercibimiento en rebeldía, simultáneamente a todos los demandados.

El Art. 66, inciso segundo, del Código Federal de Procedimientos Civiles de México, dice:

> "La frase "dar vista" o "correr traslado" sólo significa que los autos quedan en la secretaría, para que se impongan de ellos los interesados, o que se entreguen las copias".

774.—SI NO SE NOTIFICA AL REBELDE LA DECLARACION DE REBELDIA, ES NULO EL JUICIO VERBAL SUMARIO, SI LA OMISION PUDO INFLUIR EN LA DECISION DE LA CAUSA

"Diciembre de 1942. — El Art. 903 del Código de Procedimiento Civil ordena que se ha de proceder en rebeldía del ac-

tor o demandado que no concurra a la audiencia de conciliación; pero solamente la declaración de rebeldía según el Art. 104, deberá ponerse en conocimiento del rebelde. La notificación de la declaración de rebeldía, no estando incluída en las solemnidades sustanciales del Art. 372, solamente concierne al trámite, cuya violación, según el Art. 1132, anula el proceso, siempre que hubiese influído o pudiera influir en la decisión de la causa. Y es evidente que dicha falta ha podido influir en tal decisión en la causa que por arrendamiento de un local dedujo S. contra R., pues pudo este último, sabiendo que ha sido declarado rebelde, tomar la causa en cualquier estado, y producir pruebas contrarias".

Gaceta Judicial, Serie VI, Nº 10, pág. 100.

En efecto, el Art. 1135 dispone que la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso, siempre que dicha violación hubiese influído o pudiera influir en la decisión de la causa; y en el caso materia de este fallo, la falta de notificación de rebeldía al demandado pudo impedir que éste interviniera dentro del término de prueba, y esto pudo influir en la decisión de la causa.

775.—TERMINO PARA LAS CITACIONES Y NOTIFICACIONES

El Art. 94 dispone que:

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

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

Conviene a la celeridad del procedimiento, a la buena marcha del proceso, que cada diligencia o acto procesal se realice

dentro de cierto período de tiempo establecido por la ley.

Este artículo dispone que las citaciones y notificaciones se han de hacer, a más tardar, dentro de veinticuatro horas, **contadas desde aquella en que se firmare la providencia.**

Se trata, pues, de un término de horas, al que no es, en consecuencia, aplicable el Art. 326, que dispone que los términos se han de contar conforme a lo que dispone el Código Civil. Cuando la ley o el juez conceda veinticuatro horas, el término correrá hasta la media noche del día siguiente al de la citación o notificación.

776.—FORMA DE LA NOTIFICACION

El Art. 95 dispone que:

> "En todo juicio, la citación de la demanda se hará en la persona del demandado o de su procurador; mas, si no pudiere ser personal, según el Art. 82, se hará por tres boletas, en tres distintos días, salvo siempre los casos de los Arts. 87 y 88.
>
> Las notificaciones se harán por una boleta, aun cuando constare que la parte se ha ausentado".

Mientras la citación puede hacerse en persona o por tres boletas, la notificación se ha de hacer en persona o por una sola boleta.

777.—CITACION DE SANEAMIENTO O LITISDENUNCIACION POR OBLIGACION DE INDEMNIZAR

El Art. 96 dispone que:

> "La citación de que trata el Art. 1900 del Código Civil, no puede pedirse sino dentro del término de contestar a la demanda; y pedida, se citará la demanda al vendedor, para que, dentro del término legal, pueda oponer excepciones. Esta citación se hará con arreglo al inciso primero del artículo que antecede.
>
> Por el hecho de pedirse la citación de que habla este ar-

tículo, no correrá para el demandado el término para contestar a la demanda, pero será libre de hacerlo durante el que tiene el vendedor. Este podrá pedir, a su vez, que se cite a su vendedor, para que salga a la defensa, con los mismos efectos aquí establecidos para el demandado. El vendedor citado en segundo lugar no podrá pedir citación para saneamiento, sin perjuicio de su derecho a la indemnización a que hubiere lugar. El término para pedir que se cite al vendedor, será de ocho días".

Este es el caso que los tratadistas llaman **litis denuntiatio,** respecto de la cual, Alcalá Zamora dice:

"La institución de la **"litis denuntiatio"** no sólo no se halla regulada debidamente en la Ley de enjuiciamiento civil, sino que incluso nos faltan en ella puntos de referencia para centrar su examen. Los preceptos legales que más directa relación guardan con el tema son los Arts. 1084 (emplazamiento de los coherederos a instancia del que haya sido demandado para el pago de deudas hereditarias) y el 1481 del Código Civil (saneamiento por causa de evicción) y 1490 de la Ley de Enjuiciamiento (llamada a los segundos o posteriores acreedores hipotecarios para que intervengan en el procedimiento de apremio; con finalidad análoga, las reglas 5ª y 6ª del Art. 131 de la Ley Hipotecaria). Es, en cambio, discutible, dada la redacción de los Arts. 1559-60 del Código Civil, que en ellos tenga cabida la **"nominatio auctoris"** a favor del arrendador. Véanse también los Arts. 1834 del Código Civil y 345 del Código de Comercio". (170)

Goldschmidt, Prieto Castro y Guasp tratan de esta materia, bajo el epígrafe de "intervención de terceros en el litigio" y de "pluralidad de partes y de participantes en el proceso", respectivamente.

El primero se refiere, primero a la intervención principal; segundo, a la intervención adhesiva; y tercero, a la litisdenunciación **"litis denuntiatio",** y la define como "el aviso dado por una

(170) James Goldschmidt, "Derecho Procesal Civil", pág. 454.

parte a un tercero de la pendencia de un proceso, dejando al arbitrio del mismo el acudir en auxilio del denunciante en calidad de interviniente adhesivo (§ 72-74; caso a), el entrar en la causa como interviniente principal (§ 75; caso b), o el aceptar el proceso en calidad de demandado".

Divide a esta institución en: 1) litisdenunciación con posibilidad de intervención adhesiva (litisdenunciación en sentido estricto); 2) litisdenunciación con posibilidad de intervención principal (litigio entre pretendientes de un derecho); y 3) litisdenunciación con posibilidad de seguir el proceso como demandado (**nominatio o laudatio auctoris**). (171)

Prieto Castro divide el capítulo "de la pluralidad de partes y de participantes en el proceso", en el "litisconsorcio" y en las "intervenciones"; y, respecto de éstas, analiza: 1) la intervención principal; 2) la intervención adhesiva; y 3) la intervención forzosa de terceros.

Acerca de ésta, dice:

> "En ocasiones la entrada de un tercero en el proceso pendiente no es voluntaria, sino promovida por una de las partes del mismo, al objeto de facilitar a dicho tercero la ocasión de cooperar a que la cosa juzgada no se forme en perjuicio suyo o de la parte que le llama, lo cual se produciría en virtud de estar ligados por un nexo jurídico extraprocesal.
>
> La forma de provocar la intervención del tercero en el proceso es poner en su conocimiento el estado de dependencia del litigio, y de aquí su nombre de **litisdenunciación** (**litis denuntiatio**), y son posibles varios casos.
>
> A) **Litisdenunciación por obligaciones de garantía o de indemnidad.**—Procede cuando la parte que denuncia tiene una acción de garantía contra el llamado, por ejemplo, el comprador frente al vendedor, en caso de discutirse la propiedad de la cosa comprada, o el arrendatario en iguales circunstancias (Cód. Civ., 1475-85; v. también 638, 1206, 1529, 1540, 1553, 1559 y 1681). Esta litisdenunciación recibe el nombre de **llamada formal.** O cuando le corresponde una acción de indemnidad o

(171) "Derecho Procesal Civil", págs. 445 y ss.

excusión, por ejemplo, el fiador demandado por el acreedor, llama al deudor principal (Cód. Civ., 1830 ss.); es la **llamada simple.**

No contienen tampoco nuestras leyes reglas generales sobre esta forma de intervención; sólo se regula el caso de garantía en la compraventa, aplicable análogamente al del arrendamiento y semejantes, por ser el más corriente.

a) La **llamada** al garante se efectúa (Art. 1482 Cód. Civ.) a instancia del demandado, formulada dentro del plazo que la L.e.c. señala para la contestación a la demanda, mediante entrega de copia de la misma, en el tiempo más breve posible. El plazo para contestar a la demanda el demandado se suspende mientras dure el concedido al vendedor o vendedores para su propia contestación (Art. 529 L.e.c.).

b) El citado puede intervenir en el proceso o abstenerse de ello, en virtud de que la llamada persigue únicamente proporcionarle la oportunidad de defenderse, pero aunque deje de actuar tiene que aceptar la sentencia igual que un interviniente adhesivo...

c) No quedando al arbitrio del denunciante el momento procesal en que debe hacer la llamada al que haya de intervenir, puesto que el Código civil prescribe como momento para ello (Art. 1481, I), según se ha visto, el plazo que la L.e.c. señala para la contestación, queda excluída la posibilidad de llamada en momento procesal en que hayan pasado las oportunidades de realizar actos procesales de defensa; y, por tanto, que el citado pueda alegar, al exigírsele el saneamiento, la excepción de que el denunciante ha llevado mal el pleito hasta entonces, como es factible en otras legislaciones, donde es admitido que la citación se efectúe en cualquier momento procesal. Por ello, lo único que cabe es su liberación pura y simple de la obligación de garantía si no se hubiese hecho la citación en el momento prescrito por el Código (Art. 1480 Cód. Civ.).

d) En nuestro derecho no se puede acumular la acción de saneamiento (garantía) a la de evicción, sino que primeramente ha de resolverse acerca de ésta, y en el segundo pleito el comprador deberá presentar la sentencia adversa recaída en el primero (Art. 1480 Cód. Civ.).

B) El segundo caso de llamada de terceros se presenta

cuando una persona que posee una cosa ajena (poseedor inmediato) como depositario, arrendatario, etc., es demandado como tal poseedor por otro que alega la propiedad o un derecho sobre la cosa. En este supuesto, lo normal es que el demandado ponga en conocimiento del poseedor mediato la incoación del proceso, para que éste, a quien interesa la defensa de la propiedad, lo asuma como parte y él sea liberado de la continuación del proceso **(extromissio)**. A esta figura se la conoce con el nombre de **laudatio auctoris.**

En nuestro derecho es desconocida esta institución, pero caben, de lege **ferenda**, varias soluciones...

C) Por último, la doctrina se ocupa de un nuevo caso de intervención de tercero por denuncia del litigio, tampoco conocido en la legislación española, y que únicamente un derecho positivo, el alemán, se ha ocupado de él. Es la hipótesis de que, estando pendiente un pleito acerca de un crédito, hay un tercero que afirma ser él el acreedor. Entonces el demandado denuncia la existencia del litigio al tercero para que intervenga en la causa si le interesa, al tiempo que deposita el importe de la deuda para que sea entregado al que venza. Al proceso nuevo que de esta manera se origina se llama **litigio entre pretendientes**, cuyo efecto es desligar al demandado de la causa **(extromissio)** para que ésta siga con esos dos pretendientes.

No es claro el carácter de esta figura, pero, desde luego, tiene grandes semejanzas con la intervención principal. Adviértase que la construcción está hecha a base de que el demandado se halle dispuesto a pagar a uno de los dos pretendientes; pero debe pensarse en la hipótesis de que así no suceda, pudiendo considerarse la misma, ahora **a fortiori**, como tal caso de intervención principal, en el que el demandado no sería excluído del proceso". (172)

En nuestro derecho, el Código Civil contiene los siguientes preceptos:

"Art. 1900.—El comprador a quien se demanda la cosa

(172) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, págs. 215 y ss.

vendida, por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla.

Esta citación se hará en la forma y en el término señalados por el Código de Procedimiento Civil.

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

Art. 1901.—Si el vendedor comparece, se seguirá contra él solo la demanda; pero el comprador podrá siempre intervenir en el juicio, para la conservación de sus derechos.

Art. 1902.—Si el vendedor no opone medio alguno de defensa, y se allana al saneamiento, el comprador podrá sostener por sí mismo la defensa; y si es vencido, no tendrá derecho para exigir del vendedor el reembolso de las costas que hubiere hecho defendiéndose, ni de los frutos percibidos durante dicha defensa y satisfechos al dueño".

Según lo expuesto, el caso a que nos estamos refiriendo, es de litis-denunciación por obligaciones de indemnidad; es el caso de llamada formal.

Luis Loreto, Profesor de la Universidad Central de Venezuela, enseña:

"2.—La especie más importante y caracterizada de tercería o intervención forzada en el derecho venezolano, está constituída por el instituto procesal de la cita de saneamiento y de garantía...

La cita de saneamiento y de garantía como institución específicamente procesal y, por tanto, instrumental, se propone conseguir el resultado práctico de que dentro del ámbito de un proceso pendiente (llamado por la doctrina principal o de molestia), pueda realizarse también el derecho que afirma una parte del mismo o ambas a ser saneadas o garantidas por un sujeto extraño y distinto de los que integran la relación procesal. Frente al derecho al saneamiento o a la garantía afirmado por el pretensor, se halla la obligación del tercero a realizar la prestación que corresponda al contenido de ese dere-

cho, hallándose condicionado en su realización por la existencia y los resultados del proceso pendiente en cuanto se acojan o rechacen las pretensiones de uno u otro litigante en el proceso principal. El resultado definitivo de éste vendrá, pues, a determinar y fijar el deber concreto que tiene o no, el tercero de indemnizar al vencido el perjuicio económico que se deriva de la pérdida de la causa. Ese derecho y la obligación correlativa, tienen su raíz en una relación jurídica material preexistente entre el pretensor y el tercero, esto es una relación de garantía. Conviene al garantido y a la causa pública de la justicia que en un mismo proceso se debata y decida esa relación, introduciendo en el juicio principal una nueva causa de la cual serán partes el garantido y el garante. En tal supuesto, viene a insertarse en el seno mismo del juicio principal una nueva relación procesal llamada juicio subordinado o de garantía y también, impropiamente, accesorio, a fin de que se tramiten en un **simultaneus processus** y decidan en una misma sentencia". (173)

778.—TIEMPO DE HACER LA LLAMADA

La llamada debe hacerse dentro del término que el demandado tiene para contestar a la demanda, o sea, quince días en el juicio ordinario de mayor cuantía; y ocho en el juicio ordinario de menor cuantía.

Pedida la citación dentro de este término, se citará la demanda al vendedor, para que: 1) la conteste dentro del término legal; o 2) dentro de los ocho o de los cuatro primeros días de este término, según se trate de un juicio de mayor o de menor cuantía, pida, a su vez, que se cite a su vendedor, para que comparezca al juicio, y salga a la defensa.

Este vendedor así llamado ya no puede llamar a su vendedor; tiene que comparecer en el juicio.

Desde luego, el vendedor llamado, puede: 1) contestar a la demanda, defendiéndose, deduciendo excepciones; 2) contestarla, allanándose a ella; y 3) callar, dejar de contestar.

Expliquemos con un ejemplo:

---

(173) Luis Loreto, "La cita de saneamiento y garantía", págs. 5 y ss.

X vendió una casa a Y, y éste la revendió a Z.

A demanda a Z la reivindicación de esta casa, que vale más de ocho mil sucres.

Z, dentro de los quince días que tiene para contestar a la demanda, puede pedir que se cite a Y, para que salga a la defensa.

Por este pedido, se suspende para Z, el término de contestar a la demanda.

Citado Y tiene también quince días para contestar a la demanda; y dentro de los ocho primeros días de este término puede pedir, a su vez, que se cite a X, para que salga a la defensa.

Citado X tiene quince días para contestar a la demanda, pero no puede pedir que se cite a su vendedor, para que salga a la defensa.

Por el pedido de Y, se suspende también para él el término de contestar a la demanda.

Y es libre de contestarla dentro del término que, para este objeto, tiene X; y Z, dentro del término que, asimismo para este objeto, tiene Y.

El que el citado sea libre de contestar o no a la demanda, dentro del término que tiene el vendedor, se funda en el Art. 1904 del Código Civil.

Otro caso de litisdenunciación por obligación de indemnidad, es el puntualizado en el Art. 1989 del Código Civil, que dice:

> "La acción de terceros que pretendan derecho a la cosa arrendada, se dirigirá contra el arrendador.
>
> El arrendatario estará obligado a noticiarle la turbación o molestia que reciba de dichos terceros, por consecuencia de los derechos que alegan; y si lo omitiere o dilatare culpablemente, abonará los perjuicios que de ello se sigan al arrendador".

Estamos en el caso de la **laudatio auctoris**, en el supuesto del Art. 965 del Código Civil, que dice:

> "El mero tenedor de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene".

19. Relacionado con esta materia, tenemos también el caso del Art. 526, inciso tercero, que dice:

> "Si la ejecución se dirige contra el tercero poseedor de la cosa hipotecada, podrá éste exigir que se cite también al deudor personal, para que deduzca las excepciones que tuviere o verifique el pago".

Es la **llamada en garantía**, que dicen los procesalistas.

La **intervención adhesiva** o **coadyuvante**, la encontramos establecida en los Arts. 534 a 536 y 537 a 539.

Pudiéramos estimar como un caso de **litigio entre pretendientes**, el considerado en el Art. 540, que dice:

> "Si se alega que el título en que se apoya la tercería coadyuvante es preferente, y está acreditado por instrumento ejecutivo, se depositará el dinero, producto del remate, hasta que se falle la preferencia de créditos; pero si no se funda en instrumento ejecutivo, será inmediatamente pagado el ejecutante, previa fianza de restituir la cantidad, si se declara preferente el derecho del opositor".

779.—NOTIFICACION DEL TRASPASO DE UN CREDITO

El Art. 97 dispone que:

> "En toda notificación de traspaso de un crédito, la cual se hará en persona o por tres boletas, se entregará al deudor una boleta en que conste la nota de traspaso y se determinen el origen, la cantidad y la fecha del crédito. Si el título fuere una escritura pública, se indicará, además, el protocolo en que se haya otorgado, y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que éste sea válido.
>
> La cesión de un crédito hipotecario no surtirá efecto alguno, si no se tomare razón de ella, en la oficina de inscripciones, al margen de la inscripción hipotecaria.
>
> Se cumplirá la exhibición prescrita por el Código Civil,

dejando, por veinticuatro horas, el documento cedido, en el despacho del funcionario que hiciere la notificación, para que pueda examinarlo el deudor, si lo quisiere.

Del cumplimiento de este requisito se dejará constancia en autos".

Recordemos la doctrina del Código Civil, contenida en los siguientes artículos:

"1958.—La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título.

1959.—La cesión no surte efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por éste.

1960.—La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente".

El Art. 97 del Código de Procedimiento Civil establece la forma de esta notificación, y completa, así, el sistema legal.

Tenemos que considerar los siguientes casos:

1º—El título del crédito es un instrumento privado: la notificación se hace en persona o por tres boletas, entregando al deudor, en todo caso, una boleta en que conste la nota de traspaso, y se determinen el origen, la cantidad y la fecha del crédito.

2º—El título es una escritura pública: a más de lo anteriormente indicado, se debe: 1º), determinar el protocolo en que se haya otorgado; y 2º), pedir y ordenar que se anote el traspaso al margen de la matriz; y

3º—Si el crédito es hipotecario, para que la cesión surta efecto, debe tomarse razón de ella, al margen de la respectiva inscripción, en el correspondiente registro de la propiedad.

Para cumplir el requisito de la exhibición, a que se refiere el Art. 1960 del Código Civil, se aplicará el inciso 3º del Art. 97 del Código de Procedimiento Civil, de lo cual se dejará constancia en autos.

El término de veinticuatro horas fijado en este inciso, se ha de contar de acuerdo con el Art. 326, o sea, hasta la media noche del día siguiente al de la notificación.

780.—TRASPASO DE PRENDA

En el Código de Comercio, tenemos la siguiente disposición especial:

> "Art. 583.—El traspaso del derecho de prenda agrícola o industrial se efectuará con la entrega del título, en el que se hará constar la transferencia, su fecha y el nombre del cesionario, con la firma del acreedor cedente.
>
> Pero no surtirá efecto respecto del deudor, ni de terceros, sino en virtud de la notificación al deudor, que se hará en la forma prescrita por el Art. 96 del Código de Procedimiento Civil. Si el crédito fuere de menor cuantía, la notificación se hará por el juez respectivo.
>
> Cada transferencia se registrará en el Registro de Prenda Agrícola o de Prenda Industrial del cantón correspondiente, según el caso, y el registrador escribirá en el mismo documento del contrato, frente a la cesión, la nota de haber sido ésta registrada".

781.—NOTIFICACION DE LA ORDEN DE RETENCION O EMBARGO

El Art. 98 dispone que:

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

Retener es suspender, por orden judicial, en todo o en parte, el pago de las rentas, créditos o bienes que el deudor tenga en poder de un tercero, hasta que satisfaga lo que debe.

La retención es una providencia preventiva, que tiene por objeto asegurar el pago de un crédito.

El Art. 980 dispone que, ordenada la retención, bastará que

se notifique a la persona en cuyo poder estén los bienes o derechos que se retengan, para que no pueda entregarlos sin orden judicial.

El Art. 981 dispone que, si la persona en cuyo poder se ha hecho la retención, no reclama dentro de tres días, no podrá alegar después que no debe al deudor, ni tiene ninguna cosa de éste.

Desde 1938, se estableció esta medida precautelatoria, dentro del juicio ejecutivo, en los siguientes términos:

> "Art. 459.—Podrá, asimismo, el ejecutante, en vez de la prohibición de enajenar, cuando no se trate de crédito hipotecario, solicitar la retención o el secuestro de bienes muebles, que aseguren la deuda, debiendo decretarse la una o el otro al mismo tiempo que se dicte el auto de pago, siempre que se acompañe prueba plena de que tales bienes son de propiedad del deudor. Esta prueba, en caso de ser testimonial, puede practicarse sin citación de la parte contraria.
>
> Art. 461.—La retención se hará notificando a la persona en cuyo poder estén los bienes o derechos que se retengan, para que ésta, bajo su responsabilidad, no pueda entregarlos sin orden judicial. Se entenderá que la persona en cuyo poder se ordena la retención, queda responsable, si no reclama dentro de tres días. Si el tenedor de los bienes se excusa de retenerlos, los pondrá a disposición del juez, quien, a su vez, ordenará que los reciba el depositario".

La notificación a que se refieren los Arts. 464 y 980 se hará, según el Art. 98, entregando al deudor una boleta en que conste la providencia judicial respectiva.

Este artículo hace que el deudor pueda tener, con la boleta, un comprobante auténtico de la retención, para seguridad de sus intereses.

Embargo es el acto por el cual se ocupa judicialmente una cosa que, por el mismo hecho, queda a disposición del juez, para el pago al acreedor.

Ampliamente trataremos del embargo, al estudiar, en el juicio ejecutivo, los Arts. 475, 480, 481, 484, 486 y 487.

III. EFECTOS DE LA CONSTITUCION DE LA RELACION PROCESAL (*)

782.—Generalmente, los procesalistas estiman que la litispendencia comienza al momento de la citación; que este es el instante de la constitución de la relación jurídico procesal.

Prieto Castro, por ejemplo, enseña:

> "El concepto de la litispendencia es de origen romano, y significa el hecho de estar deducida en un proceso una pretensión (acción) acerca de determinado objeto. En la actualidad, además de ese concepto, se acude al de **relación jurídica procesal**, entendida en el sentido de existir el acto de petición de tutela jurídica constituído por la demanda, un actor, un demandado y un tribunal, al que se ha acudido solicitando que cumpla su cometido jurisdiccional; y, como consecuencia de todo ello, surgen las cargas, los deberes y los derechos procesales, respecto de todos los sujetos, y en la medida correspondiente a su respectiva posición.

(*) Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal Civil", tomo II, págs. 77 y ss. — Carnelutti, "Instituciones del nuevo proceso civil italiano", pág. 327. — J. Goldschmidt, "Derecho Procesal Civil", págs. 331 y ss.— Alcalá Zamora y Castillo, "Adiciones" a "Derecho Procesal Civil", de James Goldschmidt, págs. 339 y ss. — Prieto Castro, "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, págs. 360 y ss. — Guasp, "Derecho Procesal Civil", págs. 331 y ss. — De la Plaza, "Derecho Procesal Civil Español", vol. I, págs. 344 y ss.

En una palabra, el objeto, esto es, la cuestión, el litigio o la disceptación entra en el ámbito del proceso y del órgano público jurisdiccional, saliendo de la esfera privada, pero con las repercusiones inherentes sobre ésta.

Comienzo de la litispendencia o instante de la constitución de la relación jurídica procesal.—A pesar de la trascendencia material y procesal que entraña la determinación del momento en que se debe considerar como producida la litispendencia, la L.e.c. no contiene precepto alguno acerca del particular, y, por otra parte, ni el Cód. Civ. ni la doctrina jurisprudencial sustentan un criterio uniforme.

a) Así, el Art. 1945 de ese cuerpo legal lo lleva al momento de la citación, quiere decir "emplazamiento del demandado", y en el mismo sentido se pronuncian algunas resoluciones del Tribunal Supremo... Este punto de vista es un residuo de la concepción antigua de la **litis contestatio**, como en el derecho antiguo romano, y es inadmisible porque no permitiría el curso del proceso en caso de inactividad (rebeldía del demandado) e incompatible con el Art. 541, que contempla la posibilidad de un demandado no rebelde, pero que no contesta a la demanda, de suerte que, según el criterio combatido, no habría entonces litispendencia.

b) El tercer criterio surge considerando que la voluntad de incoar un proceso existe tan luego como el acto de petición de tutela jurídica tiene entrada formal en el tribunal, esto es, cuando la demanda, por reunir los requisitos externos que conocemos, es admitida por el juez (Arts. 525, 681, 721 L.e.c. y 31 ss. del D. de 21 de noviembre de 1952, sobre J.M.). El comienzo de la litispendencia referido al momento de **admisión de la demanda** se deduce de los Arts. 1973, 1100 y 1109 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial más moderna (sents. de 19 de febrero de 1945, 9 de marzo de 1942 y 30 de junio de 1941, que hablan de la presentación de la demanda adornada de todos los requisitos legales, o de su admisión; por lo que incluso cabe sostener que la diligencia de presentación de una demanda que después es admitida es el **dies a quo** de la litispendencia). La doctrina científica también defiende el criterio del momento de la admisión de la demanda". (174)

(174) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, págs. 369 y ss.

Guasp es de estos tratadistas, sostiene que:

> "La litispendencia comienza, en efecto, con la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, no con su admisión, aunque ésta es condición necesaria para la eficacia de la demanda, ni mucho menos con la citación o emplazamiento o con la contestación del demandado". (175)

Nuestro Código de Procedimiento Civil dispone que todo juicio principia por demanda; pero que pueden preceder a ésta ciertos actos preparatorios; y ya hemos visto que, demanda es el acto en el que el demandante **deduce su acción o formula la solicitud o reclamación** que ha de ser materia principal del fallo.

Pero, según el Art. 99, la citación es la que da lugar a la litispendencia.

Los procesalistas enseñan que, los **efectos** de la litispendencia, o sea del comienzo de un proceso, son de dos clases: **procesales** y **materiales.**

Los **efectos procesales** dicen relación: 1) al órgano jurisdiccional; 2) a su significado para el proceso; y 3) a los sujetos de la relación jurídico procesal.

Respecto del órgano jurisdiccional, la litispendencia establece: 1) el deber del juez de estimar incoado un proceso, sustanciarlo y decidir; y 2) perpetúa la competencia de ese juez **(perpetuatio iurisdictionis)** aunque las partes cambien de domicilio, o se traslade la cosa mueble o semoviente objeto material del proceso; o aumente o disminuya el valor de la cosa a que el juicio se refiere.

En relación con su significado para el proceso, la litispendencia: 1) produce la excepción que lleva su nombre; 2) permite o hace posible el aumento objetivo y subjetivo por acumulación de acciones y por la de autos; 3) el aumento objetivo por el demandado, mediante reconvención; 4) el planteamiento de incidentes; y 5) las intervenciones de otros sujetos.

Respecto de los sujetos, es decir, del actor y del demandado: 1) ambos asumen las cargas de impulsar el proceso, de atacar y defenderse, bajo riesgo de rebeldía contra ambas partes, o, espe-

---

(175) "Derecho Procesal Civil", pág. 333.

cialmente, contra el demandado; y de abandono de la instancia o recurso.

Los **efectos materiales** de la litispendencia son: 1) interrumpir la prescripción extintiva; 2) constituir al demandado en poseedor de mala fe; 3) impedir al demandado que haga suyos los frutos de la cosa que se demanda; y 4) constituirle en mora, en ciertos casos. (176)

Para explicar el fundamento de estos efectos, Prieto Castro dice:

> "Con la demanda comienza una nueva forma de ejercicio del derecho, y por eso la ley asocia a la litispendencia los efectos de actividad o paralización que implica tal ejercicio, y precisamente desde el comienzo de la misma, porque el tiempo que se emplea en sustanciar el proceso (según la imperfección más o menos grande de esta institución del Estado) no puede ni debe afectar a los derechos y a las obligaciones, en un sentido, respectivamente, de perjudicarlos o beneficiarlos". (177)

Desde el punto de vista del órgano jurisdiccional, ya vimos que, según nuestro sistema jurídico, al juez le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada;

Que, por lo mismo, está obligado a juzgar, cuando se le pide que lo haga; y que no puede suspender ni denegar la administración de justicia, ni por obscuridad o falta de ley;

Que, radicada la competencia de un juez, ésta no se altera por causa superveniente.

Nuestro sistema jurídico está de acuerdo con los efectos jurídicos que los procesalistas asignan a la litispendencia en relación con su significado para el proceso, y respecto de los sujetos de la relación jurídico procesal, pero parte del principio de que la litispendencia comienza con la citación de la demanda.

El Art. 99, como vamos a ver, se refiere, pues, a los efectos materiales de la litispendencia, y a dos efectos procesales, como son el de dar prevención al juez cuyo actuario haga primero la citación, y el de obligar al citado a comparecer ante el juez para deducir excepciones.

---

(176) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, págs. 370 y ss.

(177) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pág. 371.

En efecto, el Art. 99 dispone que:

> "Son efectos de la citación:
> 1º—Dar prevención en el juicio al juez que manda hacerla;
> 2º—Interrumpir la prescripción;
> 3º—Obligar al citado a comparecer ante el juez para deducir excepciones;
> 4º—Constituir al demandado poseedor de mala fe, e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda, según lo dispuesto en el Código Civil; y,
> 5º—Constituir al deudor en mora, según lo prevenido en el mismo Código".

Analicemos cada uno de estos efectos:

783.—1) DAR PREVENCION

Usase esta frase para denotar que un juez conoce de una causa con exclusión de otros que eran igualmente competentes, por habérseles anticipado en el conocimiento de ella.

El Art. 3 dice que, jurisdicción preventiva es la que, dentro de la distribución de aquélla, radica la competencia por la anticipación en el conocimiento de la causa.

Al estudiar este artículo nos referimos también a los artículos 14 y 15, que dicen:

> "14.—La jurisdicción preventiva se ejerce entre los de la misma clase, por los jueces cantonales, provinciales, del crimen, tenientes políticos y comisarios de policía, **de modo que uno excluye a otro por la prevención.**
>
> 15.—En las causas civiles **tiene lugar la prevención por la citación de la demanda**, en la forma legal, o por sorteo".

Según esto, que es lo científico y lógico, no previene el juez ante quien primero se presenta la demanda, ni aquél que primero la provee, sino aquél cuyo secretario hace primero la citación.

Pero, para esto, la citación debe ser legalmente hecha; debe ser válida.

De modo que el tenor literal de este inciso no es estrictamen-

te cierto, porque bien puede suceder, y sucede, que todos los jueces ante quienes se hubiera propuesto la misma demanda, hubieren mandado hacer la citación, y no previene sino aquél cuyo secretario hace el primero la citación, en la forma legal.

784.—2) INTERRUMPIR LA PRESCRIPCION

Ya sabemos que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Se dice que una acción o derecho prescribe cuando se extingue por la prescripción (Art. 2508 del Código Civil).

El Art. 2519 dispone que:

> "Interrupción civil es **todo recurso judicial** intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.
>
> Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes:
>
> 1º—Si la **citación de la demanda** no ha sido hecha en forma legal;
>
> 2º—Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o cesó en la persecución por más de tres años;
>
> 3º—Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.
>
> En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda".

Y el Art. 2534:

> "La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya naturalmente, ya civilmente.
>
> Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.
>
> Se interrumpe civilmente por la **citación con la demanda judicial**; salvo los casos enumerados en el Art. 2519".

Poniendo en relación estas disposiciones con las del Código

de Procedimiento Civil, se ha de entender que el recurso judicial a que se refiere el Código Civil es sólo la demanda correspondiente, y ningún otro.

Mas, para que la citación interrumpa la prescripción, ha de ser de la demanda "pertinente, esto es, apropiada a ese objeto, porque en ella se haga uso del derecho que por la prescripción iba a extinguirse". (178)

Según el Art. 2534 del Código Civil, la prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse civilmente por la citación de la demanda judicial.

La demanda es el acto en que el demandante deduce su acción.

Luego, para que la citación produzca el efecto de interrumpir la prescripción, ha de ser citación de la demanda en la que se deduce la acción que se quiere que no prescriba.

¿Y si la demanda ha sido propuesta ante juez incompetente?

La competencia es solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias.

Si se omite esta solemnidad, el juicio es nulo, y la nulidad comprende a todo el juicio, es decir, también a la citación; y, por lo mismo, la citación nula no puede producir el efecto de interrumpir la prescripción.

Sin embargo, Barros Errázuriz enseña que,

> "en realidad, la exigencia de la validez de la citación a que alude el Art. 2503 se refiere a la forma legal de la notificación y no a la competencia del juez. — Así resuelve este punto el Código Francés, el cual dispone en el Art. 2246, que la demanda interrumpe la prescripción, aunque haya sido presentada ante juez incompetente". (179)

Para el caso de litisconsorcio, es necesario considerar si la obligación a que la demanda se refiere es de las llamadas conjuntas o mancomunadas, o solidarias o indivisibles.

---

(178) Víctor Manuel Peñaherrera, "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo III, pág. 276.

(179) "Curso de Derecho Civil", vol. II, pág. 311.

En el primer caso, o sea, en el de obligaciones conjuntas o mancomunadas, la citación surte efecto separado respecto de cada uno de los citados. Así, por ejemplo, si éstos son tres, y la citación a uno de ellos se hace antes de que venza el plazo para la prescripción de la acción, y a los otros, después de vencido este plazo, la citación hecha al primero habrá interrumpido la prescripción respecto de él, pero no respecto de los otros dos.

En el caso de obligaciones solidarias y de obligaciones indivisibles, la citación a uno de los deudores interrumpe la prescripción respecto de todos los deudores. (180)

785.—3) OBLIGAR A COMPARECER ANTE EL JUEZ PARA DEDUCIR EXCEPCIONES

El ejercicio del derecho de defensa es facultativo. De aquí que no es exacto que la citación obligue al demandado a comparecer ante el juez **para deducir excepciones;** puesto que el demandado contestará a la demanda, si quiere; y si no, no; y, aun en el caso de contestar, puede hacerlo sin deducir excepciones, y, al contrario, reconociendo los fundamentos de la demanda, allanándose.

Aquí, el término obligar está tomado en su estricto sentido de mover e impulsar a hacer cumplir una cosa; ligar. En consecuencia, significa que el demandado, en virtud de la citación, queda ligado al juicio, sujeto a sus resultados y consecuencias.

786.—4) CONSTITUIR AL DEMANDADO EN POSEEDOR DE MALA FE, E IMPEDIR QUE HAGA SUYOS LOS FRUTOS DE LA COSA QUE SE LE DEMANDA

La posesión, según el Art. 739 del Código Civil, es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.

---

(180) Barros Errázuriz, "Curso de Derecho Civil", volumen II, pág. 312.

La posesión puede ser regular o irregular.

Se llama regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión.

El Art. 745 del Código Civil dice que, la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

La buena fe se presume, según el Art. 746, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria; y el que estamos estudiando es uno de estos; pues, la citación hace que desaparezca la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos.

Como consecuencia de este efecto tenemos lo dispuesto en los Arts. 973 y siguientes del Código Civil, especialmente, para nuestro estudio, en el 976, que dice:

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

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

El poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la citación con la demanda. En cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores.

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

787.—5) CONSTITUIR AL DEUDOR EN MORA

La mora es la tardanza en el cumplimiento de una obligación desde que es exigible; por lo común, la de pagar cantidad líquida y vencida.

El Código Civil dispone:

"Art. 1604.—El deudor está en mora:

1º—Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;

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

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

La disposición que estudiamos se refiere al numeral tercero que acabamos de transcribir. La frase "judicialmente reconvenido" equivale a "demandado", o, con mayor precisión, "citado de la demanda".

788.—6) CONVERTIR EN LITIGIOSO EL CREDITO CEDIDO

Así lo dispone el Art. 1969 del Código Civil, que dice:

"Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del cual no se hace responsable el cedente.

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

La legislación mexicana distingue entre los efectos de la presentación de la demanda y los del emplazamiento, en esta forma:

"Art. 258.—Los efectos de la presentación de la demanda son: interrumpir la prescripción si no lo está por otros medios, señalar el principio de la instancia y determinar el valor de las prestaciones exigidas, cuando no pueda referirse a otro tiempo.

Art. 259.—Los efectos del emplazamiento son:

I—Prevenir el juicio en favor del juez que lo hace;

II—Sujetar al emplazado a seguir el juicio ante el juez que lo emplazó siendo competente al tiempo de la citación, aunque después deje de serlo con relación al demandado porque éste cambie de domicilio, o por otro motivo legal;

III—Obligar al demandado a contestar ante el juez que lo emplazó, salvo siempre el derecho de provocar la incompetencia;

IV—Producir todas las consecuencias de la interpelación judicial, si por otros medios no se hubiere constituído ya en mora el obligado;

V—Originar el interés legal en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos".

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA DE DERECHO
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

SECCION 8ª

De la citación y de la notificación

Art. 78.—**Citación** es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos.

Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez.

Art. 79.—En el proceso se extenderá diligencia de los dos actos indicados en el artículo anterior, que será firmada por el citado o notificado y por el actuario.

Si el citado o notificado no quisiere o no supiere firmar, lo hará por él un testigo. Se expresará, además, la fecha y la hora de la diligencia.

Art. 80.—Todo el que fuere parte en un procedimiento judicial, designará la habitación en que ha de ser notificado, la que no podrá distar más de un kilómetro de la correspondiente oficina de despacho.

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

ma legal, sin perjuicio de que pueda verificarla en persona.

Art. 81.—La designación prescrita en el inciso primero del artículo anterior, podrá hacerse en el acto de la citación personal o por escrito separado; y al efecto, el actuario advertirá este deber a la parte en el momento de citarle, y hará constar la respuesta en la misma diligencia. Una vez designada la habitación, las notificaciones se harán en ella; o personalmente a la parte, dentro o fuera de la oficina, conforme a las reglas generales.

Art. 82.—Si no se encontrare a la persona que debe ser notificada, se la notificará por boleta dejada en la correspondiente habitación, a cualquier individuo de su familia o servidumbre. La boleta expresará el contenido del pedimento, la orden o proveído del juez, y la fecha en que se hace la notificación; y, si no hubiere a quien entregarla, se la fijará en las puertas de la referida habitación, sentará la diligencia el funcionario respectivo y la firmará con un testigo.

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

La citación a un comerciante o al representante de una compañía de comercio, podrá también hacerse en el respectivo establecimiento de comercio en horas hábiles y siempre que estuviere abierto.

Si no se encontrare a la persona que deba ser citada, se lo hará por boleta que se entregará a cualquiera de sus auxiliares o dependientes.

Se extiende a este caso la obligación prescrita al actuario en el Art. 80.

Art. 83.—La citación a los ministros plenipotenciarios y demás agentes diplomáticos extranjeros, en los negocios contenciosos que le corresponde conocer a la Corte Suprema, se hará por medio de un oficio en que el Ministro de Relaciones Exteriores transcriba al Ministro Plenipotenciario u otro Agente Diplomático la providencia judicial que se hubiere dictado, juntamente con los antecedentes. Para constancia de haberse practicado la citación, se agregará a los autos la nota en la que el Ministro de Relaciones Exteriores comunique haber dirigido el oficio. Los términos correrán desde la fecha en que se haya transcrito la providencia y antecedentes que deban ser citados.

Art. 84.—Toda demanda contra la Nación o el Fisco se

citará en la forma legal al Procurador General de la Nación, quien podrá contestarla directamente o dar instrucciones para la defensa al respectivo ministro o agente fiscal del lugar en donde se hubiere propuesto la demanda.

Art. 85.—Si, por apelación u otro motivo, se remitiere la causa a distinto lugar, harán las partes, ante el juez **a quo** o ante el superior, la indicación prescrita en el Art. 80, bajo el apercibimiento que dicho precepto contiene.

Art. 86.—Siempre que, en conformidad con los Arts. 80 y 85, no deba notificarse a las partes o a una de ellas, los términos correrán como si la notificación omitida se hubiere hecho en la fecha y hora del proveimiento o desde la última notificación, en el respectivo caso.

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el derecho a ser notificado convalecerá desde el momento en que la parte o partes hicieren la designación de que habla el Art. 80; y desde entonces el actuario seguirá contando con ellas, en todas las diligencias ulteriores del juicio.

Art. 87.—Cuando se deba citar a personas cuya individualidad o residencia sea imposible determinar, la citación de la demanda se hará expresando esas circunstancias, por tres veces, en un periódico del lugar, si lo hubiere. De no haberlo, la citación se hará en uno de los del cantón o provincia cuya cabecera o capital, respectivamente, estuviere más cercana.

En la misma forma se notificará a los herederos de una persona que, siendo parte en un juicio, no haya tenido procurador que la represente.

En los demás casos en que deba citarse a herederos, la citación se hará personalmente o por boleta, a los que fueren conocidos, y, además, se citará a todos los herederos en la misma forma determinada en los incisos anteriores. Los citados que no comparecieren veinte días después de la última publicación, podrán ser considerados o declarados rebeldes.

Art. 88.—Si fuere demandada una comunidad de las llamadas de indígenas, la citación se hará personalmente, por lo menos a cinco de los comuneros, a cada uno de los cuales se entregará una copia de la demanda y de la respectiva providencia, de lo cual se dejará constancia en la diligencia de citación.

Además, el actuario leerá la demanda y la providencia

respectiva en un día feriado, en la plaza de la parroquia a que pertenezca la comunidad y en la hora de mayor concurrencia; todo lo cual se hará constar en la respectiva acta.

Si la comunidad perteneciere a dos o más parroquias, lo dispuesto en el inciso anterior se hará en cada una de ellas.

Art. 89.—Si la parte estuviere ausente, se le citará por comisión al juez cantonal o teniente político; o por deprecatorio, si se hallare fuera del cantón, de la parroquia, de la provincia o de la República, en su caso.

Art. 90.—Las notificaciones se harán desde las ocho de la mañana hasta las seis de la tarde.

Pueden hacerse en días y horas inhábiles la citación de la demanda y la de los actos preparatorios que tengan que ser realizados personalmente por el demandado.

Art. 91.—Si las partes, después de la citación de la demanda, constituyen procurador, se entenderán con éste las demás notificaciones y trámites del juicio.

Art. 92.—En las citaciones y notificaciones no se admitirán a las partes alegatos ni excepciones; y sólo podrán tener lugar en ellas el allanamiento o contradicción a la excusa de un juez, la interposición de los recursos de segunda o tercera instancia, o de hecho u otras diligencias de igual naturaleza.

El funcionario que quebrantare esta disposición, será castigado con multa de cuatro a diez sucres.

Art. 93.—Se notificarán todos los decretos, autos y sentencias; pero los traslados, sólo a quien deba contestarlos; así como los decretos que contengan órdenes, a quienes deban cumplirlos.

Art. 94.—Las citaciones y notificaciones se harán, a más tardar, dentro de veinticuatro horas, contadas desde aquella en que se firmare la providencia, bajo la multa de dos sucres por cada día de retardo, que, en tal caso, será impuesta de oficio por el juez de la causa. Podrá revocarse la multa si fuere justificable el retardo.

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

Art. 95.—En todo juicio, la citación se hará en la persona del demandado o de su procurador; mas, si no pudiere ser personal, según el Art. 82, se hará por tres boletas, en tres

distintos días, salvo los casos de los Arts. 87 y 88.

Las notificaciones se harán por una boleta, aun cuando constare que la parte se ha ausentado.

El actuario dejará la primera boleta en la habitación del que deba ser citado, cerciorándose de este particular. Si éste cambiare de habitación, o se ausentare, las otras dos boletas pueden dejarse en el mismo lugar en el cual se dejó la primera.

Art. 96.—La citación de que trata el Art. 1900 del Código Civil, no puede pedirse sino dentro del término de contestar a la demanda; y pedida, se citará la demanda al vendedor, para que, dentro del término legal, pueda oponer excepciones. Esta citación se hará con arreglo al inciso primero del artículo que antecede.

Por el hecho de pedirse la citación de que habla este artículo, no correrá para el demandado el término para contestar a la demanda, pero será libre de hacerlo durante el que tiene el vendedor. Este podrá pedir, a su vez, que se cite a su vendedor, para que salga a la defensa, con los mismos efectos aquí establecidos para el demandado. El vendedor citado en segundo lugar no podrá pedir citación para saneamiento, sin perjuicio de su derecho a la indemnización a que hubiere lugar. El término para pedir que se cite al vendedor, será de ocho días.

Art. 97.—En toda notificación de traspaso de un crédito, la cual se hará en persona o por tres boletas, se entregará al deudor una boleta en que conste la nota de traspaso y se determinen el origen, la cantidad y la fecha del crédito. Si el título fuere una escritura pública, se indicará, además, el protocolo en que se haya otorgado, y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que éste sea válido.

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

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

Del cumplimiento de este requisito se dejará constancia en autos.

Art. 98.—En la notificación de la orden de retención o de

tiene que citarle o notificarle por boleta.

Esta boleta ha de contener: 1) el pedimento; 2) la providencia recaída en él; 3) la fecha en que se hace la citación o notificación; y 4) la firma del actuario.

La boleta se ha de entregar a cualquier individuo de la familia o de la servidumbre del citado o notificado, siempre que dicho individuo sea capaz.

El que recibe la boleta ha de firmar la diligencia de citación; y si no sabe, o no puede o no quiere hacerlo, ha de firmar un testigo.

La diligencia ha de estar autorizada por el actuario.

797.—Jurisprudencia:

1) En el juicio Banco Hipotecario-Febres Cordero, se resuelve: La notificación de una providencia no tiene valor alguno, cuando en la diligencia de citación no se expresa si la notificación es personal o por boleta, ni por qué motivo firma el testigo.

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 167.

2) En el juicio Núñez-Leiva, se resuelve: Conforme al Art. 109 del Código de Enjuiciamiento Civil, de la diligencia misma de la citación debe constar que la boleta correspondiente se dejó en la casa de la persona citada, a un individuo de su familia o servidumbre.

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 58.

3) En el juicio Zabando-Fisco, se resuelve: En la diligencia de citación por boleta, debe expresarse necesariamente, so pena de nulidad de dicha diligencia, que la persona que la recibe es de la familia o servidumbre de la que debe ser citada.

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 89.

4) En el juicio Larrea-Chiriboga, se resuelve: 1º—La boleta en que se hace una citación debe contener todo lo prescrito en el Art. 109 del Código de Enjuiciamiento Civil, de modo que si se incurre en alguna omisión, la citación por boleta no queda hecha en la forma legal; y 2º—Por con-

siguiente, al no haberse puesto en la boleta, la fecha de la citación, por defecto en la forma de aquélla, la notificación no tiene valor alguno.

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 67.

5) En el juicio Monroy-Monroy, se resuelve: Como los efectos de una sentencia se retrotraen a la fecha de la citación de la demanda, no tiene valor la inscripción exigida en calidad de requisito para la validez de una donación, si aquélla se hiciere con posterioridad a dicha notificación.

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 84.

6) En el juicio Maldonado-González Páez, se resuelve: Si se reconoce en un fallo que hay fundamento para declarar terminado un contrato de arrendamiento, la fecha de esta terminación debe ser la de la citación con la demanda, porque las sentencias judiciales se retrotraen en sus efectos a la fecha de esta notificación.

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 52.

2) A un comerciante o al representante de una compañía de comercio, puede citársele en persona, o por boleta, en su habitación.

Puede también citársele en persona, o por boleta, en su establecimiento comercial.

En este último caso, si no se encontrare a la persona que debe ser citada, la boleta se ha de entregar a uno de sus auxiliares o dependientes.

Según el Código de Comercio, son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual; y son auxiliares o dependientes, los empleados subalternos que el comerciante tiene a su lado para que le auxilien en sus operaciones, obrando bajo su dirección.

Hay tres especies de compañía de comercio, a saber: la compañía en nombre colectivo; la compañía en comandita, simple o dividida por acciones; y la compañía anónima.

Toda compañía, nacional o extranjera, que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador, debe tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar a las demandas y cumplir las obligaciones respectivas.

Art. 83.—**La citación a los ministros plenipotenciarios y demás agentes diplomáticos extranjeros, en los negocios contenciosos que le corresponde conocer a la Corte Suprema, se hará por medio de un oficio en que el Ministro de Relaciones Exteriores transcriba al Ministro Plenipotenciario u otro Agente Diplomático la providencia judicial que se hubiere dictado, juntamente con los antecedentes. Para constancia de haberse practicado la citación, se agregará a los autos la nota en la que el Ministro de Relaciones Exteriores comunique haber dirigido el oficio. Los términos correrán desde la fecha en que se haya transcrito la providencia y antecedentes que deban ser citados.**

Referencias:

Negocios contenciosos que le corresponde conocer a la Corte Suprema: Ley Orgánica de la Función Judicial, Art. 13, Nº 3.

Ministro de Relaciones Exteriores: Ley de Régimen Administrativo, Arts. 11, 13, 23 y ss.

798.—**Comentario:**

Citación al agente diplomático.—El agente diplomático es el representante de un Estado en sus relaciones con los demás Estados, en sus relaciones internacionales.

La Ley Orgánica del Servicio Exterior de la República dispone:

> "Art. 1.—La soberanía del Estado en sus relaciones internacionales se ejerce por medio de la representación diplomática y consular, establecida conforme a la presente ley, y por el Ministerio de Relaciones Exteriores".
>
> Art. 4.—El personal diplomático comprende las siguientes categorías:
>
> Embajador;
> Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario;
> Ministro Residente;
> Consejero;
> Encargado de Negocios;
> Primer Secretario;

Segundo Secretario;
Tercer Secretario, y
Adjunto Civil".

Los agentes diplomáticos gozan de ciertas inmunidades y privilegios. Uno de éstos es el fuero especial a que están sometidos.

Según el Art. 13 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, es atribución de la Corte Suprema conocer, en primera y segunda instancias, de los asuntos contenciosos, civiles y comerciales, en que, como actores o demandados, sean interesados los embajadores y demás agentes diplomáticos extranjeros, en los casos permitidos por el Derecho Internacional o designados por tratados; así como de los actos preparatorios.

Respecto de la permisión del Derecho Internacional, ya vimos los Arts. 333 a 339 del Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante.

En este caso, la boleta de citación se reemplaza con el oficio del Ministro de Relaciones Exteriores; y la diligencia de citación consta de la nota que este funcionario envía al Presidente de la Corte Suprema.

Ya indicamos que los términos deberían correr desde la entrega del oficio y no desde la transcripción de la demanda y de la providencia respectiva; a no ser que se entienda hecha la transcripción sólo cuando se la entregue al agente diplomático.

Art. 84.—**Toda demanda contra la Nación o el Fisco se citará en la forma legal al Procurador General de la Nación, quien podrá contestarla directamente o dar instrucciones para la defensa al respectivo ministro o agente fiscal del lugar en donde se hubiere propuesto la demanda.**

Referencias:

Demanda: Art. 73.
Nación: Constitución Política de la República, Arts. 1 y 2.
Procurador General de la Nación: Constitución Política de la República, Arts. 147 y 148; Ley de Patrocinio del Estado, Arts. 1, 2, 18 y 19.
Ministro fiscal: Ley Orgánica de la Función Judicial, Arts. 36, 37, 41 y 43.

probarlo, mediante una información sumaria.

2) Muerta una persona, hay que contar en juicio con todos sus herederos, de los cuales, unos pueden ser conocidos, y otros, no.

Para que la citación llegue a todos, comprenda a todos, está bien que a los conocidos se les cite en persona o por boleta; y a los desconocidos, por medio de la prensa.

3) Si muere una de las partes en un juicio, es necesario distinguir dos situaciones: la primera, aquella en que el fallecido deja procurador; y la segunda, aquella en que no deja.

En la primera, según el Código Civil y el Art. 54 del Código de Procedimiento Civil, se ha de seguir el juicio con el procurador, hasta que se presente en él el curador de la herencia yacente o el heredero, según el caso.

En la segunda, se ha de seguir el juicio con los herederos del fallecido o con el curador de la herencia yacente.

Y, tratándose de herederos, la notificación se ha de hacer asimismo, en persona o por boleta, a los conocidos; y por la publicación, por tres veces, de la petición respectiva y de la providencia recaída en ella, en un periódico del lugar o del cantón o de la provincia cuya cabecera sea la más cercana al lugar del juicio, a los herederos no conocidos.

4) En los casos de citación o notificación por la prensa, el término concedido en la providencia citada o notificada, el término de comparecer en juicio, es el de veinte días, transcurrido el cual se declarará o considerará rebeldes a quienes no hubieren comparecido o intervenido en el juicio.

Art. 88.—Si fuere demandada una comunidad de las llamadas de indígenas, la citación se hará personalmente, por lo menos a cinco de los comuneros, a cada uno de los cuales se entregará una copia de la demanda y de la respectiva providencia, de lo cual se dejará constancia en la diligencia de citación.

Además, el actuario leerá la demanda y la providencia respectiva en un día feriado, en la plaza de la parroquia a que pertenezca la comunidad y en la hora de la mayor concurrencia, todo lo cual se hará constar en la respectiva acta.

Si la comunidad perteneciere a dos o más parroquias, lo dispuesto en el inciso anterior se hará en cada una de ellas.

Referencias:

Citación: Art. 78, inciso primero.
Demanda: Art. 73.
Diligencia: Art. 79.
Actuario: Art. 446; Ley Orgánica de la Función Judicial, Arts. 122, 134, Nº 8º y 168.
Día feriado: Ley Orgánica de la Función Judicial, Arts. 219 y 220.
Parroquia: Ley de División Territorial de la República.

803.—**Comentario:**

— **Citación a las comunidades llamadas de indígenas.**—Deben ser escasísimas estas comunidades. Generalmente, todas han adquirido personería jurídica, ateniéndose a la Ley de Organización y Régimen de las Comunas y al Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas.

Pero para las comunidades que no tuvieren personería jurídica, esta forma de citación es conveniente, ya que, de este modo, los comuneros pueden llegar a conocer la demanda y la providencia recaída en ella, y defenderse.

Para que la citación sea válida, en la diligencia respectiva se ha de hacer constar que la citación se hizo en persona, por lo menos a cinco de los comuneros; y que la demanda y la providencia respectiva se leyeron, en un día feriado, en la plaza de la parroquia a la que pertenezca la comunidad, y en la hora de mayor concurrencia.

Para mayor seguridad y defensa de los comuneros se ha dispuesto que, si la comuna perteneciere a dos o más parroquias, la lectura se ha de hacer en cada una de ellas. En este caso, en la diligencia se ha de hacer constar también que se ha cumplido este requisito, para que la citación sea válida.

Art. 89.—**Si la parte estuviere ausente, se le citará por comisión al juez cantonal o teniente político; o por deprecatorio, si se hallare fuera del cantón, de la parroquia, de la provincia o de la República, en su caso.**

Referencias:

Parte: Arts. 33, 531, 534 y 537.
Juicio: Art. 63.
Juez cantonal o provincial: Ley Orgánica de la Función Judicial, Arts. 95 a 99.
Teniente Político: Ley Orgánica de la Función Judicial, Art. 121.
Parroquia, cantón, provincia: Ley de División Territorial de la República.

804.—**Comentario:**

— **Citación al ausente.**—Por regla, el demandado tiene derecho a que no se le demande sino ante el juez de su fuero, que, por razón del territorio, es el de su domicilio; pero puede también ser competente el juez de otro lugar.

En este caso, y, en general, en el de ausencia del demandado del lugar del juicio, hay que citarle en el lugar en donde esté. Para este objeto, el juez ha de comisionar al inferior de su jurisdicción territorial, si dentro de ésta estuviere el demandado; o ha de deprecar al juez del mismo grado para que éste ordene a su actuario que cite si el demandado estuviere en el lugar de la oficina del juzgado, o, a su vez, comisione a su respectivo inferior, si estuviere fuera del lugar de la oficina del juzgado.

Si el demandado estuviere fuera de la República, se enviará exhorto o comisión rogatoria, en la forma determinada en los Arts. 388 y siguientes del Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante.

805.—**Jurisprudencia:**

1) En el juicio Solano de la Sala-Yépez Terán, se resuelve: 1º—Al constar que una persona se halla ausente de su domicilio, la citación con la demanda debe hacerse, no en este lugar, sino en el que se encontrare al tiempo de la citación, de acuerdo con los Arts. 109 y 114 del Código de Enjuiciamiento Civil; y 2º—Por consiguiente, no tiene valor alguno la citación que se hiciere por boleta dejada en la habitación del demandado.

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 68.

La ley parte de dos hechos: primero, el demandado está en el lugar del juicio; y segundo, el demandado está ausente del lugar del juicio.

En el primer caso, se aplica el Art. 80, o sea, se le cita en la habitación del demandado.

En el segundo caso, se aplica el Art. 89, o sea, se le cita en el lugar en el que se halle, mediante comisión o deprecatorio, según el caso.

Si, debiendo aplicar el Art. 89, se aplica el Art. 80, la citación es nula, y puede dar lugar a la anulación de la causa.

2) En el juicio Villagrán-Villagrán, se resuelve: Si la persona a quien se debe citar tuviere habitación conocida, la ausencia temporal a otro lugar no faculta para la citación por boleta fijada en la puerta de la oficina del actuario; sino que debe procederse en la forma que para el caso determina el Art. 109 del Código de Enjuiciamiento Civil.

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 111.

Ahora no debe hacerse esta notificación en la puerta de la oficina del actuario.

La ausencia puede ser temporal o definitiva; y en ambos casos se ha de aplicar el Art. 89, que no hace distinción entre la una ausencia o la otra, sino que dispone que, si la parte estuviere ausente, se le citará por comisión o por deprecatorio, según el caso.

Ausente dícese del que está separado de algún lugar, y especialmente de la población en que reside.

Art. 90.—**Las notificaciones se harán desde las ocho de la mañana hasta las seis de la tarde.**

Pueden hacerse en días y horas inhábiles la citación de la demanda y la de los actos preparatorios que tengan que ser realizados personalmente por el demandado.

Referencias:

Citación y notificación: Art. 78.
Decreto: Arts. 264, 291 y 292.
Diligencia preparatoria: Art. 71.

Demandado: Art. 33.
Días y horas inhábiles: Ley Orgánica de la Función Judicial, Arts. 219 y 220.

806.—**Comentario:**

Tiempo hábil para la citación y para la notificación.—Por regla, según el Art. 219 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, son hábiles para las diligencias judiciales todos los días, desde las ocho de la mañana hasta las cinco de la tarde, excepto los feriados. Fuera de los días y horas hábiles no se podrá practicar ninguna diligencia judicial, sino habilitándolos previamente, de oficio o a petición de parte, y con justa causa, salvo los casos en que por disposición especial se ordene lo contrario.

Por excepción, para la notificación, el tiempo hábil se prorroga de cinco a seis de la tarde.

Por la importancia de la citación, por los efectos que produce, esta diligencia puede hacerse en cualquier tiempo; a cualquier hora, de cualquier día, sea hábil o inhábil.

Lo mismo decimos de la citación de los actos preparatorios.

Art. 91.—**Si las partes, después de la citación de la demanda, constituyen procurador, se entenderán con éste las demás notificaciones y trámites del juicio.**

Referencias:

Partes: Arts. 33, 531, 534 y 537.
Citación: Art. 78, inciso primero.
Demanda: Art. 73.
Procurador: Art. 38.
Arts. 42 y 60.

807.—**Comentario:**

Regla para cuando se constituye procurador después de la citación.—El contenido de este artículo está en relación con lo que dispone el Art. 60, según el cual, si hubiere procurador en el pleito, con él se han de entender todas las diligencias del juicio, y no con el poderdante.

Si la parte tiene procurador para un pleito, desde el primer momento puede intervenir el procurador, puede contarse con el procurador. Si la parte lo designa durante el juicio, se ha de contar con él desde que comparezca en el juicio con este carácter de procurador.

Sin embargo, como ya vimos, según el Art. 42, aun cuando hubiere procurador en el juicio, se obligará al mandante a comparecer, siempre que tuviere que practicar personalmente alguna diligencia, como absolver posiciones, reconocer documentos, y otros actos semejantes.

Art. 92.—**En las citaciones y notificaciones no se admitirán a las partes alegatos ni excepciones; y sólo podrán tener lugar en ellas el allanamiento o contradicción a la excusa de un juez, la interposición de los recursos de segunda o tercera instancia, o de hecho u otras diligencias de igual naturaleza.**

El funcionario que quebrantare esta disposición, será castigado con multa de cuatro a diez sucres.

Referencias:

Citación y notificación: Art. 78.
Partes: Arts. 33, 531, 534 y 537.
Excepciones: Arts. 100 a 102.
Allanamiento o contradicción a la excusa de un juez: Arts. 953 y 954.
Recurso de segunda instancia: Art. 345.
Recurso de tercera instancia: Art. 367.
Recurso de hecho: Art. 394.
Otras diligencias de igual naturaleza: Art. 81.
Funcionario: Arts. 83 y 446; Ley Orgánica de la Función Judicial, Arts. 122, 134, Nº 8º y 168.

808.—**Comentario:**

Ni en la citación ni en la notificación se admitirán alegatos ni excepciones.—Según Goldschmidt, el proceso civil o procedimien-

to para la sustanciación de los negocios contenciosos civiles, es el método que siguen los tribunales para definir la existencia del derecho de la persona que demanda, frente al Estado, a ser tutelada jurídicamente, y para otorgar esta tutela en el caso de que tal derecho exista.

El proceso civil es un procedimiento, un camino concebido, desde la Edad Media, para la aplicación del Derecho. (181)

Proceso, en general, significa progreso, y éste, la acción de ir hacia adelante.

Si el proceso es un camino; si es la acción de avanzar en él, de ir hacia adelante, hay que allanar el camino, hay que quitar los estorbos que impidan avanzar.

El proceso es un método, un orden.

Para mantener este orden hay que ejecutar oportunamente los actos correspondientes; y, por lo mismo, no se puede aceptar que, en el momento de la citación o de la notificación, se admitan alegaciones o excepciones, que deben hacerse o deducirse en otro momento, en otra forma; ya que el admitirlas impediría avanzar, progresar.

Esta es, pues, la razón de este precepto.

Lo que él permite como excepción no constituye un obstáculo al progreso de la causa, sino acto que lo facilita, que contribuye al progreso de la causa.

Para hacer efectiva esta prohibición se establece la multa que se impondrá al actuario que la quebrantare.

El actuario, en términos comunes es un funcionario; pero según la Ley Orgánica de la Función Judicial es sólo un empleado subalterno del juzgado.

Art. 93.—**Se notificarán todos los decretos, autos y sentencias; pero los traslados, sólo a quien deba contestarlos; así como los decretos que contengan órdenes, a quienes deban cumplirlos.**

Referencias:

Notificarán: Art. 78, inciso segundo.
Decreto, auto, sentencia: Arts. 289 a 291.

---

(181) "Derecho Procesal Civil", pág. 1.

Traslados: Arts. 302 y 418.

809.—**Comentario:**

Qué se debe notificar.—Si el proceso es público; si a nadie se le puede juzgar sin que sea oído, se debe notificar a las partes, todas las providencias judiciales, siempre, desde luego, que hayan señalado lugar en donde deba hacérseles la notificación.

Art. 94.—**Las citaciones y notificaciones se harán, a más tardar, dentro de veinticuatro horas, contadas desde aquella en que se firmare la providencia, bajo la multa de dos sucres por cada día de retardo, que, en tal caso, será impuesta de oficio por el juez de la causa. Podrá revocarse la multa si fuere justificable el retardo.**

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

Referencias:

Citación y notificación: Art. 78.
Art. 446; Ley Orgánica de la Función Judicial, Arts. 122, 134, Nº 8º y 168.

810.—**Comentario:**

Término para citar y notificar.—Cualidad de buen procedimiento es la celeridad.

Para obtenerla, se fija término dentro del cual el actuario ha de citar y notificar.

Este término es de veinticuatro horas, que, por excepción, se cuentan desde que se firme la providencia que debe ser citada o notificada; pues, por regla, según el Art. 326, y el Art. 38 del Código Civil, todos los plazos de días, meses y años de que se haga mención en las leyes, se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo.

El máximo fijado en el inciso segundo es para evitar que la multa resulte demasiado gravosa y excesiva.

Art. 95.—**En todo juicio, la citación se hará en la persona del demandado o de su procurador; más, si no pudiere ser personal, según el Art. 82, se hará por tres boletas, en tres distintos días, salvo los casos de los Arts. 87 y 88.**

Las notificaciones se harán por una boleta, aun cuando constare que la parte se ha ausentado.

El actuario dejará la primera boleta en la habitación del que deba ser citado, cerciorándose de este particular. Si éste cambiare de habitación, o se ausentare, las otras dos boletas pueden dejarse en el mismo lugar en el cual se dejó la primera.

Referencias:

Juicio: Art. 73.
Citación: Art. 78, inciso primero.
Demanda: Art. 73.
Demandado: Art. 33.
Procurador: Art. 38.
Notificación: Art. 78, inciso segundo.
Actuario: Art. 446; Ley Orgánica de la Función Judicial, Arts. 122, 134, Nº 8º y 168.
Art. 82.

811.—**Comentario:**

Forma de citación.—Este artículo determina que la citación puede hacerse en persona o por boleta.

En persona al demandado o a su procurador.

Por boleta, también al uno o al otro, dejando las tres boletas, en tres distintos días, en la forma puntualizada en este artículo.

La notificación se hace en persona o sólo por una boleta.

El inciso tercero parte de un prejuicio; quiere corregir o evitar una corruptela y entraña algo ilógico y consagra una injusticia.

Art. 96.—**La citación de que trata el Art. 1900 del Código Civil, no puede pedirse sino dentro del término de contestar a la demanda; y pedida, se citará la demanda al vendedor, para que,**

dentro del término legal, pueda oponer excepciones. Esta citación se hará con arreglo al inciso primero del artículo que antecede.

Por el hecho de pedirse la citación de que habla este artículo, no correrá para el demandado el término para contestar a la demanda, pero será libre de hacerlo durante el que tiene el vendedor. Este podrá pedir, a su vez, que se cite a su vendedor, para que salga a la defensa, con los mismos efectos aquí establecidos para el demandado. El vendedor citado en segundo lugar no podrá pedir citación para saneamiento, sin perjuicio de su derecho a la indemnización a que hubiere lugar. El término para pedir que se cite al vendedor, será de ocho días.

Referencias:

Término de contestar a la demanda: Arts. 103, 419, 443 y 445.
Citará: Art. 78.
Excepciones: Arts. 100 a 102.

812.—**Comentario:**

— **Litisdenunciación o citación para saneamiento.**—Ya vimos que este es un caso de litisdenunciación, que nuestra ley le llama citación para saneamiento.

Es acertado disponer que, por pedirse la citación al vendedor, no corra para el demandado el término de contestar a la demanda, y que pueda hacerlo durante el que tiene el vendedor; pues, así, puede contestar a la demanda con mejor conocimiento de causa, no sólo según los términos de la demanda, sino también según los de la contestación del vendedor.

Resulta prudente extender sólo hasta dos vendedores, la facultad de llamarlos a juicio, para los efectos del saneamiento por evicción.

813.—**Jurisprudencia:**

1) En el juicio Fierro-Ortega, se resuelve: Atentos los Arts. 1829 y 1830 del Código Civil, el comprador, sea demandante o demandado, puede pedir que se cite al vendedor para que comparezca a defender la cosa vendida, aunque el Art. 1834 se contraiga al caso de comprador demandado.

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 78.

2) En el juicio Orellana-Mora, se resuelve: Para tener el derecho de hacer citar de evicción al vendedor de una cosa, es preciso, según el Art. 1834 del Código Civil, que se demande la cosa vendida por causa anterior a la venta.

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 54.

3) Quito, noviembre de 1950.—El inciso 1º del Art. 96 del Código de Procedimiento Civil expresa que la citación al vendedor para que comparezca a defender la cosa vendida, ha de pedirse por el demandado dentro del término de contestar la demanda; y el inciso 2º de dicho artículo fija el de ocho días para la citación que ha de hacerse, en su caso, al vendedor del primer citado y a petición de éste. Se trata, pues, de dos términos: el primero que se refiere al de contestar la demanda, para que dentro de él solicite el demandado la comparecencia a juicio de su vendedor, y el segundo de ocho días, de que dispone el vendedor que ha comparecido para que, a su vez, pueda pedir que comparezca la persona de quien obtuvo en compra la cosa. De lo dicho se deduce que el demandado, al hacer en el escrito de contestación la petición de que se cite a su antecesor, N. B., la hizo dentro del término concedido en el inciso 1º de dicho artículo. Mas, si dicha petición fue oportuna, no es del caso acceder a ella, por cuanto del mismo escrito en que se la hizo aparece que el llamado antecesor lo es, no por título de venta, sino por haber empeñado su palabra de caballero, palabra que el actor respetuoso de las decisiones de su padre, sabrá respetarla".

Gaceta Judicial, serie VII, Nº 15, pág. 1717.

El Art. 96 del Código de Procedimiento Civil se refiere al Art. 1900 del Código Civil, que dispone que, el **comprador** a quien se demanda la **cosa vendida**, por causa anterior a la venta, deberá citar al **vendedor** para que comparezca a defenderla.

La ley, pues, confiere este derecho al comprador respecto del vendedor.

En el caso materia de este juicio, no existió contrato de compraventa; hubo sólo una promesa hecha bajo palabra de caballero. No hubo, pues, ni vendedor ni comprador; y, por lo mismo, no era aplicable lo dispuesto en el Art. 1900 del Código Civil, como resuelve la Corte Suprema.

Art. 97.—**En toda notificación de traspaso de un crédito, la cual se hará en persona o por tres boletas, se entregará al deudor una boleta en que conste la nota de traspaso y se determinen el origen, la cantidad y la fecha del crédito. Si el título fuere una escritura pública, se indicará, además, el protocolo en que se haya otorgado, y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que éste sea válido.**

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

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

Del cumplimiento de este requisito se dejará constancia en autos.

Referencias:

Traspaso de un crédito: Código Civil, Arts. 1958 y 1959; Código de Comercio, Art. 583.
Escritura pública: Art. 166.
Protocolo: Art. 179.
Matriz: Art. 179.
Crédito hipotecario: Código Civil, Art. 2424.
Oficina de Inscripciones: Reglamento de inscripciones o registros: Art. 1.
Inscripción hipotecaria: Reglamento de inscripciones o registros, Arts. 22 y siguientes.
Exhibición: Código Civil, Art. 1960.

814.—**Comentario:**

— **Forma de notificación del traspaso de un crédito.**—Por excepción, esta notificación se ha de hacer por tres boletas.

Este precepto tiene por objeto asegurar la validez del pago, y conceder al deudor un comprobante que justifique la validez del pago hecho al cesionario.

815.—**Jurisprudencia:**

1) En el juicio Eguiguren-Burneo, se resuelve: 1º—La falta de citación al deudor con la cesión, produce el efecto, no de desvirtuar el mérito ejecutivo del documento, ni de la obligación demandada, sino tan sólo de que el deudor pueda pagar al cedente, y de que los acreedores de éste puedan embargar el crédito, con arreglo a lo prescrito en el Art. 1896 del Código Civil; y 2º—La contestación a la demanda supone la aceptación de la cesión por el deudor, del traspaso a favor del cesionario, hecho por el que la cesión surte efecto contra el deudor, como lo prescriben los Arts. 1893-1895 del Código Civil.

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 218.

2) En el juicio Carrión-Moscoso, se resuelve: 1º—La falta de notificación al deudor con un crédito cedido, queda subsanada si el deudor ha propuesto excepciones, al ser demandado ejecutivamente por el cesionario, pues la litiscontestación con éste, equivale a la aceptación de parte del deudor, como lo dispone el Art. 1895 del Código Civil; y 2º—La falta de aceptación o notificación no surte más efectos que los designados en el Art. 1896 del expresado Código, bastando, por lo mismo, para que el instrumento sea ejecutivo, que se halle reconocido por el deudor y el cedente, conforme al Art. 684 del Código de Enjuiciamiento Civil.

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 67.

El Art. 453 dispone que, si el documento con que se aparejare la ejecución estuviere cedido, a favor del que propone la demanda, bastarán los reconocimientos del deudor y del último cedente, si fuere instrumento privado; y, si fuere público, letra de cambio o pagaré a la orden, no será necesario el reconocimiento del deudor, pero sí del último cedente o endosante.

3) En el juicio Banco de Quito-Guerra, se resuelve: No es necesario que la notificación con la cesión de un crédito sea especial y anterior a la demanda que se presentare, exigiendo ese crédito, ora por no preceptuar el Art. 1984 del Código Civil esta formalidad, ora porque, si fuera necesaria, no habría

concedido el Art. 508 del de enjuiciamiento, fuerza ejecutiva al documento cedido, con sólo el reconocimiento del deudor y del último cedente.

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 75.

4) En el juicio Alvear-Montalvo, se resuelve: 1º—Para la validez de la cesión de un crédito no se requiere la aceptación del deudor, porque no negada la cesión, sólo debe probarse, al respecto, el hecho de habérsele citado al deudor; y 2º—Este hecho, que no constituye el contrato de cesión de créditos personales, puede justificarse con la confesión del deudor, desde que no es aplicable, al caso, el Art. 1691 del Código Civil.

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 133.

Art. 98.—**En la notificación de la orden de retención o de embargo, se entregará también al deudor una boleta en que conste la providencia judicial respectiva.**

Referencias:

Retención: Arts. 459, 464, 978, 980 y 981.
Embargo: Arts. 475, 478, 480, 481, 482, 484, 486 a 488.

816.—**Comentario:**

— **Forma de notificación de la orden de retención o embargo.**— Esta disposición constituye una garantía para el deudor; le permite justificar que no puede ni debe pagar al acreedor, sino a quien el juez indique y cuando ordene pagar.

817.—FORMA DE EMBARGAR LOS CREDITOS

"Abril de 1940.—Cierto que del contrato de cuenta corriente, como de cualquier otro, nace tan sólo para cada parte contratante un derecho personal a exigir el cumplimiento de la obligación contraída por la otra, y que los derechos personales o créditos deben embargarse en la forma prescrita por el Art. 478, esto es, notificando al tercero deudor del ejecutado

la orden de embargo, y no como si se tratase de dinero, aprehendiéndolo de poder del tercero y entregándolo al acreedor, conforme al Art. 477 del mismo Código".

Gaceta Judicial, serie VI, Nº 3, págs. 281 y ss.

El Art. 480, que es el 478 anterior, dispone que, el embargo de un crédito se hará notificando al tercero deudor del ejecutado.

No hay, pues, duda alguna, respecto de la forma de hacer el embargo de un crédito. Por lo mismo, para ejecutar este embargo, se ha de aplicar dicho precepto y no el que establece la forma de embargar dinero, porque un crédito no es dinero.

818.—EFECTO DE LA NOTIFICACION DE EMBARGO DE RENTAS

"Abril de 1944.—Consta del instrumento de fs. 7, que el Tesorero Municipal de este cantón decretó el embargo de las pensiones de arrendamiento que produzca la casa..., debiendo notificarse a los arrendatarios, para que se constituyan responsables. — En virtud del embargo antedicho, las pensiones de arrendamiento de las piezas de la casa... a que se refiere la demanda, no pudo entregar el arrendatario al demandante ni a ninguna otra persona que no fuera la designada por el juez de la coactiva, porque por el hecho de la notificación quedaron esas pensiones a la orden del juez que ordenó el embargo".

Gaceta Judicial, serie VI, Nº 14, pág. 875.

La diligencia de notificación del embargo constituye la base para hacer efectiva la obligación del arrendatario de no pagar al arrendador ni a ninguna otra persona que no sea la designada por el juez que ordenó el embargo, las pensiones de arrendamiento.

La boleta de notificación del embargo sirve para que el arrendatario justifique que no puede pagar las pensiones al arrendador sino con orden del juez que decretó el embargo.

Art. 99.—**Son efectos de la citación:**

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

2º—**Interrumpir la prescripción;**
3º—**Obligar al citado a comparecer ante el juez para deducir excepciones;**
4º—**Constituir al demandado poseedor de mala fe, e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda, según lo dispuesto en el Código Civil; y,**
5º—**Constituir al deudor en mora, según lo prevenido en el mismo Código.**

Referencias:

Numeral 1º: Arts. 3, 14 y 15.
Numeral 2º: Código Civil, Arts. 2519 y 2534.
Numeral 3º: Arts. 100 a 102.
Numeral 4º: Código Civil, Arts. 745, 975 y 976.
Numeral 5º: Código Civil, Arts. 1604, 2237 y 2248.
Código Civil: Art. 1969.

819.—**Comentario:**

Efectos de la citación.—De los efectos puntualizados en este artículo, se desprende también la importancia de la citación. Ya los estudiamos, detenidamente, en los Nos. 782 a 788.

820.—**Jurisprudencia:**

1) En el juicio Ricaurte-Hugo, se resuelve: 1º—Conforme al Art. 2500 del Código Civil, para que se interrumpa la prescripción que extingue las acciones ajenas, basta la presentación de la demanda, sin que sea necesario la citación al demandado; y 2º—La excepción de que habla el inciso final de este artículo, se refiere sólo al caso especial de la acción de dominio, que se dirija contra el poseedor de la cosa que se trata de reivindicar.

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 93.

Este es el único fallo en este sentido; fallo que está contra los principios y contra las disposiciones legales.

2) En el juicio seguido por la Junta de Beneficencia de Guayaquil contra la familia de la Puente, se resuelve: La pres-

cripción que extingue las acciones y derechos ajenos se opera por el simple transcurso del período de tiempo señalado por la ley, sin que puedan aceptarse otras causas de interrupción que las señaladas por el Art. 2500 del Código Civil, entre las que se cuenta la demanda judicial.

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 47.

3) En el juicio Balseca-Lasso, se resuelve: Si bien la demanda judicial interrumpe la prescripción que extingue las acciones ajenas, según lo preceptuado en el Art. 2500 del Código Civil; dicha interrupción no tiene lugar cuando se ha cesado en la prosecución del juicio por más de tres años, como lo dispone el Art. 1485, inciso 2º, del mismo Código.

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 98.

El Art. 416 dispone que, el abandono de la instancia no impide que se renueve el juicio por la misma causa; y que, si, al renovarse la demanda, el demandado opone la prescripción, se atenderá a los plazos que fija el Código Civil; entendiéndose que la demanda que se propuso, en la instancia abandonada, no ha interrumpido la prescripción.

4) En el recurso de queja López-Bustillos, se resuelve: 1º—Es aplicable al mero tenedor, el precepto legal en virtud del que el poseedor de buena fe sólo está obligado a la restitución de los frutos, después de la citación de la demanda; y 2º—En consecuencia, ha lugar a recurso de queja contra el juez que, sin prueba de mala fe, condena al tenedor de una cosa a la restitución de los frutos anteriores a la demanda.

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 125.

5) En el juicio Madrid-Yépez, se resuelve: En las obligaciones de hacer, el deudor no está en el caso de indemnizar perjuicios, sino cuando se constituye en mora, atento lo dispuesto en los Arts. 1541 y 1543 del Código Civil.

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 47.

6) En el juicio Rohde-Banco Comercial y Agrícola, se resuelve: 1º—La obligación de restituir, no le impone al deudor la de pagar intereses de la mora, desde que se le citó con la

demanda de nulidad de los contratos; y 2º—Por consiguiente, sólo se deben esos intereses, desde que el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor, para la restitución de la cantidad que adeudare.

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 123.

7) En el juicio Eguiguren-Fisco, se resuelve: Si se hallare limitada una obligación al pago de una suma de dinero, la fecha inicial para el pago de intereses, cuando el deudor no está en mora, es la de la citación de la demanda, ya que con esta citación se le constituye en mora al deudor.

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 55.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

JURISPRUDENCIA

821.—DISUELTA UNA SOCIEDAD CIVIL, POR HABER TERMINADO EL PLAZO CONVENIDO, NO DEBE NOMBRARSE LIQUIDADOR, COMO EN LA SOCIEDAD MERCANTIL, Y SI SE LO HA NOMBRADO, NO REPRESENTA A LA SOCIEDAD DISUELTA, POR LO QUE NO DEBE CITARSELE LA DEMANDA. ESTA DEBE CITARSELA A LOS EXSOCIOS.

"Octubre de 1932.—La copia de la escritura de fs...., en que se ha transcrito la escritura constitutiva de la Sociedad C. A. Alvarez y Compañía, comprueba que la sociedad establecida es civil, y no mercantil, habida cuenta de la naturaleza del objeto con que aquélla se estableció; y si según la misma escritura, dicha sociedad se ha disuelto por haber terminado el plazo convenido para su subsistencia, esa sociedad ha de regirse no por las prescripciones del Código de Comercio sino por lo que el Código Civil prescribe en orden al contrato de sociedad. — Si por la disolución de la sociedad no subsiste el carácter de gerente en los socios que la establecieron, no por eso ha desaparecido la personería legal de los asociados para intervenir judicial o extrajudicialmente en los actos jurídicos de los socios respecto de terceros, como provenientes de las operaciones efectuadas por la sociedad, ya que disuelta ésta, el Art. 2102 del Código Civil prescribe tan sólo que se proceda en este caso a la división de los objetos que componen su haber y no determina qué persona debía representar a la sociedad en las gestiones posteriores a su disolución. — El liquidador representa a la sociedad, judicial o extrajudicialmente, tan sólo en las sociedades mercantiles, según lo establecido en el Art. 350 del Código de Comercio. Por lo

expuesto se declara que en este juicio deben intervenir como demandados los socios..., y que, como se solicita a fs...., se ordena que las indicadas personas contesten la demanda en el término legal".

Gaceta Judicial, quinta serie, Nº 70, págs. 1670 y ss.

Disuelta la sociedad civil, el gerente de esta sociedad deja de ser tal, y, por lo mismo, no puede seguir representándola.

El Art. 2135 del Código Civil dispone que, disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su haber; y que las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, se aplicarán a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones del Título que trata "de la sociedad".

En consecuencia, es aplicable a los socios el Art. 1407, que dispone que, las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas; y, por lo mismo, se puede decir que, las deudas de la sociedad disuelta se dividen entre los exsocios a prorrata de las cuotas que tuvieron en la sociedad.

El Art. 2115 también está de acuerdo con esta conclusión, pues, dispone que, si la sociedad colectiva está obligada respecto de terceros, la totalidad de la deuda se dividirá entre los socios, a prorrata de su interés social, y la cuota del socio insolvente gravará a los otros.

En consecuencia, en el caso materia de este fallo, los exsocios responden de las obligaciones de la sociedad para con terceros, y a ellos se debe demandar el cumplimiento de tales obligaciones; y a ellos se les debe citar como tales demandados.

822.—EL MINISTERIO FISCAL ES PARTE EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES. EN CONSECUENCIA, DEBE CITARSELE LA DEMANDA

"Mayo de 1936.—Conforme al Art. 29 de la Ley de Matrimonio Civil, debían intervenir necesariamente, como partes en el juicio, el ministerio fiscal y un defensor de matrimonios, esto es, era indispensable darles traslado de la demanda, con apercibimiento en rebeldía, a fin de que la contestaran dentro

del término respectivo, o se les acusara de rebeldes, para que siguiera adelante el juicio. — No se ha subsanado esta falta de citación legal de la demanda, con la orden expedida por el juez de la causa, de que se contara con el agente fiscal y el defensor de matrimonios, porque tal orden significa sólo que se ponga en conocimiento de ellos la existencia y las diligencias del juicio, sin contener prevención de que intervengan en éste como partes; tanto más, cuanto que, esa orden, constituye el segundo período del decreto de fs...., en cuyo primer período se da explícitamente traslado de la demanda a..., de manera exclusiva, contraponiéndose así las diferentes calidades en que se mandaba contar con la una y con los otros. — Tampoco se ha subsanado la falta con el hecho de que el actuario haya notificado la demanda a los funcionarios de que se trata, por cuanto el único efecto que puede surtir esta diligencia practicada por el actuario es el que corresponde a la providencia judicial en cuyo cumplimiento se verificó aquélla. — La omisión de la solemnidad sustancial anotada ha influído en la decisión de la litis, una vez que los funcionarios sobredichos guardaron silencio en vista de la demanda, cuando hubieran podido proceder de otro modo, en cumplimiento de su deber, si el juez les hubiera llamado a intervenir en los términos establecidos por la ley".

Gaceta Judicial, quinta serie, Nº 127, pág. 3039.

No estamos de acuerdo con la Corte Suprema, en cuanto anula la causa. La ley dispone que el Ministerio Público ha de intervenir como parte en estos juicios. En el presente caso, el juez ordenó que se contara en la causa con el agente fiscal, y el actuario citó al agente fiscal.

En consecuencia, el agente fiscal sabía que debía intervenir en la causa como parte, porque así lo dispone la ley; sin necesidad de que el juez, expresamente, dijera que le daba traslado de la demanda.

La ley no determina ni exige el empleo de fórmulas sacramentales.

Lo hecho en este juicio, con respecto al agente fiscal, no pudo influir en la decisión de la causa, puesto que el silencio de este funcionario constituyó una negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda, que hacía pesar sobre el actor la carga de la prueba.

El Art. 142 del Código Civil dispone que, las causas sobre validez o nulidad del matrimonio tendrán siempre tres instancias, e intervendrá en ellas, como parte, el Ministerio Público.

Asimismo el Art. 4 de la Ley de Patrocinio del Estado dispone que los agentes y ministros fiscales, en las causas de validez o nulidad del matrimonio, ejercerán el patrocinio de éstas, en representación del Ministerio Público del Estado.

En consecuencia, la demanda de anulación de matrimonio debe citarse al agente fiscal.

De no citársele, hay ilegitimidad de personería y el proceso es nulo.

823.—LA BOLETA DE NOTIFICACION Y EL ACTA DE NOTIFICACION SON INSTRUMENTOS PUBLICOS. SI HAY DIFERENCIA EN CUANTO A LA FECHA DE LA NOTIFICACION, SE ESTARA A LO QUE CONSTE EN LA BOLETA

"Febrero de 1958.—A fs.... consta que la resolución pronunciada el..., se notificó por boleta a las partes el día siguiente, o sea el 10 de abril de 1957; pero en la boleta de notificación al demandado, agregada a fs. 12, aparece que a éste se le notificó el 11 de abril de 1957, es decir un día posterior al determinado en la diligencia de fs. 10. — Si se aceptara la fecha de aquella diligencia, en la que se asegura que la notificación se la practicó el 10 de abril de 1957, el recurso de apelación de la providencia de fs. 9 vuelta se lo habría interpuesto después de haber concluído el término de proponer ese recurso; pero si se admitiera que el término de interponer dicho recurso principió a decurrir desde la fecha de la boleta, el expresado recurso se lo habría interpuesto oportunamente.— La diligencia extendida en el proceso, en la que se deja constancia de que se notificó a las partes, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 79 del Código de Procedimiento Civil, es un instrumento público; pero también lo es la boleta de notificación, de conformidad con lo que preceptúan los Arts. 82, 166 y 167 del Código citado. La diferencia que existe entre la fecha señalada en aquella diligencia procesal y la fijada en la boleta de notificación, debe resolverse en el sentido de que la última es la que debe servir de antecedente para el cómputo

del aludido término, por los motivos siguientes: a) la boleta es el instrumento público que constituye legalmente el acto de la citación o notificación a las partes, boleta que, para ser válida, debe contener el "pedimento, la orden o proveído del juez, y la fecha en que se hace la notificación", de acuerdo con lo que dispone el Art. 82 del Código citado; b) la orden específica de que en la boleta debe fijarse la fecha en que se hace la notificación, demuestra que el legislador le dió notoria importancia a este requisito relativo a determinar el día en que se notifica, el que representa parte esencial de la boleta, conforme al numeral 4º del Art. 171 del Código precitado. — La boleta es la prueba instrumental de la notificación y si en aquélla no se insertase la providencia del juez, por ejemplo, de nada valdría que en la diligencia procesal se asegurase que se ha notificado con esa providencia. — Las partes y sus abogados se guían, en la defensa de sus derechos, por las boletas que reciben, en las cuales deben constar todos los requisitos que la ley exige; y, por consiguiente, la fecha de ellas les sirve para saber cuándo comienza o expira un término. — Las reglas de la sana crítica y la justicia conducen a que se acepte un recurso interpuesto cuando todavía no concluía el término legal, contado desde la fecha de la boleta. — El juez negó el recurso de apelación, fundándose en que se lo había interpuesto cuando estaba ya vencido el término de interponerlo; pero cuando se le presentó la boleta de notificación, que corre a fs. 12, revocó esa negativa y concedió el recurso en referencia, basándose en que, "por error involuntario se ha hecho constar las notificaciones con el auto que resolvió las excepciones dilatorias con fecha 10 de abril, debiendo ser con fecha 11 del mismo mes, de conformidad con la boleta que se adjunta"; lo que demuestra que se reconoció la equivocación en que incurrió el actuario, al fijar en la diligencia procesal una fecha distinta de la que consta en la boleta, error que puede atribuirse a que aquella diligencia procesal se la escribió después de algunos días de practicada la notificación por boleta, debido a que sobrevino la vacante judicial de dos semanas antes de vencer dicho término".

Gaceta Judicial, serie IX, Nº 1, págs. 104 y ss.

Estamos de acuerdo con el contenido del fallo. Sus fundamentos son convincentes.

Además, debemos decir lo siguiente: el Art. 327 dispone que, todos los términos se cuentan desde el día en que se hizo la última citación o notificación.

La notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes o de otras personas o funcionarios, en su caso, las providencias judiciales.

El Art. 82 dispone que, si no se encontrare a la persona que debe ser notificada, **se la notificará por boleta** dejada en la correspondiente habitación.

Luego, la fecha de la boleta es la fecha de la notificación; y si entre ésta y la del acta de notificación hay alguna diferencia, se ha de estar a lo que diga la boleta.

824.—ES INDETERMINADO EL SEÑALAMIENTO DE DOMICILIO EN EL QUE NO SE FIJA LA CALLE, NI EL NUMERO DE LA CASA, NI SE DA SEÑAL O INDICACION ALGUNA QUE PUDIERA PRECISAR CUAL ES O DONDE ESTA LA CASA SEÑALADA

"Setiembre de 1932.—El señalamiento de domicilio hecho por las recurrentes en el escrito de fs. 105, es completamente indeterminado, puesto que no se fija en él la calle, ni el número, ni se da señal o indicación alguna que pudiera precisar cuál es o dónde está situada la casa en que habita..., sino que se deja al conocimiento que tuviese el secretario de este Tribunal; y como de la razón puesta por aquel funcionario aparece que ignora la casa donde vive la mencionada..., resulta que tal señalamiento es como si no se hubiera hecho, y que la fecha de la citación del decreto en que se manda poner en conocimiento de las partes la recepción del proceso, se ha de contar desde la del proveído, de acuerdo con lo prescrito por el inciso 1º del Art. 111 del Código de Enjuiciamiento Civil".

Gaceta Judicial, quinta serie, Nº 68, pág. 1614.

El Art. 80 dispone que, todo el que fuere parte en un procedimiento judicial, ha de designar la habitación en que ha de ser notificado, la que no podrá distar más de un kilómetro de la correspondiente oficina de despacho.

Designar es señalar, indicar.

En el caso materia de este fallo, no se ha señalado, no se ha indicado con precisión, el lugar en el que se debía notificar, pues, falta la designación común, o sea la de la calle donde esté situada la casa y la del número de ésta.

La designación se hizo a base de que el secretario del Tribunal conocía la habitación señalada; pero si el secretario asegura que no la conoce, resulta que no se ha designado habitación para las notificaciones; por lo que no se debe notificar al que no la señaló, y para el decurso de los términos se ha de estar a lo que dispone el Art. 86.

825.—LA DESIGNACION DE DOMICILIO DEBE SER CLARA Y PRECISA

"Enero de 1936.—Atento el tenor y espíritu del Art. 107 del Código de Enjuiciamiento Civil, todo el que fuere parte en un procedimiento judicial ha de designar clara y precisamente la habitación en que ha de ser citado; y no reúne las condiciones de claridad y precisión la vaga designación hecha por la demandada..., al ser citada con la demanda... Expresar que, "para las citaciones posteriores designaba su cuarto de habitación sito en esta ciudad", sin otra indicación al respecto, era poner al actuario en la necesidad de averiguar en donde se hallaba ese cuarto, lo cual es contrario al propósito del legislador. No estuvo, pues, el actuario obligado a volver a citar a la demandada..."

Gaceta Judicial, quinta serie, Nº 127, pág. 3023.

Absolutamente de acuerdo en que, con claridad, precisamente se ha de señalar lugar para las notificaciones.

Estimamos que el actuario no debió aceptar la indicación hecha, o debió observar a la demandada que la designación era vaga, imprecisa, por lo que no surtiría efecto alguno.

El actuario debió, en ese momento, averiguar a la citada en dónde se hallaba el cuarto de habitación que ella señalaba como lugar para las notificaciones.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA DE DERECHO

826.—NO DEBE ADMITIRSE UNA DEMANDA EN LA QUE EL ACTOR NO DETERMINE DE MANERA CLARA Y PRECISA EL DOMICILIO EN EL CUAL DEBE CITARSE AL DEMANDADO

"Marzo de 1950.—La demanda expresa claramente que la acción ejecutiva va dirigida contra ambos deudores solidarios, J. P. y J. P. L. y que el actor oportunamente señalará los domicilios de los demandados. Si bien J. P. L. fue citado personalmente con el auto de pago, a fs. 3 aparece citado también J. P. por tres boletas, en el domicilio designado, siendo así que en el proceso no consta tal designación, sino la simple promesa del actor de que lo designará, sin que parezca de autos haberlo designado y sin que en la citación conste tampoco el lugar del domicilio, en que fue citado, de que lógicamente se concluye que, respecto de J. P. no hubo citación con la demanda en la forma legal; ni podía tener efecto respecto de éste la rebeldía acusada por el actor en la audiencia de conciliación, por el mismo motivo de no haber sido previamente citado con la demanda; además de que el juicio se ha seguido solamente con uno solo de los demandados, sin que J. P. haya comparecido para nada en el proceso, ignorando, sin duda, la acción deducida en su contra. — Aunque a fs... el Oficial Mayor del Juzgado Primero Provincial de Pichincha sienta razón de que J. P. no ha señalado domicilio para las notificaciones posteriores, del proceso aparece que tampoco lo señaló para las anteriores, señalamiento omitido por el actor lo mismo que por el demandado, omisión que deja sin valor la aseveración de fs. 3 de que fueron entregadas las boletas de citación a J. P. en el domicilio designado. — De lo dicho se infiere sin lugar a duda que se ha omitido en la tramitación del presente juicio la cuarta de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, es decir, la citación de la demanda al demandado, causa de nulidad declarable de oficio según el Art. 375 del Código de Procedimiento Civil y habida cuenta de que esa falta de citación ha impedido que el demandado J. P. deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos".

"Quito, abril de 1950.—La Primera Sala de esta Corte no ha producido ninguna nueva doctrina en materia de citación con la demanda. Es la ley que exige que el actor señale el do-

micilio del demandado en donde éste debe ser citado, designación que ha de constar en el proceso; y es la misma ley la que manda que el secretario, cerciorándose de la verdad de la designación cite a la parte en el domicilio señalado (Arts. 79 y 80 del Código de procedimiento civil). A mayor abundamiento, la Suprema Corte de Justicia en reunión plena de este Tribunal dictó la siguiente disposición transmitida ya a todos los tribunales y juzgados de la República "que no se admitan demandas en las que el actor no determine de manera clara y precisa el domicilio en el cual debe citarse al demandado, cumpliendo en esta forma lo prescrito en el Art. 80 del Código de Procedimiento Civil, y que, los secretarios de los juzgados, al efectuar esas citaciones, procuren identificar a la persona citada por cuantos medios crean convenientes". El auto de nulidad pronunciado por esta Sala y cuya revocación se pide se funda sustancialmente en el incumplimiento de los ya puntualizados requisitos legales, cuya observancia ha sido reiterada con toda precisión y claridad por el Tribunal Supremo. La forma legal de la citación con la demanda al demandado no es, como se pretende, indiferente para el fin que la ley se propone, a saber, que la parte demandada conozca la existencia y texto de la demanda en su contra, antecedente indispensable para el ejercicio de su derecho de defensa, forma legal de esa citación que, por el fin ya expresado, jamás puede ser calificado de letra muerta. Además, el cumplimiento de los preceptos legales relativos a la citación con la demanda, tales como el señalamiento de domicilio del demandado, la convicción formada por el secretario de que el señalado es realmente el domicilio propio del litigante, el haber sido el reo citado por boleta o en persona, debe constar por escrito en el proceso. No puede ser el cumplimiento de aquellos requisitos presumido legalmente, ya que, una presunción semejante, no puede dimanar del simple goce de la fe pública de un funcionario judicial, ni la ley puede admitirla, porque podría causar el aniquilamiento del derecho de defensa en juicio, toda vez que se trataría o podría tratarse de una presunción totalmente ajena a la verdad de lo acontecido en lo que se relaciona con la citación de la demanda. Ello necesariamente influye en el curso y decisión de la causa, y por ello no cabe la aplicación invocada del Art. 1127 del Código de Procedimiento Civil, pues es-

taríase en el caso contrario al del mentado artículo, ya que los intereses de la justicia serían precisamente los sacrificados por el incumplimiento de las formalidades legales".

Gaceta Judicial, Serie VII, Nº 15, págs. 1714 y ss.

Como resuelve la Corte Suprema, la ley exige que el actor señale la habitación en que se ha de citar al demandado, y que el actuario, cerciorándose de la verdad de que el lugar designado es la habitación del demandado, le ha de buscar allí para citarle.

El cumplimiento de estos requisitos debe constar por escrito; no puede presumirse legalmente.

En el presente caso, el actor no designó la habitación del demandado; ofreció que lo haría y no aparece haberlo hecho.

El actuario sienta diligencia de la citación, pero en tal diligencia no consta el lugar en el que se hubiera citado.

En consecuencia, bien puede concluirse, lógicamente, que no hubo citación; y, de este modo, bien pudo también no aceptarse la aseveración del secretario del juzgado, a pesar de que goza de fe pública, porque, en este caso, no es posible presumir la citación.

La disposición dictada, al respecto, por la Corte Suprema, es muy importante, beneficiosa, útil.

827.—LAS NOTIFICACIONES SE HAN DE HACER EN EL LUGAR DESIGNADO

"Abril de 1936.—La notificación de la sentencia de la Corte Superior... así como las demás que, por boleta, se han hecho a... con providencias anteriores, están practicadas en la misma forma y en la misma habitación o domicilio designado en el escrito de fs. 9, o sea en la casa Nº 233, de la carrera Pedro Fermín Cevallos, domicilio al cual, por ser designado por los mismos demandados, debió sujetarse el actuario en cumplimiento de su deber y de lo prescrito en el Art. 107 del Código de Enjuiciamiento Civil, sin que ninguna de las citaciones anteriores a la de la sentencia, siendo como son análogas a la de ésta, se hubiese objetado por los demandados; tanto más cuanto que, para afirmar como se hace en el escrito de fs. 113, que la citación con dicha sentencia se hizo en la casa Nº 231 de la carrera Pedro Fermín Cevallos, era necesario que

así lo hubiera expresado el actuario en la diligencia de fs. ., ., lo que, además, era inútil, desde que fijado el domicilio en el cual debían ser citados los demandados, bastaba que tal particular se hiciera constar en la diligencia respectiva".

Gaceta Judicial, quinta serie, Nº 137, pág. 3284.

Si los demandados señalaron la casa Nº 233 de la calle Pedro Fermín Cevallos, como lugar en el que debía notificárseles, allí debía el actuario hacerles las notificaciones, ya que el Art. 81 dispone que, una vez designada la habitación, las notificaciones se harán en ella; o personalmente a la parte, dentro o fuera de la oficina, conforme a las reglas generales.

828.—SI EL AGENTE FISCAL NO DESIGNA HABITACION EN LA QUE SE LE HA DE NOTIFICAR, NO DEBE NOTIFICARSELE

"Octubre de 1938.—Las copias presentadas en esta instancia por el demandante en vía de ilustración y relativas a la citación personal del señor Agente Fiscal Primero, en el juicio arbitral cuya sentencia es el título de esta ejecución, impuso al Tribunal el deber de esclarecer este hecho; por lo que en uso de la atribución consignada en el Art. 367 del Código de Procedimientos Civiles, se expidió el decreto de... pidiendo al Juez Tercero Provincial de Pichincha que remitiera copia auténtica de las diligencias en él puntualizadas, al propósito de conocer, en debida forma, si citado legalmente el Agente Fiscal, como lo declara el juez de la propia causa en su providencia de..., ha designado o no la habitación en que ha de ser notificado. En posesión, pues, de esa copia y de la razón asentada al pie de ella por el Secretario de aquel juzgado, se conoce que, evidentemente, dicho funcionario no ha señalado el lugar para las notificaciones posteriores, por lo que no había necesidad legal de notificársele el laudo, y consiguientemente no hace falta para el efecto de considerar realmente ejecutoriado el mencionado laudo, atentas las prescripciones que sobre el particular contienen los Arts. 80 y 86 del Código antes citado".

Gaceta Judicial, quinta serie, Nos. 156-157, págs. 3840 y ss.

La disposición del Art. 80 es general, y, por lo mismo, comprende también al Agente Fiscal, pues, dice:

"No se hará notificación alguna a la parte que no llenare este requisito", o sea, el de designar habitación en la que ha de ser notificado.

829.—SI EL DEMANDADO SEÑALO DOMICILIO PARA LAS NOTIFICACIONES Y LUEGO SU ABOGADO INTERVIENE EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACION, NO SE HA DE SEGUIR CONTANDO CON ESTE SINO CON EL MISMO DEMANDADO Y SE LE HA DE NOTIFICAR EN EL DOMICILIO QUE YA SEÑALO

"Julio de 1943.—El abogado Dr... no se ha presentado como apoderado del actor ni ha pedido que se cuente con él, por los derechos de su defendido, ni ha presentado escrito alguno que diera lugar a la suposición de que trataba de intervenir en representación de...., en la sustanciación del juicio: compareció únicamente a la referida audiencia, para ese acto singular, terminado el cual, concluyó su gestión. — Como consecuencia de lo expresado en los considerandos anteriores, se desprende que el Secretario de la Comisaría procedió legalmente al seguir contando, como parte en el juicio, con... y notificando a éste en el lugar que para ello había señalado y que es, precisamente, el estudio de su abogado. El propio actor así lo había entendido, cuando él, personalmente, asistido por el mismo defensor, suscribió el escrito de repreguntas posterior a la audiencia y anterior a la ratificación expresa de la gestión de su abogado".

Gaceta Judicial, serie sexta, Nº 12, págs. 461 y ss.

El actor señaló lugar en el que debía notificársele. El abogado defensor del actor concurrió, a nombre de éste, a la junta de conciliación. Esta intervención del defensor fue sólo para esa diligencia; no dejó sin efecto la intervención del actor ni el señalamiento de lugar para las notificaciones que el actor hizo. Por lo mismo, como resuelve el Tribunal Supremo, en este lugar debía seguir notificándosele al actor, por lo que dispone el Art. 81: "Una vez designada la habitación, las notificaciones se harán en

ella; o personalmente a la parte, dentro o fuera de la oficina, conforme a las reglas generales".

830.—OBLIGACION DE SEÑALAR NUEVA HABITACION PARA LAS NOTIFICACIONES, CUANDO LA CAUSA PASA A OTRO LUGAR

"Abril de 1933.—El Art. 110 del Código de Enjuiciamiento Civil, establece que "si por apelación u otro motivo se remitiere la causa a distinto lugar, harán las partes, ante el juez a quo o ante el superior, la indicación prescrita en el artículo precedente —la designación de la habitación en que ha de ser citado— "bajo el mismo apercibimiento" —el de que no se hará citación alguna a la parte que no llenare este requisito. Según lo transcrito, para que, en tercera instancia, se contase con..., recurrente de la sentencia expedida por la Corte Superior de Ibarra, en el juicio que, para el pago de un préstamo de dinero, le sigue..., era menester que, para ser citado hubiese señalado habitación en Quito, y si ese señalamiento no lo hizo ante el juez a quo debió hacerlo ante el juez ad quem, oportunamente, para que el secretario le hiciese saber, esto es, le notificase, en la habitación señalada, la recepción del proceso, y mientras no se llenase ese deber legal, mal podía ser citado el recurrente, por cuya falta tenía que estarse a lo dispuesto por el Art. 110, en conexión con el inciso segundo del 107 del Código de Enjuiciamiento Civil. Y, dada la regla del Art. 110, para cuando, por apelación u otro motivo, se remitiere la causa a distinto lugar, como acontece con la presente causa venida de Ibarra, de cuya sentencia se ha interpuesto recurso de tercera instancia, a las citaciones en esta instancia a..., ha de ser aplicable tal regla, que, cambiando el anterior sistema, ha dejado sin aplicación el precepto contenido en el Art. 395 del mismo Código. Por lo expuesto, porque los términos (cuando, como acontece en este juicio, no debió citarse a las partes el decreto por el cual se ordenó que se les hiciese saber la recepción del proceso), corren como si la citación omitida se hubiere hecho en la fecha y hora del proveimiento —Art. 111 del Código citado— y porque, desde el 16 de febrero de 1933 fecha del proveimiento del decreto de fs. 82 hasta el 2 de marzo del

mismo año en que se pidió la deserción, transcurrieron más de los diez días fijados por el Art. 478 del predicho Código; se declara desierto el recurso de tercera instancia interpuesto por..."

Gaceta Judicial, quinta serie, Nº 84, págs. 1995 y ss.

El Art. 80 dispone que no se hará notificación alguna a quien no designare habitación en la que se le ha de notificar.

El Art. 85 dispone que, cuando se remitiere la causa a distinto lugar, las partes deben señalar habitación en la que se les ha de notificar, bajo el mismo apercibimiento de que, si no lo designan, no se les hará notificación alguna.

En el caso materia de este fallo, la causa vino de Ibarra a Quito; el apelante no designó lugar en esta ciudad para las notificaciones, por lo que el actuario no debió notificarle.

El decreto en el que se ordenó hacer saber a las partes la recepción del proceso, para que el recurrente determinara los puntos a que se contraía el recurso, empezó a correr desde el proveimiento, porque ninguna de las partes hizo la predicha designación.

Dicho término había vencido cuando se pidió la deserción del recurso, por lo que, legalmente se declaró tal deserción.

831.—EN LA CITACION, EL ACTUARIO DEBE ADVERTIR AL DEMANDADO LA OBLIGACION QUE TIENE DE SEÑALAR HABITACION EN LA QUE SE LE HA DE NOTIFICAR

"Marzo de 1931.—El Agente Fiscal Segundo de la provincia del Tungurahua contradijo a fs. 5 vuelta el domicilio en el cantón Ambato, de los cónyuges que tratan de divorciarse en este juicio, al solicitar que se reciba la causa a prueba para la demostración de ese domicilio; y el Defensor de Matrimonios de ese cantón procedió en igual sentido a fs. 6. Debía, en consecuencia, rendirse legalmente aquella prueba, en el término que el juez concedió al efecto; y si bien es verdad que se recibieron las declaraciones de testigos que obran de fs..., no hacen fe dichas diligencias, por no haberse citado a los sobredichos funcionarios la orden de que se las practique, ni el

respectivo interrogatorio. No obsta a lo dicho la circunstancia de no haber señalado el Agente Fiscal ni el Defensor de Matrimonios lugar alguno para las citaciones, por cuanto, al notificarles la demanda, no cumplió el actuario con la obligación de advertirles el deber que tenían de hacer tal señalamiento".

Gaceta Judicial, quinta serie, pág. 1174.

Cierto que, según el Art. 81, la designación de lugar en que se ha de notificar, puede hacerse en el acto de la citación personal o por escrito separado; y que, al efecto, el actuario advertirá este deber a la parte en el momento de citarle, y hará constar la respuesta en la misma diligencia; pero como se trata de un deber de la parte, aunque el actuario no le advierta este deber, si la parte quiere que se le notifique debe señalar lugar para la notificación.

No se exime del cumplimiento de un deber por el solo hecho de que no se advierta de este deber al obligado.

Estimamos que, al ministro o agente fiscal que interviene en representación del ministerio público debería notificársele en la oficina de su despacho, aunque no haya señalado lugar en el que deba notificársele, pero la ley no dispone así.

832.—LA PERSONA QUE RECIBA LA BOLETA DE NOTIFICACION O CITACION HA DE SUSCRIBIR LA DILIGENCIA RESPECTIVA, O, SI ELLA NO LO HICIERE, UN TESTIGO; DE LO CONTRARIO, LA DILIGENCIA ES NULA

"Diciembre de 1931.—En la citación con la sentencia de primera instancia a... no consta, como debió constar, la firma del testigo a falta de la de..., que ha recibido la boleta citatoria, contraviniéndose así a lo prescrito en el último inciso del Art. 109 del Código de Enjuiciamiento Civil; por lo que tal citación es nula y consiguientemente nulo el proceso, por inobservancia de la solemnidad sustancial prevista en el Art. 7º de las reformas al Procedimiento Civil de 28 de octubre de 1925; ya que tal omisión se alegó en segunda instancia, al tenor de lo dispuesto por el propio artículo".

Gaceta Judicial, quinta serie, Nº 59, pág. 1302.

El Art. 102 a que se refiere el fallo, corresponde al Art. 82 actual. El texto es el mismo, y dice: "La persona que reciba la boleta suscribirá la diligencia, o, si ella no lo hiciere, un testigo".

La disposición es imperativa, por lo que, si la diligencia de notificación o de citación no está firmada por la persona que reciba la boleta, o, si ella no lo hiciere, por un testigo, la diligencia es nula.

El Art. 7 de las reformas a que el fallo se refiere, estableció como solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, la notificación de la sentencia a las partes.

833.—SI LA CITACION NO SE HACE CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 82, ES NULA

"Julio de 1934.—Es nula la citación a..., representante de la sociedad demandada, porque no se ha hecho en la forma prescrita por el Art. 109 del Código de Enjuiciamiento Civil; y aun en el supuesto contrario, no se podría considerar legalmente citada la sociedad, por cuanto no se ha practicado la citación de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 114 del propio Código, no obstante la ausencia de... del lugar del juicio, al tiempo de la notificación. — Según el tenor y espíritu de la primera parte del Art. 109, es preciso que se exprese en la diligencia que se sienta en el proceso, el nombre del individuo a quien se deja la boleta en la correspondiente habitación, por no encontrarse en ésta a la persona que debe ser citada, y la circunstancia de ser ese individuo de la familia o servidumbre de dicha persona; lo cual obliga al actuario a asegurarse de aquellos particulares, cuya observancia es necesaria para conseguir, en lo posible, el objeto esencial de la citación, que no es otro que poner en conocimiento de las partes las solicitudes y providencias del juicio. — En ninguna de las diligencias que constan en la foja 4, relativas a la citación de la demanda, se han cumplido los requisitos indicados, pues si bien en la primera dice el actuario que la boleta fue entregada a un miembro de familia de..., agrega enseguida que no dió su nombre el que recibió ni firmó la diligencia; y en las dos siguientes, el actuario se limita a referirse en cuanto a la calidad de miembro de familia de la persona a quien dejó las boletas, a lo afir-

mado por ella, cuyo nombre, por otra parte, no aparece de las diligencias: cada una de las últimas boletas se entregó, según expresa el actuario, "en manos de una señora que **dijo** ser miembro de su familia —se refiere a la familia de...— que no dió su nombre ni firmó esta diligencia".

Gaceta Judicial, quinta serie, Nº 110, págs. 2608 y ss.

El Art. 82 determina la forma de citación o notificación por boleta.

Según este artículo, la boleta se ha de dejar en la habitación designada, a cualquier individuo de la familia o servidumbre del citado o notificado.

De la diligencia misma ha de constar a quién se dejó la boleta, y si el que la recibió es miembro de la familia o de la servidumbre del notificado, y el grado de parentesco que aquél tenga respecto de éste.

Si estos particulares no constan de la diligencia misma, no habría constancia de haberse practicado la citación o notificación en la forma determinada por el Art. 82; y, por lo mismo, no habría citación o notificación legalmente hecha.

834.—ES NULA LA NOTIFICACION QUE NO SE HACE CONFORME AL ART. 82

"Agosto de 1940.—El escrito en el que se apela de la sentencia de primera instancia, fue presentado el 3 de julio de 1939, esto es, el día anterior al de la citación a las partes con el fallo; y de acuerdo con el inciso 2º del Art. 344 del Código de Procedimiento Civil, no puede el juez aceptar la apelación interpuesta antes de que empiece a decurrir el término de tres días fijado en el inciso 1º, de donde se sigue que, aceptado un recurso propuesto extemporáneamente, el Superior carece de jurisdicción para conocer de los puntos materia del mismo, debiendo limitarse a ordenar que se devuelva el proceso para que se ejecute el fallo. Y así hubiera debido proceder la Corte Superior que conoció del recurso de apelación, si de otro lado no apareciera del proceso que son nulas, por defecto de forma, las citaciones a las partes con la sentencia por haberlas verificado, como en ellas se expresa, con la copia entregada a sus

defensores, sin sujeción a lo prescrito en el Art. 82 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo caso la Corte Superior debió ordenar que vuelva el proceso al inferior para que se rectifiquen las citaciones, y no habiéndolo hecho, el proceso debiera declararse nulo y mandarse que se le reponga al estado de que se hagan dichas citaciones en la forma legal, nulidad que, en ejercicio de la facultad que el Art. 1127 del Código últimamente citado concede a la Corte Suprema, respecto de la sentencia y de los autos con fuerza de sentencia, juzga conveniente el Tribunal no declararla para evitar a las partes los perjuicios consiguientes al retardo, y en atención, además, a que, subsanado el vicio de que adolecen las expresadas citaciones, se hallaría al fin el proceso en el estado en que se halla ahora: de expedirse en última instancia el fallo definitivo".

Gaceta Judicial, Serie VI, Nº 4, págs. 380 y ss.

Según el Art. 82, si no se encontrare a la persona que debe ser notificada, se la notificará por boleta dejada en la correspondiente habitación, a cualquier individuo de su familia o servidumbre.

En el caso materia de este fallo, aparece que la boleta se ha entregado a los defensores, siendo así que, la ley dispone que se la ha de entregar a cualquier individuo de su familia o servidumbre.

En consecuencia, como resuelve la Corte Suprema, la notificación es nula por defecto en la forma.

En la práctica, siempre se procede de este modo, o sea, entregando la boleta al abogado; pero en la diligencia de notificación se hace constar que se ha fijado la boleta en las puertas del domicilio designado, porque no se encontró al que debe notificarse, ni a ningún miembro de su familia o servidumbre.

Convendría reformarse la ley en el sentido de autorizar que pueda entregarse la boleta al abogado defensor, o a cualquier miembro de la familia o servidumbre del notificado.

835.—LA NOTIFICACION DEL TRASLADO A QUE SE REFIERE EL ART. 693 DEBE CONTENER LAS OPERACIONES DEL JUEZ PARTIDOR

"Junio de 1953.—Las notificaciones que aparecen hechas a fs... se están refiriendo sólo al decreto del juez partidor, mas no a sus operaciones como tal, con las cuales quiere la ley que se corra traslado a los interesados para que hagan las objeciones que tuvieren por bien. En esas notificaciones, en la primera que se ha hecho en persona a..., ha debido decirse que se les puso de manifiesto las operaciones del partidor y que se informaron de ellas, mediante la lectura correspondiente; y, en la segunda, verificada por boleta al procurador... ha debido dejarse constancia de que la boleta que se fijó en las puertas del domicilio señalado, contenía la transcripción de dichas operaciones, que era lo interesante que conozcan las personas notificadas. No habiéndose hecho así, no estando las partes notificadas propiamente con las operaciones del partidor, son oportunas las objeciones que acerca de ellas se han hecho, las cuales muy bien pueden todavía considerarse y rever, consiguientemente, la sentencia que las ha aprobado".

Gaceta Judicial, Serie VIII, Nº 3, págs. 259 y ss.

El Art. 693 dispone que, el partidor, una vez hechas sus operaciones, dará traslado a los interesados, por el término de diez días, que correrá simultáneamente para todos. Si no hubiere objeciones y se tratare de bienes raíces, ordenará que se protocolicen e inscriban las hijuelas.

Dar traslado es hacer conocer, es comunicar, es hacer saber algo.

En este caso, la ley quiere que se haga conocer a los interesados, las operaciones hechas por el juez partidor, para que las aprueben o hagan las observaciones que estimen del caso.

En consecuencia, la notificación ha de ser también de esas operaciones; y esto ha de constar de la correspondiente diligencia de notificación, para que se estime cumplida la ley.

Como en el presente caso no se ha hecho constar de la diligencia de notificación, que ésta se ha hecho también respecto de las operaciones hechas por el juez partidor, legalmente puede

considerarse que no existe la notificación de esas operaciones, como resuelve la Corte Suprema.

836.—NO DEBE CITARSE POR LA PRENSA A LOS HEREDEROS DE LA PARTE EN EL JUICIO, QUE INTERVENIA MEDIANTE PROCURADOR

"Febrero de 1955.—El proceso es válido y no influyen en la nulidad las omisiones aducidas por el recurrente, tanto en su escrito de fs..., como en su alegato presentado en esta instancia. La muerte de la demandante..., no obligaba a contarse con sus herederos, desde luego que la difunta constituyó un procurador para este juicio y éste es el llamado a representarla, aun después del fallecimiento, con arreglo al Art. 54 del Código de Procedimiento Civil. Tampoco procede la citación por la prensa a los herederos, en habiendo procurador de su causante, por lo dispuesto en el Art. 87, inciso segundo del susodicho Código".

Gaceta Judicial, Serie VIII, Nº 8, págs. 759 y ss.

En efecto, el Art. 54 dispone que, termina el cargo de procurador en todos los casos expresados en la ley; pero si hubiere muerto el poderdante después de presentada la demanda, continuará el procurador o sustituto representando a la sucesión, en ese juicio, hasta que se nombre curador de la herencia yacente o comparezca el heredero. Lo mismo es aplicable al procurador del demandado, si ya se le hubiese citado la demanda.

Según esto, muerta la parte que intervenía en el juicio mediante procurador, éste sigue representando a la sucesión hasta que comparezca el heredero o el curador de la herencia yacente, según el caso.

No ha terminado el mandato, y, por esto, debe seguir contándose con el procurador y no con los herederos, a no ser que éstos comparezcan en el juicio y pidan que se cuente con ellos.

Así también, el Art. 87, inciso segundo, dispone que, se ha de citar por la prensa a los herederos de una persona que, siendo parte en un juicio, no haya tenido procurador que la represente.

En el caso materia de este fallo, la parte que falleció intervenía en el juicio por medio de procurador, por lo que debió seguir

contándose con éste y no con los herederos; y no hubo necesidad de notificar a éstos por la prensa, como resuelve la Corte Suprema.

837.—¿BASTA ASEGURAR QUE HA MUERTO UNA DE LAS PARTES, PARA QUE SE CUENTE CON SUS HEREDEROS?

> "Febrero de 1948.—Por estos fundamentos se revoca el auto recurrido, mandando que vuelva el proceso para que, previa citación en forma legal, a los herederos de... cuya muerte se asegura ha acaecido, se falle sobre lo principal".
>
> Gaceta Judicial, Serie VII, Nº 7, pág. 764.

Cierto que, muerta una de las partes en el juicio, se ha de seguir contando con sus herederos, o con el curador de la herencia yacente, hasta que comparezcan los herederos, si es que el fallecido no hubiere estado interviniendo mediante procurador.

Cierto que, a los herederos se les ha de notificar por la prensa, en la forma determinada en el Art. 87.

Pero para ordenar que se cuente con los herederos y que se les notifique en la forma ya indicada, no basta que sólo se asegure que una de las partes ha muerto, sino que es necesario que se pruebe el fallecimiento, pues bien pudiera resultar que la afirmación del fallecimiento no sea cierta.

838.—MUERTA UNA DE LAS PARTES EN EL JUICIO, QUE INTERVENIA SIN PROCURADOR, HA DE CONTARSE CON LOS HEREDEROS, PREVIA LA NOTIFICACION CORRESPONDIENTE

> "Julio de 1943.—En el juicio propuesto por... contra..., sobre terminación del contrato de trabajo y pago de indemnizaciones, concedido por la Corte Superior, el recurso interpuesto por el demandado, de la sentencia que aquélla expidiera, el Tribunal Supremo ha resuelto —según consta en el ejecutorial del folio 80— que, por el fallecimiento del actor, anterior a la sentencia, ésta debía notificarse a los herederos, y que, como todo término se cuenta desde la última notificación, faltando ésta a dichos herederos, no había principiado el decurso del

término para interponer el recurso, resultando de consiguiente, prematuro el interpuesto y la Corte sin competencia para conocer del juicio. Posteriormente, elevado otra vez el proceso a la Corte Suprema, ésta —como consta del ejecutorial de la foja 92— ha declarado que no habiéndose notificado la sentencia a los herederos del actor en la forma especial prevista en la ley, esto es por tres veces en un periódico "no ha podido considerarse el recurso interpuesto y menos elevarse el proceso". Así, con dicha explícita declaración, devueltos los autos a la Corte de Guayaquil, se ha practicado la notificación antes omitida, esta vez en forma legal, y, vencidos veinte días, desde la última publicación, previstos en la mencionada disposición legal, ha transcurrido y fenecido el término que señala el Art. 365 del Código de Procedimiento Civil para que, dentro de él, se pueda interponer el recurso de tercera instancia, puesto que, conforme lo establecido en el 225 del mismo cuerpo de leyes y lo declarado en este mismo juicio, en el ejecutorial antes mencionado, todo término se cuenta desde la última notificación. Resulta de lo expuesto que, después de la última notificación de la sentencia de segunda instancia, o sea de la practicada por la imprenta a los herederos del actor, no se ha interpuesto recurso alguno; y que, por expresa prohibición legal, la contenida en el inciso 2º del Art. 344 del Código arriba invocado, no puede aceptarse ningún recurso antes de que empiece a transcurrir el término fijado por la ley para ello, de manera que no puede considerarse —como ya la Corte lo advirtió expresamente en el auto de... — el interpuesto por el demandado".

Gaceta Judicial, Serie VI, Nº 12, pág. 452.

Este fallo está conforme a la ley: muerto el actor, que intervenía personalmente y no por medio de procurador, debía contarse con sus herederos, y, para esto, notificárseles conforme al Art. 87.

De no hacerse así la notificación de la sentencia, no había notificación del fallo, y no podía empezar a correr el término para recurrir de él, ya que los términos, generalmente, se cuentan desde la última citación o notificación.

En el presente caso, la última notificación era la última publicación hecha por la prensa, y, desde entonces, debían contarse

los veinte días a que se refiere el Art. 87; y dentro de estos veinte días podía interponerse el recurso correspondiente.

839.—LO DISPUESTO EN EL ART. 87 SE APLICA TANTO A LOS JUICIOS DE JURISDICCION CONTENCIOSA COMO A LOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

"Diciembre de 1945.—En el juicio de partición de los bienes mortuorios de... no se ha citado a todos los herederos por la prensa en la forma que prescribe el Art. 87 del Código de Procedimiento Civil; por tanto, no ha empezado a correr el término para que los interesados nombren partidor. No distingue este artículo entre juicios de jurisdicción voluntaria y contenciosa, y lo que en él se manda debe cumplirse tanto en los unos como en los otros. La palabra **todos** se refiere tanto a los herederos conocidos como a los presuntos; y en razón de estos últimos se hace, principalmente, la publicación, pues, los primeros no tienen necesidad de ella, porque se les cita personalmente o por boleta; no subsana, por lo mismo, la nulidad la circunstancia de que no se la alegue por los herederos conocidos, pues la falta de publicación impide que los herederos presuntos hagan valer sus derechos, y no es aplicable, en consecuencia, el Art. 377 del Código de Procedimiento Civil, que supone que la parte no citada ha comparecido en juicio a deducir sus excepciones en los juicios contenciosos o a hacer valer sus derechos en los juicios de jurisdicción voluntaria".

Gaceta Judicial, Serie VII, Nº 1, pág. 55.

En efecto, el Art. 87 no hace distinción entre los juicios de jurisdicción contenciosa y los de jurisdicción voluntaria; ni se refiere sólo a los primeros; es un precepto general, que debe aplicarse en todos los juicios, cualquiera que sea la jurisdicción que en ellos se ejerza.

Cierto que el inciso tercero del mismo artículo dispone que, se ha de citar a todos los herederos en la forma determinada en los incisos anteriores; pero, el mismo inciso tercero dispone que a los herederos conocidos se les ha de citar en persona o por boleta; luego, sólo a los no conocidos se les ha de citar o notificar por medio de la prensa.

De lo contrario tendríamos que a los herederos conocidos se les citaría en persona o por boleta y por la prensa; o sea, que se les haría dos citaciones o notificaciones; lo que no es necesario ni exige la ley.

840.—LA COMUNIDAD LLAMADA DE INDIGENAS ES LA ANTIGUA COMUNIDAD DE INDIOS A QUE SE REFERIA EL CODIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

"Julio de 1928.—Al disponer el Art. 113 del Código de Enjuiciamiento Civil, que la citación de una demanda a una comunidad de indios se haga por carteles o edictos fijados en los lugares más concurridos, no puede menos de referirse a las agrupaciones de individuos de la raza aborigen, que, con ese nombre de comunidades de indios, existen en varios puntos del territorio nacional, y aunque figuran de hecho entre las colectividades de orden jurídico, carecen de organización ajustada a ninguna de las instituciones de la República. — Son, pues, dichas comunidades, en consideración a su conjunto, no con relación a ninguno de sus individuos en particular, el sujeto de sus derechos y obligaciones respecto de terceros; y, por esta misma razón, al ser llamadas a juicio, les es forzoso constituir un personero que les represente, so pena de soportar las consecuencias del litigio, sin que se vuelva a contar con ellas, como lo prescribe la propia disposición legal arriba citada".

Gaceta Judicial, cuarta serie, Nº 262, pág. 1314.

Actualmente, la ley habla de las comunidades llamadas de indígenas, en vez de las comunidades de indios; pero el concepto es el mismo.

Ahora, ha variado la forma de citación a estas comunidades, como ya vimos al estudiar el Art. 88.

La forma de citación vigente es muy atinada; favorece a los miembros de estas comunidades.

841.—DESDE QUE EL PUPILO CUMPLE LA MAYOR EDAD, EL CURADOR DEJA DE REPRESENTARLE Y NO DEBE SEGUIR NOTIFICANDOSELE

"Julio de 1932.— ... cumplió su mayor edad el 5 de octubre de 1918, según consta de la partida de bautizo de fs. 80; por tanto, desde esa fecha dejó de representarle su curador **ad litem** ..., puesto que la curatela de un menor, cesa **ipso jure**, el momento que el pupilo cumple su mayor edad. La sentencia de fs. 78 y 79, se citó a los otros interesados el 22 de enero de 1919; y como en esa fecha,... era mayor de edad, hubo necesidad de que se le cite para tener por ejecutoriado el fallo, citación que no llegó a efectuarse. No subsana esta falta de citación al que fue su curador..., porque éste dejó de serlo con mucha anterioridad, y no representaba, en la época en que fue citado, los derechos de...".

Gaceta Judicial, quinta serie, Nº 82, pág. 1868.

Se da curador **ad litem** al incapaz que no tiene quién le represente.

El curador **ad litem** del menor de edad representa a éste sólo mientras es menor de edad.

En cuanto deja de ser menor de edad, el curador deja de ser tal.

Por lo mismo, en cuanto el menor de edad llega a ser mayor de edad, debe contarse con éste y no con el curador.

Si se sigue contando con el curador, existe ilegitimidad de personería de éste, que anula el juicio.

Si se sigue notificando al curador, lo notificación es nula.

842.—SI ANULADA UNA CAUSA, A COSTA DE UN JUEZ, SE LA ELEVA EN CONSULTA, EL AUTO DE ANULACION DEBE NOTIFICARSE A ESE JUEZ

"Diciembre de 1939.—Anulada por la Corte Superior de Portoviejo, a costa del Teniente Político de Cayo y del Juez 2º del Crimen de Manabí, la causa iniciada para descubrir los autores de la muerte a una vaca de propiedad de..., se ha remitido el proceso en consulta, sin haberse notificado antes

aquel fallo también a dicha autoridad parroquial, a fin de que pueda ejercitar sus derechos en el caso. Es por tanto prematura la elevación de los autos y, en consecuencia se manda devolverlos para que la Corte, en el respectivo cuaderno de segunda instancia, haga practicar la notificación omitida y entonces provea lo que corresponda".

Gaceta Judicial, Sexta serie, Nº 1, pág. 4192.

Deben notificarse todas las providencias judiciales.

La notificación se hace a todo el que es parte en un procedimiento judicial.

Ciertas providencias se han de notificar también a quien causen perjuicio inmediato y directo.

El auto de anulación causa perjuicio inmediato y directo al juez instructor a cuya costa se anula el juicio; luego, a este juez también debió notificarse dicho auto, para que, como resuelve la Corte Suprema, puede ejercer los derechos que le correspondan.

843.—EFECTO DE LA CITACION NO DETERMINADO EXPRESAMENTE EN EL ART. 99

"Febrero de 1948.—La citación de la demanda coloca al demandado en situación de sujetarse a las consecuencias del litigio, según el estado en que se encontraban las cosas al momento de esa diligencia; por esto, y porque los efectos de una sentencia declaratoria de derechos se retrotrae a la fecha de la citación de la demanda, no pueden tomarse en cuenta los actos posteriores que modifiquen las relaciones jurídicas en que estaban colocados actor y demandado al tiempo de la citación".

Gaceta Judicial, Serie VII, Nº 6, pág. 605.

Juicio es la contienda legal sometida a la decisión de los jueces.

La contienda se establece, se determina, se fija por la demanda y por la contestación a la demanda o el silencio del demandado.

En la demanda, el actor determina la cosa, cantidad o hecho que exige **(petendi)**, y la causa, razón o derecho con que reclama **(causa petendi)**.

A este pedido, así planteado, se han de referir la contestación a la demanda y la sentencia.

Ya hemos de ver que la sentencia puede ser: declarativa, de condena, o constitutiva; y que el principio que rige el problema de la retroactividad de la sentencia, puede resumirse o generalizarse así: las sentencias declarativas retrotraen sus efectos hacia el pasado; las de condena, hasta el día de la demanda o de la citación; y las constitutivas no tienen efecto retroactivo.

844.—LA PRESCRIPCION SE INTERRUMPE POR LA CITACION Y NO POR SOLO LA PRESENTACION DE LA DEMANDA

"Abril de 1935.—No deja lugar a duda el hecho de que únicamente la citación legal con la demanda, es capaz de interrumpir la prescripción, sin que tenga ese efecto la simple presentación del libelo respectivo. Una demanda si significa una alteración de un orden jurídico anterior, en razón de los hechos o fundamentos que ella contiene, para que constituya un nuevo orden de relaciones jurídicas con el demandado, es necesario que éste sea legalmente citado con ella, ya que no se compadecería con los más obvios principios de justicia universal el que pueda surtir efecto contra un individuo el acto de otro que no le ha sido comunicado oficialmente".

Gaceta Judicial, Quinta serie, Nº 122, págs. 2927 y ss.

Según el Art. 2534 del Código Civil, la prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.

Se interrumpe civilmente por la citación de la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el Art. 2519.

Este artículo dice que, interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.

Por esto, pudiera creerse que, como la presentación de la demanda es un recurso judicial, en su amplio sentido, esta presentación interrumpiría la prescripción; pero el mismo artículo, luego, dispone categóricamente que, sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos si-

guientes: 1º Si la citación de la demanda no ha sido hecha en forma legal.

Es decir, el recurso judicial que interrumpe la prescripción no es sólo la presentación de la demanda, sino la citación de la misma.

845.—LA SOLA PRESENTACION DE LA DEMANDA NO INTERRUMPE LA PRESCRIPCION

"Mayo de 1940.—En lo tocante a la excepción de hallarse prescrita la acción ejecutiva, la que dura sólo diez años contados desde que la obligación se hizo exigible, tanto el Art. 2485 del Código Civil respecto de la prescripción adquisitiva, como el Art. 2500 del mismo Código acerca de la liberatoria, en armonía con el 99 del Código de Procedimiento Civil vigente (Art. 122 de la edición anterior) establecen que ellas se interrumpen civilmente por la demanda judicial, agregando expresamente que, si no ha sido notificada al reo en forma legal, no surte la demanda el efecto indicado, de donde es forzoso deducir que la mera presentación del libelo respectivo no basta para interrumpir la prescripción, sino que para esto se requiere la citación legal de ese libelo al demandado. En el caso controvertido, la prescripción extintiva de la acción ejecutiva indudablemente se ha operado, puesto que ha transcurrido más de diez años desde el 5 de julio de 1924, en que se hizo exigible la obligación, hasta el 12 de mayo de 1937, en que se notificó legalmente la demanda".

Gaceta Judicial, sexta serie, Nº 3, págs. 290 y ss.

El Art. 2531 del Código Civil dispone que, el tiempo necesario para la prescripción extintiva es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.

Asimismo, el Art. 454 del Código de Procedimiento Civil dispone que, habrá lugar a la vía ejecutiva dentro de los cinco años que dura la acción de este nombre.

Según los predichos códigos, no es la presentación de la demanda sino la citación, lo que interrumpe la prescripción.

846.—POR QUE LA CITACION DE LA DEMANDA Y NO SOLO LA PRESENTACION DE LA DEMANDA INTERRUMPE LA PRESCRIPCION

"Marzo de 1958.—De acuerdo con las reglas que rigen en materia de prescripción, de interrupción civil de ella y de efectos de la citación, importa establecer, de modo expreso, y como aspecto fundamental del asunto en debate, que la interrupción de la prescripción que extingue una acción, se produce sólo por la citación de la demanda y no con la mera presentación de ella (Nº 2º del Art. 99 del Código de Procedimiento Civil); y es que "una demanda sin citación es un acto absolutamente unilateral, que no sale del dominio exclusivo de quien la ha efectuado y no puede surtir efecto alguno respecto de la persona contra quien va dirigida".

Gaceta Judicial, Serie IX, Nº 2, págs. 182 y ss.

La Corte Suprema en este fallo, sigue textualmente, la doctrina de Víctor Manuel Peñaherrera, quien, además, enseña que "es la citación la que pone al actor en relación jurídica con la persona demandada; la que establece entre las dos el vínculo judicial sobre las consecuencias del litigio, y la que, advirtiéndole al poseedor la reclamación del dueño, le saca de la buena fe en que la ley le presume".

Los civilistas chilenos expresan que la prescripción se interrumpe por la citación, porque las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de la citación; y en consecuencia la fecha de la interrupción es la fecha de la citación y no la de la presentación de la demanda; de modo que si al tiempo de citarse ya está totalmente transcurrido el plazo de la prescripción, la interrupción civil no se produce.

Como ya expusimos, estamos de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema.

"Diciembre de 1955.—La demandada solicita la ampliación de la sentencia dictada por este Tribunal y que se considere la excepción propuesta de prescripción. Su petición funda en el hecho de que la demanda que sirve de fundamento a este juicio fue citada el 9 de diciembre de 1952 y que consta que el actor presentó la demanda anterior al Comisario 2º del Tra-

bajo, con fecha 30 de octubre de 1951. Con esta petición se oyó al actor conforme lo dispuesto en el inciso 2º del Art. 302 del Código de Procedimiento Civil. Con este antecedente para resolver la petición de ampliación, se considera: a) la ampliación ha sido pedida dentro de término; b) conforme a lo dispuesto en el Art. 302, inciso 1º del Código de Procedimiento Civil, la ampliación entre otros casos procede, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos y efectivamente, en la audiencia de conciliación, la demandada alegó entre otras excepciones y en forma subsidiaria la prescripción; c) sobre la excepción subsidiaria de prescripción no se ha pronunciado este Tribunal ni el Comisario del Trabajo cuya sentencia fue confirmada; d) si en verdad conforme a lo dispuesto en el Art. 476 del Código del Trabajo las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en un año, en este juicio, de la ejecutoria de fs. 43 aparece que se contradijo al actor la calidad de trabajador, la misma que quedó reconocida a partir de abril de 1952 en que se dicta la sentencia aceptando la demanda propuesta por T. reclamando la indemnización por el despido. Por lo mismo a partir de la citación con esa sentencia que reconoce tal calidad contradicha debe cumplir el demandado todas las obligaciones que del contrato de trabajo se derivan; e) en consecuencia no existe la prescripción del año con la expresada ejecutoria de fs. 53, no ha transcurrido ni un año entre abril de 1952 y diciembre del mismo año. Por lo que antecede, ampliando la sentencia dictada en este juicio se desecha la excepción subsidiaria de prescripción".

Gaceta Judicial, Serie VIII, Nº 9, págs. 886 y ss.

Del contenido de este fallo se deduce: primero, que una sentencia declaró o reconoció la calidad de trabajador al actor; segundo, que, desde la notificación de la sentencia, el patrono ha de cumplir todas las obligaciones que del contrato de trabajo se deriven; y, tercero, que, en consecuencia, desde la fecha de la notificación de la sentencia se ha de contar el plazo para la prescripción de las acciones del trabajador contra su patrono.

No estamos de acuerdo con el fallo en que sólo desde la notificación de la sentencia, el patrono ha de cumplir todas las obli-

gaciones que del contrato de trabajo se deriven. Creemos que el patrono ha de cumplir tales obligaciones desde que se constituyó la relación de trabajo, sin perjuicio de que, legalmente, pueda alegar y hacer valer la prescripción extintiva de sus obligaciones, si el trabajador no hubiere ejercitado oportunamente sus derechos.

847.—LA CITACION CONSTITUYE AL DEMANDADO EN POSEEDOR DE MALA FE

"Marzo de 1941.—En el proceso no se encuentra prueba alguna que demuestre que la demandada hubiese poseído de mala fe el predio objeto o materia de la presente controversia; mala fe que solamente se manifiesta desde la contestación a la demanda, debiendo, por tanto, restituir desde entonces, los frutos percibidos de aquel predio, según lo establecido en el inciso 3º del Art. 898 del Código Civil, ya que en el tiempo anterior, o sea desde la muerte de..., hay que reputarla como poseedora de buena fe".

Gaceta Judicial, Serie VI, Nº 13, págs. 653 y ss.

Cierto que la mala fe pudiera manifestarse sólo desde la contestación a la demanda, como expresa el fallo materia de este análisis, pero el Art. 99 del Código de Procedimiento Civil expresamente dispone que, es efecto de la citación, constituir al demandado poseedor de mala fe, e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda, según lo dispuesto en el Código Civil. Por lo mismo, desde la citación y no desde la contestación a la demanda, debió considerársele al demandado poseedor de mala fe; y condenársele a que, desde la citación y no desde la contestación, restituya los frutos de la cosa demandada, según lo dispuesto en el Art. 976, inciso tercero, del Código Civil.

848.—EL DEMANDADO DEBE SER CONSIDERADO COMO DETENTADOR, DESDE LA CONTESTACION A LA DEMANDA

"Setiembre de 1951.—No consta de autos que el actor hubiese requerido al demandado para la entrega de la casa, diligencia desde la cual se habría constituído en mora en la entrega y responsable de las indemnizaciones respectivas. En consecuencia, el demandado debe ser considerado como injusto detentador, desde la contestación de la demanda, estando obligado al pago de los perjuicios causados, de acuerdo con el numeral 4º del Art. 99 del Código de Procedimiento Civil".

Gaceta Judicial, Serie VII, Nº 13, págs. 1561 y ss.

Insistimos en sostener que, según el Art. 99, numeral 4º, del Código de Procedimiento Civil, el demandado se constituye en poseedor de mala fe desde la citación y no desde la contestación a la demanda.

Nos parece redundante la frase "injusto detentador", puesto que detentar es retener uno sin derecho lo que manifiestamente no le pertenece; y detentador es el que retiene la posesión de lo que no es suyo, sin título ni buena fe que pueda cohonestarlo.

849.—LA CITACION CONSTITUYE EN MORA AL DEUDOR

"Setiembre de 1939.—No hay ley que establezca que los intereses se deban desde la fecha del pago indebido de cada cheque, por lo que, de conformidad con los Arts. 1541, numeral 3º, y 1549 del Código Civil y 99, numeral 5º del Código de Procedimiento Civil, tan sólo debe pagar el Banco los intereses legales de la mora desde la fecha de la citación de la demanda".

Gaceta Judicial, Quinta serie, Nos. 165-166, págs. 4099 y ss.

Ya vimos que, según el Art. 1604 del Código Civil, el deudor está en mora, entre otros casos, cuando ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor; y, según el Art. 1.612, si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjui-

cios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1ª—Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario.

En consecuencia, el fallo dictado por la Corte Suprema está ceñido a la ley, al condenar al demandado al pago de los intereses desde la citación de la demanda, según el Art. 99, numeral 5º, del Código de Procedimiento Civil y los ya indicados artículos del Código Civil, que constituyen la regla, y ya que no existe otra ley que disponga otra cosa.

Lo mismo sucede y podemos decir, en los siguientes casos:

"Agosto de 1943.—No se ha justificado que la actora hubiera dejado de cumplir las obligaciones que contrajo en el mentado contrato; apareciendo por el contrario que el demandado ha dejado transcurrir mucho tiempo sin entregar las bancas ni devolver el dinero que recibió por cuenta de los mismos muebles, habiendo éste constituídose en mora de entregar la obra contratada tanto de acuerdo con el numeral 2º del Art. 1541 del Código Civil y por lo dispuesto en el número 5º del Art. 99 del Código de Procedimiento Civil".

Gaceta Judicial, Serie VI, Nº 12, págs. 396 y ss.

"Mayo de 1949.—El requerimiento a L, pedido por A, apoyado en lo que dispone el Art. 1940 del Código Civil, siendo innecesario en el presente caso, puesto que A no era arrendador, ningún efecto tiene, menos aun el de que se presuma tácito convenio de la continuación del arrendamiento. — En consecuencia, el demandado sólo se ha constituído en mora con la citación de la demanda, Arts. 99, numeral 5º del Código de Procedimiento Civil, y 1541 numeral 3º del Código Civil".

Gaceta Judicial, Serie VII, Nº 8, págs. 931 y ss.

"Febrero de 1957.—De autos consta que el actor recibió el cheque de veinte mil sucres, a cargo del Banco Provincial de Pichincha, por cuenta del precio de una sementera de papas que vendió en estado de cosecha y para la reventa a M. B., quien a su vez, recibió ese cheque del girador M. A. C. por el mismo concepto de reventa de papas; por lo mismo, el cheque que constituye el precio de la cosa vendida, no puede ser

extraño a las relaciones comerciales que lo han motivado. Tanto la venta hecha por D. J. a B., como la que éste hiciera a C., son actos de comercio, al tenor de lo dispuesto en el Art. 3º, numeral 1º del Código de Comercio, porque ambos son negocios en los que se persigue el lucro o la ganancia; y si bien es cierto que el giro de un cheque no es acto de comercio aisladamente considerado, sí lo es en el presente caso, porque forma parte de una negociación comercial. Además, según el Art. 20, inciso 3º de la Ley de Cheques el librador y los endosantes son solidariamente responsables con el portador del cheque, en orden al pago de su valor. Consiguientemente, si el negocio de las papas, como asunto comercial que es, debe ventilarse en juicio verbal sumario, con arreglo al Art. 905 del Código de Procedimiento Civil, no cabe que el cobro del cheque, que representa el precio del artículo vendido, se tramite en juicio ordinario y por cuerda separada, ya que en todo contrato de compraventa el precio es de su esencia y no puede separarse de la cosa vendida, porque forma con ella una sola entidad jurídica. Por lo demás el cheque materia de la demanda y cuya copia obra a fs... no ha sido redargüido de falso y antes bien los demandados han reconocido su autenticidad y su procedencia, quedando, por lo mismo, justificado con él el fundamento de la acción propuesta, que comprende los intereses moratorios del 6% anual... Se confirma la sentencia de primera instancia, con la única reforma de que los intereses se computarán desde la fecha de la citación con la demanda a los demandados, que es la que corresponde a la iniciación de la mora, y no desde la expedición del cheque".

Gaceta Judicial, Serie VIII, Nº 13, pág. 1233.

"Habiendo recibido el demandado el tractor mencionado y puéstole en servicio para los trabajos agrícolas de su hacienda, la obligación del demandado, como se ha dicho, se redujo a la entrega del eje frontal corto, adaptable a la máquina entregada y útil para las labores de cultivo. En consecuencia, habiendo surgido así una nueva obligación para..., éste no ha incurrido en mora de cumplirla sino desde la fecha en que fue citado con la demanda. Uno de los efectos de la mora es el pago de los perjuicios causados".

Gaceta Judicial, Serie VII, Nº 12, pág. 1381.

CAPITULO III

DESENVOLVIMIENTO DE LA RELACION PROCESAL

I De la contestación a la demanda y sus efectos (*)

850.—Citado el demandado puede adoptar dos actitudes: 1) Contestar a la demanda, y 2) No contestarla, callar.

Al contestar a la demanda, puede: 1) allanarse a la demanda, o 2) oponerse a ella.

En uno y otro de estos últimos casos, puede también reconvenir.

(*) Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal Civil". Tomo I, pgs. 331 y s.; Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", tomo II, pgs. 21 y 78; tomo III, pg. 129; J. Goldschmidt, "Derecho Procesal Civil", pgs. 247 y s.; Alcalá-Zamora y Castillo, "Adiciones" a "Derecho Procesal Civil" de J. Goldschmidt, pgs. 251 y s.; Prieto Castro, "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pgs. 373 y s.; Guasp, "Derecho Procesal Civil", pgs. 250 y s.; De la Plaza, "Derecho Procesal Civil Español", vol. I, pgs. 359 y s.; Valentín Silva Melero, "Nueva Enciclopedia Jurídica", tomo V, pgs. 277 y s. y tomo IX, pgs. 192 y s.; Jerónimo Infantes "Reconstrucción de la teoría del allanamiento en el derecho procesal civil español", "Revista de Derecho Procesal", de España, año 1958, Nº 2, pgs. 97 y s.; Manresa y Navarro, "Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil", tomo III, pgs. 74 y s.; Víctor Manuel Peñaherrera, "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo 3º, pgs. 312 y s.

1) **De la contestación**

a) **Del allanamiento.**—El allanamiento es el acto de someterse el demandado a la demanda contra él presentada, conformándose con lo que en ella se pide.

Este acto procesal constituye un modo anormal de poner fin al juicio, de dar término a la relación jurídico procesal, por lo que lo estudiaremos al tratar de la terminación del proceso.

b) **De la oposición a la demanda.**—Como en otros casos, la nueva sistematización de la materia por la moderna doctrina nos obliga a transcribir las enseñanzas de los modernos procesalistas.

Chiovenda, al tratar de la sentencia desestimatoria y los hechos jurídicos, dice:

> "La sentencia desestimatoria puede, pues, negar la acción:
>
> a) O porque el juez ha considerado como inexistente un hecho constitutivo del derecho o de la acción, o porque, sin negar el hecho afirmado por el actor, ha negado su idoneidad para producir efectos jurídicos por defecto de una norma abstracta de ley con arreglo a la cual dirigirlo.
>
> b) O porque el juez, aun admitiendo la existencia de un hecho constitutivo ha considerado al mismo tiempo como también existente un hecho impeditivo.
>
> c) O porque el juez ha considerado como existente un hecho extintivo.
>
> **La sentencia desestimatoria y la actividad del demandado.**—En estos tres casos la sentencia desestimatoria en sí misma puede tener lugar aun sin instancia particular del demandado. El juez por su oficio tiene el deber de desestimar las demandas infundadas, en derecho o en hecho, aun si el demandado, por ejemplo, es rebelde. Ordinariamente la desestimación ocurre en este caso porque el juez considera como inexistente el hecho constitutivo puesto que es raro que resulte existente un hecho impeditivo o extintivo cuando el demandado es rebelde. No obstante, si resulta, el juez debe tenerlo en cuenta. Si por ejemplo, el actor mismo alega que la venta fue simulada, el juez rechazará sin más la demanda de entrega de la cosa; si el actor alega una causa de la obligación que el juez estima ilícita, éste rechazará la demanda, si el actor alega que el de-

recho está sometido a término, pero que el término ha sido interrumpido, que la deuda fue remitida pero que la remisión no es válida, el juez que estimase no ocurrida la interrupción o válida la remisión, debería rechazar la demanda.

En estos casos, pues, la actividad del demandado no se encuentra **necesariamente** en la relación de **"condición"** respecto de la sentencia desestimatoria. Pero **puede** encontrarse: si el actor abandona la demanda y aún más, si renuncia al proceso, el juez no podría producir sentencia, pero el demandado tiene derecho de hacerse parte diligente y pedir la desestimación de la demanda (Cód. proc. civ. art. 345). También en estos casos el demandado tiene un poder **jurídico** que entra en el concepto general de acción, y más propiamente de la acción de declaración negativa. Y ya se entiende que el demandado puede fundar su demanda de desestimación en las mismas razones que podrían también considerarse de oficio por el juez: falta de un hecho constitutivo por inexistencia del hecho afirmado o por falta de idoneidad para producir efectos jurídicos, existencia de un hecho impeditivo, existencia de un hecho extintivo. Pero esta coincidencia entre la extensión de los poderes del juez y la posible iniciativa del demandado no es constante. En primer lugar, debe notarse que la interposición de una acción infundada produce en el demandado la acción para pedir una sentencia desestimatoria que niegue la acción en cuanto a **todas sus condiciones**, el interés, la calidad, el derecho: mientras que encontrando el juez la falta del interés en obrar debería, por sí mismo, limitarse a negar la **acción** por defecto de interés, el demandado puede pedir que la sentencia declare también la inexistencia o (según los casos) la existencia del derecho.

Hay casos en los cuales la instancia del demandado es siempre una condición **indispensable**, para la desestimación de la demanda actora: y esto ocurre cuando la instancia de desestimación se funda en hechos de los cuales el juez nunca podría hacerse cargo de oficio, **aunque fuesen afirmados por el actor,** sino que sólo puede hacerse cargo si son afirmados y hechos valer por el demandado. En estos casos, el poder jurídico del demandado toma el nombre específico de **excepción.**

Pero háblase también de excepción en otros sentidos. Históricamente la institución de la **exceptio** se une a la estructura

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

especial del proceso romano clásico y a la función del pretor respecto de las lagunas y defectos del **jus civile**. La **tuitio praetoris** en cuanto al demandado actuaba mediante la **exceptio**, la cual era una adición a la fórmula por la que venía ordenado al juez tener en consideración también ciertas circunstancias de las cuales según el estricto **jus civile** no habría debido ocuparse y estimándolas existentes absolver al demandado, aunque según el estricto **jus civile** habría debido condenar. (Por ejemplo, según el derecho civil, frente a una obligación nacida de un negocio formal, era nulo el simple **pactum de non petendo.** Pero si el demandado ante el pretor **(in jure)** afirmaba la existencia de semejante pacto, el pretor agregaba a la fórmula de costumbre (por ejemplo: "si **paret Numerium Negidium Aulo decem dare oporter, judex N.N.A.A., condemnato, si non paret absolvito**"), la **exceptio** ("**si non convenit ne ea pecunia peteretur**"). Así para el derecho civil un negocio jurídico no podía impugnarse por dolo o amenaza; pero proveía el pretor a la tutela del demandado con la **exceptio metus.** Análogamente funciona el **beneficium divisionis,** introducido en favor de los confideyusores que por la ley estaban obligados solidariamente (Gayo, III, 121) en la **Lex si contendat** antes recordada (§ 7); "si contendat fideyussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionen si **non et eli solvendo sint**" (Ley 28 Dig. de fidejus, 46, I), y lo mismo en numerosísimos casos).

Así nació la distinción entre circunstancias a favor del demandado que obraban **ipso jure** (que el juez podía apreciar fundándose en el mismo derecho civil, sin necesidad de una mención expresa en la fórmula) y las que obraban **sólo ope exceptionis** (o sea que el juez no podía apreciar si no estaban mencionadas en la fórmula).

Esta materia es una de las más controvertidas por los romanistas. Su dificultad derívase principalmente del hecho de que la distinción **ipso jure ope exceptionis** aparece ampliamente en el derecho justinianeo cuando la organización especial del proceso clásico había decaído... La palabra **excepción** no puede decirse que tenga un propio y verdadero significado técnico especial en nuestras leyes...

La ley italiana no conoce ni siquiera esta terminología técnica, sino que habla sin distinguir, en el Código de procedimiento, de **defensa...**, **respuesta...**, **contradecir...**, **excepcio-**

nes..., y el Cód. civ. habla de excepciones, incluyendo también alguna contradicción relativa al fondo...

Esto no obstante, la doctrina trata de determinar y de considerar distintos los diferentes usos de la palabra excepción.

a) En un sentido generalísimo, excepción comprende cualquier defensa del demandado, incluso la simple negación del fundamento de la demanda; y en este sentido general compréndense comúnmente, y a veces por la misma ley las respuestas referentes a la regularidad del procedimiento.

b) En sentido más estricto, la excepción comprende cualquiera defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye sus efectos jurídicos y por lo mismo la acción.

c) En un sentido aún más restringido comprende, como vimos, sólo la oposición de hechos, que **por sí mismos** no excluyen la acción (tanto que si son afirmados por el actor el juez no puede hacerse cargo de ellos), pero que dan al **demandado** el **poder jurídico** de anular la acción. Este último llámase significado **sustancial** de excepción, del cual nos ocupamos aquí.

Excepción en sentido sustancial.—Preséntase como un contraderecho frente a la acción y por tanto como un derecho potestativo dirigido a anular la acción. Así como cuando no existe un hecho constitutivo y normalmente cuando existe un hecho impeditivo o extintivo **no existe** la acción y por lo mismo la demanda es infundada, en este caso la acción puede existir o no existir, según que el demandado haga o no uso de su contraderecho. Por esto en nuestro derecho medioeval las excepciones en sentido sustancial llamábanse **exceptionis juris** para diferenciarlas de las otras que se denominaban **exceptionis facti.** Estas excluyen la acción por la sola **virtud** de la ley, aquéllas por voluntad del demandado. Mientras que el demandado no declara querer ejercitar la excepción, la acción existe y produce sus efectos: mientras tanto la acción se encuentra en un estado análogo al de todo derecho sometido a impugnación, esto es, en un estado de **pendiente**, el cual se resuelve **a favor** de la acción cuando no se ha hecho valer la excepción y **contra** la acción en caso contrario... (182)

(182) "Principios de Derecho Procesal Civil", tomo I, pgs. 329 y s.

Manifiesta que no siempre es fácil determinar cuándo hay una excepción sustancial, es decir, prácticamente tal que el juez no pueda apreciarla de oficio, sino a instancia del demandado.

Que la excepción preexiste al proceso mientras que el derecho del demandado a la declaración negativa de la demanda infundada, nace sólo con el proceso.

Aclara que:

1º—Algunas excepciones sustanciales extinguen la acción y consiguientemente el derecho; ejemplo, la excepción de prescripción; mientras que otras excluyen la acción sin excluir el derecho, por ejemplo, la excepción de retención, la **exceptio inadimpleti contractus** (excepción de incumplimiento del contrato);

2º—No todo contraderecho que se opone a la acción es una excepción sustancial; por ejemplo, si a la acción de reivindicación opone el demandado su derecho de usufructo en la cosa, produce una negación de la acción, pero no una excepción; y

3º—Un hecho que puede dar lugar a un derecho autónomo, puede al mismo tiempo producir una excepción. Un caso típico de esto encuentra en las acciones de impugnación, a las cuales corresponden otras tantas excepciones: **exceptio metus, doli,** etc. (excepciones de vicio del consentimiento por miedo o fuerza, por dolo, etc.).

Clasifica las excepciones en **absolutas** y **relativas,** según que puedan hacerse valer por todos los partícipes de una relación o sólo por algunos; en **perentorias** y **dilatorias,** según que anulen definitivamente la acción, o sólo la excluyan como **actualmente** existente; en **sustanciales** y **procesales** (de fondo y de forma); y en simples y reconvencionales, según que mantienen o no la contestación en los límites establecidos por la demanda.

Como vamos a ver, los modernos procesalistas españoles han seguido la doctrina de Chiovenda. Así, Guasp dice:

> "La oposición a la pretensión. 1. **Concepto de la oposición.** I. Frente a la pretensión procesal surge normalmente, en todo proceso, la oposición del sujeto pasivo de aquélla. La oposición a la pretensión se da en un proceso cuando la parte frente a quien la pretensión se dirige, lejos de aquietarse ante ella y de reconocerla, expresa o tácitamente, la combate. Es, pues, la oposición **cualquier enfrentamiento a la pretensión del ac-**

tor; como la pretensión se caracteriza frecuentemente como un ataque, la resistencia del sujeto pasivo recibe el nombre de defensa y esta defensa abarca, en efecto, todos los tipos de oposición del demandado. La oposición no deja, pues, fuera de su concepto más que aquellos casos en que no hay verdadera defensa, por defecto: incomparecencia, falta de contestación, allanamiento, o por exceso: reconvención.

II. Puede definirse, en consecuencia, la oposición a la pretensión como una declaración de voluntad por la que se reclama del órgano jurisdiccional frente al actor la no actuación de la pretensión de éste. Tal concepto, al que es aplicable en principio lo dicho con relación a la pretensión procesal, pone de relieve las analogías que existen entre pretensión y oposición. Efectivamente no hay reparo en considerar en principio, que una y otra son anverso y reverso de una misma figura; pero la semejanza no se convierte en identidad de naturaleza; la oposición a la pretensión, o contrapretensión, no constituye, a su vez, una pretensión auténtica, v. g., declarativa negativa...

2. **Naturaleza jurídica de la oposición.** I. A la determinación de la naturaleza jurídica de la oposición es aplicable, en líneas generales, lo dicho con referencia a la pretensión procesal...

3. **Tipos de oposición.**—I. Más importancia que la fijación de la naturaleza presenta la determinación de los diversos tipos de oposición procesal. Para fijar estos tipos debe partirse de la idea fundamental definidora de toda oposición procesal como resistencia o desconocimiento de la pretensión del adversario. En efecto según la índole del desconocimiento o de la resistencia se producen clases diversas de oposición, y según el especial elemento de la pretensión que se resiste o desconoce surgen otras clases que pueden combinarse con las anteriores.

Hay, pues, dos criterios distintos de clasificación de la oposición: el primero, que se fija en el tipo de discusión, y el segundo, en el tipo de lo discutido.

II. En razón al tipo de discusión deben señalarse en las posibles actitudes del sujeto pasivo que se defiende dos grandes grupos:

a) El primero es el que comprende aquella oposición que consiste en una simple o mera negativa de los elementos de la

pretensión del actor, defensa que puede designarse con el nombre de **negación**, pues en ella el oponente se limita a desconocer las afirmaciones del contrario sin colocar frente a ellas circunstancias distintas, por lo que se trata, como fácilmente se comprende, del tipo de defensas más sencillo que cabe imaginar.

b) El segundo es el que abarca a la oposición que consiste no ya en una simple o mera negativa de las alegaciones del actor sino en una verdadera afirmación contraria, la cual, reconociendo o no las circunstancias invocadas por el demandante, coloca frente a ellas otras que las desvirtúan. Si la nueva afirmación es incompatible con la contraria, la figura, que a veces se ha llamado negación indirecta, debe recibir el nombre de **contradicción** en sentido estricto: v. g., el demandado niega que la cantidad recibida lo fuera en concepto de mutuo, sino en el de donación. Si la nueva afirmación no es incompatible con la contraria, aunque la enerve de todos modos, la figura puede ser llamada **objeción** en sentido estricto también: v. g., el demandado alega que la cantidad que el actor afirma haberle entregado fue devuelta ya. En uno y otro caso el sujeto pasivo de la pretensión no niega o no se contenta con negar las alegaciones del adversario: introduce, por su parte, en el procedimiento, datos nuevos que el juez ha de tener en cuenta; ésta es precisamente, frente a la simple y mera negación, la nota definidora de la **excepción procesal.**

Excepción no equivale, pues, a defensa de cualquier clase, aunque nuestra antigua doctrina, enmendada en ocasiones por la jurisprudencia, equipare indebidamente uno y otro término. La excepción es sólo una especie del género más amplio de la defensa procesal y, en sus dos formas de contradicción y objeción, integra la figura más compleja de la oposición a la pretensión. En vez de negar la pretensión, quien excepciona incorpora al proceso afirmaciones distintas, lo que determina la normal consecuencia de que pese sobre él la correspondiente carga de la prueba.

III. En razón a lo discutido por la oposición a la pretensión, hay también que establecer dos grandes grupos:

a) Al primero de estos grupos pertenecen todas aquellas oposiciones en que se niega, contradice u objeta un elemento de la pretensión de tal significación que, si la defensa pros-

pera, y en tanto que prospera, el ataque no puede ser ya en ningún caso eficaz. Este tipo de defensas, que tiene una trascendencia definitiva, puede recibir el nombre, muy extendido hoy en la ciencia y en la práctica, aunque limitado indebidamente a la especie de la excepción, de **oposición perentoria**; estimada una negación, una contradicción o una objeción perentorias, la pretensión no puede ser actuada ni del modo propuesto ni de otro modo cualquiera. La oposición perentoria consiste, pues, en una resistencia frente a los elementos intrínsecamente fundamentadores de la pretensión, tengan o no carácter procesal, y al triunfar sobre aquélla determina su total ineficacia ulterior; metafóricamente cabría decir que la oposición perentoria mata el fundamento de la pretensión.

Cuales sean en concreto las figuras de oposición que entran en esta categoría es cosa que, como fácilmente puede comprenderse, varía de manera extraordinaria, según el contenido de cada pretensión procesal. Muy genéricamente cabría sólo decir que hay dos clases principales de oposición perentoria: la que denuncia la ausencia de un hecho básico constitutivo de la pretensión del actor y la que denuncia la presencia de un hecho básico destructivo de tal pretensión, bien sea un hecho impeditivo, un hecho modificativo o un hecho extintivo. Pero más allá de esta abstracta determinación no se puede ir, por lo menos actualmente, en la tipificación de la posible oposición perentoria a una pretensión procesal.

b) Al segundo de los grupos señalados pertenecen todas aquellas defensas en que se niega, contradice u objeta un elemento de la pretensión de tal naturaleza que, si la oposición prospera, el ataque pierde su eficacia actual, pero puede volver a reproducirse en las mismas o en diferentes condiciones. Este tipo de defensas, que tiene, como puede verse, una trascendencia meramente provisional, debe ser denominado ampliando también la terminología dominante, demasiado restringida, **oposición dilatoria**; estimada una negación, una contradicción o una objeción dilatorias, la pretensión no puede ser actualmente satisfecha, pero cabe su actuación ulterior eliminando el obstáculo que la oposición ha puesto de relieve; aquí, metafóricamente, habría que decir que la oposición dilatoria no mata, sino que simplemente hiere el fundamento de la pretensión.

Es más fácil que en el caso anterior la clasificación sistemática de las oposiciones dilatorias. En principio, las negaciones o excepciones de esta clase pueden afectar a los sujetos, al objeto o a la actividad a que la pretensión se refiere. A los sujetos, v. g., negando o excepcionando que sea verdaderamente el actor quien tenga derecho a la prestación reclamada. Al objeto, v. g., negando o excepcionando el fundamento objetivo de la pretensión procesal, bien por razones de calidad o de cantidad. A la actividad, v. g., negando o excepcionando las dimensiones afirmadas por el actor de su lugar, tiempo y forma. En este último supuesto deben incluirse las oposiciones que consisten en la denuncia de un presupuesto procesal de los que el actor debió tener en cuenta en su pretensión". (183)

Al tratar del objeto del proceso, Prieto Castro dice:

"Objeto del proceso es el tema que cada una de las partes somete al órgano jurisdiccional en el proceso, como **contenido de la acción, materia de la demanda** en la que ésta se ejercita y **cuestión que la sentencia** (o la resolución pertinente) **decide**". (184)

Y al establecer el objeto del proceso para el demandado, y la correlación entre el objeto propuesto por el actor y el del demandado, dice:

"El demandado no propone, por su parte, ningún objeto en el proceso o, dicho con otras palabras, se identifica con el propuesto por el actor en el caso de que se **allane a la demanda**, manifestando su conformidad con la pretensión del actor. Salvo que, por razones de orden público o en beneficio de los intereses de tercero, el juez crea que no debe resolver de acuerdo con el allanamiento, la sentencia acogerá dicha pretensión.

Fuera de este caso, el objeto del proceso incoado por el actor es para el demandado obtener la **absolución**, y para el logro de ese fin ha de acudir a razones que afectan al proceso,

(183) "Derecho Procesal Civil", pgs. 250 y s.
(184) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pg. 229.

a la demanda y al fondo de ésta. El proceso puede adolecer de faltas en cuanto a su válida constitución (defectos en materia de presupuestos procesales o ausencia de prueba de los mismos) y la demanda puede adolecer igualmente de vicios atañentes a sus requisitos propios (o falta de prueba de ellos), como acto procesal, o a la acción que ejercita. Basta mencionar aquí estas posibilidades, que en su significación se estudian al tratar de los presupuestos o requisitos del proceso, de los actos procesales y de la demanda en especial. Sólo indicaremos que la absolución que por estas causas obtiene el demandado deja incólume el fondo a menos que por circunstancias de derecho material tal absolución alcance también al mismo.

Defensa del demandado en cuanto al fondo.—La defensa del demandado frente al objeto de la demanda presenta dos modalidades: **negación del derecho del actor o afirmación de un derecho propio** frente a éste, y en ambos casos debe recaer una sentencia desestimatoria de la demanda, o sea, una **declaración negativa** a su favor, con liberación (absolución) respecto del derecho que se arroga el actor. La importancia de este efecto de la incoación del proceso para el demandado reside en que el mismo debe producirse no sólo como consecuencia de la actividad defensiva por él desarrollada, sino también en virtud de la función y deber que incumben al juzgador, según se estudie después.

Defensa por negación del derecho del actor y por oposición de hechos creadores de derechos para el demandado.—Para que pueda recaer una sentencia estimatoria sobre el objeto propuesto por el actor es necesario que exista la causa en sus dos componentes: la norma jurídica y precisamente aquella de donde el demandante quiere derivar su derecho subjetivo, y los hechos del mundo real que tal norma contempla como aptos a producir la consecuencia que establezca. Y porque tales hechos coinciden con el supuesto abstracto de la norma y tienen esa aptitud para provocar el resultado, se los llama **hechos constitutivos** (del derecho del actor).

Por ejemplo: la demanda alega como hechos la entrega de una suma de dinero o de otra cosa fungible para su empleo por el demandado y condición de restituir otro tanto de la misma especie y calidad en el tiempo convenido; e invoca como

norma jurídica el Art. 1740, en relación con el 1753 del Cód. civ. Se trata, por tanto, de los **hechos constitutivos** de un simple préstamo, que crean en el demandado (prestatario) la obligación de restituir a favor del demandante.

A) En consecuencia, el primer objeto que el demandado puede proponer en el proceso para su defensa es el inherente a su negación de la **existencia** de la norma jurídica y la **negación de los hechos,** obligando al actor a la prueba, si no quiere exponerse a la desestimación de la demanda y absolución del demandado.

B) La segunda actitud posible del demandado es la que adopta cuando tiene a su favor un título jurídico nacido de otros hechos que recoge la norma jurídica correspondiente, incompatibles (en sus defectos) con los alegados por el actor como constitutivos de su derecho. El demandado entonces no niega la demanda sino que, aceptando su planteamiento, lo único que hace es oponer otro título, creador de un derecho que se sobrepone al del actor, obligando al juez a extraer las consecuencias no de la norma invocada por el demandante, sino de la que tome como apoyo el demandado.

De tres modos puede manifestarse este tipo de defensa del demandado, contemplado en el Art. 1214 del Cód. civ., al hablar de la carga de la prueba.

a) Frente a la alegación de hechos constitutivos de un préstamo, con los efectos de las normas antes citadas, y que el demandado no niega, éste presenta otros, devolución de la suma de dinero al actor, o sea el pago, que opera como causa eliminadora de la obligación del prestatario. Se trata de un **hecho extintivo o cancelatorio** y su presencia hace imposible la prosperidad de la demanda, en el sentido de que los hechos jurídicos constitutivos del préstamo y sus efectos **tuvieron** existencia, pero después han desaparecido (por causa de la restitución de la suma prestada).

b) O también, persistiendo en la actitud de no negar la demanda, el demandado puede oponer otros hechos que formen el supuesto de una norma favorable a él en un sentido menos fuerte que los extintivos, pero de efectos procesales análogos. En el caso del ejemplo, arguye que el prestatario era menor no emancipado y obró sin el consentimiento de su padre, o sea, la falta de capacidad que actúa impidiendo que el contrato de

préstamo nazca válidamente. Estos son los **hechos impeditivos** y su presencia hace imposible el buen fin de la demanda.

c) La Ley, por último, recoge ciertos hechos a los que atribuye la eficacia de crear una facultad o derecho potestativo a favor del demandado de naturaleza tal, que sólo si los opone a la pretensión del actor (y no por la propia fuerza de ellos), ésta queda obstruída, como si el derecho no existiese, y a la inversa si no los hace valer, la demanda del actor ha de reputarse fundada, debiendo el juez estimarla. Porque la mera circunstancia de existir ese tipo de hechos no es bastante, aunque el juez los conozca por conducto distinto del demandado, para enervar el derecho del actor, hay quien los llama **hechos excluyentes**, y en el tecnicismo usual entre nosotros son constitutivos de **excepción** en sentido estricto; por ejemplo, el transcurso del tiempo como supuesto legal de la prescripción (Art. 1961 Cód. civ.). (185)

Al tratar de las excepciones y los presupuestos procesales, dice:

"**Concepto de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales.**

a) Por ser el proceso simplemente un medio para lograr el cumplimiento de las normas jurídicas y la satisfacción de los derechos privados, es lógico y exigido por el interés de la comunidad que en sí y por sí exija el mínimo esfuerzo y el menor gasto para conseguir el resultado. Por esto, el primer deber de la política procesal es cuidar de que ante todo se investigue la existencia de todos los requisitos previos (Art. 1º de la L. e. c.) necesarios para que el proceso, una vez incoado por la demanda, se desenvuelva sin obstáculos y sin faltas, que lo harían inútil y dispendioso, en cuanto inapto para que dentro de él se puedan examinar las pretensiones deducidas por las partes.

b) Ahora bien, tales requisitos previos conciernen al órgano jurisdiccional, a las partes y al instrumento con que el proceso mismo se inicia, porque si el tribunal carece de jurisdicción, o es incompetente, o el asunto que ahora se plan-

(185) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pgs. 239 y s.

tea pende ya antes, o la parte carece de capacidad para ser tal, o de capacidad procesal, o el representante no está legalmente apoderado, o la demanda no está debidamente concebida, puede surgir en cualquier momento un problema sobre estas faltas, o ser inútil toda su tramitación.

En la mayor parte de los sistemas procesales modernos, y en cierta medida también en el procedimiento romano, estos requisitos se llaman expresamente, o por lo menos se les puede considerar, **requisitos previos (presupuestos) procesales** o condiciones para que, en cada proceso quede válidamente constituída la relación jurídica procesal y se pueda entrar en el conocimiento del fondo, y apreciando su extraordinaria importancia, aquéllos dejan, en mayor o menor medida, al juez, la función de examinar su existencia, reservando para el demandado una misión complementaria acerca de ellos, y además la denuncia de la existencia de los simples obstáculos que no tienen esta trascendencia.

En cambio, en otras legislaciones se entrega fundamentalmente a la iniciativa del demandado la vigilancia de la totalidad de dichos requisitos, de un modo negativo, es decir, de forma que puede denunciar su inexistencia por medio de lo que se llama **excepción procesal** (Art. 533). La L. e. c. titula a estas defensas "excepciones dilatorias", precisamente porque las establece en función del proceso de mayor cuantía, donde cabe esgrimirlas previamente, antes de contestar sobre el fondo; pero para los otros tipos de procesos la denominación es inadecuada, porque no exoneran de contestar simultáneamente sobre el fondo". (186)

De la Plaza, después de indicar las posiciones extremas que puede adoptar el demandado: la inactividad y el allanamiento, dice:

"...Aquí, pues, sólo vamos a hacer relación a la situación de defensa, que, como pronto comprobaremos, tanto puede estribar en una **negación** del hecho constitutivo de la demanda, como en la **alegación** de un hecho impeditivo o extintivo, que por sí mismo excluya la acción ejercitada por el actor (de-

(186) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pgs. 373 y s.

fensa en amplio sentido, que es materia propia del escrito de contestación); o en la invocación de un hecho impeditivo o extintivo, cuya **alegación sólo es lícito hacer al demandado,** que es libre, por tanto, de invocarlo o no. (Esta es la excepción propiamente dicha).

Este razonamiento, y es bien decirlo desde ahora, lleva a una conclusión que, a pesar de estar aceptada en la doctrina, no nos permite construir la teoría de las excepciones —en sentido procesal—, tal como la entiende el vigente sistema español, que, como heredero de concepciones propias del llamado proceso común, no ha acertado a vislumbrar la fecundidad que tiene para el estudio del proceso y para la solución, razonable y razonada, de muchos casos que la práctica nos ofrece a diario. Pero tiene, en cambio, la positiva trascendencia de ser un insustituíble elemento de contraste para apreciar los más señalados defectos de la norma propia, que es tanto como invitar a una rectificación del ordenamiento legislativo y de la doctrina establecida entre nosotros al comentarlo e interpretarlo.

La distinción entre la defensa y la excepción —por el fundamento que al principio exponemos— está ya admitida como cosa corriente en la doctrina. Sin referirnos más que a la opinión de autores conocidísimos, notemos que **Chiovenda,** para determinar la **última diferencia,** de la excepción en sentido procesal, reserva este calificativo para los hechos impeditivos o extintivos, que **otorgan al demandado el poder jurídico** de anular la acción, con lo cual deja fuera del campo propio de la excepción **stricto sensu,** la negación del fundamento de la demanda y la de los hechos impeditivos o extintivos excluyentes de la acción, y, por tanto, del poder de anulación reservado a la parte; que, en la excepción propiamente dicha, se reserva al demandado. Por su parte, **Carnelutti,** después de afirmar que la defensa del demandado frente al actor puede consistir en una negación parcial o total de las circunstancias de hecho que en la demanda se establecen y de las normas jurídicas que en ella se invocan, concluye por afirmar que su nota característica es la de constituir una defensa, en que la resistencia del demandado **se funda sobre hechos diversos de los que constituyen premisas de la demanda;** es decir, como expresa gráficamente dicho escritor, el demandado se limita a

rechazar la acción, colocándose **en un terreno distinto** del que el actor eligió para la controversia; pero permaneciendo siempre en su propio terreno, sin invadir el contrario. Y **Enneccerus**, que ha estudiado la cuestión desde el punto de vista del Derecho material, distingue la **objeción** (einwendung) de la excepción (einrede), es decir, la objeción negativa del derecho, que puede obstar a su ejercicio o aniquilarlo, o la invocación de derechos que hacen ineficaz el invocado en la demanda, mediante **una alegación y prueba**, que al demandado corresponde.

Y la cuestión tiene verdadera importancia, porque así como cuando se trata de las que Enneccerus llama objeciones negativas, ni es lícita su renuncia ni el juez puede prescindir de tomarlas en cuenta, ocurre lo contrario, precisamente, cuando se trata de excepciones propiamente dichas, como en su lugar oportuno tendremos ocasión de ver. Por eso, una S. del T.S., de 18 de octubre de 1941, recordando lo ya establecido en ese punto por otras de 3 de junio de 1935 y 7 de noviembre de 1940, ha cuidado de distinguir entre las excepciones procesales **stricto sensu** y los **hechos que obstan al éxito de una pretensión**, aplicando la doctrina en materia de carga probatoria, que es, como después precisaremos, donde puede tener más relevante interés". (187)

Alcalá-Zamora y Castillo, en las "Adiciones" al "Derecho Procesal Civil" de James Goldschmidt, dice:

"**Los medios de defensa** reciben genéricamente en nuestra Ley de Enjuiciamiento el nombre de excepciones...

Los medios de defensa. El atacado puede contentarse con la simple "negación de los hechos" alegados por su contrario y situarse al amparo del Art. 1214 del Código Civil, a tenor del cual "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento". Puede, en segundo término, discutir la fundamentación o la fuerza jurídica de la demanda, o la aplicación de los preceptos invocados frente al caso litigioso. Cabe, en tercer lugar, que ponga de relieve la incongruencia entre la súplica o "petitum" y las alegaciones formuladas por su ad-

(187) "Derecho Procesal Civil Español", Vol. I, pgs. 360 y s.

versario. Y, por último, el atacado tiene a su disposición el empleo de excepciones en sentido estricto, que la Ley de Enjuiciamiento civil no se ha preocupado de deslindar por su naturaleza jurídica, y así en un par de artículos hallamos junto a las de carácter civil o mercantil (1464, nms. 1-6, 8 y 9, y 1551, núms. 1, 3 y 4) otras de índole procesal (1464, núms. 7, 10 y 11, y 1551, núms. 2 y 4). Véanse, además, los Arts. 533-4 (excepciones dilatorias), 544, 847 y 1465-6; y la abundante jurisprudencia recaída al rededor de los Art. 533, Nº 2, y 1693, Nº 2, para diferenciar la falta de personalidad de la falta de acción (reputada ésta como excepción perentoria, de fondo, y susceptible sólo de casación por infracción de ley).

La Ley de Enjuiciamiento civil contiene varios preceptos relativos a medios de ataque o de defensa que son objeto de un debate y una declaración preliminares. Los más característicos son los Arts. 22 (incidente de pobreza), aun cuando más bien es una diligencia preparatoria; 114 (cuestiones de competencia); 492-4 (el llamado incidente de cuantía); 532 y 535 (trámite de excepciones dilatorias en el de mayor cuantía); 544 (sustanciación previa de la excepción de cosa juzgada, cuando así lo pida el demandado); del mismo trato debieran disfrutar otras varias excepciones, en especial la de transacción, equiparada por el Código Civil con aquélla —Art. 1816—, y la de prescripción de la acción; 744-5 (incidentes de previo pronunciamiento).

La Ley de Enjuiciamiento Civil no conoce otra clasificación de las excepciones que la que las divide en dilatorias y perentorias (cfs. Arts. 532, 544, 687). El efecto más característico de las primeras es suspender el curso de la demanda, hasta que acerca de las mismas se provea (Arts. 532 y 535); pero pueden también alegarse en la contestación a la demanda, aunque sin surtir el resultado antedicho (Arts. 536 y 542). En los juicios de menor cuantía las excepciones, tanto perentorias como dilatorias, se propondrán en la contestación a la demanda; y si al dictar sentencia el juez estima procedente alguna de las dilatorias que lo impida, se abstendrá de pronunciar sobre el fondo (Art. 687, aplicable a los juicios de desahucio: sentencia de 19 de diciembre de 1884). Las excepciones que como dilatorias admite la Ley de Enjuiciamiento Civil son ocho, a saber: dos relativas a incompetencia (Art.

533, Nos. 1 y 5), tres referentes a la personalidad de las partes o del procurador (533, Nos. 2, 3 y 4), una a defectos en la proposición de la demanda (533, Nº 6), otra a la falta de reclamación previa en la vía gubernativa, en las demandas contra la Hacienda (533, Nº 7) y, por último, la de arraigo del juicio contra el demandante extranjero (Art. 534)...

El principio de la eventualidad rige la alegación de las excepciones dilatorias en España ("a un mismo tiempo y en mismo escrito", dice el Art. 536 que habrán de utilizarse todas; cfs. también los Arts. 542, 687, 1463 y 1550), pero el juez proveerá previamente sobre la declinatoria y la "litispendencia", y si se declara competente resolverá entonces acerca de las demás excepciones dilatorias propuestas, siendo apelable en ambos efectos el auto que dictare (Art. 538). En el juicio ejecutivo también se pronuncia primero sobre la excepción de incompetencia (Art. 1473).

La excepción de **compromiso** no figura en la lista del Art. 533 (cfs., sin embargo, lo que decimos acerca de esta cuestión en las Adiciones al § 77), pero sí, en cambio, en las de los Arts. 1464, Nº 10, y 1551, Nº 4.

La **incompetencia de jurisdicción** puede motivar un recurso de casación por quebrantamiento de forma (Art. 1693, Nº 6); pero interesa mucho no confundirla con la **incompetencia por razón de la materia** que a lo que da lugar es a un recurso por infracción de ley (Art. 1692, Nº 6). (188)

851.—Nuestro Código de Procedimiento Civil, al tratar de la contestación a la demanda, considera que el demandado puede: 1) deducir excepciones; 2) reconvenir; y 3) no comparecer, y ser declarado rebelde.

Además, según el Art. 146, puede reconocer la verdad de la demanda; y esto termina el juicio civil.

Analicemos separadamente estas situaciones:

1) **Deduce excepciones.**—El Art. 103 dispone que, el demandado contestará a la demanda dentro del término legal. El juez cuidará de que la contestación sea clara y las excepciones con-

(188) "Adiciones" a "Derecho Procesal Civil", de J. Goldschmidt, pgs. 251 y s.

tengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen. El juez, de encontrar que no se ha cumplido lo que aquí se dispone, ordenará que se cumpla, precisando los puntos que deban ser aclarados. Esta disposición no será susceptible de recurso alguno.

De este precepto podemos deducir lo siguiente:

a) El demandado ha de contestar a la demanda, dentro del término legal.

Este término es: de 15 días, en el juicio ordinario de mayor cuantía (Art. 419); de 8 días, en el juicio ordinario de menor cuantía (Art. 443); y de 2 días, en el juicio ordinario de ínfima cuantía (Art. 446); de 3 días, en el juicio ejecutivo de mayor cuantía (Art. 458); y de 2 días, en el juicio ejecutivo de menor cuantía (Art. 516).

Estos términos se amplían a 20 días, en el caso de que la citación se haga por la prensa (Art. 87, inciso 3º).

En el juicio verbal sumario, se contesta a la demanda en la audiencia de conciliación (Art. 903).

b) La ley parte del supuesto de que el demandado ha de contestar a la demanda deduciendo excepciones; y ya hemos visto que puede no deducirlas, y que, al contrario, puede allanarse a la demanda.

A base de ese supuesto, ordena que el juez ha de cuidar: 1º, de que la contestación sea clara, es decir, bañada de luz, inteligible, fácil de comprender; expresada con lisura y sin rebozo; y,

2º, de que las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen.

Aquí, la ley sigue aplicando el principio de la igualdad de la partes en el proceso: al actor también exige que la demanda ha de ser clara, y que ha de contener los fundamentos de hecho y de derecho de la acción deducida; y le ordena al juez que cuide de que se cumplan estos requisitos.

La ley no quiere obscuridad, en ninguna parte del proceso, porque ésta conduce a la duda, al error, al desacierto; quiere que tanto el actor como el demandado sean claros, precisos, en sus exposiciones, en sus pretensiones, para que el juez sepa, con precisión, qué es lo que piden, y fundándose en qué; y, en consecuencia, sobre qué versa el juicio, y qué es aquello sobre lo que ha de decidir.

Couture, hablando de las excepciones perentorias, enseña:

"Estas excepciones reposan sobre circunstancias **de hecho** o sobre circunstancias **de derecho** ("exceptio facti"; "exceptio iure").

La petición de rechazo de la acción por razones de hecho, puede apoyarse en tres motivos principales:

a) Inexistencia de los hechos constitutivos alegados en la demanda;

b) Existencia de hechos extintivos de los mencionados en la demanda;

c) Existencia de hechos obstativos a los efectos indicados en la demanda.

A título de ejemplo:

Inexistencia de los hechos constitutivos alegados en la demanda: en el juicio de divorcio el demandado alega la inexistencia de las riñas y disputas invocadas para justificar la acción.

Existencia de hechos extintivos: a la demanda por suma de dinero se opone la excepción de pago; no se niega el hecho constitutivo; pero se añade a él una circunstancia de hecho que destruye sus efectos.

Existencia de hechos obstativos: a la demanda por cumplimiento de una obligación se responde con la circunstancia de que dicha obligación es fruto de un vicio del consentimiento; es el tipo de la "exceptio doli", del error, de la violencia, etc.

No puede asegurarse que no existan defensas que no quepan en esta clasificación, de sentido puramente pedagógico. Pero puede afirmarse que el común de las respuestas forenses asumen uno de estos tres aspectos.

En cuanto a la excepción apoyada en circunstancias de derecho, puede basarse en:

a) Inexistencia de la norma invocada en la demanda;

b) Existencia de otra norma no invocada en la demanda, que impide o excluye los efectos de la invocada.

Un ejemplo del primer caso sería aquel en que a la demanda por indemnización del daño moral se contesta que la legislación no considera indemnizable ese tipo de daño; a la petición de quiebra de una sociedad anónima se responde que no existe quiebra de ese tipo de sociedades.

En cuanto al segundo caso, la ejecución hipotecaria es con-

testada invocando la ley moratoria que hace imposible la ejecución; a la demanda de divorcio vincular se contesta que la legislación de divorcio ha sido modificada.

También esta clasificación abarca tan sólo los dos tipos más frecuentes de defensa de derecho, no excluyendo la posibilidad de otras de menor entidad". (189)

En consecuencia, a una demanda de pago de una suma de dinero, por ejemplo, no ha de bastar que el demandado conteste diciendo sólo que no debe (fundamento de derecho); ha de ser necesario que exprese el fundamento de hecho, la causa o razón por qué dice que no debe, como serían: el pago, la remisión de la deuda, la prescripción de la acción, etc.; no ha de bastar que sólo diga que el juez es incompetente, sino que es necesario que indique por qué causa dice que es incompetente; que puede ser por razón de la materia, del territorio, de las personas, de la cuantía o de los grados; no ha de bastar que sólo diga que hay ilegitimidad de personería, sino que debe determinar si la ilegitimidad es del actor o del demandado, y cuál sea la causa de ella: incapacidad para comparecer en juicio, falta de poder, etc.

c) Como consecuencia de esto, si el juez encuentra que la contestación a la demanda no es clara, ordenará que el demandado la aclare; y si encuentra que las excepciones deducidas no contienen los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen, ordenará que el demandado determine estos fundamentos.

d) Esta orden se ha de dar mediante un decreto, el cual no será susceptible de recurso alguno.

2) **Qué excepciones puede deducir el demandado.**—El Art. 100 establece que las excepciones son de dos clases: dilatorias y perentorias.

Son dilatorias, según el mismo precepto, las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio; y perentorias, las que extinguen en todo o parte la acción a que se refiere la demanda.

Luego, el demandado puede deducir estas dos clases de excepciones.

3) **Cómo ha de deducir las excepciones.**—Respecto del juicio

(189) "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", pgs. 56 y s.

ordinario, el Art. 419 dispone que ha de "proponer conjuntamente todas las excepciones dilatorias y perentorias de que se crea asistido"; respecto del juicio ejecutivo, el Art. 465 dispone que "las excepciones, sean dilatorias o perentorias, se propondrán conjuntamente"; y, en tratándose del juicio verbal sumario, el Art. 903 dispone que "la audiencia de conciliación empezará por la contestación a la demanda, que contendrá todas las excepciones, dilatorias y perentorias, de que se crea asistido el demandado'.

En consecuencia, el principio de la eventualidad rige la alegación de las excepciones, cuando dispone que "el demandado propondrá conjuntamente todas las excepciones, dilatorias y perentorias, de que se crea asistido".

Desde luego, en el juicio ordinario, las excepciones dilatorias constituyen cuestión de resolución previa, o sea, que primero se resuelve acerca de ellas, y sólo cuando se las desecha definitivamente, se entra a conocer del fondo del litigio, de lo principal del juicio, del asunto materia de la controversia, determinados por la demanda y por las excepciones perentorias o la rebeldía.

En el juicio ejecutivo y en el verbal sumario, las excepciones dilatorias no constituyen cuestión de resolución previa.

4) **Naturaleza de las excepciones.**—Las excepciones dilatorias tienden a impedir que el juez conozca de la demanda, o a impedir que la conozca en la forma en que ha sido propuesta, tal como ha sido propuesta.

Esto, naturalmente, suspende o retarda el conocimiento del fondo de la cuestión controvertida, de lo principal materia del juicio, pero no constituye el objeto de la excepción; es sólo una consecuencia.

La excepción perentoria es la que tiende a destruir, en todo o en parte, la acción deducida en la demanda; constituye un ataque al fondo, a lo principal de la cuestión controvertida.

Peñaherrera las define con mucha precisión, cuando dice:

> "Son **dilatorias,** de **dilatum,** supino de **differre,** diferir, dilatar, trasferir, postergar, **las que tienen por objeto impedir que la acción, tal como ha sido intentada, sea admitida a discusión.** Son **perentorias** —de perimere— destruir, extinguir —**las que**

intentan que la acción admitida a juicio sea rechazada total o parcialmente en la sentencia". (190)

Como enseña Guasp:

"La oposición perentoria consiste en una resistencia frente a los elementos intrínsecamente fundamentadores de la pretensión, tengan o no carácter procesal, y al triunfar sobre aquélla determina su total ineficacia ulterior; metafóricamente cabría decir que la oposición perentoria mata el fundamento de la pretensión; y estimada una negación, una contradicción o una objeción dilatorias, la pretensión no puede ser actualmente satisfecha, pero cabe su actuación ulterior eliminando el obstáculo que la oposición ha puesto de relieve; aquí, metafóricamente, habría que decir que la oposición dilatoria no mata, sino que simplemente hiere el fundamento de la pretensión". (191)

Couture dice:

A) **Excepciones dilatorias.**

"35.—Las excepciones dilatorias, tal como se hallan legisladas en nuestro derecho, corresponden al concepto de excepciones "procesales" existentes en el derecho común europeo antes del Código francés y derivadas del derecho romano.

Son defensas previas, alegadas "in limine litis" y que, normalmente, versan sobre el proceso y no sobre el derecho material alegado por el actor. Tienden a depurar errores que obstarán a una fácil decisión (defecto legal en el modo de preparar la demanda); a evitar un proceso inútil (litis pendencia); a impedir un juicio nulo (incompetencia absoluta, falta de capacidad o de personería); a asegurar el resultado del juicio (fianzas de arraigo y de rato et grato); etc.

Constituyen, como se ha dicho, una especie de eliminación previa de ciertas cuestiones que embarazarían en el futuro el desarrollo del proceso. Tienen un carácter acentuadamente preventivo en cuanto tienden a economizar esfuerzos inútiles. Se deciden previamente a toda otra cuestión, razón por la cual

(190) Víctor Manuel Peñaherrera, "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo 3º, pgs. 418 y s.
(191) "Derecho Procesal Civil", pg. 255.

se les llamó en el derecho clásico español "alongaderas" y más tarde "artículos de no contestar".

Este carácter dilatorio ha hecho creer frecuentemente que el fin de la excepción es el de dilatar o de alargar el juicio, circunstancia a la que no es ajeno el impropio y malicioso uso que se hace de este tipo de defensas en la actividad forense. Sin embargo, desde un punto de vista científico, es cosa muy clara que la dilación o postergación (no ya del juicio en sí mismo sino de la contestación a la demanda) es sólo una consecuencia y no el contenido de la excepción; ésta es el medio procesal de dilucidar una cuestión que tiene carácter previo, desde que compromete la eficacia y la validez de los actos posteriores.

El riesgo de la inútil prolongación del juicio trata de evitarse en nuestro derecho mediante la exigencia de que las excepciones dilatorias sean propuestas todas juntas. Se acentúa a este respecto el principio de eventualidad, ya que aun cuando una de las excepciones sea fundada y decida por sí sola la cuestión, como por ejemplo, la de litis pendencia, siempre deben hacerse valer las otras que se tengan, para el caso hipotético ("in eventum") de que la primera fuere rechazada.

A tal fin contribuye, asimismo, el principio unánime de que la enumeración de las excepciones dilatorias es taxativa.

A una solución más rigurosa aún se llega en legislaciones recientes, en las cuales, mediante un decreto de carácter general, quedan decididas, en cierta etapa del juicio, todas las cuestiones atingentes al proceso. El "despacho saneador" del nuevo Código brasileño, decide de una vez por todas lo relativo a los presupuestos procesales y a las cuestiones de carácter formal que se hacen valer en el juicio, dejando preparada la causa para su continuación y pronunciamiento sobre el fondo del conflicto.

Pero la verdad es que este carácter previo de las excepciones dilatorias, es un mal necesario. Nadie duda de que sería conveniente no detener el juicio por motivos de forma que podrán más tarde ser separados; pero no es menos lógico, tal como lo sostiene sistemáticamente la jurisprudencia, que propuesta una cuestión que pueda afectar la eficacia y el valor de todo lo que se realice posteriormente (incompetencia absoluta, incapacidad de la parte, litis pendencia), se detenga el procedimiento para impedir una costosa e inútil actividad.

B) **Excepciones perentorias.**

36.—Las excepciones perentorias no son defensas sobre el proceso sino sobre el derecho. No procuran la depuración de elementos formales del juicio, sino que constituyen la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado.

A diferencia de las dilatorias, su enumeración no es taxativa. Normalmente no aparecen enunciadas en los códigos y toman el nombre de los hechos extintivos de las obligaciones, en los asuntos de esta índole; pago, compensación, novación, etc. Cuando no se invoca un hecho extintivo, sino alguna circunstancia obstativa del nacimiento de la obligación, también llevan el nombre de ésta: dolo, fuerza, error, etc. Si no se trata de obligaciones, o cuando tratándose de éstas se invoca simplemente la inexactitud de los hechos o la inexistencia de la obligación por otros motivos, es costumbre en algunos tribunales dar a la defensa un nombre genérico: "**exceptio sine actione agit**". Se habla de acción, entonces, no en el sentido que le hemos dado en el capítulo anterior, sino como sinónimo de derecho sustancial, que justifique una sentencia favorable al actor, tal como ha sido anotado oportunamente.

También a diferencia de las dilatorias, las excepciones perentorias no se deciden "in limine litis", ni suspenden la marcha del procedimiento, ya que su resolución se posterga en todo caso para la sentencia definitiva". (192)

852.—ENUMERACION Y CLASIFICACION DE LAS EXCEPCIONES

El Código de Procedimiento Civil no hace una enumeración taxativa de las excepciones. En el Art. 101 da ejemplos de las dilatorias más comunes; y en el Art. 102 indica cuáles son las perentorias más comunes.

Este sistema nos parece mejor, más acertado que aquel que enumera taxativamente las excepciones dilatorias.

Según el Art. 101, las excepciones dilatorias pueden ser relativas:

---

(192) "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", pgs. 53 y s.

1) al juez, como la de incompetencia; o
2) al actor, como la falta de personería; o
3) al demandado, como la de excusión u orden; o
4) al modo de pedir, como la de contradicción o la de incompatibilidad de acciones; o
5) al asunto mismo de la demanda, como la de plazo pendiente; o
6) a la causa o al modo de sustanciarla, como cuando se pide que se acumulen los autos, o que se de a la causa otra sustanciación.

Como la competencia, la legitimidad de personería y el trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, la omisión de alguna de estas solemnidades anula el proceso, y el juez ha de declarar la nulidad aun de oficio.

Asimismo, si el juez encuentra que en la demanda se han acumulado acciones contrarias o incompatibles, aun antes de darla trámite ha de ordenar que el actor rectifique esta falla, esta ilegalidad de la demanda, cumpliendo lo que disponen los Arts. 74, 76, 418, 457 y 1135.

La excusión u orden, el plazo pendiente y la acumulación de autos que no deba ser ordenada de oficio, tienen que ser alegadas por las partes.

Según el Art. 102, las excepciones perentorias más comunes son:

1) Las de extinción de la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil; y
2) La de cosa juzgada.

Los modos de extinguirse las obligaciones, según el Art. 1620 del Código Civil, son:
a más de la convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan darla por nula:

1º—La solución o pago efectivo;
2º—La novación;
3º—La transacción;
4º—La remisión;
5º—La compensación;
6º—La confusión;

7º—La pérdida de la cosa que se debe;
8º—La declaración de nulidad o la rescisión;
9º—El evento de la condición resolutoria; y
10º—La prescripción.

La extinción de la obligación y la cosa juzgada, así como toda excepción perentoria, tienen que se alegadas expresamente por el demandado. Sin embargo, la nulidad asboluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede asimismo pedirse por el Ministerio Público, en interés de la moral o de la ley.

Recordemos lo que enseña Prieto Castro:

"Ya hemos visto que a los hechos excluyentes que puede oponer —únicamente— el demandado se les llama **excepciones**, pero este es un concepto ambiguo, que se usa para significar toda clase de defensa, incluso la denuncia de la falta de requisitos para la válida constitución y desarrollo del proceso (excepciones procesales, dilatorias).

En beneficio de la exactitud técnica, hay que distinguir la **defensa** del demandado, que es toda actitud distinta del allanamiento; la negación de los hechos constitutivos, que es **oposición a la demanda**; el alegar hechos extintivos u obstativos, que es **oponer objeciones**, y el hacer uso de hechos excluyentes del derecho del actor, que es proponer excepciones, de las que, ya precisadas, se indica lo siguiente:

a) Las excepciones pueden ser **sustantivas** (por ejemplo, prescripción) o derivar de un derecho distinto (v. gr., excepción de usufructo frente a la demanda de propiedad); **excluyentes absolutas** (por ejemplo, condonación de la deuda o compensación) o simplemente reductoras de la fuerza de la acción (v. gr., derecho de retención); absolutas o **personales**, esto es, oponibles a todo el mundo o con limitación de sujetos; **perentorias** y dilatorias, según excluyan el derecho para siempre (prescripción) o por tiempo (retención, entre otras); y **simples y reconvencionales**, según que el demandado trate sólo de defenderse contra la demanda o amplíe el objeto de la demanda con otro propio suyo.

b) Tienen especial importancia las de prescripción y la de compensación. La primera debe distinguirse cuidadosamen-

te de la caducidad, que hace extinguirse el derecho **ipso iure** y, por tanto, ha de ser tenida en cuenta ex officio por el juez". (193)

Como se ve, nuestra ley, como la española y las demás que se han inspirado en ella, no han establecido la distinción entre: 1) oposición a la demanda, 2) oposición de objeciones, y 3) proposición de excepciones; ni las ha calificado a éstas de: 1) sustantivas, 2) excluyentes absolutas, 3) reductoras de la fuerza de la acción, 4) absolutas, 5) personales, 6) simples y 7) reconvencionales.

Sin embargo, en el Art. 1573 del Código Civil, encontramos una clasificación de las excepciones en reales y personales; lo mismo que en el Art. 2371, que dicen:

"Art. 1573.—El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas.

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

Art. 2371.—El fiador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir.

Son excepciones reales las inherentes a la obligación principal".

Como observa Peñaherrera, bien puede dividírselas también en principales y subsidiarias, según que se las deduzca para que el juez falle sobre ellas incondicionalmente (principales); o se las oponga sólo para el caso de que no sean aceptadas o no surtan efecto las otras (subsidiarias) (194).

(193) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pg. 242.

(194) "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal". tomo tercero, pg. 429.

853.—EXAMEN DE LAS EXCEPCIONES

A) DILATORIAS.

1) Relativas al juez, serían: a) la de falta de jurisdicción; b) la de incompetencia, y c) la de ilegal intervención.

a) La falta de jurisdicción puede provenir: 1) de que no se le haya nombrado o elegido juez a quien actúa como tal; 2) de que se haya suspendido la jurisdicción; y 3) de que se la haya perdido.

Quien esté en alguno de estos casos no es juez, porque es juez sólo quien ejerce jurisdicción.

Y, si en un proceso, en un juicio falta juez, no hay, no puede haber proceso, no puede haber juicio.

La falta de jurisdicción anula el juicio.

b) La incompetencia puede provenir: 1) de la falta de los requisitos para establecerla o fijarla; 2) de la suspensión de la competencia; y 3) de la pérdida de la competencia.

Si un juez actúa en una causa para la que no es competente, o sea, sin tener facultad de intervenir en ella, de actuar en ella, de juzgarla, el juicio es nulo.

c) La ilegal intervención puede provenir de que el juez no se haya posesionado del cargo, o de que haya sido nombrado o elegido con violación de las normas legales, etc.

Esta ilegal intervención de los jueces también anula la causa.

2) Relativa a las partes, sería la excepción de ilegitimidad de personería.

Hay ilegitimidad de personería cuando comparece en juicio: 1) por sí mismo, quien no es capaz de hacerlo; 2) el que asegura ser procurador y no tiene poder, o el poder es insuficiente; 3) el que afirma ser representante legal y no es; y 4) el que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquél; 5) cuando no interviene el Ministerio Público, debiendo intervenir conforme a la ley; y 6) en general, cuando se deja de contar en el juicio con quien necesariamente debe intervenir.

La ilegitimidad de personería produce la nulidad del juicio, puesto que éste no puede sostenerse sino entre personas capaces de intervenir en él, capaces de disponer de la cosa a que el juicio se refiere.

3) Relativa sólo al demandado sería la excepción de orden o excusión.

El beneficio de excusión, llamado también beneficio de orden, es aquel en virtud del cual, el fiador puede exigir que, antes de procederse contra él, se persiga la deuda en los bienes del deudor principal y en las hipotecas o prendas constituídas por éste para la seguridad de la misma deuda. (Art. 2374 del Cód. Civil).

En este caso, no habría la omisión de una solemnidad sustancial; pero el no haberse dirigido la demanda previamente contra el deudor principal, obstaría el que se siga el juicio contra el fiador.

Esta dilación no podría ser declarada de oficio por el juez.

El Art. 528 dispone que:

> "Si el ejecutado tiene fiador que no ha renunciado el beneficio de excusión, se citará también a éste el auto de pago, a fin de que intervenga en el juicio, si lo tiene a bien. Sea que intervenga o no en el juicio, dicho fiador, llegado el caso de señalamiento de bienes, será notificado, si así lo pidiere el ejecutante, para que cumpla, dentro del término de diez días, con lo dispuesto en el Nº 6º del Art. 2375 del Código Civil. (señalar al acreedor los bienes del deudor principal.) De no hacerlo, deberá pagar o señalar bienes propios, en los que deba hacerse el embargo, quedándole su derecho a salvo, para pedir que el acreedor rinda fianza, si quiere proponer el correspondiente juicio ordinario, dentro del término señalado en el inciso último del Art. 483".

4) Relativa al modo de pedir, sería la excepción de contradicción o de incompatibilidad de acciones.

Ya vimos que, pueden proponerse en una demanda acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles ni que requieran necesariamente diversa sustanciación.

El acumular en una demanda acciones de esta clase, la vuelven obscura, inaceptable; hace que no pueda tramitársela.

El juez, de oficio, debiera rechazarla al trámite.

5) Excepción relativa al asunto mismo de la demanda, sería la que se opone contra una petición hecha antes del plazo.

Si esta excepción se refiere al "asunto" de la demanda, como dice la ley, parece ser una excepción de fondo y no sólo una excepción procesal, dilatoria; pero, en realidad, es sólo dilatoria, porque con ella se quiere que el juez no entre a conocer del asunto principal materia del juicio, mientras esté pendiente el plazo; se quiere que conozca del asunto principal sólo cuando haya vencido el plazo.

Esta excepción, necesariamente tiene que ser alegada por el demandado.

6) Dice relación a la causa misma, la excepción que pide que se acumulen los autos para no dividir la continencia de la causa.

> "Por continencia de la causa se entiende la unidad y conexión que deben existir en todo juicio relativamente a la acción, a la cosa litigada, a la persona del juez, a la de los litigantes, a los trámites y al fallo definitivo. Cuando entre dos pleitos existe tal analogía que, de seguirse por separado, se quebrantaría, se destruiría esa unidad y conexión, se dice que se divide la continencia de la causa; y para evitar los inconvenientes que de aquí se seguirían, y el peligro de que se pronuncien fallos contradictorios, debe decretarse la acumulación de los autos que tengan entre sí dicha unidad, conexión o analogía". (195)

Esta excepción tiene que ser alegada por el demandado.

7) Dice relación al modo de sustanciar la causa, la excepción por la que se pide que se dé a la causa otra sustanciación.

Si la ley ha determinado un modo de conducir un asunto o juicio por la vía procesal adecuada hasta ponerlo en estado de sentencia, y se quiere emplear otro, el demandado puede oponerse a esto, deduciendo la excepción dilatoria respectiva.

---

(195) Manresa y Navarro, "Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil", tomo I, pg. 609.

La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto materia del juicio, o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso, siempre que dicha violación hubiese influído o pudiera influir en la decisión de la causa.

Esta nulidad también puede ser declarada de oficio.

854.—LAS EXCEPCIONES DILATORIAS Y LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Ya hemos visto que existen: 1) los **presupuestos para la existencia del juicio**, y que éstos son, fundamentalmente: a) la proposición de una demanda judicial; b) un órgano dotado de jurisdicción, o sea el juez; y c) partes que se presenten como sujetos de derecho; y 2) los **presupuestos para la validez del juicio,** que no se refieren a su existencia, sino a su eficacia, y cuya ausencia puede no obstar a la existencia de una relación procesal (196)

Si, a base de estos conceptos, analizamos los ejemplos de excepciones dilatorias que da el Código de Procedimiento Civil, encontramos que, muchas de ellas no son sino "como en su más simple concepción, 'un medio legal' de denunciar al juez la ausencia de presupuestos necesarios para la validez del juicio": incompetencia, ilegitimidad de personería, irregularidad de la sustanciación, etc.

En consecuencia, algunas de esas excepciones dilatorias constituyen verdaderos presupuestos procesales.

854 a).—B) EXCEPCIONES PERENTORIAS.—Las más comunes son, las relativas a los modos de extinguirse las obligaciones según el Código Civil y la cosa juzgada.

La cosa juzgada, se dice, es una institución especial, establecida con el importantísimo objeto de evitar que sobre unos mismos derechos se controvierta entre unas mismas partes dos o más veces. (197)

La **exceptio rei iudicati** sería la alegación del demandado, de que el asunto materia del juicio en el que la deduce, ya fue co-

---

(196) Eduardo J. Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", pg. 51.

(197) Luis Felipe Borja, "Estudios sobre el Código Civil Chileno", tomo I, pg. 16.

nocido y resuelto (en cuanto al fondo) definitivamente, en un juicio anterior.

Si las excepciones perentorias no son defensas sobre el proceso sino sobre el derecho; si no procuran la depuración de elementos formales del juicio, sino que constituyen la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado (198), la excepción de cosa juzgada no parece ser, precisa y nítidamente, una excepción perentoria.

Por esto, algunos la han considerado como excepción mixta; y, por tanto, que podía deducirse como excepción dilatoria, o también como perentoria. (199)

855.—LAS EXCEPCIONES Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Puede suceder que, habiéndose propuesto una demanda en un Estado, el actor la vuelva a proponer contra el mismo demandado, en otro Estado; o que, habiéndose juzgado un asunto en un Estado, y existiendo, en consecuencia, sentencia ejecutoriada, se proponga nueva demanda, por el mismo asunto, contra la misma persona, en otro Estado.

En estos casos el demandado puede proponer con éxito la excepción de litispendencia en el primer supuesto, y la excepción de cosa juzgada, en el segundo.

Asimismo puede alegarse la incompetencia, mediante la excepción declinatoria.

Así lo establece el Código de Derecho Internacional Sánchez de Bustamante en los siguientes artículos:

> "**Libro Cuarto. Derecho Procesal Internacional. — Título sexto. De las excepciones que tienen carácter internacional.**
>
> 394.—La litispendencia por pleito en otro de los Estados contratantes podrá alegarse en materia civil, cuando la sentencia que se dicte en uno de ellos haya de producir en el otro los efectos de cosa juzgada.

(198) Eduardo J. Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", pg. 55.

(199) Víctor M. Peñaherrera, "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo III, pg. 424.

395.—En asuntos penales no podrá alegarse la excepción de litispendencia por causa pendiente en otro Estado contratante.

396.—La excepción de cosa juzgada que se funde en sentencia de otro Estado contratante, sólo podrá alegarse cuando se haya dictado la sentencia con la comparecencia de las partes o sus representantes legítimos, sin que se haya suscitado cuestión de competencia del tribunal extranjero basada en disposiciones de este Código.

397.—En todos los casos de relaciones jurídicas sometidas a este Código, podrán promoverse cuestiones de competencia por declinatoria fundada en sus preceptos.

856.—2) RECONVIENE

El Art. 106 dispone que, en la contestación, podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere.

Ya hemos visto que la reconvención es la demanda que propone el demandado, contra el actor, al momento de contestar a la demanda.

La reconvención es de dos clases: conexa e inconexa.

Es conexa la que se deriva de la misma causa en que se funda la demanda, o que es de tal modo relacionada con ésta, que, propuesta separadamente, daría lugar a la acumulación de autos.

Es inconexa la que no se encuentra en ninguno de esos casos. (200)

Por su naturaleza, por lo que ella es, la reconvención tiene que citarse al reconvenido, es decir al actor.

El Art. 420, al tratar del juicio ordinario, dispone que, si al tiempo de contestar a la demanda se reconviniere al demandado, se concederá a éste el término de quince días, para contestar a la reconvención.

En el juicio ejecutivo, según el Art. 527, la reconvención puede deducirse en el término de proponer excepciones y siempre que se apoye en título ejecutivo.

Por la reconvención, el demandado aumenta **objetivamente**

(200) Víctor M. Peñaherrera, "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo III, pg. 465.

el proceso inicial; no aumenta subjetivamente, porque los sujetos que intervienen en él, o sea las partes, siguen siendo los mismos.

Por este aumento objetivo, el proceso comprende dos cuestiones principales, dos asuntos controvertidos: la demanda y la reconvención.

Por esto, según el Art. 107, las excepciones perentorias y la reconvención se han de discutir al mismo tiempo y en la misma forma que la demanda, y han de ser resueltas en la sentencia.

Legalmente se prorroga la competencia del juez de la acción para conocer de la reconvención.

La prorrogación es sólo en cuanto al territorio; no puede ser en cuanto a la materia ni a la cuantía.

Por excepción, se prorroga la competencia del juez provincial sobre lo asuntos de menor cuantía que se les sometan en reconvención. (Art. 8).

Como la reconvención es una verdadera demanda, ha de reunir los requisitos del Art. 74; y el reconveniente ha de tener todas las condiciones de capacidad de demandante.

A nuestro sistema legal, bien pueden aplicarse las siguientes expresiones de Prieto Castro:

> "Entre nosotros, por lo que se acaba de indicar, la reconvención se admite con una amplitud que sólo estaba justificada en otros tiempos. En las épocas en que era difícil acudir a los tribunales, por la escasez de comunicaciones y no funcionar éstos permanentemente y cuando con la variedad de jurisdicciones unas trataban de excluir a otras, era natural que se usase con gran extensión de la oportunidad del juicio pendiente para plantear otro contrario al demandante, a lo que se mostraba propicio el derecho canónico. Pasados estos tiempos, son razones de economía procesal las que justifican la institución... (201)

Sin embargo, según el Art. 904, en el juicio verbal sumario no se puede reconvenir.

Porque la reconvención es una verdadera demanda, creemos que, al contestarla, el reconvenido puede, a su vez, reconvenir, según el Art. 106, que es un precepto general.

Esta sería la llamada **reconventio reconventionis.**

---

(201) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pg. 243.

857.—3) NO COMPARECE

El Art. 104 dispone que,

> "Si el demandado no compareciere en el término legal, después de habérsele citado, se le declarará rebelde, a solicitud de la otra parte. Se le hará saber esta providencia; y no se contará más con él, sino para notificarle la sentencia.
>
> Pero si el rebelde compareciere, se le oirá, y tomará la causa en el estado en que la encuentre, previo pago a la otra parte de los gastos que hubiere hecho por él".

Ya vimos que, según el Art. 99, uno de los efectos de la citación es el de obligar al citado a comparecer ante el juez, para defenderse, o para allanarse a la demanda.

Si el demandado deja vencer el término que tuvo para esto, se le declarará rebelde, a solicitud del actor.

Si falta esta solicitud, no se puede declararle rebelde.

Más aún: como la declaración de rebeldía es materia de una declaración apelable, mientras ella no esté expedida, le es potestativo al demandado proponer las excepciones que tuviere por conveniente, aun después de presentado el escrito en que se le acusó de rebelde.

La declaración de rebeldía no cabe en el juicio ejecutivo. El procedimiento es distinto y más rápido, según el Art. 466, que dispone:

> "Si el deudor no paga ni propone excepciones dentro del respectivo término, el juez, previa notificación, pronunciará sentencia, dentro de veinticuatro horas, mandando que el deudor cumpla inmediatamente la obligación. La sentencia causará ejecutoria".

858.—EFECTOS DE LA DECLARACION DE REBELDIA

Los tratadistas distinguen los efectos que se refieren a la comunicación del juez con el rebelde (efectos procesales) y los que afectan al fondo.

I. EFECTOS PROCESALES.—1) Declarado rebelde el demandado, se le notificará la providencia en que se le declare así, siempre que hubiere señalado lugar en el que deba notificársele; si no lo hubiere señalado, no se le notificará, por lo que dispone el Art. 80:

> "No se hará notificación alguna a la parte que no designare habitación en que ha de ser notificado".

2) La declaración de rebeldía produce el efecto de que no se vuelva a contar más con el rebelde, sino para notificarle la sentencia, asimismo siempre que hubiere señalado lugar en el que deba notificársele.

En virtud de este efecto, el demandado se coloca en una situación peligrosa: ignora la marcha del juicio, no sabe, no conoce lo que en él se pide, ordena y actúa.

3) Mas, como en la Constitución Política de la República se garantiza el no ser privado del derecho de defensa en cualquier estado del juicio, si el rebelde comparece se le oirá, podrá intervenir en el juicio; pero lo tomará a éste en el estado en que se encuentre.

La ley dice que, previamente, ha de pagar a la otra parte, los gastos que hubiere hecho por el rebelde; pero el no pago de estos gastos no es un obstáculo para que el rebelde intervenga en el juicio, para que se siga contando con él.

II. EFECTOS EN CUANTO AL FONDO.—Prieto Castro recuerda que,

> "La inactividad total del demandado se puede tratar, y así ha sido en el curso de la historia, más o menos rigurosamente. En el derecho antiguo se llegaba a entregar los bienes de aquél al demandante. En la actualidad, ciertos sistemas estiman la rebeldía como conformidad del rebelde con la petición del actor (allanamiento); en otros, se considera simple reconocimiento de los hechos de la demanda (**ficta confessio**), que sólo releva de la prueba al actor; y en algunos, por último, no se le asocian más consecuencias que las implícitas en la propia conducta del demandado, sin perjuicio para él, de manera que

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA DE DERECHO
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

el actor ha de probar su demanda y quedando libre el camino para una absolución si la misma fuese infundada.

Esta solución, la menos formalista y más justa, es la normal en nuestro derecho. La rebeldía en personarse sólo origina, según esto, la ficción de "darse por contestada la demanda" (hay que entender, en el sentido de oponerse a ella el demandado), después de lo cual el procedimiento sigue su curso". (202)

Nosotros también hemos seguido la solución adoptada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de España: el silencio del demandado, cuando debe contestar a la demanda, la no contestación, la rebeldía, equivalen a la negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda.

En consecuencia, al actor corresponde probar estos fundamentos, o sea los hechos que él propuso afirmativamente en la demanda y que han sido negados por el demandado; y, si no lo hace, la demanda debe ser desechada, y, de este modo, el actor pierde el juicio.

859.—REFORMA DE LA CONTESTACION A LA DEMANDA

Así como el actor puede cambiar la acción deducida en la demanda, o sea, cambiar la demanda, o reformarla, el demandado también puede reformar su contestación a la demanda, reformar sus excepciones y aun deducir otras perentorias, según dispone el Art. 105.

Puede hacer esta reforma hasta antes de que empiece a decurrir el término de prueba, aunque la ley dice que puede hacerlo hasta "antes de recibida la causa a prueba".

De este modo, se coloca al demandado en igualdad de condiciones con el actor quien, asimismo, puede reformar la demanda hasta antes de que empiece a decurrir el término de prueba.

---

(202) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo II pgs. 249 y s.

860.—EL REBELDE Y LA REFORMA DE LA LITISCONTESTACION

Ya hemos visto que el silencio del demandado, la rebeldía del demandado equivale a la negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda; y que si el rebelde comparece, se le oirá, y tomará la causa en el estado en que la encuentre.

Según esto, el rebelde ¿podrá aprovecharse de lo que dispone el Art. 105, y deducir excepciones?

Según el estricto tenor literal, no pudiera hacerlo, porque la ley permite al demandado "**reformar sus excepciones** y aun deducir **otras perentorias**"; pero el rebelde, precisamente, fue declarado tal porque no dedujo excepciones; por lo que no tendría qué excepciones reformar; ni existen **unas** excepciones perentorias para poder hablar de la posibilidad de deducir **otras**.

Sin embargo, la purisprudencia ha establecido que el rebelde puede ejercitar el derecho que el Art. 105 concede.

Al respecto, Peñaherrera dice:

> "Si el rebelde comparece en el intervalo entre el auto que le declara tal y la recepción de la causa a prueba, sí podrá deducir excepciones, aprovechando de la regla del Art. 133, que permite al demandado modificar sus excepciones y aun deducir otras. Considera el legislador que el período de la litiscontestación subsiste hasta el momento en que, recibida la causa a prueba, comienza el segundo período del juicio; y en aquel período, en el de la litiscontestación, bien puede el demandado hacer uso de la susodicha disposición legal, tanto más cuanto, según hemos observado, el silencio del demandado, su no contestación, debe interpretarse y se interpreta como una negación tácita de la demanda. Y si después de la negación expresa, puede el demandado modificar su contestación, cambiando sus excepciones o agregando otras, no hay razón para que no pueda hacerlo después de la negación tácita". (203)

(203) "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo III, pg. 463.

861.—DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA

Ya hemos visto que el actor puede cambiar la acción deducida en la demanda, hasta antes de la contestación a la demanda; y que puede reformarla, hasta antes de que empiece a decurrir el término de prueba.

Posteriormente, puede desistir de la demanda, o sea, separarse expresamente de sostenerla.

El desistimiento de la demanda vuelve las cosas al estado que tenían antes de haberla propuesto.

Ni el que desistió de una demanda, ni sus herederos pueden proponerla otra vez contra la misma persona, ni contra los que legalmente la representen.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

TEXTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

LIBRO SEGUNDO

TITULO I

SECCION 4ª

De las Excepciones

Art. 100.—Las excepciones son **dilatorias** o **perentorias**. Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio; y perentorias, las que extinguen en todo o parte la acción a que se refiere la demanda.

Art. 101.—Las dilatorias más comunes son, o relativas al juez, como la de incompetencia; o al actor, como la de falta de personería, por incapacidad legal o falta de poder; o al demandado, como la de excusión u orden; o al modo de pedir, como la de contradicción o incompatibilidad de acciones; o al asunto mismo de la demanda, como la que se opone contra una petición hecha antes del plazo legal o convencional; o a la causa o al modo de sustanciarla, como cuando se pide que se acumulen los autos para no dividir la continencia de la causa, o que a ésta se dé otra sustanciación.

Art. 102.—Las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda. Las perentorias más comunes son: la que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno

de los modos expresados en el Código Civil, y la de cosa juzgada.

SECCION 5ª

De la contestación a la demanda

Art. 103.—El demandado contestará a la demanda dentro del término legal. El juez cuidará de que la contestación sea clara y las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen. El juez, de encontrar que no se ha cumplido lo que aquí se dispone, ordenará que se cumpla, precisando los puntos que deban ser aclarados. Esta disposición no será susceptible de recurso alguno.

Art. 104.—Si el demandado no compareciere en el término legal, después de habérsele citado, se le declarará rebelde, a solicitud de la otra parte. Se le hará saber esta providencia; y no se contará más con él, sino para notificarle la sentencia.

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

Art. 105.—Antes de recibida la causa a prueba, podrá el demandado reformar sus excepciones y aun deducir otras perentorias.

Art. 106.—En la contestación podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere; pero después de tal contestación sólo podrá hacerlos valer en otro juicio.

Art. 107.—Las excepciones perentorias y la reconvención se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltas en la sentencia.

Art. 108.—Después de contestada la demanda, el actor no podrá desistir del pleito, sino pagando al demandado las costas y en la forma prescrita en este Código.

Art. 100.—**Las excepciones son dilatorias o perentorias. Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio; y perentorias, las que extinguen en todo o parte la acción a que se refiere la demanda.**

Referencias:

Dilatorias: Art. 101.
Perentorias: Art. 102.
Litigio: Art. 63.
Demanda: Art. 73.

862.—COMENTARIO.—**Clases de excepción.**

Mientras los tratadistas dividen las excepciones en absolutas y relativas, sustanciales y procesales, dilatorias y perentorias; sustantivas, excluyentes absolutas, reductoras de la fuerza de la acción, absolutas y personales, simples y reconvencionales; principales y subsidiarias; nuestra ley las divide sólo en dilatorias y perentorias, es decir, en sustanciales y procesales, o sea, de fondo y de forma, según Chiovenda.

No es de la esencia de las excepciones dilatorias **tender a suspender o retardar** el curso del juicio, como dice la ley; ellas procuran la existencia de todos los requisitos previos necesarios para que el proceso, una vez incoado, se desenvuelva sin obstáculos y sin faltas; cuidando de la validez del proceso; quieren que el juez no conozca la demanda propuesta, o no la conozca en la forma en que ha sido propuesta.

Esto, naturalmente, suspende o retarda el curso del juicio; pero la suspensión o el retardo no constituye el objeto, el pro-

pósito de la excepción dilatoria. La suspensión o el retardo del curso del juicio es una consecuencia del objeto, del propósito, del fin que persigue la excepción dilatoria.

Así, el demandado ante juez incompetente por razón del territorio, por ejemplo, al deducir la excepción de incompetencia, no quiere que el juicio se suspenda o se retarde, sino que no lo conozca ese juez porque no está sometido a él; quiere que se haga efectivo, que se respete el derecho que la ley le confiere a no ser demandado sino ante el juez de su fuero, de su domicilio, del lugar a que está sometido.

Las excepciones perentorias atacan al fondo de la cuestión controvertida; tienden a extinguir en todo o en parte la acción deducida en la demanda.

La excepción de pago, por ejemplo, es perentoria, porque el pago es un modo de extinguir las obligaciones, porque afecta al fondo de la cuestión controvertida. Si se asegura que se ha pagado totalmente la deuda, la excepción tiende a extinguir en todo la acción propuesta; si se asegura que se ha pagado la mitad de la deuda, la excepción tiende a extinguir, a destruir en parte la acción deducida en la demanda.

El Art. 244 del Código de Procedimiento Civil del Uruguay dice que, excepción es un medio legal que puede oponer el demandado para aplazar la contestación, o para destruir o disminuir la acción intentada.

Art. 101.—**Las dilatorias más comunes son, o relativas al juez, como la de incompetencia; o al actor, como la de falta de personería, por incapacidad legal o falta de poder; o al demandado, como la de excusión u orden; o al modo de pedir, como la de contradicción o incompatibilidad de acciones; o al asunto mismo de la demanda, como la que se opone contra una petición hecha antes del plazo legal o convencional; o a la causa o al modo de sustanciarla, como cuando se pide que se acumulen los autos para no dividir la continencia de la causa, o que a ésta se dé otra sustanciación.**

Referencias:

Dilatorias: Art. 100.

Incompetencia: Arts. 1, inciso segundo, 6 a 13, 21, 22, 25 a 32, 320 y 374, 2ª.

Actor: Art. 33.
Falta de personería: Arts. 320, 2ª y 374, 3ª.
Incapacidad legal: Arts. 34 y 35.
Falta de poder: Arts. 39 y s.
Demandado: Art. 33.
Beneficio de excusión u orden: Art. 528; Cód. Civ. Arts. 2374 a 2376.
Contradicción o incompatibilidad de acciones: Art. 76.
Plazo legal o convencional: Cód. Civ. Arts. 1547, 1549, 1604, 1606.
Acumulación de autos: Arts. 109 a 113.
Continencia de la causa: Art. 109, Nº 4º y 110.

863.—COMENTARIO.—**Dilatorias más comunes.**

Otras legislaciones señalan taxativamente las excepciones dilatorias.

Así, el Art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España dispone:

> "Sólo serán admisibles como excepciones dilatorias:
> 1ª La incompetencia de jurisdicción.
> 2ª La falta de personalidad en el actor por carecer de las calidades necesarias para comparecer en juicio, o por no acreditar el carácter o representación con que reclama.
> 3ª La falta de personalidad en el Procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad del poder.
> 4ª La falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter o representación con que se le demanda.
> 5ª La litis **pendencia** en otro Juzgado o Tribunal competente.
> 6ª Defecto legal en el modo de proponer la demanda.
> Se entenderá que existe este defecto cuando no se llenen en la demanda los requisitos a que se refiere el Art. 524.
> 7ª La falta de reclamación previa en la vía gubernativa, cuando la demanda se dirija contra la Hacienda pública".

y el Art. 534:

> "Si el demandante fuere extranjero, será también excep-

ción dilatoria la del arraigo del juicio, en los casos y en la forma que en la nación a que pertenezca se exigiere a los españoles".

El Art. 303 del Código de Procedimiento Civil de Chile dispone:

"Sólo son admisibles como excepciones dilatorias:

1ª La incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda;

2ª La falta de capacidad del demandante o de personería o representación legal del que comparece en su nombre;

3ª La litis-pendencia;

4ª La ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda;

5ª El beneficio de excusión; y

6ª En general las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida".

y el Art. 304:

"Podrán también oponerse y tramitarse del mismo modo que las dilatorias la excepción de cosa juzgada, la de transacción y la de inadmisibilidad de que trata el Párrafo 2º del Título VIII del Código de Comercio; pero, si son de lato conocimiento, se mandará contestar la demanda, y se reservarán para fallarlas en la sentencia definitiva".

El Art. 246 del Código de Procedimiento Civil del Uruguay dispone:

"Sólo son admisibles como excepciones dilatorias:

1º La incompetencia de jurisdicción.

2º La falta de capacidad legal del actor, o la de personería del representante o procurador.

3º La litis pendencia en otro Juzgado o Tribunal competente.

4º Defecto legal en el modo de preparar la demanda.

5º Las cauciones que requieren los Art. 120 y 158.

6º La de excusión, en el caso del Art. 2094 del Código Civil.

Dentro del mismo término de nueve días, concedido para las dilatorias, son también admisibles las mixtas:

7º de Cosa juzgada.

8º de transacción".

El Art. 84 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital de la Argentina dispone que:

"Sólo son admisibles como excepciones dilatorias:

1º La incompetencia de jurisdicción;

2º La falta de personalidad en el demandante, en el demandado o en sus procuradores o apoderados;

3º La litispendencia en otro Juzgado o Tribunal competente;

4º Defecto legal en el modo de proponer la demanda".

y el Art. 85:

"Si el demandante no tiene domicilio conocido en la Capital, será también excepción dilatoria la del arraigo del juicio por las responsabilidades inherentes a la demanda".

Nuestra ley sólo señala las dilatorias más comunes. De este modo, permite deducir todas las excepciones dilatorias de que el demandado se crea asistido.

Art. 102.—Las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda. Las perentorias más comunes son: la que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil, y la de cosa juzgada.

Referencias:

Excepciones: Arts. 100 y 101.
Contestación a la demanda: Art. 103 y 105.
Excepciones perentorias: Art. 100.
Modos de extinguirse las obligaciones: Cód. Civ. Art. 1620.
Cosa juzgada: Art. 318.

864.—COMENTARIO.—**Perentorias más comunes.**

En algunas legislaciones, si el demandado deduce excepciones dilatorias, éstas constituyen incidentes o asuntos de resolución previa a la contestación a la demanda; de modo que sólo cuando se han resuelto, desechándolas, debe contestar a la demanda, o sea, deducir excepciones perentorias.

Así, el Art. 532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España dispone:

> "Si el demandado propusiere alguna excepción dilatoria, no estará obligado a contestar a la demanda hasta que se ejecutoríe este artículo que será siempre previo".

Y el 539, que dice:

> "Consentido o ejecutoriado el auto en que se desestimen las excepciones dilatorias, a instancia del actor se hará saber al demandado que conteste a la demanda dentro de los diez días siguientes al de la notificación de esta providencia".

Acertadamente, nuestra ley dispone que si el demandado quiere defenderse, al contestar a la demanda ha de deducir todas las excepciones, tanto dilatorias como perentorias, de que se crea asistido.

Sería conveniente adoptar el Art. 275 del Código de Procedimientos Civiles para el distrito federal y territorios de México, que dice:

> "Queda abolida la práctica de oponer excepciones o defensas contradictorias, aun cuando sea con el carácter de subsidiarias, debiendo los jueces desechar éstas de plano".

Generalmente, las legislaciones no establecen taxativamente las excepciones perentorias.

Por esto, nuestra ley también sólo indica cuáles son las más comunes.

Respecto de la cosa juzgada podemos recordar lo que enseña Silva Melero:

"VI. **La cosa juzgada como excepción.**—El medio por el cual se invoca procesalmente la eficacia de la cosa juzgada es la **exceptio rei iudicati**, que es la presunción jurídica que pueden invocar aquellos que habiendo sido parte en un juicio resuelto por sentencia de fondo, firme y definitiva, en el caso de que se trate de reproducir la pretensión en un juicio ulterior, para excluir la posibilidad de que recaiga una nueva resolución en lo ya juzgado.

En la excepción de cosa juzgada se tiende a excluir no sólo una resolución contraria a la precedente, sino una nueva decisión sobre aquello que fue juzgado, sin duda porque en virtud de la resolución anterior el juez ha quedado vinculado para procesos futuros". (204)

Non bis in idem, decían los romanos, para dar a entender que, resuelto definitivamente un asunto litigioso, es decir, habiendo recaído en él, el fallo respectivo sobre la cuestión de fondo, que ha llegado a ejecutoriarse, no puede ni debe volver a discutirse sobre el mismo asunto, entre las mismas personas, o sus sucesores en el derecho.

Por esto, el Art. 318 dispone que:

"La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituída por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho".

La cosa juzgada garantiza la eficacia futura de toda sentencia, y, con esto, evita la perenne inseguridad de los derechos.

(204) "Enciclopedia Jurídica", tomo V, pg. 852.

JURISPRUDENCIA

865.—PUEDE DEDUCIRSE COMO EXCEPCION LA NULIDAD RELATIVA DE LOS ACTOS Y CONTRATOS

"Mayo de 1920.—Ningún principio ni ley alguna prohibe el que se alegue, como excepción, la nulidad relativa de los actos y contratos; y, por el contrario, es indudable que el demandado, al hacer valer sus medios de defensa, puede acogerse a la nulidad así absoluta como relativa del acto o contrato en el cual se funda el título del derecho del demandante. En el juicio de tercería, el tercerista tiene la calidad de actor, y son demandados el ejecutante y ejecutado; y, por lo tanto, E. R., en su carácter de acreedora, tuvo el derecho de oponer, a la tercería, la nulidad del contrato celebrado entre JAE y FA, fundada, desde luego, en el Art. 2450 del Código Civil, que favorece a todo acreedor, a fin de que haga valer sus derechos, bien como demandante, bien como demandado. Por esto y por lo de que no pugna con la ley el que se intente, en el juicio de tercería, una reconvención tendiente a que se reconozca o se deniegue un derecho conexo con el dominio mismo alegado por el tercerista, se estiman improcedentes los fundamentos que, en cuanto a los puntos expresados, contiene el fallo recurrido..."

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 106, pg. 852.

Si la excepción perentoria es un medio de defensa del demandado, que se refiere al fondo de la cuestión controvertida, no hay duda de que el alegar la nulidad relativa de los actos o contratos constituye un medio de defensa que mira al fondo de la

cuestión controvertida, es decir, una excepción perentoria.

El Código de Procedimiento Civil no determina taxativamente las excepciones que puedan deducirse; permite deducir todas aquellas de que el demandado se crea asistido. En consecuencia, bien pudo deducirse esta excepción de nulidad relativa del contrato.

Además, en este fallo encontramos las siguientes conclusiones, con las que estamos de acuerdo:

1ª En el juicio de tercería excluyente de dominio, el tercerista tiene la calidad de actor, y el ejecutante y el ejecutado tienen la de demandados;

2ª En consecuencia, el ejecutante tiene derecho de oponer a la tercería, la excepción de nulidad del contrato a que la tercería se refiere; y

3ª Es legal intentar, en un juicio de tercería, una reconvención conexa con el dominio alegado por el tercerista.

866.—NATURALEZA DE LA NEGATIVA DEL ESTADO CIVIL DEL ACTOR EN UN JUICIO DE PARTICION DE UNA HERENCIA

"Segunda instancia.—Deducida la demanda de RM, RV se opuso a la partición de los bienes dejados por BV, fundado en que la mujer del actor carece de título legal para intervenir en el juicio, por no ser hija legítima del antecesor BV. La jurisdicción voluntaria del juicio de partición llegó a ser contenciosa, desde que BV se presentó contradiciendo las pretensiones de la parte actora; por consiguiente, la oposición al juicio de partición y la calificación del derecho de la mujer del actor, con relación al estado civil, debieron ventilarse y resolverse en juicio ordinario, de acuerdo con los Arts. 730 y 803 del Código de enjuiciamiento civil. La oposición constituye una nueva demanda, cuya sustanciación corresponde a la del juicio ordinario; en tal caso, debió principiarse por dar traslado a la otra parte, citar la demanda en persona o por tres boletas, conforme lo dispone el Art. 124 del mismo Código, pues estos juicios no pueden progresar sin que se oiga previamente a la parte demandada; y previa esa citación legal, los demandados debieron designar el lugar para las citaciones, en cumplimiento

a lo que previene el Art. 107 del propio Código. Las diversas relaciones jurídicas que se controvierten por la oposición son distintas en el fondo y en la forma a las que se ventilan en el juicio sumario de partición; por lo mismo, debieron discutirse en cuaderno independiente, no en la misma cuerda como dice el juez inferior. No habiéndose seguido el juicio ordinario en la forma legal, ni contado con el defensor de menores y otros interesados, no cabe declarar la validez del proceso, desde que ninguna ley salva los vicios de que adolece un procedimiento, cuando por no guardar la tramitación legal, resultan omitidas las solemnidades propias del juicio ordinario..."

"Tercera instancia. Mayo de 1923.—La oposición de RV, a la demanda de la foja primera, no reviste, en esta causa, la calidad de acción intentada sobre el estado civil de MV; es una excepción perentoria con la cual se trata de extinguir la acción a que se refiere esa demanda, y, como tal excepción, está sujeta a los trámites del mismo juicio ordinario en que se decidirá, previamente, sobre si la partición ha de verificarse o no. Según esto, dada la cuantía señalada en la demanda, el auto expedido por la Corte de Riobamba no es susceptible del recurso de tercera instancia, cualquiera que sea el alcance de la citada oposición del demandado, que, como se ha dicho, es sólo una excepción contra la demanda de la foja primera. En consecuencia, devuélvase el proceso".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 114, pgs. 915 y s.

El voto salvado de tercera instancia confirma el criterio sostenido en el fallo de segunda instancia.

El Art. 730 a que este fallo se refiere, constaba en la sección que trataba "del juicio de partición", y decía:

"Si alguno se opone a la partición, por falta o insuficiencia de título de quien la pide, o por no haberse cumplido la condición de la cual dependía el derecho del solicitante, se sustanciará este punto en juicio ordinario".

El Art. 803 que constaba en la sección que trataba "del juicio de filiación y de las pruebas del estado civil", disponía que:

'Si el demandado niega el estado civil en que se apoya la demanda, se tratará de dicho estado junto con el asunto principal, y se resolverá en la misma sentencia, si el juicio fuere ordinario".

Es preciso recordar que, cuando se dictaron estos fallos, las atribuciones propias del partidor eran sólo las de liquidar y distribuir los efectos hereditarios, conforme al Código Civil. Posteriormente, a estas atribuciones se agregaron las jurisdiccionales, para que decida "todas las cuestiones que se presenten y cuya resolución fuese necesaria para llevar a cabo la partición".

Hoy subsiste esta atribución en el Art. 682, inciso primero; y los dos siguientes prescriben que:

"Esta disposición no comprende a las determinadas en los Arts. 1383 y 1384 del Código Civil, las cuales deben decidirse como cuestión incidental, por la justicia ordinaria.

El partidor señalará un término dentro del que deben presentarse todas las cuestiones que, a juicio de las partes, requieran resolución previa. Vencido este término, no se admitirá reclamo alguno, sin perjuicio del derecho de terceros, que se ejercitará por separado, sin obstar a que continúe el juicio de partición".

El Código Civil dispone:

"Art. 1383.—Antes de proceder a la partición, se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios.

Art. 1384.—Las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguno alegue un derecho exclusivo y que en consecuencia no deben entrar en la masa partible, serán decididas por la justicia ordinaria, y no se retardará la partición por ellas. Decididas a favor de la masa partible, se procederá como en el caso del Art. 1402.

Sin embargo, cuando recayeren sobre una parte considerable de la masa partible, se podrá suspender la partición hasta que se decidan, si el juez, a petición de los asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, lo ordenare así".

En consecuencia, hoy, el asunto relativo a la oposición a la partición, fundándose en que alguno de los que intervienen en el juicio no es hijo del causante, constituye cuestión de resolución previa, que ha de decidir el juez ordinario y no el juez partidor. Sólo resuelta definitivamente esta cuestión, podrá seguir tramitándose el juicio de partición.

867.—LA IMPUGNACION DEL ESTADO CIVIL DE HIJOS NATURALES EN QUE LOS ACTORES APOYAN LA DEMANDA DE PARTICION DE UNA HERENCIA CONSTITUIA UNA EXCEPCION PERENTORIA, HOY ES UNA CUESTION DE RESOLUCION PREVIA

"Octubre de 1937.—CA y CEB por su propio derecho, y AJV, como representante legal de su mujer CAB, demandan a... la partición de los inmuebles y semovientes dejados por JEB, que sus hijos los demandados se dividieron entre sí y cuya propiedad conservan, así como la partición de los demás bienes de la herencia, también divididos, que existiesen en poder de los adjudicatarios. Fúndase la demanda en los Arts. 48 y 67 de las reformas de 21 de noviembre de 1935 al Código Civil, respecto a la situación legal de los hijos nacidos fuera de matrimonio, y en los hechos que aparecen de los documentos adjuntos a la demanda, esto es, en la muerte de JEB, ocurrida el 21 de julio de 1931, y en el reconocimiento de hijos naturales otorgado por aquél en favor de los actores en la escritura pública de 15 de julio de 1886. Citados con la providencia en que se dispuso que se nombrase partidor dentro de tercero día, los demandados se oponen a la demanda alegando que la susodicha escritura de reconocimiento no comprueba la calidad de hijos naturales aducida por los demandantes para pedir la partición, ya que el reconocimiento y la aceptación se efectuaron en un solo acto, sin que previamente se notificara el reconocimiento a los beneficiados y sin que el nombramiento y ejercicio del cargo de curador especial que intervino por éstos se hubieran verificado legalmente. En la parte en que los demandados concretan su oposición, expresan: "Por los motivos expuestos, impugnamos el estado civil de hijos naturales

alegado por los demandantes, solicitamos que declare la nulidad del instrumento acompañado a la demanda y que ésta sea rechazada con costas". Convertida así en contenciosa la jurisdicción voluntaria, el juez de primera instancia tramita la causa ordinariamente, principiando por recibirla a prueba por el término fijado para el caso de que se hubiesen propuesto excepciones perentorias, y declarando que lo alegado por los demandados tiende a destruir la acción y no constituye por lo tanto, incidente de previo y especial pronunciamiento, como ellos pretenden. Habiéndose acompañado a la demanda la escritura pública de reconocimiento de hijos naturales otorgada por JEB en beneficio de los actores, quedó cumplido el requisito que prescribe el Art. 804 del Código de Enjuiciamiento Civil, cuya falta habría conferido a los demandados el derecho de oponer la excepción dilatoria correspondiente, que en tal supuesto se habría referido al modo de procedimiento y no al fondo mismo del derecho reclamado. La prueba del estado civil que ha de acompañar a la demanda el hijo reconocido como natural antes de la vigencia de la ley de 21 de noviembre de 1935, para los efectos del Art. 67 de la propia ley, no es otra que el instrumento que al efecto hayan otorgado ambos padres o uno de ellos, según lo dispuesto en el Art. 295, inciso segundo, del Código Civil y en el 808 del Código de Enjuiciamiento Civil. Mas la oposición de los demandados, tal como aparece de la parte que se ha transcrito, versa sobre el fondo mismo de la acción propuesta, y por esto terminan ellos pidiendo que se rechace la demanda. Impugnar, en efecto, el estado civil de hijos naturales en que los actores apoyan la demanda, es negarles el derecho de condominio en los bienes de la sucesión de JEB que todavía conservaren en su poder sus hijos legítimos, y por consiguiente, el derecho de solicitar la partición de tales bienes en virtud de ese estado de comunidad; la que existe aun cuando no concurra el hecho accidental de la posesión. De acogerse por el juez la impugnación ya no se hubiera podido renovar el juicio por la misma causa; lo cual demuestra que se trata de una verdadera excepción perentoria. De acuerdo con el Art. 803 del Código de Enjuiciamiento Civil, la negativa del estado de hijos naturales tenía, pues, que discutirse en el juicio ordinario que la oposición a la demanda originó, y resolverse como excepción perentoria en la sen-

tencia definitiva. El reconocimiento y la aceptación de la calidad de hijos naturales pueden verificarse en un solo acto, puesto que no hay ley ni razón alguna de derecho que lo impidan; y en cuanto a la notificación del reconocimiento, es muy claro que ella es entonces innecesaria".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 142, pgs. 3507 y s.

El Art. 766 dispone que:

"Al hijo ilegítimo que demandare alimentos o una herencia, y al hijo legitimado por matrimonio posterior a su nacimiento, que aleguen algún derecho fundados en sus respectivas calidades, no se les admitirá demanda si no presentaren la prueba de su estado civil".

En el presente caso, pues, los actores, desde el primer momento, debían probar su estado civil de hijos naturales del causante; y lo probaron, mediante la copia auténtica de la respectiva escritura pública de reconocimiento y de aceptación del reconocimiento de hijos naturales otorgada a favor de ellos.

Los demandados impugnaron dicho estado civil y pidieron que se declarara la nulidad de esa escritura, por varias causas, y que se rechazara la demanda.

Esta oposición de los demandados hizo que la jurisdicción voluntaria que se ejerce en el juicio de partición se convirtiera en contenciosa.

Por lo que dice relación al problema que estudiamos, tenemos que indicar que, la oposición de los demandados, éstos la consideran como un incidente de previo y especial pronunciamiento, y otros, como una excepción perentoria.

Cuando se dictó este fallo, la ley disponía:

"Art... El partidor decidirá todas las cuestiones que se presenten y cuya resolución fuere necesaria para llevar a cabo la partición, procederá con audiencia de los interesados y designará un secretario elegido libremente y que será irrecusable.

El partidor señalará un término, dentro del que deben presentarse todas las cuestiones que, a juicio de las partes, requieran resolución previa. Vencido este término, no se admitirá

reclamo alguno, sin perjuicio del derecho de terceros, que se ejercitará por cuerda separada, sin obstar a que continúe el juicio de partición.

Art... El juez partidor ordenará el trámite de las cuestiones que se presenten como de resolución previa, en la forma que estime más apropiada, para llegar a una rápida y acertada decisión, concediendo términos para prueba, alegaciones y los más que considere necesarios, y ordenará de oficio la práctica de todas las diligencias que crea convenientes.

Art... Todas las cuestiones que se hubieren planteado como previas se decidirán en una sola providencia.

De la resolución que se dicte no se concederá otro recurso que el de apelación, para ante la Corte Superior, la que fallará por los méritos del proceso, sin ninguna sustanciación y sin más recurso que el de queja; salvo que la cuantía de la masa partible fuere mayor de cincuenta mil sucres, en cuyo caso habrá lugar al recurso de tercera instancia.

Art... Ejecutoriada la providencia de que habla el artículo anterior y antes de hacer las adjudicaciones, el partidor mandará citar a los interesados a una junta, que tendrá por objeto conseguir el acuerdo de ellos respecto de tales adjudicaciones..."

Estos preceptos, con ligeras modificaciones, se mantuvieron en el Código de Procedimiento Civil, de 1938.

La interpretación de los mismos dió lugar a que la Corte Suprema dictara fallos contradictorios; lo que le obligó a expedir la siguiente resolución, el 5 de octubre de 1948:

"La competencia del juez partidor para decidir las cuestiones previas para llevar a efecto la partición conforme al Art. 681 del Código de Procedimiento Civil, no comprende a las determinadas en los Arts. 1320 y 1321 del Código Civil, las cuales deben decidirse como cuestión incidental por la justicia ordinaria".

Esta resolución fue incorporada al Código de Procedimiento Civil, y consta como inciso segundo del Art. 682, que hace referencia a los que hoy son Arts. 1383 y 1384 del Código Civil.

El Art. 1383 dispone que, antes de proceder a la partición,

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO

se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, deheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios.

En consecuencia, hoy, la oposición a que este fallo se refiere, constituye una cuestión de resolución previa, sometida a la competencia del juez ordinario y no del juez partidor; y se la tramita en juicio ordinario de mayor cuantía.

868.—NO ES ACEPTABLE LA EXCEPCION DEL PROCURADOR, DE QUE CARECE DE INSTRUCCIONES PARA REPRESENTAR AL MANDANTE

"**Segunda instancia.**—Abril de 1917. Por el tenor literal de la excepción alegada por JES, se comprende con toda claridad que ella es la de falta de personería, por carecer de poder para representar al ejecutado LCS; mas como por la copia del poder que obra a fs..., consta que JES lo tiene suficiente para representar en juicio al ejecutado LCS, la excepción antes opuesta es inadmisible. — La excepción de DRA., consistente en afirmar que carece de facultades e instrucciones para representar en este juicio a su mandante la Sra..., en la parte que afirma carecer de facultades, teniendo en cuenta que las facultades del mandatario son las que constan en el respectivo poder, entraña igualmente una excepción de falta de personería, por insuficiencia del poder; y como en el que obra a fs... aparece que el prenombrado DRA tiene poder suficiente para representar a su mandante en "todos los asuntos judiciales pendientes y en los que después se suscitaren", es también inadmisible la excepción en la parte estudiada".

"**Tercera instancia.**—Setiembre de 1917.—Desde que la ley permite la citación del auto de pago al procurador del ejecutado, es indudable que, verificada, produce todos los efectos legales; y, por consiguiente, sin prueba, bien acerca de la inexistencia del poder, bien sobre no haber sido éste aceptado, es inadmisible toda alegación tendiente a impedir el curso legal del juicio ejecutivo, con la intervención del procurador citado del auto de pago".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 183, pgs. 2701 y s.

Excepción dilatoria, relativa a la ilegitimidad de personería del demandado, es la de falta de poder, o la de insuficiencia de poder.

La excepción fundada en la falta de poder queda desvirtuada con la copia del poder y la constancia de que el procurador aceptó el mandato.

La excepción fundada en que el procurador carece de instrucciones para representar al mandante, resulta inadmisible, porque éste, desde que aceptó el cargo tenía el deber de recibir dichas instrucciones; y la omisión de este deber no le faculta para enervar o destruir los derechos de terceros. Además, en el presente caso, del respectivo poder aparece que el procurador tuvo facultad para representar al demandado en "todos los asuntos judiciales que se suscitaren"; y, en consecuencia, no existe ilegitimidad de personería; pues, del poder han de aparecer sólo las facultades del procurador, y no es necesario ni hace falta que consten las instrucciones que se le hubieren dado para el mejor cumplimiento del mandato.

869.—LA EXCEPCION DE MERA TENENCIA DE LA COSA QUE SE REIVINDICA ES DILATORIA Y NO PERENTORIA

> "Julio de 1898.—La primera de las dos excepciones propuestas por AS no excluye ni extingue perpetuamente la acción deducida por el demandante, sino que, sin extinguirla ni excluirla del todo, difiere, y no más, su ingreso en el juicio: esa excepción, pues, es dilatoria, no perentoria... Las copias de fs... comprueban que AS es mera tenedora del terreno objeto de la reivindicación deducida por CC: que, de considerarse extinguido el contrato de arrendamiento del indicado terreno, celebrado por la primera con la Municipalidad de Guayaquil, al actor le cumplía justificar que dicha señora fuese poseedora, toda vez que ella ha negado tener esta calidad; y que ninguna justificación ha presentado él a este respecto..."

Como ya vimos, este es el caso de la **nominatio** o **laudatio auctoris.**

El arrendatario a quien se demanda la reivindicación del in-

mueble arrendado, expresa que sólo es tenedor de dicho inmueble e indica el nombre del poseedor del mismo. Con esto, quiere que no se siga el juicio con él sino con el poseedor del inmueble; y, de este modo, dicha alegación no constituye una excepción perentoria, porque no se refiere al fondo de la cuestión controvertida.

870.—EN EL JUICIO DE REIVINDICACION, SI EL DEMANDADO ASEGURA QUE NO ES POSEEDOR SINO TENEDOR, PORQUE ES ARRENDATARIO DE LA COSA MATERIA DEL JUICIO, DEDUCE UNA EXCEPCION DILATORIA. IMPROCEDENCIA DE LA ACCION.

"Marzo de 1941.—... propuso acción reivindicatoria del predio... El demandado, al citársele la demanda, expuso en su escrito de la foja 4, que no era poseedor de aquel predio sino tenedor, por haberle dádole en arrendamiento..., por sus propios derechos y como representante legal de sus hijos; y que, por lo mismo, en su calidad de arrendatario, no le tocaba sino pedir que se citara a la arrendadora para que cumpliera con la obligación contenida en el Art. 1915 del Código Civil. El juez de primera instancia, estimando que esta exposición constituía una excepción dilatoria la tramitó y resolvió como tal; mas la Corte Superior declaró que era perentoria y que se la tramitase con ese carácter. Entonces, el actor, antes de que se recibiera la causa a prueba, modificó su demanda, extendiéndola a la arrendadora... La palabra acción tiene, jurídicamente, dos significados: uno sustantivo, como en acción rescisoria, reivindicatoria, resolutoria, etc., es decir, el derecho mismo, y otro adjetivo, como en acción ordinaria, ejecutiva, sumaria, etc., o sea el procedimiento que debe seguirse para hacer efectivo aquel derecho. Por consiguiente, una acción es improcedente o cuando no existe el derecho que se reclama o cuando no se lo ejercita en la forma que determina la ley.—Cierto que el Art. 77 del Código de Procedimiento Civil dispone que no se puede demandar en un mismo libelo a dos o más personas por actos, contratos u obligaciones diversos o que tengan diversa causa u origen; pero, en el presente caso no hay o no existe esa diversidad, porque el derecho en que se funda la demanda

es el mismo respecto de ambos demandados, ya que la tenencia del referido predio por parte del primer demandado, el arrendatario, tiene por causa u origen la posesión de la supuesta dueña, en virtud de la cual ésta lo concedió en arrendamiento a aquél. Por tanto, bien pudo el actor demandar conjuntamente, como lo ha hecho, al tenedor y al poseedor del sobredicho predio..."

Gaceta Judicial, 6ª serie, Nº 13, pgs. 653 y s.

Este es otro caso de litisdenunciación.

El Art. 1915 del Código Civil, a que se refiere el fallo, corresponde al actual 1982, y dispone:

"El arrendador está obligado:

3º A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada.

A lo que ya expusimos en el tomo, IV, Nº 647, respecto del concepto de acción, agreguemos lo siguiente:

Couture dice:

"El vocablo acción tiene tantas acepciones, aun en el campo estrictamente jurídico, que no es posible entrar a desenvolver este concepto sin una previa determinación del valor de las palabras.

Puede comprobarse, por ejemplo, que el valor del vocablo ha evolucionado en el tiempo; no es el mismo significado actual de la acción civil que el de la "actio" romana. Tampoco es el mismo, en igual momento histórico, entre un derecho y otro, tal como ocurre entre los países de cultura latina y los países de raíz anglosajona. En un sistema jurídico positivo determinado, como el italiano, ha sido fijado en quince significados diferentes. Y aun en el campo más restringido del derecho procesal, es usado habitualmente con alcance variable.

Limitando la observación a esta última zona del derecho, y reduciendo el problema de léxico a sus términos más simples, podemos recordar que de acción se habla en tres sentidos principales:

Primero, como sinónimo de **derecho.** Es el alcance que tiene en el lenguaje forense la excepción de "falta de acción",

que no significa otra cosa que la ausencia de un derecho legítimo que justifique una sentencia favorable al actor.

Segundo, como sinónimo de **demanda** en sentido formal. Se habla entonces de admitir y de rechazar la acción, de interponer o de postergar la acción, etc.

Tercero, como sinónimo de **facultad** de provocar la actividad del poder judicial. Se trata, en ese caso, de **un poder jurídico, distinto del derecho y de la demanda en sentido formal, dirigido a lograr la actividad estatal, por medio de sus órganos competentes, para la declaración coactiva de un derecho.**

Es este tercer sentido que aquí se estudia, ya que él es el que corresponde al concepto de acción en su alcance estrictamente procesal. (205)

Fairén Guillén dice:

"El concepto de acción ha sido enfocado a partir de una serie de acepciones, tanto considerado en el espacio como en el tiempo.

En el uso jurídico común —dice Pekelis— el término "acción" se usa: ya como sinónimo del **petitum**, de la **res in iudicio deducta**; ya como sinónimo del hecho de la efectiva proposición de la demanda judicial; ya como el contenido de una defensa judicial; ya como el **poder de proponer una demanda judicial, aun cuando sea infundada e incluso aun cuando sea inadmisible por razones preliminares**; ya en el significado de poder proponer una demanda judicial obteniendo un pronunciamiento sobre el fondo del asunto; ya en el sentido de la posibilidad de proponer con éxito una demanda judicial obteniendo pronunciamiento favorable; ya en un sentido que se presta a una distinción entre acción y derecho subjetivo sustancial; ya en un sentido que ha hecho pensar absolutamente en la posibilidad de una contraposición al derecho subjetivo sustancial, al menos natural, y a la inversa, en la obligación natural; ya como sinónimo de derecho subjetivo sustancial; ya en el sentido de un derecho subjetivo procesal; ya como derecho contra el obligado; ya como derecho respecto a la persona del juez o del órgano judicial; y ya en el sentido de una legitimación

(205) "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", pgs. 15 y s.

procesal pasiva o activa. Algunas veces además, y particularmente en las normas sobre prescripción, en las que se habla de extinción de acciones, este término se interpreta y se entiende del modo más diverso según las tendencias, las escuelas y las opiniones. Se habla finalmente, con muchísima frecuencia, de la acción no en general, sino específicamente, de una acción determinada, o mejor, de acciones determinadas. Así, se clasifican las acciones: ya según el sujeto activo, y se habla de acción pública, privada, oficial, popular; ya según su objeto o contenido, y se habla de acción personal o real, petitoria o posesoria, mobiliaria o inmobiliaria; ya según la actividad estatal que las mismas ponen en movimiento, y se habla de acción de cognición, de ejecución, de conservación, de acción constitutiva, de acción declarativa de mera certeza y de acción de condena; ya según las formas que asume su ejercicio, y se habla de acción sumaria formal, nominatoria, etc.

Así, pues, es de esta maraña de acepciones de la que es preciso extraer lo que estimamos como verdadero concepto de la acción..." (206)

871.—DEMANDADA LA ENTREGA DE LA COSA DADA EN ARRENDAMIENTO, EL DEMANDADO PUEDE OPONER LA EXCEPCION DE DOMINIO, CONSISTENTE EN NO ESTAR OBLIGADO A DEVOLVERLA PORQUE LA COSA NO HA SIDO DEL ARRENDADOR SINO DE OTRA PERSONA QUIEN LA HA VENDIDO AL ARRENDATARIO

"**Segunda instancia.** Mayo de 1905.—La demanda entablada por FC contra JAM contiene una acción personal, proveniente del contrato de arrendamiento del fundo "Esperanza" celebrado entre los dos. Las excepciones perentorias opuestas a esta acción, en el escrito de fs..., versan sobre el dominio del propio fundo, y, al alegarse la propiedad de él, no se ha propuesto expresamente como reconvención. Trabado así el litigio; se observa que tales excepciones son improcedentes y que no extinguen en todo o parte la acción a que se refiere la demanda; pues, a una acción personal no puede oponerse, con el nombre de excepción perentoria, una verdadera acción real que pueda ejercitarla el demandado en cualquier tiempo con-

(206) "Nueva Enciclopedia Jurídica" tomo II, pgs. 190 y s.

tra el actual poseedor. En virtud del arrendamiento, el arrendatario se constituyó en mero tenedor del inmueble arrendado poseyéndolo a nombre del dueño; y como tal arrendatario tiene que cumplir, bien así las estipulaciones ajustadas entre las dos partes contratantes, como las previstas por la ley, entre las cuales se enumeran las que se reclaman en el escrito de demanda. De consiguiente, nada puede decidirse acerca del dominio del fundo "Esperanza", ni del saneamiento por evicción..."

"**Tercera instancia.** Mayo de 1908.— Cabe legalmente que a una acción personal se oponga la excepción de dominio, como en el presente caso, pues no hay ley que lo prohiba, 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. Cuanto 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 comprende 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 incluído en el primero".

Gaceta Judicial, segunda serie, Nº 46, pgs. 367 y s.

El Art. 2172 del Código Civil, a que se refiere el fallo, es hoy 2205, y dispone que:

"Cesa la obligación de restituir desde que el comodatario descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada.

Con todo, si el comodante le disputa el dominio, deberá restituir, a no ser que pueda probar breve y sumariamente que la cosa prestada le pertenece".

Ya vimos que, por regla, el demandado puede deducir todas las excepciones perentorias de que se crea asistido.

No hay una disposición legal que prohiba al arrendatario a quien se le demanda la restitución de la cosa arrendada, deducir la excepción de que no debe entregarla porque es dueño de esa cosa.

Así planteada la alegación, constituye un medio de defensa, una excepción perentoria, y no una reconvención, ni el ejercicio de la acción de dominio.

872.—ACEPTADA LA EXCEPCION PRINCIPAL, NO PUEDEN SER CONSIDERADAS LAS SUBSIDIARIAS

"Primera instancia. Diciembre de 1909.—CVO y ART., como compradores a los herederos de ILN, de las aguas sacadas por FM, para dar movimiento a unos dos molinos del fundo "Pachanlica" y vendidos por éste a LN, demandan a AS, actual dueño de "Pachanlica" y sus molinos, para que se declare... Llamada al saneamiento la Sra. CB, vendedora a AS, se puso de acuerdo con éste, y ambos deducen a fs..., las excepciones siguientes: 1ª La señora B. dueña del fundo "Pachanlica" y sus molinos, jamás vendió aguas a ILN; y el contrato otorgado a nombre propio por su marido FM no ha podido surtir efecto alguno respecto de ella: 2ª Aun en el caso de que el vendedor hubiese procedido a nombre de su esposa, sería nulo el contrato, por falta de su consentimiento y autorización judicial: 3ª No habiéndose inscrito la escritura de venta del Sr. M. al Sr. LN, aunque la venta se hubiese otorgado con los requisitos legales, no se habría transmitido el dominio al comprador, por lo cual el Sr. LN jamás fue dueño de las aguas en cuestión ni lo fueron sus herederos, ni pueden serlo los demandantes compradores a éstos: 4ª La Sra. B., ya viuda, vendió al Sr. S el "Pachanlica" con los molinos y las aguas, sin restricción alguna: por tanto, inscrito este título quedó el comprador de dueño exclusivo de aquellos bienes: 5ª En la hipótesis de haber sido dueño de las aguas el Sr. LN, hoy sería el Sr. S por haberlas ganado por prescripción ordinaria: 6ª El Sr. S ha introducido más aguas en el mismo cauce, a las cuales tiene derecho propio. Trabado así el juicio, se aprecian las pruebas en el orden siguiente: a) Consta de lo actuado en el término de prueba que FM construyó una acequia para conducir el agua del río "Pachanlica" a dos molinos; de modo que el agua materia de este juicio fue sacada por FM y no heredada por su esposa; b) En la adjudicación de la herencia correspondiente a la Sra. CM están incluídos los molinos con su respectiva acequia y agua; pero ésta, fue vendida por AS a PA, por escritura pública que corre en autos; por consiguiente, la acequia y aguas sacadas por el Sr. M son distintas de las heredadas por su esposa Sra. B; c) En consecuencia, esta agua pudo ser vendida libremente por el Sr. M, como en efecto la vendió, des-

pués de batir sus molinos, al Sr. ILN; d) Esta venta, si bien fue otorgada por escritura pública inscrita en el cantón Ambato, no llegó a inscribirse en Pelileo a donde pertenecían los molinos y el agua vendida; y por más que los actores sostienen con calor que las aguas son muebles sin que sea esencial la inscripción del título para la tradición del dominio, es lo cierto que una acequia de agua destinada al uso o cultivo de un predio es un bien raíz que forma parte de aquél, si no por su naturaleza siquiera por estar destinada permamentemente al uso de un inmueble; entendiéndose además, que en el sentido expuesto, una acequia de agua adhiere permanentemente al suelo, lo cual la constituye entre los bienes raíces. Por otra parte, no es posible poner las aguas entre los objetos determinados en el Art. 560 del Código Civil, ya porque no se las puede considerar como productos o accesorios de los inmuebles, ya también porque de tomarlas en este sentido serían desastrosos los efectos jurídicos de los contratos referentes a ellas. En este supuesto, y habiéndose deducido la demanda fundada en derecho real sobre toda el agua de la acequia que la conduce a los molinos de "Pachanlica", reservándose la acción personal para pedir la entrega a los vendedores, es evidente que era indispensable la inscripción del título de venta del Sr. M al Sr. LN en el cantón de Pelileo a donde el inmueble pertenece para que se hubiese verificado la tradición y hubiese adquirido el dominio el comprador Sr. ILN; no habiéndose, pues, inscrito dicho título en el Registro del Anotador de Hipotecas de Pelileo, no se ha verificado la tradición y por consiguiente no adquirió el dominio de dichas aguas el Sr. N, ni pudo transmitirlo a sus herederos, ni éstos transferirlos a los demandantes; e) Las excepciones han sido deducidas en orden subsidiario por el demandado; así que, aceptada la tercera, es inútil seguir considerando las demás..."

"Tercera instancia. Mayo de 1915.—El fallo de primera instancia se halla ejecutoriado respecto de las excepciones 1ª y 2ª: Son legales los fundamentos aducidos, en la sentencia recurrida, en orden a la excepción 3ª. La inscripción de la escritura de fs..., hecha en la oficina de Pelileo, no surte su efecto, en esta causa, por haber sido practicada después de haberse trabado la litis; y dada la legalidad de la excepción 3ª, las demás,

como deducidas de modo subsidiario, no pueden ser consideradas en esta sentencia..."

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 84, pgs. 1905 y s.

Excepción subsidiaria es la que se deduce para el evento de que no se acepte la principal.

En el presente caso, deducida una acción principal y otras subsidiarias; y aceptada la principal, no hay necesidad de considerar ni resolver las excepciones subsidiarias.

La resolución relativa a calificar de inmuebles a la acequia y a las aguas que por ella corren, se funda en el Art. 611 del Código Civil, que dispone que:

"Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento".

873.—PROPUESTA LA ACCION PAULIANA Y DEDUCIDAS LAS EXCEPCIONES DE BUENA FE COMO PRINCIPAL, Y DE PRESCRIPCION COMO SUBSIDIARIA, DEBE EXAMINARSE, PRIMERAMENTE AQUELLA, PORQUE NO HAY RAZON PARA DESATENDER LA MANERA COMO EL DEMANDADO EJERCITA SUS MEDIOS DE DEFENSA

"Enero de 1923.—La excepción de prescripción la opuso la demandada como subsidiaria, por lo que es innecesario resolver respecto de ella, ya porque se ha denegado la acción rescisoria, ya porque, siendo la prescripción un derecho del demandado quien pudo o no alegarlo, no hay razón para desatender la manera como aquél planteó sus medios de defensa".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 99, pgs. 790 y s.

Según sus conveniencias, el demandado plantea sus medios de defensa, y deduce ciertas excepciones como principales y otras como subsidiarias. Esta determinación del demandado tiene que ser aceptada y respetada por el juez.

Respecto de la acción pauliana, el Art. 2485 del Código Civil dispone:

> "En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:
>
> 1ª—Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero;
>
> 2ª—Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, inclusos las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores;
>
> 3ª—Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato".

Quien sólo dedujera la excepción de prescripción, o la dedujera como excepción subsidiaria, daría a entender que no está seguro de su buena fe en el acto o contrato a que la acción se refiere; que no quiere que se trate de este asunto, o que desea que se lo trate sólo en el supuesto de que no se acepte la prescripción.

Quien deduce la buena fe del demandado como excepción principal, y la prescripción como subsidiaria, demuestra estar seguro de su buena fe, y quiere demostrarla, para salvar su honra, su buena reputación; quiere que, principalmente, en primer término se discuta sobre la buena fe; y sólo en subsidio, si hay o no lugar a la prescripción.

Esta decisión del demandado, esta manera de proponer sus medios de defensa, tiene que ser respetada por el juez; y, por lo mismo, primero ha de analizar la excepción principal, y, de aceptarla, no tiene necesidad de considerar la subsidiaria.

874.—LA EXCEPCION DE QUE LA OBRA HA SIDO CONSTRUIDA NO POR EL DEMANDADO SINO POR LOS EMPRESARIOS, NO ES DE SANEAMIENTO O GARANTIA, NI, EN CONSECUENCIA, DILATORIA

"Setiembre de 1932.—Para resolver las excepciones dilatorias propuestas en el juicio seguido por MAC contra GR, sobre indemnización de perjuicios, se considera: 1º La alegación que se ha presentado como excepción dilatoria de saneamiento o garantía, fundada en que la obra a que se refiere la demanda ha sido construída, no por el reo, sino por los empresarios, es inaceptable en esta calidad, pues no tiende a suspender ni retardar el litigio, como lo establece el Art. 128 del Código de Enjuiciamiento Civil, al definir lo que debe entenderse por excepciones dilatorias; 2º La excepción de que falte el cumplimiento de la condición a que está sujeta, por la ley, la acción deducida, para que pueda ser propuesta contra el demandado, no tiene fundamento legal: a) porque ninguna condición previa establece la ley, para que se demande indemnización de perjuicios, a quien se presuma que los ha causado; b) Porque si el demandado echa de menos, en el presente caso, un título u obligación inmediatamente ejecutable, para la eficacia o legalidad de la acción propuesta, esa falta en nada perjudicaría al juicio ordinario que se ha entablado, ya que en esta última clase de juicios se ventila y declara, cabalmente, si existe o no el derecho que el demandante reclama; 3º—La excepción relativa a que la demanda no está de conformidad con las prescripciones de la ley, no ofrece materia apta para ninguna resolución, por cuanto no señala el requisito que falte en la demanda".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 68, pg. 1598.

De este fallo podemos deducir:

1) La primera excepción constituiría un caso de litisdenunciación, el proveniente de obligaciones de garantía o de indemnización; pero en el presente caso no es aceptable, porque la ley no la establece para el asunto materia de este juicio;

2) La excepción de que la demanda carece de los requisitos legales, es dilatoria. Según el Art. 103, el demandado debió determinar cuáles eran los requisitos que faltaban, y no lo ha hecho.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
BIBLIOTECA DE DERECHO

3) No puede producirse actualmente la conclusión de la Corte Suprema, de que una excepción así "no ofrece materia apta para ninguna resolución, por cuanto no señala el requisito que falte en la demanda"; pues, ahora, como ya vimos, el juez ha de cuidar de que la contestación a la demanda sea clara y que las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen; y, de encontrar que la contestación no reúne los requisitos legales, ha de ordenar que se los cumpla, precisando los puntos que deben ser aclarados.

4) Si, a pesar de todos estos preceptos, se aceptara al trámite una contestación a la demanda que no contuviera los fundamentos de las excepciones deducidas, el juez tendría que interpretar esa contestación, y, de acuerdo con esa interpretación y con la que las partes hubieren dado, resolvería la causa, según como estimara que se hubiera trabado la litis y de acuerdo con las pruebas correspondientes.

875.—NATURALEZA DE LAS EXCEPCIONES. LA DE QUE EL ACTOR NO PUEDE PROPONER NINGUNA ACCION RELACIONADA CON LA CURADURIA MIENTRAS NO SE HAYA EFECTUADO EL JUICIO DE CUENTAS, ES DILATORIA

"Julio de 1933.—Las excepciones, como medios de defensa opuestos por el demandado, en tanto son dilatorias o perentorias, en cuanto sean aptas para impedir que la acción sea admitida a juicio o para obtener que, admitida ésta a discusión, sea rechazada total o parcialmente en definitiva; de manera que, las primeras tienen por objeto demorar, dilatar o postergar la acción dejando subsistente el derecho, mientras que las segundas tienden a destruir, en todo o en parte, el derecho puesto en ejercicio; y si bien, unas y otras, al ser aceptadas, dan por resultado el rechazo de la demanda, las dilatorias no obstan para que la acción, renovada o modificada, vuelva a repetirse, mas sí las perentorias, que extinguen, en todo o parte el derecho en que se funda la acción, la que una vez rechazada no puede repetirse.—La alegación de que el "actor no pudo proponer ninguna acción relacionada con la curaduría mientras

no se haya efectuado el juicio de cuentas, ya que de ellas se desprende toda acción y reclamo contra el curador, desde que la demanda, en la acción principal y en la subsidiaria, se relaciona íntimamente con las partidas de la cuenta de la curaduría"; entraña un medio de defensa opuesto por los demandados, que tiende a impedir el que la acción de perjuicios o la subsidiaria del pago del saldo, sean admitidas en juicio, mientras no se resuelva si es o no necesario que preceda la presentación y aprobación de las cuentas de la curaduría, para que pueda discutirse sobre dichas acciones; puesto que, aun en el caso de considerarse como indispensable la previa presentación de las cuentas, no afectaría al derecho a la indemnización o al pago del saldo, ni obstaría a que se renueve la acción después de aceptada aquella excepción; como tampoco obstaría a la prosecución del juicio, ni afectaría al derecho reclamado en caso de ser rechazada la tantas veces mencionada excepción".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 85, pgs. 2002 y s.

Este fallo explica claramente el precepto contenido en el Art. 100: las excepciones dilatorias no dicen relación al derecho controvertido, al fondo del asunto materia del juicio; tienden a que la acción no sea admitida a juicio, o a que no lo sea en la forma en que ha sido propuesta.

Según esto, la excepción deducida en este caso, es dilatoria, porque no se refiere al derecho mismo materia de la demanda, porque no afectaría al derecho a la indemnización o al pago del saldo demandados.

876.—LA ALEGACION SOBRE EL JUICIO EN QUE SE HA DE SUSTANCIAR LA CONTROVERSIA, ES EXCEPCION DILATORIA

"**Segunda instancia.** Setiembre de 1940.— ...han deducido contra..., juicio ordinario, en el que expresan que habiendo adquirido, por compra, el inmueble..., encontraron habitando un departamento, y en calidad de arrendatario, a...; que por no estar obligados, como adquirentes a título oneroso, a respetar el contrato de arrendamiento celebrado entre dicho se-

ñor y el antiguo dueño, le demandaban la inmediata desocupación y entrega del local ocupado, ya que no deseaban la continuación de dicho contrato ni celebrar uno nuevo con el Sr...; y que la acción debía tramitarse en la vía ordinaria, ya que no se trataba de controversia entre arrendador y arrendatario, sino contra un mero ocupante sin título alguno..."

"**Tercera instancia.** Marzo de 1941.—La excepción... tiene el carácter de dilatoria, y así lo entendieron ambas partes presentando la correspondiente prueba y amplias alegaciones, como también el juez quien la sustanció y resolvió como tal. El haberse tomado como fundamentos para su resolución, puntos que se hallan relacionados con una de las excepciones perentorias, no quita a la citada excepción la calidad de dilatoria, ni puede decirse, por esto, que los fallos de primera y segunda instancia no entrañan resolución de la excepción dilatoria sino de una perentoria; pues determinan el juicio en que se debe sustanciar la controversia..."

Gaceta Judicial, 6ª serie, Nº 7, pgs. 624 y s.

Expresamente, el Art. 101 dispone que, las dilatorias más comunes son, o relativas al modo de sustanciar la causa, como cuando se pide que a ésta se dé otra sustanciación.

En consecuencia, la excepción deducida en el juicio a que este fallo se refiere, en la que se pide que la causa se tramite verbal y sumariamente, y no ordinariamente, es excepción dilatoria.

877.—SE DEDUCE UNA EXCEPCION DILATORIA CUANDO SE ASEGURA QUE LA ASIGNACION CONDICIONAL NO CONFIERE AL ASIGNATARIO DERECHO ALGUNO, MIENTRAS PENDE LA CONDICION, Y QUE, POR TANTO, NO PUEDE, POR EL MOMENTO, PROPONER SU DEMANDA DE PAGO DE LA ASIGNACION. LITISPENDENCIA

"Enero de 1943.—No se ha justificado que la testadora hubiese legado simplemente a la demandante los cuatro mil sucres y sus intereses que adeuda el Dr..., ya que, en la cláusula sexta del mencionado testamento, aparece que lo que se lega es la cantidad que el deudor tuviere que pagar, por concepto

del mismo crédito, en caso de que el fallo de tercera instancia fuese favorable a la acreedora, en el juicio que dicho doctor sigue sobre rebaja del precio del fundo... De manera que, según la voluntad de la testadora, claramente manifestada, lo que se lega es la cantidad que resultare del mencionado juicio, en caso de triunfo total o parcial de la causante; cantidad que es incierta e indeterminada y que constituye una verdadera asignación condicional, ya que depende del resultado incierto y desconocido de la sentencia que se dictare y del saldo que arroje la liquidación que, en juicio verbal sumario, debe practicarse, respecto de la suma que debe rebajarse del precio del..., por concepto de la porción de terreno no entregado por el vendedor, rebaja que ha de compensarse con el valor del crédito que se demanda, hasta concurrencia de su importe. Según la voluntad de la testadora, debe estarse a la sentencia y la liquidación, para saber el monto de lo que adeuda el comprador por el completo de dicho precio; pues si nada adeuda, nada se ha legado. De lo expuesto se deduce que, siendo como es condicional el legado asignado a la demandante, en armonía con el Art. 1060 del Código Civil, la asignación no confiere a la asignataria derecho alguno, mientras pende la condición, de acuerdo con lo que dispone el Art. 1068 del mismo cuerpo de leyes, y por tanto, que la legataria no ha podido proponer, por ahora, su demanda, por falta de derecho, en virtud de hallarse pendiente la condición a que lo ha sometido la testadora de cuya voluntad nace, mas no del contrato ni de la ley.—El punto contemplado en el anterior considerando debe ser materia de resolución, no sólo porque el demandado lo ha deducido y alegado en la segunda de sus excepciones, cuando dice: que no está obligado al pago de la cantidad demandada, por hallarse pendiente el juicio que signe el Dr... sobre rebaja del precio de...; excepción que, naturalmente, se refiere a la falta de cumplimiento de la condición de la que depende la existencia del legado que se reclama y que no constituye excepción de litis pendiente, como erróneamente la han tomado tanto el juez de primera instancia, como la Corte Superior; sino también, porque es obligación del juez examinar y resolver si el título en que las partes fundamentan sus derechos guarda armonía con lo que reclaman, haya o no haya excepción sobre

la falta de consonancia de lo que se demanda con lo que el título expresa..."

Gaceta Judicial, 6ª serie, Nº 7, pgs. 304 y s.

Esta sentencia confirmó la de primera instancia, que desechó la demanda por cuanto el derecho de la actora depende de la sentencia que debe expedir la Corte Suprema en el juicio sobre rebaja de precio de...; y, en consecuencia, no siendo exigible la obligación principal, no lo es tampoco la acción hipotecaria, que tiene el carácter de accesoria.

Los artículos del Código Civil mencionados en el fallo, son los siguientes, y dicen:

"1127.—Asignación condicional es, en el testamento, aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que, según la intención del testador, no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo.

1135.—Las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva, no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, sino el de pedir las providencias conservativas necesarias".

La excepción fundada en este precepto tiende a impedir que, por el momento, se acepte la demanda; por tanto, es una excepción dilatoria.

Desde luego, como bien resuelve la Corte Suprema, la alegación de que existe el juicio de rebaja del precio no puede dar lugar a que dicha excepción sea la de litispendiente, respecto de la demanda de pago de la asignación testamentaria.

878.—EN EL JUICIO DE REMOCION DE UN GUARDADOR, LA OPOSICION A QUE A UNA PERSONA SE LE NOMBRE CURADOR INTERINO NO ES EXCEPCION DILATORIA

"Marzo de 1933. En el juicio seguido para que a AF se le remueva del cargo de curador del sordomudo FAN, se considera: 1º El demandado, en el escrito de fs. 4, se opuso a que sea designada EF curadora interina del incapaz, por cuanto

ésta no podía ejercer la curaduría, como lo ofreció comprobar, y esta oposición la propuso como excepción dilatoria y, en el concepto de ser tal, pidió que se la tramitara en la forma prescrita por el Art. 468 del Código de Enjuiciamiento Civil; tramitación que fue adoptada por el juez, desde que, con la supuesta excepción dilatoria, corrió traslado a la actora y, después de otras diligencias, dictámenes y alegaciones, expidió la resolución de fs. 20, sobre la aludida dilatoria. 2º Si bien la mentada oposición no constituye excepción dilatoria, porque ni se halla comprendida entre las enumeradas como tales por la ley, ni tiene la característica esencial de las de esta clase, la de impedir el que sea admitida a juicio la acción principal; con todo, dada la forma en que fue propuesta y la tramitación que ha tenido, ha quedado suspenso, por el ministerio de la ley, el término de contestar a la demanda en lo principal, mientras aquélla no sea definitivamente resuelta; puesto que, por el solo hecho de proponerse una excepción dilatoria, aunque ésta no lo sea en realidad, se promueve un incidente de previo pronunciamiento, que suspende de hecho el término de contestar a la demanda, ya que se exige, por parte de quien la propone, cualquiera decisión del juez, aunque fuese la del rechazo de plano, para saber que se halla en el caso de contestar sobre lo principal; y 3º Para que se tenga por trabada la litis en el juicio de remoción de un curador y sea llegado el caso de nombrar un curador interino que se encargue de la guarda mientras dure el antedicho juicio, no basta la sola citación con la demanda, sino que es menester la oposición del demandado a las pretensiones del actor, ya que únicamente en virtud de la divergencia entre éste y aquél se entabla la contienda judicial, durante la cual ha querido la ley precautelar los intereses del incapaz, confiándolos al cuidado del curador interino; pues de allanarse el curador con la demanda, termina inmediatamente el juicio y no tiene ya objeto el nombramiento del curador interino, lo que prueba que el alcance de los términos "luego que se trabe la litis", empleados por el Art. 877 del Código de Enjuiciamiento Civil, como requisito para el nombramiento del curador interino, es el de que se establezca la discusión judicial, en virtud de la oposición del curador a la remoción de que se trata. Por lo expuesto, revocada en la parte resolutiva la providencia venida en grado, se declara, que aunque es inad-

misible la oposición propuesta como excepción dilatoria, por no reunir ésta los caracteres de tal, desde que es impropia, improcedente e incongruente, sin embargo ha promovido el incidente de previo pronunciamiento, que ha suspendido el término que tenía el reo para contestar a la demanda en lo principal; y que mientras no se trabe la litis, en los términos en que quedan indicados, tampoco ha llegado el caso de nombrar el curador interino".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 77, pgs. 1784 y s.

Como se asienta en el fallo, la excepción deducida no tiende a impedir que se conozca en lo principal el asunto controvertido; no trata de impedir que se nombre curador interino, sino que no se nombre a determinada persona; por lo mismo, no es excepción dilatoria sino perentoria.

Cuando se dictó este fallo, el Código de Enjuiciamiento Civil disponía lo siguiente, que es lo que aplicó el juez de primera instancia:

"Art. 466.—El demandado tiene el término de tres días perentorios para proponer excepciones dilatorias. Si no las propusiere, tendrá otros tres más para contestar la demanda en lo principal....;

Art. 468.—Si el demandado propusiere excepciones dilatorias en el término legal, correrá traslado al demandante por el término de tres días, ordenando que se le entregue la copia del escrito, como en el caso del Art. 465; y, con la contestación que diere, se resolverá sobre dichas excepciones, si fueren de puro derecho. Pero si versaren sobre hechos que deban justificarse, se concederá el término de seis días para la prueba; y, concluído este término, se dará resolución, a solicitud de cualquiera de las partes, sin observar ninguna otra solemnidad.

Art. 469.—Ejecutoriado el auto en que se resolvieren las excepciones dilatorias, se ordenará que el demandado conteste directamente la demanda en el término de tres días".

Ahora, el procedimiento es más sencillo y rápido, pues, en la contestación, el demandado ha de deducir todas las excepciones, tanto dilatorias como perentorias, de que se crea asistido.

Sin embargo, en el juicio ordinario, la resolución de las ex-

cepciones dilatorias constituye un incidente de previo pronunciamiento; en el juicio ejecutivo y en el verbal sumario, se resolverán todas en la sentencia.

879.—EXCEPCIONES CONTRADICTORIAS

"Mayo de 1944.—Demandado el pago de una suma de dinero, el demandado dice: 1º Alego prescripción de las letras de cambio en que se basa la demanda; 2º No debo la cantidad por la que se me ha demandado; y 3º Niego en el hecho y en el derecho los fundamentos de la demanda; y, por consiguiente, el derecho del actor para demandarme en la forma que lo ha hecho... La negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda contradice las otras dos excepciones, ya que no se extinguen por la prescripción sino los derechos que han existido, ni se debe sólo parte de una obligación que no se ha contraído".

Gaceta Judicial, 6ª serie, Nº 14, pgs. 808 y s.

La demanda se funda en dos letras de cambio aceptadas por el demandado.

Este, al negar los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, niega haber aceptado esas letras de cambio.

Mas, al alegar que las letras de cambio en que se basa la demanda están prescritas, reconoce que aceptó esas letras de cambio, que éstas dieron lugar a la acción de pago, pero que esta acción ha prescrito.

En consecuencia, contradictorias resultan estas dos excepciones así propuestas.

Asimismo, resultan contradictorias la excepción de negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y la de que no se debe la cantidad por la que se ha demandado, porque esta última reconoce deber aunque sea una suma menor a la demandada.

No habría tal contradicción, si las excepciones hubieran sido deducidas subsidiariamente, así: 1ª Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2ª En subsidio, prescripción de la acción; y 3ª, asimismo en subsidio, no deber la cantidad por la que se ha demandado.

Ya recordamos que la ley mexicana prohibe oponer excepciones o defensas contradictorias aun cuando sea con el carácter de subsidiarias, y que, de proponerlas, el juez debe desecharlas de plano.

880.—SIGNIFICADO DE LA EXCEPCION DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA Y DE DESCONOCIMIENTO DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO, CUANDO SE HAN DEDUCIDO EXPRESAS EXCEPCIONES PERENTORIAS. LITISPENDENCIA

"Marzo de 1941.—Los demandados propusieron las siguientes excepciones: 1ª La circunstancia de que MF se haya constituído fiadora solidaria, no le quita a ese acto la calidad jurídica de una verdadera fianza, sin que, por esto, pueda ser tenida como codeudora solidaria; 2ª Extinción de la fianza, porque el anterior cesionario reclamó directamente el pago al deudor principal en el juicio en que éste cedió sus bienes a favor de sus acreedores, y aquél convino en que se los venda, en remate público, con un cincuenta por ciento de rebaja, condonando así el otro cincuenta por ciento; 3ª Litispendencia, porque el anterior cesionario demandó directamente al deudor principal en el juicio de cesión de bienes, juicio que está pendiente, careciendo de derecho para demandar a las herederas de la fiadora el pago del mismo crédito, mientras no se conozca el resultado del juicio de concurso; 4ª El mismo cesionario colocó a la fiadora en el caso de no poder subrogarse en sus acciones, por lo que tiene derecho para que se rebaje todo lo que hubiera podido obtener del deudor principal por medio de la subrogación; 5ª El demandante no podía reclamar el pago total del crédito por las razones anteriores; 6ª Improcedencia de la demanda y desconocimiento de los fundamentos de hecho y de derecho... Lo alegado en esta tercera instancia por el procurador de los demandados respecto a la sexta excepción, comporta una distinta y nueva, que por no opuesta oportunamente no pudo ser objeto de discusión ni de resolución en la sentencia; y de no ser nueva, el sentido y alcance que hoy se pretende de ella, hállanse en plena contradicción con lo expuesto por el propio autor de dicha excepción al comentarla

en su alegato de primera instancia; pues éste, explicando la segunda de las excepciones, dice: "Siendo evidente la extinción de la fianza por el pago de la obligación, la demanda intentada en contra de las herederas de la fiadora no tiene razón de ser, se halla excluída legalmente, y su existencia es completamente improcedente; quedando demostrada con esta excepción también la última, en la que de una manera expresa se alega la improcedencia de la demanda". Y en el capítulo VI del propio alegato se lee nada más que esto: "La última excepción se refiere a alegar la improcedencia de la demanda, improcedencia que asimismo queda demostrada por todo cuanto se ha alegado anteriormente". Está a la vista que la excepción sexta y última no es más que la expresión compendiosa o sintética de las cinco anteriores; porque la improcedencia y el desconocimiento de los hechos y del derecho, procede: de creer que se ha extinguido la fianza por la cesión de bienes del deudor principal; por haber demandado uno de los primitivos propietarios, al deudor, interviniendo en el juicio de cesión de bienes, y porque el cesionario convino, en tal juicio, en la rebaja del cincuenta por ciento, que son precisamente las excepciones anteriores a la sexta. Del estudio de las excepciones en el orden en que fueron propuestas, se deduce que ellas entrañan el reconocimiento implícito del crédito y de sus cesiones, toda vez que se procura demostrar la extinción de la fianza, de modo que, la improcedencia que se alega y el desconocimiento de los fundamentos de hecho y de derecho puntualizados en la sexta excepción no desvirtúan en lo absoluto la base de la demanda y relevan al demandante de justificarla. Como cesionario del crédito... fue llamado al juicio de cesión de bienes que hizo el deudor principal, y en esta causa, el cesionario aceptó juntamente con otros acreedores, que se rematen los bienes dimitidos con un cincuenta por ciento de rebaja; pero este hecho no significa condonación de la deuda ni extinción de la fianza, pues aun existiendo convenio expreso con el fallido no se priva a los acreedores de sus derechos por la totalidad de sus créditos contra los fiadores de aquél; y, por consiguiente, tampoco se ha colocado a las demandadas en el caso de no poder subrogarse en las acciones contra el deudor principal, subrogación que depende del pago, conforme al numeral 3º del Art. 1600 del Código Civil. La renuncia de la fiadora al beneficio

de excusión, da derecho al acreedor para exigir directamente de la fiadora o de sus herederos, el pago total del crédito, ya que no se ha comprobado que se haya satisfecho parte alguna de él antes de la cesión de bienes ni durante ésta, ni después. Tampoco se ha comprobado juicio pendiente entre el actor y las demandadas sobre el mismo crédito materia de la demanda, porque el primer cesionario no fue demandante sino que intervino por llamamiento en la quiebra del deudor principal y esta concurrencia no justifica la excepción de litis pendiente".

Gaceta Judicial, 6ª serie, Nº 7, pgs. 618 y s.

De este fallo podemos deducir lo siguiente:

1) Propuestas varias excepciones perentorias, y, finalmente, una que exprese: "improcedencia de la demanda y desconocimiento de los fundamentos de hecho y de derecho", se ha de entender, lógicamente, que la improcedencia de la demanda se funda en las excepciones perentorias antes expuestas; y que el desconocimiento de los fundamentos de hecho y de derecho, ha de ser por las razones o causas que las mismas excepciones contienen.

2) No es aceptable la excepción dilatoria de "orden o excusión", si se ha renunciado a este beneficio; y

3) El juicio de cesión de bienes del deudor principal, al que fue llamado el cesionario del crédito que ha servido de base al juicio ejecutivo posterior, no constituye base legal para que se acepte la excepción dilatoria de litispendencia.

881.—LA EXCEPCION DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA Y LA OBSCURIDAD DE ESTA

"Marzo de 1947.—El actor, en su demanda, hace referencia al hecho que conduce aguas del río..., por un acueducto construído en un terreno denominado... de propiedad de..., para el objeto industrial de dar movimiento a la maquinaria de aserradero..., que ha gozado de esa manera de usar dichas aguas por tres años, más o menos, y que desde hacen tres meses atrás de la fecha de presentación de la aludida demanda, el referido... ha ocupado con sembríos una de las márgenes de la acequia hasta el borde de ella y ha realizado dos destajes en

el otro lado del canal, para llevar aguas al regadío de unos cultivos alfalfares, atentando así contra sus derechos; y, terminada la parte expositiva, concluye concretando sus reclamaciones con estas textuales palabras: "Por tal motivo y porque no es dable que de esta manera se atropelle un derecho legítimamente adquirido, vengo ante usted y demando en juicio verbal sumario a... a fin de que previa la debida comprobación se haga efectivo mi derecho y se le condene al injusto detentador, al pago de costas e indemnización de perjuicios. El juez de primera instancia consideró que la acción era posesoria... El demandado considerando que se trata de acción petitoria, contesta la demanda y opone las excepciones de falta de derecho del actor, nulidad de la constitución de la servidumbre que se alega, por haber faltado a las solemnidades sustanciales a que debió sujetarse, niega los fundamentos de hecho y de derecho y alega la improcedencia de la propia demanda... La Corte Superior, al expedir el fallo recurrido, manifiesta que la demanda no contiene los hechos y los fundamentos de derecho, ni la cosa, cantidad o hecho que se exige conforme manda el Art. 74 del Código de Procedimiento Civil y por esa falta que envuelve oscuridad de la demanda interpreta que la acción intentada es petitoria... La demanda es oscura, en ella no precisa el actor lo que pide que se resuelva u ordene, en la forma clara que debió hacerlo de acuerdo con el Art. 74 del Código de Procedimiento Civil y esta oscuridad se agrava con la actitud ambigua y contradictoria del demandante durante la tramitación del juicio; pues, después de haber dejado tramitar la causa como acción posesoria, al informar en derecho para la sentencia de primera instancia, afirma que la inició en conformidad del Art. 744 del Código citado o sea que no se trata de acción posesoria sino de una demanda referente a la existencia de la servidumbre de acueducto y a sus incidencias, y en tercera instancia expresa que la demanda tiende a que se le restituya una faja de terreno de un metro de ancho a cada lado del acueducto mencionado. Esa falta de claridad que debió ser subsanada oportunamente por el juez de primera instancia, antes de iniciar la sustanciación del proceso, para saber a fijo las reclamaciones del actor y la materia de la litis, no permite al Tribunal Supremo, decidir acerca de cuáles han sido las peticiones del demandante al pedir que se

haga efectivo su derecho y que se ordene pagarle perjuicios y costas. Por estas consideraciones, es aceptable la excepción de improcedencia de la acción y sin considerar las otras excepciones, se confirma la sentencia recurrida, en cuanto declara, por oscura, improcedente la demanda".

Gaceta Judicial, 7ª serie, Nº 4, pgs. 383 y s.

Improcedencia es falta de oportunidad, de fundamento o de derecho.

Improcedente es lo no conforme a derecho; lo inadecuado, lo extemporáneo.

Bien puede considerarse que, cuando el demandado alegó "la improcedencia de la demanda", quiso alegar que ésta no estaba conforme a derecho, y que, por lo mismo, no debía ser aceptada al trámite.

En efecto, la demanda no contiene de modo claro y preciso, la cosa o hecho que exige; no contiene el **petitum**.

Faltando esto, la demanda no es clara, no puede, no debe tramitarse; y, habiéndosela tramitado, bien se puede declararla improcedente, por incompleta, y porque esto la vuelve oscura.

882.—CLARIDAD DE LA DEMANDA. ¿PUEDE OPONERSE LA EXCEPCION DE OBSCURIDAD DEL LIBELO?

Ya hemos visto que, la demanda debe ser clara y ha de reunir los requisitos exigidos por el Art. 74; y que, el juez, bajo pena de multa, ha de cuidar que la demanda reúna dichos requisitos; que, según el Art. 418, propuesta la demanda, el juez, de oficio, ha de examinar si es clara y si reúne los requisitos del Art. 74; y que, de no ser clara o de no reunir esos requisitos, ha de ordenar que se la aclare o se la complete; que, según el Art. 457, si el juez observare que la demanda no está clara o no reúne los requisitos determinados en la ley, dispondrá, antes de dictar el auto de pago, que sea aclarada o completada; y que, en general, en todo asunto de jurisdicción voluntaria o contenciosa, inclusive los actos preparatorios, presentada la demanda o solicitud inicial, el juez examinará y declarará si ésta reúne o no los requisitos legales para calificarla de clara y precisa; y que, en caso

negativo, ordenará que el actor llene los requisitos exigidos por la ley.

Cierto que, según los Arts. 419 y 457, no puede oponerse la excepción de oscuridad de la demanda, pues, por las disposiciones ya indicadas, el actor no puede presentar una demanda oscura, incompleta, ni el juez puede dar trámite a una demanda que sea así; pero bien puede suceder que, a pesar de lo dispuesto por la ley, se dé trámite a una demanda oscura. En este caso, el demandado puede hacer notar que existe tal obscuridad; y de aceptarse que existe, puede declarársela improcedente por esta razón de forma, como ya hemos visto.

Así se declara en los siguientes casos:

1) "Diciembre de 1925.—Una demanda no es clara, si no se expresan las circunstancias necesarias para identificar la sentencia a que se refiere la acción de nulidad. Asimismo adolece de obscuridad, si no se determinan el hecho o hechos que, según el criterio del actor, son causas de la incompetencia y de la falta de personería, alegados como fundamento de ella".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 197, pg. 1380.

2) "Diciembre de 1911.—No es oscura la demanda de rendición de cuentas, por falta de expresión de la calidad técnico-jurídica en que el demandado ha administrado bienes ajenos, si están puntualizados en ella los hechos en que se apoya, de conformidad con el Art. 74 del Código de Procedimiento Civil".

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 119, pg. 947.

3) "Febrero de 1925.—No hay oscuridad en la demanda de resolución de un contrato de compraventa, por no especificarse en ella las prestaciones exigidas al reo, ya que esas prestaciones se hallan explícita y taxativamente puntualizadas en el Art. 1932 del Código Civil".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 177, pg. 1415.

4) "Febrero de 1935.—No habiéndose opuesto expresamente a la demanda ordinaria intentada... el vicio que realmente le afecta, que es el de no indicarse en ella la cuota demandada, ni

siquiera el medio indirecto que habría consistido en expresar el número de los que sucedieron abintestato a... y a su consorte, el juez no pudo abstenerse de una resolución de fondo por motivo de improcedencia, si ya, avanzado el juicio, la prueba había suministrado los datos necesarios para conocer esa cuota. Esta cuota, de otro lado, tiene en la sucesión intestada una existencia real anterior a la liquidación que haga y que puede no hacer un partidor sobre "lo que a cada uno de los asignatarios se deba", y por lo mismo, no puede aducir el juez como fundamento de una declaración de improcedencia, la falta de acto partitorio que hubiese dado expresión a la referida cuota. Por fin, si el mandatario, de acuerdo con el Art. 2142 del Código Civil, está obligado a dar cuenta de su administración, ello no significa que un juicio de cuentas ha de preceder necesariamente a cualquiera reclamación limitada del mandante al mandatario, reclamación que no obstaría ni a otra del mismo mandante, ni a las del mandatario, ni a la celebración del juicio de cuentas en su forma sumaria especial".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 114. pg. 2693.

883.—LA FALTA EN EL ACTOR, DEL INTERES INDISPENSABLE PARA QUE PUEDA TENER EFICACIA UNA ACCION, HACE QUE ESTA SEA IMPROCEDENTE

"Noviembre de 1934. CEG se presenta a nombre de..., los que, según G, son hijos legítimos de otros tantos hermanos legítimos ya finados de AT, y, alegando los motivos a que hacen referencia los fallos de primera y segunda instancia, demandan la nulidad del testamento abierto otorgado por T, en..., con el fin de que, anulado el testamento, se distribuyan los bienes relictos de acuerdo con los preceptos de la sucesión intestada, atentos, se sobreentiende, los enunciados vínculos de parentesco que hacen de los tres actores otros tantos herederos abintestato de T y la falta de ascendientes y descendientes legítimos y de hijos naturales. Pero en este testamento, consta la cláusula revocatoria de otro testamento otorgado por el mismo testador, en..., y nada hay en autos que desvanezca la verdad del otorgamiento de tal testamento; de lo que se deduce que si se anulara el testamento posterior al que se re-

fiere la acción en examen, no sería la sucesión intestada la que se abriera en los bienes de AT, sino la sucesión testamentaria regida por las normas de reparto del testamento revocado que entonces reviviría. De esto se deduce que en los demandantes faltó el interés indispensable para que pudiera tener eficacia una acción que sólo competería en el caso a los herederos testamentarios instituídos en el testamento revocado. Por esta razón, que impide toda consideración sobre si los parentescos entre los demandantes y el testador han sido debidamente acreditados y, más aun sobre los motivos por los cuales el testamento de AT fuese nulo..., se declara sin lugar la demanda".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 110, pg. 2614.

El demandado contestó a la demanda: negando el derecho de los demandantes para deducir la acción, como herederos abintestato; negando, en general, los fundamentos de la demanda; y en subsidio, alegando la prescripción de la acción.

Este fallo constituye la aplicación de la doctrina que recuerda Peñaherrera:

"Requisitos para la existencia de la acción. El interés. Máximas francesas: Pas d'interét, pas d'action. L'interét est la mesure des actions. Puede bastar un interés moral o eventual?

Los profesores franceses, siempre sutiles y escolásticos, enseñan generalmente que cuatro condiciones deben concurrir para que una persona pueda intentar acción en justicia: 1ª interés; 2ª derecho legal; 3ª cualidad; 4ª capacidad o poder de estar en juicio.

Lo cual no es sino un diverso modo de expresar las mismas ideas que venimos ya exponiendo.

Primera condición.—El que intenta una demanda debe tener interés; es decir debe aspirar a algún provecho real y efectivo que provenga directamente del fallo que solicita. Así, nadie puede, a título de heredero abintestato, intentar la nulidad del último testamento, si existe otro anterior que vendría a quedar vigente al declararse esa nulidad. El pretenso heredero no lo sería, en verdad, en tal supuesto; esto es, no tendría un derecho que pudiera considerarse violado o herido por el testamento nulo; y por lo mismo, carecería de acción, según los principios que dejamos consignados.

El interés puede ser simplemente moral, dicen los autores, como es el que atañe al honor de las familias y, en ciertos casos, el del estado civil; pero eso basta para poder demandar.

El interés debe ser nacido y actual, añaden. Así, los hijos del primer matrimonio pueden demandar, durante la vida de su padre, la nulidad del segundo matrimonio de éste, para excluir a los hijos de dicho segundo matrimonio de la sucesión de un hermano suyo, nacido, como ellos, del primer matrimonio y fallecido en vida del padre común.

Un interés ya existente puede bastar, aunque esté subordinado a cierta condición o evento. Si, demandado el fiador, ha propuesto la excepción de pago, fundándose en un recibo otorgado en favor del deudor principal, y alega el acreedor la falsedad del pago y del recibo puede el fiador apresurarse a demandar al deudor principal, para que, en el evento de declararse realmente falso el pago, le reembolse lo que la sentencia le obligue a pagar al acreedor; y no está, en nuestro concepto, obligado a esperar que primero se dé la sentencia y se conozcan los resultados de ese juicio.

En el sistema procesal francés, ese fiador demandado por el acreedor tendría y podría alegar la excepción de garantía, de que oportunamente trataremos, para obligar al deudor principal a comparecer en el mismo juicio y defenderle de los resultados. Y si esto, que es lo más razonable y justo, no se admite, tal vez, por nuestras leyes, no cabe que se impida al fiador proponer al mismo tiempo su demanda contra el deudor principal, y aun solicitar la acumulación de los dos procesos, por la perfecta conexidad de ellos. Por este camino, que ya hemos ensayado con buen éxito en nuestra práctica, se llega al mismo resultado que más sencillamente se obtiene en el derecho francés" (215)

A este respecto, la moderna doctrina enseña:

"El interés protegido mediante las obligaciones procesales y, correlativamente, mediante la acción es el **interés en cuanto a la justa composición del litigio,** no el **interés en litigio.** Esta es la razón elemental de la diversidad entre el derecho subje-

(215) "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo III, pgs. 130 y s.

tivo material y la acción. Que la acción no sirve para la tutela del interés en litigio, demuestra el que puede derivar de ella un proveimiento contrario a este interés (sentencia desestimatoria). Que el derecho subjetivo material y la acción no son una misma cosa lo pone de manifiesto el que la acción corresponde también a quien no tiene el derecho subjetivo material.

El punto de contacto entre los dos derechos está en que la pretensión del derecho material determina la atribución del derecho procesal; precisamente la acción corresponde a quien "quiere hacer valer un derecho" (subjetivo material, Art. 35 Cod. proc. civ.). Pero si a la parte, **uti singulus**, le pertenece el interés en litigio, a la misma, **uti civis**, le pertenece además el interés en cuanto a la composición del litigio, que es un interés de todos y por eso también de la parte misma.

Esto quiere decir que la acción es un **derecho público subjetivo** ya que el interés mediante ella tutelado es un interés esencialmente público..."

(Carnelutti. Sistema de Derecho Procesal Civil, tomo II, pg. 637).

Leonardo Prieto Castro trata de esta materia, al referirse a la legitimación.

Silva Melero dice:

"**Acción e interés.** Puede surgir la duda de si la acción es realmente un derecho cívico; es decir se puede pensar en los muchos procesos que desgraciadamente se incoan resultando al final de los mismos, no sólo que el actor no tenga razón, sino también que no era él quien en caso de tenerla debería haber accionado. Es decir, en los casos en que resulta faltar incluso la legitimación del actor. Los casos en que el que acciona no tiene interés en acudir a la Justicia; si tal interés faltare, la acción dejaría de ser un derecho cívico, por remitirse éste a la tutela de un interés.

Pero este interés en acudir a la Administración de Justicia, existe siempre que se acciona; ahora bien, puede resultar ilegítimo o antijurídico...

El particular, obligado por el ordenamiento jurídico a acudir al medio pacífico del proceso, actúa con función pública; la que se dirige a favorecer el interés en la justa composición del litigio por medio de la incoación de dicho proceso. La acción sirve, pues, más al interés en favor de la justa composición del litigio que al propio interés de fondo en litigio...

Es evidente que construído de esta manera el derecho a acudir a la Justicia (derecho de acción), de él se puede hacer un mal uso, y se plantearán en falso lo que realmente no deberían ser conflictos de intereses; pero en el estadio actual de la civilización se considera que aun haciendo mal uso de ese derecho, aunque el conflicto de intereses que surge pudiera ser falso, siempre es superior y más favorable a la colectividad que el de resolver tales conflictos por la violencia. El derecho de acudir a los tribunales surge, pues, como un mal menor".

(Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo II, pg. 194).

Con razón, la nueva doctrina distingue el interés en favor de la justa composición del litigio y el interés de fondo en el litigio. Puede que el que acciona en juicio carezca del interés de fondo en litigio, como en el caso del fallo que comentamos, pero existe ese otro interés en favor de la justa composición del litigio, proveniente de que a la acción se la considera como un derecho cívico.

884.—COMO INTERPRETAR LA EXCEPCION DE QUE "LA DEMANDA CARECE DE FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO, POR DEFECTO DE FORMA Y DE FONDO"

"**Primera instancia.**—El endosatario de dos letras de cambio, aceptadas por JCL, demanda ejecutivamente, por éste, ya fallecido, a sus herederos, el pago inmediato de... La demandada contesta con las siguientes excepciones: a) negación simple y absoluta de los fundamentos de la demanda; b) improcedencia de la acción; c) desconoce y niega tanto al actor como al que aparece de endosante, todo derecho para haber

presentado reclamación en la forma como contiene la demanda; d) redarguye de falsos y objeta la legitimidad de los instrumentos con los que se ha intentado la demanda; y e) que la demanda carece de fundamento de hecho y de derecho, por defectos de forma y fondo..."

"**Tercera instancia.** Marzo de 1955. Entre los requisitos necesarios según la ley para que proceda la demanda ejecutiva está el de que la obligación sea líquida. Cierto que la liquidez no se ha definido en la ley, mas, es doctrina admitida ya en nuestro foro que el concepto de líquidas se aplica a las cosas claras, ciertas en su cantidad y valor, por modo que baste enunciarlas para saber en qué consisten y cuál es ese valor y cantidad. Se trata, pues, como dice el Profesor Peñaherrera, de un cuanto o valor numérico conocido, el que existe cuando ya se ha verificado la operación matemática llamada liquidación o cuando ya existen los datos necesarios para esta operación matemática. En el presente caso, ya porque el que necesita demandar a una sucesión debe cerciorarse primeramente de la aceptación de la herencia, y la aceptación de la heredera... no se ha demostrado; ya porque se ignora la cuantía de la mitad legitimaria divisible entre la cónyuge y su hija y descendiente legítima de que ha de resultar el monto de su legítima rigurosa; ya porque se ignora la suma a que asciende la mitad de gananciales de la viuda, límite de su responsabilidad por las deudas hereditarias; ya porque se ignora si existen o no bienes propios de la viuda aportados o no al matrimonio, dato que influiría necesariamente en el monto de su haber conyugal; ya porque la cónyuge sobreviviente no tiene calidad de heredera y en el presente caso la viuda ha sido demandada como tal heredera, sin que se haya presentado prueba de la existencia de una asignación testamentaria para ella a título universal hecha por su fallecido esposo; la obligación demandada no es clara ni es líquida y, por lo mismo, no reúne las condiciones exigidas por la ley para ser ejecutiva; pues aun en el caso de que el actor hubiera tenido derecho a deducir la demanda, sería imposible determinar la cantidad o valor de la cuota a que hubiera de condenarse a cada una de las demandadas, tomando en cuenta, además, que se demanda una cantidad fija y la condena no puede reducirse a alícuotas cuyo

señalamiento numérico puede ser y aparecer arbitrario, no habiéndose trabado la litis sobre cuotas en la sucesión, sino sobre una deuda de dinero perfectamente señalada y precisada. Por tales antecedentes... se desecha la demanda".

"Voto salvado.—Las excepciones que propone la ejecutada pueden reducirse a dos: falsedad e ilegitimidad de las letras presentadas en el juicio, y negativa de los fundamentos de la demanda, ya que esta negativa, y no otra cosa significa la excepción de improcedencia de la acción, así expresada, sin añadir motivo alguno que explique tal improcedencia. La sentencia, si ha de cumplir el precepto fundamental, contenido en el Art. 293 del Código de Procedimiento Civil, debe, pues, contraerse a decidir solamente los puntos sobre que se trabó la litis, y nada más, siendo materia completamente extraña al asunto controvertido lo relacionado con el derecho que ha tenido el ejecutante para deducir su demanda, por muerte del deudor, contra la cónyuge sobreviviente, además de la hija legítima y heredera del mismo deudor, que también fue llamada al juicio. Pero en el supuesto de haberse planteado dicha excepción y que se la pudiera legalmente considerar y resolver, creemos que se la debería rechazar por las razones siguientes... Por otra parte, la obligación demandada es ejecutiva, por reunir las condiciones determinadas en el Art. 452 del Código de Procedimiento Civil, no siendo obstáculo para ello el hecho de que el actor no haya fijado la cuota que correspondía pagar en la deuda a cada una de las demandadas, requisito innecesario, porque esta cuota está ya señalada por la misma ley. Tampoco hay impedimento alguno para la acción ejecutiva en la limitación de la responsabilidad de la mujer en el pago de las deudas sociales, impuesta por la ley en beneficio de sus intereses, porque este es problema que afecta no al derecho que tiene el ejecutante para proponer su demanda, sino a la forma en que, llegado el caso, tendría que hacer efectiva la obligación declarada y admitida en la sentencia..."

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 8, pgs. 739 y s.

A nuestro juicio, la excepción de que "la demanda carece de fundamento de hecho y de derecho, por defectos de forma y fon-

do", debería descomponerse en dos partes: la primera, que diría: "la demanda carece de fundamento por defectos de forma"; y la segunda, que diría: "la demanda carece de fundamento de hecho y de derecho, por defectos de fondo".

En virtud de la primera parte, en primer lugar debería examinarse si, en efecto, a la demanda le falta alguno de los requisitos exigidos por la ley para que sea aceptada al trámite.

Si le faltara, debería declararse que no se la acepta al trámite mientras no llene todos esos requisitos.

En el presente caso, parece que no faltan esos requisitos, o sea, que la demanda no es improcedente por la forma (que fue otra de las excepciones deducidas).

La excepción de "negación simple y absoluta de los fundamentos de la demanda" comprende a la de que "desconoce y niega tanto al actor como al que aparece de endosante, todo derecho para haber presentado la reclamación en la forma como contiene la demanda", porque negar simple y absolutamente los fundamentos de la demanda es negar tanto los fundamentos de hecho como los de derecho; es negar todo lo aseverado en la demanda.

Mas, pudiera estimarse también que sólo significa negativa de la legalidad de la forma de la reclamación; y, quizá, esta interpretación es la que acepta la mayoría del Tribunal, y, por esto, entra al análisis de los caracteres de la obligación demandada, para ver si reúne los requisitos que la ley exige para que preste mérito ejecutivo, y resuelve que no es clara ni líquida, y que, por tanto, su pago no puede ser exigido en juicio ejecutivo.

Bien pudiera estimarse también que la "negativa simple y absoluta de los fundamentos de la demanda" se funda en que los instrumentos base de la demanda son falsos e ilegítimos, y que, en consecuencia, comprende a la cuarta de las excepciones.

Creemos que, el que se ignore la cuantía de la legítima, o la de los gananciales que correspondan al cónyuge sobreviviente, no quita a la obligación demandada las cualidades de clara y líquida; y que, por lo mismo, aun ignorando estas cuantías, se puede demandar en juicio ejecutivo, a los herederos del deudor, el pago de una obligación contraída por éste, pues, los herederos la deben pagar a prorrata de sus cuotas hereditarias, y éstas siempre estarán determinadas por la ley, o por el testamento, o por una y otro, según el caso.

885.—ALCANCE DE LA EXCEPCION "NO ESTOY OBLIGADO AL PAGO DE CANTIDAD ALGUNA DE DINERO POR LOS CONCEPTOS EXPRESADOS EN LA DEMANDA".

"Mayo de 1957.—El actor demandó a la Compañía Ecuatoriana de Seguros, el valor del seguro contratado, los intereses y las costas. El demandado opuso, como única excepción, la de que no estaba obligada al pago de cantidad alguna de dinero por los conceptos expresados en la demanda... Esta excepción, por los términos generales en que está concebida, no tiene más alcance que el de negar la obligación de pago, o porque no se celebró el contrato de seguro, o porque celebrado éste, no se realizó la condición de que la propiedad se destruyera por incendio, supuestos ambos que tuvieron plena realización".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 14, pgs. 1319 y s.

Es acertada la interpretación, el alcance que la Corte Suprema da a la excepción deducida en términos tan generales.

886.—LA RENUNCIA A DEDUCIR EXCEPCIONES NO ES INCONSTITUCIONAL

"Abril de 1957.—El Art. 68 de la Ley de Aduanas establece que las fianzas pueden ser generales o parciales, refiriéndose las segundas a una determinada importación o exportación, debiendo en uno y otro caso ser bancaria la fianza; y el inciso 2º prescribe que llegado el caso la aduana procederá al cobro judicial por la vía coactiva debiendo deducir la acción contra el banco garante, y sin que sea admisible ninguna excepción alegada por éste; prohibición que, por otra parte, no es inconstitucional, puesto que al aceptar el banco esta modalidad de la fianza ejerce el derecho de renunciar a un medio de defensa establecido por la ley, renuncia que puede legalmente hacerse por tratarse de un derecho estrictamente personal, sin que pueda alegar el banco garante que mal pudo renunciar aquel derecho por no haber estado al tanto de la disposición, pues sabido es que la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 14, pgs. 1323 y s.

Si el Art. 68, inciso segundo, de la Ley de Aduanas prescribe que no será admisible excepción alguna alegada por el banco garante; el Art. 169 de la Constitución Política de la República dispone que nadie puede ser penado sin juicio previo; y el Art. 189, que la Constitución es la suprema norma jurídica de la República, por lo que no tendrán valor alguno las leyes, o cualquiera disposición que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella.

Juicio es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces.

Esta contienda se forma con la demanda y con la contestación a la demanda, o con la rebeldía del demandado.

Si la Ley de Aduanas prohibe al banco garante deducir excepciones, le está prohibiendo ejercer el derecho de defensa; está disponiendo que se le juzgue sin juicio previo; y, por lo mismo, esta disposición resulta inconstitucional, porque está en contradicción con la garantía establecida en el Art. 169 de la Constitución Política de la República.

Pudiera objetarse que este artículo dispone que nadie será penado sin juicio previo, o sea, que nadie puede ser castigado por un delito; pero el principio es general, y se aplica también a lo civil.

Cierto que el derecho de defensa puede ejercerse o no; pero estimamos que no se puede renunciar a él, puesto que no se trata de un derecho que mire sólo al interés individual del renunciante.

Luis Felipe Borja dice:

"El sentido del Art. 12 consiste, pues, en que los particulares no pueden alterar, por convenciones, las leyes que no se refieren al interés individual.

Luego, la dificultad, hasta aquí insuperable, está en distinguir las leyes que miran al interés de la comunidad de las que sólo conciernen al del individuo...

Aunque Portalis nos dió idea exacta de lo que en el Código Civil se llama **derecho público,** las dificultades subsisten; pues a cada paso hay que investigar si las leyes se refieren al interés de la sociedad o al del individuo...

Ni por un instante pretendemos haber resuelto un problema

tan difícil; pues aun los escritores más eminentes apenas si apuntan sus dificultades..." (207)

Hemos hecho esta transcripción, para indicar lo difícil del problema de saber si es constitucional, si es legal, la renuncia a deducir excepciones, es decir, la renuncia al derecho de defensa.

No olvidemos que, ya en 1928, nuestro legislador estableció que "no son renunciables el derecho de apelación ni los demás recursos establecidos por la ley respecto de las providencias judiciales".

Con mayor razón resulta no renunciable el derecho de defensa, el derecho de deducir excepciones.

La doctrina sentada por la Corte Suprema beneficiaría al prestamista, sería una horca para el deudor; pues, como sucedía antes, el prestamista haría constar, siempre necesariamente, en el título de la obligación, la renuncia del deudor a deducir excepciones.

No olvidemos tampoco lo que dijo el mismo Borja, al tratar del domicilio:

> "Tampoco puede surtir efecto alguno la renuncia general de domicilio, fórmula frecuente en las escrituras otorgadas por los escribanos, tan aferrados a las corruptelas, y especialmente a las que alargan las escrituras públicas.
>
> Los códigos ecuatorianos de enjuiciamientos, en que se ha permitido la renuncia general del domicilio, se hallan en la más abierta pugna con el artículo que comentamos, (idéntico al Art. 66 del Código Civil ecuatoriano), y manifiestan en los legisladores o bien absoluta ignorancia del sistema del Código Civil en cuanto al domicilio, o bien que de propósito se ha querido derogar el Art. 66, preciosísima garantía de todos los ciudadanos, y que se ha derogado para facilitar que los usureros persigan a sus deudores". (208)

¿La garantía de deducir excepciones no será más preciosa que la de no poder convenir en una renuncia general del domicilio?

La respuesta es clara. Sí es más preciosa.

---

(207) "Estudios sobre el Código Civil Chileno", tomo I, pgs. 198 y s.
(208) "Estudios sobre el Código Civil Chileno", tomo II, pgs. 156 y s.

887.—LA ACCION INTENTADA PARA OBTENER LA RESOLUCION DE UN CONTRATO ES PERSONAL, AUN CUANDO SE PIDA LA DEVOLUCION DE FRUTOS U OTRAS REPARACIONES. LITISPENDENCIA

"Mayo de 1899.—La acción intentada para obtener la resolución de un contrato es meramente personal, aun cuando se pida la devolución de frutos u otras reparaciones, por lo cual ha sido bien rechazada la excepción dilatoria de incompetencia propuesta por el demandado, fundándose en que la cosa sobre que versó el contrato de cuya resolución se trata, está en ajena jurisdicción. En cuanto a la excepción de litispendencia, también para rechazarla bastaba la consideración de ser diversa de la acción antes entablada sobre pago del precio y la que hoy se ha deducido sobre resolución de contrato; pues si la primeramente citada priva o no al demandante del derecho de proponer la resolución, eso tendrá de ser resuelto en la sentencia, caso de deducirse como excepción perentoria, por mirar al hecho mismo que se ventila y no al mero procedimiento".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 211, pg. 2925.

El juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado, es el competente para conocer de las causas que contra éste se promuevan.

Es también competente el del lugar en que estuviere la cosa raíz materia del pleito.

No obstante estos preceptos, si la demanda versa sobre asuntos para cuya resolución sean necesarios conocimientos locales o inspección judicial, se la propondrá ante el juez del lugar donde estuviere la cosa a que se refiere dicha demanda.

La demanda de resolución de un contrato no versa sobre un asunto para cuya resolución sean necesarios conocimientos locales o inspección judicial; luego, no debe proponerse, necesariamente, exclusivamente, ante el juez del lugar donde estuviere situada la cosa.

Demandada la resolución ante el juez del domicilio del demandado, no existe incompetencia de este juez.

Prieto Castro enseña que:

"El concepto de la litispendencia es de origen romano, y significa el hecho de estar deducida en un proceso una pretensión (acción) acerca de determinado objeto. En la actualidad, además de ese concepto, se acude al de **relación jurídica procesal,** entendida en el sentido de existir el acto de petición de tutela jurídica constituído por la demanda, un actor, un demandado y un tribunal, al que se ha acudido solicitando que cumpla su cometido jurisdiccional; y, como consecuencia de todo ello, surgen las cargas, los deberes y los derechos procesales, respecto de todos los sujetos, y en la medida correspondiente a su respectiva posición.

En una palabra, el objeto, esto es, la cuestión, el litigio o la disceptación entra en el ámbito del proceso y del órgano público jurisdiccional, saliendo de la esfera privada, pero con las repercusiones inherentes sobre ésta...

En relación con **su significado para el proceso,** la litispendencia produce la exclusión de otro sobre idéntico objeto, basado en la misma causa petendi (excepción de litispendencia, Art. 533, 5ª), permite o hace posible el aumento objetivo y subjetivo por acumulación de acciones y por la de procesos, y el aumento objetivo por el demandado, mediante reconvención, el planteamiento de incidentes (Art. 740 ss., 488) y las intervenciones de otros sujetos... (209)

Manresa y Navarro dice:

"Se entiende por litispendencia la existencia previa... de un pleito, pendiente todavía o sin resolver, sobre lo mismo que es objeto del que después se ha promovido..." (210)

La jurisprudencia española ha resuelto que,

"La excepción de "litispendencia" tiene por objeto prevenir la eventualidad de que se dicten sentencias que sean contradictorias o que puedan oponerse una a otra como alegación

(209) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pgs. 369 y s.
(210) "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", tomo III, pgs. 85 y s.

de cosa juzgada, y para estimarla es necesario que se reúnan los requisitos señalados en el Art. 1252 del Código Civil, o sea la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, o a lo menos, si tal precepto se interpretara con criterio amplio, que pueda romperse la unidad entre los dos litigios. (Sentencia de 29 de diciembre de 1947).

Para dar lugar a la "litis pendencia" es preciso que el pleito pendiente en que se apoya verse sobre lo mismo que aquel en que se alega, y que la resolución que en él pueda recaer produzca excepción de cosa juzgada. (Sentencia de 17 de febrero de 1950)". (211)

Según nuestra jurisprudencia, la identidad de personas, cosas y acciones en dos demandas, es lo que da lugar a la excepción dilatoria de litis pendencia.

En el caso materia del fallo que estamos estudiando, si bien en la primera demanda se ha deducido la acción de pago del precio, y en la segunda, la acción de resolución del contrato, en ambas se discute si se ha pagado o no el precio; y, por lo mismo, la sentencia dictada en el primero podría servir para fundamentar la excepción de cosa juzgada en el segundo.

La causa petendi de la demanda de pago es la falta de pago del precio; y de la demanda de resolución del contrato también es la misma falta de pago.

Existe, por lo mismo, identidad objetiva en los dos juicios.

Este fallo sienta el principio de que la excepción dilatoria mira al procedimiento, y la perentoria, al hecho mismo que se ventila en el juicio.

888.—EL ACREEDOR SUBROGADO PUEDE EXIGIR EL PAGO EN EL LUGAR EN QUE PODIA EXIGIRLO EL ACREEDOR A QUIEN SUBROGA

"**Segunda instancia.**—Octubre de 1913. Según el Art. 1602 del Código Civil, la subrogación traspasa al nuevo acreedor no sólo los privilegios, prendas e hipotecas ya contra el deudor, ya

(211) "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", tomo III, pg. 86.

contra terceros obligados, sino también las acciones, siendo evidente que la acción, en concreto, comprende también la designación del juez ante el cual pueda ser demandado el deudor. Además, atañe a la ley sustantiva (Arts. 1577 y siguientes del Código Civil) determinar el lugar en que debe verificarse el pago, siendo fuera de duda que el acreedor subrogado puede exigir dicho pago en el lugar en que podía exigirlo el acreedor a quien subroga; por lo cual la ley adjetiva que determina la competencia, según el Art. 35 Nº 1º del Código de procedimientos viene a dar una consecuencia del derecho sustantivo, y tiene perfecta aplicación en los casos en que se demanda el pago por subrogación. En virtud de lo expuesto, es legal el fallo recurrido en cuanto declara sin lugar la excepción de incompetencia..."

"**Tercera instancia.**—Abril de 1915. Es legal el auto de la Corte de Riobamba, en la parte que deniega la excepción deducida a fs. 5..."

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 81, pgs. 1883 y s.

En el contrato de mutuo suscrito por el demandado, éste se obligó a verificar el pago en la ciudad de Riobamba.

Según el Art. 30, además del juez del domicilio del demandado, es también competente, entre otros, el juez del lugar en que deba hacerse el pago. En consecuencia, el juez de Riobamba, por ser el juez del lugar en que debió hacerse el pago, es competente para conocer de la demanda de ese pago, sea cual fuere el acreedor al momento de presentar la demanda, puesto que, como dispone el Art. 1665 del Código Civil, la subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda. Y no hay duda de que, entre los derechos traspasados está el de demandar ante el juez del lugar en el que deba hacerse el pago.

889.—LAS EXCEPCIONES DEBEN DEDUCIRSE CLARAMENTE, CON PRECISION, DETERMINANDO SUS FUNDAMENTOS

1) Decir que no se concede al juez más jurisdicción que la legal, no vale alegar su incompetencia

"Diciembre de 1886.—El haber expuesto..., cuando contestó la demanda, que no daba al juzgado municipal otra jurisdicción que la que le correspondía según la ley, no importa una verdadera reclamación sobre la falta de competencia de dicho juzgado. Y si tal fue su ánimo, debió proponer la correspondiente declinatoria, o, a lo menos, alegar en primera instancia la nulidad del proceso, fundándose en la incompetencia que ha procurado demostrar en la segunda".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 158, pg. 1260.

El que ha sido demandado ante juez de distinto fuero, puede: 1) declinar la competencia, o 2) acudir a su juez propio para que la entable, o 3) prorrogar la competencia en el modo y casos en que puede hacerlo conforme a la ley.

El demandado ante juez incompetente puede, en primer lugar, deducir la excepción de incompetencia; pero ha de hacerlo de modo claro, preciso. Como bien resuelve la Corte, no procede así quien sólo dice que no da al juez otra jurisdicción que la que le corresponde según la ley, quien no reclama sobre la validez del proceso, por la incompetencia del juez que lo conoce, quien sólo en la segunda instancia procura demostrar esa incompetencia.

2) El expresar no allanarse a la omisión de ninguna solemnidad sustancial, no implica la excepción de incompetencia

"Segunda instancia.—Agosto de 1902. El actor en el escrito de demanda expresó que la cuantía de su acción pasando de cuatrocientos sucres no excede de dos mil. Si el procurador de la demandada consideró ser menor la cuantía, debió oponer, en vía de dilatoria, la excepción de incompetencia; y mal se puede tener por opuesta, con haber expresado que no se allanaba a la omisión de ninguna solemnidad sustancial, como consta en el párrafo 2º del escrito de fs. 9. Entonces era legal acoger la cuantía fijada, y sustanciar el juicio ante el Alcalde.

Por otra parte, el pleito versa sobre una cosa que, vendida en ochenta sucres, vale más de doscientos; pues, precisamente, el mayor valor de ella motivó la demanda. A mérito de lo expuesto, se declara que no existe la nulidad alegada por el apelante".

"**Tercera instancia.** Marzo de 1903.—La Corte Superior ha declarado, legalmente, la validez del proceso..."

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 159, pgs. 1271 y s.

Una de las solemnidades sustanciales, comunes a todos los juicios e instancias es la competencia del juez.

La competencia por razón de la cuantía es prorrogable.

Por lo mismo, si no se deduce expresa y claramente la excepción de incompetencia, ni se propone la acción inhibitoria, la competencia se prorroga, según el Art. 26.

Y esto ha sucedido en el caso materia de este fallo.

3) **Deben determinarse claramente los fundamentos de la excepción.**

"Enero de 1926.—En la demanda de la foja primera se afirma, para fundarla, que el demandado solicitó, en Quito, al demandante, los servicios personales que en ella se expresan, y que, aceptada esa petición por el demandante, en la misma ciudad, y prestados por él dichos servicios, tiene derecho a que se le pague el valor de ellos, que debe ser fijado por peritos; todo lo cual es afirmar que entre el demandante y el demandado se celebró en Quito un contrato para cuyo cumplimiento, de parte de JDMM, deduce T M su demanda. En la contestación de la foja 3, después de oponerse la incompetencia de jurisdicción, se expresa, para manifestar que hay temeridad en haberse demandado a JDMM ante un juez distinto del de su domicilio, que es público y notorio que aquél no lo tiene en esta ciudad. De lo cual resulta que la excepción dilatoria consiste únicamente en la incompetencia por razón del domicilio; pues que, al oponerse la excepción de incompetencia del juez, es indispensable manifestar el hecho en que se funda, y el único alegado para fundar la de fs. 3, fue que JDMM no tenía su domicilio en Quito. No habiéndose, pues, negado en dicho

escrito, para el efecto de establecer la incompetencia de jurisdicción, el que se hubiese celebrado en Quito el contrato en que el actor funda su demanda, hecho que, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del Art. 35 del Código de enjuiciamiento civil, determina la competencia del juez de este cantón, aun cuando el demandado no esté domiciliado en él; no es aceptable la excepción dilatoria de incompetencia por razón del domicilio".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 226, pg. 1810.

Según el Art. 103, el juez ha de cuidar que la contestación a la demanda sea clara, y que las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen.

En el presente caso, la incompetencia se funda en que el juez ante el que se ha propuesto la demanda no es el del domicilio del demandado.

Cierto que, según el Art. 25, toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante el juez de su fuero; pero cierto también que, según el Art. 30, además del juez del domicilio, es competente el del lugar donde se celebró el contrato si al tiempo de la demanda está en él presente el demandado, o su procurador general, o especial para el asunto de que se trata.

En consecuencia, como resuelve la Corte, si el juez de Quito no era competente por no ser el juez del domicilio del demandado, sí era competente, por ser el juez del lugar donde se celebró el contrato base del juicio.

890.—SOLO LA INTERVENCION DE DIVERSO JUEZ, CON POSTERIORIDAD A LA DECLARATORIA DEFINITIVA DE INCOMPETENCIA, PRODUCE LA OMISION DE LA SOLEMNIDAD SUSTANCIAL DE COMPETENCIA

"Noviembre de 1934.—Resueltas, en el auto de fs..., las excepciones dilatorias y, entre éstas, la de incompetencia de jurisdicción, opuestas a la demanda de falsedad de la escritura de venta de dos solares y covachas..., CHV como procurador judicial de la demandada, pidió que ese auto fuese revocado y el juez accedió a la revocación en lo tocante a la competencia en razón del domicilio, declarando que la causa debía ser co-

nocida por el Alcalde de Babahoyo y no por el de Guayaquil, y anuló a la vez, el proceso como consecuencia de la revocatoria, a costa de este último juez, providencia que, confirmada por la Corte de Guayaquil, viene en grado a la Corte Suprema. Y, para resolver se considera: 1º—Que la dilatoria de incompetencia tiene por objeto la determinación del juez que ha de conocer de la demanda; 2º Que mientras no haya esa determinación definitiva, mal puede tenerse como incompetente a ninguno de los jueces sobre cuya intervención versa la competencia; 3º Que, por tanto, sólo la intervención de diverso juez, con posterioridad a la declaratoria definitiva, produciría la omisión puntualizada en el Nº 1º del Art. 407 del Código de Enjuiciamiento Civil; 4º Que, en el caso, y dada la materia propia de la revocatoria, no cabía decidirse sino sobre el punto de competencia y decidido como fue en dos instancias, causó ejecutoria el fallo de la Corte Superior, conforme con lo dispuesto en el Art. 4º caso 3º de las reformas al procedimiento civil, expedidas en 1928; y 5º Que, por lo mismo, lo venido legalmente en grado es únicamente la declaratoria de nulidad que, por improcedente, según lo expuesto en los considerandos 1º, 2º y 3º queda revocada".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 111, pg. 2640.

Por la excepción de incompetencia, el demandado quiere que el juicio no se siga ante el juez ante el que se le ha demandado, y al que lo califica de incompetente, sino ante el juez de su fuero.

Si el juez de la causa se declara incompetente y el actor apela de la providencia que así lo declara, aun no hay fallo ejecutoriado al respecto.

La Corte Superior confirmó el auto del inferior, por lo que esta providencia quedó ejecutoriada según el Art. 368, que dispone que:

"No habrá tercera instancia:

4º De los autos en que se resuelva acerca de los puntos siguientes:

b) Incompetencia del juez o tribunal.

Lo dispuesto en este numeral se aplicará sólo cuando los fallos de primera y de segunda instancia sean conformes en lo principal".

Ejecutoriado el auto que declara la incompetencia, el juez declarado incompetente no puede seguir conociendo de la causa, y si lo hace, anula el proceso.

El actor tiene que proponer nuevamente su demanda ante el juez competente.

891.—LA ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA Y LA FALTA DE DERECHO

A lo que dijimos en el tomo III, Nos. 288 y 289, agreguemos lo siguiente:

La legitimidad de personería es solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias.

Por esto, la omisión de esta solemnidad anula el juicio.

Hay ilegitimidad de personería cuando comparece en juicio: 1) por sí solo quien no es capaz de hacerlo; 2) el que asegura ser procurador y no tiene poder o lo tiene insuficiente; 3) el que afirma ser representante legal y no es; 4) el que gestiona a nombre de otro, si éste no aprueba lo hecho por aquél; 5) cuando no interviene el Ministerio Público, debiendo intervenir conforme a la ley; y 6) en general, cuando se deja de contar con quien necesariamente debe intervenir en el juicio.

La excepción de ilegitimidad de personería es dilatoria.

La excepción de falta de derecho en el que lo reclama, es perentoria y distinta de la de ilegitimidad de personería.

Por lo mismo, no puede, no debe confundírselas.

Así lo vamos a ver en los siguientes casos:

> 1) "Febrero de 1881.—La falta de personería consiste en la incapacidad legal o falta de poder, según el Art. 314 del Código de enjuiciamientos civiles, y como no consta que PR tenga alguna que le impida parecer en juicio ejerciendo el poder sustituído por..., es claro que no puede rechazarse su intervención en el juicio de inventarios; pues que la ilegitimidad de personería no debe confundirse con la oposición que se ha hecho a la calidad de herederos del finado... en las personas que han otorgado los poderes que obran en autos; porque ese punto se ha de ventilar en el juicio de posesión efectiva o en el de partición".

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 130, pg. 1037.

2) "Junio de 1948.—... manifiesta que su fallecida hermana legítima... ha celebrado una escritura de venta de... a favor de...; que dicha venta es ficticia, hecha con el afán de perjudicarles en el haber que puede corresponderles en calidad de herederos legítimos de su hermana, quien falleció a las pocas horas de otorgada la escritura, sin dejar descendencia de ninguna clase y sin que el comprador haya dado un solo centavo por la supuesta compraventa...; y que, por otro lado, tiene conocimiento que su finada hermana al tiempo de celebrar dicha escritura ha estado en una situación comatosa, agónica y carente de facultades mentales, sin que haya habido consentimiento ni conocimiento por su parte para celebrar el contrato; por lo que la escritura se halla afecta de nulidad. Fundada en lo expuesto demanda al comprador..., la resolución del contrato por falta de pago del precio; en subsidio, la rescisión por lesión enorme...; y, por último, también subsidiariamente, la nulidad por los vicios indicados. El demandado deduce las siguientes excepciones: insuficiencia de derecho para que solo C, J y M propongan la acción, porque a la muerte de la que fue su hermana MT quedaron, como sus herederos, además de las actoras y el excepcionante, sus otras dos hermanas R y Z, residentes en Guayaquil; ilegitimidad de personería de la parte actora, por el mismo motivo de la excepción anterior... La excepción de falta de personería, que ahora se la vuelve a plantear como fundamento de nulidad, fue resuelta como dilatoria, resolución que se ejecutorió, y, por lo mismo, no puede volver a tocarse, de acuerdo con el Art. 380 del mismo Código. Además el asunto planteado no es de personería sino de falta de derecho, y como tal, se lo resolverá ya que también es materia de excepción.—Si bien el orden lógico mandaría que se resuelvan las acciones de nulidad, rescisión y resolución en su orden, no hay inconveniente en resolverlas como se han planteado en la demanda, porque, se las ha propuesto subsidiariamente; igual razón existe para entrar a conocerlas en virtud de los recursos, ya que las partes han manifestado legalmente su inconformidad con el fallo de segunda en la parte que a cada una le es desfavorable, dejando así abierto el conocimiento de toda la demanda... Las actoras por sí solas no representan la persona del difunto para el ejercicio de sus derechos transmisibles, y, por lo mismo, a falta del ven-

dedor todos sus sucesores y no uno o algunos de ellos pueden intentar la acción resolutoria del contrato en su totalidad..."

Gaceta Judicial, 7ª serie, Nº 6, pgs. 615 y s.

3) "Marzo de 1936.—En el juicio ejecutivo seguido por RN como procurador de JG y AV, por dinero..., se considera: 1º Dada la naturaleza del juicio ejecutivo en el que no se declara el derecho, sino que, una vez determinado y preciso, se trata de hacerlo efectivo, el actor debió comprobar de una manera plena, que el crédito constante en la escritura pública de fs..., contraído por AV, por la cantidad de..., el..., a favor de JBN, le fue trasmitido legalmente por el acreedor o sus sucesores en el derecho, pues sin tal requisito, mal pudo exigir el pago: 2º Si bien consta al pie de dicha escritura que EM de N y HN cedieron el crédito a AN, recibiendo los... de capital adeudado, y afirmando la primera, ser cónyuge sobreviviente de JBN y representante legal de los herederos menores de edad..., y el segundo ser heredero y comprador de los derechos y acciones de la otra heredera DMN, debió comprobarse: el fallecimiento del acreedor y que los cedentes son sus herederos, pues sin esta prueba ni el cesionario ni sus sucesores pudieron demandar ejecutivamente el pago, ni dictarse el auto de fs. 10, como se reclama en la segunda excepción: 3º No habiéndose justificado el derecho para ceder el crédito de parte de las personas que suscriben la referida nota de cesión, pues, es inadmisible la hijuela divisoria presentada en esta constancia, atenta la disposición del Art. 402 del Código de Enjuiciamiento Civil, resulta que la transferencia del mismo crédito, no se ha verificado, y por lo mismo, JG carece de derecho, para deducir la demanda, derecho que fue desconocido por el ejecutado en su cuarta excepción".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 128, pg. 3052.

4) "Noviembre de 1942.—En el juicio sobre demarcación de las haciendas... se oponen las siguientes excepciones: la de cosa juzgada, la de no ser procedente la demanda, porque pertenece la hacienda... a varios condóminos y debió la acción dirigirse contra todos; la de prescripción ordinaria y extraordinaria en una loma poseída por los accionistas.—Atentos los términos claros y precisos en que se hallan fundadas estas ex-

cepciones, todas son perentorias, como así las ha calificado el juez..., sin que valgan los argumentos de que una de ellas debía ser tramitada como dilatoria, por ilegitimidad de personería, porque no se trata de incapacidad legal del demandado para comparecer en juicio ni de falta de poder, ni tampoco éste ha hecho gestiones a nombre ajeno... Que en el juicio sobre demarcación de linderos, el Art. 705 del Código de Procedimiento Civil prescribe que presentada la demanda el juez nombrará perito y ordenará que se cite a los dueños de los terrenos colindantes, para que concurran al deslinde con sus documentos y testigos; lo cual demuestra claramente que cuando el predio limítrofe pertenece en común a varias personas, el actor no puede prescindir de su concurrencia, para la demarcación que les interesa a ellos..."

Gaceta Judicial, 6ª serie, Nº 10, pgs. 83 y s.

5) "Octubre de 1947.—El actor, en la parte narrativa, dice: "las letras de cambio giradas en esta ciudad, con fecha... por EP y LP a su propia orden, y aceptadas por AB,... las mismas que por una serie sucesiva de endosos, el último de los cuales ha sido debidamente reconocido, me han sido endosadas por valor al cobro por la Sra... En tal sentido y por cuanto el aceptante AB, no ha cumplido con su obligación de pagar el valor de las letras de cambio, le demando en la vía ejecutiva lo siguiente:..." Es inaceptable la primera excepción, sobre ilegitimidad y falta de derecho del ejecutante, toda vez que aparece haber deducido la demanda, fundándose en su calidad de endosatario al cobro, según se colige del contexto de ella y del de las letras con que se ha aparejado la ejecución.—Atento lo prescrito en el Art. 17 de la Ley Sustitutiva de los Títulos VIII y IX del Código de Comercio..., cuando el endoso contenga la expresión "valor en cobro", "para cobrar", "por procuración" o cualquiera otra fórmula que implique un simple mandato, el portador tiene personería para ejercer todos los derechos que se deriven de la letra de cambio; en cuya virtud es procedente la demanda ejecutiva instaurada por... contra...; sin que el calificativo de "actual acreedor" que se ha dado al demandante en el auto de pago, cambie la naturaleza de la ogligación, ni del título, ni implique ilegitimidad o falta de personería".

Gaceta Judicial, 7ª serie, Nº 5, pgs. 468 y s.

Como se ve, en todos estos casos se ha confundido la falta de derecho con la ilegitimidad de personería, que, como ya dijimos, son cuestiones distintas.

Se trata de falta de derecho, y no de ilegitimidad de personería, en los casos a que los fallos anteriores se refieren:

1) Si en el juicio de inventario se niega a los actores la calidad de herederos del fallecido cuya herencia se pide inventariar;

2) Si en el juicio de resolución de una compraventa sólo alguno o algunos de los sucesores y no todos han deducido la acción resolutoria;

3) Si se asegura que el crédito materia del juicio no ha sido legalmente trasmitido al ejecutante; y

4) Si el juicio sobre demarcación no se ha propuesto contra todos los condóminos del predio limítrofe.

892.—SI EL PODER OBJETADO CONSTA DE AUTOS, NO ES NECESARIO CONCEDER TERMINO DE PRUEBA PARA DECIDIR LA ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA DEL PROCURADOR

"**Segunda instancia.** Noviembre de 1915.—En el juicio de falsedad de un instrumento público, antes de comunicarse traslado, debía practicarse las diligencias probatorias de oficio, que ordena en este caso especial, el Art. 183 del Código de enjuiciamientos civiles; pruebas que por ser de orden público, tratándose de un hecho punible como el de falsedad, no se han recibido. Por otra parte, la excepción dilatoria de falta de personería impugnada por la actora tenía que abrirse a prueba por contener hechos que deben justificarse, a fin de que la copia del poder se tenga como comprobante, si se presenta durante el término probatorio... Como en ninguno de los dos incidentes antedichos se ha dictado el auto de prueba no se ha citado esta providencia; y por lo mismo es nulo el juicio por haberse omitido la solemnidad prescrita en el aparte 4º del Art. 413 y el 1º del 416 del referido Código. En esta virtud, se declara nulo el proceso..."

"**Tercera instancia.** Abril de 1918.—Así para la práctica de las diligencias ordenadas por el Art. 183 del Código de enjuiciamientos, como para decidir acerca de la suficiencia del poder conferido... era innecesario expedir auto de prueba; y ni aun de ser necesario, la Corte de Cuenca pudo declarar, de oficio, la nulidad del proceso, desde que ese motivo no está comprendido en el Art. 400 del propio Código..."

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 207, pgs. 2892 y s.

El Art. 201 dispone que:

"Si se demandare la falsedad de un instrumento público, el juez procederá a comparar la copia con el original, y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales.

Practicadas estas diligencias y cualesquiera otras que el juez estime convenientes para el esclarecimiento de la verdad, se correrá traslado de la demanda y seguirá el juicio por la vía ordinaria".

Esta prueba preparatoria se ha de practicar de oficio, sin necesidad de conceder término de prueba, ni de que, por lo mismo, se notifique previamente al demandado; puesto que, sólo después de practicadas estas diligencias, se correrá traslado de la demanda al demandado.

El Art. 421 dispone que:

"Si las excepciones dilatorias versaren sobre hechos que deben justificarse, el juez concederá un término de seis días para la prueba".

La excepción de insuficiencia de poder es dilatoria y versa sobre hechos que deben justificarse; no es una excepción de puro derecho; luego, debió concederse término de prueba .

La Corte ha estimado que, la prueba estaba ya presentada, pues, constaba del poder acompañado al juicio, y que, por lo mismo no debía concederse término de prueba; pero la disposición del Art. 421 es terminante.

893.—LA EXCEPCION DE LITISPENDENCIA

Si alguien ha sido demandado por un asunto, y el juicio correspondiente aún no se ha terminado, no puede volver a ser demandado por el mismo asunto, por el mismo actor. Esto, porque de seguirse dos o más juicios, al mismo tiempo, sobre un mismo asunto, entre las mismas personas, se atentaría contra la economía procesal y más aún porque pudiera suceder que en los juicios se den fallos contradictorios, y, por tanto, el demandado no supiera a qué atenerse y el prestigio y la responsabilidad de la administración de justicia vinieran a menos; y si los fallos fueran iguales, bastaría uno solo de ellos para establecer la situación jurídica entre las partes, proveniente de la resolución judicial, y el otro fallo estaría demás, fuera inútil; y, en consecuencia, asimismo sería el juicio correspondiente.

Para evitar estos inconvenientes, estas dificultades se ha establecido la excepción de litispendencia, que es una excepción dilatoria, que impide el progreso del segundo o ulterior juicio, por estar pendiente uno anterior sobre lo mismo, entre las mismas personas.

Chiovenda enseña:

Excepción de litispendencia. I. Concepto.—Así como el mismo litigio no puede ser decidido más de una vez (**exceptio rei judicatae**), tampoco puede estar simultáneamente pendiente más de una relación procesal entre las mismas personas acerca del mismo objeto. El demandado por lo tanto, puede excepcionarse que el mismo pleito está ya pendiente ante el mismo o diferente juez, para que el segundo sea objeto de una sola decisión por parte del juez primeramente adido (Código Civil, Art. 104). De la **exceptio rei in judicium deductae** que se liga al principio de la consumación procesal, derívase la **exceptio litis pendentis.**

II. **Litispendencia y cosa juzgada.**—El fundamento de las dos excepciones es común en parte: **evitar una duplicación inútil de la actividad pública.** De aquí que normalmente existe un paralelismo entre las dos excepciones; en particular tienen de común la condición de la identidad de los pleitos que se determina en ambos casos según los principios de la identificación de las acciones..." (212)

(212) "Principios de Derecho Procesal Civil", tomo II, pgs. 51 y s.

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Carnelutti enseña:

"Asentada la razón práctica de la inmutabilidad de la decisión en la necesidad de evitar que mediante varias decisiones distintas del mismo litigio se destruya el beneficio del proceso, se comprende que la ley haya de garantizarla con toda cautela. Los medios de hacer efectiva esa garantía se clasifican en **preventivos** y **sucesivos.**

Los medios preventivos tienden a **impedir una nueva decisión** y se desenvuelven sobre una doble línea.

Se tiende, ante todo, a obtener que **cada litigio sea objeto de un solo proceso** (infra, núms. 362 y ss.), de tal modo que baste la pendencia del proceso acerca de un litigio, incluso si éste no ha sido aún decidido, para impedir a cualquier otro juez conocer del mismo mediante otro proceso (Art. 104 Cód. proc. civ.). Uno de los efectos de la **litispendencia** (deducción del litigio en un proceso) es, precisamente, el de privar a cualquier otro juez del poder de juzgar del mismo asunto, incluso si dicho poder le corresponde de otro modo...

El proceso está pendiente, desde el instante en que se efectúa su primer acto (no es aún el momento de decidir si por tal ha de entenderse la notificación o la proposición de la demanda), hasta aquel en que la decisión se convierte en firme. A partir de este último momento, la garantía preventiva cambia de nombre, pero permanece la misma; no se habla ya de litispendencia, sino de cosa juzgada, pero ambas significan que el segundo juez queda despojado del poder de juzgar..." (213)

Alcalá Zamora y Castillo enseña:

"La presentación de la demanda origina la excepción de **litispendencia,** que cuando se invoca en juicios de mayor cuantía se tramita como artículo de previo pronunciamiento, con el carácter de dilatoria (Arts. 532 y 533, núm. 5), proveyéndose además sobre ella y la de incompetencia de jurisdicción antes que acerca de las restantes del grupo (Art. 538). La jurisprudencia (v. gr., sents. de 10-III-1890 y 10-VI-1914) ha subrayado la afinidad existente entre litispendencia y cosa juzgada, como inspiradas ambas en el

(213) "Sistema de Derecho Procesal Civil", tomo I, pgs. 358 y s.

principio **non bis in idem.** Como los artículos hasta ahora citados no fijan los límites en que la institución se encierra, hay que relacionarlos con los que a propósito de la continencia de la causa declara el 162 (cfr. sents. de 12-X-1918 y 20-III-1919). Por otra parte, aun cuando la L. E. civ. no lo aclara, es innegable que la litispendencia se extiende no sólo al litigio sometido al juez público, sino asimismo al confiado al fallo de jueces privados. Cfr., por último, la Ad. conjunta a los núms. 98 e) y 107) b)." (214)

Chiovenda dice:

> "Así como el mismo litigio no puede ser decidido más de una vez (**exceptio rei judicatae**), tampoco puede estar simultáneamente pendiente más de una relación procesal entre las mismas personas acerca del mismo objeto. El demandado, por lo tanto, puede excepcionar que el mismo pleito está ya pendiente ante el mismo o diferente juez, para que el segundo sea objeto de una sola decisión por parte del juez **primeramente adido** (Cod. Civ. Art. 104). De la **exceptio rei in juditio deductae** que se liga al principio de la consumación procesal, derívase la **exceptio litis pendentis**".

Los procesalistas enseñan que hay litispendencia cuando estando pendiente un juicio, se propone otro idéntico, o sea, entre las mismas personas que intervienen en el primero, sobre la misma cosa, fundándose en la misma causa. Y que, con la litispendencia se persigue, evitar la eventualidad de dos resoluciones distintas sobre idéntico caso, en perjuicio de la institución de la cosa juzgada y del prestigio de la función judicial, como asimismo evitar un trabajo inútil a los tribunales e inconvenientes y molestias al demandado.

Se define la litispendencia como una situación procesal que surge cuando se siguen dos o más procesos idénticos en sus sujetos, objeto y causa.

Es, se dice, la excepción dilatoria que se opone a una demanda que coincide con otra idéntica en sus personas, objeto y causa.

---

(214) "Adiciones" al "Sistema de Derecho" Procesal Civil", de Carnelutti, tomo II, pg. 667.

Según el bajo latín jurídico, litis pendencia es "pleito que no ha terminado". (*)

Ya vamos a ver que, según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo:

1) Para que haya litispendencia es necesario que haya identidad de personas, cosas y acciones en las dos demandas;

2) En consecuencia, se requiere que haya identidad en la causa o fundamento en que las dos demandas se apoyen;

3) La excepción de litispendencia será admisible si es la misma la cuestión deducida en ambos juicios;

4) Puede alegarse, en juicio ejecutivo, la excepción de litispendencia;

5) Esta excepción será aceptada si se prueba que hay otro juicio ejecutivo que se sigue sobre el mismo instrumento presentado en el segundo juicio, porque no puede haber dos pleitos de igual naturaleza, a un tiempo, sobre un mismo asunto;

6) No es admisible en juicio ejecutivo la excepción de litispendencia, por constar que el mismo asunto se discute en juicio ordinario, porque la sentencia que se dicta en juicio ejecutivo no causa instancia ni excepción de cosa juzgada para la vía ordinaria;

7) El juicio ordinario de nulidad o falsedad de un instrumento no impide el juicio ejecutivo para el cumplimiento de la obligación que él contiene;

8) Si la tercería propuesta por el ejecutante, para el pago de la suma que reclama en el juicio ejecutivo, no ha llegado al caso de estar sustanciándose en juicio ordinario, conforme al Art. 541, no es aceptable la excepción de litispendencia; y

9) Se ha mostrado contradictoria, en el caso de que esté pendiente el juicio de pago por consignación propuesto por el ejecutado contra el ejecutante.

La doctrina aceptable es la de que, el juicio de pago por consignación propuesto por el ejecutado contra el ejecutante, por la misma obligación reclamada en el juicio ejecutivo, hace aceptable la litispendencia, porque hay completa identidad de personas y de acciones, sobre igual cosa, por igual obligación, en los dos juicios.

(*) Valentín Silva Melero, Nueva Enciclopedia Jurídica, vol. II, pg. 356 y vol. IX, pg. 200; Manual de Derecho Procesal Civil, tomo I, pg. 375; Eduardo J. Couture, Vocabulario Jurídico, pgs. 406 y 407, José Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, tomo II, pgs. 51 y s.

Veamos los siguientes casos:

1) "Mayo de 1925.—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 caracteriza la naturaleza peculiar de cada una de ellas. Según esto, en la presente causa, se observa que es muy diferente la acción de pago indebido, propuesta por RTM, como heredera de CP, de la acción ejecutiva que fue materia del juicio deducido por MJ contra el expresado P y TC, por el pago de una cantidad de dinero que J 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".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 211, pg. 1691.

2) "**Segunda instancia.** Abril de 1913.—La identidad de personas, cosas y acciones en dos demandas es lo que da lugar a la excepción dilatoria de litispendencia. En tratándose de la identidad de las acciones, tiene de considerarse, no sólo el derecho reclamado, sino también y, muy principalmente los hechos jurídicos que le han dado origen; es decir, el objeto y la causa de la acción que son los elementos constitutivos de la misma; de lo cual se desprende que el objeto o fin que es materia de la litis, no puede servir por sí solo, de base suficiente para establecer aquella identidad. La relación que haya entre dos litigios, por lo que respecta a las acciones, ha de deducirse necesariamente de sus causas o fundamentos, ya que en éstos se determinan los puntos jurídicos que se controvierten, o sean, las cuestiones de derecho que deben resolverse en la sentencia; cumple, por consiguiente, al juez atenerse a la comparación de las respectivas cuestiones de derecho, como única circunstancia decisiva, para determinar, con toda certeza y acierto, si son iguales o diferentes las acciones. Doctrina es esta que guarda perfecta armonía con las reglas aplicables a

la excepción de cosa juzgada, siendo la más importante y decisiva la concerniente a investigar si son las mismas cuestiones decididas en otro juicio, para que sea admisible esta excepción; y así, la de litispendencia, teniendo en mira el respeto que merece la institución de la cosa juzgada, se propone también evitar la expedición de fallos contradictorios en juicios separados, o que, dictada la sentencia en el uno se siga controvirtiendo en el otro sobre los mismos puntos de derecho ya resueltos definitivamente y ejecutoriados: síguese de aquí que, dada la íntima relación que existe entre los fundamentos de ambas excepciones, mal puede prescindirse de aquellas reglas, al calificar la dilatoria de litispendencia. Ahora bien, la aplicación de los principios sentados al caso concreto de proponerse por el mismo actor y contra el mismo reo varias demandas para que se declare nulo un contrato, conduce lógicamente a la conclusión de que la identidad del objeto y aun de las personas y de las cosas, no obsta a que pueda deducirse, tocante al propio contrato, tantas acciones de nulidad cuantas sean las diferentes causas jurídicas o motivos distintos en que se funden; pues, dada la diversidad que resultaría de los puntos de derecho controvertidos en los diferentes litigios no habría el peligro de que las respectivas sentencias pugnen entre sí y siendo, por igual razón, distintas las acciones, tampoco sería admisible la excepción de litispendencia que se opusiera en cualquiera de estos juicios. Expuestos los antecedentes de derecho, el examen de los autos suministra las siguientes consideraciones: 1ª Tanto las demandas de fs. 1 y 62, como la constante de las copias de fs. 22 contienen respectivamente dos acciones cada una: la personal de nulidad del contrato de compraventa de..., celebrado entre FD, como padre del menor JD y V y MS, y la acción real para la reivindicación del propio inmueble; lo cual se desprende con toda claridad ya de la naturaleza y objeto peculiares de cada cual de dichas acciones, ya del alcance de los Arts. 880 y 1679 del Código Civil: 2ª Que, si bien son idénticas las acciones reivindicatorias en todos los libelos, no pasa lo mismo con las acciones sobre nulidad de la venta: en efecto, de la propuesta en la demanda del folio 22, cuyo juicio estuvo pendiente, consta que se han aducido como causas de la acción dos motivos de nulidad absolutamente diversos de los tres que, apuntados con las letras A.

B y C, sirven de fundamento a la nulidad que se demanda en los juicios acumulados, iniciados en las fojas 1 y 62 de este proceso; y 3ª Que, dada la providencia de fs. 5, no son extemporáneas las dilatorias propuestas en los folios 12, 13 y 14, como tampoco las de fojas 72, 73 y 74; si bien resultan improcedentes, atenta la diversidad de las acciones sobre nulidad apreciadas en el considerando anterior. Por tales fundamentos, se resuelve que no son aceptables las excepciones de litispendencia opuestas a las demandas de fs. 1 y 62 respectivamente; sin que, por ello, se estime temerario el proceder de los demandados".

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

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 37, pgs. 1527 y s.

"Marzo de 1923. Considerada así la demanda del juicio ejecutivo de BEJ contra TC para que éste pague la suma de..., según el documento de fs. 1ª, como las excepciones pro-

puestas por el ejecutado, para fallar, se observa: a), la excepción de falta de personería, aunque impropiamente expuesta, por no corresponder lo alegado a la falta de capacidad jurídica del actor para comparecer en juicio, ella se refiere a la carencia de derecho del actor para exigir el pago que pretende, falta que se la funda en no existir ni haber existido la sociedad VU y Cía. a quien, según se dice corresponde el título de acreedor, de conformidad con lo expresado en el documento. Y esta excepción, aun en ese aspecto, no tiene fundamento legal, porque el documento de fs. 1ª, reconocido por C. que lo otorgó, hace tanta fe respecto de las obligaciones de éste, como si fuese un instrumento público, y en él consta que AV fue quien vendió a C los impuestos sobre la producción e introducción de aguardiente, vendedor que había adquirido el derecho de percibir este impuesto, en virtud de ser asentista; y por esto el vínculo jurídico se estableció por el contrato entre C y V, aunque éste haya sido gerente de la sociedad VU y Cía, cuya existencia, de hecho, está reconocida aun en el mismo documento. Y siendo V el sujeto de derecho, éste tuvo facultad para traspasarlo al actor, quien, en virtud del reconocimiento del traspaso y de su aceptación por el deudor, es el cesionario del derecho del primitivo acreedor; b), en el documento no consta que AV se hubiese obligado a entregar las guías que el ejecutado afirma no haberlas recibido, y además, no hay prueba alguna respecto de esta obligación del vendedor; c), la excepción de litispendencia, no tiene a su favor otra prueba que la confesión del actor, así en la dada con juramento, que corre a fs. 25, como en la declaración del mismo en su solicitud de fs. 27 a 32; mas esta prueba no demuestra que la demanda de tercería del acreedor ejecutante, exigiendo el pago de la suma que hoy reclama en el juicio ejecutivo, haya llegado al caso de estar sustanciándose en el juicio ordinario, con arreglo al Art. 576 del Código de enjuiciamientos civiles, sustanciación que comienza por la notificación de la demanda y trabazón de la litis, requisito indispensable para que nazcan los efectos concernientes a la litispendencia, si tuvieren razón de ser en este caso, o a la cosa juzgada; y el actor ha confesado tan sólo que dedujo la tercería coadyuvante por el crédito que reclama en este juicio ejecutivo cuando se trató de rematar por otro acreedor, un predio del deudor C, remate que no produjo ni lo sufi-

ciente para cubrir el crédito de la ejecución. Esta confesión tiene un valor indivisible y corresponde el mérito de verdad a todo el contenido de la confesión de J, mas no tan sólo a una de sus partes".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 101, pg. 808.

"**Segunda instancia.**—Agosto de 1877. Contrayéndose el Tribunal a la sentencia apelada, en cuanto declara bien probada la excepción de litispendencia propuesta por el ejecutado, se considera que la sentencia del juicio ordinario promovido por R sobre nulidad de la escritura, no es la litispendencia que puede impedir la continuación del juicio ejecutivo fundado en la misma escritura, porque si se admitiera tal doctrina, se convertirían en ordinarios todos los instrumentos ejecutivos, a voluntad del deudor. La excepción de litispendencia no hay duda que debe admitirse como todas las excepciones en el juicio ejecutivo; pero tal litispendencia debe obrar en favor del deudor cuando éste prueba que hay otro pleito, ejecutivo también, que se sigue sobre el mismo instrumento presentado en el segundo juicio, porque no puede haber dos pleitos de igual naturaleza, a un tiempo, sobre el mismo asunto. Así pues, el pleito ordinario no puede servir de excepción para el juicio ejecutivo, aun dado el caso que hubiera estado trabado el ordinario. Por tanto, el Tribunal del Distrito, contrayéndose solamente a la excepción dilatoria mencionada, que es la única que ha venido en grado, declara que no está probada la litispendencia ejecutiva, revoca, por consiguiente, el auto apelado, y ordena que vuelva la causa al inferior para que sentencie sobre las excepciones perentorias.

Tercera instancia.—Diciembre de 1877. Cuando la ley dice que en el juicio ejecutivo debe admitirse toda clase de excepciones y, ora sean dilatorias o perentorias, sustanciarse de un mismo modo, claramente previene que en la misma sentencia se ha de fallar acerca de todas ellas; de consiguiente, el Tribunal de Apelaciones no debió devolver la causa al juez de primera instancia. Supuesto lo dicho, se considera que el deudor no ha justificado ninguna de las excepciones que opuso; pues, aun respecto de la litispendencia, aparte de ser legales los fundamentos aducidos en el fallo recurrido, según el Art.

697 del Código de enjuiciamientos civiles, pendiente el juicio de nulidad de un instrumento, puede éste ejecutarse".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 51, pgs. 407 y s.

"**Segunda instancia.**—Junio de 1916. 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 civiles. 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 no es procedente.

Tercera instancia.—Mayo de 1917. No hay prueba de que la ejecutante hubiese deducido, antes de propuesta la demanda de fs. 14, otra ejecución, contra el demandado, por el pago de los mismos cuatro mil sucres e intereses exigidos en este juicio; y, por esto, es inadmisible la excepción de litispendencia".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 178, pg. 2658.

"Setiembre de 1906. La excepción de litispendencia, deducida por el ejecutado, además de no hallarse justificada, no es admisible en juicio ejecutivo, por constar que el mismo asunto se discute en juicio ordinario, lo cual no obsta para que el acreedor instaure el juicio ejecutivo, una vez que la sentencia que se pronunciara en él, no causaría instancia ni excepción de cosa juzgada, según lo dispuesto en el Art. 519 del Código de enjuiciamientos civiles".

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 62, pg. 496.

"Octubre de 1934.—A la demanda ordinaria propuesta por..., opuso las excepciones dilatorias de ilegitimidad de personería del demandante y litispendencia, fundando, la primera, en que RAB no era dueño del crédito por cuanto el acreedor originario lo había cedido a la Sociedad..., y la segunda, en que la cesionaria, por medio de su tesorero, demandó en juicio ejecutivo a JF el pago del crédito reclamado, juicio que se halla aun pendiente; y para resolver se considera: 1º La ilegitimidad

de personería proviene de la incapacidad legal de una persona para gestionar en un juicio por sí misma, o de la falta de poder o representación para hacerlo a nombre de otro, por lo que, la falta de derecho para deducir la acción, no da asidero a la excepción de ilegitimidad de personería; 2º La excepción de litispendencia, cuando hay identidad de personas, cosas y acciones, tiene por fundamento el que no se sigan dos juicios que versan sobre la misma cuestión de derecho y entre las mismas personas, cuando la sentencia que se pronunciara en cualquiera de ellos, hubiese de causar, en el otro, instancia o excepción de cosa juzgada; y como en el presente caso, sobre no haber identidad de personas y acciones, ya que las primeras son distintas y las segundas se basan sobre causas o motivos diferentes, la sentencia que se expidiere en el juicio ejecutivo no produciría la excepción de cosa juzgada en el presente juicio ordinario, de acuerdo con la prescripción del inciso primero del Art. 528 del Código de Enjuiciamiento Civil, no es, por tanto, admisible la susodicha excepción de litis pendencia".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 122, pgs. 2922 y s.

"**Primera instancia.**—Octubre de 1887. Citado FC con el auto de requerimiento, ha opuesto dos excepciones: primera, litispendencia, fundándose en que existe un juicio ordinario, disputándose la validez del mismo documento con que se ha aparejado esta ejecución... Examinadas estas excepciones con arreglo a los comprobantes rendidos dentro del respectivo término y conforme a las disposiciones legales, aparece: que la primera, es decir la litispendencia, es evidentemente contraria a la ley; porque el Art. 368 del Código Civil, dice: "pendiente el juicio de falsedad o nulidad de un instrumento, puede éste ejecutarse, dando la parte que solicita la ejecución, fianza para los resultados del juicio de nulidad o falsedad, luego la existencia del juicio ordinario de que habla el ejecutado no impide la ejecución del documento de fojas primera, sobre todo, cuando aparece de autos que, JJP ha otorgado ya la fianza que prescribe el citado artículo.

Segunda instancia.—Octubre de 1887. Por ser legales los fundamentos de la sentencia apelada, y teniendo además en consideración que los fallos pronunciados en el juicio ejecutivo no causan instancia ni excepción de cosa juzgada para la

vía ordinaria, en la cual podrá el ejecutado pedir la reducción del cargo, en caso de existir recibos correspondientes a la liquidación de fs. 1ª que no se hayan tomado en cuenta..., se confirma la expresada sentencia de primera instancia.

Tercera instancia.—Diciembre de 1887. La sentencia recurrida se halla arreglada a la Ley y a los méritos del proceso. por tanto..., se la confirma".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 199, pgs. 2825 y s.

"**Segunda instancia.**—Marzo de 1915. Aunque el ejecutado, después de la clara exposición que ha hecho en el segundo acápite de su escrito de fs. 8, ha deducido como excepción que el juez a quo es incompetente para conocer de este juicio por haber prevenido el Alcalde de Quito, es lo cierto que el hecho relatado en dicha exposición constituye, inequívocamente, la excepción de litispendencia, y no la de incompetencia de jurisdicción, que no procede en este caso, por tratarse aquí, no de un solo y mismo juicio en el que hubiere efectuado tal prevención, sino de dos juicios, que son distintos, aunque haya sido la misma obligación el fundamento de ambos. Síguese de esto que sí tuvo jurisdicción el juzgado para fallar como lo ha hecho, sobre la excepción de litispendencia, respecto de la cual se considera: Que el Art. 509 del Código de enjuiciamientos en materia civil autoriza para proponer en el juicio ejecutivo toda clase de excepciones: Que la de litispendencia es admisible cuando se trata de juicios ejecutivos que tengan el mismo título por fundamento, lo que no sólo está conforme con la disposición del precitado artículo, sino también con la doctrina del Tribunal Supremo..., que está plenamente probado que, por la misma obligación, se ha entablado en Quito, un juicio ejecutivo contra RS, juicio que ha llegado al estado de sentencia; y que admitida la excepción de litispendencia, no es oportuno fallar respecto de las otras excepciones.

Tercera instancia.—Diciembre de 1915. La prohibición de acumulación en el juicio ejecutivo, prescrita por el Art. 133, número 2º, del Código de enjuiciamientos civiles, manifiesta que no pueden seguirse al mismo tiempo dos o más juicios de esta naturaleza por una misma cosa y entre las mismas partes, y que, en consecuencia, es admisible la excepción de litispendencia".

Gaceta Judicial, 3ª serie Nº 111 pg. 2124.

"Setiembre de 1899. Con la copia que obra a..., se ha comprobado que, ante el juzgado 1º Municipal, JAN 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 el Art. 135, Nº 2º, del Código de enjuiciamientos civiles, 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 pueden proponerse dos o más ejecuciones por el pago de un mismo crédito. Por lo expuesto..., se declara procedente la enunciada excepción de litispendencia".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 95, pg. 755.

"Diciembre de 1905. La litispendencia no es excepción admisible en 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. 519 del Código de enjuiciamientos en lo civil".

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 59, pg. 472.

"Enero de 1954. La excepción de litispendencia, fundada en que la compañía demandada está siguiendo juicio de consignación para el pago de lo que ella reconoce al actor, ante el Juzgado Tercero Provincial del Guayas, es inadmisible en juicio ejecutivo, desde que la sentencia no causa instancia, ni excepción para la vía ordinaria".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 3, pgs. 248 y s.

"Marzo de 1954. En el juicio ejecutivo propuesto por JJA, como cesionario de EA, contra SMB, éste, entre otras excepciones, dedujo la de litispendencia. Para resolver conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, se considera: a) las excepciones dilatorias, de cualquier clase, son procedentes en el juicio ejecutivo, y deben ser presentadas junto con las excepciones perentorias (Art. 465); b) lo que no procedería en el juicio ejecutivo es la acumulación de autos (Art. 111, numeral 2). La acumulación supone la sustanciación simultánea de dos causas en un solo proceso, en los casos del

Art. 109; en la litispendencia, por el contrario, la excepción tiende a eliminar un nuevo juicio, por impedirlo el ya iniciado que debe llegar a su término; c) surge la excepción de litispendencia cuando en los dos respectivos juicios hay identidad de personas, cosas y acciones, como diría el primer caso del Art. 110; d) en la presente controversia, el ejecutado invoca la existencia de otro juicio, de pago por consignación, propuesto por él contra el actual ejecutante, por la misma obligación aquí reclamada; e) los elementos de la excepción, mediante prueba debidamente actuada, se justifican con copias de aquella demanda, con la cual, por orden del juez, se ha citado a JJA, el 23 de abril de 1953; mientras aquí el auto de pago se ha citado a SMB, el día dos de mayo siguiente (Art. 99, numeral 1º); f) cuanto a la litispendiente, al estudiarse la identidad de las dos acciones, preciso es no confundir éstas con la tramitación procesal, ejecutiva u ordinaria o de otra especie. Cuando trata de los juicios en general, la ley previene, al respecto, entre otras cosas, que se pueden proponer en una misma demanda acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles ni que requieran necesariamente diversa sustanciación (Art. 76). En lenguaje jurídico, en verdad no hay acciones ejecutivas ni acciones ordinarias, ni acciones sumarias, sino vía, trámite, sustanciación o juicio de tales clases; g) la acción comprende lo que se reclama y los fundamentos del reclamo (Art. 74, numerales 3º y 4º) La identidad objetiva de dos acciones consiste en que en ambas se demanda la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho (Art. 318); sin que afecte a la identidad la alegación de pagos parciales, cuestión correspondiente al desarrollo de la litis y al fallo que se obtuviere en la respectiva causa; h) de la circunstancia de que la sentencia del juicio ejecutivo, muchas veces, no causa ejecutoria para la vía ordinaria, en los casos previstos por la ley, no se sigue que puedan o deban tramitarse a un tiempo ambos juicios. Y en el caso ahora controvertido, hay completa identidad de personas e identidad de acciones, sobre igual cosa y por igual obligación: acción de pago del dinero dado a mutuo: pago ya ofrecido en la consignación, ya reclamado en este juicio ejecutivo, a virtud de instituciones legales, bajo supuestos de igual exigibilidad concedidas al acreedor contra el obligado que no cumple o al deudor contra su

acreedor en mora de recibir; j) de otra manera demandar el pago por consignación, sería inoficioso, supuesto que para frustrarlo bastara demandar luego idéntico pago, ejecutivamente; 1) relativamente a la identidad subjetiva, observada por el actual ejecutante, porque el pago por consignación fue ofrecido por SC, a nombre de SMB y no por éste que era el deudor debe recordarse que la ley concede que pueda pagar por el deudor, a su nombre, cualquiera persona, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor; y que, por el ministerio de la ley, asimismo aun contra la voluntad del acreedor, se verifica la subrogación en favor de quien paga deuda de otro, consintiéndolo expresamente el obligado. Y en las copias aquí presentadas consta que C propone el pago por consignación con asentimiento expreso de SMB, cumpliéndose cuanto al respecto disponen los Arts. 1628 y 1666, numeral 5º del Código Civil. Por las consideraciones precedentes..., se acepta la excepción de litispendiente y por ello se desecha la demanda".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 6, pg. 593.

894.—CONCEPTO DE LITISPENDENCIA

"Julio de 1955. Nuestra legislación adjetiva no establece la existencia de la excepción que en la práctica judicial se la conoce con el nombre de litispendencia, menos puede tratar sobre su amplitud y sentido jurídico; pero los Juzgados y Tribunales, supliendo la omisión y urgidos por la necesidad de salvar esa laguna, atentas las reglas 6ª y 7ª del Art. 18 del Código Civil, han decidido numerosas ocasiones que para que proceda dicha excepción es indispensable que concurran los requisitos determinados en el numeral 1º de los Arts. 109 y 110 del Código de Procedimiento Civil, es decir que entre los dos juicios exista identidad subjetiva, tal como lo prescribe el Art. 319 del mismo Código, o sea que haya identidad de personas, cosas y acciones.—Tratándose de la referida excepción opuesta en juicio ejecutivo, hay una valiosa y uniforme jurisprudencia del Tribunal Supremo, que está publicada en diferentes números de la Gaceta Judicial y que el notable jurisconsulto, Sr. Dr. Dn. Víctor Manuel Peñaherrera reunió en las páginas 512 a

526 del tomo tercero "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal" con su comentario favorable, en cuya jurisprudencia se mantiene la doctrina, expuesta en algunos fallos dictados en diferentes épocas, de que sólo procede la excepción de litispendencia opuesta en juicio ejecutivo, cuando se funda en la preexistencia de otro juicio ejecutivo seguido por las mismas personas y por el mismo título, es decir cuando existe identidad subjetiva y objetiva, lo que es igual a identidad de personas, cosas y acciones. Como consecuencia de esta doctrina, se sostiene que desaparece esa identidad cuando el un juicio es ordinario y el otro ejecutivo.—En este caso, el juicio en que funda el demandado su excepción de litispendiente, es de consignación que se hallaba en estado de ordinario, en el momento en el que contestó la demanda; de donde resulta que las acciones no son idénticas, pues la una es de pago y la otra es de cobro, la una ordinaria y ésta ejecutiva, distinción que hizo la Segunda Sala de la Corte Suprema, rechazando la excepción de litispendencia, en un caso igual al que se discute en este proceso, como consta de la sentencia publicada en la Gaceta Judicial Nº 3 de la octava serie, página 248.—De aceptarse la excepción de litispendencia opuesta en juicio ejecutivo y basada en el procedimiento ordinario de consignación, se llegaría a la absurda conclusión inaceptable desde todo punto de vista, de que el juicio ejecutivo se lo convierta en ordinario, por la sola voluntad del deudor, mediante el fácil y malicioso subterfugio de presentar demanda de pago por consignación, en términos que el acreedor no pueda aceptar, para que se oponga a ella y entonces se sustancie el juicio ordinario, en el cual el deudor tendría mayores y más largos trámites y recursos, no sólo de la sentencia, sino de algunas otras providencias, desvirtuando la naturaleza del juicio ejecutivo y sus atributos de rapidez que el legislador le ha reconocido para que el pago de una deuda se solucione en el menor tiempo posible y el crédito no sufra mengua, considerando que hay que estimularlo y eliminar obstáculos que dificulten su cobro, por ser uno de los poderosos sustentáculos de la economía nacional.—Negándose la excepción antedicha, no se causaría al deudor ningún perjuicio, por la consignación que hubiere hecho; porque puede retirarla, mientras no haya sido aceptada por el acreedor, atento lo dispuesto en el Art. 1662 del Código Civil, pudiendo pre-

sentarla en el juicio ejecutivo para los efectos legales consiguientes; y, por otra parte, tiene expedita la vía ordinaria, no obstante el pago, como consecuencia de la acción ejecutiva. En cambio, si se declarase con lugar la referida excepción, se causarían graves perjuicios al acreedor por la demora en el cobro, quizás la pérdida del crédito, puesto que no contaría con los múltiples medios que la ley ha establecido en el juicio ejecutivo para asegurar el pago de una deuda, y, en definitiva, se destruiría el sistema jurídico que el legislador fundó para la rápida cobranza de los créditos. El juicio de consignación fue creado, no como puerta de escape para que los deudores morosos y malintencionados no cumplan sus obligaciones, sino como un medio para que los deudores honestos paguen sus deudas, cuando los acreedores se niegan a recibir la cosa debida, con el manifiesto propósito de destruir un derecho y crear una acción, como la de resolución de la venta de un inmueble por falta de pago del precio".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 10, pgs. 1001 y s.

En verdad, el Código de Procedimiento Civil habla de la litispendencia sólo en el Art. 109, cuando dispone que, se decretará la acumulación de autos, cuando se la solicite por parte legítima, 2º, cuando en un juzgado haya pleito pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que después se hubiere promovido.

¿Qué significado, qué alcance tiene la frase "lo mismo que sea objeto"?

Para conocerlos, tenemos que recordar que el Art. 74 dispone que la demanda ha de comprender: 4º, la cosa, cantidad o hecho que se exige, o sea, lo que se pide **(petendi)**; y, 3º, los fundamentos de hecho y de derecho de lo que se exige, o sea, la causa del pedimento **(causa petendi)**.

Por esto, el Art. 318 dice que la identidad objetiva consiste en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho **(petendi)**, fundándose en la misma causa, razón o derecho **(causa petendi)**.

Para que haya litispendencia es necesario, además, la identidad subjetiva, constituída por la intervención de las mismas partes, o sea, la intervención del mismo actor y del mismo demandado, o de sus sucesores en el derecho.

895.—SI LOS ACREEDORES EJERCEN SOLIDARIAMENTE LA ACCION EJECUTIVA DE PAGO DE UNA OBLIGACION SOLIDARIA, NO DEBEN DETERMINAR LA FORMA, PROPORCION O CUOTA QUE A CADA UNO DE ELLOS LE CORRESPONDA EN EL CREDITO

"Setiembre de 1933.—Del título con el cual se ha aparejado la demanda consta que la obligación contraída por los ejecutados a favor de los actores y de..., fue solidaria, o sea que los deudores se obligaron a pagar solidariamente a los acreedores la suma de...; por lo mismo habiendo ejercido solidariamente la acción ejecutiva todos los acreedores, no es legal la excepción de oscuridad de la demanda, opuesta en el sentido de que los actores no han determinado la forma, proporción o cuota que les corresponde en el crédito a cada uno de ellos, porque tal determinación sólo es de rigor tratándose del cobro de deudas que no sean solidarias ni indivisibles, como así lo prescribe el Art. 1516 del Código Civil".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 103, pg. 2505.

La obligación cuyo pago se demandó en el juicio a que este fallo se refiere, fue solidaria: los deudores se obligaron a pagar solidariamente a los acreedores, la suma de dinero demandada. El crédito pertenecía, pues, a todos los acreedores.

Como todos ellos propusieron la demanda de pago de ese crédito, no existe obscuridad en la demanda, porque los actores no determinaron la forma, proporción o cuota que les correspondía en el crédito a cada uno de ellos, pues, como resuelve la Corte Suprema, según el Art. 1579 del Código Civil (antiguo 1516), sólo cuando la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede sólo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores está solamente obligado al pago de la suya; lo que no sucede en el presente caso, puesto que la obligación era solidaria: cada uno de los deudores respondía por la totalidad del crédito, y todos los acreedores eran dueños de la totalidad del crédito, y todos los acreedores demandaron el pago del crédito.

896.—EN LA EJECUCION FUNDADA EN SENTENCIA EJECUTORIADA NO SON ADMISIBLES LA EXCEPCION DE QUE, POR HABERSE DEMANDADO LA NULIDAD DE ESTA SENTENCIA NO SE PUEDE PEDIR SU EJECUCION, NI LA DE LITISPENDENCIA FUNDADA EN ESTA MISMA CAUSA

"Enero de 1951.—Fundado en sentencia ejecutoriada expedida en el correspondiente juicio ordinario, JAC demanda ejecutivamente a... la entrega de la casa y terreno a que se refiere dicha sentencia, y en contestación se dedujeron tres excepciones ninguna de las cuales es procedente: no la de que se ha demandado la nulidad del fallo del juicio ordinario, porque tal demanda no impide la ejecución de aquél, que surte efectos legales mientras no se lo declare nulo por sentencia ejecutoriada; tampoco la de litispendencia, porque las acciones de nulidad de la sentencia y la de ejecución de ésta son diversas, como lo es también la materia sobre que versan, y, finalmente, la tercera es impertinente por extraña al presente juicio, puesto que en éste no se puede rever el trámite del juicio ordinario".

Gaceta Judicial, 7ª serie, Nº 14, pg. 1630.

La sentencia ejecutoriada es título ejecutivo.

Cierto que puede demandarse la nulidad de la sentencia ejecutoriada, pero mientras no haya sentencia ejecutoriada que declare dicha nulidad, esa sentencia ha de surtir todos sus efectos, puede ejecutarse, y su ejecución se ha de pedir en juicio ejecutivo.

Ya hemos visto que, para que haya litispendencia es necesario que en el juicio anterior y en el posterior haya identidad subjetiva y objetiva, o sea, que intervengan las mismas personas o partes, y que lo que se pide y la causa de pedir sean los mismos en el un juicio y en el otro.

En el presente caso, el petendi y la causa petendi del un juicio son distintos de los del otro; y, por tanto, no existe litispendencia.

Es verdad que en el juicio ejecutivo no se puede rever el trámite del juicio ordinario.

897.—SI DOS O MAS PERSONAS HAN CONTRATADO CON OTRA, ELLAS FORMAN UNA SOLA PARTE CONTRATANTE, CON LOS MISMOS DERECHOS Y OBLIGACIONES FRENTE AL OTRO CONTRATANTE; Y, POR TANTO, UNA SOLA DE AQUELLAS NO PUEDE EJERCER TALES DERECHOS NI A ELLA SOLA SE LE PUEDE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE TALES OBLIGACIONES

"Julio de 1956.—Fundándose en un contrato celebrado el... para la urbanización de... y en que los trabajos de dicha urbanización se hallan terminados, JIG, en representación de la sociedad comercial..., demanda a GZ, en juicio verbal sumario, ...El demandado propone las siguientes excepciones: falta de personería del actor, pues en este juicio, JIG se presenta como gerente de..., cuando en otros juicios que le sigue Z, sostiene que la sociedad... ha desaparecido; el contrato fue celebrado por Z, no solamente con... sino también..., siendo indispensable que se presenten en este juicio todos los contratistas solidarios, alega la nulidad del juicio; alega también litispendencia, pues el demandado tiene iniciado un juicio contra la sociedad... por el pago de las multas estipuladas en el contrato en referencia, por la devolución de las cantidades producto de la venta de terrenos y no invertidas en los trabajos de urbanización; por indemnización de daños y perjuicios; y por el reintegro del dinero que costó la recuperación de los terrenos vendidos fraudulentamente por la sociedad... JIG propone su demanda a nombre de... como su gerente o representante legal, manifestando que dicha compañía se comprometió con GZ a urbanizar sus terrenos ubicados en...; y que habiendo terminado la obra y cumplido por su parte con el contrato de urbanización, tiene derecho para exigir que se le complete el precio estipulado, pagándole el saldo que se le adeuda...; así como pide también que se le pague.... Mientras tanto, al examinarse el contrato que sirve de fundamento a la demanda, se observa que no es solamente... la que ha contratado con GZ sino también la oficina..., constituída por..., quienes no tienen la calidad de demandantes, no obstante que con... forman una sola parte contratante frente a GZ, con los mismos derechos y obligaciones. En el curso de esta instancia, comparecen... ratificando las gestiones realizadas en este jui-

cio por JIG; mas como este señor no ha comparecido a nombre de aquéllos, o sea la oficina..., que en el contrato de urbanización aparecen como dos entidades distintas, sino determinadamente a nombre de..., tal ratificación no surte ningún efecto ni tiene razón de ser, desde luego que nada se ha hecho en representación de dichos ingenieros para que se trate de darle validez con la ratificación. El contrato de urbanización, como todo contrato bilateral, es fuente de recíprocos derechos y obligaciones; y los que corresponden, en este caso, a... y a la oficina..., están radicados en ambas firmas comerciales conjuntamente, sin que le sea dable a una sola de ellas el atribuirse todos los derechos y obligaciones provenientes de la negociación. A su vez GZ está obligado no sólo con una de las empresas con las que contrató sino con ambas, cuyos derechos aparecen como únicos e indivisos. Es por tanto improcedente la acción en la forma que se ha propuesto".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 11, pgs. 1079 y s.

En la relación jurídica material a que este fallo se refiere, una de las partes está formada por dos personas jurídicas; luego, a las dos, en conjunto, pertenecen los derechos que surgen de tal relación; y la otra parte está obligada para con las dos personas asimismo en conjunto.

Si sólo una de estas personas demanda lo que corresponde conjuntamente a las dos, no hay duda de que resulta ilegal la demanda así presentada, por lo que la Corte califica de improcedente a la acción deducida en esta forma.

898.—LA AMENAZA DE INICIAR UN PLEITO CIVIL NO ES BASTANTE PARA QUE SE ADMITA LA EXCEPCION DE CONSENTIMIENTO VICIADO POR CAUSA DE FUERZA

"Mayo de 1887.—La amenaza de un pleito no constituye la fuerza a que se acoge EL para decir que su consentimiento fue viciado; pues en los pleitos se hacen valer los derechos de las partes y se da a cada uno lo que es suyo, y la amenaza aludida no pudo infundir a la L el temor de verse expuesta a un mal irreparable y grave".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 34, pg. 272.

La excepción deducida sería perentoria; pero, en verdad, resulta improcedente, por lo que sigue:

Cierto que, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario, entre otros requisitos, que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que, los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo; pero la fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave; y la amenaza de iniciar un juicio civil no tiene los caracteres determinados por el Art. 1509 del Código Civil, para considerarla como fuerza que vicie el consentimiento, por la naturaleza del juicio y las demás razones que expone la Corte Suprema.

899.—LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA

Aunque de esta materia hemos de tratar al referirnos a los efectos de la sentencia, anotemos ciertos principios fundamentales, relacionados con ella:

El Art. 102 dice que la excepción de cosa juzgada es una de las excepciones perentorias más comunes.

Según el Art. 318,

> "La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituída por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho.
>
> Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutiva sino también los fundamentos objetivos de la misma".

Sintetizando la doctrina de Borja, que es la más clara, precisa y completa de nuestros tratadistas, podemos decir:

1) La cosa juzgada es una institución establecida con el necesarísimo objeto de garantizar los derechos declarados en una sentencia ejecutoriada. Ella obsta a que, expedida tal sentencia, se controvierta de nuevo sobre lo mismo.

2) Para que una sentencia obste a otra ulterior, es preciso que los dos litigios sean idénticos en dos sentidos: una misma cuestión de derecho, unas mismas personas.

3) Las resoluciones que se expidan en ejercicio de la jurisdicción voluntaria, no pasan en autoridad de cosa juzgada.

4) Los fundamentos de la absolución o de la condena son de dos especies:

1ª Los fundamentos objetivos, que consisten en la apreciación de las acciones y excepciones que, deducidas por las partes, resuelve el juez en la sentencia; y

2ª Los fundamentos subjetivos, es decir, las razones que influyen en el ánimo del juez, y le persuaden a afirmar o negar los fundamentos objetivos, como la interpretación de las leyes, el análisis de las pruebas, etc., etc.

5) Los fundamentos objetivos son los que pasan en autoridad de cosa juzgada.

6) Los efectos de la cosa juzgada se reducen a dos:

1º La ejecución de la sentencia; y

2º La excepción de cosa juzgada.

7) La **exceptio rei iudicatae**, o excepción de cosa juzgada, es la que obsta a que una sentencia pugne con otra sentencia anterior.

8) Para la eficacia de la excepción se exige doble relación de identidad entre el primero y el segundo litigio: la cuestión de derecho debe ser la que antes se decidió, y las personas, las mismas que intervinieron en el primer litigio; en otros términos, debe haber identidad objetiva y subjetiva.

9) En consecuencia, la cosa juzgada puede alegarse sólo cuando hay identidad entre los dos litigios, y no la hay sino cuando el punto controvertido es uno mismo y unas mismas las partes.

10) Entre los dos litigios puede haber las siguientes diferencias, sin que ellas obsten a la excepción de cosa juzgada:

1ª La segunda acción puede ser distinta de la primera;

2ª Las partes pueden intervenir en el segundo litigio en di-

versa calidad que en el primero, como si el que fue actor en el uno pasa en el otro a ser demandado;

3ª El derecho que en la primera demanda fue el objeto controvertido, en la segunda puede ser la causa de lo que se pide; y

4ª El objeto materia del litigio puede ser distinto en las dos acciones.

11) Síguese, pues, que la identidad de las cuestiones de derecho **(eadem questio)** es la única circunstancia decisiva para que se admita la excepción de cosa juzgada; y cuando quiera que haya tal identidad, se prescinde de las diferencias aparentes entre los dos litigios.

12) La sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada respecto de las partes, y de los sucesores, a título universal o singular.

13) Los sucesores a título singular están obligados por la sentencia, cuando ella se refiere a los bienes en que han sucedido. (215a)

Veamos también la doctrina de los modernos tratadistas españoles:

Alcalá Zamora y Castillo enseña:

> "**Inimpugnabilidad de una sentencia,** quiere decir tanto como fuerza de cosa juzgada en sentido formal o externo (cfs. texto y Adiciones correspondientes al § 51). A su vez, la cosa juzgada formal es el presupuesto indispensable para que sobrevenga la cosa juzgada en sentido material o interno (o efecto declarativo de la sentencia), y que consiste en la **indiscutibilidad del pronunciamiento acerca del fondo** para el caso de que en un proceso futuro se pretenda resucitar la cuestión litigiosa. Aun cuando en la mayoría de los casos ambas facetas de la cosa juzgada se dan juntas, hay, sin embargo, sentencias que sólo adquieren fuerza de cosa juzgada en sentido formal, es decir, que si bien no son susceptibles de ulterior recurso en el proceso concluso, cabe deducir una nueva reclamación o un segundo juicio que gire al rededor del mismo objeto que fue debatido en el primero". (216)

(215a) "Estudios sobre el Código Civil Chileno", tomo I, pgs. 15 y s.
(216) "Adiciones" a "Derecho Procesal Civil", de J. Goldschmidt, pg. 397.

Prieto Castro enseña:

"Necesidad de la invariabilidad y obligatoriedad de las resoluciones judiciales.—La eficacia y utilidad de la función jurisdiccional del Estado y la necesidad del comercio jurídico de los ciudadanos exigen que los pronunciamientos sean ya en determinado momento inalterables y obligatorios para todos.

El Estado atiende a esta necesidad, de un lado, mediante la institución de la **cosa juzgada**, o sea la calidad que adquiere una resolución cuando la ley la declara no impugnable o la parte interesada no la impugna, con la consiguiente vinculación de todo el mundo a ella, autoridades y en especial los organismos judiciales, salvo, en ocasiones, el tribunal penal, por la naturaleza del procedimiento criminal y el objeto sobre el cual se decide en él; y de otro lado, concediendo fuerza general de obligar a las sentencias constitutivas, las cuales, por su naturaleza, no son susceptibles de adquirir la fuerza de cosa juzgada, sino que despliegan efectos constitutivos (así Cód. Civ. Art. 1252, II).

Cosa juzgada formal.—A) Ese carácter de inalterabilidad e inimpugnabilidad que en determinado momento adquiere la resolución judicial es la llamada **cosa juzgada formal,** y la resolución que se encuentra en tal caso recibe entonces el nombre de resolución **firme o irrevocable.**

La cosa juzgada formal despliega su efecto **dentro del proceso mismo** en cuanto al juez que la ha dictado, en el sentido de vinculación, de manera que no puede **alterarla,** y en cuanto a las partes, porque ya **no pueden impugnarla (preclusión definitiva** de alegaciones e impugnaciones)...

B) **Cosa juzgada material. Concepto.**—Pero no sólo interesa a la sociedad que el proceso tenga alguna vez terminación irrevocable en el sentido de que el pronunciamiento final sea vinculante para el juez que lo ha dictado e inimpugnable para las partes (cosa juzgada formal), sino que tal pronunciamiento de la sentencia ya firme en favor del demandante (estimatoria) o del demandado (desestimatoria) acerca de un derecho o relación jurídica haya de ser aceptado por todo el mundo como

acto de autoridad del Estado que concreta en ese caso el derecho objetivo (cosa juzgada material).

a) Por lo tanto, la **cosa juzgada material** es el efecto que produce la sentencia firme (es decir, que ya es cosa juzgada formal) sobre el fondo. La cosa juzgada formal es un efecto que se manifiesta **dentro del proceso;** la cosa juzgada material de la sentencia de fondo es una eficacia que irradia **hacia el exterior.**

Es decir, la cosa juzgada **veda** teóricamente a las partes la **incoación** de un nuevo proceso sobre lo mismo y fundándose en los mismos hechos, que eran conocidos al tiempo en que pudieron alegarse, y a los jueces, **entender** de tal proceso. Al resto de las personas les obliga a reconocer que el pronunciamiento de la sentencia contiene el derecho que debe regir entre las partes, o sea que todo el mundo ha de reconocerlo como cosa juzgada entre ellas.

En el fondo, pues, la cosa juzgada material es la **exclusión de la posibilidad de volver a tratar de la cuestión ya resuelta en firme (non bis in idem,** preclusión definitiva de nueva discusión). (217)

Silva Melero enseña:

"El medio por el cual se invoca procesalmente la eficacia de la cosa juzgada es la **exceptio rei iudicati,** que es la presunción jurídica que pueden invocar aquellos que habiendo sido parte en un juicio, resuelto por sentencia de fondo, firme y definitiva, en el caso de que se trate de reproducir la pretensión en un juicio ulterior, para excluir la posibilidad de que recaiga una nueva resolución en lo ya juzgado.

En la excepción de cosa juzgada se tiende a excluir no sólo una resolución contraria a la precedente, sino una nueva decisión sobre aquello que fue juzgado, sin duda porque en virtud de la resolución anterior el juez ha quedado vinculado para procesos futuros...

La cosa juzgada como resultado de su propia finalidad es vinculatoria para los sujetos de la relación jurídica procesal, o, si se quiere, para las partes en el proceso. Chiovenda ha di-

(217) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pgs. 351 y s.

cho que no conviene sentar como principio general que la sentencia cause estado sólo entre las partes, sino que es preciso asegurar que la sentencia no puede perjudicar a otro que ha sido extraño al pleito, y una cosa es que todos estén obligados a reconocer la sentencia entre las partes, y otra muy distinta que tal resolución pueda perjudicar a terceros, entendiendo el perjuicio en su sentido jurídico, ya que de un modo indirecto (herederos o acreedores) puede perjudicar a otras personas. La cuestión, por lo demás, plantea una serie de problemas que nos desviarían del tema de este trabajo en relación al litis consorcio y a los supuestos de intervención procesal.

Por lo que se refiere a los límites objetivos, la esencia de la cosa juzgada implica que no puede dejar de reconocerse en un proceso aquello que fue decidido anteriormente..." (218)

900.—PARA ADMITIR LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA SE REQUIERE QUE ENTRE LOS DOS JUICIOS HAYA IDENTIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA

"Agosto de 1920.—Para admitirse la excepción de cosa juzgada, se requiere: 1º, identidad objetiva, esto es, que la demanda verse sobre la misma cuestión de derecho decidida en la sentencia en que la excepción se funda; y 2º, identidad subjetiva, es decir, que esa sentencia haya recaído en juicio seguido entre las mismas personas del nuevo litigio. En esta causa, si la controversia suscitada en la demanda de fs. 3-4, es la misma de la de fs. 12-13, con todo, como la sentencia de fs. 18-21 no determina nada en cuanto al dominio alegado por los demandantes, no existe, en los dos litigios, la identidad objetiva de todo punto necesaria para que la sentencia expedida pudiera obstar el pronunciamiento de otra que decida a quien o a quienes corresponde el expresado dominio. Es, por lo tanto, inadmisible la excepción de fs. 6".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 46, pg. 368.

Hay cosa juzgada cuando en un juicio anteroir se ha dictado sentencia sobre la misma cuestión de derecho a que se refiere el

(218) "Nueva Enciclopedia Jurídica", tomo V, pg. 852.

juicio posterior; cuando ya se ha juzgado sobre la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho.

En el presente caso no existe fallo sobre lo principal del asunto controvertido; luego, no cabe la excepción de cosa juzgada.

La sentencia de segunda instancia, lo explica claramente, cuando dice:

"En la sentencia consiguiente a la primera demanda sólo se declaró que ésta era improcedente, y se la desechó como tal, por faltarle las condiciones exigidas por la ley para su validez y admisibilidad...; pero no se consideró ni resolvió la cuestión principal, esto es, el dominio. En tal caso evidente, si esa cuestión principal no ha sido resuelta, esa sentencia no puede obstar a la demanda de este juicio, porque no contiene ninguna resolución respecto del derecho de dominio".

901.—LA AUTORIDAD DE COSA JUZGADA, SI BIEN SUPONE UN FALLO EJECUTORIADO, ES PROPIO SOLO DE LA SENTENCIA, EXPEDIDA EN JUICIO CONTENCIOSO, SIN MAS EXCEPCIONES QUE LAS QUE ESTABLECE EXPRESAMENTE LA LEY

"Noviembre de 1915.—Tanto los fallos definitivos como los autos que se expiden en el curso del juicio, pueden ejecutoriarse en los casos determinados por los Arts. 336 y 338 del Código de enjuiciamientos en materia civil; mas tal ejecutoria, por sí sola, no produce autoridad de cosa juzgada, sino únicamente los efectos declarados en los Arts. 334 y 335. La autoridad de cosa juzgada, si bien supone un fallo ejecutoriado, no tiene lugar sino cuando en él se ha resuelto sobre la cosa o derecho que ha sido objeto del juicio, como claramente lo estatuye el Art. 337; y, por lo mismo, ella es propia sólo de la sentencia, expedida en juicio contencioso, sin más excepciones que las que establece expresamente la ley. Los autos ejecutoriados sobre meros incidentes, por lo mismo que nada resuelven sobre lo principal, son providencias que forman parte de la sustanciación, y, en consecuencia, no pueden hacerse valer sino en el juicio en que han sido pronunciados. Por esto, es inadmisible en la presente ejecución la excepción de cosa juzgada, deducida por AS sobre el fundamento de haberse de-

negado, por auto ejecutoriado, la vía ejecutiva en otros juicios iniciados anteriormente por el mismo crédito".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 103, pg. 2061.

A la demanda en juicio ejecutivo, el demandado, entre otras excepciones, opuso la siguiente: "haberse negado la vía ejecutiva anteriormente, en dos providencias ejecutoriadas".

Estas providencias no versan sobre el asunto principal del juicio, no deciden acerca de la acción de pago; por tanto no pueden servir de base para la cosa juzgada; puesto que no hay cosa juzgada, ya que en ellas, el juez nada resolvió acerca del pago demandado, y sólo se concretó a negar la vía ejecutiva.

Los efectos de esas providencias sólo podían hacerse valer en los mismos procesos en que fueron dictadas.

902.—LA COMPENSACION, ALEGADA EN JUICIO EJECUTIVO, NO DEBE FUNDARSE EN TITULO QUE TENGA ESTA CALIDAD

"Marzo de 1912.—No es cierto que la compensación, cuando alegada en juicio ejecutivo, deba fundarse en título que tenga esta calidad: es la reconvención la que debe en dicho título fundarse, conforme al Art. 551 del Código de enjuiciamientos civiles, para ser admisible. En el caso, la compensación deducida como excepción no está comprobada legalmente, y no puede ser aceptada".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 44, pg. 1587.

Según el Art. 102, entre las excepciones más comunes están las que tienen por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil.

Uno de estos modos es la compensación, que se opera cuando dos personas son deudoras una de otra, y que extingue ambas deudas, del modo y en los casos determinados por la ley.

No existe disposición legal alguna que disponga que la excepción de compensación se ha de presentar acompañada de título que reúna las condiciones de ejecutivo.

Basta proponerla oportunamente, para que se la acepte al

trámite. El que la alega debe probarla. Si no lo hace, el juez desechará la excepción.

903.—NO EXISTE COSA JUZGADA AUNQUE HAYA IDENTIDAD DE PERSONAS Y DE ACCIONES, SI LA SENTENCIA ANTERIOR SE LIMITO A RECHAZAR LA DEMANDA POR FALTA DE BASE PARA LA DISCUSION DEL ASUNTO CONTROVERTIDO, EL QUE, POR LO MISMO, QUEDO SUBSISTENTE

"Marzo de 1934.—A la demanda ordinaria propuesta contra ZG v. de H. por LAG, como marido de AG, y también a nombre de..., para que se declare la nulidad del testamento de FR, por ser falso que la testadora haya expresado de viva voz sus disposiciones, por no haber podido otorgar testamento cerrado en razón de ser ciega y por no haberse encontrado en su sano juicio al tiempo del otorgamiento, la viuda de H opuso la excepción de cosa juzgada, respecto de los demandantes, porque la Corte Suprema rechazó antes la demanda de nulidad y falsedad del mencionado testamento, propuesta, por los mismos motivos, por los actores contra la demandada; y para resolver la excepción se considera: 1º La Sala de Conjueces de la Corte Suprema, en la sentencia de... rechazó ciertamente la anterior demanda de nulidad del testamento de FR, entablada por el Dr. GG, a su propio nombre y al de los demás actores, y fundada en los mismos motivos de la actual demanda; pero, al rechazar la acción, expresó en la parte resolutiva del fallo, que lo hacía por las razones expuestas en la parte motiva del mismo y aun recalcó sobre que confirmaba la sentencia de primera instancia la que rechazó también la acción, "por los motivos expuestos en el presente fallo". Lo que manifiesta, claramente, que la Sala de Conjueces decidió también que la parte resolutiva del fallo debía entenderse en íntima relación con la parte motiva del mismo, o sea, que el rechazo de la acción no era porque el testamento fuese válido, sino porque el documento que, como testamento, se había presentado, no tenía fuerza de instrumento público, ni podía admitirse ni valer en juicio ni fuera de él, por no constar de la copia que fue presentada, ni de ninguna otra prueba, que hubiese sido ins-

crito; por cuya razón, la propia Sala resolvió, igualmente, que el juez de primera instancia y la Corte Superior, no debieron de fallar la causa, negando, o aceptando la nulidad ni la falsedad, porque, sobre la base de la copia presentada no era procedente entrar a examinar los fundamentos de la demanda; y, por haber hecho mérito, en sus respectivos fallos, de la mencionada copia, sin constar que estuviese inscrita, hasta les impuso la multa de diez sucres a cada uno de los jueces de primera y segunda instancia, de acuerdo con la prescripción del Art. 75 del Reglamento de Inscripciones o Registros; y 2º No habiendo la mencionada Sala de Conjueces resuelto nada sobre la validez, nulidad y falsedad del testamento de FR, puesto que se abstuvo de examinar los fundamentos de la primitiva demanda y hasta declaró que los jueces inferiores tampoco debieron considerarlos ni pronunciarse sobre ellos, es jurídico deducir que el fallo que rechazó aquella demanda no produce excepción de cosa juzgada para la nueva acción que ha sido propuesta, por más que las personas y las acciones sean las mismas, ya que la sentencia anterior nada decidió sobre los fundamentos de la nulidad y la falsedad, sino que se limitó a rechazar la demanda por falta de base para la discusión de los puntos puestos en tela de juicio, los que, por lo mismo, quedaron subsistentes. Por lo expuesto, se declara inaceptable la excepción de cosa juzgada opuesta".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 99, pgs. 2441 y s.

En ambas demandas se han deducido las acciones de nulidad y de falsedad del testamento.

En el primer juicio, la Corte Suprema no juzgó, no resolvió acerca de la nulidad ni de la falsedad demandadas, sólo aplicó el Art. 68 de la Ley de Registro e Inscripciones, que dispone que:

"Ninguno de los documentos que deben inscribirse, podrá admitirse ni valer en juicio ni fuera de él, si no están debidamente registrados. Los tribunales, jueces, escribanos o empleados de cualquiera clase que quebrantaren de cualquier modo la disposición de este artículo, quedarán sujetos a una multa de diez a cien sucres".

El testamento cerrado tiene que inscribirse, porque el Art. 661

dispone que, practicadas las diligencias determinadas en el artículo anterior, el juez pronunciará sentencia, en la que, atendidas las formas exteriores del testamento, declarará si es válido o nulo. En el primer caso, mandará se lo publique y protocolice, se den copias a los interesados, si las pidieren, y se inscriba la primera de ellas o cualquiera otra, a falta de aquélla.

Como el documento base de la primera demanda no estaba inscrito, la Corte Suprema, según el Art. 68 de la Ley de Registro e Inscripciones, no lo admitió en juicio.

En consecuencia, el fallo en que así resolvió, no da lugar a la excepción de cosa juzgada.

904.—EN UNA DEMANDA ULTERIOR SE PUEDE RECLAMAR LO QUE EN LA SENTENCIA DICTADA EN UN JUICIO ANTERIOR SE DEJO A SALVO

"Marzo de 1944.—El orden lógico del proceso exige primeramente decidir acerca de si es o no fundada la excepción de cosa juzgada propuesta por L. De las copias que obran a fs. 6 y siguientes consta tanto la demanda reivindicatoria contra IS como la contestación dada por éste en la que además de negar los fundamentos de la acción reivindicatoria, reconviene al reivindicante por el pago de..., valor de las construcciones y reparaciones hechas en el inmueble, pago a que tiene derecho como poseedor de buena fe. No consta de la copia la fecha en que hubieren sido presentadas la demanda y la contestación. De la copia que obra a fs... consta la sentencia pronunciada el..., en el juicio reivindicatorio seguido por VL contra IS. En la parte motiva de esta sentencia se hacen constar los siguientes particulares: a) Que el actor VL ha justificado el dominio de la casa reivindicada; b) Que no es aceptable el título del demandado S., por haberse declarado la nulidad del juicio en que se verificó el remate; c) Que el demandado fue poseedor de buena fe hasta la notificación con la declaración de nulidad; d) Que desde esta fecha debe restituir los frutos; e) Que sólo el poseedor de buena fe puede reclamar mejoras. En la parte resolutiva se dice: "en consecuencia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley", se acepta la demanda reivindicatoria propuesta por VL con-

tra IS de una casa situada en la ciudad de Ambato..., y se le condena al demandado a la entrega de la casa mencionada. Se le condena también al pago de los frutos percibidos desde la fecha en que fue notificado su mandatario con el ejecutorial de la Corte, liquidación de frutos que deberá hacerse verbal y sumariamente conforme lo dispuesto por la ley. Queda a salvo el derecho que tiene el demandado para reclamar legalmente las mejoras puestas en la casa, durante el tiempo que es considerado como poseedor de buena fe, o sea desde la adjudicación por remate a la notificación con la nulidad.—La lectura de la sentencia demuestra que no obstante mencionarse en la parte motiva que el demandado IS fue poseedor de buena fe hasta que se le notificó la declaración de nulidad del juicio en que se hizo el remate, la parte resolutiva no contiene ni aceptación ni rechazo de la reconvención, es decir, que no existe declaración expresa de que al reivindicante se le absolvía de un modo definitivo del pago de las mejoras reclamadas. Se deja a salvo el derecho del reclamante; pero no se define si el pago de las mejoras debe exigir S por cuerda separada al mismo L o si la intención del juez fue de absolver a éste definitivamente de este pago, absolución que según las reglas del procedimiento debe ser no sólo explícita sino expresa, no bastando que resulte de la interpretación subjetiva de la sentencia.—De conformidad con lo que define el Art. 287 del Código de Procedimiento Civil, sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio. Por lo tanto en un juicio en que existe demanda y reconvención, una y otra requieren decisión sobre lo principal, y como ello no se ha hecho en el juicio reivindicatorio relativamente a la reconvención falta el primer requisito exigido por el Art. 316 del Código de Procedimiento Civil para que pueda aplicarse el concepto de la cosa juzgada, pues si no hay decisión sobre la reconvención, no puede hablarse de sentencia, ni menos de ejecutoriada.—De consiguiente, no es aceptable la excepción de cosa juzgada".

Gaceta Judicial, 6ª serie, Nº 13, pgs. 643 y s.

La parte de la sentencia, en la que se resuelve que "queda a salvo el derecho que tiene el demandado para reclamar legalmente las mejoras puestas en la casa, durante el tiempo que es consi-

derado como poseedor de buena fe, o sea desde la adjudicación por remate a la notificación con la nulidad", demuestra que la sentencia no resolvió nada sobre la reconvención, sobre si el actor debía pagar o no el valor de esas mejoras. Por lo mismo, bien pudo proponerse la demanda de pago de tales mejoras, y la sentencia anterior no puede servir de base a la excepción de cosa juzgada, en el juicio ulterior, porque ella nada resolvió acerca de si el reconvenido debía pagar o no el valor de esas mejoras.

905.—LO QUE ES LA COSA JUZGADA. SUS REQUISITOS Y SUS EFECTOS. EL JUEZ DEBE DECLARARLA DE OFICIO, POR LO QUE DISPONE EL ART. 318

"Enero de 1953.—El Art. 316 del Código de Procedimiento Civil dispone que la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho, y que, en consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos hubiere tanto identidad subjetiva, constituída por la intervención de las mismas partes, como objetiva, por demandarse la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho.—La cosa juzgada que es a lo que se refiere el artículo citado, es una institución de orden público encaminada a impedir que aquello que ha sido materia de un litigio que terminó por sentencia ejecutoriada, pueda ser materia de un nuevo litigio entre las mismas partes, lo que acarrearía la inseguridad de los derechos y la ineficacia de las sentencias que, no obstante haber adquirido el carácter de cosa juzgada, y como tales, consideradas por la ley como expresión de la verdad, pudieran ser contradichas por una nueva sentencia pronunciada en nuevo juicio. La cosa juzgada puede oponerse como excepción perentoria conforme al Art. 102, del Código citado, sin perjuicio de que si no se la ha propuesto como excepción y en el curso del proceso aparece de instrumento público, que el juicio en trámite es renovación de otro anterior sobre el cual recayó sentencia que causó ejecutoria, el juez, en acatamiento a la prohibición contenida en dicho Art. 316, debe hacer mérito de aquel instrumento y declarar en definitiva que no ha podido iniciarse el nuevo juicio. En el presente caso, si bien no se

opuso la excepción de cosa juzgada, a fs... consta la boleta de notificación a JCH de la sentencia expedida por esta misma Sala de la Corte Suprema, en el juicio seguido por aquél contra los herederos de..., por la suma de..., boleta que, autorizada con la firma de la Secretaria, es instrumento público y hace plena prueba. En la demanda afirma el actor que la Corte Suprema, basándose en que se demandó solamente la terminación del contrato de cuenta corriente y no el pago del saldo de la liquidación, declaró sin lugar la demanda; pero es lo cierto que el fallo, como consta de la copia, rechazó la demanda no sólo por no existir cuenta corriente fundamento de la demanda, sino porque el saldo a la fecha de la muerte de ACH debía necesariamente ser diverso del que constaba en la liquidación verificada un año antes del fallecimiento de aquél. En efecto, en la sentencia se expresa que, entre otras razones contenidas todas en el considerando tercero, no es admisible el saldo porque "habiendo transcurrido", dice, "alrededor de un año desde la fecha de la liquidación presentada como prueba del saldo, hasta el fallecimiento de ACH, y como la cuenta, según confesión del actor, terminó con la muerte de aquél es evidente que el saldo a la fecha del fallecimiento no podía ser el mismo que el que aparece de la liquidación". "Por estos fundamentos", concluye, "se confirma con costas, el fallo materia del recurso". Existe, pues, cosa juzgada porque en el nuevo litigio y en el anterior hay identidad subjetiva y objetiva, y el fundamento de ambos es el mismo, debiéndose, además, tener en cuenta que, conforme a los principios y a lo prescrito en el inciso 2º de dicho artículo, para apreciar el alcance de la sentencia, debe tenerse en cuenta no sólo la parte resolutiva, sino los fundamentos objetivos de la misma. En el fallo del inferior se expresa en el considerando v) que de la copia y boletas de notificación de fs..., consta que por el mismo asunto de este juicio fueron demandados los herederos de..., y que en última instancia la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia desechó la demanda; pero por otras razones. Acepta, pues, el inferior que existe sentencia ejecutoriada respecto del mismo asunto, y para justificar el nuevo litigio expresa que la demanda fue rechazada por otras razones, esto es, diferentes de las que al inferior le mueven a aceptar la nueva demanda, incurriendo así en un error manifiesto, puesto que la

naturaleza de la cosa juzgada no permite que se renueve un litigio invocando al efecto nuevos argumentos o razones, ni nuevas pruebas. Por estas consideraciones..., se revoca la sentencia venida en grado, por cuanto de acuerdo con la prohibición contenida en el citado Art. 316, la demanda es improcedente".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 3, pgs. 218 y s.

Problema importantísimo y nuevo, contenido en este fallo, es el relativo a que, si la cosa juzgada "no ha sido propuesta como excepción y en el curso del proceso aparece de instrumento público, que el juicio en trámite es renovación de otro anterior sobre el cual recayó sentencia que causó ejecutoria, el juez, en acatamiento a la prohibición contenida en el Art. 318, debe hacer mérito de aquel instrumento y declarar en definitiva que no ha podido iniciarse el nuevo juicio".

Al respecto, Silva Melero recuerda que:

> "El problema más importante que presenta la excepción de cosa juzgada es, probablemente el que se refiere al valor absoluto o relativo de esta excepción, o lo que es lo mismo, a si sólo puede ser estimada cuando es alegada por las partes en causa, o, por el contrario, si puede ser estimada de oficio por el juez.
>
> La cuestión es bastante discutida no sólo en la esfera doctrinal, sino también en la legislativa".

De acuerdo con el Art. 1692, apartado 5º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, que dice que habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley: 5º Cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio, establece que:

> "La cosa juzgada en el proceso civil tiene el fundamento objetivo de ser una presunción jurídica. Da lugar a un derecho a favor de sus titulares que se ejercita por medio de una excepción verdadera y propia de carácter perentorio, lo cual quiere significar que no puede ser estimada de oficio. Este derecho es de carácter procesal y no puede ser renunciable, por

ser de aquellos que afectan al orden o interés público, y, por ello, comprendido en el Art. 4 del Código Civil". (219)

De acuerdo con nuestro derecho también podemos llegar a la misma conclusión.

En efecto, juicio es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces.

Esta contienda, que viene a ser el asunto principal del juicio, se determina, se fija según los términos de la demanda, según lo que se pida y la causa de pedir, y los términos de la contestación a la demanda, o el silencio del demandado.

El demandado ha de deducir, oportunamente, todas las excepciones, tanto dilatorias como perentorias, de que se crea asistido.

Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio.

La sentencia debe decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis.

En consecuencia, si el demandado no dedujo la excepción de cosa juzgada la litis no se trabó sobre este punto; la cosa juzgada no es asunto principal del juicio; la cosa juzgada no constituye la contienda legal; luego, la cosa juzgada no debe ser resuelta de oficio por el juez.

Principio básico que rige nuestro proceso, es el dispositivo, en virtud del que, en general, el juez no puede otorgar sino lo que se pidió, ni puede hacerlo por causa distinta de la invocada.

Por lo mismo, si el demandado no pidió que se declarara la cosa juzgada, el juez no puede hacer declaración al respecto; y si el demandado no pidió que se desechara la demanda porque había cosa juzgada, el juez no puede desechar la demanda por esta causa que no fue invocada, por esta causa que es distinta de la invocada por el demandado.

(219) "Nueva Enciclopedia Jurídica", tomo V, pg. 852.

906.—LA EXCEPCION DE SER ILEGAL E INJURIDICA LA ACCION, POR EL MODO DE PEDIR, FUNDADA EN LA FALTA DE DERECHO DEL ACTOR PARA LIMITAR SU ACCION A UNA PARTE DEL FUNDO Y A SOLO ALGUNOS POSEEDORES DE ESE FUNDO, ES PERENTORIA

"Setiembre de 1933.—MJS de S, por medio de su mandatario, demanda la nulidad de la permuta de las haciendas... y la restitución de la parte de ésta que poseen los herederos de... Estos, a su vez, piden "que se rechace la acción propuesta por el actor, en lo tocante a la restitución parcial de la hacienda...", oponiendo, como dilatoria, "la excepción de ser ilegal e injurídica, por el modo de pedir". Lo ilegal e injurídico, atentas las razones del demandado, no se refiere, a ninguna excepción proveniente del modo de pedir, sino al derecho mismo ejercido en la demanda; por lo que, tratándose, en el caso, de la naturaleza de la acción propuesta, fue procedente el recurso de tercera instancia, y, así, se admite el de hecho. Esto previo, para fallar acerca de la excepción y del incidente de acumulación de autos suscitado ante la Corte Superior, se considera: 1º—La excepción de ser ilegal e injurídica la acción por el modo de pedir, se halla fundada en la falta de derecho de la actora para limitar su acción a una parte del fundo..., y a sólo algunos de los varios poseedores de ese fundo y, por lo mismo, aunque alegada como dilatoria, es perentoria, porque no tiende a suspender o retardar el curso del juicio, sino a dejar sin efecto las acciones instauradas, y, de aceptarse, tendría que ser rechazada la demanda".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 86, pg. 2039.

Son claras y fundadas las razones de este fallo, y de ellas se infiere que, sin lugar a duda, la excepción deducida, de falta de derecho de la actora para limitar su acción a una parte del inmueble y a sólo algunos de los poseedores del mismo, es perentoria y no dilatoria.

907.—EL CESIONARIO DE UN CREDITO NO TIENE DERECHO PARA PEDIR LA RESOLUCION DEL CONTRATO ORIGEN DEL CREDITO

"Junio de 1943.—El demandado, aun cuando en el escrito de fs. 7 se limita a negar simple y llanamente, los fundamentos de la acción propuesta, sin embargo, en los escritos de fs..., ampliando su contestación a la demanda, manifiesta que ha satisfecho al banco acreedor la suma de..., por concepto de los dividendos atrasados; mas, como dicho banco le ha devuelto la suma pagada, por haberlo ordenado así el demandante, consigna dicha suma, con más..., por si faltare algo para el completo, ante el juez de esta causa, y alega: que, facultando la ley al comprador a quien se demanda la resolución del contrato por falta de pago del precio, para verificar dicho pago, antes de que se pronuncie la sentencia que la declare, y oponerse así a la resolución, con la consignación realizada ante el juez de la causa ha terminado la demanda, la que, en consecuencia, debe ser rechazada; y, a fs..., alega que, del tenor de las cláusulas... del mencionado contrato de compraventa, aparece, con toda claridad, que se convino entre los contratantes que los diez mil sucres que completan el precio estipulado, debía el comprador abonar al banco..., en pago de parte de la deuda que, con hipoteca del predio vendido, había contraído el vendedor Ch.; convenio que extinguió la deuda que, por esa suma, tenía el comprador a favor de Ch., por concepto del predio comprado, sustituyéndola con la nueva obligación que contrajo a favor del banco..., con lo cual se verificó una subrogación, ya que el comprador se subrogó en la obligación del vendedor de pagar al banco... los diez mil sucres materia del convenio.—Que las alegaciones que se mencionan en el anterior considerando, contienen nuevas excepciones perentorias que bien pudo deducirlas el demandado, en uso de la facultad que le concede el Art. 105 del Código de Procedimiento Civil; ya que, a la fecha en que se presentaron dichos escritos, no se había recibido aún la causa a prueba; quedando en consecuencia, trabada la litis con tales excepciones, que deben ser materia de la sentencia... Respecto de este dividendo aparecen las siguientes circunstancias: a) Que ha sido cedido por el actor a su hermano JJCH el..., o sea, antes de ven-

cerse el plazo estipulado..., cesión en virtud de la cual recibió el valor íntegro del crédito cedido, y, en consecuencia, dejó de ser acreedor de dicho dividendo el cedente, adquiriendo el cesionario únicamente el derecho de hacer efectivo el crédito; por consiguiente, el cesionario no tenía derecho, en virtud de la cesión, para demandar la resolución del contrato origen del crédito, derecho que correspondía al vendedor mientras conservaba su condición de acreedor del precio debido; y si bien es verdad que el mismo crédito volvió a adquirirlo el demandante, por la nueva cesión hecha a su favor por JJCH, con este posterior contrato, el nuevo cesionario no adquirió otro derecho que el que tuvo el cedente, o sea, el cobro de la cantidad cedida; resultando de esto, que, la falta de pago del segundo dividendo, en el caso contemplado, tampoco puede ser fundamento de la resolución demandada, toda vez que el vendedor al ceder el crédito mencionado, renunció el derecho de pedir la resolución del contrato de venta, por falta de pago de ese crédito que lo transmitió a un tercero; b) Que de las copias presentadas a fs..., y aun de la confesión del actor aparece que JJCH, en su condición de cesionario, inició juicio ejecutivo contra SG por el pago del crédito cedido, juicio que lo continuó el demandante MECH, habiendo llegado a embargarse el predio... que se halla hipotecado para seguridad del crédito cedido; circunstancia que había extinguido el derecho del vendedor para pedir la resolución del contrato, por falta de pago del dividendo demandado, aun en el caso de conservarlo, a pesar de la cesión; ya que el Art. 1479 del Código Civil en que funda su demanda el actor, corroborado por el 1864 del propio Código, faculta al vendedor para exigir el precio o la resolución del contrato, si el comprador estuviera constituído en mora de pagar en el lugar y tiempo convenidos, facultad que es alternativa, a elección del vendedor, es decir, que puede demandarse lo uno o la otra, pero no ambos conjuntamente; de manera que el ejercicio de una de dichas acciones, extingue el derecho a la otra; deduciéndose de esto que, aun por esta circunstancia, la falta de pago del segundo dividendo, tampoco pudo ser fundamento de la resolución que se demanda".

Gaceta Judicial, 6ª serie, Nº 11, pgs. 333 y s.

Los artículos a que el fallo se refiere, disponen:

"1542.—En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

1930.—Si el comprador estuviere constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

Si exigiere la resolución, el demandado podrá consignar el precio completo, que comprende el capital y los intereses adeudados al dar contestación a la demanda y hasta que se reciba la causa a prueba".

De estas disposiciones se deduce que, de la falta de pago del precio, en el lugar y tiempo convenidos, nacen para el vendedor, dos acciones: la de exigir el pago, y la de pedir la resolución del contrato; pero el vendedor puede ejercer estas acciones alternativamente, o sea, sólo la una, o sólo la otra; pero no ambas al mismo tiempo.

En el presente caso, el vendedor ejerció ya la acción de cobro del precio, por lo mismo, no era legal que propusiera luego la acción resolutoria.

En los dos juicios se discutía acerca del pago del precio; luego, en el segundo, bien pudo oponerse, con éxito, la excepción de cosa juzgada.

908.—EN EL JUICIO DE REIVINDICACION, SON CONTRADICTORIAS LAS EXCEPCIONES DE PRESCRIPCION Y DE NEGATIVA DE LA POSESION

"Junio de 1944... demanda a... la reivindicación de un predio... dentro de los siguientes linderos... Funda la acción de dominio en la tradición que, por compra, efectuó... Los demandados niegan estar en posesión del terreno que se reivindica, afirmando que, por la linderación dada en la demanda,

parece estar comprendido en el fundo... perteneciente a los herederos de..., varios de los cuales vendieron derechos y acciones en la sucesión de aquél; que la acción debió dirigirse contra todos los herederos de S por haber sido éste poseedor del predio...; que si fuese procedente la acción y si el terreno objeto de ella estuviese formando parte del fundo..., alegan la prescripción extintiva de tal acción por haber transcurrido con exceso el plazo del Art. 2497 del Código Civil, ya que el causante CS poseyó todo el fundo... por más de treinta años. Aseguran que CS fue el único poseedor y ofrecen justificar el dominio de éste. Trabada así la controversia, para resolverla se considera: 1º Que el actor, con prueba testimonial e instrumental, ha establecido la identidad del inmueble reivindicado; ...que a más de lo contradictorio que resulta de alegar la prescripción y negar al mismo tiempo la posesión, es improcedente la prescripción de la acción reivindicatoria, porque, conforme al Art. 2499 del Código Civil, la pérdida de la acción es correlativa de la adquisición del mismo derecho por el lapso correspondiente; y en el presente caso no se ha demostrado con ninguna prueba que los demandados hubieren adquirido por prescripción ordinaria ni extraordinaria el inmueble reclamado por el actor".

Gaceta Judicial, 6ª serie, Nº 14, pg. 827.

En general, son contradictorias, en el juicio de reivindicación, las excepciones de prescripción y de negativa de la posesión; pero en el presente caso, esta última tiene los caracteres de subsidiaria, puesto que primero se propone la de que el inmueble a que el juicio se refiere parece estar formando parte de un fundo determinado que estuvo en posesión de otras personas; y, para el caso de que estuviese formando parte del fundo poseído por el demandado, se alegó la prescripción.

Así entendidas las excepciones, no habría la incompatibilidad de las mismas.

909.—SENTIDO DE LAS EXCEPCIONES DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA Y DE FALTA DE DERECHO DEL ACTOR, EN EL JUICIO DE RESOLUCION DE UNA COMPRAVENTA

"Julio de 1951.—Después de fallada la dilatoria de litispendencia, se han tramitado las excepciones perentorias de improcedencia de la demanda y falta de derecho del actor, así como la reconvención por el pago de..., por perjuicios que alega el demandado habérsele causado "con las demandas que le servirán de prueba", sin especificarlas. Contestada la reconvención, negando los fundamentos de ella, durante el término de prueba se ha reproducido la escritura de compraventa que sirve de base a la demanda, y se ha justificado que el reo ha trabajado explotando los árboles y canteras de piedra existentes en los lotes comprados, implantando el negocio de hacer ladrillos y tejas, con otros aspectos que demuestran la posesión y el pleno ejercicio del dominio que le asiste.—Queda, pues, reducida la cuestión de derecho a saber si por la condición resolutoria tácita, una vez cumplida, se extingue, **ipso facto**, el contrato de compraventa, cuando el comprador no ha pagado el precio, o si para la disolución del vínculo jurídico se requiere a más de la demanda sentencia ejecutoriada que declare la resolución, pudiendo, entre tanto, el demandado dejar sin efecto la acción, en virtud de la prestación de lo que adeuda con los intereses de la mora... Se declara: a) Que habiendo subsistido no obstante la acción resolutoria, en todo su vigor, el contrato de venta con los derechos y obligaciones que le son inherentes, pudo pagar el demandado lo que adeudaba al vendedor, después de la demanda hasta la sentencia, consignando en cualquier estado del juicio, como así lo ha hecho en tercera instancia, el saldo completo de... por razón del precio, inclusive los intereses, sin necesidad de previa liquidación por estar fijado el tipo del siete por ciento anual, desde el vencimiento del plazo de dos años, según el texto de la escritura de compraventa; b) Que, en consecuencia, queda revocado el fallo que ha subido en grado, en la parte que declara la acción resolutoria y condena al demandado a la indemnización de perjuicios que son accesorios y están subordinados, como obligación secundaria a la principal, en virtud de que es legal y se

acepta el pago de la deuda en referencia; c) En cuanto a la reconvención..., no se sabe cuáles son los perjuicios que reclama por unas demandas en su contra, que no siquiera las clasifica ni determina, siendo por lo mismo improcedente dicha reconvención, que se la rechaza".

Gaceta Judicial, 7ª serie, Nº 13, pgs. 1523 y s.

El demandado estimó que podía pagar el precio adeudado, hasta antes de que se dictara sentencia en el juicio de resolución de la compraventa, propuesto por el vendedor, por la falta de pago del precio; y, por lo mismo, aseguró que el actor carecía de derecho para haberle demandado la resolución; y que esta falta de derecho hacía improcedente a la demanda.

La causa de la falta de derecho, fundaba el demandado en algunos fallos del Tribunal Supremo.

Pero la jurisprudencia era contradictoria.

Para resolver la contradicción, la Corte Suprema dictó la resolución de 22 de marzo de 1957, que hoy es inciso segundo del Art. 1930 del Código Civil, y dispone que:

"Si el comprador exigiere la resolución, el demandado podrá consignar el precio completo, que comprende el capital y los intereses adeudados, al dar contestación a la demanda y hasta que se reciba la causa a prueba".

910.—LA PRESCRIPCION PUEDE PROPONERSE COMO ACCION O COMO EXCEPCION: COMO ACCION, LA ADQUISITIVA; Y COMO EXCEPCION, LA EXTINTIVA

"Octubre de 1957.—En cuanto a la prescripción extintiva de la acción y adquisitiva de dominio que ha hecho valer el demandado, se observa: que puede proponerse como acción o como excepción la prescripción, bajo sus dos fases: la extintiva de la acción versa sobre un derecho personal, cual es la nulidad de un título escriturario, sin que ella sea un modo de adquirir la propiedad ni ningún derecho real inmobiliario, sino únicamente para que se declare extinguido ese derecho que no afecta al dominio, en el caso actual (Art. 613 del Código

Civil); en tanto que la prescripción adquisitiva sea ordinaria o extraordinaria de un inmueble afecta derechos reales y se basa en la posesión, pudiendo el que la alega agregar la de sus antecesores sobre la cosa que es objeto del litigio, siempre que esa posesión, sea legal o material reúna las condiciones que requiere la ley y haya legítimo contradictor, que en el presente juicio sería el representante del Fisco, si acaso se discutieran derechos reales o de dominio en el fundo..."

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 15, pgs. 1474 y s.

Según el Art. 2508 del Código Civil, la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Según esto, la prescripción es adquisitiva y extintiva.

Con razón, se asegura, sin embargo, que, en realidad, toda prescripción es al mismo tiempo lo uno y lo otro; adquisitiva, para el que adquiere el derecho, y extintiva, para el que lo pierde.

El Art. 729 del mismo Código dispone que, siempre que por una sentencia ejecutoriada se reconociere como adquirido por prescripción el dominio o cualquier otro de los derechos mencionados en los Arts. 726 y siguientes, servirá de título esta sentencia, y se inscribirá en el respectivo registro o registros.

De esto se desprende que la sentencia puede provenir de una demanda en la que el actor haya pedido que se declarara que él ha adquirido por prescripción la propiedad de un inmueble, o de una contestación a la demanda en la que el demandado haya alegado asimismo haberlo adquirido por prescripción.

En consecuencia, bien puede hacerse valer la prescripción como acción o como excepción, como se resuelve en este fallo.

Art. 103.—**El demandado contestará a la demanda dentro del término legal. El juez cuidará de que la contestación sea clara y las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen. El juez, de encontrar que no se ha cumplido lo que aquí se dispone, ordenará que se cumpla, precisando los puntos que deban ser aclarados. Esta disposición no será susceptible de recurso alguno.**

Referencias:

Demandado: Art. 33.

Contestará a la demanda: Arts. 102, 105 y 106; Ley de Patrocinio del Estado, Art. 21; Ley de Régimen Municipal, Art. 68, 2º. Término legal: Arts. 87, final; 325, 339, 419, 443, 446, 465, 516, 903; Ley de Patrocinio del Estado, Art. 16, inc. 3º.

Excepciones: Arts. 100 a 102.

Arts. 729 y 1134.

911.—**Comentario. Término de contestar a la demanda. El juez cuidará de que la contestación sea clara y fundada.**—El demandado puede contestar a la demanda, o puede no contestarla.

La contestación puede ser allanándose a la demanda, o deduciendo excepciones.

Si las deduce, en todo caso, ha de deducir, conjuntamente, todas las excepciones, tanto dilatorias como perentorias, de que se crea asistido.

El número de excepciones que puede deducir es ilimitado.

Por excepción y por la naturaleza de estos juicios, en los de conservación y de recuperación de la posesión, no puede deducir sino las siguientes excepciones: 1) Haber tenido la posesión de la cosa en el año inmediato anterior; 2) haberla obtenido de modo judicial; 3) haber precedido otro despojo causado por el mismo actor, antes de un año contado hacia atrás desde que se propuso la demanda; 4) haber prescrito la acción posesoria; y 5) ser falso el atentado contra la posesión.

El término legal para la contestación a la demanda, varía según la clase de juicio. Así, es de:

15 días en el ordinario de mayor cuantía;

8 días en el ordinario de menor cuantía;

2 días en el ordinario de ínfima cuantía;

3 días en el ejecutivo de mayor cuantía;

2 días en el ejecutivo de menor cuantía; y

en el verbal sumario, la audiencia de conciliación principia por la contestación a la demanda.

Siempre que la citación se haga por la prensa, estos términos se convierten en uno de 20 días, según el Art. 87, parte final, del inciso tercero.

Aplicando el principio de la igualdad de las partes en el proceso y para la mejor administración de justicia, así como al actor

se le obliga a que la demanda sea clara y reúna los demás requisitos legales, así también al demandado se le obliga a que su contestación sea clara y que las excepciones que deduzca contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen.

Por esto mismo, también, si el juez encuentra que la contestación a la demanda no es clara, o que las excepciones no contienen los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen, ha de ordenar que el demandado aclare la contestación, o que determine estos fundamentos. Y de este decreto no cabe recurso alguno.

Según el Art. 16 de la Ley de Patrocinio del Estado el término de contestar a la demanda contra la Nación, o las instituciones fiscales, será de 20 días, sin perjuicio del de la distancia, si la demanda se dedujera fuera de la Capital de la República.

Por constar en la Ley de Patrocinio del Estado, que es ley especial, subsiste la modalidad de que, en los juicios contra la Nación o las instituciones fiscales, las excepciones dilatorias pueden deducirse dentro de 20 días; y, en este caso, el término para deducir las perentorias será de 10 días después de resueltas las dilatorias.

Según el Art. 21 de la Ley de Patrocinio del Estado, el Presidente de la República puede autorizar, mediante decreto, al Procurador General de la Nación, para que convenga en la verdad de la demanda que se propusiere contra la Nación o uno de sus organismos, siempre que fuere conveniente a los intereses nacionales y a los de la justicia. La autorización se concederá previo informe del Procurador. Si la cuantía del juicio excediere de treinta mil sucres, será menester también la autorización del Consejo de Estado.

Según el Art. 68 de la Ley de Régimen Municipal, el Procurador Síndico no puede allanarse a la demanda sin previa autorización del Concejo.

Art. 104.—Si el demandado no compareciere en el término legal, después de habérsele citado, se le declarará rebelde, a solicitud de la otra parte. Se le hará saber esta providencia; y no se contará más con él, sino para notificarle la sentencia.

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

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Referencias:

Demandado: Art. 33.
Compareciere: Art. 103.
Término legal: Arts. 87, final; 325, 339, 419, 443, 446, 465, 516 y 903;
Ley de Patrocinio del Estado, Art. 16, inc. 3º.
Citado: Arts. 78, 82 a 84, 87 a 89 y 95.
Hará saber: Arts. 78 y 80.
Sentencia: Art. 289.
Otra parte: Art. 33.
Notificarle la sentencia: Arts. 78 y 80.

912.—**Comentario. Rebeldía del demandado.**—Uno de los efectos de la citación es obligar al citado a comparecer ante el juez para deducir excepciones.

Si el citado no comparece dentro del término legal, a solicitud de la otra parte:

1) Se le declarará rebelde;

2) Se le notificará la providencia en la que se le declare así, siempre que el demandado haya señalado lugar en el que deba notificársele; y

3) No se contará más con el rebelde, sino para notificarle la sentencia, siempre, asimismo, que hubiere señalado lugar para la notificación.

De acuerdo con la doctrina, lo que constituye la rebeldía, es la falta de comparecencia de alguna de las partes o de ambas durante el curso del proceso; la rebeldía es o surge de la inactividad de las partes en el curso del proceso.

Por esto, la rebeldía puede ser del actor, o del demandado, o de ambos.

El artículo que estamos estudiando se refiere a la rebeldía del demandado, a quien se ha citado legalmente y deja de actuar, se muestra inactivo en el importante y decisivo estado del juicio que es el de contestar a la demanda.

Estamos en otro caso de rebeldía, de efectos menos graves que la del demandado que deja de contestar a la demanda, por ejemplo en el supuesto del Art. 432, que dice:

> "Concluído el término para alegar, el juez a solicitud de parte, y, de ser necesario, **en rebeldía de quienes no hubieren alegado,** pedirá autos y dictará sentencia".

En esta rebeldía pueden incurrir ya el actor, ya el demandado, ya ambos.

Pero como la Constitución Política de la República garantiza el derecho de defensa en cualquier estado del juicio, el rebelde puede comparecer en el juicio, y, entonces, debe ser oído; sigue interviniendo en el juicio tomándolo en el estado en que se encuentre, previo el pago al actor de los gastos qu hubiere hecho por el rebelde; pero sin que la falta de este pago impida el que se le oiga y siga interviniendo.

Esto constituye una **comparecencia retrasada** y un **remedio en favor del demandado rebelde.**

El Tribunal Supremo ha resuelto que, aun después de que el actor haya pedido que se declare rebelde al demandado, pero antes de que el juez le declare así, el demandado puede comparecer en el juicio y contestar a la demanda.

En el juicio ejecutivo, el actor no ha de pedir que se declare rebelde al demandado que no paga ni propone excepciones dentro del término legal. Ha de aprovechar del Art. 466, que dispone que, si el deudor no paga ni propone excepciones dentro del respectivo término, el juez, previa notificación, pronunciará sentencia, dentro de veinticuatro horas, mandando que el deudor cumpla inmediatamente la obligación. La sentencia causará ejecutoria.

Para los efectos de la litispendencia, tenemos que recordar que, el silencio del demandado equivale a la negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda.

Prieto Castro enseña:

> "Rebeldía es la **conducta procesal** que adopta el demandado o el demandante, o ambos a la vez, después de iniciado el juicio por la demanda, no en cuanto a un acto concreto, que sólo origina la preclusión del mismo, sino en cuanto al juicio en sí. Por esto se habla aquí de in-actividad total.
>
> La expresión **rebeldía,** que emplea la L. e. c., es actualmente impropia para representar el caso de inactividad total de cualquiera de los litigantes, porque, como ya se dijo, éstos no tienen en el proceso civil obligaciones, según el sentido tradicional, sino sólo la carga de la defensa del propio derecho,

mediante sus actos procesales; y ni siquiera es adecuada con respecto al demandado, pues aunque la citación (emplazamiento) es hecha en nuestro derecho por el Tribunal, su incomparecencia, aparte de la posibilidad que deja abierta al demandante para obtener la retención y el embargo de bienes, no tiene otro sentido que el de una desobediencia simple, sin ulteriores efectos, porque es dueño de no comparecer, a diferencia de lo que sucedía en otros derechos antiguos de orientación privatística, en los cuales la presencia del demandado era necesaria para perfeccionar la **litis-contestatio.**

Se habla también en los mismos casos de **contumacia,** la cual, en puridad, encierra la idea de desobediencia reiterada a la orden de comparecer (actuar).

La rebeldía del demandado no constituye en el derecho actual un obstáculo para la continuación del juicio, sino sólo un inconveniente..., el Estado no paraliza la función jurisdiccional civil por este hecho, porque entonces bastaría al demandado observar una actitud de pasividad para entorpecer y escapar de las consecuencias de la justicia. Por esto se prescinde de él aplicando determinadas consecuencias a su incomparecencia o inactividad.

La inactividad total del demandado se puede tratar, y así ha sido en el curso de la historia, más o menos rigurosamente. En el derecho antiguo se llegaba a entregar los bienes de aquél al demandante. En la actualidad, ciertos sistemas estiman la rebeldía como conformidad del rebelde con la petición del actor (allanamiento); en otros, se considera simple reconocimiento de los hechos de la demanda (**ficta confessio**), que sólo releva de la prueba al actor; y en algunos, por último, no se le asocian más consecuencias que las implícitas en la propia conducta del demandado, sin perjuicio para él, de manera que el actor ha de probar su demanda y quedando libre el camino para una absolución si la misma fuese infundada.

Esta solución, la menos formalista y más justa, es la normal en nuestro derecho. La rebeldía en personarse sólo origina, según éste, la ficción de "darse por contestada la demanda" (hay que entender, en el sentido de oponerse a ella el demandado), después de lo cual el procedimiento sigue su curso". (220)

(220) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo II, pgs. 246 y s.

La notificación de la sentencia es solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, según el Art. 374, numeral 6º; y su omisión anula el proceso.

También, según el Art. 320, aun la sentencia ejecutoriada es nula por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía.

Art. 105.—Antes de recibida la causa a prueba, podrá el demandado reformar sus excepciones y aun deducir otras perentorias.

Referencias:

Recibida la causa a prueba: Arts. 429, 443, 446, 469 y 903.
Demandado: Art. 33.
Excepciones: Arts. 100 y 102.

913.—**Comentario. Hasta cuándo puede el demandado modificar la contestación a la demanda.**—Así como el actor puede cambiar la acción deducida, es decir, cambiar la demanda, hasta antes de que el demandado la conteste, y reformarla hasta antes de que empiece a decurrir el término de prueba, así también el demandado puede reformar sus excepciones y aun deducir otras perentorias, hasta antes de que empiece a decurrir dicho término.

De este modo, se mantiene el principio de igualdad de las partes ante la ley.

El Art. 105 dispone que esta reforma o ampliación puede hacerse hasta "antes de recibida la causa a prueba", es decir, hasta antes de que se dicte el auto de prueba; pero estimamos que puede hacerse hasta "antes de que empiece a decurrir el término de prueba", en virtud de ese principio de igualdad a que ya nos hemos referido, y porque las providencias judiciales surten efecto sólo desde que se las notifica a las partes en el juicio.

Peñaherrera enseña que:

> "Si el rebelde comparece en el intervalo entre el auto que le declara tal y la recepción de la causa a prueba, sí podrá deducir excepciones, aprovechando de la regla del Art. 133 (105 actual), que permite al demandado modificar sus excepciones y aun deducir otras. Considera el legislador que el pe-

ríodo de la litiscontestación subsiste hasta el momento en que, recibida la causa a prueba, comienza el segundo período del juicio; y en aquel período, en el de la litiscontestación, bien puede el demandado hacer uso de la susodicha disposición legal; tanto más cuanto, según hemos observado, el silencio del demandado, su no contestación, debe interpretarse y se interpreta como una negación tácita de la demanda. Y si después de la negación expresa, puede el demandado modificar su contestación, cambiando sus excepciones o agregando otras, no hay razón para que no pueda hacerlo después de la negación tácita". (221)

Art. 106.—En la contestación podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere; pero después de tal contestación sólo podrá hacerlos valer en otro juicio.

Referencias:

Contestación: Art. 103.
Demandado: Art. 33.
Reconvenir: Arts. 8, 420, 527 y 904.

914.—**Comentario. Al contestar, el demandado puede reconvenir.**—La reconvención es la demanda que el demandado propone contra el actor, al tiempo de contestar a la demanda.

La reconvención es conexa o inconexa.

Conexa es la que se deriva de la misma causa en que se funda la demanda, o que es de tal modo relacionada con ésta, que, propuesta separadamente, daría lugar a la acumulación de autos.

Inconexa es la que no se encuentra en ninguno de esos casos. (222)

Guasp enseña:

Acumulación sucesiva por inserción de pretensiones (ampliación de demanda, reconvención).

I. La acumulación sucesiva por inserción de pretensiones

(221) "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo III, pg. 463.
(222) "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo III, pg. 465.

se da por definición, cuando a una pretensión hecha valer en un proceso se **añade o incorpora** otra aún no deducida judicialmente. Según que la inserción proceda del primitivo demandante o del primitivo demandado, se tienen los casos de la ampliación de demanda o de la reconvención, respectivamente. Pero todavía puede ocurrir que la inserción de la pretensión nueva proceda de un tercero, ya que, precisamente en el caso de la tercería, se produce una pluralidad de objetos procesales.

II. El actor puede, no sólo acumular en la demanda inicial cuantas pretensiones le competen frente al demandado, sino verificar esta adición en un momento ulterior, siempre que no rebase un determinado límite de procedimiento. Ello se realiza mediante la llamada **ampliación de demanda**, que puede llevar a cabo el demandante en cualquier momento, antes de que sea contestada la demanda inicial...

III. Cuando la inserción de la nueva pretensión en un proceso ya en marcha procede no del actor, sino del demandado, se está ante la figura que legal y doctrinalmente se llama **reconvención.**

a) Reconvención es, en efecto, la pretensión procesal interpuesta por el demandado frente al actor. No es una simple forma de oposición ni puede por ello concebirse como un tipo singular de excepción; es una verdadera reclamación de fondo, dirigida al órgano jurisdiccional, cuya característica estriba solamente en que su sujeto activo es el sujeto pasivo de otra pretensión anterior. Por ello, la naturaleza jurídica específica de este fenómeno se encuentra únicamente en ser un caso particular de la pluralidad de objetos procesales, y más precisamente de la inserción de pretensiones, siendo imaginable teóricamente, a su respecto, tanto la forma simple como la alternativa y la eventual o subsidiaria. De donde se deduce que el fundamento de la reconvención es el mismo de toda acumulación: el mantenimiento de la armonía y la economía procesales dentro de los límites queridos por cada derecho positivo". (223)

Por la reconvención, el demandado aumenta objetivamente el proceso pendiente; no subjetivamente, porque la reconvención no puede proponerse sino sólo contra el actor ya existente.

---

(223) "Derecho Procesal Civil", pgs. 268 y s.

Como la reconvención es la demanda contraria que el demandado formula contra el actor, aprovechando del juicio iniciado por éste, la reconvención ha de reunir todos los requisitos de una demanda, y hace que el reconvenido adquiera también la calidad de demandado, respecto de la reconvención, con todos los derechos y cargas de demandado.

Por esto, a la reconvención se le llama también contrademanda, y se la define como "pretensión que el demandado deduce al contestar la demanda, por la cual se constituye a la vez en demandante del actor, a fin de que se fallen las dos pretensiones en una sola sentencia".

El juez de la acción es juez de la reconvención, siempre que no sea incompetente por razón de la cuantía o de la materia sobre que versa la reconvención. Sin embargo, se prorroga la competencia de los jueces provinciales sobre los asuntos de menor cuantía que se les sometan por reconvención.

Esta facultad del demandado, de reconvenir, se funda en el principio de economía procesal.

Si el actor puede deducir en la demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias o incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación, a menos que, en este último caso, el actor pida que todas se sustancien por la vía ordinaria, es decir, si el actor, por economía procesal, puede acumular acciones, y, en consecuencia, en lugar de seguir un juicio por cada acción, puede seguir un solo juicio por varias acciones, el demandado también, por economía procesal, puede deducir su acción contra el actor, en el mismo juicio propuesto por éste; juicio en el que, por lo mismo, se conocerán y resolverán tanto la demanda como la reconvención.

Pero la reconvención se ha de proponer sólo al contestar a la demanda. Después de la contestación, ya no puede proponerla; y la acción respectiva tendrá que hacerla valer en otro juicio.

Respecto del juicio ordinario, el Art. 420 dispone que:

> "Si, al tiempo de contestar a la demanda, se reconviniere al demandante, se concederá a éste el término de quince días para contestar a la reconvención".

Por la naturaleza del juicio ejecutivo, según el Art. 527, no cabe reconvención en este juicio, sino cuando se la deduce en el

término de proponer excepciones y apoyada en título ejecutivo.

Asimismo, según el Art. 904, en el juicio verbal sumario no se admite la reconvención, quedando a salvo el derecho para ejercitar por separado, la acción correspondiente.

En virtud de la reconvención, el demandado amplía el objeto del juicio; el juez tiene que resolver dos demandas; la del actor, que es la demanda propiamente dicha, y la del demandado, que es la reconvención.

Art. 107.—Las excepciones perentorias y la reconvención se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltas en la sentencia.

Referencias:

Excepciones perentorias: Arts. 100 y 102.
Reconvención: Arts. 8, 106, 420 y 527.
Sentencia: Art. 289.

915.—**Comentario. Trámite conjunto de la demanda y la reconvención.**—En este caso, el juicio comprende dos asuntos principales: el de la demanda y el de la reconvención.

Si, por economía procesal, se permite la reconvención, ésta y la demanda se han de discutir al mismo tiempo y en la misma forma que la demanda.

La sentencia, por tanto, ha de resolver dos asuntos principales: la demanda y la reconvención.

La reconvención no altera la cuantía del juicio, la que se determina por el valor del asunto a que la demanda se refiere.

Art. 108.—Después de contestada la demanda, el actor no podrá desistir del pleito, sino pagando al demandado las costas y en la forma prescrita en este Código.

Referencias:

Contestada la demanda: Arts. 102, 103 y 105.
Actor y demandado: Art. 33.
Desistir: Art. 402.
Forma prescrita: Arts. 403 y 404.

916.—**Comentario. Desistimiento de la demanda.**—Desde que

empieza a decurrir el término de prueba, el actor no puede alterar la demanda, ni el demandado puede alterar la contestación a la demanda.

Antes, el actor puede cambiar la acción deducida en la demanda, hasta antes de que se conteste a la demanda, y, posteriormente, puede reformarla, hasta antes de que empiece a decurrir el término de prueba.

Asimismo, el demandado, en la contestación a la demanda, puede reconvenir y reformar sus excepciones y aun deducir otras perentorias, hasta antes de que empiece a decurrir el término de prueba.

Si, después de contestar a la demanda, el actor no quiere seguir el juicio, puede desistir de la demanda.

El desistimiento es la separación expresa de sostener la demanda o un recurso.

Para que el desistimiento sea válido, se requiere:

1º—Que sea voluntario y hecho por persona capaz;

2º—Que conste en los autos y reconozca su firma el que lo hace; y,

3º—Que si es condicional, conste el consentimiento de la parte contraria para admitirlo. (Art. 403).

No pueden desistir del juicio, en lo absoluto:

1º—Los que no pueden comprometer la causa en árbitros; y,

2º—Los que intenten eludir, por medio del desistimiento, el provecho que de la prosecución de la instancia pudiera resultar a la otra parte o a un tercero. (Art. 404).

El desistimiento es un modo anormal o extraordinario de poner fin a la relación procesal, al juicio.

POTENTIOR EST
FUNDADA EN 1620
QUITO

JURISPRUDENCIA

917.—MIENTRAS NO SE LE DECLARE REBELDE, EL DEMANDADO PUEDE PROPONER LAS EXCEPCIONES QUE A BIEN TUVIERE

"Enero de 1887.—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".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 156, pg. 1248.

Del mismo texto es el fallo expedido en el juicio León-Palacios, que se publica en el Nº 68 de la 2ª serie, pg. 541.

En este caso, en virtud de la apelación propuesta, el auto que declara rebelde al demandado no está ejecutoriado.

Ya vimos que, según el Art. 105, aun ejecutoriada la providencia que declara rebelde al demandado, pero antes de que empiece a decurrir el término de prueba, el rebelde puede deducir excepciones perentorias. En consecuencia, con mayor razón puede hacerlo si aún no se ha ejecutoriado el auto en el que se le declaró rebelde.

918.—EFECTOS DE LA CONTESTACION SIMPLE O ABSOLUTAMENTE NEGATIVA

"Marzo de 1889.—La negativa simple del derecho de los actores, que la contestación del demandado 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 incidencia, no pueden ser consideradas en este fallo".

El fallo de primera instancia dice:

"En lo principal, a la demanda de devolución de los predios, antes vinculados..., el demandado, sin oponer ninguna excepción especial, se redujo a negar el derecho de los actores a la entrega de aquellos predios, por sucesión del Sr..., en quien, dicen, terminó el gravamen de la vinculación, dejándole de propietario absoluto. Este derecho era, por tanto, el único que había que comprobar, y al efecto..."

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 26, pg. 205.

Según el Art. 293, la sentencia debe decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis.

En el presente caso, ésta no se trabó sobre la renuncia y la prescripción; excepciones a las que los demandados se han referido incidental y posteriormente a la contestación a la demanda; por lo mismo, como resuelve la Corte, estas alegaciones no constituyen excepciones y no pueden ser consideradas como tales, en la sentencia.

919.—1) CUANDO LA CONTESTACION A LA DEMANDA ES SIMPLEMENTE NEGATIVA, LA DISCUSION SE CONTRAE UNICAMENTE A LA EXISTENCIA DE LA OBLIGACION

"Marzo de 1888.—Cuando el reo contestó a la demanda, su respuesta fue simplemente negativa; y si es verdad que, en este caso, la discusión tenía de contraerse únicamente, a la

existencia de la obligación, de conformidad con lo que ordena el Art. 509 del Código de enjuiciamientos en materia civil, lo es también que, cuando una parte interesada reconoce a favor de la otra tal o cual cantidad y pide que se le abone, debe acogerse este reconocimiento, en la sentencia".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 149, pg. 1189.

920.—2) CUANDO LA CONTESTACION A LA DEMANDA ES ABSOLUTAMENTE NEGATIVA, NO SE CONTROVIERTE NADA SOBRE EXCEPCIONES RELATIVAS A HABERSE EXTINGUIDO LA OBLIGACION

"Marzo de 1916.—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".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 117, pg. 2173.

921.—3) SI LA CONTESTACION ES ABSOLUTAMENTE NEGATIVA DE LA DEMANDA, NO SE ALEGA NINGUNA EXCEPCION EXTINTIVA DE LAS DETERMINADAS EN EL CODIGO CIVIL

"Junio de 1917.—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".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 173, pg. 2619.

En todos estos tres casos, la negativa de los fundamentos de la demanda, ha hecho que el asunto controvertido sea el de que si se contrajo o no la obligación cuyo cumplimiento se ha demandado, y no otro.

Por lo mismo, resulta extraño al juicio todo asunto relacionado con la extinción de la obligación.

A pesar de esto, como se resuelve en el primer caso, si el actor reconoce que se ha hecho un pago parcial y pide que se lo tome en cuenta, el juez tiene que aceptar este pedido del actor.

La resolución final del caso tercero, se funda en el Art. 115, inciso segundo, que dispone que, cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.

922.—1) EL SILENCIO DEL DEMANDADO DEBE CONSIDERARSE COMO NEGATIVA PURA Y SIMPLE DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO EN QUE SE APOYA EL ACTOR

"Junio de 1951. La contestación de la empresa de los ferrocarriles del Estado, entidad demandada, debe considerarse como pura y simplemente negativa de los fundamentos de hecho y de derecho en que se ha apoyado el actor, puesto que no hubo contestación expresa, por no haber concurrido la parte demandada a la audiencia de conciliación respectiva".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 1, pg. 32.

923.—2) LA REBELDIA IMPLICA NEGACION DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

"Enero de 1953. El querellado no concurrió a la junta de conciliación, diligencia en la que debió proponer excepciones, razón por la que fue declarado rebelde. Dicha rebeldía implica negación de los fundamentos de la demanda, por lo cual estaba obligado a comprobar la querellante, todos los hechos que prescribe la ley para el ejercicio de la acción posesoria que tiene por objeto la recuperación de la posesión. Trabada la controversia en la forma preindicada, para resolver, se considera:..."

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 3, pgs. 276 y s.

924.—3) EL SILENCIO DEL DEMANDADO IMPLICA NEGATIVA PURA Y SIMPLE DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA DEMANDA

"Setiembre de 1956. Se ha trabado la litis con la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda que implica el silencio de la parte demandada por no haber concurrido a la audiencia de conciliación, a pesar de encontrarse debidamente notificada, en la cual se declaró su rebeldía".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 12, pgs. 1153 y s.

925.—4) LA FALTA DE COMPARECENCIA DEL DEMANDADO A LA AUDIENCIA DE CONCILIACION EQUIVALE A CONTESTACION NEGATIVA DE LOS FUNDAMENTOS DE DE LA ACCION PROPUESTA

"Marzo de 1957. Trabada la litis con la contestación negativa de los fundamentos de la acción propuesta, que a eso equivale la falta de comparecencia del demandado a la junta de conciliación..."

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 13, pgs. 1246 y s.

926.—5) EL NO CONTESTAR A LA DEMANDA SE ESTIMA COMO NEGATIVA DE LOS FUNDAMENTOS DE ELLA

"Enero de 1957. Citado legalmente el representante de la sociedad demandada no concurrió a la audiencia de conciliación y, por consiguiente, no contestó a la demanda, lo que se estima como negativa de los fundamentos de ella".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 13, pgs. 1268 y s.

927.—6) LA REBELDIA IMPLICA NEGACION DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

"Junio de 1957... Pide la ampliación de la sentencia dictada en el juicio de trabajo seguido..., en lo relativo a la responsabilidad solidaria declarada en el fallo de primera y en lo

relativo a que ni el heredero ni el albacea testamentario de una sucesión están obligados a responder con sus bienes propios, por haber aceptado la herencia con beneficio de inventario. Para resolver se considera: ... acerca del segundo punto, no procede la ampliación solicitada porque no fue materia controvertida, ya que no se lo dedujo como excepción ni puede considerarse comprendida en la negación que implica la rebeldía en que incurrió el demandado con su ausencia en la audiencia de conciliación. Este punto se plantea como alegación en tercera instancia sin que pueda considerarse esta circunstancia como controversia sobre la que deba hacer declaración alguna el fallo, pues, ella se fija en la traba de la litis".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 14, pgs. 1375 y s.

Acertadamente, nuestro Tribunal Supremo ha mantenido la doctrina de que, el silencio del demandado no autoriza para tener por confesados los hechos que el actor establece en la demanda; y que, al contrario, dicho silencio debe considerarse como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya el actor.

Esta doctrina sigue el derecho procesal español actual. "La rebeldía no implica el allanamiento a la demanda, ni lleva como consecuencia obligada la condena del rebelde", dice una sentencia del Tribunal Supremo de España, de 28 de mayo de 1914.

928.—SI EL EJECUTANTE CONVIENE CON LA TERCERIA EXCLUYENTE, EN TODO LO QUE LEGALMENTE CORRESPONDA AL TERCERISTA, NO RECONOCE LA LEGALIDAD DE LA DEMANDA, ES SOLO ACEPTACION DE LO QUE, A JUICIO DEL JUEZ, FUERE LEGAL EN EL ASUNTO CONTROVERTIDO

"Abril de 1926.—En la contestación que de parte del ejecutante se dió a la tercería, después de impugnarla, ya en lo tocante a la escritura de emancipación económica, por haber excluído la tercerista gananciales obtenidos durante el matrimonio, no obstante que la exclusión puede únicamente hacerse

de bienes patrimoniales, ya por no haberse presentado los títulos suficientes, se dijo: "sea de lo dicho lo que fuere, y aun cuando debiera rechazarse de plano la tercería por haberse presentado títulos que por sí solos no hacen fe, ni se ofrece con juramento presentar los complementantes, me convengo con la tercería en todo lo que legalmente le corresponda a la tercerista como bienes subrogados al valor neto de los derechos y acciones hereditarias de ella; y que en lo demás continúe la ejecución, como, por ejemplo, sobre el edificio y maquinaria del molino que no tienen traba de ninguna clase a excepción de la hipoteca hecha al Sr..., mucho antes de las escrituras de que ha tratado en éste, sin excepcionar el área de terreno"... El haberse convenido el ejecutante con la tercería en todo lo que legalmente corresponda a la tercerista como bienes subrogados al valor neto de sus derechos y acciones hereditarios, no es reconocimiento de la legalidad de la tercería, ni en todo ni en parte, sino aceptación de lo que, a juicio del juez, fuere legal en la subrogación alegada por la tercerista".

En verdad, no se trata de un allanamiento a la demanda, pues, en definitiva, lo que el ejecutante hace es convenir en la tercería en todo aquello que legalmente haya podido excluir la tercerista; por lo que al juez corresponde determinar esto, o sea lo legalmente excluído, que es aquello que acepta el ejecutante.

929.—DE LA PROVIDENCIA EN QUE SE DECLARA QUE LA DEMANDA ES CLARA Y PRECISA, NO SE PUEDE INTERPONER RECURSO ALGUNO

"Enero de 1957.—El juez provincial declara, en la providencia de..., que dicha contestación a la demanda es clara y precisa, como exige el Art. 1135 del Código de Procedimiento Civil. Esta providencia se notificó a las partes el... y de ella interpuso el demandante el recurso de apelación juntamente con el de nulidad... Para resolver se considera: 1º LAC fue declarado parte legítima en la resolución dictada por el juez provincial a fs..., ordenando que no se cuente más con los curadores ad litem, providencia de la que no apeló ninguna de

las partes, habiéndose ejecutoriado por esa razón; 2º El actor interpuso el recurso de apelación de la providencia expedida el..., en la cual el juez provincial declara que la contestación que L da a la demanda, es clara y precisa; pero de esa providencia no se puede interponer, menos conceder, ningún recurso, por prohibirlo expresamente los Arts. 103 y 1135 del Código de Procedimiento Civil. Por estos fundamentos, se revoca el auto de que se ha recurrido y se ordena devolver el proceso para que el juez provincial continúe la sustanciación de la causa".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 13, pgs. 1257 y s.

En efecto, el Art. 103 dispone que el juez ha de cuidar que la contestación a la demanda sea clara y que las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen; que si encuentra que la contestación no reúne estos requisitos, ha de ordenar que se los llene, precisando los requisitos omitidos; y que esta providencia no será susceptible de recurso alguno.

Asimismo el Art. 1134 dispone que el juez, en todo asunto, ha de examinar y declarar si la demanda o solicitud inicial reúne o no los requisitos legales para calificarla de clara y precisa; y que lo mismo ha de hacer respecto de la contestación a la demanda y de la reconvención; y que, de la providencia que dicte no habrá recurso alguno.

930.—EXCEPCIONES OBSCURAS E IMPRECISAS

"Marzo de 1957.—Las alegaciones del arrendatario sobre improcedencia de la acción e incumplimiento del contrato, no constituyen reconvención, como asegura la Corte Superior, sino excepciones, fundadas en el Art. 1545 del Código Civil; pero, al proponerlas el demandado, no explica en qué consisten, faltando claridad y precisión y contraviniendo a la regla establecida en el Art. 103 del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual no hay materia para considerarlas y resolverlas, puesto que la sentencia debe resolver únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis, de acuerdo con lo que prescribe el Art. 293 del Código citado".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 13, pg. 1276.

En verdad, el Art. 103 dispone que la contestación ha de ser clara, y las excepciones han de contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen; y, en el presente caso, el demandado no ha cumplido este precepto, y, por esto, la contestación a la demanda no es clara ni precisa; por lo que el juez no puede considerar ni resolver las excepciones así deducidas

931.—LA RECONVENCION DEDUCIDA DESPUES DE CONTESTADA LA DEMANDA, NO PUEDE SER RESUELTA EN LA SENTENCIA DEL JUICIO EN QUE SE LA PROPUSO

"Junio de 1890.—La reconvención de fs. 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".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 154, pgs. 1228 y s.

Este fallo no hace sino aplicar el Art. 106, que dispone que, en la contestación podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere; pero después de tal contestación sólo podrá hacerlos valer en otro juicio.

932.—EL JUEZ NO PUEDE DEJAR DE RESOLVER SOBRE UNA RECONVENCION PORQUE EL DEMANDADO CONFIESA QUE ESTA VERSA SOBRE ASUNTOS QUE HAN SIDO SOMETIDOS A OTROS JUICIOS, PENDIENTES UNOS Y TERMINADOS OTROS, NO CONEXOS CON LA DEMANDA PRINCIPAL

"Primera instancia.—Noviembre de 1886.—Versando la reconvención 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.

Tercera instancia.—Junio de 1889.—En orden a la reconvención se considera: Que MM impidió la tradición legal de la cosa vendida con su oposición a la inscripción de la citada escritura; y que no habiendo FB salido a la defensa estando citada, deben pagarse a U, con el interés legal, todos los desembolsos que hizo en dicho pleito, hasta la fecha en que se verificó la inscripción: Que aunque U fue condenado, por sentencia que causó ejecutoria, a seguir pagando las pensiones de arrendamiento que se le reclamaron, no constando que FB hubiese sido citada para que saliera a la defensa, no puede declarársele 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 U, según aparece de autos. Nótase igual falta en los otros pleitos mencionados en la reconvención. Así que, aun cuando todos ellos hubieran sido desfavorables al demandado, no podría darse a la B por obligada al saneamiento de los perjuicios que el primero dice haber sufrido a consecuencia de tales juicios. Por tanto, ..., se reforma la sentencia recurrida, confirmándola en la parte relativa a la rescisión, y acogiendo la reconvención en los términos del presente fallo".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 24, pgs. 190 y s.

Al contestar a la reconvención, el demandado negó los fundamentos de ella.

Así trabada la litis, el juez debía resolver la reconvención, aunque el reconveniente haya declarado que la reconvención versa sobre puntos que han sido propuestos ya en otros juicios, unos en trámite y otros terminados, y que nada tienen que ver con el de rescisión; pues, el Art. 293 dispone que la sentencia debe decidir todos los puntos sobre que se trabó la litis, y por lo que manda el Art. 107.

933.—NO OBSTA LA RECONVENCION PROPUESTA EN JUICIO ORDINARIO, PARA QUE EL ACTOR PUEDA PASAR DE ESTA VIA A LA EJECUTIVA

"Abril de 1924.—El documento reconocido de la foja primera, en que se fundó la demanda ordinaria de fs. 3, contiene

una obligación que reúne los requisitos legales para ser exigida ejecutivamente; por lo que NU pudo ejercer el derecho de pasar de la vía ordinaria a la ejecutiva, como en efecto lo ejerció por medio de su solicitud de fs. 10, sin que haya obstado la reconvención de fs. 8, propuesta por MP, por cuanto la disposición contenida en el inciso 2º del Art. 102 del Código de enjuiciamiento civil no incluye la excepción de que se hubiese reconvenido al actor en la contestación a la demanda ordinaria, atento el carácter absoluto de ese precepto legal. No existe, por consiguiente, la nulidad del proceso que ha alegado el reo, fundándose en el motivo expuesto".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 151, pg. 1209.

En efecto, el inciso primero del Art. 75 determina hasta en qué estado del juicio, el actor puede cambiar o reformar su acción; y el inciso segundo dispone que:

"La disposición de este artículo no se opone a que, en cualquier estado del juicio ordinario, se pase de éste al ejecutivo..."

Este precepto es general; no contiene la excepción de que se hubiese propuesto reconvención en el juicio ordinario, ni ninguna otra.

934.—1) NO ES ADMISIBLE LA RECONVENCION PROPUESTA EN LA TERCERIA EXCLUYENTE DE UN JUICIO EJECUTIVO, YA QUE EL FALLO DEBE RESOLVER SOLO LO CONCERNIENTE AL DOMINIO DEL TERCERISTA

"Segunda instancia.—Setiembre de 1912. La tercería, 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 tercería excluyente no es admisible ninguna otra acción deducida en reconvención, como se ha verificado en el caso actual; pues el fallo consiguiente a tal tercería debe resolver únicamente en orden al dominio del tercerista. En con-

secuencia, las acciones deducidas a fs. 28, debieron ser discutidas y resueltas en cuerda separada. Por los considerandos que anteceden..., se declaran improcedentes las acciones deducidas en reconvención por el ejecutante, a quien le quedan salvos sus derechos para deducirlos en cuerda separada".

Tercera instancia.—Julio de 1915. La sentencia expedida por la Corte de Riobamba, en la causa seguida por RP contra JM, por dinero, y tercería de BL, es legal. Por tanto. ..., se la confirma.

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 93, pgs. 1980 y s.

2) "Junio de 1904.—Según el Art. 562 del Código de enjuiciamientos en materia civil, de cualquiera clase que sea la tercería, ora se proponga en el juicio ordinario, ora en el ejecutivo, es siempre un incidente.—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.—Por lo mismo, toda demanda en reconvención es ajena al procedimiento prescrito por la ley para las tercerías; y, en consecuencia, es improcedente la demanda en reconvención de fs..., la cual ha debido ventilarse, por separado, en el respectivo juicio ordinario".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 107, pg. 855.

935.—3) EN EL JUICIO DE TERCERIA EXCLUYENTE, EL ACREEDOR, EN SU CALIDAD DE DEMANDADO, TIENE EL DERECHO DE OPONER A LA TERCERIA, COMO RECONVENCION, LA NULIDAD DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL DEUDOR Y EL TERCERISTA

"Mayo de 1920. Ningún principio ni ley alguna prohibe el que se alegue, como excepción, la nulidad relativa de los actos y contratos; y, por el contrario, es indudable que el demandado, al hacer valer sus medios de defensa, puede acogerse a la nulidad así absoluta como relativa del acto o contrato en el cual se funda el título del derecho del demandante. En el juicio de tercería, el tercerista tiene la calidad de actor, y son

demandados el ejecutante y el ejecutado; y, por lo tanto, ER, en su carácter de acreedora, tuvo el derecho de oponer, a la tercería, la nulidad del contrato celebrado entre JAE y FA, fundada, desde luego, en el Art. 2459 del Código Civil, que favorece a todo acreedor, a fin de que haga valer sus derechos, bien como demandante, bien como demandado. Por esto y por lo de que no pugna con la ley el que se intente, en el juicio de tercería, una reconvención tendiente a que se reconozca o se deniegue un derecho conexo con el dominio mismo alegado por el tercerista, se estiman improcedentes los fundamentos que, en cuanto a los puntos expresados, contiene el fallo recurrido; y, como de otro lado, según observa el juez de primera instancia, en ese contrato concurren los vicios anotados en el referido Art. 2450, esto es, consta que el contrato se celebró estando de mala fe así el vendedor como el comprador, ya que conocieron el mal estado de los negocios del primero, es legal el fallo de primera instancia, no el de segunda".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 106, pg. 852.

Como se ve de los tres fallos precedentes, la Corte Suprema ha dictado resoluciones contradictorias, respecto de si se puede proponer reconvención al contestar a una tercería excluyente.

La tercería excluyente se sustancia ordinariamente. Es una verdadera demanda propuesta por un tercero en el juicio ejecutivo, contra el ejecutante y el ejecutado.

Estos tienen que contestar a la tercería; por lo mismo, bien pueden ejercitar la facultad que concede el Art. 106, que dispone que, en la contestación podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere.

El ejercicio de esta facultad es tanto más aceptable cuanto que, en el presente caso, la reconvención es conexa.

936.—EN EL JUICIO EJECUTIVO, LA RECONVENCION SE HA DE FUNDAR EN TITULO EJECUTIVO

"Setiembre de 1903.—La escritura de fs. 1ª presta mérito ejecutivo para ordenar el pago de... y sus intereses demandados a LBV; pero no lo presta para disponer que el ejecutante

cumpla con las obligaciones expresadas en la demanda en reconvención ya que en ninguna de ellas concurren los requisitos determinados por el Art. 500, inciso 1º, del Código de enjuiciamientos en lo civil. Así, la sentencia sólo debe resolver todo cuanto concierne a la demanda principal y la excepción de fs. 9, desde que la reconvención es inadmisible, por no fundarse en título ejecutivo".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 161, pgs. 1287 y s.

Este fallo se funda en el Art. 527, que dispone que, no cabe reconvención en el juicio ejecutivo, sino cuando se la deduce en el término de proponer excepciones y apoyada en título ejecutivo.

937.—RECONVENCION INADMISIBLE POR INCONGRUENTE

"Marzo de 1955. Se ha tramitado legalmente la acción reivindicatoria instaurada por... El procurador del municipio llamado a la evicción niega los fundamentos de la acción reivindicatoria, alega su improcedencia y objeta la sentencia que declara la prescripción extraordinaria y aun pide que se declare la nulidad por no haberse seguido el juicio propuesto por MS, con citación del municipio, alegando que éste es el único y verdadero dueño de...; y, propone al mismo tiempo, la reivindicación de... en los que BI ha edificado clandestinamente una construcción de dos pisos... En cuanto a las dos reconvenciones que contienen los escritos de fs. en contra de los actores, se observa que: son insuficientes las pruebas aportadas por el Procurador Síndico, sin que sea procedente la reivindicación o acción de dominio que se alega conforme al Art. 951 del Código Civil, cuanto más que no tuvo derecho a proponer tales reconvenciones, con la extensión que lo hizo, por no haber sido demandada, directamente la municipalidad, como se expresa en el fallo de la Corte Superior, ya que su intervención en este juicio está limitada a los efectos de la evicción previstos por el Art. 1903 del Código Civil, respecto al predio objeto de la demanda de los actores y asuntos jurídicamente congruentes con ella".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 8, pgs. 771 y s.

Demandada la reivindicación de un inmueble, el demandado pidió que se citara al vendedor para que compareciera a defender la cosa vendida.

El vendedor dedujo excepciones y reconvino al actor para que se declarara que el vendedor era el dueño exclusivo de ese inmueble; y le reconvino también la reivindicación de otro terreno.

La Corte resuelve que el vendedor "sin ser directamente demandado, no tuvo además derecho de proponer las reconvenciones, en la extensión que lo hizo, ya que su intervención en este juicio estaba limitada a los efectos de la evicción previstos por el Art. 1834 y correspondientes del juicio para que fue llamado, respecto al predio objeto de la reivindicación y asuntos jurídicamente congruentes con la acción y conexos o pertinentes al mismo predio".

El Art. 1900 del Código Civil dispone que, si el vendedor citado **no compareciere** a defender la cosa vendida, será responsable de la evicción.

El Art. 1901 dispone que, si el vendedor **comparece, se seguirá contra él solo la demanda**; pero el comprador podrá siempre intervenir en el juicio, para la conservación de sus derechos.

El Art 1902 dispone que, si el vendedor no opone medio alguno de defensa y se allana al saneamiento, el comprador podrá sostener por sí mismo la defensa.

De estos preceptos se deduce claramente que el vendedor citado para que comparezca a defender la cosa vendida, resulta verdadero demandado; y, como tal, puede: comparecer a defender la cosa vendida, o no comparecer; y si comparece, puede: defenderse, o allanarse a la demanda.

Si el vendedor resulta demandado, puede ejercitar la facultad que le concede el Art. 106, o sea, reconvenir al actor, por los derechos que contra éste tuviere.

938.—NO ES ADMISIBLE LA RECONVENCION DEL EJECUTADO CONTRA EL EJECUTANTE AL CONTESTAR UNA TERCERIA EXCLUYENTE DE DOMINIO

"Junio de 1957. En el juicio ejecutivo que... sigue contra... por cobro de un crédito hipotecario, la mujer del demandado interpone tercería excluyente de dominio sobre los dere-

chos y acciones que le corresponden en el referido predio, manifestando que se reserva intentar la acción de nulidad del remate, ya que toda la casa es suya por estar construída en un terreno que ella lo adquirió con su propio peculio, no siendo por lo mismo de la sociedad conyugal, conforme lo dispone el Art... Además el ejecutado reconviene al ejecutante por la devolución de lo indebidamente pagado en la ejecución y el reembolso de los gastos causados por ese cobro... La reconvención del ejecutado contra el ejecutante es improcedente en este juicio, ya que el ejecutante no es la parte contraria, sino que ambos, ejecutante y ejecutado, son los demandados frente a la tercerista (Art. 106 del Código de Procedimiento Civil).

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 14, pgs. 1347 y s.

La tercería excluyente de dominio es la demanda que el que asegura ser dueño de una cosa embargada propone contra el ejecutante y el ejecutado.

Estos, al contestar a la tercería, pueden reconvenir al tercerista; pero resulta ilegal e ilógico que, como en este caso, el demandado reconvenga al demandante.

Una tercería así planteada es inaceptable, debe ser rechazada.

939.—SI NO SE TRAMITA LA RECONVENCION, DE CONFORMIDAD CON EL ART. 420, EL PROCESO ES NULO DESDE QUE SE DEJO DE TRAMITARLA

"Febrero de 1958. En el juicio ordinario promovido, para que se declare la nulidad del testamento abierto otorgado por..., el juez se limita a declarar que la contestación a la demanda es clara y reúne los requisitos legales disponiendo, a la vez, que se reciba la causa a prueba por el término legal para que se justifiquen las excepciones dilatorias, sin tomar en cuenta la reconvención planteada, sobre lo cual no ordenó ningún trámite... El demandado alega que al impugnar la maternidad atribuída a... planteó una reconvención, la que no ha sido sustanciada; y el actor expone esa misma opinión en su escrito de fs..., en el que manifiesta lo que sigue: "antes de tramitar las dilatorias se hace necesario determinar si la contestación de

la demanda contiene o no reconvención, a fin de que en caso afirmativo se dé el trámite correspondiente pues la impugnación de la maternidad tiene el carácter de acción y no de simple excepción". No obstante este escrito, presentado después de haberse practicado algunas actuaciones, en el que por primera vez se observa tal omisión, el juez ni siquiera lo consideró, menos resolvió absolutamente nada acerca de lo que se le pidió, y continuó sustanciando el proceso como si no se hubiera propuesto ninguna reconvención. La impugnación de la maternidad es acción, coma la denomina de manera expresa el Art. 335 del Código Civil; la cual, propuesta en la contestación a la demanda, adquiere el significado jurídico de reconvención, atento lo previsto en el Art. 106 del Código de Procedimiento Civil, y debió tramitársela de conformidad con lo que dispone el Art. 420 del mismo Código. Esta omisión influye en la decisión de la litis, porque no se ha dado al actor reconvenido la oportunidad de contestar a la reconvención y de proponer las excepciones de que se creyere asistido; motivo por el cual no se puede resolver sobre la insistente alegación del actor, repetida en esta instancia, acerca de que la impugnación de la maternidad está prescrita, pues la prescripción es una excepción que sólo puede proponerse al contestar la acción o la reconvención y hasta antes de recibirse la causa a prueba, a fin de que forme parte de la traba de la litis y constituya uno de los puntos que deba decidirse en la sentencia, conforme a la regla contenida en el Art. 293 del Código citado. Por estos fundamentos y de acuerdo con lo que dispone el Art. 1136 del mismo Código, se declara la nulidad de lo actuado".

Gaceta Judicial, 9ª serie, Nº 1, pgs. 98 y s.

El Ministro Dr. Camilo Gallegos salvó su voto, en los siguientes términos:

"Me opongo a la nulidad del proceso, por estas razones: 1ª Porque la excepción 3ª descrita en el fallo y deducida, entre otras, en el juicio de nulidad del testamento otorgado por... propuesta por... ofreciendo poder o ratificación de..., hijo ilegítimo de la testadora, contra..., instituído único y universal heredero, es una verdadera excepción y no reconven-

ción como sostiene la mayoría para declarar la nulidad del proceso por lo dispuesto en el Art. 1136 del Código de Procedimiento Civil. Digo que no es reconvención porque: a) el supuesto derecho de impugnar la calidad de hijo ilegítimo en que funda el actor sus acciones, principal y subsidiaria, está ejercido por el demandado como medio de defensa para conseguir que desconocido tal estado civil queden sin fundamento las acciones y denegada la demanda; b) para que haya reconvención, se requiere que el reo al ejercer un derecho al contestar la demanda intente conseguir que se le condene al actor a alguna prestación a su favor; c) en el caso, se desprende claramente que lo que quiere conseguir con la impugnación es que el testamento cuestionado surta efecto y el actor pierda sus derechos para intentar las acciones, quedando, en consecuencia, el excepcionante de dueño de la herencia que se disputa, mas nunca que el actor quede obligado a dar o hacer algo a favor del demandado, condición esencial para que exista reconvención; d) la circunstancia de que el Art. 335 del Código Civil al reglar la maternidad disputada y conceder el derecho de impugnarla a cualquiera persona a quien la maternidad putativa perjudique "denomine" acción, no implica en manera alguna que haya querido decir que el derecho de impugnar se lo haya de ejercer sólo en forma de acción, excluyendo el ejercicio del derecho reconocido por tal artículo 335 para que en el caso de ser demandado, tenga que hacerle valer como excepción o medio defensivo; e) el ejercicio del derecho en forma de excepción se lo ha empleado legalmente en ese caso, como prevé clara y lógicamente el Art. 209, inciso segundo del mismo Código Civil, que al tratar de la impugnación de la legitimidad del hijo nacido dentro del matrimonio, dice: "si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes, sin contradicción del pretendido hijo legítimo, podrán oponerle las excepciones de ilegitimidad en cualquier tiempo en que él o sus herederos le disputaren sus derechos". El caso previsto por esta disposición para detener con excepción una demanda fundada en la calidad de hijo legítimo, me parece indudablemente, análogo al de este juicio en que discute LAE a quien está en posesión de los bienes de la testadora, fundándose en su calidad de hijo ilegítimo, y cuya impugnación se la deduce como excepción para impedir sus acciones;

y f) no alcanzaría a comprender la razón para que la ley quisiere que la impugnación de legitimidad del hijo nacido en matrimonio pueda, en el caso previsto, deducirse como excepción y, en igual caso, la impugnación de la ilegitimidad del hijo únicamente pueda proponerse como acción; 2º Según lo anterior, no hay motivo de nulidad, ya que no hubo reconvención..."

Se demandó en juicio ordinario, la nulidad del testamento otorgado por VEE v. de A.; y, en subsidio, para que se declare la incapacidad del heredero instituído, presbítero JRC, en virtud de que éste ha confesado antes y durante la enfermedad a la testadora; y, asimismo en subsidio, para que se deje sin efecto la institución de heredero único y universal a favor del presbítero, pues que el actor, como único hijo de la testadora, es también el único y universal heredero de ella y como tal tiene derecho no solamente a la legítima rigorosa sino a la legítima efectiva.

El demandado, en la contestación a la demanda, entre otras expresiones, dice: "Conforme lo dispuesto por los Arts. 295, causas primera y segunda, 236, causa segunda, 333, numeral primero y Art. 335 del Código Civil, impugno la maternidad que se quiere atribuir a la señora VE v. de A, con respecto al ahora llamado..."

El actor propuso la demanda asegurando ser hijo ilegítimo de la testadora. El demandado impugnó la maternidad de ésta, respecto del actor.

Esta impugnación tiene por objeto destruir en todo las acciones propuestas.

Por lo mismo, creo que la impugnación constituye una excepción perentoria y no una reconvención.

James Goldschmidt enseña que:

> "Se entiende bajo este nombre (reconvención) la pretensión que el demandado hace valer durante el curso del proceso contra el demandante, con propósitos de atacarle, diferente en su esencia de la pretensión contenida en la demanda, pero que se ejercita a fin de que se ventile juntamente con ella, aun cuando no se la designe concretamente con el nombre de "reconvención". (224)

(224) "Derecho Procesal Civil", pg. 328.

Respecto de tan importante problema, Prieto Castro enseña:

"1. En nuestro Derecho, la posibilidad de proponer reconvención se limita, implícitamente, a los procesos en que el objeto sea un pronunciamiento sobre una relación jurídica controvertida, de la que deriven derechos subjetivos materiales para la persona, excluyéndose todos los demás, en particular los que versen sobre medidas cautelares. (1)

Y delimitado así el objeto, es preciso estudiarlo en su relación negativa y positiva con el de la demanda.

A) **En el** aspecto negativo se requiere que ese objeto sea distinto del de la demanda primitiva, o, en otros términos, que el demandado ejercite una acción independiente que pudiera ser materia de una demanda en un proceso separado donde no cupiese alegar litispendencia, pretendiendo la efectividad de un derecho respecto del primer actor. Si esto no ocurre, no existirá reconvención, aunque así se la denomine. Y esta idea, recalcada por el Tribunal Supremo (2), tiene especial importancia en nuestro Derecho (tanto en sentido afirmativo, para deducir que hay reconvención, como en el negativo, para concluir que no la hay), porque está admitida —jurisprudencialmente— la **implícita**, es decir, la que no aparece formalmente propuesta de modo externo visible (según se dice después).

a) En algunos casos la apariencia podría llevar a confundir la mera defensa del demandado contra la acción del demandante, con el ataque de la reconvención. Para evitar la confusión —por encima del aspecto y de las falsas denominaciones— deberá examinarse atentamente si el demandado formula de su parte alguna petición de tutela jurídica o si, por el contrario, de manera más o menos clara, se limita a solicitar que sea desestimada la demanda y él, absuelto, pura y simplemente.

---

(1) En general, en el Derecho comparado se sostiene el mismo principio. Esporádicamente en contra, Loening: Véase su fundamental y amplio trabajo **Die Widerklage im Reichszivilprozess**, ZZPr, 1882 (IV).

(2) Es ya doctrina consagrada la declaración de que no existe verdadera reconvención, aunque así la titule el demandado, si en contraposición al problema de la demanda inicial, no se plantea por el demandado una cuestión nueva (cfr. T.S. 2 julio 1946, 23 de diciembre 1935, 30 abril 1934, etc.); o a la inversa: cuanto no se reduzca a pretender el demandado la absolución de la demanda, es reconvención (T. S. 23 diciembre 1952, 30 enero 1947, 29 mayo 1940, etc.).

b) No habrá, por consiguiente, reconvención aun en el caso de que la defensa del demandado para esas finalidades no se limite a negar (en el amplio sentido de objeción y excepción), sino que consista en oponer una situación de hechos jurídicos (causa) contraria a la recogida en la demanda, como sucedería, en particular, si el demandado, para obtener la absolución de dicha demanda, pide la declaración negativa del derecho, frente a la acción declarativa positiva o a la condenatoria del actor..." (225)

940.—SI EL DEMANDADO NO CUMPLE SU OBLIGACION ANTES DE RECIBIRSE LA CAUSA A PRUEBA, NO PODRA OPONERSE A LA RESOLUCION DEMANDADA

"Enero de 1952. De este modo la doctrina de los comentadores y la jurisprudencia de los tribunales han aceptado como interpretación evidente de la ley el que si tratándose de un pacto expreso de resolución ipso facto, el deudor puede detener la resolución pagando el precio en el término de veinticuatro horas posteriores a la citación de la demanda; tratándose de la mera condición resolutoria, expresa o tácitamente establecida, sin efectos de hecho, el cumplimiento de la obligación puede detener la resolución en cualquier momento del juicio, antes de que se ejecutoríe la sentencia que declare la resolución demandada. Mas, esta doctrina que tiene como antecedente el concepto de los comentadores franceses, quienes atribuyen al fallo el efecto de constitución del derecho, deja al vendedor a merced de la voluntad del deudor, al permitirle que él sea quien elija entre el cumplimiento de su deber o la resolución demandada durante todo el tiempo que dura el litigio, además se encuentra en pugna con el principio de que el juez sólo puede fallar aquello que fue materia de la litis, porque su competencia nace de la litiscontestación y su sentencia debe entenderse dictada al momento de trabarse el litigio. Es por esto más conforme con el fundamento de equidad, que dió origen a la acción resolutoria y con los principios que rigen la litiscontestación y la retroactividad de la sentencia

(225) "Revista de Derecho Procesal" de España, año 1957, Nº 1, pgs. 103 y s.

al momento de trabarse la litis, la tesis según la que, si el demandado no cumple su obligación antes de quedar definitivamente trabada la litis o sea antes de recibirse la causa a prueba, no podrá oponerse a la resolución demandada; dicho período es apto para el cumplimiento de la obligación, porque al recibirse la causa a prueba fenece toda posibilidad de que sea alterada la litiscontestación pues, si bien el actor no puede modificar la demanda después de contestada por el reo éste puede antes de que se reciba la causa a prueba modificar sus excepciones y aun deducir otras perentorias. De todos modos, el cumplimiento de la obligación o pago total del precio es un medio de defensa contra la acción resolutoria y al alegarlo el demandado deduce una excepción perentoria que sólo puede hacerse valer al contestar la demanda, o sea antes de recibirse la causa a prueba. Por estos fundamentos, ...se declara que la consignación hecha por el demandado al momento de contestar la demanda impide la acción resolutoria propuesta".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 2, pgs. 174 y s.

941.—RESOLUCION DE LA CORTE SUPREMA QUE ACEPTA QUE, PODRA EL DEMANDADO CONSIGNAR EL PRECIO COMPLETO, AL DAR CONTESTACION A LA DEMANDA Y HASTA QUE SE RECIBA LA CAUSA A PRUEBA

"La Corte Suprema de Justicia, reunida en Tribunal Pleno, con el objeto de ejercer la atribución que le confieren el inciso 2º del numeral 21 del Art. 53 de la Constitución Política del Estado y el inciso 1º del Art. 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y,

Considerando:

Que en las sentencias dictadas, el 27 de octubre de 1941 en el juicio incoado por Rosa M. Cueva contra Néstor Muñoz, y el 19 de setiembre de 1945 en el proceso promovido por Juan Agustín Unda contra el Dr. Guillermo Bayancela, la Primera Sala resolvió que, solicitada la resolución del contrato de compraventa por falta de pago del precio de la cosa vendida, el demandado puede enervar la acción resolutoria consignando la

cantidad debida, hasta en la última instancia, antes de expedirse el fallo definitivo:

Que en las sentencias expedidas el 25 de julio de 1951 y el 11 de febrero de 1955, en los juicios iniciados por Rafael Vásconez Gómez contra Samuel Izquierdo, y por Petrona Amancha contra José Ignacio Ramos, respectivamente, la Segunda Sala sostiene el mismo criterio; y

Que en la sentencia pronunciada el 30 de enero de 1952 en el litigio por resolución de contrato de compraventa propuesto por Belisario Quito contra Juan Armas, la Tercera Sala decidió que la consignación del precio de la cosa vendida procede hacer en la contestación a la demanda y hasta antes de que se reciba la causa a prueba;

Resuelve:

Art. 1º En los juicios en los que el vendedor, haciendo uso del derecho que le concede el Art. 1933 del Código Civil, demande la resolución del contrato de compraventa, fundado en que el comprador se ha constituído en mora, podrá el demandado consignar el precio completo, que comprende el capital y los intereses adeudados, al dar contestación a la demanda y hasta que se reciba la causa a prueba.

Art. 2º Esta resolución, que se adopta por nueve votos conformes contra ocho, será generalmente obligatoria mientras la ley no disponga lo contrario.

Art. 3º Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial y comuníquese al H. Congreso Nacional, enviándole copia de las actas de las sesiones en las cuales se discutió y aprobó esta resolución.

Dado en Quito, en el Palacio de Justicia, a 22 de marzo de 1957".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 13, pgs. 1287 y s.

Esta resolución consta como inciso segundo del Art. 1930 del Código Civil.

En virtud de ella, la consignación del pago del precio debido constituye un medio de defensa, el cual puede hacerse valer hasta antes de que empiece a decurrir el término de prueba, según el Art. 105 del Código de Procedimiento Civil; dicho pago viene a ser un medio legítimo de extinguir la acción resolutoria de la compraventa por falta de pago del precio.

942.—DESPUES DE RECIBIDA LA CAUSA A PRUEBA, NO SE PUEDE ALTERAR LA CONTESTACION A LA DEMANDA

"Marzo de 1955. Atento el Art. 106 del Código de Procedimiento Civil, el demandado puede reformar sus excepciones y aun deducir otras perentorias, siempre que no se haya recibido la causa a prueba; pero después de esta recepción, es ilegal ejercer esta atribución. El escrito que corre a fs. 12, no sólo contiene una reforma, sino cambio total y evidente de la contestación a la demanda, puesto que contradice fundamentalmente a lo expresado en el escrito de fs. 5, en que el demandado contestó a la demanda; lo cual está prohibido por el citado precepto legal".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 10, pg. 994.

En efecto, el Art. 105 dispone que el demandado puede cambiar o reformar la contestación a la demanda hasta antes de que empiece a decurrir el término de prueba.

En el caso a que este fallo se refiere, el demandado ha cambiado totalmente la contestación, después de recibida la causa a prueba.

En consecuencia, dicho fallo está de acuerdo con la ley.

943.—DESDE QUE SE RECIBE LA CAUSA A PRUEBA PARA LAS EXCEPCIONES DILATORIAS NO PUEDEN DEDUCIRSE OTRAS DILATORIAS; PERO PUEDEN OPONERSE OTRAS PERENTORIAS HASTA ANTES DE QUE SE RECIBA LA CAUSA A PRUEBA PARA LAS PERENTORIAS

"Setiembre de 1957. Atento el Art. 419 del Código de Procedimiento Civil, en los juicios ordinarios, de cuya naturaleza es el presente, los demandados deben proponer conjuntamente las excepciones dilatorias y perentorias de que se crean asistidos; pero no se las tramita y decide al mismo tiempo, sino previamente las dilatorias, y, cuando éstas se las rechaza, de conformidad con lo que disponen los Arts. 421 y 432 del Código citado. Si las excepciones dilatorias versan sobre hechos que deben justificarse, se concede el respectivo término probatorio y desde entonces son inadmisibles otras excepciones, de acuer-

do con lo que estatuye el Art. 105 del mismo cuerpo de leyes; pero esta disposición debe interpretarse en el sentido de que, cuando se reciben a prueba las excepciones dilatorias, sólo éstas son las que posteriormente no se las puede proponer, puesto que únicamente de ellas se trata en la primera etapa del juicio ordinario. Si aun no ha llegado el momento de recibirse la causa a prueba para las excepciones perentorias fundadas en hechos justificables, no sería ni lógico ni jurídico, aplicar a éstas los preceptos legales establecidos para las dilatorias, ni menos decidirse que, por habérselas recibido a prueba, el demandado no puede deducir excepciones perentorias distintas de las propuestas en la contestación a la demanda. De lo que se concluye que cuando se señala término probatorio para las excepciones dilatorias, sólo las de esta clase son las que no se puede proponer, quedando expedita la vía para que el demandado proponga otras excepciones perentorias hasta antes de recibirse la causa a prueba; conclusión que armoniza con el derecho constitucional de defensa y con la previsión del legislador de que pudieran existir otras o nacer nuevas excepciones perentorias después de la contestación de la demanda y antes de que se reciba la causa a prueba, como son las de cosa juzgada, pago y otras semejantes que surtan el efecto de destruir la acción".

Gaceta Judicial, 8ª serie, Nº 15, pgs. 1507 y s.

En el juicio ordinario, si se han deducido excepciones dilatorias, previamente se tramitan éstas, y sólo cuando han sido negadas definitivamente, se tramitan las excepciones perentorias.

Si las excepciones dilatorias versan sobre hechos que deban justificarse, se debe conceder término de prueba.

También se concede término de prueba si las excepciones perentorias versan sobre hechos que deban justificarse.

El Art. 105 se ha de aplicar con relación a cada término de prueba. En consecuencia, hasta antes de que empiece a decurrir el término de prueba para las excepciones dilatorias, el demandado puede reformar las ya deducidas y aun deducir otras dilatorias; y hasta antes de que empiece a decurrir el término de prueba para las excepciones perentorias, el demandado puede reformar las ya deducidas o deducir otras perentorias.

944.—EL ACTOR PUEDE DESISTIR DE LA DEMANDA, AUN CUANDO NO SEA EL QUIEN HUBIERE INTERPUESTO EL RECURSO DE APELACION

"**Segunda instancia.**—Noviembre de 1910. Según el Art. 442 del Código de enjuiciamientos en materia civil, incumbe desistir del recurso de tercera instancia al que lo ha interpuesto; y por el 447 el desistimiento deja ejecutoriada la resolución de la cual se ha recurrido. El Dr. LC no es quien ha recurrido del fallo de segunda instancia, y el objeto expuesto en el escrito de fs... es distinto del manifestado en el mencionado Art. 447; y, además, ha sido contradicho por JF y PT. Por tanto, no ha lugar al lugar desistimiento de fs...

Tercera instancia.—Diciembre de 1910. Cabe desistimiento de la demanda, conforme al Art. 129 del Código de enjuiciamientos civiles, con la sola limitación puntualizada en el Art. 444 del mismo Código, artículo que armoniza con el primero y lo complementa. El Dr. LC, hábil por derecho, ha desistido de la demanda instaurada contra..., no de la tercera instancia del juicio en que se la ha discutido; y por otra parte, el provecho de que habla el Nº 2º del último artículo debe ser real, actualmente existente, aunque su declaratoria sea eventual o posible, y aquel de que T cree sería privado con el desistimiento no se encuentra en este caso. En esta virtud, revocada la providencia venida en grado, se declara el desistimiento".

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 100, pg. 795.

La demanda es acto del actor; pudiéramos decir que le pertenece el actor. El recurso es acto del recurrente; pudiéramos decir que le pertenece a él.

El actor puede desistir de la demanda; el recurrente puede desistir del recurso interpuesto.

En el presente caso, el demandado interpuso el recurso de tercera instancia; luego sólo él podía desistir de este recurso; sin embargo de esto, el actor pudo desistir de la demanda, como resuelve la Corte Suprema, por las razones ya indicadas.

945.—EL DESISTIMIENTO SOLO PUEDE TENERSE POR TAL, SI CONTIENE LA EXPRESA SEPARACION DEL RESPECTIVO RECURSO O INSTANCIA

"Abril de 1888.—Con arreglo a los Arts. 632 y 637 del Código de enjuiciamientos en materia civil, para que el desistimiento pueda tenerse por tal ha de contener la expresa separación del respectivo recurso o instancia; de tal manera que dicha expresa separación surta el efecto de dejar ejecutoriado el auto o resolución de que se reclamó. Según esto, el retiro de las solicitudes de... no ha podido ser considerado como desistimiento; pues, como su personero lo ha reconocido en esta instancia, el efecto de dicho retiro no es el de dejar ejecutoriado el auto de fs..., impidiendo que volviera a tratarse sobre él, no obstante las reclamaciones que ha ocasionado. Así pues, el juez ha debido limitarse a dar por retiradas las antedichas solicitudes, entrando a resolver sobre las reclamaciones últimamente hechas, en vez de expedir la declaratoria de que tal retiro tiene de producir los efectos de un verdadero desistimiento".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 199, pg. 2827.

El desistimiento es el acto por el cual el actor se separa expresamente de sostener la demanda, o el recurrente se separa asimismo de sostener el recurso interpuesto; desistimiento que se hace para que, en el primer caso, vuelvan las cosas al estado anterior a la demanda; y en el segundo, para que quede ejecutoriada la providencia de la cual se recurrió.

Si una solicitud no contiene la expresa separación de sostener una demanda o un recurso, para que tal separación surta los efectos legales correspondientes, tal solicitud no contiene o no constituye desistimiento.

En el presente caso, no aparece la expresa separación requerida por la ley; se trata sólo del retiro de ciertas solicitudes, o, quizá, mejor dicho, de la expresión de voluntad de dejar sin efecto ciertas solicitudes; por tanto, no existe desistimiento, como resuelve la Corte Suprema.

946.—EL DESISTIMIENTO HECHO CON LOS REQUISITOS LEGALES QUEDA CONSUMADO SIN CONSIDERACION A LA POSTERIOR PROVIDENCIA EN QUE EL JUEZ LO RECONOCE

"Diciembre de 1918.—Hecho el desistimiento de una instancia o recurso por persona capaz y con los otros requisitos del Art. 451 del Código de enjuiciamientos civiles, queda consumado sin consideración a la posterior providencia en que el juez lo reconoce: porque esa providencia no da al acto existencia ni validez, siendo su objeto no más que reconocerlo, y produciendo los efectos legales consiguientes por sí mismo, no por virtud de la dicha providencia, puesto que ellos comienzan desde que ha sido expedida. En el caso de que se trata, la solicitud de CA, sobre insubsistencia del válido desistimiento hecho por su mandatario del recurso de tercera instancia de la sentencia de la Corte Superior, si bien es anterior al auto en que este Tribunal lo reconoce, esto no obstante, es inaceptable, por presentado cuando ya consumado el desistimiento".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 234, pg. 3109.

El desistimiento es un acto complejo en el que se combinan: a) la voluntad del que desiste; b) la conformidad de la parte contraria, para evitar que, por medio del desistimiento, se eluda el provecho que de la prosecución de la instancia pudiera resultar a esta parte o a un tercero; y c) la resolución judicial que reconoce el desistimiento, que lo acepta.

En el presente caso, se ha planteado el problema de si el que desistió puede retractarse antes de que el juez dicte la providencia en la que lo acepte.

Creemos que es posible que el que desistió pueda retractarse hasta antes de que el juez dicte la providencia respectiva.

947.—EJECUTORIADO EL AUTO EN QUE SE DECLARA INSUBSISTENTE EL DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA, NO CABE NINGUN RECLAMO POSTERIOR DEL DEMANDADO, A ESTE RESPECTO

"Octubre de 1924.—En verdad que la actora desistió de su demanda encaminada a conseguir la rescisión del contrato; mas

en el auto de fs... se declaró insubsistente el desistimiento; y, no sólo se ejecutorió esa resolución, sino que el demandado convino expresamente en su solicitud de contestación a la demanda con lo resuelto, exposición que contiene la renuncia de todo reclamo en orden al expresado desistimiento, renuncia que atañe al interés particular del renunciante, como acontece con la prescripción, y no está prohibida".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 159, pg. 1273.

El juez declaró la insubsistencia del desistimiento.

El auto respectivo llegó a ejecutoriarse. En consecuencia, no pudo alterarse en ninguna de sus partes ni por ninguna causa; y, por tanto, el demandado nada pudo reclamar, posteriormente, respecto de tal desistimiento o de tal insubsistencia; más aún si al contestar a la demanda, convino con la providencia que declaró insubsistente el desistimiento del actor.

948.—SI SE TRATA DE UN ASUNTO QUE NO ES DE INTERES PURAMENTE INDIVIDUAL NO SE PUEDE DESISTIR

"Agosto 13 de 1919.—El juicio de separación de bienes no es de interés puramente individual sino que afecta no sólo a los acreedores de la sociedad conyugal sino también a los acreedores de los cónyuges; y aun establece una especie de capacidad o estado civil en la mujer casada para ejecutar algunos actos sin permiso del marido; y por esta razón no se puede comprometer la causa en árbitros ni tampoco desistir, según los Arts. 452 del Código de enjuiciamientos civiles y 72 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, la ley prohibe a la mujer renunciar la facultad de pedir separación de bienes (Art. 148 del Código Civil); y nada más fácil para eludir este precepto que proponer un juicio de separación y desistir de él, quedando la mujer impedida de proponer otra vez el mismo juicio contra la misma persona, por disponerlo así el Art. 454 del Código adjetivo, y burlar así la prohibición indicada".

Gaceta Judicial, 4ª serie, Nº 19, pg. 150.

El Art. 452 del Código de Enjuiciamiento Civil (404 del Código vigente) disponía que, no pueden desistir del juicio en lo

absoluto, los que no pueden comprometer la causa en árbitros.

El Art. 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial entonces vigente, disponía que, pueden nombrar árbitros los que tienen personería legítima para comparecer en juicio por sí mismos, y los mandatarios con poder con cláusula especial.

Además, el Art. 82 disponía que, no pueden ser sometidas a juicio de árbitros las demandas sobre separación de bienes entre marido y mujer.

Hoy, el Art. 125 de la Ley Orgánica de la Función Judicial dispone que, pueden decidirse por árbitros solamente las controversias sobre bienes o derechos trasmisibles por acto entre vivos, o renunciables; y

el Art. 1013 del Código de Procedimiento Civil dispone que, pueden comprometer libremente la causa en árbitros, así como nombrar éstos, los que pueden comparecer en juicio por sí mismos, los mandatarios con poder especial y los representantes legales de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, a quienes la Ley no lo prohibe o no les impone, al efecto, ningún requisito. No tendrán esta facultad los curadores **ad litem.**

Hasta antes del 12 de noviembre de 1958, teníamos la institución de la separación de bienes; la cual podía ser total o parcial. La primera era siempre judicialmente declarada; la segunda podía provenir, por el ministerio de la ley, de una donación, herencia o legado, hecho con la condición precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas, no tenga la administración el marido; o de que, en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes.

A partir de las reformas al Código Civil de la fecha ya indicada, está abolida la "separación total de bienes". En su lugar se estableció la "separación conyugal judicialmente autorizada"; pero subsiste la "separación parcial de bienes".

Según el Art. 185 del Código Civil, la mujer no podrá renunciar, en las capitulaciones matrimoniales, la facultad de pedir la separación conyugal a que le dan derecho las leyes.

En consecuencia, la mujer que demande la separación conyugal judicialmente autorizada, no podrá desistir de la demanda, por lo que dispone el Art. 125 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

DE LAS EXCEPCIONES QUE TIENEN CARACTER INTERNACIONAL

949.—Por las mismas razones que en el derecho interno, en el derecho internacional privado se han establecido tres excepciones que tienen carácter internacional. Estas son: 1) la de incompetencia, 2) la de litispendencia, y 3) la de cosa juzgada.

Algunos países tienen normas precisas al respecto; otros las deducen del texto de su legislación interna y de los principios de justicia universal, y otros las han establecido por medio de acuerdos o convenciones internacionales.

En el que pudiéramos llamar derecho interlatinoamericano, concretado en el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, que es también Código del Ecuador, esta materia está reglada en las siguientes disposiciones:

> "Art. 394.—La litispendencia por pleito en otro de los Estados contratantes podrá alegarse en materia civil, cuando la sentencia que se dicte en uno de ellos haya de producir en el otro los efectos de cosa juzgada.
>
> Art. 396.—La excepción de cosa juzgada que se funde en sentencia de otro Estado contratante, sólo podrá alegarse cuando se haya dictado la sentencia con la comparecencia de las partes o sus representantes legítimos, sin que se haya suscitado cuestión de competencia del tribunal extranjero basada en disposiciones de este Código.
>
> Art. 397.—En todos los casos de relaciones jurídicas sometidas a este Código, podrán promoverse cuestiones de competencia por declinatoria fundada en sus preceptos".

Refiriéndose a la **litis pendencia**, Morelli, en su "Derecho procesal civil internacional", dice:

> "El fundamento de la excepción de litispendencia, tal como está configurado por el Art. 104 del Cód. proc. civ., se vincula a la excepción de cosa juzgada, y consiste en el intento de evitar una inútil duplicación de actividad pública orientada a un mismo fin. La excepción de litispendencia constituye en cierto sentido un complemento del principio de la autoridad irrevocable del fallo, pues como no se puede provocar una nueva actividad procesal sobre una litis ya decidida, así también tienen que derivar un tal impedimento aun de la simple pendencia de un proceso que tenga por objeto la misma litis, si no se quiere, en cambio, en aplicación exclusiva de dicho principio, dar la prevalencia a la sentencia sobre la cual se forme antes la cosa juzgada, quedando así totalmente inutilizada la actividad desarrollada en el otro proceso aunque previamente promovido. Esto demuestra que el problema consistente en ver si la proposición de la demanda puede ser impedida, no sólo por la pendencia de la litis ante una autoridad judicial del Estado, sino también por la pendencia de la litis ante una autoridad judicial extranjera, se debe plantear en relación con la eficacia que en el ordenamiento del Estado se reconoce a las sentencias extranjeras...
>
> El efecto preclusivo del proceso italiano, si no se lo puede reconocer a la pendencia de la litis en el extranjero en virtud de las indicadas normas convencionales puestas en relación con el instituto de la litispendencia tal como está disciplinado por el Art. 104 del Cód. proc. civ., es un efecto que está, en cambio, expresamente establecido por otras convenciones que presentan, con las hasta ahora consideradas, la característica común de atribuir, en concurso de determinadas condiciones, eficacia automática a las sentencias extranjeras. Así, el Art. 8 de la Convención con Suiza del 3 de enero de 1933, hecha ejecutiva por ley del 15 de junio de 1933, n. 743, establece que las autoridades de uno de los dos Estados contratantes deben, a demanda de una de las partes, despojarse de las controversias de que están investidas cuando dichas controversias estén ya pendientes ante una autoridad del otro Estado... Las normas italianas de adaptación a las citadas normas convencionales son

normas de competencia jurisdiccional que, derogando el principio de la irrelevancia de la pendencia de una litis en el extranjero, limitan la jurisdicción italiana, atribuyendo a la pendencia de una litis en el extranjero la calificación de hecho jurídico preclusivo de la jurisdicción italiana. Se concretan en una medida preventiva tendente a salvaguardar la eficacia ante el ordenamiento italiano de una sentencia que se podrá pronunciar en el extranjero, toda vez que impiden, en determinadas condiciones, que por la emisión de una sentencia italiana sobre la misma litis se determine una situación que, no obstante la anterioridad del proceso extranjero, serviría de obstáculo para que la sentencia extranjera fuese eficaz en Italia...

Las normas especiales que nos ocupan, subordinan además el efecto preclusivo de la jurisdicción italiana que atribuyen a la pendencia de la litis en el extranjero, a la demanda de una de las partes, configurando así una excepción en sentido propio..."

Según ciertas convenciones, la litispendencia puede extenderse a las litis conexas, según enseña el mismo Morelli:

"La norma italiana de adaptación al Art. 19 de la Convención con Francia, contiene una particularidad consistente en el hecho de que vincula a la pendencia de una litis en Francia el efecto de precluir la jurisdicción italiana, no sólo sobre la misma litis, sino también sobre las litis conexas con ella por comunidad de título o de objeto. Mientras que, en cuanto se refiere a la hipótesis de identidad de litis, la norma tiene el fin de garantizar la posibilidad de formación de la cosa juzgada, aun para el ordenamiento italiano, mediante el proceso francés previamente promovido, dicha norma, en cuanto se refiere a la hipótesis de simple conexión, tiene el fin de hacer posible que las varias litis conexas, solamente alguna o algunas de las cuales se encuentran pendientes ante las autoridades francesas, sean todas ellas decididas simultáneamente por esta autoridad, con efecto también para el ordenamiento italiano... El efecto preclusivo de la jurisdicción del Estado se puede reconocer también a la pendencia de la litis en el extranjero sobre la base de las convenciones que, determinando los crite-

rios de jurisdicción que deben adoptarse en los ordenamientos de los Estados contratantes, dejan, por la pluralidad de los criterios indicados, subsistir la posibilidad de un concurso entre jurisdicciones de varios Estados. Es lógico reconocer que tales normas internacionales, si admiten la pluralidad de jurisdicciones, no entiendan igualmente admitir la pluralidad de procesos simultáneos para la decisión de la misma litis. Y puesto que, para determinar la prevalencia entre varios procesos simultáneamente pendientes, no hay otro criterio racional que el de la prevención, hay que reconocer que esas normas internacionales, por ejemplo, las contenidas en la Convención de La Haya sobre el divorcio y la separación personal, prohiben al Estado el ejercicio de la jurisdicción para la decisión de una determinada litis, sobre la cual reconocen, sin embargo, en abstracto, la jurisdicción de ese mismo Estado cuando, para la decisión de la misma litis, se haya acudido preventivamente a la autoridad de otro Estado cuya jurisdicción esté asimismo internacionalmente reconocida. Por consiguiente, en el ordenamiento interno se debe reconocer incluída una norma subsidiaria sobre los límites de la jurisdicción que vincula eficacia preclusiva de la jurisdicción del Estado al hecho de la pendencia de la misma litis ante las autoridades de un Estado extranjero, subordinadamente a la condición de que se reconozca por las normas internacionales la jurisdicción de ese Estado sobre la litis". (pgs. 185 y ss.).

La excepción de cosa juzgada se funda en la necesidad de garantizar los derechos declarados en una sentencia ejecutoriada.

La cosa juzgada obsta a que, expedida tal sentencia, se controvierta de nuevo sobre lo mismo.

Según el Art. 396 del predicho Código, la excepción de cosa juzgada sólo podrá alegarse cuando concurran estas dos circunstancias: primera, que la sentencia se haya dictado siempre que en el juicio correspondiente hayan comparecido las partes, por sí o por medio de representante legítimo; y segunda, que no se haya suscitado cuestión de competencia del tribunal extranjero.

Cumplidos estos requisitos, puede alegarse la excepción de cosa juzgada, fundada en que otro Estado contratante ha dictado ya sentencia, que está ejecutoriada, en un juicio seguido entre las

mismas partes y por la misma cuestión de derecho a que se refiere el juicio en que dicha excepción se deduce.

Según el Art. 397, pueden promoverse cuestiones de competencia por declinatoria, fundada en las reglas generales de competencia en materia civil y mercantil, determinadas en los Arts. 318 a 332 del mismo Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante.

Respecto de la declinatoria, ya hemos visto que, toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante el juez de su fuero, y que, si se le demanda ante juez de distinto fuero, puede: 1), declinar la competencia, o sea, **interponer la excepción declinatoria;** 2), acudir a su juez propio para que entable la competencia, o sea, ejercer la acción inhibitoria; y, 3) prorrogar la competencia, cuando sea posible conforme a la ley.

Declinatoria es la petición en que se declina el fuero, o no se reconoce por competente al juez ante quien se actúa.

Deducida la excepción declinatoria, surge una **cuestión de competencia,** o sea, una controversia entre dos o más jueces, para determinar a cuál de ellos corresponde el conocimiento de un asunto.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM SCIENTIARUM PRINCIPIUM ET SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO IV

FORMA DE VICISITUD DEL PROCESO. AUMENTO DEL OBJETO POR AMBAS PARTES

DE LA ACUMULACION DE AUTOS (*)

950.—QUE ES LA ACUMULACION DE AUTOS? Guasp, en el título primero, de la parte general, de su obra, trata de los "sujetos del proceso"; en el título segundo, del "objeto del proceso", y lo divide en dos capítulos, de los cuales, en el primero se refiere a la "unidad del objeto", y en el segundo, a la "pluralidad de objetos", que la considera como "pluralidad de pretensiones", y comprende: 1) la acumulación inicial de pretensiones

(*) JOSE DE VICENTE Y CARAVANTES, "Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de enjuiciamiento", tomo primero, pgs. 510 y s.; SANTIAGO LOPEZ MORENO, "Principios fundamentales del procedimiento civil y y criminal", tomo I, pgs. 359 y s.; JOSE MARIA MANRESA Y NAVARRO, "Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1860", tomo I, pgs. 600 y s.; JOSE CHIOVENDA, "Principios de Derecho Procesal Civil", tomo I, pgs. 709 y s., tomo II, vol. II, pgs. 628 y s.; FRANCISCO CARNELUTTI, "Instituciones del nuevo proceso civil italiano", pgs. 234 y s.; "Sistema de Derecho Procesal Civil", tomo III, pg. 377, tomo IV, pgs. 181, 421 y 487; NICETO ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, "Adiciones" a "Derecho Procesal Civil", de James Goldschmidt, pgs. 330 y 331; LEONARDO PRIETO CASTRO, "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pgs. 169, 244, 280 y 375; JAIME GUASP, "Derecho Procesal Civil", pgs. 271 y s.; MANUEL DE LA PLAZA, "Derecho Procesal Español", tomo I, pgs. 428 y s.; VALENTIN SILVA MELERO, "Nueva Enciclopedia Jurídica", tomo II, pgs. 355 y s.; FERNANDO ALESSANDRI R., "Curso de Derecho Procesal", explicación de clases, sistematizadas y puestas al día por A. Vodanovic H., págs. 184 y s.

(acumulación de acciones); 2) la acumulación sucesiva por inserción de pretensiones (ampliación de demanda, reconvención); y 3) la acumulación sucesiva por reunión de pretensiones (acumulación de autos).

Enseña:

> "I. Si las diversas pretensiones que figuran como objeto plural de un proceso han sido, antes de su acumulación, **hechas valer en procesos** distintos que luego se unifican, el tipo de pluralidad que entonces se produce, dentro de la categoría de la acumulación sucesiva, puede llamarse reunión de pretensiones. La ley la denomina acumulación de "autos" por entender que aquí lo unificado son los procesos mismos, a los que se designa de ese modo, puramente indicativo de la materialidad de los documentos en que el proceso toma cuerpo. Pero no hay que creer por ello que este caso sea de naturaleza distinta al de los anteriores; lo que en él se reúnen siguen siendo pretensiones, aunque, por haber ocurrido que éstas se hayan hecho valer ya procesalmente, esto arrastre consigo la reunión de los correspondientes procesos, con la natural consecuenca de una mayor complejidad y un mayor rigor en el régimen jurídico que a este supuesto se refiere". (226)

Según Prieto Castro, objeto del proceso es el tema que cada una de las partes somete al órgano jurisdiccional, en el proceso, como **contenido de la acción, materia de la demanda** en la que éste se ejercita y **cuestión que la sentencia** (o la resolución pertinente) **decide.**

> "**Objeto singular para el actor.** Por su contenido, el objeto es singular cuando ejerce una única acción, en una **única demanda**, sobre una relación jurídica también única, a efectos de obtener una sentencia de condena, declarativa simplemente o constitutiva.
>
> **Pluralidad de objetos para el actor. Modos de introducir la pluralidad de objetos.**—El actor puede introducir pluralidad de objetos por dos medios: a) mediante la ampliación de la de-

(226) "Derecho Procesal Civil", pg. 271.

manda inicial que sólo contuviese un objeto único u otro cuantitativa o cualitativamente inferior o referente a determinada o determinadas personas. Y b) por el ejercicio de varias acciones y por tanto persecución de múltiples objetos en la misma demanda, contra uno o varios demandados, desde un principio, fenómeno que el derecho positivo llama **acumulación de acciones** (en su doble modalidad de objetiva y subjetiva).

El demandado no propone por su parte, ningún objeto en el proceso o, dicho con otras palabras, se identifica con el propuesto por el actor en el caso de que se **allane a la demanda**, manifestando su conformidad con la pretensión del actor.

Fuera de este caso, el objeto del proceso incoado por el actor es para el demandado obtener la **absolución**, y para el logro de ese fin ha de acudir a razones que afectan al proceso, a la demanda y al fondo de ésta.

El demandado aumenta el objeto del proceso mediante la reconvención.

El actor y el demandado pueden producir el aumento del proceso, por dos medios: primero por la acumulación de procesos separados, para que se sigan, cuando proceda, en un mismo procedimiento; y, segundo, por el planteamiento de una cuestión incidental.

151.—**Acumulación de procesos y sus efectos sobre la competencia territorial.**—A) Acumulación de procesos es un modo de reunir en un **procedimiento único** los objetos, singulares o plurales, de procesos que fueron incoados separadamente, con el efecto de desplazamiento de la competencia hacia el órgano jurisdiccional en favor del cual se realiza la acumulación, cuando los diversos procesos se siguen en una misma localidad, pero en distintos juzgados, y de desplazar la **competencia territorial** si los órganos que intervienen en la acumulación se hallan en distintas localidades. (227)

Aumento del objeto por ambas partes. 219. Por dos medios pueden producir el actor y el demandado el aumento del proceso.

A) El primero de ellos es la acumulación de procesos separados para que se sigan, cuando proceda, en un mismo pro-

(227) "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo I, pg. 169.

cedimiento, los cuales, a su vez, se han podido promover separadamente por el actor, para solicitar después la acumulación, si el ejercicio acumulado de las acciones en una misma demanda no hubiese sido posible por razones de competencia, de falta de idoneidad del procedimiento o de tiempo; y el demandado, por cualquier razón de conveniencia y utilidad puede solicitar la acumulación de otro proceso al actual, pero particularmente cuando no le hubiere sido posible el ejercicio de la reconvención en el proceso pendiente y hubo de incoar otro separado". (228)

La acumulación de autos, llamada también acumulación de pleitos, de procesos, de juicios, es una institución procesal en virtud de la que, dos o más procesos íntimamente vinculados, conexos, seguidos separadamente, se unen en uno solo, para ser resueltos por un mismo juez, en una misma sentencia.

Esta acumulación se funda en la economía procesal, y tiene por objeto evitar que, sobre un mismo asunto, o sobre asuntos conexos, íntimamente relacionados, se dicten fallos contradictorios.

951.—QUIEN PUEDE PEDIR LA ACUMULACION.—Todo el que sea parte legítima en alguno de los juicios a que la acumulación se refiere, puede pedir la acumulación de autos.

El Art. 109 dispone que, se decretará la acumulación de autos, cuando se la solicite por parte legítima.

Para aclarar este concepto, el inciso segundo del Art. 160 de la Ley de enjuiciamiento civil de España dispone que, para este efecto, serán parte legítima los que hayan sido admitidos como partes litigantes en cualquiera de los pleitos cuya acumulación se pretenda.

952.—¿PUEDE DECRETARSE DE OFICIO, O SOLO A PETICION DE PARTE? Según el Art. 109, parece que la acumulación puede decretarse sólo a petición de parte legítima, o sea que no puede decretarse de oficio; pero el Art. 549 dispone que, declarada con lugar la formación de concurso de acreedores o quiebra, en su caso, se ordenará la acumulación de pleitos seguidos contra el deudor, por obligaciones de dar o hacer.

---

(228) Manual de Procedimiento Civil", tomo I, pg. 244.

En consecuencia, en este caso, el juez del concurso de acreedores ha de ordenar de oficio, la acumulación de esta clase de pleitos seguidos contra el insolvente.

Por lo mismo, la acumulación de autos puede decretarse, por regla, a petición de parte legítima; y, de oficio, cuando lo ordena la ley.

953.—CAUSAS QUE DAN LUGAR A LA ACUMULACION DE AUTOS.—Manresa y Navarro dice que la acumulación de autos no puede ni debe ser arbitraria; tiene que fundarse en alguna causa que la justifique y la haga necesaria.

Cuatro son, según el Art. 109, los casos que dan lugar a la acumulación de autos:

1º—Cuando la sentencia que hubiere de dictarse en uno de los procesos cuya acumulación se pide, produciría en el otro excepción de cosa juzgada; o sea, el llamado caso de la cosa juzgada;

2º Cuando en un juzgado haya pleito pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que después se hubiere promovido; o sea, el llamado caso de la litispendencia;

3º Cuando haya un juicio de concurso, al que se hallen sujetos los asuntos sobre que versen los procesos cuya acumulación se pida; o sea, el llamado caso del concurso de acreedores; y

4º Cuando, de seguirse separadamente los pleitos, se dividiría la continencia de la causa, o sea, el llamado caso de la división de la continencia de la causa.

Algunos autores los reducen solamente a dos: al de la litispendencia y al de la división de la continencia de la causa; y otros sostienen que la acumulación de autos está siempre fundada en la necesidad de evitar que se divida la continencia de la causa, y consideran comprendidos en este caso, los otros tres.

Atento el carácter imperativo de la ley, el juez ha de ordenar la acumulación de autos siempre que lo solicite parte legítima y que la solicitud se funde en alguno de los cuatro casos ya indicados.

Analicémoslos separadamente:

1º Cuando la sentencia que hubiere de dictarse en uno de los procesos cuya acumulación se pide, produciría en el otro excepción de cosa juzgada.

"La verdad legal, lo mismo que la moral y la física, no puede ser más que una; en cada negocio, aquella verdad resulta de la cosa juzgada; interesa, por tanto, a la sociedad y al prestigio de los tribunales que no aparezcan dos cosas juzgadas en sentido contrario, o que se rechacen y excluyan mutuamente. Si se promueve un pleito sobre nulidad de un testamento, por ejemplo, y en otro se reclama un legado hecho en ese mismo testamento, como el legado quedará sin efecto si se declara dicha nulidad, es evidente que esta declaración ha de producir la excepción de cosa juzgada en el otro negocio; y para evitar que puedan dictarse sentencias que se excluyan mutuamente, es necesaria la acumulación de los autos en este caso... (229)

Lo mismo sucedería si, en un juicio se demandara el pago del precio, y en otro se demandara la resolución de la compraventa fundada en la falta de pago del precio.

En ambos juicios se discutiría si se debe o no el precio; y, por lo mismo, si en el juicio de pago del precio se declarase que no se lo debe, esta decisión serviría de excepción de cosa juzgada en el juicio de resolución de la compraventa por falta de pago del precio.

Esta causa de acumulación se funda en la necesidad de evitar sentencias contradictorias, como podría suceder si se fallase el pleito sobre el legado, declarando haber lugar a exigirlo, lo que supondría la validez del testamento, y después se fallase la nulidad de éste; así como si se fallase el pleito sobre pago del precio, declarando que no se debe el precio porque ya ha sido pagado, y después se fallase la resolución de la compraventa por falta de pago del precio.

2º Cuando en un juzgado haya pleito pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que después se hubiere promovido.

Los asociados están obligados a concurrir al llamamiento de la autoridad; el citado queda obligado a comparecer ante el juez para deducir excepciones; pero por cada asunto judicial deben comparecer una sola vez, ante un solo juez, y no varias veces, ante el mismo juez o ante jueces distintos.

(229) Manresa y Navarro, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", tomo I, pg. 604.

El acreedor debe seguir un solo juicio contra el deudor, para hacer efectivo su derecho; no puede seguir, al mismo tiempo, varios juicios, contra la misma persona, para conseguir este objeto.

El seguir varios juicios, al mismo tiempo, contra una o varias personas, por un mismo asunto, resulta, en consecuencia, irregular; y, para corregir esta irregularidad, se ha establecido la institución de la acumulación de autos.

Asimismo, de seguir, al mismo tiempo, varios juicios, por un mismo asunto, entre las mismas personas, pudiera resultar que todos los fallos fuesen en el mismo sentido, uniformes. Entonces, para obtener una misma resolución, una resolución uniforme, no hacían falta varios juicios, era suficiente uno solo de ellos.

Y si los fallos que se dictaren en los diferentes juicios, fueran contradictorios, entonces, las partes, y, especialmente el demandado, no sabrían a qué atenerse, porque, por ejemplo, el un fallo le condenara y el otro le absolviera.

Con esto vendría a menos la seriedad, la respetabilidad de la Función Judicial, porque los jueces estarían dictando fallos contradictorios sobre un mismo asunto judicial.

Para evitar esto, y por todas las razones ya indicadas, es útil, es necesaria la acumulación de autos.

Para que haya litispendencia, como ya vimos, es necesario que haya identidad de personas que intervienen en los juicios cuya acumulación se pide, e identidad de lo que se pide y de la causa de pedir, en los mismos juicios.

3º Cuando haya un juicio de concurso, al que se hallen sujetos los asuntos sobre que versen los procesos cuya acumulación se pida.

El juicio de concurso de acreedores es juicio universal, es decir, atrae hacia él a todos los demás que, por obligaciones de dar o de hacer, se siguen contra el insolvente.

Por esto, resulta necesaria la acumulación, o, mejor dicho, que al juicio de concurso de acreedores se acumulen los demás ya indicados.

De este modo, un solo y mismo juez resolverá acerca de la legalidad y preferencia de todos los créditos.

De lo contrario, se produjera el caos, el desorden entre los acreedores y en el estado de los bienes del deudor.

4º Cuando, de seguirse separadamente los pleitos, se dividiría la continencia de la causa.

> "Por **continencia de la causa** se entiende la unidad y conexión que deben existir en todo juicio relativamente a la acción, a la cosa litigada, a la persona del juez, a la de los litigantes, a los trámites y al fallo definitivo. Cuando entre dos pleitos existe tal analogía que, de seguirse por separado, se quebrantaría, se destruiría esa unidad y conexión, se dice que se **divide la continencia de la causa**; y para evitar los inconvenientes que de aquí se seguirían, y el peligro de que se pronuncien fallos contradictorios, debe decretarse la acumulación de autos que tengan entre sí dicha unidad, conexión o analogía". (230)

> "Por continencia de la causa se entiende, según dice Escriche, la unidad que debe haber en todo juicio; esto es, que sea una la acción principal, uno el juez, y unas las personas que le sigan hasta la sentencia. Si ésta se dividiera, pues, se sustanciarían en distintos procesos reclamaciones idénticas, o estrechamente unidas o relacionadas entre sí, lo que ocasionaría gastos y dilaciones perjudiciales, y a veces fallos contradictorios". (231)

954.—CASOS EN QUE HAY CONTINENCIA DE CAUSA PARA LOS EFECTOS DE LA ACUMULACION DE AUTOS.—Seis son estos casos:

1º Cuando hay en los pleitos, propuestos separadamente, identidad de personas, cosas y acciones.

Es evidente que, si existe absoluta identidad entre los juicios cuya acumulación se pide, de seguírselos separadamente, se dividiría la continencia de la causa, o sea, esa unidad que debe existir en todo juicio, respecto del juez, de los sujetos y del objeto del juicio, del procedimiento y del fallo.

---

(230) Manresa y Navarro, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", tomo I, pg. 609.

(231) 'José de Vicente y Caravantes", tratado histórico-crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil", tomo primero, pg. 514.

Estaríamos en este caso si, por ejemplo, X demandara a Y, en un juicio, la reivindicación de un inmueble, y en otro juicio, demandara al mismo Y, la reivindicación del mismo inmueble.

2º Cuando hay identidad de personas y cosas, aun cuando las acciones sean diversas.

Caravantes dice que podría servir de ejemplo de este caso, el de que al demandado se le pidiese por título de compra lo mismo que se le pidió por título de donación o de legado.

Manresa dice que estaríamos en este caso, si, por ejemplo, uno ejercitase en un pleito la acción petitoria, y en otro demandase la posesión de la misma finca, dirigiendo ambas acciones contra una misma persona.

Estaríamos también en este caso, si, por ejemplo, X demàndara a Y la nulidad de una compraventa, porque la cosa materia del contrato adoleciera de vicios redhibitorios **(acción redhibitoria)**, y, en otro juicio, le demandara la rebaja del precio, fundándose en la misma causa, o sea, en la existencia de esos vicios **(actio cuanti minoris)**.

3º Cuando hay identidad de personas y acciones, aun cuando las cosas sean diversas.

> "Tal sucedería, como dice Hevia Bolaños, si se reclamase por la acción de tutela la rendición de cuentas contra el tutor, y en distinto juzgado por esta misma acción, la restitución de las cosas de la tutela, o por la acción de gestión de negocios se pidieran diferentes cosas contra el que hizo las gestiones, en diferentes juzgados". (232)

Estaríamos también en este caso si, por ejemplo, debiendo X a Y, cien quintales de trigo, Y demandara a X la entrega de este cereal, y en otro juicio, le demandara el pago del precio del mismo trigo.

4º Cuando hay identidad de acciones y cosas, aun cuando las personas sean diversas.

---

(232) José de Vicente y Caravantes", Tratado histórico-crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil", tomo primero, pg. 514.

Se ponen como ejemplos de este caso, los juicios de división de una cosa común, o de fijación de linderos; y los relativos a obligaciones solidarias.

Así, por ejemplo, estaríamos en este caso si, X, condueño de una casa, demandara a Y, que es otro condueño, la división de la casa; y, en otro juicio, demandara a Z, que es otro condueño, la división de la misma casa; o, si X demandara a uno de los herederos de A, condueños del predio colindante, la fijación de linderos de un predio suyo, y a otro de los herederos de A, en otro juicio, la misma fijación de linderos.

5º Cuando las acciones provienen de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas.

Sucedería así, se dice, si se siguiera un pleito por la acción de tutela para la rendición de cuentas contra uno de los varios tutores que la administraron a un tiempo mismo, y otro pleito contra otro de dichos tutores para pedirle la entrega de una cosa perteneciente a la tutela. (233)

Manresa dice:

> "o cuando siendo varios los herederos de una persona, cada uno de ellos en tal concepto demandase una cosa diversa de una misma persona, y al contrario". (234)

6º Cuando la especie sobre que se litiga está comprendida en el género que ha sido materia de otro pleito.

Estaríamos en este caso si, por ejemplo, X, asegurando que es heredero de A, dedujera contra Y, la acción de petición de herencia (género); y en otro juicio, fundándose en la misma calidad de heredero de A, demandara la entrega de un inmueble perteneciente a la herencia de A. Caravantes recuerda que los antiguos escritores citaban, como ejemplo, el caso de que uno promoviere un pleito contra una persona, pidiéndole la posesión de una cosa en juicio plenario, y después otro litigio contra la misma, pidiendo la propiedad de aquel objeto.

---

(233) José de Vicente y Caravantes", tratado histórico-crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil", tomo primero, pg. 515.

(234) "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", tomo I, pg. 611.

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

955.—ESTADO DEL JUICIO EN QUE PUEDE PEDIRSE LA ACUMULACION

El Art. 163 de la Ley de enjuiciamiento civil de España dispone que, la acumulación puede pedirse en cualquier estado del juicio antes de la citación para la sentencia definitiva.

Nosotros no tenemos una disposición así, pero creemos que, porque nuestro Código se inspiró en la ley española, debería aplicarse dicha regla; y porque, además, "la notificación para sentencia definitiva produce el efecto de cerrar el debate judicial, y ya no es permitido a las partes practicar gestión alguna ni, por consiguiente, pedir la acumulación". (235)

Sin embargo, tenemos que recordar que, según nuestra ley, por regla, puede pedirse confesión judicial, en primera y segunda instancia hasta antes de que venza el término de dictar sentencia; y que, en el juicio ordinario, en segunda instancia puede pedirse término de prueba; en consecuencia, sólo después de esto quedaría cerrado el debate, y ya no sería permitido pedir la acumulación de autos.

La Corte Suprema ha resuelto que sólo puede pedirse la acumulación de autos, ante el juez de primera instancia.

956.—JUICIOS NO ACUMULABLES

No pueden acumularse los siguientes juicios:

1º En general, aquellos en que ya no es permitido a las partes practicar gestión alguna;

2º Los ordinarios que ya no estuvieren en segunda instancia;

3º Los que estuvieren en diversas instancias;

4º Los ejecutivos y los demás sumarios, salvo lo dispuesto en los juicios de adjudicación y goce de aguas;

5º Al de concurso de acreedores, los que se sigan por acreedores hipotecarios, si éstos prefieren exigir por separado el pago de sus créditos;

6º Al de concurso de acreedores, los que se sigan contra el insolvente, por otras obligaciones que no sean de dar o de hacer; y

(235) Manresa y Navarro, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", tomo I, pg. 614.

7º Los juicios que se hallen terminados por sentencia ejecutoriada, o de algún otro modo.

1º Aquellos en que, como dicen los tratadistas españoles, se hubiere cerrado ya el debate judicial, y las partes ya no pueden practicar gestión alguna, porque, por consiguiente, ya no podrían pedir la acumulación.

2º Los ordinarios que ya no estuvieren en segunda instancia, porque, si habiéndose vencido el término de dictar sentencia, en segunda instancia, las partes ya no pueden practicar gestión alguna, ni, por consiguiente, pudieran pedir la acumulación, con mayor razón no pudieran pedirla una vez dictada la sentencia de segunda instancia.

3º Los que estuvieren en diversas instancias, porque, de mala fe, para detener el trámite de una causa que estuviera ya avanzada (en segunda o tercera instancia, por ejemplo), se pudiera iniciar una nueva que, por considerársela comprendida en alguno de los casos de acumulación, causara la acumulación, y, de este modo, haría que se suspenda aquella causa hasta que la segunda se ponga en el mismo estado que la primera; lo cual causaría grave perjuicio al actor del primer juicio.

4º Los ejecutivos y los demás sumarios, salvo lo dispuesto en los juicios de adjudicación y goce de aguas. Porque es más rápido y como privilegiado el procedimiento de estos juicios, y porque la sentencia que en ellos recae no produce excepción de cosa juzgada para la vía ordinaria, no procede la acumulación de estos juicios al ordinario, ni entre ellos.

En este caso, el demandado en el segundo o ulterio juicio debería deducir la excepción de litispendencia.

5º Al de concurso de acreedores, los que se sigan por acreedores hipotecarios, si éstos prefieren exigir por separado el pago de sus créditos, porque, según el Art. 2494 del Código Civil:

> "La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios.
>
> A cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores o de cualquiera de ellos, un concurso particular, para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas.
>
> Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas a otras, en el orden de su inscripción".

En consecuencia, generalmente, más puede convenir al acree-

dor hipotecario exigir por separado el pago de sus créditos, que intervenir en el concurso general.

6º Al de concurso de acreedores, los que se sigan contra el insolvente, por otras obligaciones que no sean de dar o de hacer, porque el concurso de acreedores tiene por objeto realizar los bienes del fallido y pagar, con su producto, todas sus deudas, en conformidad con la ley; y, para cumplir este objeto, no es del caso acumular al juicio de concurso, los juicios que no se sigan contra el deudor, por obligaciones de dar o hacer.

Así, por ejemplo, no debe acumularse al juicio de concurso de acreedores, un juicio de divorcio del fallido, ni de nulidad de su matrimonio, ni de investigación de la paternidad, por ejemplo.

Tampoco deben acumularse los juicios que el fallido siga como actor.

7º Los juicios que se hallen terminados por sentencia ejecutoriada, o por algún otro modo, porque la acumulación es de juicios o pleitos pendientes, y el objeto de la acumulación es aprovechar de la economía procesal y evitar fallos contradictorios sobre un mismo asunto o sobre asuntos conexos o íntimamente vinculados; y, ni lo uno ni lo otro se conseguiría al acumular a un juicio en trámite, otro que ya haya sido resuelto, que ya tenga fallo ejecutoriado. En este caso, la acumulación ya no tiene razón de ser. El demandado debería deducir la excepción de cosa juzgada.

957.—JUICIOS ACUMULABLES

Según el Art. 111, numeral 2º, sólo los juicios ordinarios son acumulables. No cabe la acumulación en el juicio ejecutivo y en los demás sumarios, atendiendo al fin a que estos juicios se dirigen y a su naturaleza urgente, que hacen rechazar la acumulación.

Algunos tratadistas sostienen que la acumulación debe aplicarse a toda clase de juicios, y no sólo a los ordinarios.

Manresa dice:

> "Si, según el Art. 161, deberá decretarse la acumulación siempre que concurra alguna de las causas que en él se expresan, ¿por qué no aplicarlo a toda clase de juicios? Con

esta restricción no puede haber ningún inconveniente, y, lejos de ello, se conseguirá el fin moral y jurídico de las acumulaciones. Vamos a demostrarlo con hechos prácticos. Supongamos que por fallecimiento del acreedor se divide un crédito personal entre dos de sus herederos, y que cada uno de éstos entabla por separado la vía ejecutiva contra el deudor común por lo que a cada cual corresponde. No se negará que existe en estos juicios identidad de cosas y de acción, y hasta de personas, puesto que los ejecutantes representan al primitivo acreedor, y que de seguirse las ejecuciones separadamente puede dividirse la continencia de la causa, recayendo sentencias contradictorias, y hasta pudiera darse el caso de que cobre por completo uno de los ejecutantes y el otro no, por no alcanzar los bienes del deudor a cubrir ambos créditos. ¿Qué razón habría para negar la acumulación si la pidiese parte legítima? No se salvarán con ella los inconvenientes indicados y se evitará acaso un juicio de tercería y otras reclamaciones?

Es frecuente en la práctica que se entablen a la vez dos interdictos sobre una misma cosa: el uno, de retener por el supuesto despojante, y el otro, de recobrar por el que se dice despojado.

Existe también en este caso identidad de personas, cosas y acción, y acumulando los dos juicios se evitará el que pueda dividirse la continencia de la causa y que recaigan sentencias contradictorias e imposibles de ejecutar, como sucedería si se estimaran los dos interdictos.

Bastan estos ejemplos a nuestro propósito; lo mismo puede decirse de los demás juicios especiales. ¿Sería justo ni conveniente no permitir la acumulación de dos juicios de concurso o de testamentaría de una misma persona? Ahora bien: si las testamentarías fuesen de distintas personas finadas; si fueren diferentes los concursados en cada juicio; si los interdictos versaren sobre cosas diversas, o si los créditos y los ejecutantes fuesen distintos y no se persiguieran unos mismos bienes, aunque fuese uno mismo el deudor, entonces no procedería la acumulación, por no concurrir ninguna de las causas expresadas en los Arts. 161 y 162.

En los actos de jurisdicción voluntaria, a los cuales son también aplicables estas disposiciones, como todas las del Libro I de la presente ley, será más difícil que concurran dichas cau-

sas; pero si concurren y son los actos de una misma clase, como por ejemplo, en los deslindes y amojonamientos, cuando los soliciten separadamente los dueños colindantes, es indudable que, conforme a estas disposiciones deberán acumularse ambas actuaciones.

"Sin embargo de lo expuesto, es muy interesante la doctrina que contiene la sentencia dictada por el más alto Tribunal de la Nación, en 14 de diciembre de 1945, y que dice así:

"En aquellos casos en que estén conformes las partes en que los autos que se tramitan en dos distintos juzgados de primera instancia son acumulables y en que la demanda de uno de los juicios declarativos fue presentada con anterioridad a la otra, pero se discute la eficacia que a tales efectos pudieran tener las diligencias de jurisdicción voluntaria sobre depósito y reconocimiento de mercancías, precisará, en primer término, dilucidar si tales diligencias merecen el concepto de pleito, a que alude el Art. 171 de la ley Procesal, con objeto de precisar si la fecha de tales diligencias debe ser tenida o no en cuenta para fijar la antigüedad del pleito como norma de preferencia en el conocimiento de los autos.

Las palabras "juicio" y "pleito", usadas como sinónimas en nuestro enjuiciamiento, concretamente en la sección de la ley Procesal que trata de la acumulación de autos, significan "controversia o disputa judicial que principia por la demanda (Art. 524) y normalmente termina por sentencia"; de donde se sigue que no cabe asignar a las diligencias del depósito y reconocimiento de mercancías el rango procesal de pleito, ni siquiera el de iniciación del mismo, pues como acto de jurisdicción voluntaria excluye toda idea de controversia o disputa, que está reservada a la jurisdicción contenciosa, y no tienen aquéllas otra finalidad que la de hacer constar determinados hechos que puedan interesar en ulterior reclamación judicial o extrajudicial (Art. 2109), llenando así un cometido similar al de las medidas preventivas preparatorias o cautelares, pero que nunca pueden servir de base para una acumulación de actuaciones judiciales propiamente contenciosas (Art. 1823).

Descartadas las diligencias de jurisdicción voluntaria como base de acumulación de autos tramitados en dos distintos juzgados de primera instancia, procederá decidir que corresponde conocer de los dos pleitos al juzgado ante quien se presentase primero la correspondiente demanda, cuyos pleitos habrán de

ser terminados por una sola sentencia conforme a la norma establecida en el párrafo segundo del citado Art. 171 en relación con el 186 de la Ley de Enjuiciamiento civil". (236)

En verdad, si la acumulación de autos tiene por objeto conseguir una economía procesal y evitar que se dicten fallos contradictorios sobre una misma cuestión de derecho, sobre un mismo asunto, o sobre cuestiones o asuntos conexos o íntimamente relacionados, y estos asuntos se han propuesto, al mismo tiempo, en diferentes juicios sumarios, parece que se impone, que es necesaria también en estos juicios, la acumulación de autos.

Por las mismas razones, de haberse promovido, al mismo tiempo, varios juicios de concurso de acreedores contra una misma persona, también resulta necesaria y conveniente la acumulación de estos juicios.

Ya hemos de ver que la Corte Suprema ha resuelto que, en un juicio de partición pueden liquidarse varias sucesiones; y que esto no constituye acumulación de acciones ni de autos.

Ciertos actos de jurisdicción voluntaria, en nuestro Código de Procedimiento Civil tienen la apareciencia de juicios, y así los llama la ley: juicio sobre apertura y publicación del testamento cerrado, juicio de inventario, juicio de partición, juicio sobre demarcación y linderos, juicio sobre la posesión efectiva de los bienes hereditarios, juicio sobre emancipación voluntaria, juicio sobre concesión de licencia a una mujer casada que necesite contratar o comparecer en juicio, etc etc.

En la mayor parte de casos, según dispone la ley, estos llamados juicios terminan por sentencia.

Esta sentencia no pasa en autoridad de cosa juzgada.

A pesar de las apariencias, y de que la ley les llame juicios, los actos de jurisdicción voluntaria no son juicios, pues, no constituyen contienda legal sometida a la decisión de los jueces.

En consecuencia, según ley, estrictamente, no cabría la acumulación de los juicios de jurisdicción voluntaria; pero según los propósitos en que la acumulación de autos se funda, bien pudiera concluirse que, también en esta clase de juicios se impone, se hace necesaria la acumulación de autos, para que se aproveche de los beneficios de la economía procesal, y para evitar fallos contradictorios.

(236) "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", tomo I, pgs. 618 y 619.

958.—PROCEDIMIENTO PARA LA ACUMULACION DE PLEITOS QUE RADICAN EN EL MISMO JUZGADO

Cualquiera de las partes en los juicios que se siguen en un mismo juzgado y que se estima que deben acumularse, puede pedir, en el juicio en que ella intervenga, que se acumulen los pleitos.

El juez debe mandar que se oiga a la otra parte.

Si ésta se allana, el juez debe ordenar la acumulación. Si se opone y hay hechos que deben justificarse, debe conceder término de prueba; y, vencido éste, resolverá sobre la acumulación, mediante auto.

De esta providencia se puede apelar, y aun interponer el recurso de tercera instancia, según el Art. 368, Nº 4º, letra f).

En la ley española se ha establecido este procedimiento:

> "Art. 168.—Si un mismo Juez conoce de los pleitos cuya acumulación se pida por ante el mismo actuario, dispondrá que éste vaya a hacer relación de los autos.
>
> Si se siguieren los pleitos por distintas Secretarías, dispondrá que los actuarios vayan a hacer relación de ellos en un solo acto.
>
> Art. 169.—Para el acto de que habla el artículo anterior, se citará a las partes con señalamiento de día y hora en que haya de celebrarse, dentro de los ocho días siguientes al de la providencia.
>
> Art. 170.—Terminada la relación y oídos los defensores de las partes si se hubieren presentado, el juez dentro de los dos días siguientes, dictará por medio de auto la resolución que estime procedente. Este auto es apelable en ambos efectos".

959.—PROCEDIMIENTO PARA LA ACUMULACION DE AUTOS, CUANDO ESTOS RADICAN EN JUZGADOS DIFERENTES

Supongamos que se trate sólo de dos juicios: cualquiera de las partes en el juicio más antiguo, puede pedir que se solicite del juez de la causa menos antigua, que la envíe para acumularla a la causa más antigua.

El juez requerido debe oír a las partes en el juicio de que él conoce.

Si éstas se allanan, el juez requerido enviará la causa al juez requirente, para que se acumule a la de que éste conoce.

Si alguna se opone, el juez resolverá, por auto, si debe enviarse o no la causa cuya acumulación se pide.

Este auto es apelable y aun susceptible del recurso de tercera instancia, en los términos del Art. 368.

Si el juez requerido niega la acumulación, lo hará saber al juez requirente, quien podrá conformarse con la negativa o insistir en la acumulación.

De la providencia en que el juez requirente se conforme con la negativa, se puede apelar y aun interponer recurso de tercera instancia, según el Art. 368.

Si el juez requirente insiste, debe pedir al juez requerido que envíe lo actuado, al superior, como lo hará también él, para que el superior resuelva el incidente.

Enviados los autos al superior, éste resolverá por los méritos de lo actuado y su resolución será apelable según el Art. 368.

El juez o tribunal que ha de resolver este incidente ha de ser aquel que, según la Ley Orgánica de la Función Judicial, debería resolver la competencia entre los dos jueces: el requirente y el requerido.

Asimismo, cualquiera de las partes en el juicio menos antiguo, puede pedir que se envíe éste al juez de la causa más antigua, para que se acumule a ésta; e iniciar así el procedimiento que dejamos indicado.

960.—JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS AUTOS ACUMULADOS

Ya vimos la regla de competencia según la cual, el juez de la causa más antigua ha de conocer de los autos acumulados.

Se ha de entender por causa más antigua aquella en la que primero se hizo la citación.

Por excepción y por la naturaleza del juicio de concurso de acreedores, que es un juicio universal, el juez que ordenó el concurso conocerá de los autos acumulados.

Así dispone también el Art. 113, que dice:

"Decretada la acumulación, al proceso anterior se acumulará el posterior, y actuarán el juez y el secretario que intervenían en el primero.

En los casos de concurso, el juez que lo hubiere decretado conocerá de los autos acumulados".

961.—SUSPENSION DE LOS PLEITOS DESDE QUE SE PIDE LA ACUMULACION

Suscitado el incidente de acumulación, en cierto sentido, se suspende la competencia de los jueces que conocen de los juicios a que la acumulación se refiere, hasta que se resuelva el incidente. Por lo mismo, entre tanto, se debe suspender el trámite de estos juicios.

La ley española tiene estas disposiciones:

"Art. 184.—Desde que se pida la acumulación quedará en suspenso la substanciación de los pleitos a que se refiera.

Art. 185.—En los casos en que ninguno de los Jueces desista de su propósito, no se alzará la suspensión hasta que el superior correspondiente haya resuelto.

Se entenderá, sin embargo, alzada la supensión cuando se hubiere dictado alguno de los autos que con arreglo a los Arts. 173, 176, 179 y 181, son apelables en un solo efecto, sin perjuicio de lo que proceda luego que se hubiere dictado ejecutoria a consecuencia del recurso interpuesto".

962.—EFECTOS DE LA ACUMULACION

Decretada la acumulación se producen estos efectos:

1) Al proceso anterior se acumula el proceso posterior;

2) El juez del proceso posterior pierde la competencia para seguir conociendo de este juicio;

3) El juez de la causa más antigua, o sea, el juez del proceso anterior, es el único competente para conocer de todos los juicios acumulados;

4) Ha de actuar el secretario del juez de la causa más antigua;

5) Los autos acumulados se seguirán en un solo juicio y terminarán por una sola sentencia; y

6) Se suspenderán las causas más avanzadas hasta que todas se hallen en el mismo estado. En el caso de concurso, al trámite de éste se acomodarán los juicios acumulados.

La Ley de Enjuiciamiento civil de España contiene estas disposiciones:

> "Art. 186. En virtud de la acumulación, los autos acumulados se seguirán en un solo juicio y serán terminados por una misma sentencia.
>
> Art. 187. Cuando se acumulen dos o más pleitos, se suspenderá el curso del que estuviere más próximo a su terminación, hasta que los otros se hallen en el mismo estado.
>
> Esta regla no es aplicable a las acumulaciones que se hagan a los juicios universales, a cuya tramitación se acomodarán desde luego los que se acumulen a ellos".

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

SECCION 6ª

De la acumulación de autos

Art. 109.—Se decretará la acumulación de autos, cuando se la solicite por parte legítima, en los casos siguientes:

1º—Cuando la sentencia que hubiere de dictarse en uno de los procesos cuya acumulación se pide, produciría en el otro excepción de cosa juzgada;

2º—Cuando en un juzgado haya pleito pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que después se hubiere promovido;

3º—Cuando haya un juicio de concurso, al que se hallen sujetos los asuntos sobre que versen los procesos cuya acumulación se pida; y,

4º—Cuando, de seguirse separadamente los pleitos, se dividiría la continencia de la causa.

Art. 110.—Se divide la continencia de la causa:

1º—Cuando hay en los pleitos, propuestos separadamente, identidad de personas, cosas y acciones;

2º—Cuando hay identidad de personas y cosas, aun cuando las acciones sean diversas;

3º—Cuando hay identidad de personas y acciones, aun cuando las cosas sean diversas;

4º—Cuando hay identidad de acciones y cosas, aun cuando las personas sean diversas;

5º—Cuando las acciones provienen de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas; y,

6º—Cuando la especie sobre que se litiga está comprendida en el género que ha sido materia de otro pleito.

Art. 111.—No se decretará la acumulación:

1º—Cuando los autos estén en diversas instancias; y,

2º—En el juicio ejecutivo y en los demás juicios sumarios, salvo lo dispuesto en los de adjudicación y goce de aguas.

Art. 112.—No se acumularán al juicio de concurso general los procesos que se sigan por acreedores hipotecarios, si éstos prefieren exigir por separado el pago de sus créditos.

Art. 113.—Decretada la acumulación, al proceso anterior se acumulará el posterior, y actuarán el juez y el secretario que intervenían en el primero.

En los casos de concurso, el juez que lo hubiere decretado conocerá de los autos acumulados.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

"Art. 109.—Se decretará la acumulación de autos, cuando se la solicite por parte legítima, en los casos siguientes:

1º—Cuando la sentencia que hubiere de dictarse en uno de los procesos cuya acumulación se pide, produciría en el otro excepción de cosa juzgada;

2º—Cuando en un juzgado haya pleito pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que después se hubiere promovido;

3º—Cuando haya un juicio de concurso, al que se hallen sujetos los asuntos sobre que versen los procesos cuya acumulación se pida; y,

4º—Cuando, de seguirse separadamente los pleitos, se dividiría la continencia de la causa.

Referencias:

Parte legítima: Arts. 33 y 531.
Sentencia: Art. 289.
Proceso: Art. 63.
Excepción: Art. 102.
Cosa Juzgada: Art. 318.
Pleito: Art. 63.
Lo mismo que sea objeto: Arts. 73 y 74, números 3º y 4º.
Juicio de concurso: Arts. 113, inciso segundo; 547 y s., 553 y 582. Código Civil, Arts. 1667 y s.
Dividiría la continencia de la causa: Art. 110.
Art. 549.

963.—**Comentario. Causas que dan lugar a la acumulación de autos.**—Según el inciso primero de este artículo, el juez debe

decretar la acumulación, si se la solicita por parte legítima y si la solicitud se funda y está comprendida en alguno de los casos que este artículo determina.

Son parte legítima, para los efectos de la acumulación de autos, los que han sido admitidos como partes litigantes en cualquiera de los juicios cuya acumulación se pretenda.

En este artículo se determinan las causas que dan lugar a la acumulación de autos.

Estas causas son: primera, la de cosa juzgada; segunda, la de litispendencia; tercera, la de concurso de acreedores; y cuarta, la de división de la continencia de la causa.

Esta enumeración es taxativa.

La excepción de cosa juzgada es perentoria.

De la cosa juzgada trataremos al estudiar el Art. 318.

Para que haya litispendencia debe haber identidad de personas, de la cosa que se pide y de la causa de pedir, en los juicios cuya acumulación se pretende.

Se hallan sujetos al juicio de concurso de acreedores los asuntos relativos a obligaciones de dar o hacer demandadas al deudor.

"Art. 110.—Se divide la continencia de la causa:

1º—Cuando hay en los pleitos, propuestos separadamente, identidad de personas, cosas y acciones;

2º—Cuando hay identidad de personas y cosas, aun cuando las acciones sean diversas;

3º—Cuando hay identidad de personas y acciones, aun cuando las cosas sean diversas;

4º—Cuando hay identidad de acciones y cosas, aun cuando las personas sean diversas;

5º—Cuando las acciones provienen de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas; y,

6º—Cuando la especie sobre que se litiga está comprendida en el género que ha sido materia de otro pleito.

Referencias:

Pleitos: Art. 63.
Personas: Arts. 33 y 531.
Cosas: Art. 74, numeral 4º.
Acciones: Art. 74, numeral 3º.

Identidad de personas, cosas y acciones: Arts. 33 y 531, 74, numerales 3º y 4º, 109, numeral 1º, y 318.

964.—**Comentario. Casos en que hay continencia de la causa para los efectos de la acumulación.**—Ya vimos que, según algunos autores, todos los casos de acumulación de autos, en definitiva, pueden concretarse o resumirse en el de división de la continencia de la causa.

Hay continencia de la causa, para los efectos de la acumulación de autos, en los seis casos que este artículo determina.

En efecto, en todos ellos, los juicios son conexos, están íntimamente vinculados; y, por lo mismo, tales juicios no pueden continuar sustanciándose por separado; es necesario que los asuntos que en ellos se controvierten se tramiten en un solo juicio, por un mismo juez, y que terminen por una misma sentencia, que resuelva, conjunta e indivisiblemente, esos asuntos.

Procediendo así, se aprovecha de la economía procesal y se evita la posibilidad de que se dicten fallos contradictorios sobre un mismo asunto o sobre asuntos conexos, íntimamente vinculados.

En todo juicio hemos de encontrar: los sujetos de la relación procesal, o sea, el actor y el demandado, o sea las personas, que dice la ley, en esta materia de la acumulción; la cosa que se pide, y los fundamentos de la petición.

Para los efectos de la acumulación de autos tenemos, en consecuencia, en todo juicio (pleito, proceso), personas, cosas y acciones.

Si en los juicios cuya acumulación se pretende, es común alguno de los elementos del juicio, los procesos deben acumularse, porque la identidad de alguno o de todos estos elementos les vuelve idénticos, o conexos, o íntimamente vinculados, y esto obliga a que se acumulen, a fin de que no se divida la continencia que surge de tal identidad, y para que se resuelvan en un solo juicio, por un mismo juez, en una misma sentencia, y se evite, así, el que se dicten fallos contradictorios en asuntos idénticos o conexos.

Art. 111.—No se decretará la acumulación:

1º—Cuando los autos estén en diversas instancias; y,

2º—En el juicio ejecutivo y en los demás juicios sumarios, salvo lo dispuesto en los de adjudicación y goce de aguas.

Referencias:

Autos: Art. 63.
Instancia: Art. 64.
Juicio ejecutivo: Arts. 456 y s.
Salvo lo dispuesto en los de adjudicación y goce de aguas: Art. 754.

965.—**Comentario. Casos en que no se decretará la acumulación.**—El numeral primero de este artículo dispone que no pueden acumularse los juicios que estén en diversas instancias, para evitar un mayor e inconveniente y perjudicial retardo del juicio que estuviere en una instancia superior.

De la naturaleza de la institución, de los fines que persigue y del tenor literal de la ley se deduce que, si los juicios que deben acumularse están en la misma instancia, sea ésta la primera, la segunda o la última, debería ordenarse la acumulación; pero ya vimos dos fallos de la Corte Suprema, en los que se resuelve que la acumulación no puede pedirse sino en la primera instancia.

El numeral segundo dispone que, no puede decretarse la acumulación en el juicio ejecutivo ni en los demás sumarios, por la naturaleza especial de estos juicios, que tienen un procedimiento rápido, violento, distinto del que corresponde al juicio ordinario, que tiene términos más largos, que permite mayores posibilidades de recurrir de las providencias judiciales, que concede una más amplia defensa.

La salvedad se refiere al Art. 754, que dispone:

> "Si se promueven o están pendientes dos o más juicios verbales sumarios sobre aguas, podrá decretarse la acumulación en los casos determinados por la ley".

¿Cuáles serán los demás juicios sumarios? Para la correcta solución de esta materia, debemos tener en cuenta que, en los códigos anteriores al vigente, siempre existió el precepto de que no se decretará la acumulación en el juicio ejecutivo y en los demás juicios sumarios; y el de que, "juicio **ordinario** es el en que se procede observando todos los trámites y solemnidades prescritos por la ley; y **sumario**, el en que se prescinde de alguno o algunos, y en que los términos son más breves".

De este modo, el juicio sumario se contraponía al juicio ordinario.

Desde luego, tanto en el uno como en el otro, se procedía y se procede observando todos los trámites y solemnidades prescritos por la ley; y no era ni es cierto que, en el sumario se prescindiera ni se prescinda de alguno o algunos de tales trámites y solemnidades.

Peñaherrera dice:

> "Nosotros haríamos tripartita la división, agregando los juicios especiales, que tampoco menciona nuestra ley, y que son aquellos que, sin ser menos solemnes y largos que los ordinarios, se tramitan en diversa forma, apropiada a la naturaleza del asunto sobre que versan, como los de concurso y de quiebra, los de cuentas, etc. O bien, reduciendo a dos miembros la división, diríamos: **ordinarios o especiales**, para comprender en los segundos, tanto los que son más breves y sencillos que los ordinarios, como los que, sin tener este carácter o calidad, se rigen por trámites o formalidades especiales". (237)

En consecuencia, serán juicios sumarios todos los que no son ordinarios, o los que no son ordinarios o especiales, según las enseñanzas de Peñaherrera.

Art. 112.—No se acumularán al juicio de concurso general los procesos que se sigan por acreedores hipotecarios, si éstos prefieren exigir por separado el pago de sus créditos.

Referencias:

Juicio de concurso general: Arts. 547 y s.; Código Civil, Art. 2496.

966.—**Comentario. Procesos que no se acumularán al juicio de concurso general.**—Si bien, al juicio de concurso de acreedores se han de acumular los juicios que, por obligaciones de dar

(237) Víctor Manuel Peñaherrera, "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", tomo tercero, pg. 22.

o hacer, se sigan contra el deudor, los acreedores hipotecarios, por lo que dispone el Art. 2496 del Código Civil, pueden exigir por separado el pago de sus créditos, y, por esto, no se establece la obligación de que los juicios por el pago de estos créditos se acumulen al juicio de concurso general.

Sin embargo, si los acreedores hipotecarios lo solicitan, puede ordenarse esta acumulación.

Art. 113.—Decretada la acumulación, al proceso anterior se acumulará el posterior, y actuarán el juez y el secretario que intervenían en el primero.

En los casos de concurso, el juez que lo hubiere decretado conocerá de los autos acumulados.

Referencias:

Proceso anterior: Arts. 63 y 99.
Casos de concurso: Arts. 547 y s.

967.—**Comentario. Juez competente para conocer de los autos acumulados.**—El inciso primero de este artículo contiene dos normas: la primera dispone que, al proceso anterior se ha de acumular el posterior; la segunda constituye la regla de competencia según la cual, el juez de la causa más antigua conoce de los autos acumulados.

Causa más antigua o causa anterior es aquella en la que primero se hizo la citación.

El inciso segundo contiene otra de las reglas de competencia, que constituye una excepción de la regla ya puntualizada: el juez que decretó el concurso de acreedores conoce de los autos acumulados.

Como consecuencia de que, al proceso anterior se ha de acumular el posterior, el juez de la causa más antigua (proceso anterior) conoce de los autos acumulados (causa anterior y posterior), e interviene el secretario del proceso anterior.

JURISPRUDENCIA

968.—SI LAS PARTES ESTAN DE ACUERDO EN LA IDENTIDAD DE LA CAUSA DE DOS JUICIOS, ES INNECESARIO TERMINO DE PRUEBA PARA JUSTIFICAR ESTE HECHO

"Marzo de 1912. La acción deducida a fojas primera y la propuesta a fojas cuatro tienen las dos una misma causa, la nulidad del contrato de compraventa de la casa, declarada por este Tribunal en sentencia cuya copia obra a fs...; y conforme a la disposición del Art. 132, caso 5º, del Código de enjuiciamientos civiles, bien podían esas acciones acumularse. Por otra parte, de acuerdo los litigantes en el hecho de la identidad de la causa de entrambas, era innecesario término de prueba para justificarlo".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 40, pgs. 1552 y s.

Como en este caso no se han alegado hechos que deban justificarse, y, al contrario, las partes han estado de acuerdo en el hecho de la identidad de la causa en los juicios cuya acumulación se ha pedido, no era necesario conceder término de prueba, como así ha resuelto la Corte.

969.—EL JUEZ, PARA PROCEDER A LA ACUMULACION DE AUTOS, DEBE PROCEDER CON CONOCIMIENTO DE CAUSA, O SEA, CONCEDER TERMINO DE PRUEBA, PARA QUE SE JUSTIFIQUE SI LA ACUMULACION ES LEGAL

"Julio de 1899. Como la acumulación de autos es procedente sólo en los casos del Art. 133 del Código de enjuicia-

mientos civiles, el juez de primera instancia no debió disponer de plano la acumulación solicitada, sino que debió proceder con previo conocimiento de causa, esto es, debió conceder término probatorio para que se justificase que la dicha acumulación se hallaba en alguno de los indicados casos. Por haberse, pues, omitido la solemnidad sustancial puntualizada en el Art. 114, Nº 4º, del indicado Código, declárase la nulidad del auto de fs... y se repone la causa... al estado de sustanciar legalmente el incidente sobre acumulación".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 101, pg. 804.

Se ha de conceder término de prueba siempre que haya hechos que deban justificarse.

En el presente caso, del fallo de primera instancia aparece que, la otra parte se opuso a la acumulación.

A pesar de esto, el juez no concedió término de prueba.

El Art. 605 del Código entonces vigente disponía que, era solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, cuya omisión causaba la nulidad del juicio, "la citación a las partes con el auto de prueba, en cuantos casos haya necesidad de pronunciarlo".

El Art. 374 del Código que hoy rige dispone que, es solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias, cuya omisión anula el proceso, la "concesión de término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la Ley prescribiere dicho término".

Estamos de acuerdo con el fallo de la Corte Suprema.

970.—PUEDEN ACUMULARSE LOS JUICIOS POR PAGO INDEBIDO Y POR PAGO POR CONSIGNACION, QUE SE DISCUTAN ORDINARIAMENTE

"Marzo de 1917.—En los dos juicios seguidos por... contra..., se discute, ordinariamente, acerca de la legalidad del pago de una deuda proveniente de una misma causa, cual es, la obligación contraída por... a favor de...; y por consiguiente, cabe el que, al tratarse de la ejecución de las sentencias que llegaren a expedirse, la una pudiera servir de excepción con-

tra la otra, suscitándose, en tal caso, un conflicto judicial al pretenderse el cumplimiento de los dos fallos. En esta virtud, atentos los Arts. 131, números 1º y 4º y 132, números 2º y 5º, del Código de enjuiciamientos en materia civil, revocado el auto recurrido, se ordena la acumulación solicitada".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 162, pgs. 2530 y s.

El Sr. Dr. Agustín Cueva, uno de los ecuatorianos más ilustres y distinguido maestro universitario y jurisconsulto, salvó su voto, en los siguientes términos:

"El Sr. CGA alega en esta causa que ha propuesto una acción por cuerda separada, por pago indebido contra el Sr. JC y que deben acumularse los dos procesos, porque la sentencia que haya de dictarse en uno de los dos juicios produciría en el otro la excepción de cosa juzgada y porque se dividiría la continencia de la causa. Para resolver el incidente, se considera: 1º, que el juez, en esta causa tiene que resolver si existe obligación, si está vencido el plazo, en una palabra, si ha llegado el caso de ofrecer o no el pago, de recibirlo y de declarar extinguida la obligación; 2º, que en el juicio por pago indebido tiene que resolver el juez, no las cuestiones antedichas y propias del juicio de pago por consignación, sino sobre los meros hechos referentes al doble pago, hechos que deben surgir, comprobados, en el término probatorio, mediante la presentación de las copias correspondientes tomadas del juicio ejecutivo y del de pago por consignación; 3º, que, según lo expuesto, en el juicio por pago indebido el juez no tendría que fallar sobre las cuestiones de fondo del juicio sobre pago por consignación, sino tan sólo limitarse a apreciar el valor probatorio resultante de la resolución o resoluciones que se dicten en el juicio sobre pago por consignación y de las que se hayan dictado en el juicio ejecutivo; 4º, que la cosa juzgada puede invocarse como título de acción, o de excepción, o como simple documento probatorio, atento su valor extrínseco, y en el juicio por pago indebido no podría oponerse la sentencia que se dicte en el juicio sobre pago por consignación, sino como medio probatorio una vez que el juez debe decidir en este juicio sobre la legalidad de la oferta de pago, mientras en el otro debe

considerar tan sólo la realización de los hechos del pago, deducida de la fuente de sentencias pronunciadas en otros juicios y que tendrían de ser acatadas; 5º, que la regla esencial para conocer si ha de imperar la autoridad de cosa juzgada, en relación con el **objeto**, consiste en que el juez haya de verse en la alternativa, o de contradecirse, o de confirmar, lisa y llanamente, su primera sentencia, al expedir la segunda; que en el caso actual no resultaría la contradicción, ya que en el juicio por pago indebido no tiene sino que apreciar hechos consumados sobre que se haya pagado o no lo que se dice deber o nd deber, y de ningún modo la legalidad del ofrecimiento del pago ni menos declarar extinguida la obligación de la que arranca la oferta; y por otra parte, tampoco tendría que dar, lisa y llanamente, la misma sentencia en este juicio, y en el de pago indebido; 6º, que tampoco arrancan de una misma causa las acciones planteadas en los juicios que se trata de acumular, ya que la causa es el hecho jurídico que el demandante aduce como el fundamento de su demanda; y, según este criterio, la causa de la acción de pago indebido es la realización de un pago hecho por error y no debido; mientras que la causa en el juicio de pago por consignación está constituída por una obligación preexistente, no ejecutada, porque el acreedor no quiere o no puede recibir el pago, sin que en este caso entre como elemento de la acción el **error**, sino todo lo contrario, esto es, la creencia firme de que está pesando sobre el deudor el cumplimiento de una obligación y la voluntad de cumplirla; 7º, que, aun en el supuesto de que, durante el término probatorio del juicio por pago indebido, no se llegara a fallar todavía el de consignación, y se diera sentencia en el sentido de que no consta el pago doble de la misma suma de dinero; y en el supuesto de que, posteriormente, se declarara que fue legal la oferta de pago, que se recibía éste y se declaraba extinguida la obligación, todavía, en esta hipótesis, podría proponerse nuevamente la acción de pago indebido, sin que obste la cosa juzgada, ya que, según los expositores, la causa superviniente permite renovar el litigio resuelto ya, por la sencilla razón de que el nuevo hecho (la sentencia posterior, en este caso) crea una nueva situación jurídica".

La Corte Suprema estima que la acumulación solicitada se

funda en los casos 1º y 4º del Art. 109, o sea, en que la sentencia que hubiere de dictarse en uno de los juicios (de pago por consignación, y de pago indebido), produciría en el otro excepción de cosa juzgada; y en que, de seguirse separadamente los pleitos, se dividiría la continencia de la causa; y que, se dividiría la continencia de la causa, al seguirse los dos juicios separadamente, porque entre los dos juicios hay identidad de personas y cosas, aun cuando las acciones sean diversas; y porque las acciones provienen de una misma causa, aunque las cosas sean diversas.

Creemos que procede la acumulación fundada en el numeral 5º del Art. 110, o sea, porque la acción de pago por consignación y la de pago indebido provienen de una misma causa, la deuda de CGA a favor de JC; y hay identidad de personas, aunque las cosas sean diversas.

971.—NO PUEDEN ACUMULARSE JUICIOS QUE VERSAN SOBRE CUESTIONES DISTINTAS. PERO SI SE HAN ACUMULADO, DEBE RESOLVERSE EL JUICIO QUE CONTIENE LA ACUMULACION

"Marzo de 1945. A fs. 14 se promovió el incidente de acumulación de autos, y el juez de primera instancia, en su providencia de..., ordena que el juicio propuesto por JFB, en su calidad de liquidador de la sociedad "BH", contra el Banco de Descuento, de Guayaquil, sobre entrega de la carta de porte que amparaba las mercaderías que G y G consignó en Guayaquil, el..., se acumule al juicio que el Banco de Descuento propuso contra la Compañía del Ferrocarril "The Guayaquil and Quito Railway Company", sobre cumplimiento de un contrato de transporte. No obstante ser ilegal la providencia que ha ordenado dicha acumulación ya que se trata de dos juicios que versan sobre distintas cuestiones, este Tribunal, para evitar perjuicios a las partes, en ejercicio de la facultad que le concede el Art. 1127 del Código de Procedimiento Civil, entra a conocer del juicio acumulado".

Gaceta Judicial, 7ª serie, Nº 1, pgs. 26 y s.

Si los juicios cuya acumulación se ha hecho, no han estado en ninguno de los casos del Art. 109, no debía decretarse la acumulación.

El Art. 1130 dispone que:

> "Los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, en las sentencias y autos con fuerza de sentencia, tendrán la facultad de aplicar el criterio judicial de equidad, en todos aquellos casos en que consideren necesaria dicha aplicación, para que no queden sacrificados los intereses de la justicia por sólo la falta de las formalidades legales".

En el presente caso, las dos cuestiones controvertidas se han discutido ampliamente, en juicio ordinario. Así, las partes no han sufrido perjuicio alguno en el ejercicio de su derecho de defensa.

Era, pues, justo, resolver el juicio acumulado, aunque la acumulación no fue legal.

972.—SEÑALADO EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA PARA LOS JUICIOS ACUMULADOS, DEBEN ENTENDERSE DETERMINADOS TAMBIEN LOS DE GRADO SUPERIOR Y LAS CONDICIONES EN QUE PUEDAN O NO LLEGAR LOS DICHOS AUTOS AL TRIBUNAL DE TERCERA INSTANCIA

> "Julio de 1937.—Los presentes autos acumulados contienen los dos juicios propuestos por JD, el uno contra ZVC de N, en 7 de marzo de 1929, ante el Alcalde 1º Cantonal de Guayaquil, fijando la cuantía en cinco mil sucres, para que se declare nulo, ilegal y sin ningún valor el título de propiedad conferido a la demandada por el Presidente Constitucional de la República, por Acuerdo Nº..., sobre un solar situado en el pueblo de Naranjito, y, el otro, reivindicatorio, contra NAC, en 2 de mayo de 1930, ante el Alcalde 2º Cantonal del Milagro, fijando la cuantía en seis mil sucres, para que el demandado restituya el mismo solar. En el primer juicio, la contestación del marido y representante legal de la demandada es absolutamente negativa en el hecho y en el derecho; y en el segundo, el reo ha opuesto, entre otras, la excepción de haber comprado el terreno a ZVC de N, quien lo obtuvo en propiedad mediante el Acuerdo Ejecutivo mencionado arriba. Adelantados los dos juicios, solicitó el reo en el segundo su acumulación al primero, alegando

que las acciones se hallaban en el caso del Nº 5º del Art. 138 del Código de Enjuiciamiento Civil, solicitud a la que asintió el actor; y el juez decretó la acumulación en 6 de julio de 1930, juzgando aplicable el dicho Art. 138 del Código citado. Concluída la sustanciación, se ha pronunciado la sentencia, la que ha sido confirmada en todas sus partes por la segunda instancia; e interpuesto por el actor el recurso de tercera instancia, que la Corte Superior de Guayaquil ha concedido, alega el procurador común de los demandados, que no es admisible este recurso, atenta la disposición del Art. 401 de aquel Código, reformado en 1925. Obsérvase, pues, al respecto, que la resolución de primera instancia, dada en un solo acto en forma de una sola sentencia, declarándose válido el discutido título de propiedad de la demandada C de N, y denegándose, como consecuencia, ambas demandas, debe considerarse, en realidad, como fallo único de los dos juicios, expedido en ellos de manera indivisible, sobre lo que se ha juzgado ser la causa de que provienen ambas acciones, —la validez o nulidad del referido título de dominio—; pues en esto consiste cabalmente la finalidad propia de la acumulación de autos, en previsión de que, a fallarse separadamente los dos juicios, pudieran sobrevenir dos sentencias contrarias acerca de una misma cuestión controvertida. Por la misma razón, la sentencia de segunda instancia, también única, no ha podido causar ejecutoria para las partes en uno de los juicios y no causarla al mismo tiempo para las de el otro juicio, mucho menos en el presente caso en que el recurrente JD es el actor en ambos juicios; y, en consecuencia, para aceptar o no el recurso, en cuanto depende de la cuantía, es forzoso estimar decisiva una de las dos cuantías o examinarse si es dado tomar en cuenta la suma de ambas. Ahora bien, al ordenar el Art. 141 del Código sobredicho que, "decretada la acumulación, al proceso anterior se acumulará el posterior, y actuará el escribano que intervenía en el primero", ha sentado una base fundamental para la unificación de los juicios, en los cuales las circunstancias determinativas de la competencia de jurisdicción y otros puntos indivisibles concernientes a la sustanciación y ritualidad pueden ser diversas en cada uno, debiendo, sin embargo, prescindirse de algunas de ellas, en fuerza a la acumulación; y, por consiguiente, señalado de aquella manera el juez único de primera instancia para los

juicios acumulados, deben entenderse determinados también el de segunda instancia y las condiciones en que puedan o no llegar los dichos autos al conocimiento del Tribunal de tercera instancia. Y, como, en el caso, el proceso D-C de N, considerado separadamente, carece de tercera instancia en razón de la cuantía y de la conformidad de los fallos de primera y segunda, siendo la ejecutoria de éste un derecho de la demandada C de N y sus herederos, tampoco cabe aquel recurso en el proceso D-NAC, que es el incorporado al primero, y sujeto, por lo tanto, a la sustanciación que corresponde a éste según la cuantía fijada por el demandante, al tenor del Art. 94 del propio Código; sin que haya, por otra parte, ley que disponga ni permita alterar esa norma inicial de la sustanciación sumando tal cuantía a la del juicio o juicios que se acumularen posteriormente. Por lo expuesto, se declara sin lugar el recurso de que se trata y se manda devolver los autos, para los efectos legales consiguientes".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 141, pgs. 3481 y s.

De este fallo podemos deducir las siguientes conclusiones:

1ª Si las partes en los juicios cuya acumulación se pide, están de acuerdo en la acumulación, no hace falta término de prueba, pues, se trataría de una cuestión de puro derecho;

2ª En virtud de la acumulación, los autos acumulados se seguirán en un solo juicio y serán terminados en una sola sentencia, mediante un fallo único, expedido de manera indivisible sobre la causa de las acciones a que los juicios acumulados se refieren;

3ª Por lo mismo, esta sentencia no puede, al mismo tiempo, causar ejecutoria en el un juicio y no causarla en el otro;

4ª El Art. 113 sienta una base fundamental para la acumulación de los juicios;

5ª El trámite del juicio que contiene los autos acumulados ha de seguir siendo el del juicio anterior, o sea, el de aquel al que se acumula el posterior;

6ª Por lo mismo, la cuantía del juicio anterior ha de servir de base para la concesión de los recursos;

7ª La acumulación de autos constituye un incidente que no puede ni debe alterar la naturaleza del juicio anterior.

Estamos de acuerdo con todas estas conclusiones.

973.—DEL HECHO DE ACEPTARSE LA EXCEPCION DE LITISPENDENCIA NO SE DEDUCE QUE DEBAN ACUMULARSE LOS DOS PROCESOS A QUE ELLA SE REFIERE

"Setiembre de 1899. Con la copia que obra de fs. 13 a 21, se ha comprobado que, ante el Juzgado 1º Municipal, JAN 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. Nº 2º, del Código de enjuiciamientos civiles, citada por el Tribunal de Riobamba, 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 pueden proponerse dos o más ejecuciones por el pago de un mismo crédito".

Gaceta Judicial, 1ª serie, Nº 95, pgs. 755 y s.

Ya hemos visto que, si bien, no se decretará la acumulación en el juicio ejecutivo, sí puede oponerse legalmente la excepción de litispendencia; y que ésta será aceptada si se prueba que en los dos juicios existe identidad (subjetiva y objetiva).

Esto mismo se resuelve también en el siguiente fallo:

974.—NO CABE LA ACUMULACION EN EL JUICIO EJECUTIVO

"Diciembre de 1915.—La prohibición de acumulación en el juicio ejecutivo, prescrita por el Art. 133, número 2º, del Código de enjuiciamientos civiles, manifiesta que no pueden seguirse al mismo tiempo dos o más juicios de esta naturaleza por una misma cosa y entre las mismas partes, y que, en consecuencia, es admisible la excepción de litispendencia".

Gaceta Judicial, 3ª serie, Nº 111, pg. 2124.

975.—LA ACUMULACION DE AUTOS NO PUEDE PEDIRSE SINO EN PRIMERA INSTANCIA

"Segunda instancia. Mayo de 1933.—En cuanto al incidente sobre acumulación de autos, no es aceptable, ya porque no es procedente el pedimento en segunda instancia, según se desprende del precepto del Art. 141 del Código de Enjuiciamiento Civil; ya porque no hay constancia en autos de haberse citado con la nueva demanda a..., quien fue uno de los demandados en este juicio, ya por la propia naturaleza de la excepción que se discute, que mantiene suspensa la traba de la litis. En consecuencia, se rechaza la acumulación solicitada.

Tercera instancia. Septiembre de 1933.—Respecto al incidente de acumulación de autos, es inadmisible, con arreglo al Nº 1º del Art. 139 del Código de Enjuiciamiento Civil. Por estas consideraciones y las pertinentes del auto de que se ha recurrido, se lo confirma".

Gaceta Judicial, 5ª serie, Nº 86, pgs. 2039 y s.

976.—LA ACUMULACION DE AUTOS PUEDE PEDIRSE SOLO ANTE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

"Señor Ministro:

En el juicio de apeo y deslinde de los terrenos..., que por apelación interpuesta por mí, se halla ante usted, insisto en que este proceso se acumule al juicio de partición que por los mismos terrenos sigue la comunidad de Valenzuela, a quien represento, contra...; acumulación que es de todo punto indispensable para que sobre ambos procesos, recaiga un solo fallo que haga desaparecer la oposición de derechos, que resultaría al ser fallados separadamente; pues, si en el uno obtuviera sentencia favorable la comunidad y adversa en el otro, no podría saberse cuál de estos fallos debiera prevalecer..."

Mayo de 1910.—Por ser ilegal esta petición, se la niega.

Junio 13 de 1910.—En consideración a que la acumulación de autos puede pedirse sólo ante el juez de primera instancia, según lo dispone la Sección 6ª del Título 1º, Libro 2º del Código de enjuiciamientos civiles; se confirma, con costas, la providencia de que se ha recurrido".

Gaceta Judicial, 2ª serie, Nº 103, p. 819.

En la sección a que el fallo se refiere no ha existido ni existe la disposición de que, la acumulación de autos puede pedirse sólo ante el juez de primera instancia.

Lo que ella dispone es que, no se decretará la acumulación, cuando los autos estén en diversas instancias.

Atendiendo a los fines y efectos de la acumulación de autos, estimamos que puede decretársela, si las causas están en la misma instancia, aunque ésta no sea la primera, siempre que las causas se hallen en alguno de los casos del Art. 109; pues, estará bien que, aunque sea en la última instancia, se acumulen esos procesos, para tener alguna economía procesal, y, especialmente, para que un mismo juez, en un solo proceso, dicte una sola sentencia que resuelva los asuntos controvertidos, que son conexos, tan íntimamente relacionados, evitándose, así, el que, sobre estos asuntos, se dicten fallos contradictorios.

Sostenemos este criterio, a pesar de que, al tratar de los juicios no acumulables (Nº 956), manifestamos que, no pueden acumularse los juicios ordinarios que ya no estuvieren en segunda instancia, porque, si bien, a esta conclusión se llega de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, de la que arranca la nuestra, y con la doctrina de los procesalistas españoles, creemos que está más de acuerdo con la naturaleza y fines de la acumulación de autos, el que ésta pueda hacerse en cualquiera instancia, por las razones que ya hemos expuesto, y que son aquellas en que se funda la institución.

Lo mismo decimos respecto del siguiente fallo:

977.—EN UNA MISMA PARTICION PUEDEN LIQUIDARSE DOS SUCESIONES SIN QUE ESTO SIGNIFIQUE ACUMULACION DE ACCIONES NI DE PROCESOS

"Febrero de 1919.—JPM demanda la partición de los bienes correspondientes a las sucesiones de sus fallecidos padres;


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

SIB - UCE

FECHA DE DEVOLUCIÓN		

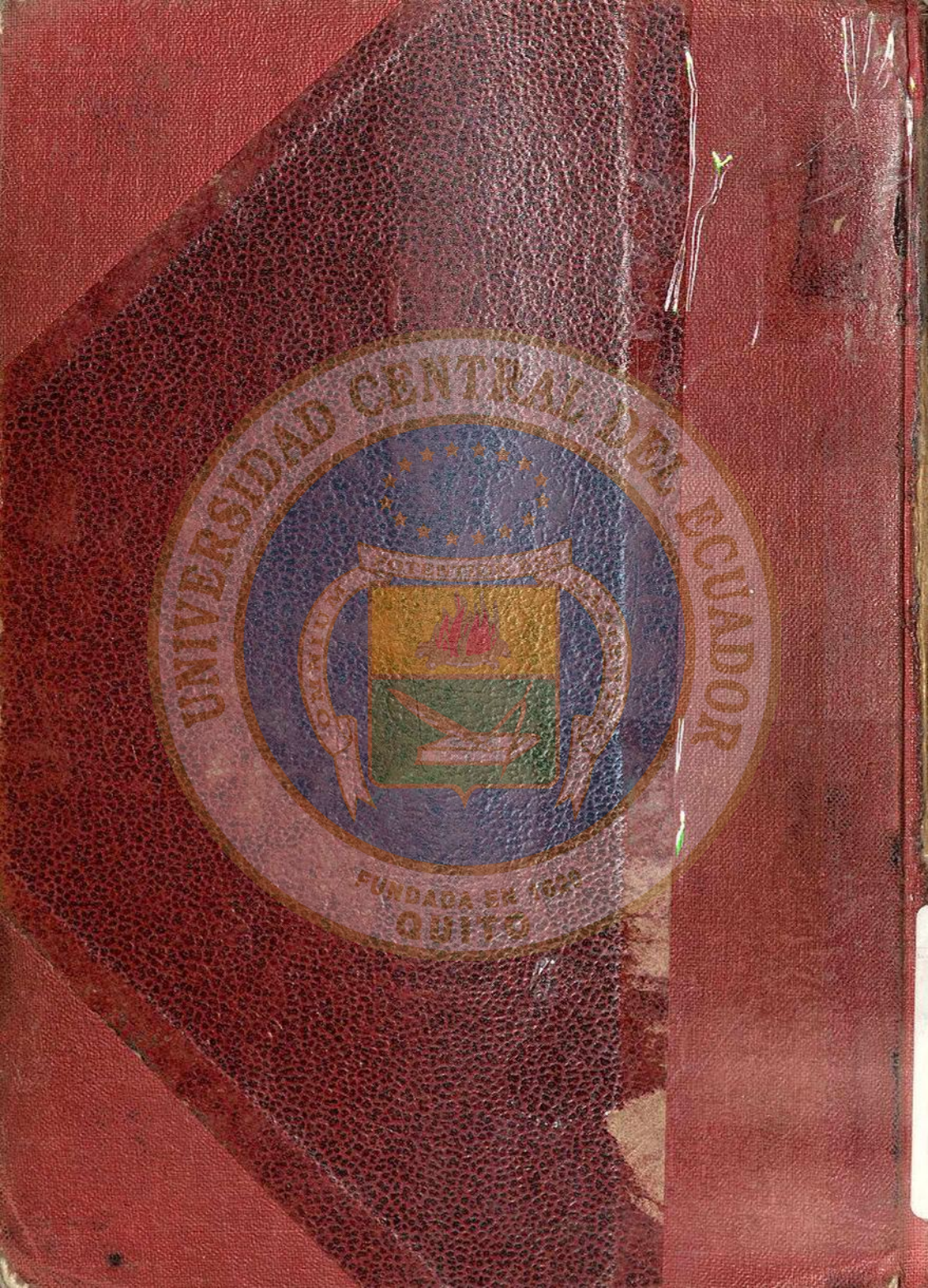
347.91
L949
T.5

Lovato, Juan

Programa Analítico de Derecho Procesal civil

FECHA	NOMBRE

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIORE SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1826
QUITO