

LECCIONES

DE

DERECHO PRACTICO

Civil y Penal

POR

VICTOR MANUEL PEÑAHERRERA.

PROFESOR DE DERECHO PRACTICO Y PENAL
Y DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES,
EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
PRESIDENTE DEL COLEGIO Y DE LA ACADEMIA DE ABOGADOS DE LA CAPITAL
DE LA REPUBLICA; MIEMBRO HONORARIO DE LA REAL ACADEMIA
DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA DE MADRID;
MIEMBRO CORRESPONDIENTE DE LA ACADEMIA COLOMBIANA
DE JURISPRUDENCIA, ETC.

TOMO SEGUNDO



QUITO—ECUADOR

Talleres Gráficos de Educación

1 9 4 4

LOS ALUMNOS DEL QUINTO CURSO DE LA FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD CENTRAL

C o n s i d e r a n d o :

- 1^o—Que el señor doctor Abelardo Montalvo, Ministro de Educación Pública y Profesor de Procedimiento Civil ha contribuido a la publicación del segundo tomo de la obra "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal" del doctor Victor M. Peñaherrera;
- 2^o—Que, con la publicación de este segundo tomo ha manifestado su decidido entusiasmo por la difusión de tan importante obra;
- 3^o—Que dicha publicación constituye para los estudiantes de Derecho un positivo beneficio por cuanto le reporta una fuente de consulta,

A c u e r d a n :

- 1^o—Dejar constancia de su agradecimiento por el apoyo prestado;
- 2^o—Enviar una copia al doctor Abelardo Montalvo; y
- 3^o—Publicarlo adjunto al segundo tomo de la obra.

Dado en Quito, a 12 de Mayo de 1944.

Armando Lana.—Jorge Marchán.—Teodoro Bustamante M.—Klaus Graetzer.—Gilberto Hervas D.—Enrique Illingworth.—Victor Hugo Vayas V.—Pedro José Larrea.—José Ignacio Albuja.—Manuel A. Rodríguez.—Miguel A. Jurado.—Alejandro Ponce Carbo.—Cicerón Robles.—Heriberto Arauz.—José Jaramillo Vela.—Jorge Mora Carrión.—Gustavo Gabela R.—Gonzalo Zúñiga A.—Anibal Campaña B.—Fulbia Dávila Mena.—Fanny León de Jara Moral.—Daniel Maldonado.—Fausto Pacheco.—J. Alliedo Yépez.—Germán Andrade.—Gil R. Dávalos.

PLAN DE LA OBRA

AL COMENZAR, en el tomo primero, las Lecciones de Derecho Práctico, creímos indispensable consignar previamente los principios fundamentales de la Ciencia Procesal, todavía incipiente y embrionaria en el mundo jurídico; y a eso se debió la forma en que dividimos la materia de dicho tomo. Ahora, sentados ya esos preliminares, disponemos la de éste de la manera siguiente, consultando el orden lógico y el método en la enseñanza:

En primer lugar, el texto del Código, **Sección por Sección**, (1) a fin de que los cursantes de Derecho puedan comprender desde el momento la razón de ser, oportunidad e importancia de las proposiciones del programa correspondientes a la respectiva **Sección**.

En seguida, la exposición doctrinal de la materia, sintetizada en dichas proposiciones, con sujeción a los preceptos expresos y al sistema del Código, a las reglas de carácter sustantivo concernientes a la misma materia, y a los principios generales aplicables al caso.

Luego el estudio analítico de cada uno de los artículos del Código, contenidos en la **Sección** transcrita, con la historia jurídica de ellos, en cuanto tuviere algo de especial o importante.

Por último, la Jurisprudencia de los Tribunales, relativa a las cuestiones relacionadas con la misma **Sección**. En esta parte, determinamos previamente la cuestión

(1) El Código se divide primeramente en Libros; éstos, en Títulos, y los Títulos en Secciones.

resuelta; consignamos en seguida el texto de los fallos, y agregamos al fin breves observaciones o comentarios, especialmente en los casos no muy raros en que el Tribunal Supremo ha dado resoluciones contrarias sobre el mismo punto de derecho, o en que la opinión de los Magistrados que lo componen ha estado dividida y ha habido lugar a votos salvados, o en que las resoluciones nos parecen conformes con la verdadera o mejor fundada doctrina.

El respeto a la autoridad de los Tribunales es condición indispensable para la estabilidad de las instituciones jurídicas; mas dicho respeto debe basarse, no única ni principalmente en el principio de autoridad, sino ante todo en las razones o fundamentos en que se apoyan las conclusiones admitidas en los fallos.

Este plan, meditado y ensayado durante largo tiempo, en más de treinta años de magisterio, seguiremos también en los tomos siguientes, salvo alguna modificación accidental que nos parezca necesaria.

Creemos que de esta manera nuestra obra se prestará fácilmente, no sólo para el estudio ordenado y sistemático del Derecho Procesal, con sujeción al programa escolar, sino también para las consultas del momento que tan a menudo se ofrecen en la práctica profesional.

Nada hay de magistral o dogmático en la exposición de nuestras ideas y opiniones. Por el contrario, declaramos ingenuamente que, a medida que nos empeñamos en profundizar los problemas jurídicos, los encontramos más hondos y complejos; nuevas dudas y vacilaciones nos sugieren, y es mayor la desconfianza del acierto en nuestras conclusiones. Mucho tememos, pues, haber incurrido en errores, omisiones o inadvertencias; y aceptaremos con satisfacción y reconocimiento las observaciones que nos hicieren nuestros profesores y amigos, como colaboradores en el común empeño de cimentar la verdadera doctrina jurídica, base fundamental del triunfo de la justicia en las relaciones civiles.

Antecedentes de la publicación de este tomo y traspaso de la propiedad literaria a las Universidades

La publicación de libros en cuya elaboración no han intervenido los cálculos del interés pecuniario, es en nuestro país en extremo difícil, por muchos respectos; y esto, que es generalmente conocido, iba retardando la edición de las "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal"; tanto más cuanto, si bien la Legislatura de 1913 ordenó que se la hiciera por cuenta del Estado, jamás pensamos gestionar ante el Gobierno para el cumplimiento de esa disposición.

En el largo intervalo transcurrido desde que salió a luz el tomo primero, nuestros discípulos y amigos se han manifestado constantemente empeñados en que la publicación continuara; mas al principio del año próximo pasado, un respetable diario de ésta ciudad, "El Día", publicó seguidamente dos artículos, recomendando a los jóvenes universitarios la conveniencia de recavar de la autoridad pública la ejecución del susodicho Decreto Legislativo.

La Sociedad "Estudios Jurídicos" acogió esa insinuación; y sus valiosas y entusiastas gestiones ante el Gobierno dieron por resultado el que pudiésemos proceder a la edición de este tomo.

En testimonio de nuestro reconocimiento, y para constancia de estos antecedentes y de la trasmisión de la propiedad literaria a las Universidades de Quito, Guayaquil y Cuenca y a la Junta Universitaria de Loja, insertamos a continuación aquellos artículos y las notas que en consecuencia se cruzaron.

PRIMER ARTICULO

En la edición del 12 de Enero de 1923, N° 2927, dijo "El Día":

"APOYEMOS.—Entre los pocos libros de texto publicados por autores nacionales ninguno tan espléndido como el que sobre "Derecho Práctico" está preparando y ha publicado en parte el Maestro doctor Víctor Manuel Peñaherrera.

"Mas es tristísimo que apenas puedan los estudiantes gozar del primer tomo de un tratado que, cuando esté completo, será un verdadero y precioso monumento de ciencia y erudición.

"Desde hace varios años no nos ha sido posible ver impreso, sino el tomo de que hablamos, sin duda por el mismo autor, quien con desinterés digno de su fama lo obsequia a los alumnos.

"Sabemos que en algún Congreso se decretó la publicación por cuenta del Estado, justísimo y patriótico Decreto, y sabemos también que el señor doctor Peñaherrera ha terminado y tiene listo para la imprenta otro tomo y que está por concluir algunos más. Sería del caso que nuestro Gobierno se interesase de modo eficaz en la publicación de esos tomos que han de ser de grandísima importancia para los universitarios y para cuantos se dedican al estudio del Derecho Práctico.

"Nuestros Códigos de Enjuiciamientos debían ser comentados por un Profesor tan autorizado y competente como el doctor Peñaherrera, y en realidad lo han sido, y con indiscutible lucimiento. ¿Por qué pues el Gobierno no da facilidades al sabio Jurisconsulto para que corone la obra que merecía el aplauso universal?

"Deben los señores universitarios, que son tan poderosos para alcanzar cuanto se proponen, formar un Comité que persiga hasta lograrlo, la publicación de tan interesante obra".

SEGUNDO ARTICULO

En el N° 2935, correspondiente el 21 de Enero del mismo año 1923, dijo:

"INSISTIMOS.—En uno de nuestros anteriores números, expusimos la necesidad que tenían los jóvenes universitarios y el deber en que estaban de procurar la inmediata impresión de los libros del Profesor doctor Víctor M. Peñaherrera, sobre nuestras leyes de procedimiento Civil y Penal; libros que, a parte de las verdaderas ventajas que darían a los cursantes de Derecho Práctico, significarían un verdadero monumento de ciencia y erudición para la literatura nacional.

"Estudiar de memoria el simple texto legal, sin comentarios, sería labor inútil e imposible; y por esto el nombrado Profesor se ha consagrado con inquebrantable brío, con recto criterio y con brillante éxito a escribir sabios comentarios, digno y natural exponente de sus profundos conocimientos, de su diario estudio y de su clarísimo talento. El primer tomo que desde años circula en las aulas universitarias, deja en el ánimo la más grata impresión, conciso en la expresión de los principios y en el comentario y crítica de los artículos de la ley; lleno de preciosas y muy escogidas citas; es una verdadera obra de texto y consulta al propio tiempo. Al leer la *Primera Lección* en que el autor se contrae a la exposición de los principios que deben orientar la vida toda del abogado, del *Sacerdote de la Justicia*, del *Apóstol del Derecho*, se aquilata el profundo convencimiento y la honradez que han informado la carrera profesional del Maestro.

"Profesor propietario de su Cátedra, dignamente obtenida por concurso, el señor doctor Peñaherrera ha consagrado todo su tiempo para perfeccionar e incrementar, en sumo grado, los conocimientos que ya le acreditan dentro y fuera del país, como un completo e insuperable Jurisconsulto.

"Sus conferencias diarias sobre la práctica Civil y Penal son admirables; poseemos el curso completo que dictó sobre Procedimiento Penal en uno de los últimos cursos escolares, y afirmamos que bien cabrían en un solo tomo esas soberbias disertaciones sobre el citado Código de Procedimiento en Materia Criminal, tomo del que formarían parte, los estudios que sobre el Jurado publicó el doctor Peñaherrera, que fueron presentados en el Congreso Pan-americano celebrado en Washington y que merecieron unánime aplauso.

"En este tomo se incluiría asimismo el estudio de Reformas al Procedimiento Penal; estudio magnífico que se publicó en la Revista de la Sociedad "Jurídico - Literaria".

"Y ¿por qué no se publica ese tomo para honra del Foro Ecuatoriano? ¿Por qué el señor doctor Peñaherrera no encuentra el apoyo a que debe ser acreedor todo hombre verdaderamente científico?

"Reclamamos al Supremo Gobierno y a la Universidad Central que presten al eminente Profesor todo el apoyo, toda la cooperación posibles para que pueda dar a la imprenta sus obras que, como ya dijimos, serán monumento de gloria para las *Letras Patrias*.

"Esta labor verdaderamente patriótica de enriquecer con dignas obras de nuestra literatura, hablaría muy bien de los Gobernantes que, como supremo ideal, deben procurar hacer conocer a los pueblos civilizados lo que son y lo que valen nuestros hombres, nuestros literatos, historiadores, abogados, etc. Esta labor es la que prima en todos los Estados de Europa y América, y el Ecuador, en todos los ramos del saber, cuenta con dignas personalidades: historiadores tenemos tan conspicuos como González Suárez y Cevallos; literatos inimitables como Montalvo; poetas como Olmedo, Juan León Mera y Crespo Toral; publicistas como los doctores Carlos R. Tobar y Carlos Tobar y Borgoño; etc., la enumeración además de infinita pecaría por inútil, ya que lo suficiente son conocidos los buenos hijos de nuestra Patria.

"Vayamos a la práctica y no nos contentemos con meras declamaciones y alardes inútiles, y así como es justo contribuir a la belleza física de las ciudades, a la facilidad de las comunicaciones, contribuyamos también a la grandeza moral del Ecuador".

AGRADECIMIENTO Y EXPLICACION

Con fecha 25 de Enero de 1923, dirigimos a "El Día" la siguiente nota de agradecimiento, que se publicó en la edición del 26, N^o 2939:

"Quito, Enero de 1923.

Señores Redactores de "El Día".

Ciudad.

Muy apreciados señores:

"Cumpro con el deber de manifestar a ustedes mi agradecimiento por los honrosos y benévolos conceptos con que me favorecen en su respetable diario, al tratar del Decreto Legislativo que dispuso se publicaran por cuenta del Estado mis apuntamientos jurídicos.

"Yo no pertenecí al Congreso de 1913, que dictó esa ley; ni tuve conocimiento de ella, sino cuando se la publicó por la imprenta. La había promovido el ilustre Jurisconsulto y hombre público doctor don Juan Benigno Vela; pero ni entonces ni después he tratado con el Gobierno sobre ese particular, ni he pretendido en manera alguna el cumplimiento de esa ley.

"En ella se dió igual orden respecto de las obras del ominente ecuatoriano señor doctor don Luis F. Borja, mi respetado maestro, a quien varias veces le oí, como le oyeron también otras personas, que sus estudios sobre el Código Civil estaban terminados en treinta tomos, en estado de ir a la imprenta; y es en extremo sensible que vaya pasando el tiempo sin que podamos aprovechar de tan importante y valioso caudal de ciencia y de doctrina.

"Por mi parte, no he abandonado la labor que me propuse, en armonía con mis faenas del Magisterio. Algo podría editarse ya, contando con la indulgencia del público; y así sucederá tan pronto como las circunstancias me lo permitan, nunca con la mira de lucro, sino simplemente con la de dar alguna facilidad a los estudiantes de Derecho.

"Dos capítulos o fragmentos se publicaron hace poco, en forma de conferencias: el uno sobre la abogacía, en la Revista de la Sociedad "Estudios Jurídicos" de Quito; y el otro sobre ejecución de sentencias extranjeras, en la Revista de la Asociación "Escuela de Derecho" de Guayaquil. Otros dos relativos a la parte penal, se publicaron en nuestra Revista Forense; el uno sobre el Cuerpo del Delito, y el otro sobre el Derecho Internacional Privado Penal.

"Tengo el honor de enviar a ustedes un ejemplar de cada uno de estos cuatro trabajos.

"Con sentimientos de distinguida consideración, soy de ustedes muy atento servidor y amigo.

(i.) *V. M. Peñaherrera*".

LA SOCIEDAD DE "ESTUDIOS JURIDICOS"

La Sociedad "Estudios Jurídicos" acogiendo, como dijimos, las recomendaciones de "El Día", tomó a su cargo la gestión de exigir al Gobierno el cumplimiento del Decreto Legislativo, y dirigió al señor Presidente de la República la siguiente nota, que fue entregada por una comisión de la misma Sociedad:

"Quito, a 20 de Marzo de 1923.

Excmo. Sr. Dr. Dn. José Luis Tamayo, Presidente de la República.

Presente.

Señor :

"La Sociedad "Estudios Jurídicos", en sesión de 19 de los corrientes, acordó dirigirse a usted con el objeto de pedir al Gobierno el cumplimiento del Decreto Legislativo de 17 de Setiembre de 1913, promulgado el 27 del mismo mes y año, que dice:

"..... Art. 3º.—El Poder Ejecutivo publicará también, por cuenta del Estado, previo contrato con el señor doctor don Víctor-Manuel Peñaherrera, las obras de Jurisprudencia que este Profesor tiene preparadas".

"Teniendo en consideración el claro talento y la preparación del Sr. Dr. Peñaherrera y el merecido prestigio de que goza, no sólo en su Patria, sino aún fuera de ella, la publicación íntegra de sus "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", aparte de la enorme utilidad que prestará a los estudiantes de Jurisprudencia, constituirá un título de orgullo para las letras nacionales.

"La prensa se ha ocupado en varias ocasiones del asunto, lamentándose de que el mencionado Decreto no se haya llevado a la práctica, cuanto antes. Y nosotros, que actualmente tenemos la honra de ser discípulos del señor doctor Peñaherrera y hemos podido aquilatar la valía del Maestro, juzgamos que la publicación de su obra es una necesidad inaplazable; y es por esto que venimos a pedir al señor Presidente que delegue la facultad y el deber impuestos al Poder Ejecutivo por la Legislatura de 1913, a la Sociedad "Estudios Jurídicos", que sabrá colocarse a la altura de esta elevada comisión.

"El patriotismo del señor Presidente y su afán por el progreso de las letras patrias nos hacen esperar que esta solicitud será favorablemente acogida.

(f.) *Mariano Suárez V.*"
Presidente.

CONTESTACION

"República del Ecuador.—Presidencia.—Particular..

Quito, a 26 de Marzo de 1923.

Señor don Mariano Suárez V., Presidente de la Sociedad "Estudios Jurídicos".

Ciudad.

Mi distinguido compatriota :

"En la debida oportunidad recibí el atento oficio de usted N.º 5, contraído a expresarme en nombre de la Sociedad que usted dignamente preside, el patriótico y muy justo anhelo de que el Gobierno procediera a la edición de las obras de Jurisprudencia del ilustre Profesor de Derecho doctor Víctor Manuel Peñaherrera, de conformidad con la disposición especial del Decreto Legislativo de 17 de Setiembre de 1913.

"El Gobierno estima en alto grado los merecimientos del distinguido Jurisconsulto doctor Víctor Manuel Peñaherrera, y por lo mismo anhela que la obra de su larga y fecunda vida profesional y de Cátedra sea difundida por la edición de sus diversas y valiosas Lecciones de Derecho; y en esta virtud me permito manifestar a usted, para que se digne hacerlo trascendental a sus meritísimos compañeros de la importante Sociedad de "Estudios Jurídicos" que tan pronto como los talleres del Estado terminen algunos trabajos tipográficos de urgencia, se emprenderá la labor ordenada por la Legislatura en el Decreto mencionado.

"Con sentimientos de distinguida consideración, soy de usted atento compatriota y S. S.

(f.) José Luis Tamayo".

LA SOCIEDAD "ESTUDIOS JURIDICOS"

En seguida la Sociedad "Estudios Jurídicos" nos dirigió esta comunicación:

"Quito, a 9 de Abril de 1923.

Señor Dr. Dn. Víctor Manuel Peñaherrera.

Ciudad.

Señor:

"Cúmplenos manifestar a usted que la Sociedad "Estudios Jurídicos", comprendiendo la alta labor científica y el laudable esfuerzo que encierra en sí la obra "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", escrita por usted con tanto amor a la juventud estudiosa, con profundo

conocimiento de las materias en ella tratadas, quiso que cuanto antes se diese a luz, íntegra, dicha obra, que vendría a llenar un justo anhelo de los estudiantes de jurisprudencia y a enriquecer, además, con su publicación, las letras patrias, añadiendo a ellas un nuevo exponente de cultura e ilustración.

"Con tal objeto, la "Estudios Jurídicos" honróse en tomar la iniciativa, y, dirigiéndose al Excmo. señor Presidente de la República, por medio de un oficio, pidióle dé cumplimiento al Decreto Legislativo de 17 de Setiembre de 1913, por el que se autorizó al Poder Ejecutivo para publicar la mencionada obra.

"Nuestros fervientes deseos parecen en vía de realizarse, según la contestación que el señor doctor Tamayo nos envió, razón por la cual nos apresuramos en transcribir ésta a usted

(Aquí la contestación del señor Presidente).

"Al solicitar del señor Presidente de la República la ejecución de un Decreto Legislativo por el que se le confió la publicación de obra de tamaña importancia como la que nos ocupa, la Sociedad "Estudios Jurídicos", lo repetimos, creyó cumplir con un deber de inaplazable necesidad; y al poner en su conocimiento la iniciativa que se tomó la libertad de acoger y la contestación recibida, hacemos votos por la pronta publicación de las "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal" y nos suscribimos atentos discípulos y SS. SS.

(f.) M. E. Suárez V.,
Presidente.

(f.) J. A. Troya Cevallos,
Secretario.

CONTESTACION Y CESION DE LA PROPIEDAD

"Quito, Noviembre 2 de 1923.

"Señores Presidente y Secretario de la Sociedad "Estudios Jurídicos".

Ciudad.

Muy estimados señores y amigos:

En nota de 9 de Abril de este año, se sirvieron ustedes comunicarme las gestiones hechas ante el Gobierno, por la Sociedad "Estudios Jurídicos", con el fin de obtener el cumplimiento del Decreto Legislativo de 17 de Setiembre de 1913, que ordenó se publicasen, por cuenta.

del Estado y previo arreglo conmigo, mis estudios jurídicos. En la propia nota me transcribieron la resolución del señor Presidente de la República de llevar a ejecución ese Decreto, tan pronto como en la Imprenta Nacional se terminasen algunos trabajos tipográficos que, por la proximidad del Congreso, eran urgentes.

Agradezco muy cordialmente a ustedes, lo mismo que al señor Presidente de la República, los benévolo términos que emplean en mi favor; y puesto que, según me informan ustedes, aquel inconveniente transitorio ha cesado ya, manifiéstoles que, restablecida también algún tanto mi salud, me creo en posibilidad de proceder a la edición, contando con la bondadosa cooperación que, en esa compleja labor, se han de dignar prestarme ustedes.

Cuanto al arreglo de que habla el Decreto Legislativo, declaro una vez más que, al emprender en mi obra de las "Lecciones", y continuarla tesoneramente, no sin dificultades e interrupciones inevitables, jamás estuvo en mi ánimo la idea del lucro, ni otro propósito que el de facilitar a los jóvenes el estudio de una ciencia enteramente moderna y no consignada aún en libro alguno que pueda servirnos como verdadero texto, o siquiera como una compilación ordenada y metódica de los principios a que debemos atenernos.

Me siento, por lo mismo, honrado y satisfecho, al ceder, como cedo, a las Universidades de Quito, Guayaquil y Cuenca y a la Junta Universitaria de Loja la propiedad literaria, así de la parte publicada, como de lo que en adelante se publique, encareciéndoles facilitar a los alumnos de Derecho Práctico, gratuitamente, o si esto no fuere posible, por un precio módico, los respectivos ejemplares, y reservando para mí sólo unos trescientos, a fin de obsequiarlos a mis amigos y antiguos discípulos.

Dedico especialmente mi obra a la Sociedad "Estudios Jurídicos" de Quito, a cuya entusiasta intervención se deberá probablemente el que continúe la publicación, y a la Sociedad "Escuela de Derecho" de Guayaquil, que

se ha dignado también estimularme con sus repetidas pruebas de benevolencia y simpatía; y reitero la expresión de mi agradecimiento a los órganos de la prensa que me han prestado su espontáneo y valioso apoyo.

Con sentimientos de distinguida consideración, soy de ustedes muy atento y S. S.,

(f.) V. M. Peñaherrera.

Nº 7.—Sociedad "Estudios Jurídicos".

"Quito, Noviembre 4 de 1923.

"Excmo. señor doctor don Alberto Guerrero Martínez, Encargado de la Presidencia de la República.

Presente.

Excmo. señor :

"Tenemos el honor de dirigirnos a usted con el objeto de pedirle que facilite a la Sociedad "Estudios Jurídicos" la consecución de uno de los fines que esta corporación se ha propuesto, cual es el de procurar la pronta publicación de los tomos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º de la obra del señor doctor Víctor Manuel Peñaherrera, titulada "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", dando así cumplimiento al Decreto Legislativo de 17 de Setiembre de 1913.

El Excmo. señor doctor don José Luis Tamayo, Presidente de la República, hállase animado de los mejores deseos en orden a la edición de esta obra, como lo demuestra la contestación a nuestro oficio, cuya copia la adjuntamos y por la que se ve que el único obstáculo para la inmediata realización de tan nobles deseos fué el hallarse en ese tiempo recargado el trabajo en los talleres de la Imprenta Nacional, por la proximidad del Congreso; ahora, que este inconveniente ha desaparecido y conocedores del patriotismo e ilustración del señor doctor Guerrero Martínez, de su afán por el incremento y prestigio de las letras nacionales, no dudamos de que sabrá prestarnos su valiosa y eficaz cooperación en esta desinteresada tarea.

Quedamos del Excmo. señor Encargado de la Presidencia de la República, atentos y SS. SS.

(f.) M. E. Suárez V.
Presidente.

(f.) J. A. Troya Cevallos.
Secretario.

CONTESTACION

"República del Ecuador.—Presidencia.—Particular.

"Quito, a 7 de Noviembre de 1921.

Señor Presidente de la Sociedad "Estudios Jurídicos".

En la Ciudad.

Tengo el agrado de contestar el atento oficio de usted de 4 de los corrientes por medio del cual me pide que facilite la publicación de los tomos del 2º al 6º de la obra del señor doctor don Víctor Manuel Peñaherrera, titulada "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", cumpliendo así el Decreto Legislativo de Setiembre de 1913, y me manifiesta que el señor doctor Tamayo, Presidente de la República, se halla animado de los mejores deseos en orden a dicha edición, como lo expresa su oficio del 26 de Marzo de 1923, cuya copia me envía.

En respuesta, me es placentero informarle que he dado los pasos y órdenes conducentes a fin de que principie inmediatamente la edición de dichas obras, cumpliendo así una ley de la República y facilitando a la juventud estudiosa una fuente de sana filosofía, crítica científica y profundos conocimientos.

Agradezco a usted los benévolos conceptos que para mí tiene en su oficio y me es grato ver reconocido por una Sociedad del prestigio y solidez de la "Estudios Jurídicos", mi afán por el mejoramiento y progreso de nuestra juventud, llamada a ser la resurrección de nuestro espíritu de grandeza legendaria.

Con sentimientos de distinguida consideración, soy de usted atento y S. S.

(f.) Alberto Guerrero M.

Sociedad "Estudios Jurídicos".

Quito, a 15 de Abril de 1924.

Señor doctor don Víctor Manuel Peñaherrera.

Presente.

La Sociedad "Estudios Jurídicos", a quien represento, ha recibido el honroso encargo de entregar a usted el acuerdo en el que, la Junta Universitaria de Loja, agradece el generoso donativo que usted hizo, de la propiedad literaria de su importante obra "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", a las Universidades de la República y a la Junta de Loja.

Al cumplir con este grato encargo, hago presente a usted, la satisfacción con que la "Estudios Jurídicos" ha mirado este acto de reconocimiento, de la importancia de una obra, que es el fruto de tantos desvelos, y como se pone una vez más de manifiesto, la admiración que generalmente tienen a nuestro respetado profesor.

Optimismo y Fraternidad.

(f.) N. A. Maldonado.
Presidente.

LA JUNTA UNIVERSITARIA DE LOJA.

Considerando:

Que el señor doctor Víctor Manuel Peñaherrera, distinguido Profesor de la Universidad de Quito, en comunicación dirigida a los señores Presidente y Secretario de la Sociedad "Estudios Jurídicos", transcrita al Rectorado del Colegio "Bernardo Valdivieso", por oficio N^o 9 de 12 de Diciembre próximo pasado, cede a las Universidades de la República y a la Junta Universitaria de Loja, la propiedad literaria de la obra "Lecciones de Derecho Práctico";

Que la Junta Universitaria considera la obra "Lecciones de Derecho Práctico" de valor inapreciable, como única en su género en nuestra Patria y fruto de la labor de muchos años de estudio y experiencia de un jurisconsulto eminente, honra del Foro y Magisterio ecuatorianos, por sus talentos, ilustración y decidido amor a la juventud,

Acuerda:

1^o Agradecer profundamente al señor doctor don Víctor Manuel Peñaherrera la donación de la obra "Lecciones de Derecho Práctico";

2^o Reconocer los elevados merecimientos del distinguido jurisconsulto señor doctor Peñaherrera, y presentarle a la juventud que estudia en esta Facultad la ciencia del Derecho, como el modelo más sobresaliente de ilustración, probidad y patriotismo; y

3^o Enviar al señor doctor Peñaherrera un autógrafo de este Acuerdo, por el digno medio del señor Presidente de la importante Sociedad "Estudios Jurídicos" de Quito.

Es dado en el Salón del Rectorado del Colegio "Bernardo Valdivieso", a los treinta y un días del mes de Enero de mil novecientos veinticuatro.

El Decano, A. Valarezo.—El Subdecano, Alberto Burneo.—El Profesor, Manuel J. Jaramillo.—El Profesor, Luis G. Muñoz.—El Profesor, Manuel José Aguirre.—El Profesor, R. Montero C.—El Profesor, Rafael M.

García.—El Presidente del Centro Local de Estudiantes, *Julio C. Ojeda.*—El Delegado Universitario, *Juan N. Sumdo.*—El Secretario, *Carlos M. Quirola.*

Quito, Abril 18 de 1924.

Señor Presidente de la Sociedad "Estudios Jurídicos".

Ciudad.

Señor:

Con su atenta nota de 15 del presente, recibí el muy valioso y significativo autógrafo del Acuerdo con que mis respetables compañeros de magisterio, que componen la Junta Universitaria de Loja, se han dignado patentizarme su consideración y estima, con motivo de la cesión que de la propiedad literaria de mis "Lecciones de Derecho Práctico", hice en favor de dicha Junta y de las Universidades de la República.

Sin creerme merecedor del alto elogio con que me honra en el Acuerdo, conservaré con profunda gratitud esa preciosa prenda, que me servirá de estímulo y aliento en el arduo empeño de proporcionar a la juventud estudiosa y al foro ecuatoriano, una exposición sistemática, así de los principios que informan el Derecho Procesal, como de las reglas adoptadas en el Derecho positivo ecuatoriano, cuya recta inteligencia y aplicación significa, en el orden práctico, el triunfo de la justicia en las relaciones de los individuos, supremo desideratum de quienes, al recibir la investidura profesional, hemos consagrado al augusto ministerio de la justicia nuestras más nobles aspiraciones y más puros anhelos.

Del señor Presidente, muy atento servidor.

(1.) *V. M. Peñaherrera.*

Nº 11.—República del Ecuador.—Universidad del Azuay.—Decanato de la Facultad de Jurisprudencia.

Cuenca, Febrero 4 de 1925.

Señor doctor don Víctor Manuel Peñaherrera.

Quito.

Señor:

La Facultad de Jurisprudencia en que presido, en la sesión extraordinaria del dos del presente, visto el oficio Nº 29 de 8 de Enero último.

dirigido por el señor Presidente de la Sociedad "Estudios Jurídicos" aprobó la siguiente contestación:

"República del Ecuador.—Cuenca, 29 de Enero de 1925.—Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia.—Presente.

Señor :

Cumpliendo con el honroso cometido, encomendado por la Facultad en que usted dignamente preside, relativo a formular la contestación que debe darse al oficio N^o 29, de 8 del mes en curso, dirigido a usted por el señor Presidente de la Sociedad de "Estudios Jurídicos", en que avisa el obsequio que, el señor doctor don Víctor Manuel Peñaherrera, hace de su obra a las Universidades de la República, juzgo oportuno someter a su ilustrado criterio las siguientes observaciones :

Bajo varios aspectos puede considerarse la publicación de las "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", del ilustrado Profesor, de la Universidad de Quito, a saber: la importancia y trascendencia que tiene el obsequio, de esa producción, a las Universidades del Estado, acto por el cual su docto autor, merece la gratitud de la juventud universitaria de la República; pues, en estos tiempos, en que domina el interés particular y se busca ocasión para explotar con el trabajo intelectual, llama verdaderamente la atención el desprendimiento del señor doctor Peñaherrera, con tanto mayor motivo, cuanto que, la obra obsequiada, merece toda clase de recomendaciones, por ser, un trabajo de grande aliento, realizado ya en parte, (el primer tomo está publicado), con perfecta posesión de la materia, y un caudal de ciencia poco común.

Por esto, soy de parecer: que se dirija usted al distinguido catedrático señor Peñaherrera, agradeciéndole el donativo en nombre de los Universitarios de Cuenca; acto de imprescindible cultura, que, la Facultad de Jurisprudencia de vuestra Presidencia, está en el caso de realizarlo hoy que tiene conocimiento de tan valioso obsequio, por el oficio de la Sociedad de "Estudios Jurídicos", que motiva esta contestación, pues antes de ahora nada ha sabido al respecto la Facultad.

Entrando en apreciaciones generales, respecto de la utilidad de la obra que va a publicarse, es indudable que ella viene a satisfacer una necesidad imperiosa para el ordenado y completo estudio de la práctica jurídica, en nuestras Universidades.

En la época en que vivimos, cuando un enciclopedismo insustancial, constituye la base de la ilustración de nuestros jóvenes; cuando una maleante literatura absorbe las facultades psíquicas, anulando las mejores disposiciones para la técnica profesional; cuando las vocaciones científicas encuentran su escollo insuperable en nuestra informe legislación procesal, la publicación de una obra doctrinaria, síntesis acabada de las modernas teorías sobre procedimiento jurídico, debe recibirse con el aplauso a que es acreedora toda labor cultural, tendiente al mejo-

ramiento de las instituciones reguladoras de la vida normal del Estado, que sólo puede obtenerse por el imperio legítimo de la justicia.

La función judicial que, establecida en nuestra Carta Política, tiene por fundamento la garantía del derecho de todos contra todos y significa la supresión del absolutismo en el Gobierno, por la creación de los varios órganos para el ejercicio de las funciones de la soberanía, necesita para realizar su fin esencialmente ético, de una organización en lo posible perfecta, de acuerdo con las leyes fundamentales del país; y, sobre todo, provista de los medios necesarios para que triunfe el derecho: la justicia se imponga y el crimen reciba la correspondiente sanción en una palabra: para que, todas las relaciones jurídicas, tengan en la obra del Magistrado el saludable control y la acción eficaz, que hagan aceptable la convivencia político-social.

No dudo, señor Decano, que en los tomos que van a publicarse, de la obra del doctor Víctor Manuel Peñaherrera, se seguirá el mismo método, claridad en la exposición y acopio de doctrina manifestados en la parte publicada; juzgo, también, que se dará a la ciencia procesal ecuatoriana, una orientación definida y un sistema conforme con nuestras instituciones legales, aunándolas con la índole de nuestro pueblo, sus costumbres inocentes y procurando adoptar, de las legislaciones de los pueblos cultos, aquellas disposiciones que mejoren la ritualidad de los procesos, a fin de que la justicia triunfe en todo caso y el derecho sirva de fundamento no sólo a las relaciones individuales, sino de apoyo y consagración a los derechos de la colectividad y aún a las mismas facultades del Estado.

En los momentos actuales, cuando las instituciones jurídicas seculares bambolean al empuje formidable de las aspiraciones colectivas; cuando el sindicalismo se impone, en muchos pueblos de la tierra, como la forma práctica de realizar todos los servicios de la República; cuando el derecho de propiedad sufre crisis por las reclamaciones justas del socialismo humanitario,—que pide un puesto en el banquete de la vida—, natural es que, pensadores ilustres, como el señor doctor Peñaherrera, tomen en cuenta las exigencias de las sociedades contemporáneas y preparen a nuestro país a recibir las nuevas doctrinas, hermanándolas con los principios de justicia absoluta, para prevenir así, un cataclismo que puede hacer tabla rasa de las instituciones organizadoras de la Nación. Sabio proceder es, del Legislador y del Jurista, estudiar el medio ambiente, tomar el pulso a las situaciones difíciles, mirar por los que están abajo; y, denunciar con plena libertad, a la faz del mundo, la reforma salvadora, exigida por las necesidades y anhelos de los grupos humanos desheredados.

Por otra parte, dedicada la obra a la enseñanza del Derecho Procesal a los universitarios, juzgo que ella contendrá el enunciamiento de todas las cuestiones científicas, relativas a la organización de los Tribunales de Justicia, al procedimiento, a la publicidad de los juicios, a la prueba, a los recursos y más cuestiones de trámite que se ventilan en las escuelas de práctica forense; y que, en la exposición de la doctrina, se encontrará la verdad luminosa sustentada por los sabios modernos, junto con las prudentes indicaciones para el mejoramiento de nuestros Códigos adjetivos.

A los hombres del siglo actual, les gusta vivir identificándose con los modernos inventos y haciendo práctica esa ley sociológica del mayor beneficio con el menor esfuerzo; muchos son extraños a los estudios especulativos, a la labor perseverante y fatigosa que produce el libro; hoy, el hombre vive aceleradamente, sirviéndose del vapor y de la electricidad, con la misma rapidez que, el aviador, cruza los espacios; y por esto no se detiene en la meditación de los grandes problemas de moral y de justicia. Esto está reservado a los hombres superiores que han consagrado su existencia al bienestar de la humanidad; que comprenden que, sobre las transformaciones asombrosas de la materia y de la fuerza, están las elocubraciones de la ciencia; que saben que la misión del hombre es hacer bien al hombre y que esto sólo puede obtenerse sacrificando la persona por el triunfo de la justicia, la enunciación de la verdad y el imperio del derecho, labor exclusiva de las Universidades. Bajo este punto de vista la obra del doctor Peñaherrera que llevará a cabo tan levantados fines, merecerá la más entusiasta aprobación; pues ni el medio ambiente, ni las circunstancias, ni los recursos de que ha dispuesto le han sido favorables para la publicación de su obra.

Aplauso y reconocimiento es lo que merece el Sr. Dr. Peñaherrera, por el obsequio de sus "Lecciones de Práctica Civil y Penal"; y creo, señor Decano, que cumplirá la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, con un deber, no sólo impuesto por la cultura, sino por la justicia, al hacer presente a tan distinguido hombre público estos sentimientos.

Para los jóvenes miembros de la Sociedad "Estudios Jurídicos", de Quito, vaya también una voz de aliento y de felicitación por el entusiasmo con que están llevando a cabo la edición de la obra de su viejo Maestro—el señor doctor Víctor M. Peñaherrera—, gloria de las letras nacionales, prestigio del Foro ecuatoriano y modelo de probidad.—Dios y Libertad, Octavio Díaz".

Lo que llevo a su conocimiento por haberlo dispuesto así la Facultad de Jurisprudencia, que presido.

Dios y Libertad,

A. J. Peralta.

CONTESTACION

Tumbaco, 15 de Febrero de 1925.

Señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia.

En la Universidad del Azuay.

Convaleciente de una grave enfermedad, he tenido el honor de recibir la ilustrada y benévola nota de agradecimiento que la Hble. Facultad en que usted mercedamente preside, ha acordado dirigirme, con motivo de la cesión que de la propiedad literaria de mis "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal" hice en favor de las Universidades de la República.

Cuando hace más de treinta años obtuve por oposición la Cátedra de Derecho Práctico en la Universidad Central y comencé a desempeñarla, me convencí pronto de que las lecciones orales en que los profesores debían hacer a los alumnos la exposición de los principios de la respectiva ciencia, no podían dejar en ellos, sin el auxilio de alguna base escrita, un conjunto sistemático y armónico de principios; y concebí la idea del programa sintético de la materia, que sirviese al profesor para ordenar y metodizar sus explicaciones, y a los estudiantes para releerlas y para dedicarse a las investigaciones propias que ese sistema de enseñanza los impusiera. Formulado y publicado mi programa, fué sucesivamente acogida la idea por los demás profesores, y hoy constituye un precepto reglamentario de la enseñanza superior.

Desde entonces, empero, pensé también en una ampliación y desarrollo posterior de mi programa, que constituyese a dar mayor facilidad a los cursantes de Derecho para aquellas investigaciones propias, a la vez que pudiese también servir de algún modo en el Foro para los estudios y consultas del momento sobre la doctrina jurídica aplicable en los casos prácticos.

En este propósito he persistido constantemente; y suspendida durante algunos años la edición de mis estudios, por varios inconvenientes, continúa ahora, gracias a la valiosa influencia y personal intervención de la Sociedad "Estudios Jurídicos" de Quito.

No estuvo jamás en mi ánimo la mira de lucro pecuniario ni otro empeño que el de contribuir a la fijación y afianzamiento de los principios reguladores del Derecho Procesal, que aunque vagos e indecisos todavía en el mundo jurídico, significan justicia en las relaciones de los individuos; y muy satisfecho y honrado me considero ahora al colocar, mediante el traspaso de la propiedad literaria, esos mis ensayos científicos bajo el generoso y respetable patrocinio de la ilustrada Facultad de Derecho del Azuay y de las demás instituciones universitarias que han tenido a bien acoger el modesto donativo.

Dígnese, señor Decano, participar estos mis sentimientos a la Hble. Facultad, y aceptar las respetuosas consideraciones con que soy de usted muy atento colega y obsecuente servidor.

(f.) V. M. Peñaherrera.

"Nº 135.—República del Ecuador.—Universidad Central.—Rectorado.

Quito, a 3 de Arbil de 1925.

Señor Presidente de la Sociedad "Estudios Jurídicos".

Muy honroso es para mí poner en conocimiento de usted, en contestación al atento oficio de 27 de Febrero último, oficio en el cual se sirvió comunicarme que el señor doctor don Víctor M. Peñaherrera, Profesor de esta Universidad, había cedido, muy galantemente, a las Universidades del Ecuador, y a la Junta Universitaria de Loja, la propiedad literaria de la obra "Lecciones de Derecho Civil", que la Junta Administrativa en que presido, tuvo a bien aprobar el siguiente informe:

"Señor Rector de la Universidad Central.—La cesión de la propiedad literaria de la importantísima obra "Lecciones de Derecho Práctico", hecha por el ilustre Profesor doctor Víctor M. Peñaherrera a las Universidades de la República, es un valioso donativo de la ciencia nacional y representa ese espíritu eminentemente altruista del reputado Profesor. Por lo mismo, la Universidad debe aceptar la cesión, agradeciendo en todo lo que vale el generoso obsequio del señor doctor Peñaherrera.—En cuanto a la administración de la propiedad, pudiera insinuarse a las demás Universidades y a la Junta Universitaria de Loja que nombren sus respectivos Delegados para acordar la forma de administración.—Me suscribo del señor Rector obsecuente S. S.—Agustín Cueva".

De usted, atentamente,

M. R. Balarezo.



LECCIONES
DE
DERECHO PRACTICO
Civil y Penal



Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de la República del Ecuador

LIBRO PRIMERO

DE LA JURISDICCION, DE LAS PERSONAS QUE LA EJERCEN Y DE
LAS QUE INTERVIENEN EN LOS JUICIOS

(Continuación)

TITULO SEGUNDO

DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN
EN LOS JUICIOS

SECCION PRIMERA

Del actor y del demandado

Art. 38.—**Actor** es el que propone una demanda; y **demandado**, aquel contra quien se la intenta.

Art. 39.—No pueden comparecer en juicio, como actores ni como demandados:

1º—La mujer casada, sin licencia de su marido o del juez, según lo dispuesto en el Código Civil;

2º—El menor de edad y cuantos se hallan bajo tutela o curaduría, a no ser representados por sus respectivos guardadores; y

3º—Las corporaciones y las personas jurídicas, a no ser por medio de sus representantes legales.

Art. 40.—Los que se hallen bajo patria potestad serán representados por el padre o madre que la ejerza; y

los demás incapaces que no estuvieren bajo patria potestad, tutela o curaduría, por el curador que se les da para el pleito.

Art. 41.—Cuando el hijo demande al padre o a la madre, en la misma demanda pedirá venia al juez, quien la concederá en el primer decreto que dicte.

Art. 42.—La mujer casada puede comparecer en juicio como actora o como demandada, en los casos de estar divorciada o separada de bienes, de hallarse autorizada por el juez o por el marido, de ser este último la persona con quien va a litigar, y de sostener los derechos de sus hijos legítimos que estén bajo su patria potestad.

Art. 43.—Los religiosos profesos no podrán comparecer en juicio como actores, sin licencia escrita de sus respectivos prelados; pero no necesitarán de este requisito para comparecer como demandados.

Los superiores de órdenes religiosas no necesitan la licencia a que se refiere este artículo, ora demanden sus propios derechos, ora los del Convento.

Art. 44.—Tanto el actor como el demandado podrán comparecer en juicio por medio de procurador.

Art. 45.—Son hábiles para nombrar procuradores los que pueden comparecer en juicio por sí mismos.

Art. 46.—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; pero si se hallare fuera del lugar del juicio, se librárá deprecatorio para la práctica de tal diligencia.

Art. 47.—Los herederos no podrán ser demandados ni ejecutados dentro de los ocho días siguientes al de la muerte de la persona a quien hayan sucedido. Si no hubieren aceptado la herencia, el demandante podrá pedir al juez que les obligue a declarar si la aceptan o repudian, conforme a lo dispuesto en el Código Civil; y, mientras gocen del plazo para deliberar, podrá nombrarse un curador de la herencia, con quien se siga el pleito o ejecución, sin que sea necesaria la notificación judicial del título.

Exposición doctrinal

CONCORDANCIAS—COMENTARIOS—JURISPRUDENCIA

SINOPSIS

(Continuación del programa)

PRELIMINARES

218.—Recuerdo del plan general del Código.—Objeto y razón histórica de este 2º Título del Libro 1º.—Su relación con la Ley Orgánica.

219.—Personas que intervienen en los juicios.—Su división en principales y accesorias o auxiliares.—Subdivisión de éstas.

220.—Otra división; funcionarios públicos; personas privadas.

221.—Separación entre la Ley Orgánica y el Código, ejecutada por la Corte Suprema.

De las partes

222.—Objeto de la Sección 1ª.—Aceptación jurídica de las voces parte, litigante, actor o demandante, demandado o reo, tercero.—Relación entre el concepto de partes y de personas litigantes.

223.—Axioma jurídico de la igualdad legal de las partes.

224.—Capacidad legal de parecer en juicio.—¿Debe tratar de esto el Código de Enjuiciamiento o el Civil?

225.—Regla general sobre la capacidad.—Consecuencias.—Capacidad activa y pasiva.—Graduación de la capacidad.

226.—Excepciones de la regla general sobre la capacidad.

227.—Formas de comparecencia de las personas capaces (personalmente o por apoderado).—Agentes oficiosos.

228.—Formas de comparecencia de los incapaces: autorización; representación.—Principios generales.—Ratificación.

Excepciones de la regla general de la capacidad.—Mujeres casadas

229.—Su regla especial.—Fundamento de la incapacidad.

230.—Forma de comparecencia de la mujer casada: representación marital; autorización o licencia; ratificación.—Autorización judicial supletoria.—¿Puede ésta ser general? ... — ¿Puede versar sobre asuntos de la sociedad conyugal?

231.—Forma de la autorización.—Sus efectos.

232.—Excepciones de la regla especial de la mujer:

1ª—Litigios con el marido.—Contraposición de intereses.

2ª—Juicios criminales o de policía contra la mujer.

3ª—Litigios sobre asuntos relativos a la profesión o industria de mujer.

4ª—Divorcio con subsistencia del vínculo conyugal.

5ª—Separación y exclusión de bienes.

6ª—Representación de los hijos de matrimonio anterior.

7ª—Curaduría del marido o de sus bienes.

233.—Cuándo la mujer puede parecer en juicio, ¿puede también representarla el marido?

Personas sujetas a guarda

234.—Qué se entiende por guarda.—Distinción innecesaria entre tutela y curaduría.—Defectos generales de nuestro sistema legal.—Crítica de la definición dada por el Código Civil.

235.—Fundamento de la incapacidad.

236.—Formas de comparecencia; autorización; representación.—Doctrina del Código Civil y del de Enjuiciamiento.—Ratificación.

237.—Excepciones:

1ª—Juicios mercantiles;

2ª—Juicios criminales o de policía.—¿Puede comparecer el guardador?—Representación activa;

3ª—Contraposición de intereses.

Peculio profesional.

238.—Si hay curador general y curador adjunto, ¿a cuál compete la representación?

Hijos de familia

Concepto de la patria potestad y de los hijos de familia.—Fundamento de la incapacidad de los hijos.

240.—Forma de comparecencia: autorización paterna; representación; autorización judicial supletoria ratificación.—Inhabilidad e imposibilidad del padre.—Paralelo del Código Civil con el de Enjuiciamiento.

241.—Excepciones: 1ª Juicios criminales o de policía.—Puede el padre presentarse como tal?—Capacidad activa.

2ª—Litigios entre el hijo y el padre.—Contraposición de intereses.

242.—Litigios concernientes al peculio profesional o industrial.—Juicios mercantiles.

243.—Habilitación de edad.

244.—La venta judicial.

245.—Si el hijo tiene curador adjunto, le representa el padre o el guardador?

Personas Jurídicas

246. Su naturaleza.—Forma de comparecencia en juicio.—Personas jurídicas convencionales: sociedades civiles y mercantiles.—Disposiciones sustantivas y adjetivas concernientes.

Religiosos Profesos

247.—Reglas sustantivas sobre su capacidad.—¿Subsisten aún la muerte civil y la incapacidad relativa instituidas por el Código Civil? Reglas adjetivas.

Fallidos y quebrados.—Concurso.—Quiebra

248.—Incapacidad legal de los insolventes y quebrados.—Representación de ellos, del concurso y la quiebra.

Representación Judicial de la herencia

249.—Sistema del Código Civil: delación de la herencia; plazo para demandar a los herederos; notificación de los títulos; término para deliberar, medidas conservativas; curador de la herencia; aceptación; repudiación; silencio de los herederos; reforma del año 1879. Disposición adjetiva.—Reglas que deben observarse para proceder judicialmente contra la sucesión.

250.—Aplicación de la doctrina a las cuestiones pendientes al fallecimiento del demandante o demandado.

251.—Representación de la herencia cuando el que fallece ha dejado procurador.

Desarrollo del Programa

LECCION I

§ 1º

PRELIMINARES

218.—**Recuerdo del plan general del Código.— Objeto y razón histórica de este 2º Título del Libro 1º.— Su relación con la Ley Orgánica.**

Sabemos ya (T. 1º Prp. 13) que hay la más grande variedad en el plan general y la división de la materia de los Códigos de Procedimiento de los distintos países, al extremo de que casi no es posible hacer la respectiva comparación o paralelo; pero sí podemos afirmar que el plan del nuestro es de los mejores que conocemos, ya por su sencillez, ya por su orden lógico.

Si el Código de Enjuiciamiento es, como hemos dicho, **el cuerpo o conjunto de las leyes que versan sobre la jurisdicción y el procedimiento** (Prp. 3), síguese que la división principal ha de corresponder a ese objeto; y así pensó nuestro legislador al dividir el Código en dos libros; pero agregó al primero, al de la jurisdicción, las reglas sobre las personas que intervienen en los juicios; siguiendo en esto al Código Peruano de 1852, su principal modelo, y creyendo guardar así más armonía, ora con el Código Civil, que trata en el Libro 1º, de las Personas, y en el 2º, de las Cosas, ora con el de Comercio, que hace una división análoga.

Con arreglo a ese plan, el libro primero o sea la primera parte del Código, lleva este rótulo, copiado del Código Peruano: **“De la jurisdicción, de las personas que**

la ejercen y de las que intervienen en los juicios" (1); y se divide en dos títulos, el primero que trata, en dos secciones, de la **jurisdicción** y del **fuero**, entendiendo por **fuero** simplemente la competencia territorial, como ya sabemos (T. 1º Prp. 163); y el segundo que se subdivide en cuatro secciones, de las que la primera, denominada **Del actor y del demandado**, trata de la capacidad de parecer en juicio; la segunda, de los "**procuradores**" o **mandatarios judiciales**; la tercera, de los **peritos**, y la cuarta, de los "**intérpretes**".

Conforme al mismo plan, y con mayor sujeción a ese modelo, nuestro legislador de 1869, después de hacer aquella división del libro primero en dos títulos, subdividía el segundo en once secciones, de esta manera: 1ª De los jueces; 2ª De los asesores; 3ª Del actor y del reo; 4ª De los abogados; 5ª De los defensores públicos; 6ª De los Procuradores; 7ª De los secretarios relatores; 8ª De los escribanos; 9ª De los alguaciles; 10ª De los peritos; y 11ª De los intérpretes.

Pero como entre las personas principales que intervienen en los juicios, figuran los jueces, la Asamblea Nacional de 1878 cometió la anomalía de incorporar en el Código, como parte integrante de este segundo título, toda la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por su naturaleza y objeto, se considera en todas partes como cosa diversa del Código de Enjuiciamiento, no obstante sus relaciones y puntos de contacto con él. (T. 1º Prp. 9).

En la Asamblea de 1883 y 84 se dictó una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, separada del Cgo. de Enj.; mas, después de un año, fue derogada por la legislatura de 1885, que declaró vigente en todas sus partes el Código de Enjuiciamiento de 1882.

La Legislatura de 1890 reconsideró este punto, y decretó nuevamente la separación, que fue ejecutada por la Corte Suprema; y de acuerdo con ese decreto, la Ley

(1) Antes de la edición de 1892, en que se separó del Código la Ley Orgánica, se decía, como en el Código peruano, en la parte final de este rótulo: "y de las personas que intervienen en su ejercicio". (V. T. 1º Nº 13).

Orgánica viene formando cuerpo aparte de leyes desde el 1º de enero de 1893. (1)

Nuestras leyes anteriores al año 69 separaban también del Código de Enjuiciamiento la Ley Orgánica. El Código del año 46, después de establecer en los dos primeros artículos el orden en que debían aplicarse las leyes españolas y las nuestras, trataba de la conciliación; en seguida, de la demanda, etc; y en el capítulo final, bajo el título de "Disposiciones Generales", tenía varias secciones relativas a los Jueces y sus subalternos, a los asesores, a las partes y a los testigos.

La Ley Orgánica de ese mismo año comenzaba por la Corte Suprema; trataba también de los alguaciles y escribanos, etc., y concluía con disposiciones generales. Figuraban en ella los Procuradores, porque tenían carácter público, y debían ser nombrados por el Poder Ejecutivo, a propuesta, en terna, de las Cortes Superiores de Guayaquil y Cuenca, y de la Suprema para el distrito en que ésta residía.

219.—Personas que intervienen en los juicios.— Su división en principales y accesorios o auxiliares.— Subdivisión de éstas.

En los juicios intervienen las partes y los jueces, y además, abogados defensores, procuradores, peritos, intérpretes, escribanos, secretarios, alguaciles, asesores, testigos, defensores públicos, fiscales, tasadores de costas y depositarios.

A las dos primeras personas —las partes y los jueces— las llamamos **principales o esenciales**, porque sin

(1) El Decreto constaba en los Artículos transitorios de la reforma del Código de Enjuiciamientos; y decía así:

1º—La Corte Suprema queda encargada de hacer, a la brevedad posible, una nueva edición del Código de Enjuiciamientos Civiles, insertando en los lugares correspondientes, las reformas anteriores;

2º—Al hacer la edición, separará debidamente todas las disposiciones, relativas a la organización de los Tribunales y juzgados, de las que se refieren al procedimiento, y formando dos libros distintos, cada uno con su enumeración propia de artículos, denominará al uno "Ley Orgánica del Poder Judicial", y al otro, "Código de Enjuiciamientos Civiles".

ellas no cabe ni concebirse juicio. Las demás son **accesorias o auxiliares**, porque sirven para complementar y perfeccionar el mecanismo judicial, y facilitar la realización del objeto que éste se propone en la sociedad.

Subdivisión de las accesorias o auxiliares.— Estas personas pueden subdividirse en dos grupos, formados, el uno por las que intervienen como auxiliares directas del juez; y el otro, por las que figuran al lado de las partes, para ayudarlas o apoyarlas.

Componen el primer grupo los asesores, secretarios, escribanos, alguaciles, tasadores de costas; y el segundo, los procuradores, defensores públicos y abogados. Los peritos e intérpretes deben agregarse también al primer grupo; pues, aunque no son funcionarios públicos ni ejercen un cargo permanente, su intervención accidental tiene por objeto facilitar al juez el desempeño de las funciones propias de éste, como lo veremos en su lugar.

Los agentes fiscales son partes, en cuanto representan al interés público, contrapuesto al privado en ciertos litigios; pero en cuanto se limitan a dar dictamen en los casos en que no figuren como partes en el juicio, conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial, pueden reputarse como auxiliares del Juez.

220.—División en funcionarios públicos y personas particulares.

De las personas que intervienen en los juicios pueden formarse también, por otro aspecto, dos grupos: el de las que figuran con carácter público, en uso de las funciones propias del cargo o empleo que desempeñan; y el de las que proceden como simples personas particulares. Las primeras son objeto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece los cargos o servicios públicos necesarios para la adecuada organización de ese Poder. De las segundas trata el Código de Enjuiciamiento que, presupuesta la organización judicial, regla la manera como los individuos deben hacer valer sus derechos ante los jueces y tribunales.

221.—Separación entre la Ley Orgánica y el Código ejecutada por la Corte Suprema.

Ya por la relación íntima que existe entre la Ley Orgánica y el Código de Enjuiciamiento, según hemos visto; ya por la circunstancia material de haberse formado un solo Código de aquellas dos diversas leyes, había habido, antes de la separación definitiva, gran cuidado de buscar, para las adiciones y reformas que paulatinamente venían haciéndose, el lugar que más propiamente les correspondiese; y se las había ido insertando ya en una sección, ya en otra, sin preocuparse mucho de la naturaleza de ellas y de lo que el orden lógico exigiese.

La Corte Suprema debió, por tanto, para cumplir estrictamente lo dispuesto por el Decreto separatista del Congreso de 1890, examinar el Código, no sección por sección, sino artículo por artículo. Pero quizá no se creyó autorizada para esto; y resultó que, al formarse de esa manera los dos Códigos, quedaron en la Ley Orgánica muchas disposiciones propias del Código, como el procedimiento ante árbitros, los indicidentes entre el abogado y su cliente, etc., y viceversa.

Debiendo, empero, nosotros sujetarnos al plan de nuestros actuales Códigos, pasaremos a ocuparnos en las materias que, realizada la separación, quedaron para este segundo Título del Código de Enjuiciamiento, esto es, las personas que intervienen en los juicios con carácter privativo, o sin autoridad pública, que son: las partes, los procuradores, los peritos y los intérpretes. De los testigos, depositarios, etc. trataremos en otro lugar.

§ 2º

DE LAS PARTES

222.—Objeto de la Sección 1ª.— Aceptación jurídica de las voces parte, litigante, actor o demandante, demandado o reo, tercero.— Relación entre el concepto de parte y de persona litigante.

La Sección 1ª del Título 2º— Del actor y del demandado trata de la capacidad de parecer en juicio

mas, antes de ocuparnos en tan importante materia, fijaremos el concepto jurídico de las voces técnicas mencionadas en esta proposición del programa, y consignaremos al respecto algunos principios generales.

El vocablo **parte** tiene varias acepciones; mas en la forense que ahora nos concierne, se aplica a toda persona que interviene en juicio para hacer valer algún derecho.

El diccionario de la lengua y el de Escriche consideran ese vocablo como equivalente, en la mencionada acepción forense, a **litigante**; lo cual no es muy exacto, porque litigantes son los que disputan o contienden en juicio, es decir, los que reclaman derechos en asunto de **jurisdicción contenciosa**; mientras que el calificativo de parte, más amplio y general, comprende aun a las personas que figuran en asunto de jurisdicción voluntaria.

Mostrarse parte es presentarse en juicio para que se le tenga por tal, sea a nombre propio, o como mandatario o representante de otra persona.

Las partes esenciales en el juicio civil contencioso son el **actor** o **demandante** y el **reo** o **demandado**. En los asuntos de jurisdicción voluntaria, impropiaamente llamados también juicios, no hay ni es necesario el reo o demandado.

Actor —de *agere*, obrar— es la persona que propone una demanda en juicio, o sea la que deduce una **acción**. Mas generalmente, la que promueve un asunto judicial, aunque éste sea de jurisdicción voluntaria, en que rigurosamente no se deduce acción.

Acción —*actio*, de *actum*, supino del mismo verbo *agere*— es la reclamación propuesta ante el juez, para que declare o haga efectivo un derecho. **Actor**, respecto de **acción**, es, pues, lo subjetivo respecto de lo objetivo de la misma idea o concepto.

La palabra acción tiene también otras acepciones jurídicas que después estudiaremos.

Demandante es lo mismo que **actor**.

Demandado o **reo** es la persona contra quien se intenta una demanda o se deduce una acción.

La palabra **reo** es, en nuestro actual lenguaje jurídico, menos usada que en el antiguo, en la materia civil.

En lo penal, se aplica al acusado o sindicado de un hecho punible o al responsable del hecho ya juzgado. Por eso parece -dura e hiriente al aplicarla al demandado en lo civil. (1)

Relación entre el concepto de partes y el de personas litigantes.—Si hay en el juicio dos o más actores o dos o más demandados, se dirá que hay sólo dos partes o serán tantas partes cuantas las personas mismas. El Código Civil, al definir el contrato o convención, artículo 1.428 dice: . . . "Cada parte puede ser una o muchas personas".— De los juicios debemos decir lo mismo como principio general; y una aplicación de este principio encontraremos en el artículo 65, que manda a cada una de las partes compuestas de dos o más personas nombrar un procurador común, cuando concurren ciertas circunstancias.

Cuando las dos o más personas, actores o demandados, no están en el caso del procurador común, cada una de ellas es parte; y como esto ofrecía dificultades en la práctica, especialmente al tratarse de recusaciones de asesores, de nombramiento o recusación de peritos, la ley reformativa expedida en el presente año 1920, estableció una regla especial que a su tiempo la estudiaremos.

Terceros.—La persona que no interviene en el juicio, ni por sí misma ni representada por otra, es tercero. En este sentido, es decir, contrapuesto el concepto de **tercero** al de **parte**, se dice que los fallos judiciales tienen el mismo efecto respecto de las partes, pero no aprovechan ni perjudican a terceros. En este caso, **tercero** equivale a **extraño**.

Mas sí, planteado ya el juicio, comparece en él una persona, alegando derechos sobre la cosa litigiosa, o

(1)—López Moreno dice: "Son litigantes las personas que contraen derechos civiles ante los Tribunales; y procesados, los sometidos a procedimiento penal . . . El nombre de reos se reserva ahora para los condenados a pena capital. El uso tiene en el lenguaje más fuerza que la etimología, la filosofía y la historia". Tomo 1º pág. 294.

Definiciones inexactas, porque litigantes son también los que comparecen en juicio criminal.—Véase en la Lección V el comentario del Art. 38.

yuvando a la demanda, o reclamando contra las pretensiones de las partes o las providencias del juez, esa persona, que no es esencial en el juicio, que se presenta cuando éste está ya trabado o pendiente entre ótras, se llama en el lenguaje jurídico **tercer opositor**, **tercerista** (1) o simplemente **tercero**. En este caso, la palabra se toma como **numeral**

El tercero, que así viene a figurar accidentalmente en el juicio, es también **parte**, desde que es admitido en el juicio y espera una resolución judicial; y se llama **tercero**, **tercerista**, etc., sólo porque no es el actor ni el demandado, sino una persona diversa de los primitivos litigantes, o sea de las **partes esenciales** entre las que se trabó o debía trabarse el juicio.

Véase en la LECCION V el comentario al Art. 38, y en JURISPRUDENCIA los casos 1º y 2º.

223.—Axioma jurídico de la igualdad de las partes.

La justicia exige que, durante la contienda jurídica, se procure a las partes la más perfecta igualdad en los medios y facilidades para la defensa; y a ello tiende la ley en todo el sistema del procedimiento.

Como corolario de este principio, decía el Derecho Romano, entre los sabios axiomas consignados en el Libro 50, Título XXII. *De regulis juris antiqui: Non debet actori licere quod reo non permittitur.* (Ley 41 fragmento de Ulpiano).

Los autores consideran este principio como un axioma de derecho natural o de sentido común, y hacen de él importantes aplicaciones, en que después nos ocuparemos (2). Eso, empero, no impide el que, por ciertos aspectos, y por especiales razones, la condición del deman-

(1) La palabra *tercerista* no consta en el Diccionario de la Lengua, ni se emplea en los Códigos extranjeros ni en la doctrina jurídica; pero es un vocablo necesario para evitar frases o circunloquios embarazosos y hasta inexactos, como después veremos. La usa López Moreno, Tomo 1º pág. 295.

(2) Garsonnet Tomo II, página 15; López Moreno, Tomo 1º página 35; Manduca, página 89.

do sea más favorable que la del actor, bien así como desde otros puntos de vista, lo es la de éste. El actor procura para su demanda con la anticipación que le place; concuerda cierta con tiempo y adecuadamente sus medios de defensa; busca la ocasión de sorprender al demandado con su demanda, etc. Mas en cambio, las leyes, basándose, no en meros sentimientos de equidad que algunos autores adoptan, sino en otras consideraciones más sólidas y fundamentales, que estudiaremos al ocuparnos en la obligación de probar y en otros lugares de nuestro programa, establecen o aplican, entre otras máximas o axiomas, las siguientes: *Favorabiliores sunt rei quam actores: actor non probante, reus solvitur; promptiora sunt jura absolvendum, quam ad condemnandum* (1).

En el Derecho Canónico encuéntrase también analógicamente los principios.

224.—Capacidad de parecer en juicio.—¿Debía tratar de esto el Código de Enjuiciamiento?

La Sección 1ª de este Título versa, como hemos dicho, sobre la capacidad de parecer en juicio. Está bien que se haya ocupado en ello el Código de Enjuiciamiento?— “La capacidad de las partes para comparecer en juicio, “se determina por la ley que rige el estado y capacidad de las personas”, dice Mattiolo, citando el Art. 10 del Código de Procedimiento italiano. Y en efecto, nuestro Código Civil y el de casi todos los pueblos modernos tratan de la capacidad de parecer en juicio, al reglar, en general, lo relativo a la capacidad jurídica de las personas; y siendo esto así, no necesitaba ni debía el Código de Enjuiciamiento ocuparse en el mismo asunto. Par-

(1) Así lo prescribía el Código de las SIETE PARTIDAS, en varios lugares, y especialmente en la ley XLI de la Partida 3ª, cuando, para el caso de que la prueba testimonial del actor resultase perfectamente igual a la del reo, en número y calidad, advertía que “el juez debe dar por quitto al demandado de la demanda que le facien, et non le deben empescer los testigos que fueron aduchos contra él, porque los juegadores siempre deben ser mas aporejados para quitar al demandado que para condepnarlo quando fallaren derechas razones para facerlo”.

aclarar el Código Civil o llenar sus vacíos, lo racional era hacerlo en el mismo Código. Para reformarlo, con más razón. Y para repetir lo mismo, no había objeto.

Uno solo de los dos Códigos debía preocuparse de esto: bien el Civil, por tratarse de la capacidad jurídica de las personas; bien el de Enjuiciamiento, por referirse a los juicios (1).

Al hacerlo ambos, podía suceder, como ha sucedido, que resultasen incoherencias o contradicciones, ocasionadas a engorrosas controversias o dificultades, como lo veremos en el desarrollo de esa materia.

En esta Sección, inspirada en el Código Peruano antiguo, trata, pues, nuestro Código procesal de la capacidad de parecer en juicio; y a ese estudio vamos a proceder, preocupándonos preferentemente del paralelo de este Código con el Civil.

225.—Regla general sobre la capacidad.— Consecuencias.— Capacidad activa y pasiva.— Graduación de la capacidad.

Al tratar de los actos o declaraciones de la voluntad, sienta el Código Civil, en el Art. 1436, el principio jurídico, de legislación universal, de que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces. A su vez el Código de Comercio, tratando de la capacidad para comerciar, consagra el mismo principio, en el Art. 6º, reconociendo la capacidad para ejercer el comercio en toda persona que la tiene para contratar, salvo las excepciones por él señaladas en el artículo siguiente.

Y tratando ahora de la capacidad de parecer en juicio, comenzaremos por consignar el mismo principio general, que rige la materia de la capacidad jurídica: toda persona es legalmente capaz de parecer en juicio, excepto aquellas a quien la ley ha declarado incapaces.

(1) Algunos Códigos de Procedimiento extranjeros, limitanse a decir que pueden parecer en juicio las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos civiles o la plena libertad de obligarse por convenciones, etc.—López Moreno, página 300.—Código Español, Art. 2º.

La capacidad es la regla, la incapacidad, excepción. Síguese de allí que todo lo no comprendido inequívocamente en las excepciones legales, debe regirse por la regla general.

Capacidad activa y pasiva.—Las leyes establecen, a veces, diferencia entre el actor y el demandado, en cuanto a las condiciones de capacidad; es decir, exigen, para ser actor, requisitos que no son indispensables para ser demandado; y en esta virtud dividen los autores la capacidad en **activa y pasiva**, llamando activa la que faculta para demandar, y pasiva, la que sirve sólo para ser demandado.

Ya veremos los pocos casos en que en nuestras leyes se hace esa distinción.

Graduación de la capacidad.—Con respecto al criterio que debe guiar al legislador en esta materia, dice Mattiolo: "Indudablemente la capacidad necesaria para realizar actos de la vida civil debe ser diversa, según la diferente naturaleza e importancia del acto que se trata de realizar...."

"En cuanto a la comparecencia en juicio, la ley exige en los litigantes una capacidad **sui géneris mayor** de la que se exige para los actos de **mera administración** y **distinta** de la **prescrita** por los actos de máxima importancia, como son los de **enajenación**; porque en algunos casos el legislador distingue entre la capacidad del actor y la del **demandado**, mostrándose más riguroso para **aquel** que para éste, y, respecto de algunos juicios, no **permite** a las partes comparecer **personalmente**, sino **que se les impone la obligación de valerse del ministerio** de un procurador o de un abogado con ejercicio legal (Nº 21, páginas 22 y 23)."

Nuestro Código Civil hace también, en varios casos, distinción entre la **comparecencia en juicio**, los **actos puramente administrativos** y los de **libre disposición**, como lo observaremos en los lugares correspondientes; de modo que no puede decirse que la mera administración comprenda la comparecencia en juicio, ni menos la enajenación.

Empero, la regla más generalmente seguida en la doctrina es la de que, para poder comparecer en juicio,

se necesita la capacidad suficiente para obligarse según las leyes; y los autores antiguos la explican y justifican, considerando el juicio como un cuasicontrato en que cada una de las partes se obliga para con la otra a las consecuencias de la decisión judicial. (Escriche, ACTOR.)

226.—Excepciones de la regla general sobre la capacidad.

Las personas incapaces de parecer en juicio son, según nuestra ley: las mujeres casadas, las personas sujetas a tutela o curaduría, los hijos de familia, las corporaciones y personas jurídicas, los religiosos y los fallidos.

Las incapacidades legales de parecer en juicio, es decir, las excepciones de la regla general de la capacidad, se fundan, ora en la incapacidad natural de ciertas personas para la defensa de sus intereses, ora en otras consideraciones de carácter meramente jurídico.

Es principio general de lógica no establecer excepciones, sino en caso de verdadera necesidad; y en la materia de que tratamos, en la de las incapacidades, debe el legislador proceder con suma parsimonia, para no crear dificultades y embarazos en la administración de justicia, lesivos de la libertad de la defensa, que es el más sagrado de los derechos individuales.

A este respecto hacemos nuestros los siguientes conceptos de López Moreno:

“Las incapacidades para comparecer en juicio deben fundarse primera y principalmente en la falta de la capacidad natural.”

“Cuanto más se aparten de este principio, más arbitrarias son y menos convenientes.”

“Un buen sistema de enjuiciar debe restringir los casos de incapacidad. Ordénase la justicia al bien de todos. Cuantos menos sean los que se hallen privados de reclamarla por sí mismos, más acequibles y fácil será para el mayor número, menores las molestias que ocasionen, y más sencillo su procedimiento.”

“La representación legal para suplir la capacidad de los que se hallan privados por la ley de comparecer por sí mismos, o por medio de sus apoderados, es dis-

“pendiosa, expuesta al abuso en no pocas ocasiones, y
 “complica siempre con trámites innecesarios los juicios.
 “Sólo, pues, ha de recurrirse a ella cuando no haya pru-
 “dencialmente otro remedio.”

“Tal es el espíritu de las modernas legislaciones.”

Página 304.

227.—Formas de comparecencia de las personas capaces (personalmente o por apoderado).—Agentes oficiosos.

Las personas capaces de comparecer en juicio pueden hacerlo, bien personalmente, bien por medio de apoderado. Pueden también ser representadas por un agente oficioso que ofrezca la ratificación de ellas, como lo manifestaremos al tratar de los procuradores, en el estudio de la Sección II.

228.—Formas de comparecencia de los incapaces: autorización; representación, Principios generales.—Ratificación.

Toda persona incapaz que, según la ley, tiene o debe tener representante legal, no puede comparecer en juicio, sino autorizada por su representante, o representada por él. En el primer caso, obra por sí misma, bajo la responsabilidad que a su representante puede acarrearle la autorización. En el segundo caso, obra sólo el representante, en quien va, en cierto modo, embebida o contenida la personalidad del incapaz, para la defensa judicial de los derechos de éste.

Para determinar, por regla general, cuándo ha de tener lugar la representación y cuándo la autorización, dividen algunos autores, como Mattiolo (Tomo 1º, Nº 21) las incapacidades en absolutas y relativas, llamando absolutas las de las personas que no pueden proceder sino legalmente representadas, y relativas las que se refieren a personas que tienen una capacidad limitada o par-

cial, y pueden proceder por sí mismas, asistidas o autorizadas por su representante (1).

Nuestro Código Civil, al tratar de la capacidad jurídica para los actos o declaraciones de la voluntad, la define diciendo que consiste en poder una persona obligarse por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra (Art. 1435). Y en seguida (Art. 1437) divide la incapacidad en absoluta y relativa, y declara que es absoluta la de los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; y relativa la de los menores adultos, los disipadores que están en interdicción, las mujeres casadas y las personas jurídicas. Añade que, "a más de estas incapacidades, hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".— Y por fin declara que los actos de los absolutamente incapaces no surten ni aun obligaciones naturales, ni admiten caución, pero los de los relativamente incapaces "pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes."

Al estudiar, en los números siguientes, las reglas legales y principios jurídicos concernientes a la comparecencia en juicio de cada uno de los incapaces, veremos que, según nuestro sistema procesal, podemos llegar a estas conclusiones:

1ª—En todo caso en que un representante legal puede autorizar al incapaz, puede también representarle.

2ª—Los absolutamente incapaces del Código Civil, es decir, los dementes, los impúberes y los sordomudos no pueden parecer en juicio sino representados.

3ª—De los relativamente incapaces, las mujeres casadas pueden parecer en juicio autorizadas o representadas; los religiosos, con licencia de sus prelados, si son actores, y libremente, si demandados; y los demás incapaces, sólo representados.

(1) López Moreno dice: "Es incapacidad absoluta la que se tiene para comparecer en cualquier clase de negocios contra toda clase de personas; y relativa la que se tiene sólo con relación a determinados negocios o a personas determinadas. La absoluta, añade, comprende únicamente o las que no tienen capacidad natural, como los dementes y los niños. Página 230.

Ratificación.—Si un incapaz, que debe figurar en juicio autorizado o representado, comparece sin tal requisito, sus gestiones son nulas; mas si el representante las ratifica, las válida y hace suyas, como si el mismo las hubiese efectuado.

Escriche dice: **"Ratificación.**— La confirmación o "aprobación de lo que hemos dicho o hecho, o de lo que "otro ha hecho en nuestro nombre. Puede hacerse la "ratificación o bien expresamente con términos positivos, o bien tácitamente con hechos: **Non tantum verbis "ratum haberi potest, sed etiam actu.**— La ratificación "tiene efecto retroactivo, de modo que sube o se retrotrae al día del acto o contrato: **Ratihabitio retrotrahitur "ad initium:** mas para que así sea es preciso que el acto "o contrato no haya tenido nulidad esencial en su principio, **quiar quod ab initio non valet, ex post facto convalescere non potest:** dije nulidad esencial o absoluta, pues "si sólo hubiese habido alguno de aquellos defectos exteriores que dan lugar a la rescisión por la restitución **integrum,** quedaría cubierto el vicio con la ratificación, "y en virtud de esta tendría el acto o contrato toda la "fuerza de que fuese susceptible.— La ratificación equivale al mandato; de suerte que cuando uno da por firme lo que otro hizo en su nombre, vale tanto como si le "hubiese mandado que lo hiciera: **Ratihabitio mandato "aequiparatur;** regla 10, título 34, Part. 7ª y cap. 10, De "Reg. jur. in 6."

Esta doctrina es conforme con la que, respecto de los actos extrajudiciales, establece nuestro Código Civil, al declarar en los artículos 1673 y 1674, que los actos absolutamente nulos no pueden sanearse por la ratificación, mas sí lo pueden los relativamente nulos.

En lo procesal no cabe la distinción del Código Civil entre nulidades absolutas y relativas; pues la institución corresponde a muy diverso orden de ideas; y por regla general, la ratificación surte los mismos efectos que si los actos hubieran sido ejecutados por el ratificante; es decir, valida retroactivamente las gestiones a que se refiere (Véase JURISPRUDENCIA, casos 3º, 4º, 5º y 6º.).

La ratificación de las gestiones judiciales puede ser, como la de los actos extrajudiciales, expresa o tácita. La

tácita consiste en hechos que lógica y naturalmente suponen la validez y subsistencia de las gestiones practicadas; v. gr. si habiendo el incapaz propuesto la demanda y continuado el juicio, el representante legal se presenta al tiempo de alegar, y pide que se pronuncie sentencia favorable a la demanda.

LECCION II

EXCEPCIONES DE LA REGLA GENERAL DE LA CAPACIDAD

MUJERES CASADAS

§ 1º

229.—Su regla especial.—Fundamento de la incapacidad.

Toda persona es capaz de parecer en juicio —hemos dicho— excepto aquellas a quienes declara la ley incapaces; y la primera de esas excepciones es la mujer casada. Para ésta, la regla especial es la incapacidad; la excepción, la capacidad, en los casos determinados por la ley.

El fundamento legal y científico de la incapacidad legal de la mujer está en la naturaleza y los efectos sociales y jurídicos del matrimonio. El matrimonio crea, por una parte, la sociedad doméstica, la familia; y por otra, la sociedad de bienes entre los cónyuges, llamada por nuestro Código **sociedad conyugal**. La sociedad doméstica y la sociedad jurídica requieren alguna organización; y en toda organización debe haber un órgano de gobierno para el régimen interior, y de representación para las relaciones exteriores, es decir, para las relaciones con terceros y aun más con los poderes públicos. Ese órgano es el marido; el jefe de la familia y de la sociedad conyugal.

No se trata, por tanto, de una inhabilidad natural de la mujer, o de su falta de aptitud para la administración de sus negocios y la defensa de sus intereses; nó. Trátase de algo así como una interdicción legal o una

capitis diminutio, que en el derecho moderno se conserva; de una institución, en fin, puramente jurídica, basada en aquellos dos órdenes de ideas, la sociedad doméstica y la sociedad conyugal.

Ambos fundamentos —la sociedad doméstica y la sociedad conyugal— influyen en el sistema del Código Civil, para la incapacidad de la mujer casada; por lo cual, aun la mujer separada de bienes necesita autorización del marido para estar en juicio. Mas en las leyes posteriores ha prevalecido el segundo, el de la sociedad conyugal; pues en el caso de **exclusión de bienes**, la mujer recobra la capacidad de parecer en juicio respecto de los bienes separados.

Las razones históricas, jurídicas y sociales de esta reforma, constan en las actas del Congreso publicadas en nuestro opúsculo “La mujer casada ante el Derecho Civil Ecuatoriano”.

Para el buen régimen de la familia y de la sociedad conyugal, ha parecido, en efecto, conveniente y hasta cierto punto necesaria aquella especie de interdicción o **capitis diminutio** de la mujer casada; pero yo no la creo esencial o absolutamente indispensable; y dados los graves inconvenientes que presenta en la vida práctica, vale muy bien la pena de discutir sobre ella, como procuramos manifestarlo cuando se discutía la ley de exclusión de bienes, que propusimos a la Legislatura de 1911, en sustitución de un proyecto de abolición absoluta de la sociedad conyugal, aprobado ya el año anterior por la Cámara de Diputados, y que indudablemente hubiera obtenido igual aprobación en el Senado, a no ser por esa sustitución.

Pero mientras la mujer casada sea legalmente incapaz de contratar y administrar sus negocios, no puede menos que serlo de parecer en juicio. Así que el problema atañe directamente más bien a la ley sustantiva que a la adjetiva; y por este motivo no nos incumbe detenernos a examinarlo ampliamente. Haremos, no obstante, algunas reflexiones al respecto, cuando en la materia de

los juicios, llegemos al de separación y exclusión de bienes (1).

230.—Formas de comparecencia de la mujer casada: representación marital; autorización; ratificación.—Autorización judicial supletoria.—¿Puede ésta ser general? . . . ¿Puede versar sobre asuntos de la sociedad conyugal? . . .

Por regla general, hemos dicho, los incapaces figuran en juicio, ora representados, ora autorizados por su representante legal; y la mujer casada puede hacerlo en las dos formas: autorizada por el marido o representada por él.

La elección compete exclusivamente a la mujer, o mejor dicho, al marido. El que intenta demandar a la mujer debe forzosamente dirigirse contra el marido. Si lo hace contra la mujer, el proceso es nulo por falta de personería de ella, y la citación no surte los efectos legales de interrumpir la prescripción, constituir a la mujer en mora, etc. Demandado el marido, puede presentarse personalmente o autorizar a la mujer (2).

El que litiga o va a litigar con la mujer, no puede exigir que el marido la autorice, ni que el juez supla la autorización del marido, por denegación de éste. El marido, demandado como representante de la mujer, tampoco puede prescindir de una de las dos cosas; y su representación en la causa comienza desde el momento mismo de la citación.

Nuestros Códigos no establecen de un modo claro y expreso las dos formas de comparecencia. El Civil, al reglar las obligaciones y derechos entre los cónyuges, habla sólo de autorización del marido, en el Art. 130 y los demás que conciernen al asunto. El de Enjuiciamiento, al tratar de la capacidad de parecer en juicio, en la Sec-

(1) López Moreno encuentra también en la sociedad doméstica y el régimen de la familia el fundamento filosófico de la incapacidad de la mujer casada reconociendo que hay opiniones y razones en contra de esa incapacidad.—Página 310—311.

(2) Id. Borja, Tomo 3º, página 304.

ción que estamos estudiando, declara que la mujer puede comparecer en juicio sin licencia del marido: mas no hace distinción alguna entre autorización y licencia y antes bien da a entender que son dos cosas jurídicamente idénticas (1).

Para deducir del Código Civil que la mujer casada puede ser representada por el marido en sus actos judiciales o extrajudiciales, no tenemos otra disposición que la vaga y general del Art. 38, que, colocado entre las definiciones de varias palabras de uso frecuente en las leyes, dice: "Son representantes legales de una persona el padre o marido bajo cuya potestad vive, su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas los designados en el Art. 540".

Y para hacer igual deducción del Código de Enjuiciamiento, tampoco tenemos sino el 66 que, en la Sección de los Procuradores, dice: "Los representantes legales no necesitan poder para comparecer en juicio, como actores o reos, por sus representados".

Mas en la práctica jamás se ha puesto en duda que el marido, en su calidad de representante legal de la mujer, pueda representarla en juicio, en todos los casos en que pudiera autorizarla (2).

La autorización del marido puede ser general, para todos los actos en que la mujer la necesite, o especial, para una clase de negocios, o para un negocio determinado. Código Civil, Art. 134.

Ratificación.—Puede también la mujer casada presentarse en juicio sin estar todavía autorizada, con protesta de ratificación del marido; y si éste ratifica efectivamente, las gestiones de la mujer son válidas, como las del agente oficioso, en el caso de la proposición 2ª

(1) Atendiendo sólo al sentido de las palabras, pudiera tal vez decirse que el que da licencia a una persona, llímítase a renovar un impedimento para dejar que esa persona obre por su cuenta; mas el que autoriza, asume la responsabilidad y las consecuencias del hecho. La ley, empero, no establece ninguna distinción.

(2) Hubo un fallo del Tribunal Supremo que declaró que la mujer casada de bienes no podía ser representada por el marido, sino sólo autorizada. (V. Jurisprudencia, Caso 12º S. I. Nº 3).

ora se trate de negocios propios de la mujer, ora del marido o de la sociedad conyugal. V. también Prop. 228 y **Jurisprudencia.**

Autorización judicial supletoria.— Puede ser general?— ¿Puede versar sobre asunto de la sociedad conyugal?— La autorización del marido puede ser suplida por la del juez, con conocimiento de causa, cuando el marido se la niegue sin justo motivo, y de ello se siga perjuicio a la mujer. Código Civil, Art. 137, inciso 1º.

Puede, asimismo, ser suplida por el juez, en caso de algún impedimento del marido, como el de ausencia real o aparente, cuando de la demora se siguiere perjuicio. Art. 137, inciso 2º.

El tenor de las palabras subrayadas de los dos incisos del Art. 137 del Código Civil, manifiesta que el juez no puede autorizar a la mujer **contra la voluntad del marido**, sino cuando se trata de asuntos propios de ella; mas en el caso de impedimento del marido, como el de ausencia o inhabilidad física, etc., el juez puede autorizarla aun para asuntos de la sociedad conyugal o del marido, interpretando en cierto modo la voluntad de éste.

Anómalo sería el que el juez autorizase a la mujer, contra la voluntad del marido, para asuntos de la sociedad, siendo así que el marido es el jefe de ésta y el único dueño de los bienes sociales, respecto de terceros. Art. 1739. Por esto, en el primer inciso dice el Código si se siguiere perjuicio a la mujer; y en el segundo, simplemente si se siguiere perjuicio.

La autorización del juez no puede ser general, porque, como dice el Art. 137, debe dársele con conocimiento de causa, esto es, en vista de la necesidad o utilidad del acto que la mujer trata de ejecutar; y estas circunstancias no pueden conocerse sino con relación a un hecho determinado y concreto.

La intervención del juez para la autorización supletoria puede tener lugar sólo a petición de la mujer. Si otra persona quiere demandar a una mujer casada, cuyo marido está ausente, debe solicitar el respectivo deprecatorio para que a éste se le notifique la demanda.

Puede aún promover el nombramiento de curador de bienes, si concurren las circunstancias determinadas por la ley; mas no puede solicitar se autorice a la mujer para que proceda a nombre propio. La curatela de bienes puede conferirse a la misma mujer.

230.—Forma de la autorización.— Sus efectos.

La autorización o licencia del marido debe ser dada por escrito, según los Arts. 130 y 132 del Código Civil; pero no es necesaria escritura pública. Si se trata, no de mera licencia o autorización para que la mujer gestione judicialmente en asuntos propios de ella, sino de un poder para que represente al marido en asuntos de éste o de la sociedad conyugal, deben aplicarse los artículos 53 y 54, que reglan la forma de los poderes de mayor y menor cuantía (1).

La autorización judicial se expide en forma de sentencia, previa la correspondiente prueba de la necesidad, y observando los trámites de la Sección 20 del Título II Libro I I de este Código.

La ratificación del marido debe ser hecha también por escrito presentado en el juicio en que ha intervenido la mujer. Y aun puede ser tácita, si el marido, sin expresar que ratifica lo hecho por la mujer, sigue practicando en el mismo juicio gestiones que suponen necesariamente la subsistencia de las hechas por la mujer, como dijimos en la proposición 228.

Efectos de la autorización judicial o marital.—El Código Civil los regla en estos términos:

“Art. 140.—La autorización judicial representa la “del marido, y surte los mismos efectos, con la diferencia que va a expresarse:

“La mujer que procede con autorización del marido “obliga a éste en sus bienes, de la misma manera que si “el acto fuere del marido; y además obliga sus bienes “propios hasta el valor del beneficio particular que ella “reportare del acto. Lo mismo será si la mujer hubiere

(1) Id. Borja. Tomo III, página 364.

“sido autorizada judicialmente, por impedimento accidental del marido en casos urgentes, con tal que pueda presumirse el consentimiento de éste.

“Pero si la mujer hubiere sido autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligará solamente sus bienes propios; mas no el haber social, ni los bienes del marido, sino hasta el valor del beneficio que la sociedad o el marido hubieren reportado del acto.

“Además, si el juez autorizare a la mujer para aceptar una herencia, ella deberá aceptarla con beneficio de inventario; y sin este requisito obligará solamente sus bienes propios a los resultados de la aceptación”.

Por tanto, si la mujer autorizada por el marido compra un fundo, el marido es el comprador con respecto al vendedor o a terceros, y la adquisición se hace para la sociedad conyugal. Si da en arriendo un fundo, el marido es el arrendador, aunque el fundo sea propio de la mujer, mas si, en este último caso, fallece el marido o sobreviene divorcio, o la mujer hace exclusión de ese fundo, queda ella de arrendadora, respetando el contrato hecho por su representante legal, con la limitación del Art. 1747 del Código Civil.

En lo judicial, la mujer casada no puede, como ya hemos visto, figurar con mera licencia o autorización del marido, sino en asuntos propios de ella. Para los del marido o de la sociedad conyugal, necesita **poder**; y en tal caso, figurará a nombre y como mera representante del marido.

De estos antecedentes fluyen naturalmente las siguientes consecuencias:

En el primer caso, en el de licencia o autorización marital, v. gr. si la mujer gestiona como heredera en juicio sucesorio, o en uno de petición de herencia, etc., los resultados del juicio afectan directamente a la mujer; y si en la partición o en el fallo se le impone alguna prestación, puede ésta hacerse efectiva en los bienes de la mujer, sin perjuicio de afectar también a los de la sociedad o del marido, con arreglo al Art. 140, al 1730, etc., del mismo Código.

En el segundo caso, en el de la mujer mandataria, los resultados atañen directamente al mandante, según

las reglas generales, sin perjuicio de que, por razón de costas o gastos judiciales, pueda ser apremiada la misma mujer, como puede serlo todo apoderado.

Si la mujer figura en juicio con autorización judicial, contra la voluntad del marido, las consecuencias atañen exclusivamente a ella; ora por lo dispuesto en el Art. 140 del Código Civil; ora porque, como hemos visto, aquella autorización no puede referirse sino a asuntos propios de la mujer.

Si la autorización del juez se da por razón de ausencia o impedimento del marido, el caso debe regirse de todo en todo por el Art. 140, sin perjuicio también de que las costas o derechos judiciales puedan cobrarse a la misma mujer.

§ 2º

232.—Excepciones de la regla especial de la mujer.

La mujer casada puede, por excepción, parecer en juicio en los siguientes casos:

1º—En los litigios con el marido, y en todos los asuntos judiciales en que sus intereses están contrapuestos a los de éste:

2º—En los juicios criminales o de policía que contra ella se siguen:

3º—En los relativos a su profesión o industria:

4º—Cuando está divorciada del marido, con subsistencia del vínculo conyugal:

5º—Cuando está separada de bienes total o parcialmente:

6º—Cuando representa a sus hijos de matrimonio anterior; y

7º—Cuando ha sido nombrada curadora del marido o de los bienes de éste.

Estudiemos separadamente cada uno de estos casos:

1º—Primer caso de excepción: Litigios con el marido.—**Contraposición de intereses.**

Puesto que la incapacidad legal de la mujer casada es de pura creación jurídica, basada en las relaciones de

derecho que el matrimonio establece entre los cónyuges, puede admitir excepciones derivadas del mismo principio y de otras consideraciones o intereses a que la ley necesita atender.

Si el marido litiga contra la mujer o viceversa, no cabe que aquél sea representante de ésta, ni que la mujer necesite licencia o autorización del marido para defender contra el mismo marido sus derechos. La capacidad legal de la mujer en este caso es, por lo mismo, de legislación universal (1).

Nuestra regla legal está consignada en el artículo 130 del Código Civil y en el 42 del de Enjuiciamiento que ya estudiaremos. El primero dice:

Art. 130.—“Sin autorización escrita del marido, no puede la mujer casada parecer en juicio, por sí, ni por procurador, sea demandando o defendiéndose.

“Pero no es necesaria la autorización del marido en causa criminal o de Policía en que se proceda contra la mujer, ni en los litigios de la mujer contra el marido, o del marido contra la mujer.

“El marido, sin embargo, estará siempre obligado a suministrar a la mujer los auxilios que necesite para sus acciones o defensas judiciales”.

Esta regla se aplica, ora figure la mujer en el juicio como parte principal, ora comparezca como tercero a defender sus derechos que pudieran sufrir perjuicio en el litigio que el marido sigue a nombre propio, con otra persona. Si propuesta, por ejemplo, una ejecución contra el marido, y llegado el caso de embargo de bienes, el acreedor o el mismo marido, señalan para ese efecto, bienes propios de la mujer, ésta tiene capacidad legal para hacer tercería excluyente, sin autorización o representación del marido.

Y no importa que, en un caso como el del ejemplo, el marido acepte y apoye la reclamación de la mujer terce-

(1) Salvo raras excepciones.—El Código Francés, que reconoce la capacidad de la mujer para las causas criminales o de policía guarda silencio para este caso de litigios contra el marido; y los tribunales exigen autorización judicial; lo cual es embarazoso y no tiene razón de ser. (Borja, Tomo 3º, página 366).

rista; porque así y todo, el fallo tendrá que decidir que la cosa embargada no es del marido sino de la mujer, o no es de la mujer sino del marido. La mujer representa entonces en el juicio un papel jurídicamente contrario al del marido; y aunque las voluntades estén conformes, los intereses son opuestos ante la ley.

Por último, aplicase también la misma regla en los asuntos de jurisdicción voluntaria, como inventarios, particiones etc., en que el marido y la mujer son partes diversas porque cada uno de ellos tiene intereses propios. En esos casos no hay propiamente litigio entre los cónyuges, como no lo hay en los contratos privados; y así como sería absurdo el que, llegado el caso de contratar los dos cónyuges entre sí, el marido celebrara por sí solo el contrato, figurando, a la vez, ya por su propio derecho, ya por el de su mujer; en los asuntos de jurisdicción voluntaria, que, según la acertada expresión de Bonnier y otros expositores, no son sino "contratos revestidos de formas judiciales", la contraposición de intereses entre los cónyuges excluye absolutamente la representación del marido, ni más ni menos que en el caso de la tercería del ejemplo anterior, aceptada por parte del marido.

El principio jurídico de que el representante legal no puede ejercer la representación cuando su propio interés está contrapuesto al de su representado, no ha sido consignado expresamente en la ley; pero se hace una aplicación de él en el Art. 402 del Código Civil, al tratar de los tutores y curadores; (1) y los Tribunales lo han aplicado repetidas veces al marido, al padre de familia, etc.; de modo que se lo puede tener como firmemente establecido en la práctica. V. JURIS., casos 6º, 8º, 10º, 11º, 18º y 19º.

(1) Aplicación más explícita se hizo en el Art. 25 de la ley de 1921 reformatoria del Código de Enjuiciamiento; artículo que debe colocarse en "DISPOSICIONES COMUNES", después de 1079. V. Jurisp., Casos 6º, 18º y 19º.

2º—Segundo caso de excepción: Juicios criminales o de policía contra la mujer.

Para justificar esta excepción, bastante general también en el Derecho (2), dice López Moreno lo siguiente:

“La mujer casada y el que se halla sufriendo interdicción tienen igualmente capacidad en materias criminales. La capacidad en lo criminal es una consecuencia necesaria de la responsabilidad. Así es que todos los que pueden ser penados por la comisión de un delito, se consideran con capacidad suficiente para cuanto interese a su exculpación y defensa. A ellos deben hacerse cuantas notificaciones la ley prevenga hacer a los procesados; tienen el derecho de nombrar procuradores que les represente y letrados que los defiendan” (Título 1º Pág. 300).

Puede alegarse también como razón la celeridad con que es necesario proceder en la materia criminal, o de policía, evitando toda complicación y embarazo; y también la de que esos asuntos no tienen ninguna relación directa con la sociedad conyugal, ni con los intereses que el marido administra y dirige, como jefe de ella.

Como se ve, la mujer tiene en este caso la capacidad pasiva, mas no la activa. Para intentar una acción criminal, la mujer casada necesita, pues, autorización del marido.

Si en el caso de la capacidad pasiva, es decir, en un juicio criminal o de policía que se siguiese contra la mujer, pudiera el marido presentarse como su representante legal a defenderla, sin perjuicio de que, en los trámites legales, se contase con la misma mujer, es un problema delicado que lo estudiaremos posteriormente, después de haber analizado todos los actos de excepción, a fin de ver si puede generalizarse el principio que se adopte.

(2) Código Napoleón, Art. 216.

3º.—Tercer caso de excepción: Litigios sobre asuntos relativos a la profesión o industria de la mujer.

Nuestra disposición legal concerniente a este punto, en que hay también conformidad en las legislaciones de otros países (1), está en los Arts. 145 y 146 del Código Civil, que dicen:

145.—“Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión o industria, como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza, etc. se presume la autorización general del marido para todos los actos y contratos concernientes a esa profesión o industria, mientras no haya reclamación o protesta del marido, notificada de antemano al público o especialmente al que contratare con la mujer”.

“La disposición de este artículo habilita a la mujer en los casos que él contiene, para parecer en juicio sin necesidad de la licencia del marido”.

146.—“La mujer casada mercadera está sujeta a las reglas especiales dictadas en el Código de Comercio”.

Y el Código de Comercio, después de establecer el principio de que la mujer casada puede ejercer el comercio con autorización expresa o tácita del marido, agrega en el inciso final del Art. 15:

“También puede la mujer casada, autorizada, comparecer en juicio o dar poder con el mismo fin, por asuntos de su comercio, sin necesidad de autorización especial”.

Los preceptos legales transcritos dan a conocer que la facultad de comparecer en juicio, en los casos a que se refieren, es una excepción, no de la incapacidad general de la mujer casada, sino de la regla que exige la autorización expresa del marido. En otros términos, la mujer casada comerciante o que ejerce otra profesión o industria, puede representar en juicio, no por ser, en

(1) Salvo algunas excepciones: v. gr. el Código Napoleón que dice “Art. 215. La femme ne peut être en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens”.—“Id Código de Comercio de Chile, Art. 18”.

esta materia, legalmente capaz, sino por estar tácitamente autorizada por el marido.

Por el hecho de consentir el marido en que la mujer ejerza el comercio u otra profesión, la faculta también para hacer valer en juicio los derechos derivados de tal profesión; y este consentimiento tácito del marido basta en este caso para habilitar a la mujer; siendo así que, por regla general, el consentimiento debe ser expreso y otorgado por escritura pública, como ya lo observamos.

Después de consignarse en los Arts. 130 y 132 del Código Civil el precepto de que la autorización del marido debe ser otorgada por escrito, se agrega, en el inciso segundo del 132: "No podrá presumirse la autorización del marido sino en los casos que la ley ha previsto".

Y el caso de que ahora tratamos es, pues, el de la voluntad presunta del marido, que autoriza a la mujer para comparecer en juicio.

En éste y en todos los casos en que la mujer casada puede aparecer en juicio, puede hacerlo personalmente o por medio de apoderado.

4º y 5º—Cuarto y quinto casos de excepción: **Divorcio con subsistencia del vínculo.—Separación y exclusión de bienes.—Evolución de nuestras leyes al respecto.**

El Código Civil, dividiendo en cuatro párrafos la materia de las **Obligaciones y derechos entre los cónyuges**, consignó en el primero las **Reglas Generales**, y entre ellas la de la incapacidad de la mujer casada para comparecer en juicio sin autorización del marido o del juez, en los términos que ya conocemos. En el segundo, las **excepciones relativas a la profesión u oficio de la mujer**, que hemos considerado también ya, en lo tocante a la comparecencia en juicio. En el tercero, las **excepciones relativas a la simple separación de bienes**; y en el cuarto, las **excepciones relativas al divorcio**. Un párrafo de reglas generales y tres párrafos de excepciones constituyen, pues, todo el conjunto de las disposiciones relativas a esta materia, sin perjuicio de las contenidas en el Título de la **Sociedad Conyugal** que, co-

mo sabemos, forma parte del Libro IV del Código Civil, destinado a tratar de las obligaciones en general y de los contratos.

Con respecto a la mujer separada de bienes, la excepción relativa a la capacidad jurídica se consignó en estos términos:

"Art. 154.—La mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos a la administración y goce de lo que separadamente administra.

"Tampoco necesita de la autorización del marido para enajenar, a cualquier título, los bienes muebles, que separadamente administra.

"Pero necesita de esta autorización, o subsidiariamente de la del Juez, para estar en juicio, aun en las causas concernientes a su administración separada; salvo en los casos excepcionales del Art. 130".

Quedó, por lo tanto, la mujer separada de bienes, en el mismo caso que la que no lo está, en cuanto a la comparecencia en juicio. Es decir, no hubo excepción en favor de ella, a este respecto, tal como se establece en el Derecho francés (1).

En cuanto a la mujer divorciada, el Código Civil no dijo sino lo siguiente: "Art. 168.—La mujer divorciada administra, con independencia del marido, los bienes que ha sacado del poder de éste, o que después del divorcio ha adquirido."

Acerca de la comparecencia en juicio, no hizo ninguna declaración; y como, por otra parte, tampoco precisó el concepto de la administración independiente del marido, no era posible concluir que, sólo por haberse concedido a la mujer divorciada esa administración, se le hubiese dado la capacidad de que tratamos; tanto más cuanto la incapacidad es la regla general de la mujer casada, y es principio de lógica el de que a la regla debe sujetarse todo lo que no esté claramente exceptuado.

(1) Código Napoleón Art. 215.—"La mujer no puede comparecer en juicio sin la autorización del marido, aunque sea mercadera pública o no se hubiere casado bajo el régimen de la comunidad, o esté separada de bienes". Laurent, T. 3º, pág. 102; Borja T. 3º págs. 364 y 475.

Conforme a este criterio, los tribunales decidieron que la mujer divorciada, lo mismo que la simplemente separada de bienes, necesitaba la autorización del marido para comparecer en juicio, fuera de los casos exceptuados por los Art. 130 y 145 (litigios contra el marido; causas criminales o de policía contra la mujer, y cuestiones relativas a la profesión o industria de ella).

A la misma conclusión se llegaba en la jurisprudencia francesa, por no haber ninguna excepción clara en favor de la mujer separada personalmente del marido; y en vista de las graves dificultades a que ello daba lugar, se hizo necesario reformar el Código Napoleón, como se lo reformó en 1893, añadiendo al Art. 311 estas palabras: "La separación personal surte el efecto de restituir a la mujer el pleno ejercicio de su capacidad civil, sin que le sea necesaria autorización del marido o de la justicia" (1).

Nuestro Código de Enjuiciamientos del año 69, más preocupado que todos los posteriores del respeto y sujeción al Civil, y unido a éste aun materialmente, porque los dos fueron editados en un solo cuerpo, limitose a referirse a la ley sustantiva, en orden a la comparecencia en juicio de la mujer casada (Art. 92). Mas el de 79, en que, como sabemos, se incorporó la Ley Orgánica del Poder Judicial, y se introdujeron cambios sustanciales, hizo la buena reforma de conceder a la mujer divorciada la facultad de comparecer en juicio; mas a la simple separada de bienes la dejó en el mismo estado de incapacidad.

El divorcio del Código Civil disuelve la sociedad conyugal; y, separados materialmente los cónyuges, y dis-

(1) Comentando el Art. 159 del Código Chileno, equivalente al 154 ecuatoriano, que determina las facultades de la mujer separada de bienes, hace el doctor Borja la distinción a que nuestro Código Civil da lugar entre la mera administración y la libre administración, reconociendo que en nuestro Derecho, el concepto de la libre administración es más amplio que en el francés. (T. III, Nº 300). Mas al tratar de la mujer divorciada, reconoce también que la regla del Código es oscurísima, en cuanto a la amplitud que llega a tener la administración independiente; y al fin se inclina a creer que la mujer divorciada no tiene la facultad de enajenar sus bienes raíces, ni de comparecer en juicio. Nº 368.

tanciados moralmente por los graves motivos en que él se funda, la sociedad doméstica está también, con respecto a los dos, si no disuelta, indefinidamente interrumpida. ¿Cómo podía quedar subsistente, en tales circunstancias, el sometimiento legal de la mujer al marido, y la necesidad de la autorización o representación de éste para los actos judiciales de ella?...

Con la simple separación de bienes instituída por el Código Civil, disuélvese igualmente la sociedad conyugal; pero subsiste, ante la ley, la doméstica. Decimos ante la ley, porque, dada la calidad de los motivos en que la separación debía fundarse (el fraude o la ineptitud del marido) y el escandaloso pleito que la mujer necesitaba seguir para obtenerla, las relaciones entre los dos esposos quedaban, de hecho, desconcertadas o destruídas; y era absurdo el que la mujer, que así había comprobado ante los tribunales la indignidad o ineptitud de su marido para el manejo de sus intereses, tuviese que contar con él para los principales actos relativos a éstos. La necesidad de la licencia o autorización era, pues, desrazonable; y la representación que, como consecuencia, se le reconocía al marido en los actos judiciales, verdaderamente absurda, y ocasionada a las más graves consecuencias.

La ley de exclusión de bienes de 1911, que permitió a la mujer casada obtener la separación de bienes, sin aquella odiosa necesidad de justificar motivos y seguir pleito, dio también, en orden a la comparecencia en juicio, el paso que, como lógica consecuencia, se hacía necesario, reconociendo la capacidad a la mujer casada, en los artículos que en la edición actual del Código son el inciso 2º del 912 y del 918.

Y de acuerdo con esa reforma, incluyéronse en el Art. 42, al hacerse la expresada edición, las palabras "o separada de bienes".

No tenemos ya, por lo mismo, ninguna cuestión ni dificultad al respecto (1).

(1) Hay todavía legislaciones que niegan a la mujer divorciada la facultad de comparecer en juicio. Así el Código Argentino dice: "Art. 210.—La mujer podrá ejercer todos los actos de la vida civil, exceptuando el estar en juicio como actora de demanda sin licencia del marido o del juez del domicilio".

6º—Sexto caso de excepción: **Representación de los hijos de matrimonio anterior.**

En este punto tienen también nuestras leyes su evolución y su historia, que conviene conocer. El Código Civil, al terminar la materia de la patria potestad, decía como dice hasta ahora:

“Art. 260.—La madre que se prostituyere o diere a luz un hijo ilegítimo, perderá la patria potestad.

“La que pasare a segundas o ulteriores nupcias perderá perpetuamente la administración de los bienes; pero no los demás derechos de la patria potestad.”

Y como el de Enjuiciamiento del año 69 y el del 79 guardaron silencio sobre el particular, presentábanse estas dos cuestiones, que dieron lugar a contiendas acaloradas:

1º—La mujer que, por haber pasado a segundas nupcias, ha perdido la administración de los bienes, pero no los demás derechos de la patria potestad, conserva la representación judicial de sus hijos del matrimonio anterior?;— 2º—Caso de conservarla, necesita o no para ejercerla, la autorización o representación del segundo marido?

En favor de la representación de la madre, alegábase que el Código Civil definía la patria potestad diciendo que era el conjunto de los derechos concedidos al padre legítimo sobre los hijos no emancipados; que esos derechos se reducían a la administración, el usufructo y la representación, y que al privársele a la madre de la administración, dejándole los demás derechos, era evidente que se le había dejado el usufructo y la representación.

En contra se decía:

1º—Que la representación era más bien un deber que un derecho;

2º—Que no era lógico ni podía suponerse que hubiese estado en el pensamiento del legislador, el que un incapaz fuese representante legal de otro incapaz;

3º—Que las gestiones judiciales de la mujer, podían comprometer su responsabilidad pecuniaria y redundar en perjuicio de la nueva sociedad conyugal;

4º—Que, no teniendo la mujer la administración de los bienes, carecía aun de recursos para el sostenimiento de los pleitos;

5º—Que la ley había privado de la administración a la mujer por temor de que los bienes de los hijos, complicándose con los negocios del nuevo marido, sufriesen menoscabo; y esa complicación podría sobrevenir fácilmente, al corresponderle a la mujer la gestión judicial en los negocios de los hijos;

6º—Que si bien la representación judicial no entra necesariamente en el concepto de la administración de bienes, tiene íntima relación con ésta; pues en los contratos y demás actos administrativos se originan los litigios, y en ellos se encuentran sus antecedentes y los medios de defenza. Los litigios se evitan o terminan, a veces, por transacciones, que son actos extrajudiciales. Para cobrar los créditos se hace necesario demandar a los deudores; y para pagar las deudas, recaudar judicialmente los fondos. Para una enajenación o hipoteca, hay que recabar la autorización del juez; y así, en infinitos casos, las gestiones judiciales se vinculan tan estrechamente con los demás actos administrativos, que no cabe, dentro de la unidad y armonía de un sistema legal, el que se confíen a diversos órganos la representación judicial de una persona y la dirección general de los negocios de la misma.

Esta segunda opinión prevaleció, al principio, en el criterio del Tribunal Supremo; mas, algunos años después, éste se decidió por la primera —la de que la representación correspondía a la mujer—; y de acuerdo con esa opinión, la legislatura de 1890, por indicación del mismo tribunal, agregó en el artículo correspondiente al 42 de la edición actual, las palabras “o de sostener los derechos de sus hijos legítimos que estén bajo su patria potestad”. Jurisp., Casos 14 y 15.

Con esto quedó resuelta también la segunda cuestión, en el sentido de que la mujer podía comparecer sin necesidad de la autorización del nuevo marido.

Dentro de las reglas del Código Civil y de las que hasta entonces había tenido el de Enjuiciamiento, no existía disposición alguna en que apoyar la capacidad

de la mujer; y así los sostenedores de la tesis de que a ella le tocaba la representación de los hijos, tropezaban con el inconveniente de que fuese necesario contar con la autorización o representación del nuevo marido; lo cual equivalía, en último análisis, a que el padrastro viniese a ser el representante legal de los entenados.

La reforma de 1890 solucionó, como hemos dicho, ambas cuestiones, y dejó terminada toda discusión al respecto.

Si, en vez de ese administrador legal que se da a los hijos de la viuda que pasa a segundas nupcias, tuvieran los hijos un **curador adjunto**, ya en virtud del testamento del padre o en otro de los casos previstos por la ley, la resolución sería diversa, como lo veremos al estudiar las proposiciones 238 y 245 (1).

7º—Séptimo caso de excepción: Curaduría del marido o de sus bienes.

La mujer puede ser nombrada curadora del marido puesto en interdicción por demencia (Art. 451). Puede también ser nombrada curadora de los bienes del marido ausente, según el Art. 464. En estos casos tiene indiscutible facultad de comparecer en juicio, en representación del marido; y aun puede ser que la misma necesidad de esa representación haya dado lugar a la curatela. (Art. 463, inciso 2º.)

La representación judicial es una de las atribuciones propias y peculiares de la curatela; y la mujer curadora tiene todas las atribuciones inherentes a ese cargo.

Si se trata, no de la representación del marido, sino de asuntos propios de la mujer, puede también ella comparecer, aunque la ley no lo dice de un modo expreso; pues ella es, en tal caso, la administradora de la sociedad conyugal, y puede ejercer todos los derechos y

(1) La ley no define el carácter y la esfera de acción de este administrador sui generis, que establece para este caso, en vez de curador adjunto, que prescribe para el del Art. 246 y otros. Interesante sería un estudio de las relaciones y diferencias entre esa administración y la curatela.

atribuciones que le competen al marido, inclusive aquellos para los cuales el marido hubiera necesitado el consentimiento de la mujer. (Arts. 1748 y 1749).

Los terceros que necesitan demandar a la mujer se dirigirán, por tanto, contra ella; pues de otra manera, no tendrían medio alguno de ejercitar sus derechos.

Extraño es, no obstante, que el Código no haga mención expresa de este caso, al puntualizar las excepciones en que la mujer casada puede comparecer en juicio.

La referencia del Art. 139 del Código Civil al Título de la Sociedad Conyugal, da a conocer el pensamiento del legislador, de reconocer la capacidad de la mujer casada en los casos de la administración extraordinaria de la dicha sociedad.

§ 3º

Quando la mujer casada puede comparecer en juicio, puede también ser representada por el marido?

Creemos que se debe distinguir: si la aptitud o capacidad de la mujer depende de la autorización presunta del marido, como en los casos de la excepción tercera, no encontramos inconveniente para la representación del marido; y así el marido de la mujer comerciante, profesora, etc., puede presentarse en juicio, válidamente, a nombre de ella; y el tercero puede también dirigir la demanda contra el marido.

Mas en los demás casos en que la ley misma concede la capacidad legal a la mujer casada, independientemente de la voluntad del marido y de la autoridad de éste, nos parece que no puede caber la representación del marido, sino en virtud de mandato o consentimiento de la mujer; y ni aun con este requisito, en el caso de la excepción primera, esto es, de la contraposición de intereses.

Si en los casos de las excepciones segunda, cuarta, quinta y sexta, la mujer confía la gestión judicial al marido, debe éste presentarse como simple mandatario, al tenor de lo dispuesto, respecto de la mujer separada de

bienes, en el Art. 157 del Código Civil. Pero quizá no sería indispensable que este mandato se otorgase por escritura pública, atento lo dispuesto por el Art. 66 del Código de Enjuiciamiento, que luego estudiaremos.

Borja manifiesta opinión contraria, para el caso de los juicios criminales o de policía contra la mujer; pues, comentando el Art. 136 del Código Civil chileno, correspondiente al 130 nuestro, dice:

“Pero atiéndase al tenor literal de la regla: “No es necesaria la autorización del marido”, significa que la justicia procede contra la mujer aunque el marido no la autorice; pero como no pugna con la regla de que el marido es el representante legal de la mujer, puede él, representándola, comparecer en juicio criminal o de policía. Le es potestativo intervenir en el juicio, representando a la mujer; pero si él no comparece, se sigue contra ella la causa criminal o de policía.” (Tomo III, pág. 365).

Por manera que, si el marido tiene por conveniente presentarse, se sigue con él la causa, aunque no lo quiera la mujer.

No estamos conformes con tan respetable opositor, por las razones siguientes:

1^a—Si la frase “no es necesaria la autorización” nos permitiese deducir que no se excluye la voluntaria representación del marido, tendríamos que hacer la misma deducción para el caso de los litigios de la mujer con el marido, puesto que esas palabras del artículo se refieren a uno y otro caso; y eso sería absurdo. Por consiguiente, las dichas palabras deben entenderse en el sentido de que la mujer tiene capacidad legal; y como los representantes legales se han instituido para los incapaces, la mujer, que, en el caso de que tratamos, no es incapaz, no puede tener representante legal en el juicio.

2^a—La intervención personal de la mujer fúndase en lo esencialmente personal del asunto. Ella ha cometido o nó el delito, y ella ha de ser condenada o absuelta. Por afecto personal, por consideraciones al honor de la familia, por las consecuencias que pudiera tener respecto

de los bienes de ésta, el marido debe estar interesado en el asunto; pero el interés directo e inmediato es el de la mujer. Las gestiones del marido, no autorizadas o aprobadas por ella, pueden aun serle perjudiciales e inconvenientes, por varios respectos; y a juicio y criterio de ella debe estar todo lo concerniente a tan delicado asunto.

El derecho natural de defensa está en estos casos, como dicen los expositores, por encima de las consideraciones de orden jurídico en que se basa la incapacidad legal de la mujer.

Estas dos observaciones, fundadas, la primera, en el texto legal de la ley, y la segunda, en su espíritu y razón filosófica, nos han inducido, pues, a la conclusión contraria que sostenemos (1).

En los casos cuarto y quinto de excepción (separación de bienes y divorcio) nuestra tesis es más evidente; ora por que la ley actual —de la exclusión de bienes— dice que la mujer tiene plena capacidad legal para parecer en juicio (Art. 912); ora porque sería absurdo que el marido pudiese, a título de representante, promover o sostener, sin conocimiento ni consentimiento de la mujer separada de bienes o divorciada, pleitos relativos al patrimonio de ella. Con semejante facultad, muy fácil le sería al marido burlar todos los efectos de la separación, y apoderarse del patrimonio de la mujer, haciéndolo pasar a terceros.

En el caso sexto (representación de los hijos de matrimonio anterior) es, asimismo, clarísimo lo inadmisibile de que el nuevo marido se constituyese en representante legal de la mujer, para promover y sostener pleitos relativos al patrimonio de aquéllos.

En todos estos casos se ve, pues, que la **no necesidad de la autorización o representación del marido**, significa la **capacidad legal de la mujer**, y excluye, por lo mismo, esa autorización o representación.

En ciertos órdenes de cosas, se puede hacer y cabe perfectamente aquello que no es necesario; pero en el de las instituciones jurídicas, lo que es legalmente innee-

(1) V. Locré IV, pág. 523, N^o 64 y otros autores, sobre el Art. 216.

sario, está, por lo general, legalmente excluido. Si una mujer soltera, por ejemplo, mayor de edad, pide al Juez autorización para vender alguna cosa, el Juez se la niega, por que esta solemnidad no está prescrita por la ley, ni es necesaria.

En el caso de la mujer comerciante o que ejerce otra profesión o industria, adoptamos la conclusión contraria; por que entonces la mujer puede contratar y parecer en juicio, no en virtud de su capacidad legal, sino por la autorización tácita o presunta del marido.

LECCION III

EXCEPCIONES DE LA REGLA GENERAL DE LA CAPACIDAD

(Continuación)

PERSONAS SUJETAS A GUARDA

§ 1º

234.—Qué se entiende por guarda.— Distinción innecesaria entre tutela y curaduría.— Defectos generales de nuestro sistema legal.— Crítica de la definición dada por el Código Civil.

El vocablo *guarda*, es, en nuestro tecnicismo legal, voz genérica, comprensiva de las *tutelas* y de las *curadurías*, así como *guardador* lo es de los *tutores* y los *curadores*. La acepción en que toma nuestro Código la palabra *guardador* es anticuada, según la Academia de la Lengua; y la palabra *guarda* no tiene el significado que le da nuestra ley. Pero, prescindiendo de los nombres, la distinción misma entre *tutores* y *curadores* es innecesaria, en nuestro sistema legal, y no hace sino complicarlo inútilmente. El axioma romano *tutor personae, curator certae rei datur* no tiene razón de ser ni aplica-

ción práctica en el derecho moderno; por lo cual ha sido generalmente abolida esa distinción (1).

Nuestro Código, después de decir en el Art. 330 que "la tutela y las curadurías generales se extienden, no sólo a los bienes, sino a las personas sometidas a ellas", declara expresamente en el Art. 429 que "el curador representa al menor, de la misma manera que el tutor al impúber"; y en seguida hace una insignificante diferencia, en cuanto a que al pupilo púber se le puede confiar la administración de alguna parte de sus bienes, pero siempre con la autorización y bajo la responsabilidad del curador. Lo cual podría perfectamente caber dentro de las atribuciones de la tutela, sin necesidad del establecimiento de los dos cargos legalmente diversos únicamente en el nombre (2).

Mas no consiste sólo en ésto la reforma que requiere la institución. La ley que, en su largo y complicado sistema, deja muchas puertas de escape para los abusos y fraudes contra los pupilos, es, por otros aspectos, en extremo dura y rigurosa para los guardadores, a tal punto que el cargo llega a ser, no sólo odioso y difícil, sino verdaderamente peligroso, para personas no muy listas y precavidas. Por otra parte, nos falta la educación necesaria para comprender la importancia de los deberes que impone la vida social. Pocos, muy pocos saben que la curatela es de derecho público; que es un cargo a que todo ciudadano puede ser estrictamente obliga-

(1) Es un error suponer que, según este texto romano, la tutela se deba para los cuidados personales y domésticos del pupilo. *Persona*, significaba la capacidad jurídica, el conjunto de relaciones civiles. Para eso, para completar la persona del pupilo, se daba la tutela. La curatela, para ciertos asuntos determinados, como reza el mismo texto. Véase Maynz S. 345; Ortolán, Inst. T. I; Borja, T. VI, pág. 146.

En el Código Argentino se conservan los dos vocablos tradicionales, en esta forma: la tutela para los incapaces por razón de la edad, y la curatela para los mayores, declarados incapaces por dementes o sordo-mudos, y para la herencia yacente.

(2) En la Comisión Revisora de 1896 propusimos la reducción de los cargos a uno solo, la tutela; y, acogida la idea por nuestros respetables compañeros doctores Carlos Casares y Luis F. Borja, se preparó el correspondiente proyecto reformatorio.

do, aun en favor de personas extrañas, y al cual todos debemos someternos de buen grado, en virtud de los recíprocos deberes de protección y apoyo que la sociedad nos impone. Los jueces no se penetran bien de ello; miran con absoluta indiferencia los asuntos de esa clase; ningún esmero ponen en la selección de las personas, en la investigación de las razones de utilidad y conveniencia en que deben fundarse ciertos actos o negocios de los incapaces; etc. Y el resultado final es que el Código ha empleado casi medio libro en esta materia, y los huérfanos, los dementes, etc. se ven prácticamente desamparados, cuando no criminalmente explotados en sus intereses.

Después de estas consideraciones generales a que nos parece necesario llamar la atención de los jóvenes que serán los legisladores del porvenir, veamos la definición legal y las demás disposiciones que dan a conocer en qué consiste esencialmente la institución. El Código Civil dice:

“Art. 328.—Las tutelas y las curadurías o curatelas (llamadas después, en los Arts. 347, 351 y muchos otros, “guardas) son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre, madre o marido que puedan darles la protección debida.”

“Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores.”

Mala definición, porque, aunque larga y difusa, no dice con claridad en qué consisten esos cargos; es decir, no contiene, como debe contener toda definición, la esencia de la cosa definida. Por el plan del Código en esta materia, se ve que quiere distinguir en el cargo lo relativo a los bienes de lo que atañe a la persona del pupilo; y en cuanto a lo primero, el concepto esencial de la guarda está sintetizado en los Arts. 380 y 381, con que encabeza el Título XX del Libro I, que dicen así:

“Art. 380.—Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones.

“Art. 381.—El tutor o curador administran los bienes del pupilo, y están obligados a la conservación de estos bienes y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive”.

En lo tocante a la persona, lo que incumbe, según nuestra ley, al guardador, sea tutor o curador, es muy poco, si atendemos a las reglas de los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV; y lo que se hace prácticamente, poco o nada, en favor del pupilo y, a veces, mucho en contra.

Lo sustancial del cargo está, pues, en la administración de los bienes del pupilo y en la representación judicial y extrajudicial de éste.

235.—Fundamento de la incapacidad.

Las palabras del artículo transcrito —el 328— “en favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos . . . etc.”, criticables por ciertos respectos en la definición legal (1), sirven para darnos a conocer que el fundamento jurídico de la incapacidad de que tratamos, es la inhabilidad natural de las personas a quienes se refieren, la imposibilidad de hecho en que esas personas se encuentran de atender a sus intereses.

Hay, por tanto, diferencia esencial, en cuanto a esto, entre las mujeres casadas, de quienes hemos tratado ya, cuya incapacidad legal es de pura creación jurídica, y las personas sujetas a guarda, en cuyo estudio vamos a ocuparnos; y esa diferencia no puede menos que ser trascendental en sus consecuencias jurídicas (2).

(1) Borja, Tomo 6º, pág. 6, Nº 5.

(2) Dada esta diferencia esencial creemos que el Código Civil incurre en notoria impropiedad, cuando, al tratar de las obligaciones naturales, en el Art. 1460, confunde a las mujeres casadas con los menores adultos, calificándoles de personas que, “teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes”.

236.—Forma de comparecencia: autorización; representación.—Doctrina del Código Civil y del de Enjuiciamiento.—Ratificación.

En el Derecho Romano, el pupilo mayor de siete años podía parecer en juicio por sí mismo, asistido de su guardador, quien intervenía para aumentar y completar la persona del pupilo. (Dig. L. XXVI, Título VII, Ley 1ª § 2º, 3º y 4º).

En el Derecho Francés, que prescindió casi totalmente de las ficciones romanas, se habla sólo de la representación; y éste es el principio más generalmente seguido en el Derecho moderno (1).

Nuestro Código Civil comienza la materia de la administración de los tutores y curadores relativamente a los bienes, con esta regla que ya recordamos:

“Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones”.

Atendiendo sólo al tenor literal de este artículo, pudiera concluirse que así el tutor como el curador pueden, indistintamente y a su arbitrio, autorizar o representar al pupilo en los actos judiciales; y que, por lo mismo, autorizado por el guardador, puede un niño de cuatro años figurar personalmente en un litigio. Mas como esto sería anómalo y hasta ridículo, hácese indispensable buscar el pensamiento del legislador, en el conjunto de las disposiciones relativas a las tutelas y curaduras.

En los demás artículos del mismo Título XX, desarrolla el Código las funciones de los guardadores; pero nada dice que revele la posibilidad de que el pupilo gestione por sí mismo, con una simple autorización del guardador. Mas al tratar de modo especial de la cura-

(1) Código Napoleón, Art. 450; Argentino, Art. 330; Español, 262. Demolombe, Tomo VII, Nº 528.

El Código Civil Italiano exige la asistencia del curador, para que el menor emancipado comparezca por sí mismo, Arts. 318 y 339.—Código de Proc., Art. 136. Mattiolo, pág. 25.

tela del menor, en el Título XXII, consigna la siguiente regla que nos da bastante luz para el conocimiento del verdadero propósito del legislador:

“Art. 429.—El curador representa al menor, de la misma manera que el tutor al impúber.

“Podrá el curador, no obstante, si lo juzgare conveniente, confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares; pero deberá autorizar, bajo su responsabilidad, los actos del pupilo en esta administración.

“Se presumirá la autorización para todos los actos ordinarios anexos a ella.”

En las Reglas especiales relativas a la tutela, materia del Título XXI, nada se dice sobre autorización; y el uso del modo adverbial **no obstante**, con que empieza el inciso segundo del artículo transcrito, como para hacer diferencia entre el curador y el tutor, da a entender claramente que el segundo, el tutor, no puede proceder de igual modo, es decir, no puede **autorizar** al impúber para que gestione por sí mismo.

Además, la forma tan limitada con que, aun respecto del curador, se permite la autorización, hace suponer que ésta se refiere sólo a asuntos extrajudiciales.

Parece, por tanto, que el Código habló de representación y autorización en el artículo inicial del Título De la administración de los tutores y curadores, no por decir que éstos han de poder, indistintamente, representar o autorizar al pupilo, sino para significar que la representación y la autorización de ellos les toca, pero con sujeción á las reglas especiales que en seguida se expresan. Y según esas reglas especiales, parece que sólo el curador del menor puede hacer uso de la autorización, y eso dentro de los estrechos límites del Art. 429.

El caso, empero, no muy claro en el Código Civil, está terminantemente resuelto por el de Enjuiciamiento que, en el Art. 39, declara que las personas sujetas a tutela o curaduría no pueden comparecer en juicio, sino representadas por su guardador (1).

(1) Esta regla adjetiva hemos tenido desde el Código del 69 (Art. 92); y refiriéndose a ella el Sr. Dr. Casares opina también que el pupilo no puede

La comparecencia en juicio es un hecho mucho más serio y trascendental que la administración privada de alguna parte de los bienes, de que habla el Art. 429. Refiérese a las relaciones del individuo con la autoridad, al sostenimiento de una lucha o campaña con personas adversas, en la cual un adolescente inexperto puede muy fácilmente incurrir en pérdidas y responsabilidades (1).

Ratificación.—Si las personas sujetas a tutela o curaduría, que, como hemos dicho, no pueden parecer en juicio sino representadas por sus guardadores, han gestionado por sí mismas, ¿podrá el guardador ratificar y validar esas gestiones?— El Código de Enjuiciamiento da a entender que sí, en el Art. 417, y en la práctica así se ha observado. Quizá la razón de la diferencia sea la de que la autorización es algo más grave que la ratificación, puesto que versa sobre hechos futuros del incapaz, que, por la inexperiencia de éste, pudieran resultarle inconvenientes o dañosos, sin que quede otro remedio que la responsabilidad, casi siempre ilusoria en la práctica, del guardador; mientras que en la ratificación, que versa sobre gestiones ya practicadas, puede proceder el guardador con la seguridad de que han sido útiles o necesarias.

figurar en juicio, sino representado por el curador. "Instituciones del Derecho Civil Ecuatoriano", pág. 251.

(1) López Moreno dice: La incapacidad de los menores se funda en la falta de capacidad natural. No así la de la mujer casada. Esta puede comparecer por sí misma en juicio con licencia y autorización del marido. Los menores, aunque otra cosa se haya establecido, algunas veces deben ser, al igual de los enajenados y los pródigos, representados en juicio por los respectivos representantes legales, sin que puedan hacerlo por sí mismos, ni aun con la licencia de éstos.

§ 2º

237.—Excepciones: 1ª Litigios mercantiles.— 2ª Litigios criminales o de policía. ¿Puede comparecer válidamente en ellos el guardador?... Representación activa.— 3ª Contraposición de intereses.—¿Puede comparecer el menor al tratarse de su peculio profesional?

1ª.—El Art. 10 del Código de Comercio dice: “Los menores autorizados para comerciar, se reputan mayores en el uso que hagan de esta autorización y pueden comparecer en juicio por sí e hipotecar sus bienes inmuebles por los negocios de su comercio.”

No hay, por tanto, cuestión ni dificultad en cuanto a que el menor emancipado que, autorizado por su curador, ejerce el comercio, puede parecer en juicio en asuntos relacionados con dicho ejercicio.

Así lo disponen también varios Códigos extranjeros (1).

Pero si la facultad de comparecer en juicio le viene al menor comerciante, de la autorización expresa o tácita del curador, síguese que el tercero, que pretende litigar contra el menor, puede dirigir su acción contra el curador, y el curador puede intervenir válidamente en la causa, en representación del menor; tal como opinamos respecto de la mujer casada mercadera o que ejerce otra industria o profesión.

2ª.—Juicios criminales o de policía.—En cuanto a la mujer casada, observamos ya que el Código Civil le concedía capacidad legal pasiva, esto es, la necesaria para figurar en los juicios de esta clase que contra ella se siguiesen; mas no la activa, para que ella pudiese proceder contra otra persona. Lo mismo establece el Código en el Art. 254 respecto del hijo de familia. Cuanto a las personas sujetas a tutela o curaduría, nuestros Códigos guardan silencio; pero como el principio jurídico en que

(1) Italiano, Arts. 3 y 11.—Mitt., pág. 25.—Chileno de Com. Art. 18.

se fundan las reglas relativas a la mujer casada y al hijo de familia, se extiende igualmente a las mencionadas personas, parece indudable que, en cuanto a éstas, debemos regirnos por el mismo principio, es decir, reconocerles la capacidad pasiva, mas no la activa para los juicios criminales o de policía.

No debe, por tanto, intervenir el guardador, en calidad de representante legal, en los juicios de esa clase que se promuevan contra el pupilo.

Especialmente entre el hijo de familia y el pupilo, la analogía es tan evidente en este punto, que sería palmaria incoherencia en el sistema legal —podemos decir absurdo— hacer diferencia sustancial.

Sólo en el caso de una declaración expresa y clara de la ley, podríamos convenir en esa diferencia; pero tal declaración no tenemos.

Cierto que el Art. 380 del Código Civil, que ya hemos recordado, declara que al guardador toca “representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones”. Y cierto también que los juicios criminales o de policía contra el pupilo pueden menoscabar los derechos de éste e imponerle obligaciones. Mas a este argumento podemos responder: 1º Que esa declaración es el encabezamiento y la base fundamental del Título XX, que trata únicamente “de la administración de los tutores y curadores **relativamente a los bienes**”; y, por lo mismo, debemos considerarla aplicable sólo a los asuntos civiles, que son los que directamente se relacionan con los bienes del pupilo; 2º Que el objeto esencial y directo de los juicios criminales es la responsabilidad penal, o sea la cuestión de la existencia de un hecho punible y de la inocencia o culpabilidad del sindicado, para el efecto de absolverle o de condenarle a la pena legal; y sólo accidentalmente, como mero accesorio, puede afectar a los bienes.

Por otra parte, el Código de Procedimiento Penal da a conocer con toda evidencia que no es necesaria ni legal la intervención del curador en todo el juicio criminal, cuando al tratar de modo especial de la confesión dice:

“Art. 141.—Cuando el encausado fuere menor de edad, se le tomará la confesión a presencia de su curador, si lo tuviere y se hallare presente. En caso contrario, a presencia del defensor que él nombrare, o del que el juez le diere de oficio.”

No cabe, pues, ni en el terreno legal ni en el de los principios, diferencia entre el pupilo y el hijo de familia en esta materia. Por lo demás, el sistema de nuestro Código respecto del segundo —del hijo de familia— nos satisface plenamente, como lo veremos en su lugar (Prop. 241); y esas observaciones se extienden también a las personas sujetas a tutela o curaduría. Véase, además, JURISPRUDENCIA. Caso 20.

Capacidad activa.—En esta parte, debemos registrar también por el mismo criterio de analogía entre las personas sujetas a lo que respecto de éstos diremos en la proposición 241.

3^o—**Contraposición de intereses.**— El Art. 402 del Código Civil dice: “Por regla general ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tengan interés el tutor, o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, o sus padres o hijos naturales, o sus hermanos legítimos o naturales, o sus consanguíneos o afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, o algunos de sus socios de comercio, podrán ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales que no estén implicados de la misma manera, o por el juez, en su falta.”

Esta regla del Código Civil debía aplicarse también a los asuntos judiciales; y en la práctica, los jueces han prescrito siempre, el nombramiento de un curador especial o *ad litem*, para que represente al pupilo en el juicio.

Ahora, desde la reforma de 1921, tenemos una regla más clara en el mismo sentido, como lo veremos posteriormente, al estudiar las proposiciones 241 y 254, y en Jurisp., casos 6^o, 18^o y 19^o.

Peculio profesional.—El menor emancipado, que administra su peculio profesional, tiene, según el Art. 428, las mismas facultades que, en igual caso, el hijo de familia; y, por lo mismo, respecto de la comparecencia en

juicio le es aplicable lo que en cuanto al hijo diremos en la proposición 242.

238.—Si hay curador general y curador adjunto, a cuál compete la representación?...

Según el art. 481 del Código Civil, los curadores adjuntos tienen las mismas facultades administrativas que los tutores, a menos que se agreguen a los curadores de bienes, en cuyo caso tienen las facultades de éstos. Y como entre las facultades administrativas de los tutores o curadores, relativamente a los bienes, figura, en primer lugar, la representación judicial, síguese que ésta corresponde al curador adjunto, en todos los litigios, relativos a los bienes a que se extiende su administración.

A esto se agrega que, según el art. 334, la administración de los curadores adjuntos es separada de la correspondiente a los generales o a los padres o maridos, en su caso; y según el art. 482, los curadores adjuntos son independientes de los respectivos padres, maridos o guardadores. Y ni la separación ni la independencia serían posibles, sin la facultad de defender judicialmente los intereses a que la administración se refiere.

HIJOS DE FAMILIA

239.—Concepto de la patria potestad y de los hijos de familia.—Fundamento de la incapacidad de los hijos.

El Código Civil comienza el Título de la PATRIA POTEIDAD, con estas definiciones:

“Art. 234.—La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres legítimos sobre sus hijos no emancipados.

“Los hijos de cualquiera edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres con relación a ellos, padres de familia.

La emancipación es legal o judicial. La legal se efectúa por cumplir el hijo veintiún años, por contraer matrimonio o por la muerte de los padres. La judicial, en los casos del Art. 264.

El fundamento de la incapacidad legal del hijo de familia es, por tanto, como la de las personas sujetas a guarda, la incapacidad natural de gobernarse por sí mismo y administrar de modo competente sus negocios.

Criticado ha sido el sistema del Código Chileno — por consiguiente, el nuestro — de separar en dos distintos Títulos los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos, y la patria potestad; reservando para el primero el conjunto de relaciones fundadas directamente en los vínculos de la naturaleza, y para el segundo los que pueden considerarse como de creación jurídica. Separación inspirada, al parecer, por el Derecho Romano, y no adoptada en los Códigos modernos.

En el Derecho Romano la patria potestad era, en efecto, una institución puramente civil, y quizá más propiamente de Derecho público (1) que, traspasando los límites fijados por el orden natural y la justicia, hacía al padre señor y dueño absoluto de la persona y bienes de sus hijos de cualquiera edad; y no sólo de los hijos, sino de los nietos, bisnietos, etc. Mas esa institución, que en el mismo pueblo romano sufrió sucesivas atenuaciones, no existe en el Derecho moderno; y la patria potestad, sin diferenciarse esencialmente de la potestad paterna, enciérrase dentro de los límites señalados por la naturaleza y la razón, y comprende, no simplemente derechos para el padre, sino un conjunto de relaciones encaminadas al bien del padre y de los hijos, y principalmente de éstos, y en general, a la realización de los altos fines de la familia en la sociedad.

(1) En el Digesto tenemos, entre varios otros textos, el siguiente de Paulo, consignado en la Ley 215, Título XVI. Libro L: *Potestatis verba plura significantur: in persona magistratum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium*. La palabra potestad significa muchas cosas en cuanto a la persona del magistrado, el imperio en las personas de los hijos, la patria potestad: respecto a los siervos, el dominio. Véase Ortolán, Tomo 1º, pág. 94).

La intervención del padre en los asuntos judiciales de los hijos es, por tanto, para el padre, más bien un deber que un derecho (1); parte integrante y principalísima del deber de protección y defensa que le concierne, en razón de la incapacidad natural de los hijos, dependiente de la edad.

240.—Formas de comparecencia: autorización paterna; representación; autorización judicial supletoria; ratificación.—Inhabilidad e imposibilidad del padre.—Paralelo del Código Civil con el de Enjuiciamiento.

El Código Civil dice:

“Art. 252.—El hijo de familia no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre.

“Si el padre de familia niega su consentimiento al hijo para la acción civil que el hijo quiere intentar contra un tercero, o si está inhabilitado para prestarlo, podrá el juez suplirlo; y al hacerlo así, dará al hijo un curador para la litis.

“Art. 253.—En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse al padre, para que autorice o represente al hijo en la litis.

“Si el padre no pudiere o no quisiere prestar su autorización o representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis.”

De estas disposiciones legales se sigue:

1º—Que, según el Código Civil, el hijo de familia puede figurar en juicio autorizado o representado por el padre, indistintamente y a voluntad de éste, sin consideración a la edad del hijo; quedando, por tanto, sólo al buen criterio del padre no incurrir en el despropósito de conferir la autorización a un infante o impúber para que litigue por sí mismo;

(1) Es un deber y un derecho; pues perfecto derecho tiene el padre para que con él se entienda cualquier extraño que tenga asuntos con sus hijos no emancipados.

2º—Que el padre puede, además, negar su autorización o representación al hijo que intenta litigar contra un tercero, o que ha sido demandado por un tercero;

3º—Que, si el padre niega su autorización o representación al hijo que intenta proponer demanda, puede el juez, a petición del hijo, suplir la autorización; y al hacerlo, debe dar al hijo un curador para la litis;

4º—Que, del mismo modo, debe el juez suplir, a petición del hijo, la autorización paterna, si el padre está inhabilitado para prestarla;

5º—Que, si el hijo de familia debe figurar como demandado, el actor debe dirigirse contra el padre, para el efecto de que autorice o represente al hijo;

6º—Que, si, en este caso, el padre niega su autorización y representación, o está inhabilitado para prestarla, el mismo tercero, es decir, el demandante, debe dirigirse al juez para que supla la autorización paterna, y dé curador al hijo.

Tal es el sistema del Código Civil, conforme con el de otros Códigos extranjeros, que admiten también la autorización o representación.

Mas el de Enjuiciamiento, que, como ya observamos, no permite a las personas sujetas a guarda comparecer en juicio sino representadas por el guardador, siguió, como era natural, la misma regla al tratar del hijo de familia, en el Art. 40; es decir, eliminó la autorización. Y con esto, consultó, no sólo la armonía en su sistema, sino las razones y principios que recordamos al tratar de este punto en cuanto a las susodichas personas sujetas a guarda (Prop. 236).

El Art. 40 dice: "Los que se hallan bajo patria potestad será representados por el padre o madre que la ejerza...". Atento el tenor literal de esta regla, puede objetarse que la expresión afirmativa del Código sobre la representación no entraña precisamente la negativa de la autorización; o, en otros términos, que al decir que los hijos serán representados por el padre, no se excluye que el padre, en vez de representarles, les autorice, conforme al Código Civil.

Mas a esto podemos contestar: 1º—Que en las disposiciones de esta Sección, ha querido el legislador re-

glar todo lo concerniente a la capacidad de comparecer en juicio, sin referirse al Código Civil, sino en el caso del N° 1° del Art. 39; y en consecuencia, la disposición preceptiva del Art. 40 determina la única forma o manera en que los hijos de familia, legalmente incapaces, pueden figurar en juicio: 2°—Que no cabe suponer que el legislador, que en el Art. 39 excluye evidentemente la autorización para los pupilos, usando la forma negativa de que no podrán parecer en juicio sino representados, cambie de sistema y criterio en el artículo siguiente, en el 40, al tratar del hijo de familia, siendo así que el caso es, desde este punto de vista, perfectamente análogo.

Parece, por tanto, evidente que el hijo de familia no puede figurar en juicio —lo mismo que el pupilo— sino representado; y así lo han entendido nuestros más respetables intérpretes (1).

Ahora consideremos las diversas hipótesis que pueden presentarse:

Si un tercero intenta demandar al hijo de familia, debe dirigir la demanda contra el padre; y el padre no puede menos que figurar en el juicio, en representación del hijo, sea para aceptar la demanda, si la considera justa, sea para impugnarla. No puede negarse a intervenir. Tampoco puede autorizar al hijo para que se de-

(1) El ilustre autor de los Estudios sobre el Código Civil Chileno, dice a este propósito, comentando el Art. 258, que es el 252 nuestro. "Si el hijo es "menor adulto el Código Civil permite al padre autorizar al hijo para que "comparezca como actor contra un tercero. Mas, tal imposición en realidad "es inconsulta, porque las obligaciones que el hijo contrae como actor no son "compatibles con su incapacidad ni con su estado, y por consiguiente las le- "yes adjetivas del Ecuador han procedido bien modificando esa disposición "en el sentido de que los menores de edad no pueden comparecer en juicio ni autorizados por el padre".

Y luego tratando del Art. 259 (253 nuestro): "Si aun cuando el hijo fue- "se actor serían gravísimas las dificultades que resultarían de que el hijo "mismo, autorizado por el padre, compareciera en juicio; todavía lo fueran "más las provenientes de que, demandado el padre, se limitase a conceder al "hijo autorización para litigar Facultar al padre para que se desentien- "da de los intereses del hijo, y conceder al juez la atribución de nombrar "un curador, es anómalo y aun inmoral". Tomo 4°, pág. 335.

fienda por sí mismo, ni menos dejarlo a merced del curador *ad litem* que el juez le nombre: lo cual, forzoso es decirlo, es verdaderamente absurdo en el Código Civil.

El curador *ad litem* es nadie; es un sujeto anónimo e insolvente, que se designa al acaso, cuando no se le busca *ad hoc*, para corresponder a los deseos e influencia de la parte contraria; una farsa, en fin, una simple fórmula, con la cual se comprometen y sacrifican casi siempre los intereses de esas personas a quienes la ley ha querido prestar especial protección. ¿Cómo, pues, concebir siquiera que el padre se alce de hombros cuando se le cite a la defensa judicial del hijo, y lo deje abandonado e indefenso en manos de un curador *ad litem*?...

No puede ser más plausible la reforma introducida por el Código de Enjuiciamiento; sobre todo si se atiende a lo que son en nuestra práctica forense todas las curadurías y especialmente las *ad litem* (1).

Si se trata de demanda del hijo contra un tercero, el caso es diverso. Alguna persona debe ser encargada de juzgar sobre la conveniencia de promover el juicio; y esa persona no puede ser sino el padre. Arduo y por demás complejo y trascendental es, casi siempre, el problema de intentar un litigio —como en la vida de las naciones, el de la declaración de guerra—; puede tener consecuencias, no sólo para el patrimonio, sino hasta para la honra y tranquilidad de las partes litigantes y de su

(1) En esto nos referimos a la corruptela, de tiempo inmemorial establecida, de que el nombramiento de curador *ad litem* se haga por el juez libremente, sin trámite alguno previo, y sin la menor precaución que consulte el acierto y la conveniencia en favor del pupilo. Mas, hace poco, logró triunfar en el Tribunal Supremo la doctrina jurídica, perfectamente conforme con el sistema del Código Civil, de que dicho nombramiento debe hacerse por el juez de la causa, con sujeción al Art. 426 de ese Código, esto es, previa designación de la persona por el menor y con audiencia del Defensor público. Y la última Legislatura, tratando de evitar toda vacilación al respecto, hizo expresa declaración en el mismo sentido, en las reformas del Código de Enjuiciamiento (V. en Jurisprudencia el comentario del caso 6º).

Ha hecho, pues, ya ley cuanto le era posible hacer; mas todavía es de temer que los buenos propósitos de ella fracasen en gran parte, por la incuria de los jueces y su deficiente comprensión de la importancia de la función que desempeña.

familia. Y si el hijo, incapaz por la edad, tiene padre legítimo, ¿quién sino el padre ha de resolver ese punto?...

Pero cabe en lo posible que el hijo quiera, con razón y justicia, proponer la demanda, y el padre se niegue a intervenir. ¿Qué hacer entonces?... ¿A quién apelar de la resolución paterna, con prudente confianza de que piense y decida mejor en bien del hijo?...

Con respecto a la mujer casada, a quien el marido le niega la licencia o autorización, el Código de Enjuiciamiento establece un procedimiento sumario para llegar a la autorización judicial. El caso es, empero, menos grave, porque, como hemos visto, en la mujer casada, la incapacidad es de pura creación jurídica, mientras que en el hijo o pupilo, se funda en la falta de suficiente aptitud natural para el gobierno de los negocios. Y para el hijo de familia, el Código de Enjuiciamiento no establece ningún procedimiento especial, ni dice absolutamente nada.

Deberemos, por esto, concluir que el legislador ha querido hacer inapelable el fallo del padre de familia?... Creemos que el mero silencio del Código adjetivo no es suficiente fundamento para deducir que ha quedado abolida la autorización supletoria del juez, instituída por el Código Civil. Muchas disposiciones hay en la ley sustantiva que, si bien para cumplirse útil y eficazmente, debieran tener un procedimiento especial, han quedado silenciadas en el Código adjetivo; y así, en el caso de que tratamos, nos inclinamos a creer que el juez pudiera suplir, con conocimiento de causa, la autorización paterna, es decir, con alguna prueba o demostración de la conveniencia de la demanda que se trate de entablar, y previa audiencia del padre y del defensor de menores.

Por cierto, en el orden práctico, todo esto sería también pura fórmula, porque si el padre no se interesa verdaderamente en favor de su hijo, ni de los jueces ni de nadie se podrá esperar cosa mejor.

Inhabilidad del padre.—En esta materia no es muy clara la ley sustantiva, y la adjetiva guarda absoluto silencio. Cabe preguntar:

1º—Es lo mismo estar el padre **inhabilitado**, que estar en **imposibilidad o no poder**?...

2º—Si de imposibilidad se trata, ha de ser ésta absoluta, o basta la relativa, ya por razón del tiempo, ya por la calidad, etc.?...

3º—En el segundo caso, qué grado de imposibilidad es necesario?...

Con respecto a lo primero, si bien atendiendo sólo al valor de las palabras, pudiéramos encontrar alguna distinción, la ley no ha querido hacerla; pues en el primero de los artículos que estudiamos usa la una, y en el otro la ótra, como si se tratara de la misma cosa. Al ocuparse en el padre del hijo que va a demandar, dice en el Art. 252: "o si está **inhabilitado**"; y al tratar del padre del hijo demandado, dice en el 253: "si no pudiere o no quisiere" (1).

Cuanto a lo segundo y tercero, debemos observar que el concepto de la **imposibilidad** es vago y elástico. Hablando del hijo demandante, dice el comentador del Código Chileno, Dr. Borja:

"237 b).—Cuando el hijo afirma que el padre está "imposibilitado, el juez, con pleno conocimiento de causa, debe examinar.

"1º—Si efectivamente el padre está imposibilitado "para prestar el consentimiento;

"2º—Qué razones asisten al hijo para seguir el litigio.

"La imposibilidad del padre puede provenir de varias causas: enfermedad, ausencia, persecuciones....

"Cuando quiera que el padre no pueda acudir en defensa de los derechos del hijo, puede el juez autorizar para que éste litigue contra un tercero.

"No basta que el padre esté impedido; es necesario, además, que el hijo tenga motivos razonables para litigar; y si no los tuviere, el juez denegará el permiso. "Tomo IV, Nº 237.

Y al tratar del hijo demandado: "Cuando el padre "se halle imposibilitado precariamente, entonces sí de

(1) El doctor Borja, en sus comentarios al Código Chileno, emplea la palabra **imposibilidad** por **inhabilidad**, como enteramente equivalente, sin percatarse de la sustitución.—Tomo IV Nº 237 y 242.

“biera el juez nombrar un curador que le represente.

“Y decimos precariamente, porque si se hubiera privado al padre de la patria potestad, o si ésta se hubiere suspendido, deberá intervenir en el litigio el curador general que represente al hijo.—Id. IV, N^o 237”.

Ahora bien, cualquier enfermedad, aunque momentánea o tal que no prive al padre del uso de sus facultades; cualquier ausencia, aunque de pocas leguas y de poco tiempo; cualesquiera persecuciones, etc., etc., podrán servir al hijo para eludir la intervención paterna y lanzarse a un litigio, por medio de curador *ad litem*?... Y —lo que es más grave— ¿Podrá servir a un tercero para hacer dar curador *ad litem* al hijo, y seguirle un juicio, tal vez sin que sepan el padre ni el mismo hijo?...

Si el padre ausente o enfermo está en posibilidad de constituir un apoderado que obre bajo su dirección y sus instrucciones, o su ausencia o enfermedad son pasajeras, será el caso de poderle dar al hijo curador *ad litem*, y sacrificarlo en un litigio, aunque no quiera o no sepa el padre?...

Creemos, pues, que el concepto de la imposibilidad significa algo más que un inconveniente momentáneo o subsanable; y, en consecuencia, opinamos que, de acuerdo con el pensamiento de la ley y del respetable expositor que hemos citado, podemos llegar a estas conclusiones:

1^a—Que si un tercero demanda al hijo cuyo padre está ausente, debe pedir deprecatorio para la citación, como todo demandante cuyo demandado se halla en el mismo caso:

2^a—Que si el hijo, cuyo padre está ausente, quiere poner demanda, el juez no puede autorizarle ni darle curador, sin prueba suficiente de que la ausencia será larga y de que el asunto es urgente, como también de no existir ni ser fácil obtener oportunamente un poder del padre (sea por la distancia misma, sea porque el padre no quiere dar poder):

3^a—Que si se trata de enfermedad del padre, no cabe autorización judicial ni el nombramiento de curador *ad litem*, sino previa audiencia y reconocimiento del pa-

dre, o mediante otras pruebas capaces de dar al juez la certidumbre de que el padre **no puede**, en realidad, intervenir por sí mismo:

4^a—Que si el padre está verdaderamente imposibilitado de representar al hijo, no puede ser obligado a nombrar procurador; pero sí tiene el derecho de hacerlo, en ejercicio de la patria potestad.

Extraño y criticable es que el Código de Enjuiciamiento —que recordó de la mujer casada y le dedicó un juicio sumario especial para la autorización del juez— haya olvidado a los hijos de familia y demás incapaces. Creemos, por tanto, que el juez debe sustanciar prudentemente el asunto, en forma análoga, oyendo al Defensor de Menores y aun a los parientes; y contando precisamente con el padre, fuera del caso de la conclusión segunda. Entendiéndose que la prueba ha de versar, como enseña Borja en el pasaje transcrito, ya sobre la verdadera imposibilidad del padre, ya sobre la conveniencia de sostener el pleito, basada siquiera en una prudente probabilidad de éxito.

Ratificación.—Si el hijo de familia interviene, de hecho, en juicio, podrá el padre validar esas gestiones, ratificándolas? Respondemos que sí, por las mismas razones que nos indujeron a igual conclusión, al tratar de las personas sujetas a guarda, en la prop. 235.

§ 2º

241.—Excepciones:

1^a—Juicios criminales o de policía.— Intervención del padre.— 2^a—Litigios entre el hijo y el padre.— Oposición de intereses.

1^a—En los Arts. 252 y 253, que hemos estudiado, el Código declara al padre representante activo y pasivo del hijo de familia, en materia civil. En el siguiente trata de las cuestiones criminales, en estos términos, análogos a los que empleó respecto de la mujer casada:

“Art. 254.—No será necesaria la intervención paterna para proceder criminalmente contra el hijo; pero

"el padre estará obligado a suministrarle los auxilios que necesite para la defensa."

Al hablar de la mujer casada, dice el Código Civil en el Art. 130: "en las causas criminales o de policía"; y ahora no menciona expresamente las causas de policía; pero la razón de la ley es la misma, y tan evidente la analogía de los casos, que no puede dudarse de que en las causas de policía tienen también los hijos de familia la capacidad pasiva que el Art. 254 les reconoce para las criminales. Así piensa Bórja, comentando el Art. 260 chileno. Tomo IV, N° 243 (1).

Esta regla de la capacidad pasiva en asuntos criminales es de legislación universal (2). Sólo que en algunos Códigos se atiende a la edad del hijo. Así el Argentino dice: "Art. 286.—No es precisa la autorización del padre para estar en juicio, cuando el hijo de familia adulto, fuese demandado criminalmente, ni para las disposiciones de su última voluntad, ni cuando reconociere sus hijos naturales."

Nuestro Código no se fija en la edad, fundándose, tal vez, ora en que, si el individuo es capaz de delito, debe serlo también de defenderse de la acusación (3); ora en que el interés público de la averiguación y castigo de las infracciones exige se omitan fórmulas o solemnidades que puedan embarazar o dificultar el procedimiento (4); ora, en fin, en que el ministerio público, empeña-

(1) Dice así: "Si bien las causas de policía y las criminales son del todo diversas, y si bien hay discordancias entre los artículos concernientes a la mujer casada y al hijo de familia; juzgamos que pudiera enjuiciarse al hijo criminalmente y en asuntos de policía; pues en ambos casos militan unas mismas razones a saber, que la persecución de las faltas de policía o de los delitos y crímenes atañe al orden público, y que la voluntad del padre obstaría a que se castigue al hijo".

(2) "Si ninguno defierele al hijo de familia por causa de delito, se litiga con él", dice Juliano en la Ley 34, Título IV, Libro IX.

(3) López Moreno dice: "La capacidad en lo criminal es una consecuencia necesaria de la responsabilidad. Así es que todos los que pueden ser penados por la comisión de un delito, se consideran con capacidad suficiente para cuanto interese a su exculpación y defensa. A ellos deben hacerse cuantas notificaciones la ley prevé hacer a los procesados; tienen el derecho de nombrar procuradores que los representen y letrados que los defiendan."

(4) Bórja, en el párrafo transcrito.

do en el castigo del delincuente, debe esclarecer, con igual empeño, todas las circunstancias justificativas o atenuantes, a fin de que la pena corresponda estrictamente a la infracción.

Mas no es concluyente la primera razón; porque en el juicio criminal se trata precisamente de saber si el sindicado ha tenido o no capacidad criminal, en razón de su edad; y por lo mismo, hay petición de principio, al considerarle capaz de comparecer en juicio, en virtud de la misma capacidad criminal.

No la segunda, porque no puede causar grave embarazo o dificultad en el juicio criminal el mero hecho de la intervención del padre; y el juicio se retarda y dificulta mucho más, por causas que importan muchísimo menos al legítimo interés de la defensa y de la misma justicia social.

Tampoco es satisfactoria la tercera, porque, si tal debe ser la actitud y el empeño del ministerio público, eso no basta para que se le prive al sindicado de los medios más apropiados e indispensables para su defensa.

Consideramos, pues, preferible la regla argentina. Aun más, opinamos sería conveniente —aunque se complique un poco el juicio— que, en casos de esta clase, se cuente a la vez con el mismo sindicado y con su representante legal, a fin de que aquél esté asistido por éste en asunto tan grave y delicado.

Intervención del padre.—¿Y puede el padre presentarse como tal a representar al hijo?... Según nuestra ley, el hijo de familia tiene capacidad pasiva en asuntos penales o de policía. Pero si el padre se presenta y se muestra parte, se seguirá con él la causa, sin volver a contar con el hijo, sino para hacerle efectiva la pena, si el fallo resulta condenatorio?... Borja cree que sí, consecuente con lo que opinó en caso análogo respecto de la mujer casada. Dice así: "Si el padre se muestra parte en defensa del hijo en causas criminales o de policía, con él deberá contarse para la sustanciación del juicio. La regla general consiste en que el padre es siempre el representante legal del hijo de familia; sólo se exceptúan (1) los casos en que el padre no quiere o no pue-

(1) No está admitido este verbo por la Academia. Debió decirse *exceptúan*.

“de intervenir en el juicio criminal o de policía. Pero si “el padre comparece a nombre del hijo, se aplica aquella “regla, y no pudiera procederse sino con la intervención “del padre.” (Tomo IV, Pág. 340, N° 243).

Nosotros, consecuentes también con nuestra opinión relativa a la mujer casada, nos inclinamos en el sentido de que la **no necesidad** de la intervención del padre significa, no que este requisito se convierta en **facultativo**, sino que no tiene cabida, y que, de introducirlo en el juicio, sería ilegal. Creemos, pues, sin desconocer lo respetable de la opinión contraria, que, en este caso, el hijo de familia es, como la mujer casada, **legalmente capaz**; que, por tanto, ha de figurar en el juicio, por sí mismo o por medio de otra persona que, con su consentimiento y aprobación, le represente; sea el padre o un apoderado.

En asuntos civiles, el padre representa al hijo, aun sin conocimiento o contra la voluntad de éste. Esa voluntad nada significa. Trátase sólo del patrimonio del hijo; de ese patrimonio cuya administración y usufructo corresponde al padre, y para cuya administración es incapaz el hijo. En lo penal, el hijo es legalmente capaz de defenderse; está llamado por la ley a hacerlo por sí mismo; y como sobre él han de recaer directamente las consecuencias del juicio, debe intervenir personalmente o por medio de otra persona a quien él confíe la defensa. Esto es muy razonable.

Capacidad activa.—De la capacidad activa nada dice el Código Civil; y por lo mismo, deja al hijo de familia sujeto a su propia regla, la incapacidad jurídica. Si en los Arts. 8 y 11 del Código de Procedimiento Penal podemos encontrar una excepción de esa regla; o si cabe que, según estas disposiciones, el padre de familia y en general cualquier representante legal deduzca acción penal a nombre de su representado, investigaremos al ocuparnos en el estudio de aquella acción y en la interpretación y aplicación de los susodichos artículos, conforme a nuestro Programa de Derecho Práctico Penal.

2^a—Litigios entre el hijo y el padre.— Contraposición de intereses.

El Código Civil dice: "Art. 251.—Siempre que el hijo de familia tenga que litigar, como actor, contra su padre, le será necesario obtener la venia del juez; y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis."

No prevé el legislador el caso de que el hijo deba figurar como demandado. Quizá ha creído que no podría presentarse ese caso; pero, dado que se presentara, la venia no sería necesaria, pero sí el nombramiento de un curador *ad litem*.

Para la necesidad de este curador, no es indispensable que directamente proceda el hijo contra el padre o al contrario. Basta que el uno y el otro figuren en el juicio como partes diversas y cada uno por derechos propios. Surge entonces legalmente la **contraposición de intereses**, aun cuando haya acuerdo de voluntades; y en tal caso, el padre no puede representar al hijo, como no lo representara si celebrara con él un contrato.

Esto sucede muy frecuentemente en la práctica. Si se ejecuta una ejecución contra el padre, y se embarga una cosa del hijo. O, viceversa, se ejecuta al hijo, representado por el padre, y se embarga algo que es propio del padre. En cualquiera de estos casos se hace necesaria una **tercería excluyente**; y el tercerista es parte diversa del ejecutante y del ejecutado, con intereses opuestos, aun cuando, de hecho, el tercerista y el ejecutado se manifiesten convenidos o conformes; así como el demandante y el demandado son partes contrarias, aun en el caso de que el demandado confiese la justicia de la demanda.

Si en un juicio de sucesión alegan derechos propios y distintos, tanto el padre como el hijo, los dos son también partes diversas, y no puede el uno representar al otro.

En estos y en los demás casos análogos, debe el hijo ser representado por curador *ad litem*; y así lo ha resuelto nuestros tribunales.

Si en una partición figuran dos o más menores, cada uno debe tener curador *ad litem* aparte, a menos que exprofeso, se les deje indivisos entre sí.

Y la misma regla tiene que aplicarse al caso en que, siendo mayores los partícipes, quieran dos o más de ellos nombrar un solo procurador: no pueden hacerlo, sino para el efecto de quedar entre sí indivisos, formando un grupo común, o en virtud de algún otro arreglo que excluya la oposición de intereses.

Véase sobre todos estos puntos la prop. 254, y en Jurisp., los casos 6º, 18 y 19, en que explanamos este debatido asunto.

242.—Litigios concernientes al peculio profesional o industrial.— Juicios mercantiles.

El Código Civil dice: "El hijo de familia se mirará como emancipado, para la administración y goce de su "peculio profesional o industrial."

Esto no obstante, creemos que no puede el hijo parecer en juicio, en asuntos relativos a su peculio profesional o industrial, sino representado por el padre, como en cualquier otro asunto: 1º Porque, al tratar el Código de la patria potestad, considera como cosas distintas el usufructo, la administración y la representación judicial; para las dos primeras, le mira al hijo como emancipado, en orden a dicho peculio; y respecto de la tercera, nada dice;— 2º Porque, por el contrario, al tratar de la comparecencia en juicio, refiérese el Código a todos los asuntos civiles del hijo, sin hacer excepción alguna;— y 3º Porque el Código de Enjuiciamiento, dispone también, en general y sin exceptuar caso alguno, que todo hijo que está bajo patria potestad, ha de figurar en juicio representado por su padre.

Y no se diga que en lo relativo a su peculio profesional, el hijo no está bajo la patria potestad, según el Art. 240 del Código Civil; porque este artículo no le declara emancipado, de un modo absoluto, sino simplemente dispone se le tenga como tal, en orden a la administración y goce. Ese mismo artículo le llama hijo de familia; y el estado civil es indivisible y absoluto, de manera que no cabe que para unas cosas exista y para otras no. Y si ese carácter tiene el hijo, queda comprendido en la regla del Art. 40 del Código de Enjuiciamiento, y sujeto a la representación paterna.

Así como la mujer no puede ser casada para unas cosas y soltera para otras, tampoco el hijo de familia puede ser tal, respecto de ciertos bienes, y emancipado para otros. Por el contrario, mientras no se encuentre en alguno de los casos de emancipación legal, voluntaria o judicial, taxativamente determinados en el Título 3º del Libro 1º, conserva su estado civil de hijo de familia y está sujeto a todas las limitaciones inherentes a ese estado, a menos que la misma ley le haga alguna expresa excepción.

También estamos de acuerdo en este punto con el Dr. Borja (Tomo IV, N° 234, Pág. 335).

Juicios mercantiles.—El Código de Comercio, que en los Arts. 9 y 10, permite al menor emancipado ejercer el comercio o ejecutar eventualmente actos de comercio, con autorización del curador, y le faculta expresamente para comparecer en juicio, no dice respecto del hijo de familia sino lo siguiente:

“Art. 11.—Cuando los hijos de familia y los menores que administran su peculio profesional, en virtud de la autorización que les confieren los Arts. 240 y 428 del Código Civil, ejecutaren algún acto de comercio, quedarán obligados hasta concurrencia de su peculio, y sometidos a las leyes de comercio.”

Síguese, por tanto, que, en orden a la comparecencia en juicio, no hay excepción alguna en favor del hijo de familia que necesita proponer o contestar una demanda mercantil. No hay diferencia entre estos asuntos y los demás que conciernan al peculio profesional industrial; y así en los unos como en los otros, necesita el hijo la representación paterna para figurar en juicio.

La notable diferencia entre el menor emancipado y el hijo de familia depende, quizá, de que aquél puede muy bien no contar con otros medios de subsistencia que su industria o trabajo; mientras que el hijo de familia vive bajo la sombra y protección del padre; y si ejerce el comercio, es, de ordinario, como mero agente y bajo la dirección y responsabilidad del padre.

243.—Habilitación de edad.

Esta institución, ocasionada a inconvenientes y dificultades, consta en el Código Chileno y en otros, pero no en el nuestro. Nosotros tenemos sólo la emancipación voluntaria, que si bien pone fin a la patria potestad, deja al hijo bajo curaduría, y, por lo mismo, en la condición general de los pupilos. Nada de particular tenemos, por tanto, que decir a este respecto.

244.—La venia judicial.

Esta antigua institución del Derecho Romano y las Partidas, basada en consideraciones de respeto y reverencia, y admitida también en nuestro Código y en algunos otros modernos, como el Argentino (Art. 285), no es sino una fórmula de significación puramente moral y sin efectos jurídicos (1).

Pero aún en esta materia tenemos discrepancia entre el Código sustantivo y el adjetivo. El primero dice: "Art. 251.—Siempre que el hijo de familia tenga que litigar, como actor, contra su padre, le será necesario obtener la venia del juez; y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis."

Y el segundo: "Art. 41.—Cuando el hijo demande al padre o a la madre, en la misma demanda pedirá venia al juez, quien le concederá en el primer decreto que solicite."

Resultan, por tanto, estas diferencias:

1ª—Según el Código Civil, debe pedir la venia el hijo de familia; según el de Enjuiciamiento, todo hijo que demande al padre o la madre, aunque sea ilegítimo o mayor de edad:

(1) Escriche dice: "Venia.—El permiso que tienen que pedir al juez los descendientes que van a litigar con sus ascendientes, el yerno con el suegro, el discípulo con el maestro, el entenado con la maestra, el ahijado con el padrino de bautismo, el parroquiano con el párroco, el liberto con su patrono; y el súbdito con el señor de quién es vasallo; esta venia se pide en la misma demanda, y viene a ser una mera fórmula".—Ley 3ª, Tít. II, Part 3, pág. 1603.

2^a—Según el Código Civil, debe pedirse la venia antes de la demanda, como requisito previo; según el de Enjuiciamiento, puede hacerse la petición en la misma demanda.

Cuanto a la primera diferencia, nos parece justa la ampliación hecha por el Código adjetivo; porque la necesidad de la venia se funda, no tanto en las relaciones de carácter puramente jurídico, que constituyen lo que técnicamente llama nuestro Código patria potestad, cuanto en las naturales de la potestad paterna, es decir, de aquellas que, producidas por el hecho mismo de la paternidad, son reconocidas y sancionadas por la ley civil. La venia es, en una palabra, un corolario de lo que, prescrito por el Código en los Arts. 212 y 213, respecto de los hijos legítimos, se extiende a los naturales en el Art. 273.

La segunda diferencia nos sugiere otra distinción. Si el hijo que va a demandar al padre está bajo patria potestad, debe pedir la venia antes de la demanda, conforme al Código Civil, a fin de que el juez le conceda el curador *ad litem*, y sea éste el que proponga la demanda. Acto tan trascendental decisivo, no puede dejarse de ningún modo a cargo del mismo incapaz.

Si el hijo es legalmente capaz, y, por lo mismo, no necesita curador *ad litem*, podrá pedir la venia en la demanda, de acuerdo con el Código de Enjuiciamiento.

En todo caso el juez no puede negar la venia, ni debe examinar, para otorgarla, la justicia y necesidad de la demanda. Por esto decimos que es una mera fórmula de atención y cortesía.

245.—Si el hijo de familia tiene curador adjunto, le representa el padre o guardador? ...

El curador adjunto es verdadero guardador, con administración separada e independiente de los respectivos padres, maridos o guardadores (Arts. 334 y 482 del Código Civil), y con las mismas facultades de los tutores, entre las cuales la ley menciona, en primer término, la representación judicial y extrajudicial (Arts. 380 y 481).

Síguese, por tanto, que el hijo de familia, en el caso de que tratamos, está, a la vez, ya bajo la patria potestad, ya en curaduría; es decir, está comprendido en el número segundo del Art. 39 y en el Art. 40. En consecuencia, para los asuntos de la curaduría, su representante legal será el curador, y para todo lo demás, el padre.

Las razones que nos indujeron a la misma conclusión respecto del incapaz que, teniendo curador general, tiene también curador adjunto, son plenamente aplicables al caso actual (Prop. 238).

Los Art. 241, 242, 245, 246, 259, 338, 344 y 346 prevén varios casos en que puede darse curador adjunto a los hijos que están bajo patria potestad, y en que, por lo mismo, podrá tener aplicación práctica la proposición que acabamos de estudiar.

LECCION IV

§ 1º

PERSONAS JURIDICAS

246.—Su naturaleza.— Forma de comparecencia en juicio.— Personas jurídicas convencionales: sociedades civiles y mercantiles.— Disposiciones sustantivas y adjetivas concernientes.

Las personas jurídicas no pueden comparecer en juicio sino por medio de sus representantes; pero no por razón de incapacidad legal, sino por su misma naturaleza y organización. Son entidades colectivas o seres de existencia ideal, como acertadamente las llama el Código Argentino (Art. 31), de acuerdo con su principal modelo, el proyecto de Freitas para el Código del Brasil. Personas ficticias, como dice nuestro Código, "distintas de cada uno de los miembros que la componen, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de

ser representadas judicial y extrajudicialmente" (Art. 534).

Por tanto, no cabe que figuren en juicio ni ejerzan ninguna función, sino por medio del órgano respectivo, establecido de conformidad con su constitución o sus estatutos.

El Código Civil las menciona entre las personas relativamente incapaces para los actos o declaraciones de voluntad (Art. 1437), en consideración a que, para la validez de algunos de tales actos, deben llenar ciertas solemnidades o requisitos especiales, como permisos o autorizaciones, publicaciones previas, etc.

El órgano de representación de las corporaciones y personas jurídicas de Derecho público, se determina ordinariamente por la misma ley o decreto que las establece; y en las de derecho privado, por sus estatutos o reglamentos.

Las principales disposiciones sustantivas relacionadas con este punto de la representación judicial, son las siguientes:

"Código Civil, Art. 38.—Son representantes legales de una persona el padre o el marido bajo cuya potestad vive, su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas los designados en el Art. 540.

"Art. 534.—Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

"Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

"Art. 540.—Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación, han conferido este carácter."

En cuanto a las personas jurídicas convencionales —llamaremos así a las sociedades— tenemos lo siguiente:

"Art. 2040.—Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.

"La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.

“Art. 2058.—La administración de la sociedad colectiva puede confiarse a uno o más de los socios, sea por el contrato de sociedad, sea por acto posterior unánimemente acordado.

“En el primer caso las facultades administrativas del socio o socios forman parte de las condiciones esenciales de la sociedad, a menos de expresarse otra cosa en el mismo contrato.

“Art. 2064.—El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato; y en lo que éste callare, se entenderá que no le es permitido contraer, a nombre de la sociedad, otras obligaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ella.

“Art. 2068.—No habiéndose conferido la administración a uno o más de los consocios, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros poder de administrar con las facultades expresadas en los artículos precedentes, sin perjuicio de las reglas que siguen . . .”.

Nada, absolutamente, se dice de la representación judicial, en este Título del Código; pero indudablemente se la comprende en las funciones administrativas ordinarias, pues, como ya hemos observado, el Código no tiene un criterio uniforme a este respecto.

En materia mercantil, esto es, en el Código de Comercio, tenemos las siguientes disposiciones pertinentes al mismo asunto:

“Art. 262.—Hay tres especies de compañías de comercio; a saber:

“La compañía en nombre colectivo;

“La compañía en comandita, simple o dividida por acciones; y

“La compañía anónima.

“Estas tres especies de compañías constituyen personas jurídicas.

“La ley reconoce, además, la compañía accidental o cuentas en participación.

“Art. 269.—Todos los socios de la compañía en nombre colectivo estarán sujetos a responsabilidad solidaria por todos los actos que ejecutaren ellos o cualquiera de ellos bajo la razón social, siempre que el que

“los ejecutare estuviere autorizado para obrar por la
“compañía.

“Si en el acto constitutivo de la compañía sólo uno o
“algunos de los socios han sido autorizados para obrar y
“firmar por ella, sólo la firma y los actos de éstos, bajo
“la razón social, obligan a la compañía. Todo socio, cuyo
“nombre está incluido en la razón social, estará autoriza-
“do para tratar por la compañía y obligarla.

“A falta de disposición especial en el contrato social,
“se entiende que todos los socios tienen la facultad de
“obrar y firmar por la compañía.

“Art. 285.—La compañía anónima no tiene razón
“social, ni se designa por el nombre de ninguno de sus
“socios sino por el objeto para que se forma.

“Art. 286.—Se administra por mandatarios amovi-
“bles, socios o no socios, por estipendio o gratuitamente.

“Estos administradores no responden sino de la eje-
“cución del mandato y de las obligaciones que la ley les
“impone especialmente; y no contraen por razón de su
“administración ninguna obligación personal por los ne-
“gocios de la compañía.

“Art. 346.—Concluída o disuelta la compañía, los
“administradores no pueden hacer nuevas operaciones,
“quedando limitadas sus facultades, mientras se prevé
“a la liquidación, a cobrar los créditos de la compañía,
“a extinguir las obligaciones anteriores contraídas y a
“realizar las operaciones que se hallen pendientes.

“Art. 350.—La compañía en liquidación, ya sea de-
“mandante, ya sea demandada, será representada en jui-
“cio por los liquidadores”.

Esta última es la única disposición en que el Código
habla expresamente de la representación judicial; pero
jamás se ha dudado de que tal representación es una de
las más naturales funciones de los gerentes o adminis-
tradores de las sociedades, a menos que expresamente
se establezca otra cosa en los estatutos.

Sucede, sí, que, ya por descuido o algún incidente,
ya de caso pensado, las personas jurídicas privadas no
designan su representante, o hacen de modo que el públi-
co no pueda conocerlo fácilmente ni entenderse con él. De
esta manera, esas sociedades que, para realizar negocios
y hacer efectivos sus derechos, tienen expeditos todos

Los medios legales, cuentan, por otra parte, con una puerta de escape para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y burlar sus responsabilidades.

Casos graves y hasta escandalosos se vieron en la práctica, tratándose de ciertas sociedades extranjeras o domiciliadas intencionalmente en país extranjero; y esto nos sugirió la idea de proponer a la Legislatura de 1909 el proyecto reformativo que, admitido por ella, y promulgado el 18 de noviembre del mismo año, dice lo siguiente:

“Art. 1º—Toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador, deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas.

“Art. 2º—Si omitiere este deber, las acciones podrán proponerse contra las personas que ejecutaren los hechos o tuviesen las cosas a que la demanda se refiera; las cuales serán personalmente responsables.

“Art. 3º—Las personas mencionadas en el artículo precedente deberán, propuesta la demanda, comprobar la existencia del apoderado o representante de que trata el Art. 1º, y si no produjeren esa prueba, contiuará con ellos el juicio.

“Art. 4º—Las compañías u otras personas jurídicas que contrajeren en el Ecuador obligaciones que deban cumplirse en la República y no tuvieren quien las presente, podrán ser consideradas como el deudor que se oculta y representadas por un curador dativo, conforme al Art. 463 del Código Civil.

“Art. 5º—Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de Compañías u otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables:

“1º—Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar;

“2º—Los que obtuviesen provecho, hasta lo que valga éste; y

“3º—Los tenedores de las cosas, para el efecto de la restitución de ellas”.

Para dar más eficacia a esta ley, se agregó, el año 1911, la siguiente disposición, que debe colocarse después del Art. 5º.

“Art. ... Las reclamaciones contra las compañías, por daños y perjuicios, se ventilarán en juicio verbal “sumario, y el fallo no será apelable, sino en el efecto “devolutivo”.

Con respecto a la representación judicial, conviene se aumente a la ley la regla de que, tanto la designación del representante, como la oficina de la compañía en donde aquél pueda ser citado, se comuniquen al Poder Ejecutivo y a la Corte Suprema, y se publiquen en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial, para que sean fácilmente conocidos, y pueda tenerse como cumplido lo dispuesto en el Art. 1º.

§ 2º

RELIGIOSOS PROFESOS

247.—Reglas sustantivas sobre su capacidad.— ¿Subsisten aún la muerte civil y la incapacidad relativa instituídas por el Código Civil?... Reglas adjetivas.

En la época actual y en el estado a que han llegado nuestras instituciones jurídicas, es una gran anomalía que debemos considerar como hecho determinante de incapacidad legal la **profesión religiosa**, es decir, un acto que, ante la ley, es de carácter esencialmente privado y atañe exclusivamente a la conciencia del individuo.

En el Código Civil existe todavía, por lo menos, de hecho o materialmente, la **muerte civil**, producida por aquella causa, esto es, por la profesión religiosa en ciertos institutos monásticos; y existe, asimismo, la **incapacidad relativa** de los religiosos para los actos y declaraciones de la voluntad. Es en esto nuestro Código Civil el único en el mundo, absolutamente el único, (1) una ver-

(1) Al decir nuestro Código, nos referimos a la vez, al Chileno, que es la misma cosa.

dadera aberración ante la ciencia jurídica en que se inspiran las modernas legislaciones, pues aun en los países en que se reconoce como religión oficial del Estado la Católica, no subsisten ya la muerte civil ni la incapacidad de los religiosos; y, así en el campo de la doctrina, como en el de la legislación positiva, se considera que el derecho de propiedad, en abstracto y sin relación a un objeto determinado, es legalmente irrenunciable, como el de libertad y el de vida.

Dijimos de **hecho o materialmente**, porque las tales instituciones no han sido todavía borradas del Código Civil; pero si nos fijamos en el tenor mismo de las disposiciones de dicho Código y en su relación y armonía con la Constitución vigente y con otras leyes de nuestro actual derecho público, no podremos menos que reconocer que están tácitamente derogadas y abolidas. Ocupémonos brevemente en este importante punto.

Con respecto a la muerte civil, el Código dice:

"Art. 92.—Termina también la personalidad, relativamente a los derechos de propiedad, **por muerte civil, que es la profesión solemne hecha conforme a las leyes, en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica.**"

Ahora bien, conforme a qué leyes ni a qué solemnidades puede hacerse actualmente una profesión religiosa?... Mientras la Religión Católica era la oficial en la Nación ecuatoriana, y las prescripciones canónicas se acataban como verdaderas leyes de la República, una profesión hecha conforme a dichas prescripciones y con las solemnidades establecidas por el Derecho Canónico, podía decirse y se decía **profesión solemne hecha conforme a las leyes** (1). Mas, bajo el régimen de nuestra

(1) Comentando el Art. 97 del Código Chileno, al cual corresponde el 92 nuestro, dice Borja: "Según el artículo que comentamos, para que haya muerte civil se requiere profesión solemne ejecutada, conforme a las leyes, en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica.

"La profesión es solemne cuando, observándose los cánones, el religioso hace votos perpetuos de pobreza, obediencia y castidad.

"Los votos simples no acarrearán, pues, muerte civil.

"El religioso no pierde sino los derechos de propiedad en toda su extensión; porque no puede ser heredero, ni adquirir, a otro título, ninguno de los demás derechos reales. Pero la ley le concede alimentos".

actual Constitución atea, no tenemos ni podemos tener leyes de ninguna clase que prescriban solemnidades para la profesión religiosa, ni de cuya observancia dependa la legalidad y eficacia jurídica de la dicha profesión.

Ahora un religioso profeso no difiere legalmente de un ciudadano cualquiera que se encierra en casa propia o ajena, con el propósito de no salir de ella ni casarse ni tener bienes. Ese propósito —por más que vaya apoyado en un voto— cae, ante el fuero externo, dentro de la esfera de la libertad individual; y no surte efecto alguno jurídico.

Como hacen los religiosos voto solemne de pobreza, que es el que sirve de fundamento a la llamada muerte civil, hacen también voto solemne de castidad. En virtud de este voto, les es canónicamente prohibido el matrimonio; y si de hecho lo celebran, es canónicamente nulo. Mas, ante la ley civil, el voto religioso de castidad no es impedimento para el matrimonio, ni produce ningún efecto; bien así como el voto de obediencia y clausura tampoco es impedimento legal para que cualquier religioso pueda separarse de su convento y de la subordinación a las reglas de su orden.

Evidentísimo, pues, que la Constitución ha dejado abolida la muerte civil, sin necesidad de que el legislador lo declare expresamente.

Decía nuestro Código **profesión solemne**, porque los votos constitutivos de la profesión religiosa se dividen, según el Derecho Canónico, en **simples y solemnes**; y los primeros no impiden a los religiosos, ni aun dentro de las mismas reglas canónicas, adquirir bienes, poseerlos y disponer de ellos.

Las instituciones religiosas modernas establecen, por lo general, sólo votos simples; y así la muerte civil de nuestro Código estaba reservada únicamente para los religiosos de algunas de las órdenes antiguas, y se hacía preciso investigar la naturaleza de las respectivas reglas monásticas, para decidir tan grave e importante cuestión civil.

Incapacidad relativa.—Al tratar de los actos y declaraciones de la voluntad, el Código comprende entre las personas **relativamente incapaces a los religiosos** (Art. 1437), sin distinguir entre los que han muerto ci-

vilmente —que, por lo mismo, no pueden intervenir en ningún acto o declaración de voluntad— y los que, habiendo hecho sólo votos simples, conservan el derecho de propiedad.

Llama **incapacidad relativa** la de éstas y otras personas, porque —dice— sus actos pueden surtir efectos en ciertas condiciones y con los requisitos correspondientes. Pero en ningún lugar dice el Código qué requisitos deben llenar los religiosos para que sus actos sean válidos, y, sin duda, se refiere, aun en esto, a lo que las disposiciones canónicas o las reglas de la respectiva orden establezcan al respecto.

En la ley adjetiva colocóse, desde el año 69, el capítulo destinado a reglar la capacidad jurídica de parecer en juicio; y bajo el régimen legal de entonces, creyó el legislador necesario ocuparse también en los religiosos; y nos puso las reglas que, con ligera modificación, subsisten hasta ahora, haciendo distinciones entre religiosos profesos y no profesos, entre religiosos demandantes y religiosos demandados, y entre superior y súbditos de las órdenes religiosas. Todo lo cual debe ser eliminado del Código.

Lo que no distingue es si el religioso ha hecho votos solemnes o simples, y sí, en consecuencia, ha muerto o no civilmente.

La muerte civil no privaba, según el Código Civil, del derecho de demandar alimentos (Art. 315), ni del de reclamar, en ciertos casos, una renta vitalicia (Art. 2261); y, ya por esto, ya por otras causas, podía caber perfectamente que una persona civilmente muerta, propusiese demanda civil.

§ 3º.

FALLIDOS Y QUEBRADOS.—CONCURSO.—QUIEBRA

248.—Incapacidad legal de los insolventes y quebrados.— Representación de ellos, del concurso y la quiebra.

Al terminar la enumeración de las personas incapaces para los actos y declaraciones de la voluntad, dice el

Art. 1437 del Código Civil: "Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos."

Después al tratar del pago por cesión de bienes o por acción ejecutiva del acreedor o acreedores, añade: "Art. 1609.—La cesión de bienes surte los efectos siguientes:

"....."

"La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos."

Por fin, en el Título de la prelación de créditos:

"Art. 2449.—Son nulos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores."

Dados estos antecedentes de la ley sustantiva civil, así como las prescripciones especiales a que, según la mercantil, están sujetos los comerciantes, establecióse en el Código de Procedimiento el juicio de concurso, y en el de Comercio, el de quiebra.

El concurso de acreedores es una institución que tiene por objeto la reunión de los acreedores de un individuo que está en dificultad de pagarles, para que, haciéndose cargo de los bienes del deudor, los realicen y con el producto, se paguen, en el orden y proporción a que respectivamente tengan derecho, según la cuantía y calidad de sus créditos.

El concurso es voluntario, cuando el deudor hace cesión de bienes a sus acreedores, según el Código Civil, y necesario, cuando lo provocan los mismos acreedores, en los casos determinados por la ley.

El deudor en concurso se denomina fallido; y la situación jurídica en que se encuentra, insolvencia.

Si el fallido es comerciante, esa situación, que se deriva, según la ley, de la cesación en el cumplimiento de las obligaciones, se denomina quiebra; y el juicio de concurso seguido a un comerciante, juicio de quiebra.

Con respecto a la capacidad legal del fallido, tenemos en el juicio de concurso esta disposición legal, que

no es sino una lógica consecuencia de los antecedentes en que dicho juicio se basa:

“Art. 598.—Por el hecho de declararse formado el concurso, queda el fallido inhabilitado para la administración de todos sus bienes, para disponer de ellos, y para contraer, sobre los mismos, nuevas obligaciones. Dicha administración pasa de derecho a la masa de acreedores, representada por el síndico, con quien se seguirá todo juicio civil relativo a los bienes del fallido; sin perjuicio de que sea oído, cuando el juez o tribunal lo crean conveniente.

“Pero el fallido puede ejercer, por sí mismo, todas las acciones que se refieran exclusivamente a su persona, o que tengan por objeto derechos inherentes a ella.”

Y en el Código de Comercio, las siguientes reglas análogas: “Art. 950.—Por el hecho de ser declarado un comerciante en estado de quiebra, queda inhabilitado para la administración de todos sus bienes, para disponer de ellos y para contraer sobre ellos nuevas obligaciones. . . —Art. 951.—La administración de que es privado el fallido pasa de derecho a la masa de acreedores, representada por los síndicos. Con éstos se seguirá todo juicio civil relativo a los bienes del fallido, sin perjuicio de que éste sea oído, cuando el juez o tribunal lo creyeren conveniente.

“Pero el fallido puede ejercer por sí mismo todas las acciones que exclusivamente se refieran a su persona, o que tengan por objeto derechos inherentes a ella.”

Lo que debe entenderse por acciones que se refieren exclusivamente a la persona del fallido o por derechos inherentes a ella, estudiaremos al ocuparnos en ese importante punto del juicio de concurso. Por ahora, bástanos tener en cuenta que la inhabilidad del fallido, comerciante o nó, establecida por las reglas legales, constituye una verdadera incapacidad de comparecer en juicio, y que atento el tenor literal, tanto de la regla civil como de la mercantil, ella se extiende a lo relativo a todos los bienes del fallido, sin distinguir entre cedidos y no cedidos, ni entre adquiridos antes o después de la declaración de insolvencia o quiebra. V. Jurisp., caso 16.

El Síndico.—Si en virtud del concurso o la quiebra, la administración de los bienes del fallido pasa a la masa

de acreedores representada por el síndico, síguese que el síndico, representante de la masa de acreedores, lo es al propio tiempo, del fallido, cuyos derechos ejerce aquella. En ese carácter, es decir, representando, a la vez, al fallido y los acreedores, el síndico recauda los bienes que, pertenecientes al deudor, están en poder de terceros, y defiende los que, estando en poder de la masa, son reclamados por terceros.

Otras veces el síndico representa a los acreedores contra el fallido o contra el fallido y terceros; como cuando se trata de la calificación de la insolvencia o quiebra, o de la rescisión de los contratos fraudulentos hechos por el deudor para ocultar sus bienes o hacerlos desaparecer.

En las contiendas entre los acreedores sobre la cuantía y preferencia de los créditos, cada uno de ellos representa sus respectivos derechos; y la gestión del síndico es meramente informativa y encaminada al esclarecimiento de la verdad.

De todo esto trataremos detenidamente en el lugar respectivo.

§ 4º

REPRESENTACION JUDICIAL DE LA HERENCIA

249.—Sistema de la ley sustantiva.— Delación de la herencia.—Plazo para demandar a los herederos.—Notificación de los títulos.— Término para deliberar.— Medidas conservativas.— Curador de la herencia.— Aceptación.— Repudiación.— Silencio de los herederos.— Reforma del año 1879.— Regla del Código de Enjuiciamiento.

La muerte es un fenómeno físico al cual la ley atribuye el efecto jurídico de traspasar a otras personas los derechos y obligaciones del difunto; y ese traspaso crea, a veces, situaciones complicadas y difíciles, respecto de por quien o contra quien han de hacerse efectivos judicialmente aquellos derechos y obligaciones, ora haya so-

brevemente la muerte antes, ora después de comenzado el litigio.

Según el Código Civil, Art. 947, la herencia se defiere al heredero en el momento de la muerte del causante; y se llama **delación** de una asignación "el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla". Pero el heredero no adquiere la calidad de tal, sino en virtud de su aceptación; y para expresar si acepta o repudia la herencia, tiene el término de cuarenta días, prorrogable, por causas graves, hasta por un año. Art. 1222.

De acuerdo con estos antecedentes, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 47 del Código de Enjuiciamiento, el que necesita litigar con la sucesión, debe tener en cuenta las reglas siguientes:

1^a—En los ocho primeros días después de la muerte, no puede deducirse demanda alguna contra los herederos, aunque éstos hayan aceptado la herencia. Arts. 1367 del Código Civil y 47 del de Enjuiciamiento;

2^a—Pasados los ocho días, si los herederos han aceptado la herencia, puede intentarse contra ellos la demanda;

3^a—Si no consta la aceptación, y no han pasado aún quince días desde la apertura de la sucesión, debe el interesado en demandar a los herederos, limitarse a solicitar al juez les prevenga expresen si aceptan o repudian la herencia, dentro del término del susodicho Art. 1222.

4^a—Pasados quince días desde la apertura de la sucesión, si los herederos no han aceptado, puede pedirse al juez declare yacente la herencia y nombre un curador que la represente en el juicio. Art. 1230 del Código Civil.

5^a—Nombrado el curador, podrá proponerse contra él la demanda y continuarla válidamente, hasta que, aceptada la herencia, se presenten los herederos. Art. 480 inciso 2^o y 1230 del Código Civil;

6^a—Si alguno de los herederos acepta, y los otros gozan todavía del término de deliberar, cesa la curaduría, y el aceptante representa a la sucesión con las mismas facultades del curador de la herencia yacente. Art. 1230;

7^a—Si ha expirado el término de deliberar, se entiende que los no aceptantes repudian la herencia; y los aceptantes continúan en el juicio como únicos herederos;

8ª—Si ninguno acepta, puede notificarse para la aceptación a los llamados en segundo grado; pero los juicios continúan con el curador de la herencia;

9ª—El fallo pronunciado contra el curador, o contra el heredero aceptante, en el caso de la regla sexta, tiene fuerza de cosa juzgada contra la herencia, y, por ende, contra los herederos que después acepten.

Si, omitiéndose aquellos trámites —que deben practicarse ante el juez de la apertura de la sucesión— se cuenta directamente con determinados herederos y no con otros que han aceptado también la herencia, el fallo no surte efecto alguno respecto de éstos;

10ª—Los herederos, mientras gozan del plazo para deliberar, tienen derecho de implorar medidas conservativas. En uso de ese derecho, pueden aun presentarse en la litis que se siga con el curador y solicitar las diligencias que juzguen convenientes, sin perjuicio de que continúe interviniendo el curador, mientras ellos no expresen su aceptación.

La aplicación de estas reglas puede tropezar, en el orden práctico, con dificultades provenientes de la deficiencia de nuestras leyes y de la naturaleza misma de los hechos. Nuestro Código adjetivo trata, separada y aisladamente, de la apertura de testamentos, del inventario, de la partición, de la posesión efectiva, etc. sin preocuparse de regular, unida y armónicamente, todo lo relativo a la sucesión por causa de muerte, ni de prever los diferentes casos y situaciones que, conforme al Código Civil, pueden presentarse. La aceptación de una herencia, por ejemplo, puede efectuarse en cualquier lugar, sin solemnidad alguna y aun de un modo meramente tácito. ¿Cómo, pues, comprobar en un caso práctico que ningún heredero ha aceptado la herencia, para que pueda procederse al nombramiento del curador? ...

Cuando estudiemos los juicios relacionados con la sucesión por causa de muerte, nos ocuparemos más ampliamente en este punto. Véase también la prop. 257.

Notificación de los títulos.—El Código Civil decía en el Art. 1367:

“Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pa-

sados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos".

El de Enjuiciamiento del año 1869 —lo mismo que las leyes de procedimiento anteriores— guardaban silencio a este respecto. Mas en el de 1879 se agregó a la sección del Actor y del Demandado el artículo que ahora tenemos con el N^o 47, pero con este inciso más, que se eliminó después de hecha la nueva edición del Código Civil: "Queda reformado el Art. 1367 del Código Civil".

En esta virtud, cuando la Corte Suprema hizo la última edición del Código Civil, en cumplimiento del Decreto Legislativo de 1887, corrigió el Art. 1367, poniendo "dentro de los ocho días subsiguientes al de la muerte de la persona a quien han sucedido", en vez de "pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos".

El principio de que los títulos ejecutivos contra el difunto lo son también contra los herederos, pertenece propiamente al derecho adjetivo.

250.—Aplicación de la doctrina a las cuestiones pendientes cuando fallece el demandante o el demandado.

Si la muerte sobreviene al actor después de propuesta la demanda, o al reo después de citado, la causa continúa con los herederos; y para contar con ellos, caso de no haber apoderado en el juicio, deben observarse las mismas reglas: espera de los ocho días; término de deliberar; curador de la herencia, etc.

Nuestro Legislador no se ha preocupado de estos casos, muy ocasionados a complicaciones y dificultades graves. Ante todo, ocurre preguntar: es deber de los herederos comparecer, *motu proprio*, en el juicio trabado con su causante y señalar habitación para las citaciones posteriores, so pena de ser declarados rebeldes o de que se siga dejándoles boletas en la habitación designada por su antecesor? . . . O es deber del juez o de la parte contraria indagar quiénes son esos herederos y dónde existen, para hacerles citar en persona o por tres boletas, si están presentes en el lugar del juicio, o por comisión o deprecatorio, en el respectivo caso, cual si se tratara de trabar nuevamente la litis con ellos? . . .

Esto último es lo que en la práctica se ha creído y observado: los jueces y tribunales mandan siempre que la parte sobreviviente compruebe la muerte de su contrincante, y averigüe e indique quiénes son los herederos y dónde residen, para que se cuente con ellos. Mas, de ser esto legal, puede acontecer, o bien que la parte sobreviviente ignore y no pueda descubrir aquellos particulares, o bien que, por equivocación (1) o de caso pensado, no designe a los verdaderos herederos o prescinda de alguno o algunos de ellos. En la primera hipótesis, el proceso se suspende indefinidamente; y eso puede ser muy perjudicial. En la segunda, el fallo no puede surtir efecto alguno legal respecto de los herederos no citados. Mas la demanda que el mismo causante propuso, si fue actor, o la citación que se le hizo, si demandado, y la contestación que dió, etc., le dejaron jurídicamente ligado a la parte contraria y sometido a los resultados del litigio; y ese vínculo jurídico, derivado de la esencia misma del juicio, y explicado por los jurisconsultos mediante la teoría del **cuasi contrato judicial**, que después estudiaremos, no termina por la muerte de una de las partes, y pasa a los herederos, del mismo modo que todos los demás derechos y obligaciones del antecesor.

¿Qué hacer entonces? Lo estrictamente jurídico parece reponer la causa al estado en que se encontraba al tiempo de la muerte, y continuarla otra vez con los verdaderos herederos, con la expectativa de que, si tampoco éstos lo son legítimamente, pueda venir una segunda reposición, para continuar la causa por tercera vez; y así sucesivamente.

Pero si el proceso pasó ya por todas las instancias, con los presuntos o supuestos herederos; si fue hasta la Corte Suprema; si la sentencia se ejecutó, etc. ¿Quién ni cómo declara esa nulidad ni manda la reposición, dentro del mecanismo de nuestras instituciones jurídicas?... Ese expediente ya archivado en la escribanía, en el cor-

(1) Equivocación muy fácil y muy explicable en los casos de aparecer un testamento que no se lo conocía, o de anularse el testamento que pasaba por válido, o de presentarse parientes de grado más próximo, en la sucesión intestada, o legitimarios antes ignorados, etc.

cepto de concluído, deberá volver a la Corte Superior o a la Suprema, para que se dicte nuevo fallo, si la muerte sobrevino durante la segunda o tercera instancia?...

¿Deberá, acaso, considerarse que ese proceso está efectivamente fenecido, como si el cuasicontrato judicial susodicho hubiera tenido lugar, no con el causante o antecesor, sino con los mismós falsos herederos que continuaron el juicio, de manera que la parte contraria pueda seguir un nuevo juicio con los nuevos herederos, sin que le aproveche ni le perjudique la demanda propuesta o las excepciones deducidas por su causante?...

Meditando sobre todo esto, que puede producir en la práctica complicaciones y embrollos, nos hemos inclinado a la conveniencia de establecer, para el caso de que tratamos, la citación por la imprenta y por carteles (como la de las personas inciertas) a todos los herederos conocidos o desconocidos, como si dijéramos a la sucesión misma, a fin de que los trámites posteriores del juicio y el fallo definitivo surtan efectos legales respecto de todos los herederos, ora comparezcan o no en la causa. Los edictos deberían fijarse en el lugar del juicio y en el de la apertura de la sucesión, con un término razonable para la comparecencia de los herederos.

Al ocuparnos en esa forma especial de citación y en el comentario del Art. 112, volveremos a tratar de este importante asunto.

Debemos, sí, observar que ni aun por este medio se obvian todas las dificultades; porque puede suceder que, por ignorarse el hecho mismo de la muerte de uno de los litigantes, o bien el lugar de su último domicilio en el Ecuador, para saber donde se abrió la sucesión, el juicio se continúe y termine y la sentencia se ejecuta como si no hubiese ocurrido ese fallecimiento, o con edictos fijados en lugar diverso de la apertura de la sucesión. ¿Volveríamos entonces a la necesidad de la reposición de la causa al estado en que estuvo al tiempo de la muerte?...

Para evitar esta complicación, preciso sería adoptar la primera de las soluciones que al principio indicamos: la obligación de los herederos de comparecer, **motu proprio**, al juicio que su antecesor dejó pendiente, so pena de soportar todas las consecuencias, como si el mismo antecesor hubiera olvidado su defensa. A primera vista,

parece muy duro, porque los herederos pudieran no tener noticia alguna del pleito; pero de esa ignorancia ¿no debieran ser ellos mismos los únicos que sufriesen los efectos, como acontece en los negocios extra-judiciales?...

Si, por ejemplo, el antecesor compró un fundo, obligándose a pagar el precio dentro de seis meses, y a los cuatro meses fallece, y pasados los seis o más meses, el vendedor propone acción resolutoria contra los herederos, ¿podrían éstos alegar que no han tenido noticia del contrato, y que el vendedor ha debido notificarles, en cuanto falleció el comprador, para que siguiese corriendo respecto de ellos el plazo de pagar?...

A nadie se le ocurriría justificar esta excepción, ni considerarla admisible, puesto que, por el hecho de la muerte, pasan al heredero todos los derechos y obligaciones del antecesor, y por ese mismo hecho, queda el heredero en posesión legal de esos bienes y de todas las relaciones jurídicas de su causante. El heredero es, jurídicamente, la misma persona del causante; y su ignorancia de los negocios de éste, de ninguna manera puede perjudicar a terceros ni imponerles nuevas obligaciones; significa tanto como si el mismo interesado olvidara alguno de sus propios negocios.

Y si esto es lógico y muy razonable al tratarse de asuntos extrajudiciales, ¿por qué ha de ser absurdo, aplicado a un negocio judicial que el antecesor dejó pendiente?...

Deseamos, pues, llamar la atención del foro ilustrado a este grave y delicado asunto, a fin de que pueda adoptarse definitivamente la doctrina y la práctica que mejor consulten las diversas situaciones que pueden presentarse.

251.—Representación de la herencia cuando el que fallece ha dejado procurador.

Si la parte que fallece después de comenzado el juicio, tiene en él apoderado, éste sigue representado a los herederos, al tenor del Art. 71 que ya estudiaremos y del 2156 del Código Civil, y se obvia toda dificultad.

Al apoderado le toca entonces entenderse con los herederos, y no puede separarse sino después de que éstos o el curador de la herencia estén ya citados, y teniéndose en cuenta lo dispuesto por el Art. 63.

Y debería suspenderse la causa por ocho días?—No habría ley en que apoyarse, sino en una analogía algo forzada, salvo el caso de absoluciones, reconocimiento de firmas, etc., en que fuese necesaria la intervención personal del heredero.

LECCION V

PARTE LEGAL

DEL ACTOR Y DEL DEMANDADO

SINOPSIS

252.—Definición de actor y demandado en el Art. 38.—Paralelo con el Código de 1869.—Referencias.

253.—Relación de los Arts. 39, 40, 41 y 42, sobre comparecencia de los incapaces.—Impropiedades en la redacción.—Historia de las reformas relativas a la mujer casada.—Referencias.

254.—¿Puede el padre representar al hijo de familia y el guardador al pupilo en los juicios de inventario y partición u otros en que también ellos tengan interés personal? Conceptos jurídicos de la contraposición de intereses.—Sentido y conclusiones de la ley de 1921.

255.—Arcaica regla relativa a los religiosos, en el Art. 43.—Sus antecedentes.—¿Quiénes son prelados?—Referencias.

256.—Derecho y capacidad de comparecer por procurador, según los Arts. 44 y 45.—Obligación de comparecer personalmente según el 46.—Puede librarse comisión para la diligencia de confesión? Gastos del viaje.

257.—Representación judicial de la herencia según el Art. 47.—Referencias.—Nuevas observaciones y conclusiones.

JURISPRUDENCIA

Caso 1º.—¿Quién es el actor en la controversia sobre adjudicación de minas o de aguas?

Caso 2º.—Actor en las tercerías.

- Caso 3º—Ratificación expresa o tácita de las gestiones judiciales de los incapaces.
- Caso 4º—Ratificación tácita en el juicio con mujer casada.
- Caso 5º—Ratificación de los actos de un mandatario incapaz.
- Caso 6º—Contraposición de intereses en juicio divisorio.—Curador ad litem designado por el menor.—Ratificación.
- Caso 7º—Curador ad litem del sordo-mudo.
- Caso 8º—Divorcio consensual.—Distinción entre curador especial y curador ad litem.
- Caso 8º—Divorcio consensual.—Distinción entre curador especial y curador ad litem.
- Caso 10º—Juicio de divorcio.—Necesidad de curador general o especial para el cónyuge menor de edad.
- Caso 11º—Curador ad litem en juicio de nulidad de matrimonio, promovido por el padre.
- Caso 12º—Mujer separada de bienes.—Su modo de comparecer en juicio.
- Caso 13º—Comparecencia en juicio de la mujer divorciada con subsistencia del vínculo.
- Caso 14º—Representación de la mujer que ha pasado a segundas nupcias.
- Caso 15º—Representación de los hijos de matrimonio anterior.
- Caso 16º—Mujer casada fallida.
- Caso 17º—Autorización judicial, supletoria a la mujer.
- Caso 18º—Contraposición de intereses entre el padre y los hijos en la partición.—Curador ad litem.
- Caso 19º—Contraposición de intereses en el inventario.
- Caso 20º—Juicios criminales.—Capacidad del menor.
- Caso 21º—Sociedades en liquidación.
- Caso 22º—Comisión para la confesión.

DESARROLLO

NOTAS, COMENTARIOS, REFERENCIAS

Art. 38

252—Definición del actor y demandado.— Paralelo con el Código de 1869.— Referencias.

Antes de la última edición, practicada por la Academia de Abogados, de acuerdo con la Corte Suprema, este artículo decía: "Actor es el que propone una demanda en juicio, y demandado aquel contra quien se la intenta."

Las palabras en juicio fueron suprimidas por absolutamente innecesarias.

El Código del año 1869 decía: "Art. 91.—Actor es el que demanda en juicio a otro; y reo es el demandado."

Definición legal de **juicio** tenemos en el Art. 89; y de **demanda** en el 100. En el lugar respectivo haremos la explicación y el comentario de esas voces.

Sobre el valor jurídico de los términos **actor**, **demandado**, **parte**, **tercero**, etc. véase la Prop. 222.— Véanse también en Jurisprudencia los Casos 1º y 2º.

Arts. 39, 40, 41 y 42

253.—Relación de estos artículos entre sí.— Impropiédades en la redacción.— Historia de las reformas relativas a la mujer casada.— Referencias.

La relación que tiene entre sí, estos cuatro artículos relativos a la comparecencia de los incapaces, hace necesario considerarlos unidamente en las notas, comentarios y referencias.

La mala redacción del Nº 2º del Art. 39, hizo necesario el Art. 40 que lo corrigiese y explicase. En el vocablo jurídico **menor** se comprenden, tanto el **hijo de familia**, como el **emancipado** que no ha cumplido 21 años. Por consiguiente, mal podía decirse, de un modo general, que los menores no podían comparecer en juicio sino por medio de sus **guardadores**.

O se creyó, tal vez, que entre los guardadores se incluían también los padres de familia con relación a sus hijos; lo cual sería otro error, dada la acepción jurídica de esa palabra, según el Art. 328 del Código Civil.

Y el Art. 40, que, en su primera parte, corrige el defecto del precedente, dando la regla especial para los hijos de familia, adolece, en la segunda, de un defecto análogo; pues la cláusula y **los demás incapaces** etc., comprende aún a la mujer casada, que es persona incapaz no sujeta a tutela o curaduría.

Cierto que de estos defectos de redacción no se sigue ninguna dificultad práctica, porque sabido es que en el conflicto de dos leyes, le especial prevalece sobre la general. Y así, la primera parte del Art. 40, relativa al menor no emancipado, prevalece sobre el Nº 2º del

Art. 39, que habla en general del menor; y el N^o 1^o de este mismo Art. 39, y el Art. 43, que tratan de la mujer casada, prevalecen también sobre la segunda parte del Art. 40, referente a todos los incapaces no sujetos a patria potestad, tutela ni curaduría. Pero es una verdadera incorrección el establecer conflictos innecesarios en las leyes, aun cuando su resolución sea obvia, y crear reglas generales y excepciones, cuando ha podido consignarse perfectamente el pensamiento del legislador en dos disposiciones separadas y armónicas.

Preferible era la redacción del Código de 69 (1), pero sería mejor redactar así los números del Art. 39:

1^o—La mujer casada, etc;

2^o—Los que se hallan bajo patria potestad, a no ser representados por el padre o madre que la ejerza;

3^o—Cuanto estén o deban estar bajo tutela o curaduría, a no ser representados por sus tutores o curadores;

4^o—Las personas jurídicas etc.

Con esto no habría necesidad del Art. 40.

La regla del Art. 42, copiada casi literalmente del Código Peruano en nuestro Código del año 78, nada decía de la mujer separada de bienes ni de la que, teniendo hijos bajo su patria potestad, pasare a segundas nupcias. Lo relativo a este segundo punto fue agregado por la legislatura de 1890, en vista de las controversias y dificultades que se presentaban en la práctica, como lo indicamos en el N^o 232, caso 6^o y lo veremos en Jurisp., casos 14^o y 15^o; y lo concerniente a la mujer separada de bienes, se consignó por la legislatura de 1911 en la ley especial "de la exclusión de bienes de la mujer casada", de donde lo tomó la comisión compuesta de la Corte Suprema y la Academia encargada de la última edición.

(1) Decía así este Código: "Art. 92.—No pueden comparecer en juicio como actores o reos:

1^o—La mujer casada, sin licencia de su marido o del juez, según lo dispuesto en el Código Civil;

2^o—El menor de edad; y

3^o—Cuanto se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser representados por sus respectivos tutores o curadores.

Algunas cuestiones a que dan lugar las reglas relativas a la mujer casada, a los hijos de familia, a las personas sujetas a tutela o curaduría y a las personas jurídicas, fueron objeto del estudio hecho en las props. 227 y siguientes de la parte doctrinal. De otros puntos importantes relativos a la representación de las personas naturales incapaces y de las personas jurídicas, trataremos en la sección siguiente, a propósito del Art. 66.

254.—¿Pueden el padre representar al hijo de familia y el guardador al pupilo en los juicios de inventario y partición u otros en que también ellos tengan interés personal?... ¿Puede un solo guardador representar a dos o más pupilos, en los mencionados juicios?... Concepto jurídico de la contraposición de intereses.— Sentido y conclusiones de la ley de 1921.

De estos puntos trataremos ya ligeramente al estudiar las proposiciones 232, 237 y 241. Creemos, empero, necesario hacer alguna ampliación en este lugar, considerando en conjunto, para precisar mejor los conceptos y el verdadero sentido de la doctrina legal, en materia tan importante.

El principio de que no puede una persona representar en juicio intereses opuestos, si evidente en teoría, no estaba consignado de modo expreso en nuestras leyes, antes de la Legislatura de 1921. Se hacía sólo de él, una aplicación algún tanto vaga y oscura en los Arts. 402 y 2131 y otros del Código Civil; y en la práctica no era bien comprendido, ni uniformemente respetado; por lo cual, y por las discrepancias que se notaban aún en el foro ilustrado, como lo manifiestan los mismos fallos que luego transcribiremos (Jurisp. casos 6º, 18º y 19º) se consideró necesaria la declaración expresa que en el citado año se hizo en la reforma del Código de Enjuiciamiento que dice: "Art. 25.—Después del Art. 1079 póngase el siguiente: "Art. ... "En los juicios voluntarios o contenciosos en que el padre o la madre representen a los hijos de familia, no es necesaria la intervención del defensor.

“Esa representación no cabe cuando, por la naturaleza del asunto, haya entre el padre o madre y los hijos oposición de intereses.

“Art. . . . Si dos o más incapaces intervienen en un juicio de inventario o partición con otras personas, pueden tener un solo representante, en el caso de que, entre ellos, es decir, siempre que no haya entre ellos oposición de intereses, sin perjuicio de su derecho de hacer por separado la partición de lo que les toque en común.”

Nos queda, empero, para la práctica, la cuestión no siempre clara de saber qué es y en qué casos ocurre la oposición de intereses. Débese, ante todo, tener en cuenta que, no es lo mismo oposición de intereses que oposición de voluntades. Pueden, por el contrario, ser éstas perfectamente conformes y estar aquellos perfectamente opuestos, como pasa en los contratos. Al vendedor le interesa el precio alto, el pago al contado, etc., y al comprador, el precio barato, los plazos cómodos, etc.

Esto mismo ocurre a veces en los asuntos judiciales, especialmente en los de jurisdicción voluntaria, llamados por los autores, contratos revestidos de formas judiciales. A cada uno de los partícipes en una división, le interesa que su cuota sea mayor; que se le adjudiquen en pago las mejores cosas; que para sus reintegros se le concedan plazos y facilidades, etc.; y por lo mismo cada uno es parte contraria de los otros, como lo son entre sí el comprador y el vendedor, por más que todos esos puntos se arreglen de común acuerdo.

Por la propia razón, si en un acto divisorio hay dos o más personas que van a quedar entre sí indivisas, constituyendo por decirlo así, una sola parte o un solo interés al frente de los demás partícipes, esas dos personas pueden y deben ser representadas por un personero o representante común.

En síntesis podemos, pues, decir que hay oposición de intereses entre dos o más personas cuando aquello que le conviene a la una parte le perjudica a la otra, o cuando el derecho de cada una de ellas pueda existir o mejorar en cualquier sentido, en cuanto desaparezca o empeore el de los otros.

Conforme a estas ideas, se hace fácil la resolución del punto jurídico en los juicios de partición; mas en cuanto al inventario se necesita, tal vez hacer distinciones. **Inventario** es la descripción estimativa del todo o de una parte de los bienes o hacienda de una persona, hecha, unas veces, con avalúo y otras sin él, y con ciertas formalidades más o menos solemnes.

En el inventario, en el mero inventario, es decir, en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, no se controvierte sobre derechos recíprocos; no se los ventila, si por ventilar se entiende disputar o contender y solicitar una decisión judicial; ni cabe tal disputa o contienda entre los interesados, sino cuando alguno de éstos reclama que se agreguen o excluyan ciertos bienes y otro se opone, o cuando se suscita cualquiera otra cuestión o incidente de carácter contencioso.

Pero allí mismo, dentro de la jurisdicción voluntaria, se sientan a veces, bases o antecedentes que sirven para deslindar esos derechos recíprocos; y esto basta, en nuestro concepto, para constituir verdadera contraposición. Si, por ejemplo, el testador, que deja cónyuge e hijos legítimos, asigna al primero la cuarta de libre disposición, y por cuenta de esta cuota le adjudica un fundo suyo, el inventario, que en los casos de sucesión por causa de muerte, debe hacerse con avalúo, entraña contraposición de intereses entre el cónyuge sobreviviente y sus hijos; porque al primero le interesa que el fundo se tase barato para que quepa dentro de la cuarta y aun le quede saldo a su favor, mientras que a los segundos les conviene tasación cara, para que suceda lo contrario.

Si el testador dice que el fundo tal deja a fulano, debiendo éste dar a zutano la mitad del valor, existe también la misma contraposición; y en general, ésta se produce siempre que el testador hace adjudicaciones a sus herederos, porque cada adjudicatario queda interesado en que se tase barato lo suyo, y caro lo de los otros.

Aun en la sucesión intestada, en que el cónyuge reclama la porción conyugal, está directamente interesado en que se tase barato sus bienes propios o sus gananciales y caro los del difunto; por cuanto, en razón de dicha porción no puede exigir sino lo que, computados

aquellos bienes suyos, le falte para llenar la porción conyugal.

Y así en muchos otros casos de sucesión testada o intestada.

Otras veces puede no haber contraposición alguna de esa clase. Si, por ejemplo, el cónyuge no tiene bienes propios ni gananciales o concurre sólo como heredero, en la sucesión intestada; si se trata de partícipes que no tienen adjudicaciones hechas en testamento, etc., etc., resulta que, si el monto de los bienes sube o baja, aprovecha o perjudica en la misma proporción, a todos. En estos casos creemos también, que la mera expectativa de que en el juicio de partición se adjudiquen ciertas cosas a uno, y otras cosas o dinero a otro, no es suficiente para establecer verdadera contraposición en el juicio de inventario.

Por manera que, ateniéndonos estricta y rigurosamente al principio jurídico, sería, quizá, necesario hacer esas distinciones en los casos prácticos, para saber cuándo el padre puede representar a los hijos y cuándo no lo puede, en el juicio de inventario. Mas como esto podía ocasionar frecuentes dudas y complicados incidentes, para cuyo esclarecimiento se hacía indispensable adelantar, en el juicio de inventario, discusiones propias del de partición, parecía preferible adoptar una regla más clara y genérica, como la que, de acuerdo con la doctrina prevaleciente en el Tribunal Supremo, se contiene en el último de los artículos de la reforma, arriba transcritos; de cuyo tenor y espíritu se infiere:

1º—Que en concepto del legislador puede haber oposición de intereses entre las partes, no sólo en la partición sino en el inventario mismo que ha de servir de base a la partición;

2º—Que no la hay entre dos o más personas que, por representar a una sola parte o por otra causa, van a quedar entre sí indivisas. Si, por ejemplo, habiendo dejado el difunto tres hijos legítimos y tres nietos, representantes de otro hijo pre-muerto, la herencia debe dividirse en cuatro partes, tres para los hijos vivos y una para los tres nietos, por indiviso, éstos, si son menores, tendrán un solo representante legal, bien así como, si mayores, deberán tener un mandatario común;

3º—Que, por el contrario, si el difunto ha dejado dos hijos vivos y dos nietos representantes de dos hijos muertos, cada uno de los nietos será parte diversa del otro, y no podrán los dos figurar en la causa por medio de un solo representante, sino en el caso de que, por convenio legal o por disposición testamentaria, los dos nietos deban quedar entre sí indivisos;

4º—Que si el inventario ha de servir, no para partición entre los menores, sino para otros fines en que el interés de ellos sea uno mismo, v. gr., para entregar sus bienes a un curador, para las segundas nupcias del padre o la madre bajo cuya potestad se encuentren, para separar el patrimonio del viudo o la viuda del de los hijos menores, liquidando la sociedad conyugal, los menores pueden y deben tener un solo representante en el juicio.

Art. 43

255.—Regla relativa a los religiosos.— Sus antecedentes.— Quienes son prelados.— Referencias.

Este artículo es literalmente igual al 98 del Código de 1869, sin más diferencia que la de que éste no tenía las palabras “ora demanden sus propios derechos”, “ora del convento”, que fueron agregados el año 78.

El Código Peruano antiguo, que sirvió, en gran parte, de modelo al nuestro, como ya hemos recordado, decía en este punto:

“Art. 151.—No pueden demandar ni ser demandados personalmente los religiosos, sin licencia de su prelado”.

Prelados son los superiores eclesiásticos constituidos en alguna dignidad, como Obispos, Arzobispos, etc. Corresponde también esta denominación a los superiores de los conventos o comunidades religiosas; y parece que en este sentido se ha tomado la palabra en el artículo que comentamos, para guardar armonía con las reglas canónicas.

Como comentario a este artículo, verdaderamente arcaico en el Derecho moderno, e incompatible con el sistema y el espíritu de nuestras actuales instituciones jurídicas, nos referimos a la proposición 247.

Arts. 44, 45 y 46

256.—Derecho y capacidad de comparecer por procurador.—Obligación de comparecer personalmente.—¿Puede librarse comisión para la diligencia de confesión?—Gastos del viaje.

Los dispuestos en los Arts. 44 y 45 (derecho y capacidad de nombrar procurador) nos parece más propio de la sección siguiente que versa sobre los Procuradores; y allí lo estudiaremos, de acuerdo con el programa.

Primera parte del Art. 46 (obligación de comparecer personalmente, aunque se tenga procurador). Por regla general, los litigantes, tengan o no apoderado, no están obligados a comparecer personalmente ante el juez sino en los casos a que se refiere este artículo. En los demás, como juicios verbales, inspecciones, inventarios, juntas, etc., la comparecencia es un derecho, un medio de defensa que interesa sólo a la misma parte y cuya omisión no da lugar a ninguna coacción judicial.

Cuando la parte tiene apoderado, puede comparecer personalmente, si así lo quiere; pero en las citaciones se cuenta con el apoderado (Art. 67). Si el apoderado tiene facultad para confesar, puede hacerlo válidamente (Arts. 56 y 281); pero el interesado en la diligencia tiene derecho de exigir que comparezca personalmente el mandante; y aun el juez puede ordenarlo de oficio, de acuerdo con los Arts. 148 y 320. Esto es lo que significa el artículo en su primera parte (1).

Segunda parte (deprecatorio en caso de ausencia). Con respecto a esta parte, debemos recordar la doctrina sobre **comisiones, exhortos**, etc. estudiada en la proposición 86 (Tomo primero), y las observaciones que allí hi-

(1) Si en este caso, la citación debe hacerse al apoderado, para que haga comparecer al mandante, lo veremos al estudiar el Art. 67.

timos respecto de la deficiencia de nuestras leyes y de que, por mera costumbre o práctica tradicional, basado en lo establecido en otros países, empleábamos comisión para recomendar a un juez inferior la práctica de ciertas diligencias; **deprecatorio** o **exhorto** para encargarlas a otro juez de igual jerarquía, y **oficio suplicatorio** para un juez superior.

De acuerdo con esto, se cree generalmente en nuestra práctica que, al decir el Art. 46 que si la parte está fuera del lugar del juicio, se librarán deprecatorios para la confesión, da a entender: 1º que en este caso **lugar del juicio** es toda la circunscripción territorial en que el juez de la causa ejerce jurisdicción: 2º que, por lo mismo, si la parte está dentro de esa circunscripción, debe presentarse personalmente, aunque resida a mucha distancia: 3º que para la confesión no cabe comisión de los Alcaldes Cantonales a los Jueces Civiles del mismo cantón.

Debemos, empero, declarar que esta doctrina, generalmente admitida en el foro y apoyada por un fallo del Tribunal Supremo, que luego estudiaremos (caso 22) no nos satisface plenamente, por las consideraciones siguientes:

a).—Porque en las leyes no está precisado el concepto de **lugar del juicio**; y si por tal puede tenerse todo el territorio del juez —en cuyo caso, tratándose de asunto de mayor cuantía, sería todo el cantón, y de asunto que se ventilase en la Corte Superior, todo el distrito jurisdiccional de ésta— puede entenderse también que se refiere a la ciudad o población en que está el despacho judicial, como se entendía cuando la ley mandaba que, a residir las partes en los afueras del **lugar del juicio**, las notificaciones se les hiciesen por boleta en las puertas de la oficina.

b).—Porque tampoco tenemos definición legal de **deprecatorio** (1), ni nuestra ley se ha preocupado de establecer distinción alguna entre **deprecatorio** y **comi-**

(1) Esta palabra no se usa en el lenguaje jurídico español; ni el Diccionario de la Academia la admite como sustantivo. Se emplea, sí, la equivalente **suplicatorio** o **suplicatoria**, que etimológicamente significa lo mismo.

sión, y la distinción tradicional de que hemos hablado, refiérese sólo a la forma y a circunstancias accidentales. Cabe, por tanto, que el legislador, sin cuidarse mucho del sentido usual de esa palabra, la haya empleado sin intención de excluir el encargo que el Alcalde pudiera hacer a un Juez parroquial, para la confesión, como puede hacerlo para declaraciones de testigos.

c).—Porque, si bien al tratarse de funciones oficiales, debe entenderse —como lo hemos advertido muchas veces— que todo lo no autorizado o permitido está prohibido, esa autorización o permisión puede fundarse, no sólo en texto expreso de la ley, sino también en las deducciones a que ella da lugar o en sólidas razones de evidente analogía. Y en esas razones y deducciones se han fundado siempre los jueces y tribunales para reconocer la posibilidad legal de comisiones y exhortos, en muchos casos no previstos por la ley: para embarcos, para apremios, para inventarios, juramento de peritos, etc., etc.

Si ningún juez puede funcionar fuera de su territorio, y si, por otra parte, la administración de justicia exige ineludiblemente en muchos casos, la intervención judicial en lugar diverso de aquel en que se sigue el juicio, no cabe ni concebir que no se pueda emplear legalmente el medio tan obvio y razonable de las comisiones y exhortos, reconocido y adoptado en todo el mundo, para que el juez territorial auxilie al de la causa en la práctica de las diligencias conducentes a la realización de ese objeto social, la administración de justicia.

Y si por esto y por motivos de analogía evidente, pueden caber comisiones o exhortos, no permitidos expresamente por la ley, pero tampoco prohibidos, como en los ejemplos mencionados, por las propias razones podría considerarse legalmente posible la comisión de los Alcaldes a los Jueces parroquiales para la práctica de la confesión.

d).—Porque si bien esta diligencia es más importante que la declaración de testigos, evidente es también que entre las dos hay más analogía que entre esta última y un embargo de bienes, un inventario, un reconocimiento de documentos, etc., diligencias en que se hace

uso de comisiones o deprecatorios, sin ley expresa que lo permita y sólo por razón de analogía.

e).—Porque si la confesión en lo civil es un servicio a la justicia, lo es de modo más directo e inmediato a la parte contraria; a la parte que, omisa, tal vez, o negligente, no cuidó de procurarse en tiempo oportuno los comprobantes de su derecho. Justo, por tanto, que si la parte que debe confesar reside en una parroquia distante, no se le obligue a realizar un viaje, acaso incómodo o costoso, desatendiendo a las propias ocupaciones e intereses, para prestar ese servicio a su adversario, y que éste se atenga, bien a la comisión al juez de la parroquia respectiva, bien a la traslación del Juzgado, a su costa.

f).—Finalmente, por la doctrina del mismo Tribunal Supremo, en orden al reconocimiento de documentos; diligencia que, según el Art. 46, está en idéntico caso que la confesión, y sin embargo puede ser encargada por los Alcaldes a los Jueces parroquiales de su cantón, según lo declaró y reconoció el Tribunal en la causa Martínez Cordero - Arzube ("Gaceta Judicial" Serie 1ª Nos. 21 y 90).

Por estas razones nos inclinamos a creer que sería conveniente cambiar de doctrina en esta materia, admitiendo la posibilidad de la comisión para la confesión. Y de todos modos consideramos indispensable se procure armonizar la doctrina, adoptando reglas claras y precisas, comprensivas de todos los casos en que puede ser indispensable recurrir a ese medio, mientras no tengamos, como debemos tener, en la ley un capítulo especial sobre la materia, (1) como lo tienen otras legislaciones y lo hemos recomendado más de una vez (Tomo 1º, Prop. 86).

Además, mientras no se realice ese cambio de doctrina, debe reconocerse también y admitirse que el liti-

(1) La Ley Orgánica tiene, entre sus disposiciones comunes, la siguiente, que no es común, como debiera ser, sino especial para los tribunales: "Art. 212—Cuando deban practicarse diligencias judiciales fuera del lugar donde resida el tribunal, podrá éste cometerlas a los jueces y tribunales inferiores o a cualquier abogado".—Por manera que, respecto de los tribunales no cabe cuestión sobre que les es permitido expedir comisión para la diligencia de confesión, denominada más comunmente en nuestro foro abso-lución de posiciones.

gante que exige a su adversario trasladarse de una parroquia distante a la cabecera del cantón; debe abonarle los gastos de viaje, ya que no los perjuicios y molestias que le causa. Esto nos parece indiscutible.

Otro caso.—Si una de las partes reside en diverso cantón, debe expedirse deprecatorio para la confesión que le pida la otra parte, atento el tenor mismo del artículo que estudiamos. Pero si acontece que transitoria o momentáneamente concurre esa parte al lugar del juicio, y allí se le cita para la confesión, quedará obligada a permanecer hasta que la diligencia se practique, o podrá volverse a su domicilio, exigiendo que se libre el deprecatorio?... Se ha ofrecido esto en la práctica, y nuestra opinión se ha inclinado en el sentido de que la parte citada, mientras permanezca en el lugar, puede ser compelida a la confesión; mas no ser obligada a prolongar su ausencia para servir a su contrincante, proporcionándole ese medio de prueba.

Art. 47

257.—Representación judicial de la herencia.— Referencias.— Nuevas observaciones y conclusiones.

Al ocuparnos en las proposiciones 249 y 250, estudiamos:

a).—El objeto especial de esta disposición legal, sus antecedentes históricos y su relación con varias disposiciones del Código Civil:

b).—Las conclusiones o reglas prácticas que, de la combinación de la disposición adjetiva con las sustantivas se deducen:

c).—La aplicación que de ellas pudiera hacerse al caso de fallecer una de las partes litigantes durante el juicio:

d).—La conveniencia de la citación por edictos o de la presentación espontánea de los herederos.

Sintetizando y ampliando esas observaciones, juzgamos conveniente llamar la atención a los puntos siguientes:

1º—El primitivo artículo del Código Civil decía :

"Art. 1367.—Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos."

Y el actual, redactado por la Corte Suprema, en vista de la reforma introducida en el Art. 278 del Código de Enjuiciamiento de 1879, correspondiente al 47 de la edición vigente:

"Art. 1367.—Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero éstos no podrán ser demandados ni ejecutados dentro de los ocho días subsiguientes al de la muerte de la persona a quien han sucedido."

2º—Lo que los títulos ejecutivos contra el difunto lo son contra los herederos, es una perogrullada que, de consignarla el legislador, debía estar en el Código de Enjuiciamiento y no en el Civil:

3º—El artículo antiguo hablaba sólo de ejecuciones, y el actual de ejecuciones o demandas. Por tanto, la espera de los ocho días es indispensable para toda la demanda:

4º—El artículo antiguo hacía necesaria esa espera tanto para proponer ejecución como para continuarla; mas el actual, que, como hemos dicho, extiende la regla a toda demanda, nada dice de los litigios pendientes. Esto no obstante, consultando el espíritu de la ley, nos hemos inclinado a creer que el legislador no tuvo intención de hacer cambio a este respecto, y que, por lo mismo, para continuar contra los herederos un juicio pendiente, débese dejar pasar también los ocho días. Es un respeto a la calamidad doméstica, que naturalmente suspende el movimiento de los negocios, y no puede ser omitido por el Legislador dentro de las más elementales consideraciones de cortesía:

5º—Este respeto establecido en favor de los herederos del demandado, debe tenerse en cuenta también en favor de los del demandante que ha fallecido durante el juicio:

6º—Por lo demás, para determinar la persona con quien deba continuar el juicio pendiente, se tendrá en cuenta lo expuesto sobre la proposición 250:

7º—Con respecto a la regla o conclusión cuarta de la proposición 249, conviene notar que, atendiendo sólo a las reglas del Código Civil, el que intenta demandar a los herederos, no necesita para el mero efecto de obtener el nombramiento de curador de la herencia, hacer el requerimiento a los llamados a la sucesión, para que declaren si aceptan o no; le basta esperar los quince días desde la apertura de la sucesión, esto es, desde la muerte del causante. Si dentro de ese término no hay ningún heredero aceptante, el acreedor o quien quiera que necesite demandar a los herederos, puede pedir el nombramiento del curador. Art. 1230.

Ese requerimiento, es, sí, indispensable para los que se creen llamados en segundo grado a la sucesión.

Esto que, por una parte, es una gran facilidad para el demandante, por librarle hasta de la necesidad de averiguar quiénes sean los verdaderos herederos y dónde existen, bastándole la simple expectativa de los quince días, constituye, por otra parte, una grave dificultad, una casi imposibilidad, la de rendir prueba de que, durante los quince días, no ha habido ningún heredero aceptante. Qué prueba podría rendirse respecto de esa negación absoluta e ilimitada, si, conforme al Código Civil, el hecho positivo de la aceptación expresa o tácita puede efectuarse en cualquier momento y lugar y sin solemnidad alguna?...

Mas, atendiendo al tenor literal del Art. 47 adjetivo, parece que los acreedores no pueden pedir el nombramiento de curador de la herencia yacente, sino dentro del plazo de deliberar, que no comienza a correr sino desde el requerimiento hecho a los herederos para que acepten o no la herencia, conforme al Art. 1222 del Código Civil. Por esto, combinada la regla sustantiva con la adjetiva, dedujimos que el que intenta demandar debe comenzar por el requerimiento; y, hecho, contar los quince días, no desde el mismo requerimiento, sino desde la apertura de la sucesión. Por manera que el día mismo del requerimiento puede pedirse el nombramiento de curador, si, desde la apertura de la sucesión, han pasado quince días sin aceptación de la herencia.

Por lo demás, insistimos en la conveniencia de establecer fórmulas y trámites legales en el lugar de la aper-

tura de la sucesión, para hacer constar, de modo público y auténtico, el hecho de la aceptación; punto del cual ha prescindido nuestro Código de Enjuiciamiento y nos preocuparemos especialmente, cuando llegemos a estudiar los juicios sucesorios.

JURISPRUDENCIA

CASO 1º

Actor o demandado en juicio de adjudicación.

¿Quién es actor en la controversia sobre adjudicación de minas? ... (o de aguas?).

Pedida adjudicación de una mina, ante el Gobernador, con arreglo al Art. 176 del Código de minería, comparece un opositor; y, convertido así el asunto en contencioso, pasa al juez ordinario, conforme al Art. 177 del mismo Código. Se suspende la causa por tres años, y el interesado en la adjudicación de la mina, solicita se declare abandonada la instancia promovida por el opositor. Se admite esta petición en primera y segunda instancia; y la Corte Suprema revoca el fallo, fundándose en que, conforme al Art. 38 del Código de Enjuiciamiento, es actor el que solicitó la adjudicación de la mina, y el actor no puede pedir abandono de la instancia.— Salva el voto uno de los Ministros.

Cuestiones enteramente análogas pueden presentarse en los juicios de adjudicación de aguas, en los que la demanda es también de jurisdicción voluntaria, pero se vuelve contenciosa si comparece algún opositor. Y como, dada la divergencia de opiniones en el Tribunal Supremo y la circunstancia de haberse admitido el abandono en primera y segunda instancia, resulta muy posible que un cambio en el personal de los Tribunales, pudiera hacer triunfar la doctrina que en esta vez fracasó, creemos necesario fijar la atención en los fundamentos aducidos por una y otra parte, y hacer un breve análisis al respecto.

PRIMERA INSTANCIA

Riobamba, 18 de Octubre de 1917, las diez de la mañana.—Vistos: La oposición de fojas 2 equivale a una demanda; y como ha dejado de continuarse por más de tres años, es procedente el abandono solicitado a fojas 8. Por tanto, declárase abandonada la oposición consignada en la petición de fojas 2 siendo responsable de las costas la Municipalidad de Alausí, y por ésta su Procurador Síndico. Declárase legitimada la personería del doctor Isaac Alvarez.—Robalino.—Alzamora.

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, 13 de Diciembre de 1917, las tres p. m.—Vistos: Hecho la denuncia de mina de azufre por Luis M. Maldonado ante el Gobernador, se opuso el Procurador Municipal alegando derechos exclusivos del Municipio a quien representaba. Esta oposición puso término, o suspendió, mejor dicho, la atribución del Gobernador para continuar el procedimiento sumario y de jurisdicción voluntaria, como si dijéramos, y pasó al Juez ordinario la oposición para que siga la sustanciación correspondiente. De la oposición se dió traslado al denunciante, porque la demanda propiamente es esa oposición en que se alega el dominio y se pide que lo declare el Juez ordinario. Por tanto, se confirma con costas el auto apelado, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 453 del Código de Procedimientos Civiles. Como el Procurador Municipal apela anticipadamente para el caso de que el fallo le sea desfavorable, se concede el recurso de tercera instancia, debiendo elevar el proceso al Tribunal Supremo, previa observancia de las solemnidades legales.—Vallejo G.—León.—Terán.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 14 de 1918, a las dos de la tarde.—Vistos: El escrito de la foja primera contiene la demanda por la cual Luis M. Maldonado solicita la adjudicación de la mina denunciada. Esa demanda, deducida ante el Gobernador del Chimborazo, conforme al Art. 186 del Código de Minería, pasó, por la oposición de fojas 2 y lo dispuesto en el Art. 177 del propio Código, para que se sustanciara la causa, como lo prescribe el mismo artículo. Según el 38 del Código de enjuiciamientos, actor es el que propone una demanda en juicio; y, en el caso, esa calidad corresponde a Maldonado, que solicita la adjudicación de la mina, no a la Municipalidad de Alausí, que se opone a la pretensión de aquél. La Municipalidad tiene la calidad de demandada, ya se atiende a que Maldonado acudió al Gobernador en demanda de la adjudicación de la mina, ya a que, al inhibirse esa Autoridad del conocimiento de la causa, él mismo solicita del Juez ordinario la mencionada adjudicación; y la oposición de fojas 2 y 7, antes que una demanda, contiene la respuesta a la de la foja primera. Ante lo expuesto, es inadmisibles la solicitud de fojas 8 como presentada por el demandante; y lo es, también, la de fojas 9 por presentada después de aquella; y, por consiguiente, cuando, por lo

dispuesto en el Art. 452 del segundo de los Códigos citados, no puede considerarse vencido el término señalado, por la ley, para que surta el abandono de la primera instancia. En esta virtud, revocado el auto recurrido, se deniegan las solicitudes de fojas 8 y 9. Legalizado este papel, devuélvanse.—Pino.—Cárdenas.—Peñaherrera.—Albán Mestanza.—Páez.

VOTO SALVADO

Quito, a 14 de Junio de 1918, a las dos de la tarde.—Vistos: El escrito de denuncia presentado por Luis M. Maldonado ante el Gobernador de la provincia del Chimborazo, no contiene ni el pedimento de la declaración de un derecho, ni la determinación de la persona a quien se exige, por haberlo violado, el cumplimiento de una obligación, circunstancias que constituyen la acción judicial y dan la situación jurídica de actor a la persona que la propone en un juicio contencioso. La indicada solicitud tiene por objeto tan sólo conseguir de la autoridad administrativa, mediante la denuncia, la concesión que la ley expresamente la declara, en tratándose de un bien que se considera corresponder a la Nación; mas la oposición del Concejo Municipal de Alausí a la indicada denuncia, es lo que ha motivado la controversia judicial ante la jurisdicción ordinaria y contenciosa; y en esta se contiene una verdadera acción, porque el indicado Concejo, que alega el derecho de propiedad, de la mina denunciada, pide, al propio tiempo, se declare la obligación de respetar ese derecho quien presentó la denuncia respecto de la mina de azufre, que el Concejo la reclama como suya y está excluida, por esto, de ser adjudicada al denunciante; condiciones todas que demuestran, en el presente juicio, el carácter de actor para el Concejo. En virtud de estos antecedentes, y de lo expuesto por la Corte Superior de Riobamba, se confirma con costas, el fallo apelado; más las costas no son de cargo personal del Síndico.—Modesto A. Peñaherrera.—Pino.—Cárdenas.—Albán Mestanza.—Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 214, pág. 2948).

A primera vista, parecen decisivas las razones con que el voto salvado confirma los fallos de primera y segunda instancia; mas reflexionando despacio, nos inclinamos en favor de la doctrina contraria, que prevaleció en la Corte Suprema, y nos fundamos en que la oposición, por su naturaleza misma, no es acción; no es ataque; es defensa; y el que se defiende contra un ataque judicial, no puede llamarse actor sino demandado.

Un mismo derecho puede presentarse, como lo hemos observado otras veces, ya en actitud ofensiva, ya en la defensiva: puede ser acción o excepción, según la forma en que se actúe judicialmente. Y, alegando en forma

defensiva, puede, sin embargo, pretender la innovación de un estado de cosas que se lo tendrá como legítimo, si ese derecho no se justifica plenamente. En este sentido, es decir, para el mero efecto de la obligación de probar, dijeron los romanos: *reus in exceptione fit actor*.

Si al que demanda el pago de una cantidad prestada, se le contesta confesando el préstamo, pero alegando la excepción de pago, de novación, etc., el reo se convierte en actor, en cuanto a que, si no prueba esa excepción, con la que intenta innovar el estado de obligación, proveniente del préstamo confesado, la sentencia le será condenatoria. *Actore non probante, reus solvitur*. Pero ese mismo reo, así considerado como actor, en cuanto, por medio de sus excepciones intenta innovar, como parte que interviene en el juicio, es y no deja de ser demandado.

Del mismo modo, si alguien pide la adjudicación de una mina, fundándose en que las minas, por regla general, son baldías o pertenecientes al Estado y adjudicables al que las denuncia, es actor en el juicio; y no deja de serlo porque se le presente un opositor, alegando derechos adquiridos sobre la misma cosa; por más que el opositor tenga obligación de comprobar su derecho, y para este efecto, se le considere como actor.

Cuando la jurisdicción voluntaria se convierte en contenciosa, no se cambian los papeles de las partes, ni se forma un nuevo juicio, diverso del anterior. La misma demanda de jurisdicción voluntaria, se convierte en contenciosa: se supone que el actor la ha intentado directamente contra el opositor; aquél ataca y éste se defiende; y si la defensa se justifica legalmente, la sentencia rechaza la demanda; niega la adjudicación.

El juicio, así voluntario como contencioso, es de adjudicación de la mina; porque en la sentencia se ha de conceder o negar la adjudicación; y por lo mismo, si se lo suspende por tres años, podrá declararse abandonada la demanda de adjudicación, mas no la oposición.

En idéntico sentido opinaríamos en el caso de adjudicación de aguas. Pero diríamos lo contrario al tratar de las excepciones que, después del juicio de coactiva, deduce el ejecutado. Allí sí tenemos dos juicios contenciosos, sumario el uno, ordinario el otro. El primero termina con el pago; y en el segundo, que tiene por objeto

la restitución de lo pagado, se ventila la acción de pago indebido: el derecho del ejecutado se actúa en forma de ataque; y la sentencia ha de absolver o condenar al empleado recaudador.

Este empleado podría, por tanto, alegar el abandono, si se suspendiera la primera instancia por más de tres años (1).

CASO 2º

Actor en las tercerías.

En las tercerías excluyentes, el tercerista es actor, y son demandados el ejecutante y el ejecutado.

Este punto, entre otros de mayor importancia, resolvió el Tribunal Supremo, en el juicio Ribadeneira-Espinosa; y por ser muy obvio, reservamos transcribir las sentencias, cuando nos ocupemos en el estudio de las excepciones y de las tercerías.— “Gaceta Judicial”, Serie Cuarta, Nº 106.

CASO 3º

Ratificación expresa o tácita.

Cabe ratificación expresa o tácita de las gestiones judiciales de los incapaces.

En el juicio Salas - Montalvo, resolvió el Tribunal Supremo, revocando el fallo de la Corte Superior de Quito, que desde que el curador ad litem de un menor interviene en la prosecución de una causa, ratifica, tácitamente, la demanda deducida antes de su intervención.

Los fallos son del tenor siguiente:

(1) Esto se escribió antes de la reforma de 1921, según la cual, basta la suspensión de treinta días para que el juicio de excepciones quede terminado (Art. 23).

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Abril de 1924, las tres p. m.—Vistos: Por presentadas las partidas de matrimonio de Manuel M. López con la demandada y de bautismo de Ubaldo o Humberto Salas, estudiando la causa para resolver sobre lo principal, se nota haberse incurrido en las siguientes faltas sustanciales: 1º la demanda fué deducida por el menor Salas y él mismo presentó posteriormente el escrito de fojas 3 sobre litis expensas, habiendo progresado el juicio sobre la base de dicha demanda propuesta por una persona incapaz, sin que siquiera hubiese intervenido la ratificación del curador *ad litem*; 2º citada la demandada Carmen Montalvo con dicha demanda y el consiguiente auto de prueba, alegó la incompetencia del Juez por razón del domicilio de aquella, solicitando expresamente la inhibición de éste, lo cual constituía un artículo de previo pronunciamiento, que obstaba el progreso del juicio sobre lo principal mientras no quedase determinada dicha competencia; pues, los artículos de esta índole suspenden por su naturaleza todo término, por el ministerio de la ley, según lo dispuesto en el Art. 355 del Código de procedimientos en materia civil, si bien los términos perentorios no pueden ser suspendidos por el Juez. Por lo expuesto, habiéndose incurrido en las faltas sustanciales que apuntan los números 1º y 2º del Art. 400 del citado Código de enjuiciamientos, se declara nulo lo obrado, reponiéndose la causa al estado de fojas 2, en que el Juez cerciorándose previamente por los medios legales de la minoridad de Humberto Salas le provea de un curador, para que reproduzca la demanda sobre lo principal, si cree conveniente a los intereses del pupilo. La reposición es a costa del asesor doctor Tomás Paredes B. Conviértanse al sello de cuarta clase todos los folios de este proceso que no lo lleven antes de que baje el proceso al Juez inferior.—León.—Vallejo G.—Terán.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 12 de 1915, a las tres de la tarde.—Vistos: Desde que Daniel Naranjo, curador *ad litem* de Humberto Salas, intervino en la prosecución de la causa, ratificó, tácitamente, la demanda de la foja primera; y, ya por lo expuesto en el auto de fojas 31, ya porque, dada la naturaleza del juicio, no era del caso, discutir, previamente, sobre jurisdicción, no es legal el fundamento aducido, por la Corte de Riobamba, en orden a la incompetencia alegada en apoyo de la nulidad del proceso. Por tanto, revocado el auto recurrido, en la parte materia del recurso de tercera instancia, se exonera al asesor doctor Paredes del pago de costas. Devuélvanse.—Pino.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Escudero.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 122, pág. 2212).

CASO 4º

Ratificación tácita.

Es válido el proceso seguido con una mujer casada, si en el juicio ha figurado también el marido.

Esto, que es muy obvio, se declaró en el juicio de Javier Carrión contra el doctor Francisco Dávila y otros. No transcribimos los fallos porque lo consideramos innecesario por ahora.

CASO 5º

Ratificación de los actos de un mandatario incapaz.

No pueden validarse, por la ratificación, los actos que ejecute como apoderado, una persona legalmente incapaz de serlo; porque tales actos son absolutamente nulos.

Así lo resolvieron nuestros tribunales en la causa de Benjamín Lombeida contra Luis del Pozo F. (Serie 2ª, Nº 75, pág. 597); y en la Muriel - Beltrán (Serie 3ª, Nº 137, pág. 2330). Reservamos transcribir y comentar los fallos, cuando estudiemos la sección Segunda de este mismo Título "De los Procuradores", y la que trata del recurso de nulidad. Lo citamos ahora, simplemente para hacer notar que los tribunales han recurrido a la distinción sustantiva de las nulidades en absolutas y relativas, para resolver la cuestión esencialmente adjetiva de la validación de las actuaciones judiciales por medio de la ratificación, cuando la nulidad ha provenido de ilegitimidad de personería; lo cual no nos parece admisible.

CASO 6º

Contraposición de intereses en juicio de partición.—Curador ad litem designado por el menor.—Ratificación.

Si los intereses del curador u otro representante legal son contrapuestos a los del representado, debe éste

figurar en el juicio por medio de un curador ad litem, y en el nombramiento del curador ad litem deben cumplirse las solemnidades del Art. 426 del Código Civil (designación de la persona por el menor y audiencia del defensor de menores).— La ratificación del curador legalmente nombrado, valida las gestiones del que lo fue ilegalmente.— Voto salvado en el sentido de que el curador ad litem puede ser nombrado por el Juez, libremente.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Juzgado Segundo Municipal de Ibarra. (Asesorado en Quito).— Mayo 4 de 1918; las doce m.—Vistos: En el escrito de la foja primera se expresó que Zoila Victoria León, menor de edad, carece de representante legal y se pidió que, por ello, se le nombrara un curador ad litem. El Juzgado, en el decreto de la foja segunda, acogió tal solicitud y nombró curador ad litem a Manuel León.—No era el caso de nombrarle tal curador a quien no tenía representante legal, sino que debió nombrarse un guardador general; puesto que el curador ad litem no es representante legal y debe intervenir tan sólo en un litigio cuando hay intereses contrapuestos entre el representante legal y el representado, o entre el guardador y el pupilo; lo cual no sucede en el presente caso.— El curador ad litem no pudo, pues, representar a Zoila Victoria León en el presente juicio, tanto más cuanto que se trataba de la división de un patrimonio.—De lo expuesto, aparece, pues, que Zoila Victoria León no ha estado legalmente representada en el presente juicio y que, por lo mismo, es nulo desde la foja tercera en que intervino Manuel León.— Declárase la nulidad a costa del asesor que ha aconsejado al infrascrito Juez, hasta cuando legalmente fue recusado, como lo fue en el escrito de la foja 30.—Benalcázar.—Borja.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Abril 12 de 1919; las cuatro p. m.—Vistos: Puesto que José Corrales, curador general de la menor Zoila Victoria León, cuyo discernimiento se ha presentado en esta segunda instancia, ratifica todo lo hecho en este juicio por Manuel León, curador ad litem de dicha menor, se hace innecesario considerar los fundamentos del auto de fojas 32 de cuatro de Mayo de mil novecientos diez y ocho, único que ha venido en grado en la causa de partición de los bienes de Antonio Dávila. Por tanto se revoca el mencionado auto. Sin costas. Devuélvanse.—Calisto M.—Darquea.—Carrera Andrade.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a las cuatro de la tarde del trece de Septiembre de mil novecientos diez y nueve.—Vistos: José Corrales, curador general de la me-

por Zoila Victoria León, no puede representarla en este juicio, porque los intereses de los dos son contrapuestos; por lo cual, no surte efecto alguno la ratificación de dicho curador. Los incapaces que no están bajo patria potestad, tutela o curaduría, deben ser representados en juicio por el curador que se les dé a este propósito (Art. 40 del Código de Enjuiciamiento Civil). Al iniciarse este juicio, fue, pues, el caso de que se nombrase curador ad litem para la menor Zoila Victoria León; nombramiento que, por ser ella adulta, según lo manifiesta la partida de la foja 41, debió hacerse conforme a lo prescrito en el Art. 426 del Código Civil. Como Manuel León no fue nombrado para ese cargo de la manera prescrita en esta disposición legal, su nombramiento fue nulo; y, en consecuencia, es nulo el proceso, por no haber estado legítimamente representada la menor adulta Zoila Victoria León. De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 407 y 411 del Código de Enjuiciamiento Civil, revocándose el auto recurrido, se declara dicha nulidad, y se ordena que, a costa del asesor doctor Víctor Gómez Jurado, se reponga el proceso al estado en que estuvo cuando debió nombrarse curador ad litem para la mencionada menor.—Póngase, separadamente, al despacho del Tribunal, copia de la escritura de fojas 25—27, para los efectos de la atribución 13 del Art. 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Devuélvase.—Cárdenas.—Albán Mestanza.—Peñaherrera.—Vásconez.—Ponce.

Pedida revocación, se expidió el auto siguiente:

Quito, a 14 de Noviembre de 1919, a las dos de la tarde.—Vistos: Negada en el auto de la foja 16 vuelta, la nulidad que Leonardo Federico Cevallos, como mandatario de Francisca de la Fuente, había pedido que se declarase, por no ratificar su mandante las gestiones de Joaquín Guerrero Dávila, Cevallos, en el escrito de la foja 18, solicitó que se revocase dicho auto. En el de 10 de Mayo de 1918 (foja 32), se anuló el proceso, desde la foja 3, fundándose el Juzgado en que la menor Zoila Victoria León había sido representada por un curador ad litem, cuando hubo de nombrársele curador general. Por apelación de José Corrales, Antonio Suárez y otros, interpuesta en el escrito de la foja 34, subió el proceso a la Corte Superior de Quito, cuya Primera Sala, en auto de 12 de Abril de 1919 (fojas 53), declaró que, por cuanto José Corrales, curador general de la menor Zoila Victoria León, cuyo discernimiento se había presentado en la segunda instancia, ratifica todo lo hecho en este juicio por Manuel León, curador ad litem de dicha menor, se hacía innecesario considerar los fundamentos del auto de la foja 32, único que le había subido en grado; y por esta consideración, lo revocó, absteniéndose de anular el proceso por otros motivos. Leonardo Federico Cevallos interpuso recurso de tercera instancia; y este Tribunal, en auto de 13 del último Septiembre, declaró: 1º Que José Corrales curador general de la menor Zoila Victoria León, no podía representarla en este juicio, porque los intereses de los dos son contrapuestos; por lo cual no surte efecto alguno la ratificación de dicho curador; 2º Que los incapaces que no están bajo patria potestad, tutela y curaduría, deben ser representados

en juicio por el curador que se les dé a este propósito, es decir, por un curador ad litem, por lo prescrito en el Art. 40 del Código de Enjuiciamiento Civil; pero que el nombramiento de este curador, en el caso actual, por ser adulta la menor Zoila Victoria León, debió haberse hecho de conformidad con lo dispuesto en el Art. 426 del Código Civil. Y por no habérselo hecho de esta manera, revocándose el auto de la Corte Superior, se anuló el proceso, por no haber estado legítimamente representada aquella menor, absteniéndose el Tribunal de anularlo por otros motivos, con lo cual confirmó, en este punto, el juicio de la Corte Superior. Dentro del respectivo término, en el escrito de la foja 66, Rodolfo Pazos pidió la revocación de este último auto, a nombre de la menor y de Joaquín Guerrero, con protesta de presentar el poder o la ratificación que legitimase su personería; revocación a que se opuso J. I. Larrea, por Leonardo Federico Cevallos, alegando el Art. 338 del Código de Enjuiciamiento Civil. La nulidad declarada por este Tribunal en el auto de cuya revocación se trata, fue declarada por la primera vez en la tercera instancia, lejos de ser punto que hubiese subido en grado; y el que, por consecuencia de tal declaración de nulidad, quédase revocado el auto de la Corte Superior, no implica que el de la Suprema, en el punto dicho, no esté comprendido en la segunda parte del citado Art. 338. Además, tratándose de nulidad declarada por falta de personería, es aplicable la disposición especial del Art. 416 del Código de Enjuiciamiento Civil, que comprende aún el caso de que el Superior hubiese confirmado la nulidad declarada por el Inferior. De estas últimas consideraciones se sigue, que la declaración de nulidad hecha en el auto de 13 de Septiembre de este año, es revocable; y tocante a la revocación solicitada, se considera: 1º Después de que los títulos XVIII, XIX y XX del Código Civil se trata "De las Tutelas y Curadurías en general", "De las Diligencias y Formalidades que deben preceder al ejercicio de la Tutela o Curaduría", y "De la Administración de los Tutores y Curadores relativamente a los bienes"; en los títulos subsiguientes se trata de las "Reglas Especiales relativas a la Tutela", de las "Reglas Especiales relativas a la Curaduría del Menor", de las "Reglas Especiales relativas a la Curaduría del Disipador", de las "Reglas Especiales relativas a la Curaduría del Demente", de las "Reglas Especiales relativas a la Curaduría del Sordomudo", de las "Reglas Especiales de las Curadurías de Bienes", de las "Reglas Especiales de los Curadores Adjuntos" y de las "Reglas Especiales de los Curadores Especiales". La especialidad de cada grupo de estas leyes especiales se determina desde el punto de vista expresado en el respectivo título; y las de cada grupo prevalecen, como especiales respecto de lo que es su objeto o materia propia: 2º No hay razón alguna para afirmar que todas las reglas especiales del título XXII, relativas a la curaduría del menor, son aplicables únicamente a la curaduría general; antes, tal afirmación sería contradictoria de lo que expresamente se declara en el Art. 425, primero de aquel título: "La curaduría del menor, de que se trata en este título, es aquella a que, sólo por razón de su edad, está sujeto el adulto emancipado". Así la curaduría general como la especial, para el adulto emancipado, son curadurías a que el adulto emancipado está sujeto sólo por razón de su edad: 3º En las reglas especiales del título XXVIII—"De los Curadores Especie-

les"—, nada hay contrario a que el nombramiento de los curadores ad litem para los menores adultos emancipados deba hacerse de la manera prescrita en el Art. 426. No lo es el que la curaduría ad litem sea dativa, como toda curaduría especial; porque también el Art. 426 se refiere a curadurías dativas. Tampoco lo es el que los curadores para pleito o ad litem son dados por la Judicatura que conoce en el pleito; porque el Juez que conoce en el pleito puede darlos con los requisitos determinados en el Art. 426. Las especialidades aplicables a los curadores ad litem, en cuanto curadores especiales, son: la de que debe darlos, no cualquier Juez a cuya jurisdicción esté sujeto el menor, sino el Juez que conoce en el pleito, y la de no estar obligado el curador ad litem a formar inventario; y ni a la una ni a la otra se oponen las prescripciones del Art. 426: 4º En el caso en que se quiera demandar a un menor adulto emancipado que no tiene curador general, el demandante, en la demanda misma, debe pedir al Juez que nombre curador ad litem para el menor demandado, y el Juez, para nombrarlo, debe cumplir con las prescripciones del Art. 426, una de las cuales es que si el menor no designa la persona, la designará el Juez: 5º Si del tenor literal de la ley, como de su contexto y sistema, se deduce la necesidad de aplicar al nombramiento de curadores ad litem para menores adultos emancipados las disposiciones del Art. 426, tal necesidad corresponde también a la importancia del cargo de curador ad litem, ya que en un juicio puede resolverse de gran parte de los bienes del menor, y aun quizá de todo su patrimonio: no habría motivo razonable alguno para dar al menor adulto emancipado la facultad de designar la persona que ha de ser su curador general, y no darla para designar la que ha de ser su curador ad litem; y 6º Si las razones de los números precedentes justifican y demuestran el fundamento jurídico del auto de 13 de Septiembre; el hecho de que Segundo D. Yazelga, curador general últimamente nombrado para la menor Zoila Victoria León, por renuncia de José Corrales, aprueba y ratifica lo hecho en el juicio por el curador ad litem Manuel León, como aprueba y ratifica lo hecho a nombre de aquella por Rodolfo Pazos, pone la cuestión en el caso previsto en el Art. 417 del Código de Enjuiciamiento Civil. Revócase, por esto, el auto de 13 de Septiembre de este año, en cuanto en él se declara la nulidad del proceso, y se ordena que éste, que no adolece de nulidad sea devuelto al inferior, para que se continúe el curso legal. Legalícese este pliego.—Cárdenas.—Albán, Mestanza.—Peñaherrera.—Vásquez.—Ponce.

VOTO SALVADO

Quito, a 13 de Setiembre de 1919; a las cuatro de la tarde.—Vistos: Las reglas del título XXII del libro primero del Código Civil son aplicables, únicamente, a la curaduría general del menor, esto es, a aquella curaduría a que, sólo por razón de su edad, está sujeto el menor emancipado, como así lo manifiesta el contexto de las mencionadas reglas; y por lo mismo de especiales, no pueden aplicarse a la curaduría ad litem, sujetas a las disposiciones del título XXVIII del citado libro, también especiales, según las cuales es el Juez que conoce en el litigio quien debe nombrar libremente el curador, sin consideración a que sea púber,

impúber o menor adulta la persona a quien va él a representar. La curaduría ad litem es dativa; pero de que lo sea, no se sigue que respecto de ella deban regir las reglas del título XXII ni las del párrafo 4º del título XVIII, porque esas reglas se han establecido en consideración al objeto de la curaduría a que se refieren, el cual comprende así la administración de los bienes del pupilo como su cuidado personal; a diferencia de la curaduría ad litem que como su nombre lo dice, no tiene otro objeto que la representación del pupilo en el juicio durante él, y que, por su propia naturaleza, hacía innecesaria ninguna formalidad que no fuese la de que el curador lo nombrase el Juez del litigio. En consecuencia, el nombramiento de Manuel León para curador ad litem de la menor Zoila Victoria León Pasquel, sin que ésta lo hubiese indicado previamente, es válido, y ya por esto, ya porque no existe la nulidad del proceso alegada por la falta de ratificación de Francisca de la Fuente, se confirma, con costas, el auto de que se ha recurrido.—*B. Albán Mestanza.—Cárdenas. — Peñaherrera.—Vásconez.—Ponce.—El Secretario, — Tito A. Rodríguez.*

Quito, Noviembre 14 de 1919; a las dos de la tarde.—*Vistos:* Si bien el suscrito Ministro Belisario Albán Mestanza, no acepta las consideraciones del auto de revocación expedido hoy por el Tribunal opuestas a las del voto salvado de fojas 38, por las otras; opina por la revocación.—*B. Albán Mestanza.—Cárdenas.—Peñaherrera.—Vásconez.—Ponce. — El Secretario,—Tito A. Rodríguez.*

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, Nº 111, pág. 889).

Tres importantes resoluciones contiene este fallo:

1ª—En caso de oposición de intereses, no puede el representante figurar en juicio a nombre del representado, aunque los dos no tengan las calidades de actor y demandado, respectivamente:

2ª—El curador ad litem debe ser nombrado con los requisitos del Art. 426, esto es, por elección del menor y con audiencia del Defensor:

3ª—El curador legalmente nombrado puede ratificar los actos del que lo fue ilegalmente.

Sobre la primera, perfectamente conforme con la doctrina que hemos expuesto al tratar de la prop. 254, nada tenemos que observar. El principio jurídico de que una persona no puede representar en juicio intereses opuestos, no estaba todavía reconocido por la ley de modo expreso, cuando se expidió este fallo; pero su indiscutible evidencia hizo que se lo aplicara entonces, sin dificultad ni resistencia, como se lo aplicó en varios otros

casos. La discusión versaba sólo sobre si existía o no verdadera oposición de intereses en determinados asuntos judiciales, es decir, sobre la premisa menor del silogismo, según lo indicamos en el lugar respectivo.

Segunda resolución.—Con respecto al modo de hacer el nombramiento de curador ad litem, la práctica tradicional había consagrado la doctrina aducida en el voto salvado, esto es, la de que ese nombramiento podía ser hecho por el juez, libremente, sin los requisitos del Art. 426. Tal práctica, empero, era manifiestamente ilegal e inconveniente, como lo demuestra en sus razonamientos el Tribunal Supremo, y más de una vez tuvimos ocasión de combatirla, ya en el foro, ya en las Cámaras Legislativas, hasta que, en el presente año obtuvimos se agregase al Código de Enjuicamiento un artículo que prevé y resuelve expresamente la cuestión, tomando, a la vez, en cuenta otros vacíos, que, sobre la misma materia, tenían nuestras leyes (1).

Fué, pues, un plausible triunfo el que la sana doctrina jurídica obtuvo mediante ese fallo; mas como, a pesar de eso, se seguía discutiendo en el foro, y como, por otra parte, de la doctrina misma consagrada en el fallo

(1) Art. 10.—Después del Art. 849, pónganse los siguientes:

Art. Cuando deba nombrarse curador ad litem, el juez de la causa elegirá la persona, previa audiencia de los parientes y del Defensor de Menores. Si el incapaz fuere un menor adulto, y a él le tocara la elección de la persona, el juez la aceptará, si fuere idónea, previa audiencia del Defensor de Menores.

Lo dispuesto en este artículo se observará también cuando el incapaz tenga guardador testamentario o legítimo, mientras a éste no se le discierna el cargo o cuando el guardador tenga algún impedimento para ejercerlo.

La omisión de la falta de indicación, por parte del menor adulto o de la audiencia del Defensor o de los parientes, en los nombramientos hechos antes de la vigencia de esta ley, no anulará los actos ejecutados por el curador, mas, declarada judicialmente, pondrá fin a la guarda.

Exceptúase de la disposición contenida en el inciso 1º de este artículo, el caso en que el nombramiento del curador ad litem fuere necesario para el mero efecto de asistir a una declaración, en juicio civil o criminal, pues entonces el juez podrá hacer de plano tal nombramiento en él mismo acto y sin otra formalidad.

Art. Todo el que intente litigar o esté litigando con un incapaz que necesite curador, podrá promover el nombramiento de curador ad litem en la forma prescrita por el artículo anterior.

podían originarse enormes complicaciones para los asuntos que antes se habían ventilado conforme a la antigua práctica de la elección libre por el juez, se hizo necesario el inciso que reconoce la validez de los actos realizados antes de la reforma.

Cuando estudiemos la Sección del nombramiento de tutores y curadores, nos ocuparemos más detenidamente en este asunto.

Tercera resolución.—La validación de las gestiones judiciales y de las correspondientes actuaciones, mediante la ratificación, no ha ofrecido dificultad práctica sustancial, atentas las reglas que, al respecto, tiene el Código en el parágrafo del recurso de nulidad.

CASO 7º

Curador ad litem del sordo - mudo.

Para dar curador ad litem a un sordo - mudo, debe preceder la interdicción.—Voto salvado del doctor Pino en el sentido de que basta la prueba de esa circunstancia.

Consideraremos esta cuestión, cuando estudiemos los juicios relativos a tutelas y curadurías (Sección 21 del Tít. II, Libro II).

CASO 8º

Divorcio consensual.— Distinción entre curador especial y curador ad litem.

En el juicio de divorcio consensual, el cónyuge menor de edad debe ser representado por curador especial y no por curador ad litem.

Así se resuelve, con el voto salvado del magistrado doctor Manuel E. Escudero, en el juicio López - Cruz.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Ambato, Diciembre 22 de 1913, lunes, las doce m.—Vistos: Hanse llenado todas las formalidades prescritas por la ley para la sustanciación de los juicios como el presente; y reconocido juratoriamente por sus autores, el escrito de demanda; este Juzgado segundo Municipal, fundándose en lo que previene la Ley Reformatoria sobre Matrimonio Civil, sancionada en 30 de Septiembre de 1910, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, interpone la que le compete y declara aceptado el divorcio por mutuo consentimiento de Leonidas López y Cecilia Cruz, y disuelto, en consecuencia el matrimonio civil contraído por estos dos demandantes. Elévase por el primer correo en contra al Tribunal Superior, dejándose copia de esta sentencia a costa de los demandantes. Hágase saber.—Timoleón L. Naranjo.—J. B. Vela.

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Septiembre 2 de 1914, las dos p. m.—Vistos: Habiéndose sustanciado legalmente esta causa, y constando el consentimiento mutuo de los esposos Leonidas López y Cecilia Cruz para el divorcio consensual, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se acepta la demanda, declarándose disuelto el vínculo civil del matrimonio contraído por los supradichos esposos, en Ambato, a 14 de Febrero de 1913 ante el señor Jefe Político de dicho Cantón. Aunque las partes no interpongan ningún recurso, consúltese este fallo a la Excelentísima Corte Suprema.—Daniel León.—R. Vallejo G.—B. A. Terán.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 7 de 1915, a las dos de la tarde.—Vistos: En el caso previsto por la ley Reformatoria de la de Matrimonio Civil, expedida el 30 de Setiembre de 1910, para que se declare el divorcio, debe concurrir la voluntad de los dos cónyuges; pero, se entiendo, la voluntad legalmente manifestada, como que sólo ésta es fuente de derechos y obligaciones. Según el certificado de fojas 4, Cecilia Cruz fue, al tiempo de la demanda, menor de quince años; y, por lo tanto, para que su consentimiento de divorciarse constase válidamente, debió haberlo expresado con intervención de un curador especial, a quien, por nombrado con las solemnidades legales, se le hubiera discernido el cargo. La intervención del curador *ad litem* y su ratificación en orden al consentimiento declarado en la demanda, no son suficientes a validarlo; porque las facultades de este curador, que no son otras que las relativas a la representación de la pupila en las diligencias del juicio, no se extienden a la legal constitución del hecho en que la demanda se funda. No apareciendo, conforme a la ley, el consentimiento de Cecilia Cruz, la demanda es improcedente; y, por esto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, revocada la sentencia de la Corte de Riobamba, se deniega el divorcio. Devuélvanse.—Leopoldo Pino.—A. Cárdenas.—Manuel B. Cueva.—Francisco Andrade Marín.—Manuel E. Escudero.

VOTO SALVADO

Quito, a 7 de Mayo de 1915, a las dos de la tarde.—Vistos: Según el Art. 29 de la Ley de Matrimonio Civil, para proceder al divorcio es preciso de un juicio que tiene tres instancias, y sujetarse a los demás trámites establecidos por la ley; de modo que, si uno de los cónyuges es menor de edad, necesita ser representado en el juicio por un curador, que para el caso, tiene que ser curador *ad litem*. Esta regla general para toda clase de divorcios, se aplica igualmente al por mutuo consentimiento, ya que en éste, como en todos los demás, el juicio principia a tramitarse desde el momento mismo en que las partes se presentan ante el Juez competente, y solicitan que se declare el divorcio, expresando la causa. Si la causa alegada es la *sola voluntad* de las partes, y si para esta declaratoria, que contiene la demanda y contestación recíproca de los cónyuges, el menor está representado por un curador *ad litem*, dicha representación es *completamente legal*, por cuanto aquellos curadores se dan precisamente para que asistan a sus pupilos en todo el litigio, y por consiguiente, desde que éste principia, o sea desde la demanda y su contestación. Por estas consideraciones y porque se estima legal la sentencia dictada por la Corte Superior de Riobamba en el juicio de divorcio de Leonidas López y Cecilia Cruz, debería confirmarse.—Manuel E. Escudero.—Pino.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marin.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 81, pág. 1882).

Resolución enteramente igual se expidió en el caso que en seguida ponemos; por lo cual reservamos el comentario para después de transcribir los correspondientes fallos.

CASO 9º

Divorcio consensual.—Distinción entre curador especial y curador ad litem.

En el juicio de divorcio consensual, el cónyuge menor de edad debe ser representado por curador especial y no por curador ad litem.

Esta resolución, idéntica a la anterior, se expidió en el juicio Vásquez B. - Bolognesi Z., en los términos siguientes:

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Junio 20 de 1919; las cinco p. m.—Vistos: La menor doña Inés Bolognesi Z. ha debido ser representada en este juicio, desde la demanda de fojas 4, por un curador ad litem, nombrado por el Juez de esta causa, para la validez del juicio. Mas, como el doctor Luis F. Borja, ha intervenido a nombre de dicha señora sin ser tal curador ad litem y sólo como curador especial, según el discernimiento de fojas 3, dicho señor no ha tenido personería legítima para intervenir en este juicio. Por tanto y no siendo subsanable esta omisión sustancial, en vista del N.º 2.º del Art. 407 del Código de Enjuiciamiento Civil, se declara la nulidad del proceso, a costa del asesor doctor José Julio Gavela O., y se ordena reponer la causa al estado de proveer a la demanda de fojas 4.—Román.—Larrea.—Posso.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 18 de 1919, a las dos de la tarde.—Vistos: La menor Inés Bolognesi Z. está representada, legalmente, por el curador especial doctor Borja, ya que la manifestación de la voluntad de divorciarse, es acto que, por no comprenderse a este guardador sino al primero. En esta virtud, no puede aceptarse a este guardador sino al primero. En esta virtud, revocado el auto recurrido, se dispone que la Corte de Quito falle acerca de lo principal. Devuélvanse.—Albán Mestanza.—Pino.—Peñaherrera.—Vásconez.—Córdova.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N.º 19, pág. 150).

El Código Civil define la curaduría especial, diciendo:

"Art. 335.—Curador especial es el que se nombra para un negocio particular".

Particular significa aquí singular, individual, como contrapuesto a general o universal. Ese negocio particular puede, por tanto, ser judicial o extrajudicial.

Después en el Tít. XXVIII "de los curadores especiales", agrega:

"Art. 483.—Las curadurías especiales son dativas. "Los curadores para pleitos o ad litem son dados por la judicatura que conoce en el pleito".

Síguese de aquí que, por este aspecto o sea comparando las dos clases de curadurías, la especial es género y la ad litem especie. Todo curador ad litem es curador especial; mas no todo curador especial es curador ad litem.

Y por lo mismo, al decir el Tribunal que el curador del cónyuge menor debió ser **especial** y no **ad litem**, quiso expresar que debía ser curador especial extrajudicial, un curador con nombramiento y discernimiento según las reglas generales de la curaduría.

¿Pero cuál la razón? ... En las facultades del curador **ad litem** —nos dice el Tribunal Supremo— no se comprende ni puede comprenderse la de expresar la voluntad del pupilo de disolver su matrimonio. Este es todo su argumento.

La ley no determina expresamente las facultades del curador **ad litem** ni las del especial; ellas, empero, están determinadas por el asunto mismo encomendado; y en tal virtud las del primero, del **ad litem**, son y no pueden menos que ser las necesarias para la gestión judicial de que se trata: preparar la demanda y deducirla, si el pupilo ha de ser actor, preparar y oponer la contestación, si demandado; rendir las pruebas, alegar, etc.

El problema debe, por tanto, plantearse, en estotro terreno: el curador **ad litem** puede darse y se da para **pleitos**, según el texto de la ley. Y el procedimiento judicial para obtener el divorcio consensual es **pleito**? ... Si respondemos afirmativamente, la cuestión está resuelta: para ese pleito puede y debe darse curador **ad litem**; y el curador puede muy bien deducir la demanda comprensiva de la declaración de la voluntad del pupilo de disolver el matrimonio. ¿Respondemos negativamente? ... ¿Declaramos que el tal procedimiento no es pleito? ... Pues el curador especial será **extrajudicial** y no **ad litem**, y deberá obtener nombramiento y discernimiento en la forma común.

Luego —como primera consecuencia— debemos deducir que para los magistrados y demás jurisperitos ecuatorianos que consideran el divorcio consensual como asunto **contencioso**, es decir, como un asunto en el cual concurren, a la vez, esas dos cosas diametralmente opuestas, el **consentir** y el **contender**, no puede haber cuestión ni dificultad. El curador para esa **litis**, para esa **contienda**, debe ser **ad litem**.

Para los que creemos que aquel asunto, si judicial, por la forma en que se actúa el consentimiento, es simple y esencialmente de **jurisdicción voluntaria**, el caso es

menos claro. Debemos reconocer que no hay pleito en el sentido de **contienda, litigio o disputa judicial**; pero debemos decir también que si la hay, en el de proceso o **cuerpo de autos**: acepción que, como la anterior, es admitida y formulada por la Real Academia Española, lo mismo que por Escriche.

El Código Civil dice, como hemos visto, que se llama **curador ad litem** el especial que se da para un pleito; y esta misma palabra emplea el de Enjuiciamiento en el Art. 40 que ya estudiamos. Mas nosotros nos inclinamos a creer que el legislador toma en estos casos la palabra **pleito** en la segunda de las acepciones arriba mencionadas, en la amplia acepción comprensiva de todo asunto judicial.

El Art. 39 y los que le siguen en la sección del actor y el demandado, tienen por objeto reglar la capacidad de parecer en **juicio**, como vemos en la exposición doctrinal. Así lo dice en el inciso inicial, el Art. 39; y juicios son, según el lenguaje de nuestro Código, no sólo los asuntos de jurisdicción contenciosa, sino también los de la voluntaria, como inventarios, particiones, remate voluntario, licencias judiciales, etc., etc., en todos los cuales pueden los incapaces figurar y figuran cuotidianamente por medio de curadores **ad litem**.

No encontramos, por lo mismo, razón legal suficiente para excluir a estos curadores, al tratarse del juicio voluntario de divorcio consensual.

Tampoco existe razón de conveniencia, desde el punto de vista de las garantías o seguridades para el pupilo. El curador **ad litem** debe ser designado por el menor, y el juez debe nombrarle previa audiencia del Defensor de Menores, quien, además, debe intervenir como parte.

Las mismas formalidades de designación y audiencia deben concurrir para el nombramiento de curador especial extrajudicial; sin más diferencia que la de que este último debe obtener el **discernimiento**. Mas el discernimiento, es una fórmula que nada significa desde el punto de vista de esa garantía; es una mera fórmula, que, si para un negocio extrajudicial puede tener la ventaja de conservar en el protocolo el título que, en cualquier tiempo, legalice la intervención del guardador, para un asunto judicial, que se actúa en un proceso que

debe ser guardado también en el archivo público, no tiene razón alguna de ser.

CASO 10

Juicio de divorcio.— Necesidad de curador general o especial para el cónyuge menor de edad.

En la causa Navas - Hidalgo expidió el Tribunal Supremo el fallo siguiente:

Quito, a 21 de Octubre de 1920, a las tres de la tarde.—Vistos: Elcira Hidalgo, que según la partida de fojas 24 y el acta de fojas 27-28, es menor de edad, no ha podido estar en este juicio sino representada por un curador general o especial nombrado para el efecto; y, al haberse prescindido de tal curador, se ha faltado a la segunda de las solemnidades sustanciales señaladas en el Art. 407 del Código de Enjuiciamiento. Es, por lo tanto, nulo el proceso; y, declarada la nulidad, se dispone vuelva la causa al estado de proveer, conforme a la ley, a la demanda. Las costas son de cargo del asesor y de los Ministros que, respectivamente, han dictado los fallos de fojas 9 y 17. Devuélvanse.—*Albán Mestanza.—Pino.—Peñaherrera.—Ayora.—Córdova.*

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 50, pág. 399).

Este lacónico fallo no da a conocer ni con quién litigaba Elcira Hidalgo ni sobre qué asunto versaba el juicio, ni si la Hidalgo menor de edad había figurado en la causa por sí mismo o por medio de curador ad litem o de algún otro modo. No se han publicado las sentencias anteriores; y si bien en la sumilla se dice que el juicio fue de **divorcio**, no se expresa si éste fue consensual o de otra clase.

Recurrimos, por esto al archivo del Tribunal Supremo, para saber si se trataba de un caso idéntico a los dos anteriores; y por las actuaciones que allí constan, llegamos a comprender: 1° Que el juicio había sido de divorcio consensual; 2° Que la Hidalgo, menor de edad había figurado por sí misma en la causa; 3° Que en primera y segunda instancia se declaró disuelto el matrimonio por mutuo consentimiento; 4° Que en tercera instancia, el Ministro Fiscal y el Defensor de Matrimonios pidieron que se confirmara la sentencia, mas el Tribunal, estando ya la causa en estado de relación, ordenó

de oficio la presentación de la partida de nacimiento de la Hidalgo, y cerciorado así de la minoridad de ésta, declaró nulo todo el proceso.

No tuvo, por tanto, oportunidad para decidir por tercera vez que no era suficiente la intervención de curador *ad litem*; pero al decir que la menor debía haber intervenido por medio de curador general o especial, dió a conocer su persistencia en la doctrina que hemos analizado en el caso precedente.

CASO 11

Curador ad litem en juicio de nulidad de matrimonio, promovido por el padre.

Si el padre legítimo promueve juicio de nulidad de matrimonio, en uso del derecho propio que la ley le concede, el hijo, menor de edad, debe ser representado por el curador *ad litem*.

En el juicio Cortez - Miño expidió el Tribunal Supremo el siguiente fallo, posterior a todos los relativos al juicio de divorcio consensual, precedentemente examinados.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Noviembre 26 de 1921, a las dos de la tarde.—Vistos: En la demanda de la foja primera, Miguel Cortés solicitó, como padre legítimo de María Isabel Cortés, la nulidad del matrimonio celebrado por ésta con Reinaldo Miño, por los motivos expresados en ese escrito. A fojas 3, Miño contestó allanándose con la demanda. A fojas 4 se ordenó la audiencia del Agente Fiscal primero y el Defensor de matrimonios, y, seguida la causa por los trámites respectivos, se pronunciaron las sentencias de primera y segunda instancia. Ahora bien, el examen del proceso da lugar a las consideraciones siguientes: 1º Intentada la demanda por Miguel Cortés, en uso de la facultad concedida por el Art. 8º de la Ley de Matrimonio Civil, debió entenderse que el actor ejercitaba un derecho personal suyo, y no el de representante legal de su hija María Isabel Cortés cuya emancipación paterna quedó consumada por el hecho de su matrimonio con Reinaldo Miño: 2º Por consiguiente: la demanda debió citarse también a la cónyuge Cortés, y, por ella, a un curador *ad litem* nombrado con las formalidades legales: 3º Además, debió ser oído e intervenir como parte el Defensor de menores, atenta la disposición contenida en el Art. 1079 del Código de Enjuiciamiento

Civil. Por causa de tales omisiones, que miran a la legitimidad de personería, se declara la nulidad del proceso y se ordena su reposición al estado de notificarse la demanda a María Isabel Cortés, en la forma ya indicada, y al Defensor de menores. La reposición en primera instancia, será a cargo del asesor doctor Luis E. Benítez, y, en lo demás, a cargo de la Corte Superior de Riobamba. Devuélvanse.—Pino.—Ayora.—Escudero.—Montalvo.—Orellana.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, Nº 68, pág. 544).

¿Por qué, en este caso, el curador debe ser *ad litem* y no en el de divorcio consensual? . . . El juicio de nulidad es, cierto, de jurisdicción contenciosa, y el de divorcio consensual, de mera jurisdicción voluntaria; pero así y todo, no encontramos razón suficiente para la diferencia, como lo manifestamos en el caso 9.

En muchos casos de jurisdicción voluntaria, intervienen curadores *ad litem*, sin que a nadie se le ocurra dudarlos. En algunos de esos casos tiene también el curador que hacer declaraciones de voluntad a nombre de su pupilo; v. gr. para pedir que se le adjudique tal cosa, para consentir en que tal otra se adjudique a distinto copartícipe, etc., etc. La declaración de la voluntad de disolver el matrimonio es gravísima y trascendental; pero no deja de serlo también el alegar o no las correspondientes excepciones en contra de la demanda de nulidad.

Si de reforma de la ley tratásemos, opinaríamos por que en estos casos de índole tan personal, interviniese personalmente el menor, asistido o acompañado de su guardador, como debiera establecerse también para los asuntos criminales o de policía, según dijimos en la exposición doctrinal (prop. 241); pero dentro del sistema actual de nuestras leyes, no encontramos razón —lo repetimos— para sostener que no ha de ser curador *ad litem* el que represente al menor.

CASO 12

Mujer separada de bienes.— Su modo de comparecer en juicio.

La mujer separada de bienes debe parecer en juicio con licencia del marido; no representada por él.

En la causa seguida por Mariana Uriarte contra Mercedes Sandoval se expidieron los siguientes fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Octubre 26 de 1898, las dos.—Vistos: Citado al reo el auto de pago, dedujo estas excepciones: 1º No ser representante legal de doña Mercedes Sandoval, por las razones que se aduce a fojas 10; 2º Hallarse esta señora separada de bienes, mediante sentencia favorable; y 3º Tener la esposa del demandado autorización judicial para comparecer en juicio, motivo por el que no debió el actor dirigir la acción contra Juan Maldonado, sino contra la Sandoval. Esto supuesto, se observa: 1º Aun en el caso de simple separación de bienes, el marido no pierde el derecho de representar a su mujer, cuando ésta deba ser demandada por asuntos concernientes a su administración; 2º Separada de bienes, como está la señora Sandoval, debe responder, con los que le pertenecen, a los acreedores de ella, por los contratos celebrados durante la separación; y 3º La autorización que tiene la Sandoval no ha podido ser concedida, sino para el efecto de proceder al acto o contrato que hubo de mencionarse en la respectiva demanda, o para presentarse en el juicio que debió determinarse en ésta. Por estas consideraciones, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se acepta la segunda de las excepciones sobredichas, y se desechan las otras, disponiéndose que Juan Maldonado, y, por éste, su esposa Mercedes Sandoval, cumpla—inmediatamente—su obligación, y, de no hacerlo, que se le embarguen bienes equivalentes al principal e intereses, para que se depositen, avalúen y rematen en la forma legal. Con costas. El embargo, avalúo y remate, se harán sobre los bienes de Mercedes Sandoval, al tenor del Art. 156 del Código Civil. Liquidense los intereses estipulados en juicio verbal sumario.—*Carlos Gándara.*—*Manuel María Naranjo.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Febrero 15 de 1899, las dos.—Vistos: No existe la nulidad alegada por Mercedes Sandoval, por cuanto ésta fue legalmente citada para que se confiara la copia de la escritura corriente de fojas 1º a 6º, ya que es la misma que celebró aquel contrato, hallándose separada de bienes de su esposo; y además, aun cuando se considerase necesaria la notificación a Juan Maldonado, éste se allana con ella. Por tanto, y por los demás fundamentos que contiene la sentencia apelada, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se la confirma con costas. Devuélvase.—*R. Peñaherrera.*—*David Villacreses.*—*F. Batallas.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 2 de 1899, las tres p. m.—Vistos: Si bien la mujer separada de bienes necesita, para estar en juicio, de la autorización del

marido, o de la del Juez en subsidio, no debe ser representada por aquél, pues la separación de bienes pone término a la sociedad conyugal y hace cesar dicha representación (Arts. 38, 154, inciso 3º y 1754, Nº 3º del Código Civil). Por lo mismo, Mercedes Sandoval, separada de bienes de su esposo, como consta de autos, no podía ser representada por él en el actual juicio, y la sentencia que a ella le condena al pago, no es legal por cuanto ni ha sido demandada, ni siquiera se le ha oído para condenarla. Por consiguiente, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, revocándose la sentencia de que se ha recurrido, se declara: que Mercedes Sandoval, por la razón antedicha, no ha podido ser condenada en esta causa al pago de la cantidad demandada, y se deja a salvo el derecho de la actora contra aquella por el pago referido. Devuélvanse.—Manuel Montalvo.— J. M. Borja.—B. Albán Mestanza.—Adolfo Pérez.—Rafael N. Arcos.

("Gacetilla Judicial", Serie Primera, Nº 3, pág. 22).

El fallo de la Corte Suprema es, como lo manifiesta su fecha, muy anterior a la ley de exclusión de bienes, expedida en 1911, que devolvió a la mujer casada separada de bienes la capacidad de parecer en juicio, y dejó, por lo mismo, resuelta, en forma más razonable, esa antigua y tan discutida cuestión.

El Código Civil, al reglar, en el Título VI del Libro Primero, las obligaciones y derechos entre los cónyuges, no mencionaba para nada la representación del marido, y hablaba sólo de la autorización o licencia, como lo observamos en la exposición doctrinal. De allí dedujo la Corte que la mujer separada de bienes, a quien el Código Civil no le devolvía la capacidad jurídica de parecer en juicio, necesitaba la licencia mas no la representación del marido.

La facultad de representación, fundada, no en ninguna disposición expresa de ese Código, sino simplemente en la definición consignada en el Art. 38, debía extenderse, no sólo al caso de subsistencia de la sociedad conyugal, sino también al de separación de bienes, porque también en ese caso subsistía y continuaba la potestad marital.

Esta potestad se conserva también ahora sobre la mujer separada de bienes; mas no se opone a la capacidad de la mujer de administrar libremente sus bienes separados y de comparecer en juicio en lo tocante a ellos.

CASO 13

Comparecencia en juicio de la mujer divorciada con subsistencia del vínculo.

La mujer divorciada puede ser representada por el marido, si ella lo consiente.

En el juicio de Vicenta Alvarez contra los herederos de Vicente Alvarez, resuelve el Tribunal Supremo, en Enero de 1881, esto es, cuando recientemente comenzaba a regir el Código de Enjuiciamiento de 1879, que la facultad de comparecer en juicio que el Art. 273 de dicho Código, (correspondiente al 42 de la edición actual) concedía a la mujer divorciada, no le quitaba al marido el derecho de representarla en juicio; de modo que éste podía seguirse válidamente con la mujer o con el marido. Pero que si la mujer quería intervenir personalmente, y se oponía a que lo hiciera el marido, debía seguirse contando sólo con ella.

El divorcio de que habla esa sentencia es el que entonces existía, esto es, el de separación de vida marital, con subsistencia del vínculo; por manera que este antiguo fallo nos sirve simplemente para conocer la interpretación que entonces se daba, ora al Art. 168 del Código Civil, ora a la reforma que, en orden a la comparecencia en juicio, se introdujo en el Código de Enjuiciamiento de 1879, en el Art. 273, correspondiente al 42 actual.



El fallo dice así:

Quito, Enero 7 de 1881, a las dos y media.—Vistos: La disposición del Art. 130 del Código Civil, que prohíbe a la mujer casada comparecer en juicio sin licencia del marido, no sufre excepción ni modificación por el divorcio de los cónyuges, porque el Art. 168 sólo le autoriza para administrar con independencia los bienes que ha sacado del poder del esposo, o que después del divorcio ha adquirido. De consiguiente, habiéndose presentado Manuel Catáneo, en esta instancia, a nombre de su mujer Vicenta Alvarez, y ratificado cuanto éste ha hecho en el presente juicio, deben con aquél y no con ella entenderse las diligencias posteriores. En cuanto al punto que ha venido en grado

Pedida revocación, el Tribunal dijo:

Quito, Enero 19 de 1881, a las dos.—Dada cuenta: La intervención de Vicenta Alvarez en 1ª y 2ª instancia no fue legal, porque aún no había empezado a regir el Art. 273 del actual Código de Enjuiciamientos y estaba vigente el 130 del Civil, según el cual, la mujer aun estando divorciada necesitaba de la licencia del marido para comparecer en juicio; y tal falta quedó subsanada con la ratificación de Manuel Catáneo. La facultad que el citado Art. 273 concede a la mujer divorciada, no quita al marido el derecho de representarle en sus actos judiciales, porque ese derecho es inherente al poder marital; por manera que, conforme a la actual legislación, el juicio se seguirá válidamente con la mujer divorciada o con el marido. Pero, supuesto que la Alvarez quiere intervenir personalmente y se opone a que lo haga su marido, entiéndanse sólo con ella las diligencias del juicio.—Nieta.—Portilla.—Sáenz.—Muñoz.—Paz.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 129, pág. 1029).

En nuestro concepto, desde que la ley reconoció a la mujer divorciada la facultad de parecer en juicio, le negó al marido la de representarla, a no ser en calidad de mandatario, como lo hemos manifestado en la exposición doctrinal; y esto es mucho más claro en nuestra actual legislación, atento lo dispuesto por el Art. 918 del Código de Enjuiciamiento, que hace extensivo a la mujer divorciada con subsistencia del vínculo, o separada de bienes, conforme al Código Civil, lo dispuesto por el inciso 2º del Art. 912.

CASO 14

Representación de la mujer que ha pasado a segundas nupcias.

La mujer que ha pasado a segundas nupcias debe ser representada por el segundo marido, en los asuntos de sus hijos de matrimonio anterior.

Así lo resuelve el Tribunal Supremo, en Enero de 1882, confirmando el fallo de segunda instancia, e interpretando los Arts. 258 y 260 inciso 2º del Código Civil.

Los fallos son del tenor siguiente:

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Enero 27 de 1881, a la una.—Vistos: En todos los casos en que termine o, por disposición judicial, se suspenda la patria potestad del padre sobre sus hijos no emancipados, sucederá en ella la madre con todos sus derechos y obligaciones: Art. 258 del Código Civil. "La madre que pasare a segundas o ulteriores nupcias, perderá perpetuamente la administración de los bienes; pero no los demás derechos de la patria potestad; N^o 2^o, Art. 260. De estas disposiciones legales se deduce que doña Amalia Burneo mujer que fue de José Miguel Burneo, madre legítima de los menores demandados, muerto su marido le sucedió en la patria potestad, y que, aun cuando ha pasado a segundas nupcias, conserva los derechos de tal patria potestad. Según el Art 271 del Código de enjuiciamientos civiles, los que se hallan bajo patria potestad deben ser representados por el padre o madre que la ejerza, y por lo mismo los hijos menores de Amalia Burneo no han podido ser representados, sino por ésta, a la que, a su vez, la representa su marido Daniel Alvarez. Resulta de lo expuesto ser ilegítima la personería de Juan Sarmiento, como curador especial de dichos menores. Semejante ilegitimidad anula el juicio, y no es susceptible de allanamiento. Por lo tanto, se declara la nulidad de todo lo obrado, reponiendo la causa al estado de citar el traslado de la demanda, por lo que respecta a dichos menores, a su representante legal, que es la señora Burneo, y por ésta a su marido. Se condena al pago de lo que importen las piezas anuladas, al asesor que ha aconsejado la providencia de fojas 7 vuelta, y a los demás que han intervenido en el juicio, conforme a lo prescrito en los Arts. 590 y 591 del Código de enjuiciamientos civiles. Devuélvanse.—*Jaramillo.—Chacón.—Tamariz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 21 de 1882, a las once y media.—Vistos: El auto recurrido es justo, porque sus fundamentos son legales y están conformes con los méritos del proceso. Por tanto, se confirma con costas. Devuélvase.—*Espinosa de los Monteros.—Arboleda.—Niño.—Sáenz.—Muñoz.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N^o 143, pág. 1142).

Cuatro años después cambió el Tribunal de opinión, como lo indicamos en la exposición doctrinal, y vamos a verlo en el caso siguiente.

CASO 15

Representación de los hijos de matrimonio anterior.

La madre que contrae segundas nupcias no pierde el derecho de representar por sí misma a sus hijos no

emancipados, sin que deba intervenir el segundo marido.

Así lo resolvió el Tribunal Supremo, en Julio de 1886, en la causa de José Miguel Ordóñez contra Josefa Moreno, en los términos siguientes:

Quito, Julio 20 de 1886, a las dos.—Vistos: El Código Civil separa los derechos naturales de la paternidad, de los derechos civiles que propiamente, constituyen la patria potestad. Trata, por esto, de los primos, en el título IX, y de los segundos, en el título X. A consecuencia de esta separación, los últimos están reducidos al de usufructo, al de administración y al de representación. Fijado así este punto, y atento el tenor literal del inciso 2º del Art. 260 del Código Civil, artículo comprendido en el título X, que reduce los derechos de la patria potestad a los tres ya expresados, es incuestionable que la madre que pasa a segundas nupcias no pierde, por ello, el derecho de representar a sus hijos no emancipados; pues el citado inciso sólo le priva del de administración, declarando, de un modo expreso, que no pierde los demás derechos de la patria potestad. Mas, de aquí no ha de deducirse que al padrastro es a quien corresponde la defensa judicial de los entenados, por decir que él es el representante legal de la madre; pues la ley no reconoce representantes de representantes. Y si del ejercicio del derecho que la ley concede a la madre para representar a los hijos de primer matrimonio, pudieran surgir algunos inconvenientes, es al Legislador, y no a los Jueces, a quien toca removerlos. Por tanto, se declara nulo lo obrado y se repone la causa al estado de que se siga con Josefa Moreno, como representante legal de los menores, y con Abelardo Rivadeneira, por lo que compromete a dicha Moreno. El costo de la reposición será de cargo del Juez de primera instancia y de los dos Ministros de la Corte Superior que han votado por la validez del juicio. Devuélvanse.—Cevallos.—Salazar.—Nieto.—Ribadeneira.—Herrera.

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 127, pág. 1013).

Esta doctrina, contraria a la de los fallos precedentes, y, en nuestro concepto, mucho mejor fundada, prevaleció desde entonces en la jurisprudencia, y sirvió de antecedente a la reforma legal que, en el mismo sentido, se adoptó en el año 1890, como lo indicamos en la exposición doctrinal.— Prop. 232, caso 6º y al comentar el Art. 42.

En consecuencia no cabe ya discusión:

1º—Sobre que a la mujer casada en segundas o ulteriores nupcias, le toca la representación judicial de sus hijos de matrimonio anterior.

2º—Sobre que, para comparecer en juicio con ese objeto, no necesita la mujer autorización del nuevo marido.

CASO 16

La mujer fallida no puede comparecer en juicio ni con poder o licencia de su marido, aunque se trate de bienes adquiridos después de la quiebra.

En el juicio Correa - Cornejo Cevallos, constan los fallos siguientes:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Abril 4 de de 1908, las diez del día.—Vistos: Por legitimada la intervención del peticionario y comprobados los hechos de ser casada y fallida la demandante, y que se alegaron como dilatoria, se considera: 1º Que la personería de la mujer casada la hace el marido: 2º Que ésta puede ratificar todos los actos de la mujer aun aquellos para los cuales no le haya autorizado: 3º Que la ratificación se hace precisamente de los actos ajenos y nulos, sea que esta nulidad provenga de falta de poder o de incapacidad del tercero: 4º Que con el poder que ha presentado Eloisa Correa del marido está subsanada la incapacidad de ella, ya que el marido representa a la mujer legalmente: 5º Que el fallido no puede administrar los bienes cedidos ni ejercitar acciones sobre ellos sino con intervención del síndico que representa la masa de acreedores a quienes se haya hecho la cesión; pero respecto de los bienes que adquiriera después el fallido o que no se hayan cedido—que es lo mismo—la administración sólo puede ser sometida a intervención de los síndicos; sucediendo consiguientemente lo propio en cuanto a las acciones de esta administración: 6º Que los valores demandados no se han puesto a la disposición del síndico en la quiebra de Eloisa Correa, ni ellos están comprendidos en la cesión que ha hecho: y 7º Que así no tiene Eloisa Correa incapacidad para las acciones sobre esos valores; los cuales, además, pueden ser ejercitados por el marido, quien, como ya se ha dicho, ha ratificado la intervención de ella mediante la autorización del poder; legitimando, de ese modo su personería. Por lo expuesto, se rechaza la dilatoria. Sin costas. Ejecutoriado este auto, vuelva el proceso. Habilítense las fojas que no tengan sello respectivo.—Guerra P.—Dominguez G.

Quito, Junio 16 de 1908, a las once a. m.—Vistos: La fecha del auto de fojas 51 y la razón de fojas 53 justifican la solicitud de la segunda de las citadas fojas; y, por lo mismo, se estima legal la solicitud de fojas 56 apoyada por la de fojas 57. En esta virtud, se declara: a) revocado el auto de fojas 55; y b) removido el asesor señor doctor Domínguez G.

En lo principal, se concede la apelación del auto de fojas 51; y, en consecuencia, se llevará el proceso a la Corte Superior, observándose, previamente, las formalidades legales.—*Guerra P.—Pino.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Diciembre 5 de 1908, las cuatro p. m.—Vistos: Interpuesta la remoción del asesor doctor Domínguez el 30 de Marzo último, ha expedido éste, el 4 de Abril, el auto de fojas 51. Esta providencia tiene sin embargo valor legal, por cuanto no fue citado aquel asesor con el escrito de fojas 53. Ahora bien: declarada la remoción por el auto de 16 de Junio, en el propio auto, se concede la apelación interpuesta a fojas 54, de la referida providencia de fojas 51. Entrando pues a considerar ésta, se observa: que si bien según las terminantes disposiciones del Código Civil, la mujer casada no puede sin autorización escrita del marido comparecer en juicio, por sí, ni por procurador, sea demandando o defendiéndose; el Art. 410 del Código de enjuiciamientos civiles expresa que "El que gestionó en juicio sin tener poder ni representación legal y legítima después su personería ratifica por el mismo hecho sus actos anteriores". Esto no obstante el poder que obra a fojas 15 no habilita a la actora para parecer en juicio, por cuanto dicho poder está conferido a una persona incapaz, ya no por su estado sino por su calidad de fallida. Y cuanto a la circunstancia de ser fallida la actora, es indudable que, de conformidad con el Art. 581 del Código recién citado y con arreglo a lo dispuesto en los Arts 950 y 951 del Código de Comercio, el fallido queda inhabilitado para la administración de sus bienes y todo juicio civil relativo a los mismos debe seguirse con los síndicos del concurso; sin que haya ninguna diferencia entre bienes cedidos y no cedidos por el fallido. Por estas razones se revoca el auto de fojas 51 que ha subido en grado y se aceptan las dilatorias opuestas por la demandada. Devuélvanse.—*Aslorga.—Vega.—Bueno.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 21 de 1912, a las dos de la tarde.—Vistos: El auto que ha expedido la Segunda Sala de la Corte Superior de Quito, en el juicio que sigue Eloisa Córrea con Alegría Cornejo Cevallos, por dinero, es legal y conforme con los méritos del proceso; y se lo confirma, con costas. Devuélvanse.—*Villagómez.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Córdobas.—Uquillas.*

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 57, pág. 1691).

Evidentísimo, pues, que la autorización del marido puede subsanar la incapacidad de la mujer proveniente del estado civil; pero de ninguna manera, la que resulta de la quiebra o insolvencia, judicialmente declarada.

Cuanto a la naturaleza y extensión de esta incapacidad, nos referimos a la Prop. 248, que ampliaremos al estudiar el juicio de concurso.

Por ahora, observaremos simplemente que la mujer casada necesita **autorización o licencia** para comparecer en juicio **por asuntos propios**, y **poder** en forma, para representar al marido, en calidad de mandataria, por litigio que a él le concierna, como lo explicamos ya en la parte doctrinal. Por tanto, y teniendo en cuenta que, para el mero efecto de ser mandataria judicial del marido, no era obstáculo la quiebra o insolvencia, porque ni el Art. 49 ni otra ley alguna inhabilita a los fallidos para ser apoderados judiciales, síguese que, si en el caso a que la sentencia se refiere, se hubiese tratado de intereses propios del marido, bien hubiera podido comparecer como su mandataria la mujer.

CASO 17

Autorización judicial supletoria.

Aunque por larga ausencia u otro impedimento del marido, sea el caso de nombrar a la mujer curadora del marido o curadora de sus bienes, puede ella comparecer en juicio con autorización judicial, mientras no se declare por sentencia, suspensión la potestad marital.

Así se resolvió, interpretando acertadamente los Arts. 139 y 1748 del Código Civil, en el juicio de partición de la herencia, de Juan Izquierdo y María Serrano.

Texto de los fallos:

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Julio 15 de 1914, las doce del día.—Vistos: De la copia que obra el folio décimo del juicio de inventario de los bienes que constituyen la mortuoria del doctor Juan Izquierdo y María Serrano, consta que la señora Leonor Izquierdo es casada con Artenio Izquierdo; y que para comparecer en juicio ha obtenido licencia judicial. En el juicio de partición de los mismos bienes, dicha señora inicia la demanda sin referirse a la licencia; y aún cuando, para legitimar su personería se tome en cuenta aquella copia adjunta al juicio de inventarios, cuyas providencias se hallan ejecutoriadas, el permiso dado por el Juez para que doña Leo-

nor comparezca en juicio, no es legal: 1º Porque según los Arts. 137 del Código Civil y 807 y 809 del de enjuiciamientos civiles, el Juez suple la licencia negada de un modo injusto por el marido, o cuando éste se halle ausente precariamente; pero no, cuando la ausencia es prolongada o ha desaparecido, porque en este caso el Art. 139 del Código Civil preceptúa que se observe lo dispuesto en el párrafo 4º del título de la sociedad conyugal: 2º Que en este párrafo el Art. 1748 dispone que, en caso de larga ausencia del marido y sin comunicación con su familia, se nombre a la mujer curadora de bienes del ausente de acuerdo con el Art. 466 del propio Código, para que ella, si no prefiere separarse de bienes, administre la sociedad conyugal, o se sujete al curador que se nombre para esa administración: 3º Que según estas leyes cuando no está suspensa la potestad marital, el Juez suple la licencia que debe dar el marido, esté presente o ausente de un modo transitorio, según el citado Art. 137; pero cuando se halla suspensa la potestad marital, como en el caso de interdicción, prolongada ausencia o desaprecimiento, entonces el Juez no tiene que suplir una facultad que no existe, corresponde al curador que se nombre al ausente, representar como administrador de la sociedad conyugal, en los litigios de la mujer; cuanto más que en el juicio de división tienen que comparecer marido y mujer por el Art. 1312 del Código Civil; y como el marido está ausente sin saberse su paradero, para que el proceso no adolezca de nulidad, era menester que comparezca la mujer como curadora de los bienes de su marido, o representada por el curador que se dé a la sociedad conyugal: 4º Que de la copia ya indicada consta que Artenio Izquierdo marido de Leonor está ausente de la República y que no se sabe su paradero; y entonces hallándose suspensa la potestad marital, el Juez no podrá conceder licencia a la mujer porque el marido ausente no estaba en el caso del Art. 137, sino en el del 139 del Código sustantivo; esto es, de proveerle de un curador; y 5º Como los actos ejecutados por los jueces en contravención de las leyes, no surten efecto alguno por excederse en sus atribuciones, resulta que dicha licencia no le habilita a Leonor Izquierdo de parecer en juicio de división. Por lo expuesto, no teniendo personería legítima dicha señora, se declara nulo todo el proceso a costa de los asesores que han intervenido en la causa. Devuélvanse.—Torres.—Farfán.—Vásquez C.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 26 de Marzo de 1915, a las tres de la tarde.—Vistos: Para que haya lugar lo dispuesto por el Art. 139 del Código Civil y, como consecuencia, lo prescrito en el 1748, se requiere que se halle suspensa, por disposición judicial, la potestad marital; y como no consta este particular, la autorización concedida, por el Juez, a Leonor Izquierdo de Izquierdo, surte todos sus efectos legales, para lo concerniente a legitimar su personería en esta causa. Por tanto, revocado el auto recurrido, se dispone que la Corte de Cuenca falle acerca de lo principal. Legalizado este papel, devuélvanse.—Pino.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Escudero.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 116, pág. 2164).

CASO 18

Contraposición de intereses entre el padre y los hijos, en la partición.— Curador ad litem.

Si en una partición tienen interés el padre y los hijos, éstos no pueden ser representados por aquel, sino por curador ad litem.

Así se resuelve, entre otras cosas, en el juicio divisorio de la herencia de Manuela Barragán.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guaramda, Abril 5 de 1911, las dos p. m.—Vistos: El recurso de nulidad tiene lugar, cuando en la organización de los procesos se ha faltado a alguna de las solemnidades puntualizadas en el párrafo 3º, Título 1º, Libro 2º del Código de enjuiciamientos civiles. El juicio de partición, es muy sencillo en su organización y en el caso actual no se ha faltado a ninguno de los trámites que determina la sección novena, Título 2º, Libro 2º del Código citado. Cierto es, que el inciso 2º del Art. 1312 del Código Civil, determina que el marido no necesita de la autorización judicial para proceder a la partición de los bienes de una mujer casada, bastándole sólo el consentimiento de ésta o de la justicia en subsidio. Pero esta formalidad no es de organización del juicio, para que se nulte el proceso; es un derecho que tiene el marido y la mujer para la partición; por lo tanto no puede haber nulidad en la sustanciación, lo que habría es, si se hubiese omitido hasta la aprobación de la hijuela, el pedir la autorización a la esposa el que cualquier interesado hubiera podido solicitar la acción de la nulidad de la partición. Por lo demás, el consentimiento de la esposa de Matías Ramírez, consta en autos. Tampoco es nulo el juicio, porque no se hubiese fijado la cuantía en el pedimento de la partición; este juicio es consecuencia del de inventarios; en éste es en donde consta el caudal de los bienes que se van a dividir, sin ser necesario ni haber costumbre por lo mismo de fijar cuantía en la solicitud de partición. El juicio de partición corresponde su conocimiento al Alcalde Municipal, inciso 3º del Art. 37 del Código de Enjuiciamientos Civiles. En el juicio de partición está ya resuelto por los Tribunales y Juzgados de la República, que entre el padre y los hijos hay oposición de intereses, debiendo por lo mismo a los últimos nombrarles un curador ad litem, que los represente en el juicio. El nombramiento del Juez partidador hecho simplemente por el Alcalde Municipal, es también muy legal, sin que pueda por este motivo viciarse la sustan-

ciación: por lo expuesto, pasen los autos al señor perito divisor, para que proceda a la partición, teniendo en cuenta el acuerdo de los interesados,

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, 18 de Mayo de 1911, las tres de la tarde.—Vistos: Por ser legal y arreglado a los méritos del proceso el auto venido en apelación, se lo confirma con costas. Devuélvanse.—Monge.—Velasco R.—Paredes.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 20 de Mayo de 1914, a las dos y cuarto de la tarde.—Vistos: Por no existir ninguna de las nulidades alegadas por el recurrente Antonio García Mayor, y por ser legal el auto que ha venido en grado, se lo confirma, con costas. Devuélvanse.—Andrade Marín.—Cárdenas.—Cueva.—Escudero.—Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 54, pág. 1667).

Véase lo que, respecto de este punto jurídico de la contraposición de intereses hemos dicho en la proposición 254 y en los lugares correspondientes de la exposición doctrinal.

Notemos sólo ahora que es impropio decir juez partididor o perito divisor; pues el partididor no es juez ni perito, por más que su cargo tenga alguna analogía con el uno y el otro.

CASO 19

Contraposición de intereses en el inventario.

El padre no puede representar a los hijos en el juicio de inventario en que tiene interés personal. Se les debe dar curador ad litem.

En el juicio de inventario de los bienes dejados por Ana Chiriboga se resuelve, con el voto salvado del Ministro doctor Manuel Benigno Cueva:

1º Que en las causas en que intervienen, por derechos recíprocos, los padres y los hijos de familia, todos son parte en el juicio e interesados, personalmente unos contra otros, respecto de lo que a cada cual

le corresponde según ley; 2º Que por consiguiente, no cabe que la representación conferida por la patria potestad, se ejerza, en esos casos, por los padres que tienen intereses opuestos a los de sus hijos, por mucho que no exista, por el momento, controversia alguna judicial; 3º Que, por lo mismo, en dichas causas, los hijos menores deben ser representados por un curador *ad litem*; y 4º Que, a falta este curador, el proceso es nulo.

Texto de los fallos:

Quito, Setiembre 16 de 1915, a las dos de la tarde.—Vistos: En las causas en que intervienen, por derechos recíprocos, los padres y los hijos de familia, todos son parte en el juicio e interesados, personalmente, unos contra otros, respecto de lo que a cada cual le corresponde según ley; y, por consiguiente, no cabe que la representación conferida por la patria potestad, se ejerza, en esos casos, por los padres que tienen intereses opuestos a los de sus hijos, por mucho que no exista por el momento, controversia alguna judicial. Así, dado el interés de N. Reinaldo Izurieta, cónyuge sobreviviente de Ana Chiriboga, en lo tocante a la liquidación y distribución de los bienes en que consiste la herencia dejada por ella, sus hijos menores debieron y deben ser representados por un curador *ad litem*, no por Izurieta, cuyos intereses son opuestos a los de aquellos. Se ha faltado, pues, a la segunda solemnidad sustancial del Art. 413 del Código de Enjuiciamiento en lo Civil; y, por esto, declarada la nulidad del proceso, se dispone que vuelva al estado inmediato anterior al auto de fojas 2-3, en que debió nombrarse el expresado curador, como aún lo solicitó, legalmente, Augusto J. Izurieta. Las costas, tomado en cuenta el Art. 411 del propio Código, son, respectivamente, de cargo del asesor doctor Arteta García y de los Ministros que han dictado el auto recurrido. Legalizado este papel, devuélvanse.—Pino.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Escudero.

Pedida revocación, se resuelve:

Quito, Octubre 8 de 1915, a las dos de la tarde.—Vistos: Lo expuesto por el doctor Arteta García no desvirtúa la legalidad de los fundamentos del auto de fojas 54-55. Deniéguese la revocación.—Pino.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Escudero.

El voto salvado dice:

VOTO SALVADO

Quito, Setiembre 16 de 1915, a las dos de la tarde.—Para que, jurídicamente, haya *contraposición de intereses*, es menester que ella aparezca de un modo concreto, es decir, que se ventilen derechos opuestos entre los interesados; y tal *contraposición* no existe en el juicio de inventarios, atenta su naturaleza y objeto, sino en el de partición, ya que

en éste, y no en aquél, se ventilan los derechos contrapuestos de los herederos. No puede concebirse tampoco que, tratándose sólo del inventario, un simple curador *ad litem* tenga mayor interés en favor de los menores que el propio padre de ellos; y si bien pueden ocurrir algunos casos de excepción, ello no destruye el principio del mayor interés del padre en favor de sus hijos, cuando en el juicio no se discuten derechos opuestos. No hay ejemplo de que la Corte Suprema hubiera anulado ningún proceso, por haber representado el padre a sus hijos menores, y no un curador *ad litem*, antes de la partición. Por tanto, es legítima la intervención de N. Reinaldo Izurieta como representante legal de sus hijos menores en el juicio de inventarios de los bienes de la finada Ana Chiriboga, y, en consecuencia, válido el proceso.—Manuel B. Cueva.—Pino.—Cárdenas.—Andrade Marín.—Escudero.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 93, pág. 1981).

Graves y valiosas consideraciones se contienen tanto en el fallo como en el voto salvado. Los dos, empero, están conformes, ora en que si hay en el juicio oposición de intereses entre el padre y los hijos, no puede figurar aquél, a la vez, por derecho propio y como representante de éstos; ora en que existe esa contraposición siempre que se trata de derechos recíprocos, es decir, de derechos que cada uno de los interesados o partícipes tiene contra los otros. Sobre esto no podía haber discusión seria, en ningún tiempo, como lo observamos en la prop. 254; muy menos podría haberla actualmente, después de la expresa declaración hecha por el Legislador en la reforma que recordamos al comentar el caso 6°, la del Art. 25 de la Ley de 1921.

Ahora bien, esa oposición de intereses, y esa cuestión de derechos recíprocos existe en el juicio de inventario? ... Este es el punto de discrepancia entre el fallo y el voto; y esto lo que, silenciado en las leyes entonces vigentes, requería explicaciones y distinciones, como lo observamos en el estudio de la misma prop. 254; y en vista de las dificultades prácticas a que tales distinciones daban lugar, la mayoría del Tribunal se inclinó, según parece en este fallo, a adoptar como regla general la de que al intervenir en el inventario el padre y los hijos por derecho propio, figurasen éstos por medio de curador *ad litem*. Y la reforma de 1921, basada en estos antecedentes de nuestra Jurisprudencia y teniendo en cuenta las mismas dificultades prácticas, formuló la regla

—todavía no muy clara— a que debemos atenernos en lo futuro; lo cual da lugar, en nuestro concepto, a las conclusiones que consignamos al estudiar la mencionada prop. 254.

CASO 20

Juicios criminales.— Capacidad del menor.

En el juicio criminal contra Rafael y Basilio Viteri, por heridas, resuelve el Tribunal Supremo, revocando el fallo de la Corte Superior de Quito, que no siendo necesaria, según el Art. 254 del Código Civil, la intervención del padre en las causas criminales seguidas contra el hijo de familia, no lo es tampoco la intervención de un curador especial.

La Corte Superior dijo:

Quito, Febrero 21 de 1889, las doce y media.—Vistos: Aunque son comunes a los dos procesados las actuaciones del presente juicio, por haber sido seguido contra ambos en una sola cuerda, no lo es la nulidad proveniente de la falta de personería legítima en la persona de Basilio Viteri, que, por menor de edad, no pudo estar en juicio por sí solo, con prescindencia de su curador que antes había sido nombrado, muy especialmente para prestar su confesión de fojas 36, por ser una actuación que debía haberse practicado con intervención de un defensor, como prescribe, para los menores de edad, el inciso 10.º del Art. 335 del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal, a más del de su curador, puesto que se prescindió de la intervención de ambos. De aquí resulta que siendo válido el proceso respecto de Rafael Viteri, aun cuando no lo es respecto a Basilio, hay que expedir sentencia por lo tocante al primero. Y considerando a este propósito que, según las afirmaciones de los testigos, presenciales, Aniseto Quesada, Rita Pazmiño, Vicente Sánchez y Sabina Carrera, el ofendido Ramón Carrera, en la segunda escena atacó con un palo a Rafael Viteri, contra quien se dirigió violentamente, ataque que colocó a éste en el caso previsto en el Art. 452 del Código penal, según el cual no hay delito en los golpes o heridas dadas en defensa propia, no hay razón para condenar a pena alguna al referido procesado. En esta virtud, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, y de acuerdo, en esta parte, con el parecer del señor Ministro Fiscal, se revoca la sentencia de fojas 73 en la parte que condena al referido procesado, y se le absuelve definitivamente. Mas por lo que respecta a la otra parte de la propia sentencia, que condena a Basilio, se declara nulo el proceso por las razones expuestas al principio de este fallo, debiendo reponerse todas las actua-

ciones tocantes a él, desde fojas 27 en que se cometió la omisión ya indicada, a costa del Juez Letrado que ha intervenido en el juicio. Consúltese la actual sentencia a la Excm. Corte Suprema, a la cual se elevará el proceso, previa citación de partes, bajo apercibimiento en rebeldía y guardadas las demás solemnidades legales.—*Jacinto R. Muñoz.*

Y la Suprema:

Quito, Mayo 20 de 1889, la una.—Vistos: Son legales y están arregladas a los méritos del proceso los fundamentos de la sentencia consultada, en cuanto absuelve definitivamente a Rafael Viteri. Mas por lo que respecta a la nulidad de las actuaciones relativas al otro procesado, se considera que: conforme al Art. 254 del Código Civil, no es necesaria la intervención del padre en las causas criminales que se siguen contra el hijo de familia; y si no es necesaria esa intervención, menoscabo puede ser la de un curador especial, puesto que ninguna ley la prescribe. Y si es cierto que el Art. 335 del Código de Enjuiciamientos en materia criminal cuenta entre las solemnidades sustanciales la confesión del procesado con intervención de su defensor, siempre que sea menor de edad, esta falta, en el presente caso, no puede influir en la decisión, ya que Basilio Viteri en la confesión de fojas 36 se refirió en todo a la indagatoria de fojas 20 vuelta, que la prestó con intervención del guardador nombrado por el juez de instrucción. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se aprueba la mencionada sentencia en la parte que absuelve a Rafael Viteri, de acuerdo con lo que sobre ella dictamina el señor Ministro Fiscal; y se revoca en lo demás, previniéndose que se falle la causa, declarando la culpabilidad o inculpabilidad del expresado Basilio Viteri. Devuélvase.—*Luis A. Salazar.—Vicente Nieto.—Antonio Portilla.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N° 59, pág. 470).

Esta doctrina está de todo en todo conforme con la que expusimos al tratar, en lo prop. 241, de lo tocante a la capacidad del menor; mas la Corte Superior, entonces unitaria, opinó que, no sólo para la confesión, sino en todo el juicio debía intervenir el curador.

Lo concerniente a la confesión no atañe a nuestro actual estudio, y lo consideraremos cuando estudiemos el procedimiento penal.

CASO 21

Sociedades en liquidación.

Disuelta una sociedad, es el liquidador quien debe representarla en juicio.

En el juicio de Antonio Barahona contra "La Eléctrica", dice el Tribunal Supremo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 14 de 1911, a las dos de la tarde.—Vistos: Cierta que el doctor Francisco J. Urrutia, como lo reconoce la Segunda Sala de la Corte Superior de Quito, en el auto de que se ha recurrido, a la fecha en que se le citó, a petición de Antonio Barahona, la demanda de fojas 1^a, ya no ejercía el cargo de Gerente de la sociedad anónima "La Eléctrica" ni podía representarla, por haber transcurrido el tiempo para que fue nombrado, según aparece del acta que obra en copia a fojas 117; pero cierto también que designado el expresado doctor en la escritura de 3 de Enero de 1906, fojas 206, para liquidador de la sociedad, de conformidad con el Art. 350 del Código de Comercio, es él quien hoy la representa y debe intervenir en el juicio. Por lo tanto, se revoca el mencionado auto, y se confirma, sin costas, el de primera instancia, fojas 177. Devuélvanse.—Montalvo.—Villagómez.—Albán Mestanza.—Cárdenas.—Díaz.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N^o 114, pág. 910).

Por especial disposición del Código de Comercio, es el liquidador el representante legal de la sociedad disuelta.

CASO 22

Comisión para la confesión.

¿Puede practicarse esta diligencia, en juicio de mayor cuantía, por comisión del Alcalde de la causa al Juez de la parroquia en que reside la parte a quien se la exige?...

Los tribunales lo resuelven negativamente, en la causa Cobos - Pinos, en estos términos:

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Julio 3 de 1915, las tres p. m.—Vistos: Para fallar la presente causa, se considera: 8^o Las absoluciones prestadas por el doctor León Cobos, aparte de que no comprueban las excepciones del deudor, carecen de valor, por ser rendidas ante un Juez parroquial, sin que haya ley alguna que autorice al Alcalde Municipal el comisionar estas diligencias a un Juez inferior. Por lo expuesto, y los demás consideran-

dos del fallo recurrido, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, dicho fallo, teniéndose en cuenta que la cuarta excepción no ha sido reconsiderada por este Tribunal. Conviértanse al selló de cuarta clase los folios que no lo lleven, antes de que baje el ejecutorial al Juez a quo.—R. Vallejo G.—Daniel León.—B. A. Terán.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 23 de Marzo de 1916, a las tres de la tarde.—Vistos: No existen, en verdad, obligaciones de las cuales pudieran seguirse la compensación o la confusión alegada, por José Benigno Pinos, en el escrito de fojas 16-17; y siendo por lo demás, arreglados a la ley los fundamentos aducidos por la Corte de Riobamba, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la sentencia de fojas 105-106. Legalizado este papel, devuélvanse.—A. Cárdenas.—Manuel B. Cueva.—Francisco Andrade Marín.—Leopoldo Pino.—Adolfo Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N^o 128, pág. 2260).

Este es el caso a que nos referimos al estudiar el Art. 46, y entonces manifestamos que no nos satisfacía mucho la doctrina adoptada por el Tribunal Supremo. Ella, empero, prevalece en el foro; y sería de desear una declaración legislativa, ya sobre este punto, ya, en general, sobre los casos en que pueden tener lugar las comisiones y exhortos, como dijimos al tratar de la proposición 86 (Tomo 1^o) y al comentar el mismo Art. 46.

La razón aducida por este fallo de no haber ley que expresamente autorice a los Alcaldes para encargar la práctica de confesiones a los jueces, es de todo punto insuficiente, si se tiene en cuenta que ese silencio de la ley en punto a comisiones y exhortos ha hecho necesario e indispensable recurrir a consideraciones de analogía para adoptar esa medida en muchos otros casos silenciados también por la ley.

Hay más; el mismo Tribunal Supremo reconoció, expresamente, en el fallo expedido en la causa Martínez Cordero - Arzube, y publicado en los Nros. 21 y 90 de la Serie I de la "Gaceta Judicial", que los Alcaldes podían expedir comisión a los jueces parroquiales para el reconocimiento de documentos, cuando la persona que debiese practicar esa diligencia estuviera fuera del lugar del juicio; siendo así que por una parte, tampoco autoriza

expresamente la ley esta comisión; y por otra la confesión está en el mismo caso que el reconocimiento de documentos, según el tenor y espíritu del Art. 46, como lo observamos al comentar ese artículo.

Diariamente se expiden exhortos o comisiones para embargo de bienes, apremios personales, juramento de peritos o partidores, etc., asimismo por razón de analogía; y la administración de justicia sería imposible, si no se pudiera emplear este medio sino en los casos expresamente previstos por la ley.

SECCION SEGUNDA

De los procuradores

Art. 48.—Son **procuradores judiciales** los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio como actores o demandados.

Art. 49.—No pueden comparecer en juicio como procuradores:

1º—Los abogados que están impedidos de ejercer su profesión;

2º—Los menores y cuantos están o deben estar bajo tutela o curaduría;

3º—Los clérigos de órdenes mayores, excepto el caso en que pueden ejercer la profesión de abogados;

4º—Los religiosos profesos, a no ser representando a su Convento;

5º—Los que se hallan suspensos del ejercicio de los derechos de ciudadanía por auto motivado;

6º—Los calificados o penados como **tinterillos**, según la ley.

Concédese acción popular para el juzgamiento y castigo de los tinterillos. Los declarados tales, además de las penas señaladas en las leyes de Instrucción Pública y Policía, perderán por cinco años los derechos de ciudadanía; y sólo podrán ser rehabilitados por la respectiva Corte Superior, previo conocimiento de causa.

Los jueces letrados juzgarán a los tinterillos, observando las prescripciones relativas a las infracciones por atentados contra la honra. Si hubiese acusador, será

éste parte, y lo será en todo caso el agente fiscal o procurador síndico; debiéndose actuar este juicio en papel común con intervención de los respectivos secretarios de hacienda, y en falta de éstos, con un escribano.

El fallo absolutorio que se dicte en este juicio no dará acción de calumnia:

7º.—Los dependientes de los escribanos, en las causas que cursen en las oficinas donde estén empleados;

8º.—Las mujeres a no ser por sus maridos. Las solteras o viudas podrán representar a sus parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad; y

9º.—Los comprendidos en los números 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 9º del Art. 171 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a no ser por sus parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad.

Art. 50.—La incapacidad del procurador no le inhabilita para sustituir el poder.

Art. 51.—Los procuradores deben presentar poder en el juicio en que comparecen como tales, bien al principiar la litis, o antes de la sentencia; pero si, en cualquier estado del juicio, la otra parte exige que lo presenten, serán obligados a ello. Si no lo hacen, pagarán las costas y perjuicios que hubiesen ocasionado, y, además, una multa de uno a diez sucres, en favor de la parte contraria, por cada día del retardo proveniente de la falsa procuración. Para la imposición de la multa, el juez tomará en cuenta la naturaleza de la causa y su cuantía. Los condenados como falsos procuradores pagarán los costas, daños y perjuicios del incidente, aunque posteriormente a la declaración hayan legitimado su personería.

Si compareciere como procurador una persona desconocida o sin responsabilidad, no se le admitirá en juicio, a menos que acompañe a su solicitud el respectivo poder.

Las providencias que se expidieren en los casos de los dos incisos precedentes, sólo serán susceptibles del recurso de queja.

Art. 52.—El poder, en las causas de menor cuantía, se extenderá en papel del sello correspondiente, y se firmará por un juez parroquial y por la parte que lo otor-

gue, o por un testigo, si ella no supiere o no pudiere escribir.

Estos poderes son suficientes para el otorgamiento de escrituras públicas y para cualesquiera otros actos extrajudiciales de menor cuantía.

Art. 53.—En las causas de mayor cuantía, los poderes se otorgarán con las mismas solemnidades que una escritura pública; y si no hubiere escribano, se observará lo dispuesto en la parte final del inciso 2º del Art. 127 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Art. 54.—En las parroquias que disten más de veinticinco kilómetros de la cabecera del cantón, el poder para las causas de mayor cuantía podrá otorgarse ante un juez parroquial y tres testigos. Se usará de papel del sello correspondiente.

Art. 55.—En la Región Oriental y en el Archipiélago de Colón los poderes se otorgarán ante la primera autoridad política o de policía y tres testigos.

Art. 56.—El procurador judicial, a menos de expresarse otra cosa en el poder, no necesita de cláusula especial sino para lo siguiente:

- 1º—Para transigir;
- 2º—Para comprometer el pleito en árbitros;
- 3º—Para desistir del pleito;
- 4º—Para absolver posiciones y deferir al juramento decisorio; y
- 5º—Para recibir la cosa sobre la cual versa el litigio, o tomar posesión de ella.

Art. 57.—Están obligados los procuradores:

1º—A cumplir con lo que ordena el Art. 51, bajo pena de ser declarados falsos procuradores y pagar multa, perjuicios y costas, de acuerdo con el inciso 1º de dicho artículo;

2º—A ceñirse a las instrucciones de sus comitentes, bajo pena de pagar daños y perjuicios en caso de abuso;

3º—A llevar a los abogados los documentos necesarios para la defensa, darles noticia del estado de las causas, y copias de las providencias que en ellas se dicten;

4º—A presentar las pruebas y practicar todas las diligencias necesarias para que se reciban dentro de los términos legales;

5º—A guardar secreto de todo aquello que no deba descubrirse a la otra parte, bajo la pena señalada al prevaricato;

6º—A satisfacer los derechos y costas judiciales, aun cuando en el poder se les revele de esta obligación;

7º—A interponer oportunamente los recursos que la ley permita; y

8º—A cumplir, en los respectivos casos, con los demás deberes que el Código Civil impone a los mandatarios.

Art. 58.—Los mandatos de cualquier clase, otorgados en la forma determinada en el Art. 54, por razón de la distancia entre el lugar del otorgamiento y la cabecera del cantón, tendrán el valor de escritura pública, para todos los efectos legales.

Art. 59.—Cuando los procuradores o garantes fueren reducidos a prisión por pago de costas, derechos, honorarios o devolución de autos, tendrán derecho a que les abonen dos sures, por cada día de prisión, el mandante o la persona que la ocasionó con su falta o descuido.

Art. 60.—El procurador que haya sustituido el poder; podrá revocar las sustituciones, y hacer otras en todo o en parte; y el sustituto podrá también delegarlo si no se le hubiese prohibido.

Art. 61.—Termina el cargo de procurador en todos los casos expresados en el Código Civil; pero si hubiere muerto el mandante después de entablado el pleito, continuará el mandatario o sustituto representando al mandante difunto. Lo mismo es aplicable al procurador del demandado, si ya se le hubiese hecho la citación.

Art. 62.—La parte que revoca el poder antes de concluirse el pleito, debe nombrar otro procurador, o salir personalmente al juicio. Si no lo hiciere, la revocación no producirá efecto alguno.

Art. 63.—Si el procurador renuncia el poder, se seguirá el juicio con el mandante, si este se halla presente; de lo contrario, continuará con el mismo procurador.

Art. 64.—El procurador que renuncie el mandato, pagará los derechos judiciales causados hasta el día de su separación, y las costas y multas en que hubiere sido condenado.

Art. 65.—Si fueren dos o más los demandantes por un mismo derecho, se les obligará a que constituyan, dentro de término prudencial, un solo procurador; y si no lo hicieren, se les declarará rebeldes. Se hará lo mismo, si fueren dos o más los demandados, siempre que sus excepciones o derechos no fuesen diversos o contrapuestos.

Art. 66.—Los representantes legales no necesitan poder para comparecer en juicio, como actores o reos, por sus representados.

Art. 67.—Si hubiere procurador en el pleito, con él se entenderán todas las diligencias del juicio, y no con el mandante; y aunque este comparezca por sí mismo, no caducará el poder, si no se lo revoca expresamente.

Art. 68.—No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, para los efectos de excusa o recusación, se tendrá por parte sólo a la persona directamente interesada en el juicio o a su representante legal, mas no a su procurador o mandatario.

Exposición Doctrinal

SINOPSIS

(Continuación del programa)

PRELIMINARES

258.—Naturaleza del mandato en general y del mandato judicial.—Sentido de las palabras: Procuración.—Procuraduría.—Procura.—Poder.—Mandatarlo.—Procurador.—Personero.

259.—Es necesaria la intervención del procurador?—Sistemas contrarios.—Doctrina legal.—Excepción para el caso de dos o más actores o reos.

260.—Capacidad para nombrar procuradores judiciales.

261.—Capacidad para ejercer la procuración judicial.—Regla general de la capacidad.—Se requieren condiciones de aptitud?—Pueden serlo los extranjeros?—Los analfabetos?—Impedimentos legales o incompatibilidades.—Contraposición de intereses.—Efectos de la intervención de los incapaces.

262.—El que no puede ejercer la procuración por sí mismo, puede ejercerla por medio de sustituto?—El incapaz de contratar puede sustituir?

Forma de la procuración judicial

263.—Regla del Código Civil sobre el mandato en general.—Reglas adjetivas: Asuntos de mayor cuantía.—Asuntos de menor cuantía.—Poderes en parroquias distantes.—En la Región Oriental o en el Archipiélago de Colón.—Poderes en el extranjero.—Endoso que equivale a mandato.

264.—Gestión judicial a nombre ajeno sin poder.—Agencia oficiosa.—Ratificación expresa o tácita.—Ratificación de lo obrado a nombre de persona difunta— Firma a ruego—Abusos.

Facultades del Procurador

265.—Funciones ordinarias del mandatario—Funciones extraordinarias—Aplicación al mandato judicial.

266.—Diferencias entre poderes, facultades e instrucciones.

Obligaciones del mandatario

267.—Obligación anterior a la aceptación.—Aceptación total o parcial.—Retractación.—Renuncia.

268.—Obligaciones derivadas de la aceptación.—Quién puede exigir las.—Puede un tercero obligarle al mandatario a presentarse por el mandante?—Observaciones.

269.—Manera de ejercer el mandato.—Responsabilidades y sanciones.

270.—Obligaciones procesales del mandatario judicial.—Legitimación de su personería.—Presentación del poder.—Efectos de su omisión.—Falsa personería.—Relaciones con el abogado defensor.—Secreto.—Pago de derechos y costas.

Derecho del procurador

271.—Detalle legal de los derechos del procurador.—Remuneración.—Indemnizaciones.

Delegación, sustitución

272.—Concepto legal de la delegación y la sustitución relativa al mandato.

273.—Doctrina del Código Civil sobre la delegación.—Sus efectos en los diversos casos.—Aplicación a los poderes judiciales.—Sus inconvenientes.—Comisión mercantil.

274.—Ratificación del mandante.—Ratificación del mandatario.

275.—Revocación de la sustitución.

Terminación del mandato

276.—Modos de terminación reconocidos por la ley: 1º Desempeño del negocio.—2º Expiración del plazo.—3º Revocación: reglas del Código Civil.—¿Hay mandatos irrevocables?—Regla del Cgo. de Enj.: presentación del mandante.—Revocación tácita.—Forma de la revocación expresa.—Pago de costas.

277.—Renuncia.—Regla del Código Civil.—¿Puede el mandatario renunciar el derecho de renunciar? . . . Regla adjetiva: presencia del mandante.

278.—Muerte del mandante.—Muerte del sustituyente.—Muerte del mandatario.

279.—Quiebra o insolvencia.—Interdicción.—Matrimonio.—Creación de funciones.

280.—Puede aplicarse al mandato judicial al Art. 2160 del Código Civil?

Representantes legales

281.—Legitimación de su personería.—Necesitan procuración?—Necesitan comprobar su carácter de tales?

Dos o más actores o demandantes

282.—Dos o más demandantes.—Dos o más demandados.—Desacuerdo en el nombramiento de apoderado común.—Rebeldía de los actores o demandados.—Intervención personal, teniendo procurador común.—Intervención de un agente común con oferta de poder o ratificación.—Recusación de asesores.—Revocación del mandato.—Renuncia del mandatario.—Terminación del mandato por otros medios.

Desarrollo del Programa

LECCION I

§ 1º

PRELIMINARES

258.—Naturaleza del mandato en general y del mandato judicial.—Sentido de las palabras procuración, procuraduría, procura, poder, mandatario, procurador, personero.

El Código Civil define el mandato y las partes que en él intervienen, en estos términos:

"Art. 2103.—Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

"La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado procurador, y en general, mandatario". (1)

En seguida añade:

"Art. 2104.—El mandato puede ser gratuito o remunerado.

"La remuneración, llamada honorario, determinase por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre, o el juez".

Y poco después:

"Art. 2111.—El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita.

"Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato.

"Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halle todavía en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona. De otra manera, se hará responsable en los términos del Art. 2154".

(1) El Código Napoleón dice: Art. 1984 "Le mandat ou procuration est une acte par le quel une personne donne á une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire".

Y los expositores critican esta definición, porque lo definido en ella es no el contrato de mandato, sino la procuración o el poder que el mandante confiere al mandatario. Dn. Andrés Bello aprovechó de esas observaciones y nos dió una exacta definición del contrato, literalmente igual a la de Ecriche.

De estas disposiciones se deducen las siguientes conclusiones jurídicas:

1^a—El mandato es un contrato consensual, esto es, que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes (Código Civil, Art. 1433); pero como la voluntad de las partes puede ser expresada en dos actos separados, esto es, primero la del mandante y después la del mandatario, el Código declara que el contrato queda perfeccionado en virtud de la aceptación; pues sólo desde entonces existe verdadero consentimiento, o sea la conformidad en el querer o sentir de dos personas.

En el mandato judicial, la voluntad del mandante debe constar de escritura pública, como luego veremos.

El mandato puede ser oneroso o gratuito, según que sea o no remunerado (Art. 1430); lo cual depende de la estipulación de las partes; y a falta de estipulación, de la naturaleza misma del servicio o de la costumbre (Arts. 1536 y 2104). (1)

El mandato judicial es, por su naturaleza, remunerado, es decir, oneroso, por disposición de la Ley Arancelaria, que fija la remuneración de los apoderados, como lo veremos también en su lugar.

Según la generalidad de los expositores franceses, el mandato es unilateral, aun en el caso de ser remunerado. Laurent, por el contrario, lo cree en este caso, bilateral. Sin preocuparnos mucho de esta cuestión, que, para nosotros, no tiene interés práctico, nos inclinamos a la segunda opinión, a la de Laurent.

Discuerdan también los autores sobre si, al ser remunerado, el mandato, se convierte en arrendamiento de servicios, o sí, aun en tal hipótesis, hay entre los dos

(1) Las legislaciones antiguas consideraban el mandato como esencialmente gratuito, basadas en el Derecho Romano, que así lo declaraba. El Código Napoleón, apartándose de las ideas tradicionales, sintetizadas en la doctrina de Pothier, admitió la posibilidad del mandato remunerado, pero advirtiendo que, a falta de estipulación en contrario, se lo tendría como gratuito (Art. 1886). El nuestro, o sea el Chileno, avanzó algo más en la reforma: el mandato no es, por su naturaleza, gratuito ni oneroso, y esta calidad depende de la voluntad expresa o tácita de las partes, de la costumbre o la ley.

contratos diferencias esenciales. A nuestro modo de ver, el mandato remunerado difiere del arrendamiento de servicios, como la especie del género. El mandatario remunerado arrienda indudablemente sus servicios; pero este arrendamiento tiene la diferencia específica de que lleva consigo la representación del mandante, que no existe en los demás arrendamientos de servicios materiales o inmateriales. Y por esto le son aplicables, ya las reglas del mandato, ya las del arrendamiento, según los casos, como lo dan a entender los Arts. 2004 y 2105 del Código Civil.

Procuración, procuraduría y procura son voces técnicas que valen tanto como mandato (1).

Poder.—Es el escrito o documento en que el mandante hace constar las facultades que confiere al mandatario. Se da también ese nombre a cada una de las facultades.

No hay en el tecnicismo legal ninguna palabra que, por sí sola, signifique el mandato judicial.

Las palabras finales de nuestra definición legal arriba transcrita (y el que lo acepta, apoderado, procurador y en general mandatario) dan a entender que el procurador y el apoderado son especies de mandatarios, y que esta última voz es genérica, con relación a las dos anteriores. Y como en ninguna parte de nuestras leyes se explica esta distinción ni el alcance y comprensión de las palabras apoderado y procurador, podía creerse que, atento el tenor de este artículo, la última había quedado reservada para los mandatarios judiciales, como lo suponen algunos tratadistas, entre ellos Caravantes, que da

(1) Escribhe dice: "Procura.—La comisión o poder que alguno da a otro para que en su nombre haga o ejecute alguna cosa. Véase mandato o poder.

"Procuración.—El acto por el que una persona da poder a otra para que haga alguna cosa en su nombre"

"No tiene la palabra Procuraduría; mas el Diccionario de la Academia dice: Procuraduría.—1—Oficio o cargo de procurador.—2—Oficina donde despacha el procurador".

Y más arriba: "Procuración.—1—Cuidado o diligencia con que se trata y maneja un negocio.—2.—Comisión o poder que uno da a otro para que en su nombre haga o ejecute una cosa.—3—Oficio o cargo de procurador.—4.—Procuraduría".

la definición siguiente: "Se entiende por **procurador** la persona autorizada o el mandatario público que representa en los negocios judiciales a los litigantes, y gestiona con arreglo al poder que éstos le han conferido". T. 1º Nº 59.

Dice persona autorizada o mandatario público, por cuanto, como veremos al tratar de la proposición siguiente, en España los mandatarios judiciales tienen carácter público, lo mismo que en Francia; pero restringe la significación de la palabra **procurador** a los mandatarios judiciales.

Mas nuestro Código de Enjuiciamiento no ha seguido esta norma; antes bien, ha dado a entender que es lo mismo **procurador** que **mandatario**, ya que en su definición dice que son **procuradores judiciales** "los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio como actores o demandados".

Las últimas palabras son supérfluas, y hasta perjudiciales en la definición, en cuanto la restringen indebidamente; puesto que el mandatario judicial puede también parecer como **tercerista**, o en ciertos asuntos de jurisdicción voluntaria en que cada interesado representa su derecho, sin asumir la calidad jurídica de actor ni demandado. Y suprimidas esas palabras, la definición queda reducida a que son **procuradores judiciales los mandatarios judiciales**. Lo cual no es definir ni hacer nada.

Pero de esto se deduce que puede haber **procuradores judiciales o extrajudiciales**, y que según nuestra ley, el concepto de procuración, equivale, como hemos dicho, a mandato, es decir, es comprensivo de ambas especies.

Mejor habría sido decir, como Caravantes: "Son **procuradores** los mandatarios autorizados para comparecer en juicio"; pues de esta manera habríamos tenido un vocablo técnico, propio del mandato judicial (1).

(1) La Ley primera, Tít. 5º Part. 3ª dice: "Personero es aquel que recabada o face algunos pleitos o cosas ajenas, por mandato del dueño de ellas. El ha nome personero, porque parece o está en juicio o fuera del en lugar de la persona de otri".

Todo el Tít. 5º de la Part. 3ª versa sobre los personeros, y tiene importantes y curiosas reglas.—Tomo 2º pág. 452 y siguientes.

Procurador viene de *curo* y *pro*, cuidar de los negocios de otro; y se denomina también poderhabiente, personero, apoderado. etc.

259—Es necesaria la intervención de procurador?—Sistemas contrarios.—Doctrina legal.—Excepción para el caso de dos o más actores o reos.

En nuestro sistema legal es absolutamente libre y voluntario para los litigantes valerse o no de procuradores, como lo declara el Art. 44, que debió estar en esta Sección de los procuradores; y en caso de querer hacerlo, es también libre para ellos la elección de la persona. Les es obligatorio tener procurador, sólo cuando son dos o más los actores o los demandados, como lo veremos después, al estudiar las proposiciones 282 y 294, y el Art. 65.

En otras legislaciones, como la francesa, la italiana y la española, la intervención de procuradores es preceptiva para todo asunto judicial, con algunas excepciones. El cargo de procurador es público, y el nombramiento se hace por la autoridad. De entre los nombrados por ella, elige cada litigante el procurador que más le conviene(1).

La institución tiene, por tanto, dos partes: la intervención forzosa de procurador y la designación del personal de procuradores por la autoridad pública, a fin de que sólo de entre éstos puedan elegir los interesados. Fúndase la primera en que, para los asuntos litigiosos, requiérese, no sólo la dirección de un abogado, sino cierta versación en las prácticas curiales que facilite la atinada ejecución del plan concertado por el defensor; y la segunda en que la inexperiencia y la buena fe pueden inducir a los litigantes a caer en manos de charlatanes y agiotistas que los sacrifiquen.

Entre nosotros se ensayó este sistema en el Código de 1846: se establecieron de cuatro a seis procuradores nombrados por el Poder Ejecutivo, a propuesta en terna de las Cortes; y su intervención era forzosa para las partes, en segunda y tercera instancia. Para obtener el nombramiento necesitaban, entre otras cosas, los candi-

(1) En Francia el apoderado elegido por el litigante se llama *avocat*.

datos rendir un examen ante el Tribunal. No pudo aclinarse esta institución; y observándose que era preferible dejar este asunto al criterio de los mismos interesados y de sus defensores, se la derogó a poco tiempo, restituyendo a las partes la libertad de que gozan hasta ahora.

Esta misma regla de la libertad siguen el Código chileno y el nuevo peruano de Enjuiciamiento. (Arts. 5º y 1º, respectivamente).

260.—Capacidad para nombrar procuradores judiciales.

Es facultativo, como hemos dicho, para los litigantes comparecer personalmente o por medio de apoderado, según el Art. 44 de nuestro Código. Conforme al 45, tienen capacidad o **son hábiles** (palabras de la ley) para nombrar procuradores, todas las personas que pueden comparecer en juicio por sí mismas.

Según esto, pueden hacer ese nombramiento aun las personas incapaces, en los casos de excepción en que pueden comparecer por sí mismas.

Si los representantes legales de personas naturales y personas jurídicas de Derecho privado o público pueden conferir poder o ratificar lo hecho a nombre de ellas, estudiaremos en la proposición 295, al comentar el Art. 66.

261.—Capacidad para ejercer la procuración judicial.—

Regla general de la capacidad.— Se requieren condiciones de aptitud?— Pueden serlo los extranjeros?— Los analfabetos?— Impedimentos legales o incompatibilidades.— Contraposición de intereses.— Efectos de la intervención de los incapaces.

En nuestra ley sustantiva no hay reglas especiales de capacidad para el mandato; por consiguiente, se aplican las generales sobre la capacidad para contratar, o sea, según el lenguaje legal, para los actos y declaraciones de la voluntad, consignadas en los Arts. 1435, 1436 y 1437.

La única excepción o mejor dicho aclaración a este respecto, es la del Art. 2115, que dice:

"Si se constituye mandatario a un menor o a una mujer casada, los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros, en cuanto obliguen a éstos y al mandante; pero las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros no podrán surtir efecto sino según las reglas relativas a los menores y a las mujeres casadas".

Regla para el mandato judicial.—En cuanto a este punto, que es el que nos concierne directamente, comenzamos por una regla análoga a la de la capacidad jurídica, en general: toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas a quienes la ley declara incapaces. La capacidad es la regla; la incapacidad, la excepción.

Condiciones de aptitud.—No tienen, como hemos dicho, en nuestro sistema legal, carácter público los procuradores. Tampoco exige la ley condiciones especiales de aptitud para ese cargo. No es necesaria la ciudadanía; y por lo mismo, pueden ser procuradores los extranjeros.

No se exigen conocimientos teóricos ni prácticos en asuntos judiciales, ni siquiera el saber leer y escribir. Un analfabeto, es decir, un ciego de entendimiento, más inepto que los privados de la vista natural, es legalmente hábil para el mandato judicial, como lo veremos al comentar nuestras reglas legales, contenidas en el Art. 49.

Son inhábiles para esa especie de mandato, a más de las personas que lo son para los contratos en general, algunas otras a quienes la ley les prohíbe ejercerlo, ya por razón de incompatibilidad de funciones, como los jueces y magistrados, los miembros del Congreso o del Gobierno y otros funcionarios públicos; ya por consideración al estado o condición social de ellas, como los clérigos, los religiosos y las mujeres; ya, en fin, por motivos de indignidad o falta de honorabilidad, como los enjuiciados criminalmente, los tinterillos, etc.

El detalle de los impedimentos y de nuestras disposiciones legales relativas a esta materia estudiaremos al ocuparnos en el Art. 49 del Código.

Contraposición de intereses.—Una persona legalmente capaz de ser mandataria judicial, puede estar impedida de figurar como tal en cierta causa o con relación a determinada persona, en virtud de la oposición de intereses. La ley no lo dice; pero el principio jurídico de que nadie puede representar en juicio intereses opuestos, es

tan evidente e inconcuso, que no puede menos que aplicarse en todos los casos en que resulta esa oposición.

En nuestra práctica forense se ha aplicado ese principio a los representantes legales, desde antes de que el legislador lo reconociese y ordenase expresamente en la reforma de 1921, como lo observamos en los respectivos lugares de la Sección precedente, y en especial al estudiar lo prop. 254, en donde procuramos también explicar y precisar el concepto de la oposición de intereses, no siempre claro en los casos prácticos; y esas observaciones pueden servirnos para la actual cuestión.

No cabe, por tanto, que una persona sea, a la vez, mandatario del actor y del demandado, o de una de estas dos partes y del tercerista. Y si el apoderado llega a tener en la causa interés personal opuesto al del mandante, tampoco puede seguir ejerciendo el mandato; v. gr. si hace a su propio nombre tercería en el juicio en que figuraba como personero del ejecutante o del ejecutado.

Por la misma razón, uno de los partícipes en juicio divisorio no puede ser procurador de otro partícipe, ni los dos pueden tener un solo mandatario, sino en el caso de que hayan de quedar entre sí indivisos o tengan algún otro arreglo que excluya la oposición de intereses.

Para los asuntos extrajudiciales hemos tenido siempre en el Código Civil las siguientes reglas, que no son sino meros corolarios del mismo principio:

"Art. 2131.—No podrá el mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar; si no fuere con aprobación expresa del mandante.

"Art. 2132.—Si se le encargare tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente. Pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante".

Efectos de la intervención del mandatario incapaz.— Si de hecho interviene como mandatario una persona comprendida en alguna de las inhabilidades legales, sus actos son nulos; y según lo ha resuelto el Tribunal Supremo, esa nulidad no puede sanearse por la ratifica-

ción. Sobre esto último, esto es, sobre si pueden validarse, por la ratificación, los actos del mandatario incapaz, haremos algunas observaciones y expondremos nuestra opinión, al comentar el fallo del Tribunal Supremo a que nos referimos. (Jurisp. casos 32 y 33).

262.—El que no puede ejercer la procuración por si mismo, puede ejercerla por medio de sustituto?— El incapaz de contratar puede sustituir?

La sustitución es un acto jurídico, un verdadero contrato, que establece obligaciones e impone responsabilidades. No puede, por tanto, otorgarla quien no es capaz de contratar. Pero el que, teniendo aquella capacidad general, se halla en alguno de los casos de impedimento de ejercer la procuración judicial, puede muy bien sustituir el poder, asumiendo, por cierto, las correspondientes responsabilidades.

§ 2º

FORMA DE LA PROCURACION JUDICIAL

263.—Regla del Código Civil sobre el mandato en general.— Reglas adjetivas: asuntos de mayor cuantía.— Asuntos de menor cuantía.— Poderes en parroquias distantes.— En la Región Oriental o en el Archipiélago de Colón.— Poderes en país extranjero.— Endoso que equivale a mandato.

Mandato extrajudicial.—Sabemos ya que, según el Código Civil, el mandato es un contrato meramente consensual, es decir, se perfecciona por el mero consentimiento, sin necesidad de requisitos de forma. La regla legal es la siguiente:

"Art. 2110.—El encargo objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico".

Con respecto a la prueba testimonial, las reglas generales a que este artículo se refiere, son las de los Arts. 1698 y 1701 del mismo Código, que la declaran inadmisibles para los actos y contratos que contienen entrega o promesa de una cosa cuyo valor excede de ciento sesenta sures; mas en cuanto a la necesidad de instrumento auténtico, no encontramos en él ninguna regla expresa. Los tribunales, empero, han interpretado justamente que, si se confiere poder para un contrato que debe otorgarse por escritura pública, v. gr. una compra-venta de bienes raíces, el poder comprensivo del consentimiento del mandante, debe extenderse en la misma forma. Véanse Jurisp. caso 38 y la prop. 287 sobre el Art. 52.

Presupuesto este principio jurídico, la legislatura de 1912 consignó una excepción en el Art. 6º de la Reforma del Código de Enjuiciamiento Civil que, en la nueva edición del Código, lleva el Nº 58. Al estudiar este artículo en la parte legal, volveremos a ocuparnos en esta cuestión.

Mandato judicial.—Para el mandato judicial es indispensable la constancia por escrito, puesto que debe obrar en el proceso; y, por la misma razón, debe estar rodeado de suficientes garantías de autenticidad. Fundada en esta consideración, nuestra ley adjetiva exige la solemnidad de escritura pública, si se trata de un asunto de mayor cuantía, y la intervención de un juez civil, si es para juicio de menor cuantía.

La exigencia de escritura pública es, quizá, exagerada; pues aquella garantía podría obtenerse, constando el poder en un escrito presentado al juez y legalmente reconocido (1); tanto más, cuanto para la autoriza-

(1) El Código de Procedimiento Chileno, tratando de la forma del poder judicial, consigna la siguiente regla, que merece recomendarse:

"Art. 7º—El que comparece en juicio a nombre de otro, en desempeño de un mandato o en ejercicio de un cargo que requiere especial nombramiento, deberá exhibir el título que acredite su representación.

Para obrar como mandatario se considerará poder suficiente: 1º el constituido por escritura pública otorgada ante notario o ante oficial del Registro Civil a quien la ley confiere esta facultad; 2º el que consta de una acta extendida ante un Juez de Letras o ante un Juez árbitro y suscrita por todos los

ción marital, para la revocación del mandato, para la renuncia y para otros actos importantes, basta un escrito dirigido al juez y agregado al proceso, sin siquiera reconocimiento (Prop. 231).

La autenticidad de los escritos presentados en juicio debe presumirse, y de hecho se presume, mientras no haya algún motivo para dudar de ella o alguna reclamación de una de las partes; en cuyo caso se ordena por el juez el reconocimiento.

Por razón de la forma, tenemos, pues, en nuestro sistema legal, cuatro clases de poderes judiciales:

En escritura pública, para asuntos de mayor cuantía (Art. 53);

Ante un juez parroquial y tres testigos, para los mismos asuntos, cuando el otorgamiento tiene lugar en una parroquia que dista más de 25 kilómetros de la cabecera del cantón (Art. 54);

Para asuntos de menor cuantía, ante un juez parroquial, en el libro que, a modo de protocolo, deben llevar dichos jueces (Arts. 52 y 1069 del Código y 72 de la Ley Orgánica del Poder Judicial);

Y para cualquier asunto, ante la primera autoridad política o de Policía y tres testigos, si se otorga en la Región Oriental o en el Archipiélago de Colón (Art. 55).

Un poder otorgado por escritura pública, puede servir también para asuntos de menor cuantía; pues el pensamiento del legislador ha sido simplemente exigir menor solemnidad y menores gastos para dichos asuntos; y por lo mismo, las mayores solemnidades y garantías de una escritura pública no pueden considerarse como obstáculo o inconveniente. Una persona que confiere a

otorgantes; y 3º el que conste de una declaración escrita del mandante, autorizada por el secretario del Tribunal que esté conociendo de la causa.

Podrá, sin embargo, admitirse la comparecencia al juicio de una persona que obre sin poder en beneficio de otra, con tal que ofrezca garantía de que el interesado aprobará lo que se hubiere obrado en su nombre. El Tribunal para aceptar la representación, calificará las circunstancias del caso y la garantía ofrecida; y fijará un plazo para la ratificación del interesado".

Y el peruano: "Art. 8º—El poder para pleitos se otorgará por escritura pública o por acta ante el juez que conoce de la causa, la cual será firmada por el otorgante, el juez y el escribano.

Para los juicios cuyo valor no exceda de cincuenta libras, puede también otorgarse el poder fuera de Registro".

otra poder general para cualesquiera asuntos judiciales, no necesita, por lo mismo, sino otorgar una escritura pública, la cual habilita al mandatario, tanto para los pleitos de mayor, como para los de menor cuantía.

Al estudiar los artículos arriba citados y la prop. 287 (Parte legal) volveremos a ocuparnos en los asuntos comprendidos en la prop. 263, que estamos examinando.

Réstanos sólo ocuparnos en los poderes que se otorgan en país extranjero. El principio general admitido en el Derecho Internacional Privado es el de que la forma de los actos jurídicos se sujeta a las reglas del país del otorgamiento; mas nuestro Código Civil, después de hacer aplicación de este principio, en el Art. 16, respecto de los instrumentos públicos, agrega:

"Art. 17.—En los casos en que las leyes ecuatorianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas".

Por consiguiente, aun cuando en el país del otorgamiento sea suficiente un documento privado para el mandato judicial, será necesario otorgar un instrumento público, si el poder debe presentarse en juicio en el Ecuador. Ese instrumento debe otorgarse, por lo mismo, ante un funcionario territorial competente y con las solemnidades del respectivo país, o bien ante un Cónsul ecuatoriano, con arreglo a nuestra ley de la materia.

Endoso equivalente a mandato.—A más de las formas regulares u ordinarias del mandato judicial, que acabamos de considerar, los Tribunales han encontrado otra que pudiéramos llamar irregular o extraordinaria, en las siguientes disposiciones del Código de Comercio:

"Art. 416.—La propiedad de una letra de cambio se puede transferir a otra persona por medio del endoso.

"Este debe contener:

"El nombre de la persona a cuya orden se trasfiere la letra.

"La expresión de si es por valor recibido o por valor en cuenta.

"La fecha.

"La firma del endosante.

"Art. 417.—Se prohíbe firmar endosos en blanco, y los que estuvieren en esta forma no producirán acción alguna para reclamar el valor de la letra.

"Art. 418.—El endoso firmado que no estuviere conforme con las prescripciones anteriores, equivale a simple mandato".

Las mismas reglas se aplican a las libranzas y pagarés a la orden, según los Arts. 486 y 487.

Tenemos, por tanto, que, para lo sustantivo, el endoso ilegal de un documento puede tener el valor de mero mandato, según el cual, el endosatario deberá proceder al cobro en nombre y por cuenta del mandante, como procede todo mandatario. Ahora bien si para la ejecución de ese mandato se hace necesario gestionar judicialmente, estará el mandatario exonerado de los requisitos de forma que, según hemos visto, se exigen para el mandato judicial (escritura pública, si es de mayor cuantía, o acta judicial, si de menor, etc.)? . . . En otros términos, ese endoso irregular que, en el fondo, equivale a mandato, según el Código de Comercio, equivaldrá también por la forma a escritura pública o acta judicial, es decir, tendrá mayor virtud y fuerza que el endoso regular y perfecto? . . .

El Tribunal Supremo ha adoptado la solución afirmativa, como lo veremos en Jurisp. (casos 29, 30 y 31); y nuestra opinión la reservamos para cuando comentemos esos fallos.

264.—Gestión judicial a nombre ajeno, sin poder.— Agencia oficiosa.— Ratificación expresa o tácita.— Ratificación de lo obrado a nombre de persona difunta.— Firma a ruego.— Abusos.

Si una persona administra sin mandato los negocios de otra, se obliga para con ésta y la obliga en ciertos casos, dice el Código Civil en el Art. 2268, agregando que esa administración constituye el cuasicontrato de agencia oficiosa.

Las obligaciones del agente oficioso son las mismas que las del mandatario (Art. 2269); y las del interesado o dueño del negocio, cumplir las que el gerente haya contraído en la gestión —siempre que el negocio haya sido bien administrado— y pagar las expensas útiles y necesarias (Art. 2272).

Para la existencia de las obligaciones del dueño del negocio o interesado, no es indispensable su ratificación:

basta el hecho de la buena administración, es decir, el hecho mismo del cuasicontrato.

En asuntos judiciales, nadie —excepto las personas investidas de algún cargo al que sea anexa la representación— puede gestionar a nombre de otro, sino con el respectivo poder, o con protesta de presentarlo posteriormente o de que el interesado ratificará las gestiones hechas a su nombre; y la falta de poder o ratificación acarrea la nulidad del proceso y la responsabilidad personal del agente oficioso, por las costas procesales, la multa y los daños y perjuicios, como luego veremos.

En esta sección de los procuradores no tenemos ninguna disposición legal que permita gestionar a nombre ajeno con la mera oferta de ratificación; ni en ningún otro lugar lo dice el Código expresamente. Mas al tratar de las nulidades, consigna la siguiente regla, que da a entender claramente que es legal y admisible esa manera de proceder:

"Art. 416.—Aun cuando se hubiere declarado ya la nulidad por falta de personería, si la parte ratifica lo hecho a su nombre, el proceso será válido; y aun los jueces superiores, revocando la nulidad, devolverán la causa al inferior, para que falle sobre lo principal".

El artículo siguiente, el 417, habla también de ratificación, en el mismo sentido; y en la práctica está perfectamente admitido y es de cotidiana ocurrencia, el que cualquiera se presente a nombre de otro con oferta de ratificación, asumiendo las consecuencias de la falsa personería, si la ratificación no se efectúa.

La ratificación puede ser tácita, por actos del interesado que manifiesten inequívocamente su aquiescencia, v. gr. si habiéndose propuesto una demanda a nombre de otra persona, ésta comparece a continuar la causa, como lo declaró justamente el Tribunal Supremo en el juicio del menor Humberto Salas contra Carmen Montalvo. (Véase en la Sección anterior, DEL ACTOR Y DEL DEMANDADO, Jurisp. caso 3º).

La ratificación, como la palabra lo indica, refiérese sólo a lo pasado. Para lo futuro, no vale si no se otorga en forma de poder. Véase prop. 286 y Jurisp. caso 35.

Gestiones a nombre de un muerto.—Si la persona a cuyo nombre gestionó otra, con oferta de poder o ratifi-

cación, había fallecido antes de dichas gestiones, podrán validarse éstas por la ratificación de los herederos? ... Este caso fue fallado por nuestros Tribunales; por lo cual reservamos nuestra opinión para cuando comentemos esas resoluciones (Jurisp. casos 27 y 51).

Firma a ruego.—El que otorga un documento, debe suscribirlo; el que dirige una solicitud o representación escrita, debe igualmente poner en ella su firma. La suscripción es lo que constituye al otorgante autor del escrito y responsable de sus consecuencias. Es, por decirlo así, el signo de la propiedad del acto.

Si el otorgante no sabe o no puede firmar, debe obtener que lo haga otra persona, como encargada por él; mas esa persona no se hace parte en el asunto ni debe seguir interviniendo. Así lo dispone la ley, al tratar de los instrumentos más importantes, como son los testamentos y las escrituras públicas. Pero ese encargo supone, según el pensamiento de la ley, que el otorgante está instruido del contenido del instrumento, y que, además, asiste en persona al otorgamiento.

No se había imaginado el legislador que cupiese firma a ruego de quien sabe y puede firmar, mas no lo hace porque no está presente, ni conoce el instrumento de que se trata, y tal vez ni noticia tiene del otorgamiento. El ruego, para un caso de estos, entraña verdadero mandato; y el mandato para asuntos judiciales debe otorgarse por escritura pública.

Mas en el foro ecuatoriano se ha encontrado un medio muy sencillo de eliminar esta formalidad legal. Cualquiera persona firma por otra, en virtud de un supuesto ruego de ésta; y no porque el interesado tenga ninguna imposibilidad de escribir, sino porque, ausente y sin noticia siquiera del escrito, no cabe que ponga en él su firma.

Mediante esta corruptela, se elude la necesidad legal del poder o la ratificación; y el firmante, que no se muestra parte, no representa al interesado; no asume ninguna responsabilidad, ni siquiera la del pago de las actuaciones que él mismo ocasiona, sino en el evento de que el interesado cuyo ruego suplante, reclame contra la falsedad o proteste no ser suyo el escrito.

Los tinterillos han abusado ampliamente de este nuevo arbitrio, para embrollar los asuntos judiciales; y se hace necesario que el Tribunal Supremo, en sus Reglamentos, y, si esto no basta, la Legislatura, se preocupen del particular y adopten las medidas apropiadas. Véase Jurisp. caso 26.

LECCION II

§ 1º

FACULTADES DEL PROCURADOR

265.—**Funciones ordinarias del mandatario, derivadas de la naturaleza del contrato.— Funciones extraordinarias.— Aplicación al mandato judicial.**

Damos aquí la denominación de funciones ordinarias del mandatario, a las que se derivan de la naturaleza del mandato, sin necesidad de disposición especial del mandante; y el de funciones extraordinarias, a las que no existen sino en virtud de la voluntad especial de éste. Expliquemos este concepto.

"Se distinguen en cada contrato"—dice el Código Civil, en el art. 1434—"las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerla, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente la pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".

Y como las cosas se definen por su esencia, para saber lo que es esencial a un contrato definido por la ley, debemos recurrir a su definición. Así, en la venta, son esenciales la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio estipulado.

Son de la naturaleza de los contratos las cosas que el legislador supone entraron en la intención de los con-

tratantes y deben considerarse aceptadas y queridas por éstos; v. gr. en el mismo contrato de venta, la obligación de defender al comprador si un tercero le disputa el dominio de la cosa.

Cuanto al mandato, debemos decir, ciñéndonos a la definición legal, que son esenciales el encargo que una persona hace de un negocio suyo a otra, y la obligación que ésta se impone, de efectuarlo a nombre y por cuenta de aquélla. Si no hay encargo, o si el negocio interesa sólo al mismo encargado, no hay mandato.

Veamos ahora lo que es de la naturaleza de este contrato, en orden a las atribuciones del mandatario, cuya extensión depende, de todo en todo, de la voluntad del mandante. Es decir, veamos cuáles son las que, interpretando esa voluntad, considera la ley tácitamente aceptadas o queridas por el mandante.

Nuestro Código Civil, de acuerdo con el francés y la generalidad de los modernos, resuelve esta cuestión en los siguientes términos:

"Art. 2119.—El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración: como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.

"Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial".

Del tenor y espíritu de esta disposición se deduce, en relación con lo que nos incumbe investigar ahora:

1º—Que el mandato, por general que sea, no faculta naturalmente al mandatario sino para actos de mera administración. Los que pueden calificarse como dispositivos, quedan fuera de sus límites ordinarios.

2º—Que para conocer la extensión y naturaleza de una administración, debe atenderse al giro ordinario de los negocios del mandante, encargados al mandatario.

3º—Que, según la ley, es de la naturaleza del mandato la comparecencia en juicio para demandar a los deudores, intentar las acciones posesorias, interrumpir las prescripciones, en relación con el giro ordinario del

negocio encomendado; es decir, es esa comparecencia un acto meramente administrativo.

4º—Que, por lo mismo, el mandatario puede comparecer en juicio para esos efectos, sin necesidad de autorización expresa. En otros términos: un mandato general puede considerarse como mandato judicial, para los efectos susodichos, aunque en el instrumento nada se diga al respecto.

5º—Que para otra clase de litigios, extraños al giro ordinario, necesita el procurador autorización especial.

Ahora bien, un mandatario judicial —sea por disposición expresa del mandante, sea por la naturaleza del mandato— ¿qué clase de actos puede ejecutar en juicio, y para qué otros necesita cláusula o autorización especial? ...

Nuestra respuesta es análoga: puede el mandatario judicial ejecutar todos aquellos actos que se comprenden en el giro ordinario de un asunto judicial, es decir, todos los actos o gestiones que pueden caber en el juicio, así en lo principal, como en los incidentes, excepto sólo aquellos que, por su importancia, se miran como dispositivos, es decir, tales que sólo el dueño puede ejecutarlos, y, por lo mismo, requieren en el mandatario autorización especial.

Lo que puede hacer el mandatario, es la regla; lo que no puede, sin autorización especial, excepción (1).

(1) El Código Chileno define con precisión lo que comprende el giro ordinario de la gestión judicial, y puntualiza en seguida los actos que, por no comprendidos en dicho giro, requieren cláusula especial del mandante. Dice así: "Art. 8º El poder para litigar se entenderá conferido para todo el juicio en que se presente, y aun cuando no exprese las facultades que se conceden, autorizará al procurador para tomar parte, del mismo modo que podría hacerlo el poderdante, en todos los trámites e incidentes del juicio y de todas las cuestiones que por vía de reconvencción se promuevan, hasta la ejecución completa de la sentencia definitiva, salvo que la ley exija intervención personal de la parte misma. Las cláusulas en que se nieguen o en que se limiten las facultades expresadas, son nulas. Podrá asimismo, el procurador delegar el poder obligando al mandante, a menos que se le haya negado esta facultad.

"Sin embargo, no se entenderán concedidas al procurador, sin expresa mención, las facultades de desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar la demanda contraria, deferir el juramento decisorio, aceptar su delación, absolver posiciones, renunciar los recursos o los términos legales, transigir, comprometer, otorgar a los árbitros facultades de arbitradores, aprobar convenios y percibir".

Código — 13

Nuestro Código consigna las excepciones en el Art. 56; y esas excepciones, de cuyo detalle trataremos al estudiar ese artículo, constituyen las **funciones extraordinarias** del mandatario judicial.

Todo lo no comprendido en las excepciones puntualizadas por aquel artículo, se rige por la regla general, es decir, entran en el giro ordinario de la gestión judicial, y puede hacerlo el mandatario, sin necesidad de autorización expresa; pero entendiéndose que se trata sólo de los actos y diligencias judiciales, concernientes al litigio. Para otros actos extraños, como para ceder el crédito reclamado, hacer una novación u otra operación extrajudicial, el mandatario debe tener por norma las respectivas disposiciones de la ley sustantiva.

266.—Diferencia entre poderes, facultades e instrucciones.

El vocablo **poder** se aplica, como ya dijimos, ora a las atribuciones que el mandante o la ley confieren al mandatario, ora al instrumento en que se consignan dichas atribuciones. En el primer sentido, **poder** significa tanto como **facultad**, en el lenguaje legal.

Entre **facultades** e **instrucciones** la diferencia es muy clara y muy importante. Las facultades fijan y determinan la capacidad del mandatario para representar al mandante. A ellas deben atenderse, así los terceros que con el mandatario se entienden, como el juez que con él debe contar en el juicio. De ellas depende, por tanto, la legitimidad de la personería del mandatario y la validez del proceso.

Las **instrucciones** son ciertas reglas de conducta o advertencias que el mandante da al mandatario, privadamente y fuera del instrumento del mandato, en orden al modo u ocasión de usar de las facultades. Son, por lo mismo, extrañas a los terceros y al juez, y atañen sólo a las relaciones entre mandante y mandatario. Si éste las quebranta, pero sin salir de la órbita de las facultades, lo hecho por él es válido y liga al mandante respecto de terceros, con arreglo al Art. 2147 del Código Civil; pero el mandatario responde de los perjuicios al

mandante, (Art. 57, N° 2° del Código de Enjuiciamiento; Jurisp. caso 49).

Ejemplo: si en el poder se le autoriza al mandatario para hacer postura en un remate y comprar la cosa; mas por separado o privadamente el mandante le advierte al mandatario que no subirá en las pujas sino hasta cierto límite, y el mandatario traspasa ese límite y hace el remate por cantidad mayor, la gestión es válida, le obliga al mandante, pero el mandatario queda responsable por la violación de las instituciones. Mas si la fijación de aquel límite consta en la misma escritura del mandato, no se trata ya de instrucciones, sino de facultades, y el remate por mayor precio es nulo, por ilegitimidad de personería.

Con respecto a la responsabilidad del mandatario, en el caso de violación de las instrucciones, se tendrá en cuenta lo que luego diremos, refiriéndonos al Art. 2137 del Código Civil.

§ 2°

OBLIGACIONES DEL PROCURADOR

267.—Obligación anterior a la aceptación.— Aceptación total o parcial.— Retracción.— Renuncia.

Hemos visto lo que el mandatario puede hacer en virtud del mandato. Veamos ahora lo que debe hacer; cuáles son sus obligaciones.

Sabemos ya que el mandato se perfecciona por la aceptación de la persona a quien se lo confiere (249). Por tanto, antes de la aceptación, esa persona no tiene obligación alguna de mandatario. El Código Civil empero, hace la siguiente declaración, que interesa a los abogados, a quienes de manera principal y acaso exclusiva, se dirige:

"Art. 2112.—Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligados a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace: y transcurrido un término razonable, el silencio de aquellas se tendrá por aceptación."

"Aun cuando se excusen del encargo, deberán tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda".

La aceptación puede ser parcial. Si el mandato es general o para dos o más asuntos, el mandatario puede aceptarlo para uno o más de ellos y no para los otros.

Aun después de la aceptación, puede el mandatario retractarse, en los términos del Art. 2111 del Código Civil, y puede también renunciarlo, con arreglo al Art. 2150.

La renuncia difiere de la retractación en que tiene lugar cuando ya se ha empezado a ejercer el mandato.

Así la retractación como la renuncia pueden también ser parciales.

268.—Obligaciones derivadas de la aceptación.— Quién puede exigir las.— Puede un tercero obligar al mandatario a presentarse por el mandante?

Aceptado el mandato, toca al mandatario desempeñarlo. Esta es una obligación derivada de la esencia del contrato. Si el mandato es para un pleito, el mandatario debe ejercer el poder, esto es, presentarse en juicio a nombre del mandante.

El derecho correlativo a esta obligación —el derecho de exigir el desempeño del mandato— corresponde al mandante, y nada más que al mandante; por la muy obvia razón de que todo contrato es ley para los contratantes, mas no surte efecto respecto de terceros. *Res inter alios acta, aliis prodesse aut nocere non potest.*

Nadie ha puesto jamás en duda esta verdad, al tratarse de un mandato extrajudicial. Si A da poder a B para que compre una cosa, C no podrá demandar a B para que proceda a cumplir el mandato. El mandato aceptado crea una relación jurídica entre el mandante y el mandatario; y sólo el mandante, sujeto activo de esa relación, puede demandar el cumplimiento de la obligación correlativa, contraída por la otra parte.

Si el mandato es judicial, deberemos admitir la conclusión contraria? Si A da a B poder general para pleitos o especial para litigar con C, podrá C exigir a

B que salga a juicio y se le ponga al frente, en representación de A? Nuestra opinión ha sido siempre negativa.

Como la conclusión relativa al mandato extrajudicial la hemos deducido de la esencia del mandato y de la esencia de los contratos en general, no podemos ni es posible adoptar la contraria, sólo por la circunstancia de que el mandato sea para pleitos. Ese tercero C no tiene, en nuestro concepto, derecho alguno contra B, por el mero hecho del contrato de mandato.

Otra cosa sería si la ley misma impusiera ese deber al mandatario judicial, como le impone, para ciertos casos, el Código de Procedimiento Chileno; pues entonces el derecho del tercero se deriva de la ley, y no simplemente del contrato de mandato (1).

Al tratar de la sustanciación del juicio ejecutivo, dice nuestro Código de Enjuiciamiento:

"Art. 514.—Inciso 2º.—Si constare que el ejecutado está en otro lugar, se le notificará por comisión o deprecatorio, en la forma expresada en este artículo. Pero si el ejecutado tiene procurador en el lugar del juicio, la notificación podrá hacerse a éste".

De esto no se deduce, a nuestro ver, que se haya conferido al demandante, es decir, a un tercero, el derecho de obligar al mandatario a representar al mandante. No: cuando el demandado —en vía ejecutiva u ordinaria— tiene apoderado con poder suficiente, claro

(1) La disposición chilena es la siguiente:

"Art. 12.—Cuando se ausentare de la República alguna persona dejando procurador autorizado para obrar en juicio o encargado con poder general de administración, todo el que tenga interés en ello podrá exigir que tome la representación del ausente dicho procurador, justificando que ha aceptado el mandato expresamente o ha ejecutado una gestión cualquiera que importe aceptación.

"Este derecho comprende aun la facultad de hacer notificar las nuevas demandas que se entablen contra el ausente, entendiéndose autorizado el procurador para aceptar la notificación a menos que se establezca lo contrario de un modo expreso en el poder.

"Si el poder para obrar en juicio se refiere a uno o más negocios determinados, sólo podrá hacerse valer el derecho que menciona el inciso precedente respecto del negocio o negocios para los cuales se ha conferido el mandato".

que puede notificársele a éste la demanda; pero si el apoderado declara que para ese juicio no acepta el mandato, aunque para otras cosas ya lo haya aceptado, o expresa de cualquier modo su intención de no intervenir, nos parece que esta disposición legal no va más allá, y que, dándose por insubsistente la notificación, el juicio debe seguirse con el mismo mandante.

El Tribunal Supremo, empero, adoptó al parecer, doctrina diversa, en un caso práctico que oportunamente examinaremos. Jurisp. casos 23 y 24.

269.—Manera de ejercer el mandato.— Responsabilidades y sanciones.

Cuanto al modo de ejercer el mandato, la norma legal del mandatario está trazada por el Código Civil, en estos términos:

"Art. 2118.—El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo".

El precepto de sujeción a los términos del mandato, consignado en este artículo, se refiere, no sólo a las facultades, sino también a las instrucciones; con la diferencia de que, como ya dijimos, al apartarse el mandatario de las primeras, le falta capacidad o personería, y sus actos son nulos; mas al traspasar sólo las segundas, la consecuencia no es sino la responsabilidad para con el mandante.

La sujeción rigurosa a la voluntad del mandante, prescrita por el Art. 2118 y por la naturaleza misma del mandato, tiene las siguientes razonables restricciones, establecidas por el mismo Código:

"Art. 2136.—El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante.

"Art. 2137.—El mandatario que se halle en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no está obligado constituirse agente oficioso: le basta tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan.

"Pero si no fuere posible dejar de obrar sin comprometer gravemente al mandante, el mandatario tomará el partido que más se acerque a sus instrucciones y que más convenga al negocio.

"Compete al mandatario probar la fuerza mayor o caso fortuito, que le imposibilite llevar a ejecución las órdenes del mandante".

Por lo demás, dentro de la amplitud que las facultades e instrucciones le dejan al mandatario, debe éste proceder con el **cuidado de un buen padre de familia** (1), y con arreglo a estotra norma legal:

"Art. 2134.—En general, podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante, con tal que bajo otros respectos no se aparte de los términos del mandato. Se le prohíbe apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designados en el mandato.

"Por el contrario, si negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia".

Y la naturaleza de la responsabilidad del mandatario para con el mandante, por el mal uso de las facultades e instrucciones, se regla así:

"Art. 2116.—El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

"Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado".

"Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga".

En lo judicial, sabemos ya que el abuso de las facultades acarrea la nulidad de lo obrado; mas el de las instrucciones produce sólo la responsabilidad por perjuicios, al tenor del susodicho Art. 2116 del Código Civil y del N^o 2^o del Art. 57 del de Enjuiciamiento.

(1) Frase que emplea el Código Civil en el Art. 39, para significar el cuidado ordinario o mediano, cuya omisión constituye la culpa leve.

270.—Obligaciones procesales del mandatario judicial.— Legitimación de su personería.— Presentación del poder.— Efectos de su omisión.— Falsa personería.— Relaciones con el abogado defensor.— Secreto.— Pago de derechos y costas.

Hemos tratado ya de la obligación de ejercer el mandato, y de sujetarse en ese ejercicio a las instrucciones del mandante, y con mayor razón, a las facultades. A más de estos deberes, derivados de la esencia del contrato, el Código de Procedimiento, puntualiza en los Arts. 51 y 57, otros que, por relacionarse directamente con el proceso, los llamamos ahora **procesales**: Presentación del poder; noticias y datos al abogado defensor; presentación de las pruebas y demás escritos necesarios, bajo la dirección del abogado; concurrencia a las diligencias que le conciernan; pago de los derechos judiciales y costas; interposición de los recursos, y secreto en orden a los planes de la defensa.

Sin perjuicio de lo que expondremos al estudiar esos artículos en la parte legal, nos ocuparemos ahora brevemente en los puntos más importantes.

Presentación del poder— El mandatario judicial puede comparecer en juicio, bien acompañando el poder, bien ofreciendo presentarlo antes de sentencia (1); bien con protesta de ratificación.

Con la presentación del poder o con la ratificación del mandante, el apoderado **legitima su personería**; entendiéndose que, en el primer caso, sigue contándose con el apoderado, y en el segundo, termina su intervención, a menos que comparezca nuevamente con la misma oferta de poder o ratificación.

(1) Por excepción y en consideración a la naturaleza del juicio ejecutivo, el Art. 507 exige al apoderado del ejecutante legitimar su personería desde que propone la demanda; de manera que no puede presentarse con mera oferta.

Tampoco puede presentarse en ningún juicio con mera oferta de poder o ratificación el que fuere persona desconocida o sin bienes con que responder, conforme al inciso 2º del Art. 51.

La segunda y las ulteriores ofertas debieran ser prohibidas por la ley; porque cada una de ellas da lugar al respectivo decreto de legitimación de personería, con un término prudencial, que puede ser prorrogado por el juez y casi siempre se prorroga, ocasionando grave retardo en el proceso (1).

Si el apoderado comparece con oferta, la otra parte puede exigir la inmediata legitimación de la personería; y el juez debe ordenarla, concediendo al mandatario un término prudencial.

De oficio debe ordenar el juez la legitimación, cuando llegue el caso de sentencia, so pena de hacerse responsable de la nulidad del proceso. Antes de ese estado, no puede decretarla sino a petición de parte; atento el tenor del Art. 51; mas en la práctica los jueces y tribunales hacen frecuente uso de esa facultad, sin esperar petición de parte.

Si el apoderado no legitima su personería, es declarado falso procurador, y se anula el proceso en toda la parte actuada desde que aquel se presentó. Mas si antes de estar ejecutoriada esta resolución, se presenta el poder o la ratificación, se revoca la nulidad y quedan legitimadas todas las gestiones del mandatario.

(1) El Código Chileno, después de establecer en el Art. 7º, como ya vimos (prop. 303, nota) las diversas formas en que pueden otorgarse los poderes, añade en el mismo artículo:

"Podrá sin embargo, admitirse la comparecencia al juicio de una persona que obre sin poder en beneficio de otra, con tal que ofrezca garantía de que el interesado aprobará lo que se hubiere obrado en su nombre. El Tribunal, para aceptar la representación, calificará las circunstancias del caso y la garantía ofrecida y fijará un plazo para la ratificación del interesado".

Esa garantía, entre nosotros, resultaría ocasionada a incidentes y embrollos; y el criterio prudencial de los jueces, para apreciar las circunstancias tampoco da resultados prácticos satisfactorios. Creemos, por lo mismo, que la única medida eficaz sería la de no admitir más de una protesta de poder o ratificación en cada instancia, a la misma persona; a fin de procurar que el abogado o el agente que quiera cuidar de continuo los intereses de alguno de los litigantes, obtenga y presente el respectivo poder, y no esté repitiendo a cada paso las protestas que dan lugar al incidente de personería.

La sanción contra el falso personero es el pago de las costas del proceso anulado y las del incidente de personería; el de los perjuicios causados a la otra parte, y una multa de uno a diez sures en favor de ésta, por cada día del retardo ocasionado por la falsa personería.

A más de esta sanción civil, debiera ponerse alguna en el Código Penal; puesto que se trata de una verdadera falsedad, que atañe, no sólo al interés de las partes, sino a las relaciones de éstas con la autoridad pública.

Relaciones del mandatario con el abogado defensor.—

La dirección de la defensa corresponde al abogado defensor; y someterse a ella y secundarla es, puede decirse, la síntesis de los deberes procesales del mandatario judicial para con el mandante. A esta dirección han de obedecer la presentación de las pruebas, la interposición de recursos y todas las gestiones que el Art. 57 menciona entre los deberes del mandatario. Ese sometimiento es más estricto, si, como ordinariamente acontece, el abogado defensor es designado por el mandante.

De acuerdo con la misma dirección, el mandatario debe concurrir a las inspecciones, remates, juicios verbales, etc.; presenciar la práctica de las pruebas propias y contrarias; dar inmediata cuenta al defensor, de todo lo que ocurra en la causa y de todo lo que pueda interesar a la defensa; llevarle copia de los escritos contrarios y de las providencias judiciales, etc.

Pago de derechos y costas.—Con el mandatario y no con el mandante se cuenta en todos los trámites judiciales; y por lo mismo, al primero le incumbe el pago de los derechos judiciales de su parte, como también el de las costas a que fuere condenado el mandante, sin perjuicio de la reclamación que, directamente, puede intentarse contra éste. Art. 1023.

El Código advierte que este deber subsiste aunque en el mandato se le exima al mandatario; y nosotros agregamos aunque el mandante no haya suministrado los fondos necesarios. La falta de esta suministración da al mandatario derecho para reclamar contra el mandante; pero no puede interrumpir el curso de la causa, ni redundar en perjuicio de la parte contraria.

Obligación de secreto.—El secreto en los planes de la defensa es tan sustancial para el éxito de las contiendas judiciales, como para el de las militares. En estas últimas, la violación del secreto constituye el más grave de los crímenes, la traición; y la traición, en las contiendas judiciales, tiene el nombre técnico de **prevaricación** o **prevaricato**. La pena señalada por el Código Penal es la prisión de uno a cinco años (Art. 236).

El mandatario —lo mismo que el defensor— debe abstenerse de revelar esos secretos, no sólo a la parte contraria (que es lo que constituye el prevaricato) sino también a terceros por cuyo medio pudiera ésta descubrirlos. La reserva y la discreción es una de las más bellas y valiosas prendas de la buena educación profesional de los abogados, como también de los que desempeñan el delicado cargo de procuradores judiciales.

§ 3º

DERECHOS DEL PROCURADOR

271.—Detalle legal de los derechos de procuradores.— Remuneración.— Indemnizaciones.

Tomando siempre como punto de partida la parte pasiva de la relación jurídica, el Código Civil regla primero las obligaciones del mandatario, y después las del mandante; lo mismo que al tratar de la compraventa y el arrendamiento. Las obligaciones del mandante son, pues, los derechos del mandatario; y el Código las puntualiza en estos términos:

"Art. 2145.—El mandante está obligado:

"1º—A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato:

"2º—A satisfacer los gastos razonables causados por la ejecución del mandato:

"3º—A pagarle la remuneración estipulada o usual:

"4º—A pagarle las anticipaciones de dinero, con los intereses corrientes:

"5º—A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato.

"No podrá el mandante exonerarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido

"buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le "pruebe culpa".

Estas reglas son de todo en todo aplicables al mandatario judicial; sin perjuicio de la especial, contenida en el Art. 59 del Código adjetivo, que después examinaremos.

El Código Civil agrega en favor del mandatario las siguientes disposiciones:

"Art. 2147.—El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato.

"Estará, sin embargo, obligado el mandante si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre."

"Art. 2149.—Podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante, para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte".

Con respecto a la remuneración, este Código no dice sino:

"Art. 2104.—El mandato puede ser gratuito o remunerado.

"La remuneración, llamada honorario, determinase por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre o el juez."

El de Enjuiciamiento guarda silencio; y la Ley de Aranceles, considerando este cargo como remunerado por naturaleza, le dedica la Sección XIV, que dice:

"DE LOS APODERADOS

"Art. 40.—Los apoderados recibirán los derechos siguientes:

"1º—Un sucre cincuenta centavos por la presentación del poder o la sustitución:

"2º—Un sucre veinte centavos por los escritos de pura sustanciación, si ellos los formaren, inclusive firma y amanuense, si no excede de una foja:

"3º—Cuarenta y cinco centavos por cualquier otro escrito firmado por abogado, fuera de amanuense:

"4º—Cuarenta y cinco centavos por conocer y ver firmar a cada testigo de la parte contraria, y otros tantos por la presentación de cada testigo de su parte:

"5º—Sesenta centavos por cada hora de asistencia a inventarios, avales, remates, posiciones, entrega de bienes, y cualquiera otra diligencia judicial que demande tiempo:

6º.—Dos sures cuarenta centavos por cada día que permanezcan presos a causa de la negligencia del poderdante; y

7º.—Un suere cincuenta centavos diarios por trasladarse a otro lugar del juicio, por asuntos relacionados con el cargo, y esto, fuera de caballería o embarcación.

"Art. 41.—En asuntos de menor cuantía, cobrarán la mitad de los derechos ya expresados."

Y al fin, entre las "Disposiciones comunes", tiene esta regla general:

"Art. 57.—Los que percibieren mayores derechos que los asignados en esta ley o que no se hallen expresados en ella, serán castigados de plano con una multa de dos a veinte sures, por el juez o tribunal respectivo, sin perjuicio del procedimiento criminal. La multa no excederá de la mitad en asuntos de menor cuantía.

"No obstante, los peritos, intérpretes, depositarios, apoderados, amaneses y curadores especiales, podrán estipular con las partes su retribución; mas, si en virtud de condenación judicial, debiera pagar costas la parte vencida, no satisfará ésta sino los derechos fijados por la ley, a menos que hubiera aceptado la retribución convencional".

LECCION III

§ 1º

DELEGACION.—SUSTITUCION.—REVOCAION DE LA SUSTITUCION

272.—Concepto legal de la delegación y la sustitución, relativamente al mandato.

Estos vocablos no son sinónimos, en su sentido natural. Delegar es conferir el todo o una parte de las funciones de un cargo o empleo a otra persona, que las ejerce a nombre y por autoridad del delegante y dentro de los límites que éste le señala. Sustituir es poner una persona o cosa en lugar de otra (1), o bien reemplazar una persona o cosa con otra.

(1) Sustituir.—Poner una persona o cosa en lugar de otra (Diccionario de la Academia).

En el lenguaje jurídico español tienen acepción igual a la vulgar; pero la **delegación** se refiere principalmente a la **jurisdicción**, y la **sustitución** a **deudores, acreedores, herederos, albaceas, mandatarios, etc.** (1).

En nuestro tecnicismo legal, las dos palabras significan lo mismo con relación al mandato. El Código Civil hablaba sólo de **delegación** hasta que la Convención Nacional de 1869, que hizo en él varias reformas agregó al Art. 1256 el inciso segundo, que dice: "Por la muerte del mandante no se extingue el mandato para pleitos, si se ha empezado a desempeñar; ni por muerte del procurador, en el mismo caso, terminan las facultades del sustituto delegado".

Esta es la única vez que el Código Civil habla de sustitución, a propósito del mandato, y la considera equivalente a **delegación** al decir **sustituto** o **delegado**.

El Código de Enjuiciamiento del mismo año 69, expedido por la propia Convención, limitóse a decir: "Art. 119.—El procurador que ha sustituido el poder, podrá revocar las sustituciones que hubiere hecho, y hacer otras en todo o en parte, con arreglo al Código Civil".

Empleó la palabra **sustitución**, sin la más remota idea de alterar el plan del Código Civil, y antes bien refiriéndose expresamente a él. En otros términos, no trató de conceder al mandatario la facultad de sustituir; y, por el contrario, considerándola ya establecida por el Código Civil, limitóse a hacer constar la facultad que, por el mismo hecho, correspondía al mandatario de revocar las sustituciones y hacer otras.

(1) Escríbe: "Delegación.—La facultad que un juez ó tribunal concede a alguna persona para que conozca de una causa en nombre de aquel, y en la forma que le prescribe.

"Subrogación.—La acción de sustituir o poner una cosa en lugar de otra cosa, o una persona en lugar de otra persona. La primera se llama real, y la segunda personal. Página 1547.

"Sustitución.—La subrogación de una cosa en lugar de otra cosa o de una persona en lugar de otra persona".

La subrogación es sustitución, y la sustitución, subrogación. Círculo vicioso que tienen todas las definiciones de diccionarios.

La legislación española se ocupa especial y ampliamente en la sustitución de herederos, haciendo minuciosas distinciones y clasificaciones.

En el Código de Enjuiciamiento de 1879 se reformó la disposición, diciendo:

"Art. 241.—El procurador que ha sustituido el poder, podrá revocar las sustituciones que hubiese hecho, y hacer otras en todo o en parte; y el sustituto podrá también delegarlo, si no se le hubiese prohibido".

Este es nuestro actual Art. 60 (1). Suprimiéronse las palabras con arreglo al Código Civil, seguramente por considerarlas innecesarias; y se agregó la parte que hemos subrayado, en la que se empleó el verbo *delegar* sólo por no repetir *sustituir*, y el adverbio *también* que aquí equivale a *igualmente*, para aclarar mejor el propósito de considerar las dos voces como jurídicamente idénticas.

Podemos, por tanto, decir que la delegación o sustitución del mandato es el acto por el cual el apoderado confiere o trasmite, total o parcialmente, a otra persona las facultades que le ha otorgado el mandante (2).

(1) La notable diferencia en la numeración depende de que en 1879 se incorporó en el Código de Enjuiciamiento todo la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(2) Al identificar el legislador las dos palabras, ha alterado hasta el régimen gramatical de una de ellas. En el sentido natural, habría sustitución en el mandato cuando el mandante reemplazara a su apoderado con otra persona. El *sustituido*, es decir, el complemento directo del verbo, sería el apoderado; y deberíamos decir *sustituir mandatarlo*, en vez de *sustituir el poder*. Mas, en virtud de la identificación hecha por el legislador, tenemos y decimos que el apoderado *sustituye el poder*, como si dijéramos que lo *delega*; y viene a ser el poder el complemento directo del verbo *sustituir*, siendo así que lo que en verdad se cambia o *sustituye* es, no el poder mismo, sino la persona encargada de ejercerlo.

Y a propósito de régimen, *sustituir*, en el sentido en que nosotros lo empleamos, exige en o a en el complemento indirecto; esto es, debe decirse *sustituir el poder en alguno o a alguno*. Puede decirse que *algunen sustituye a otro en el poder*.

Delegar admite la proposición en (*delegar en su hermano*); y también un dativo personal (*delegarle el poder*). En virtud del dativo, puede emplearse también a (*delegarle a su hermano el poder*). Salvá—Zerolo, Isaza, etc.

273.—Doctrina del Código Civil sobre la delegación.— Sus efectos en los diversos casos.— Aplicación a los poderes judiciales.— Sus inconvenientes.— Comisión mercantil.

El Código Civil consigna y desarrolla su sistema relativo a la delegación en las siguientes reglas jurídicas: (1)

"Art. 2122.—El mandatario podrá delegar el encargo si no se le ha prohibido; pero no estando expresamente autorizado para delegarlo, responderá de los hechos del delegado, como de los suyos propios.

"Esta responsabilidad tendrá lugar aun cuando se le haya conferido expresamente la facultad de delegar, si el mandante no le ha designado la persona, y el delegado era notoriamente incapaz o insolvente.

"Art. 2123.—La delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante no da derecho a terceros contra el mandante, por los actos del delegado.

"Art. 2124.—Cuando la delegación a determinada persona ha sido autorizada expresamente por el mandante, se constituye entre el mandante y el delegado un nuevo mandato que sólo puede ser revocado por el mandante, y no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario.

"Art. 2125.—El mandante podrá en todo caso ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo".

La primera de estas reglas, en que se basa el sistema —la de que el mandatario puede delegar, si no se le ha prohibido— no nos parece conveniente ni científica, por lo menos respecto del mandato judicial. Nosotros la cambiáramos, diciendo: "El mandatario no puede delegar sino cuando el mandante se lo ha permitido". Es decir, incluiríamos la delegación entre los actos para los cuales necesita el apoderado cláusula especial.

Y nos fundamos en el principio jurídico general, reconocido en los siguientes términos, por el mismo legislador, al tratar del cumplimiento de las obligaciones:

"Art. 1562.—Puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre del deudor, aun sin su consentimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor".

"Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona, contra la voluntad del acreedor".

(1) El Código Argentino tiene reglas análogas a los Arts. 1024 a 1028.

Y las gestiones de todo mandatario —sobre todo de un mandatario judicial— son actos para los cuales indudablemente han de tomarse en cuenta las aptitudes o idoneidad de la persona a quien se las confía. Por manera que, si el Código, al tratar del mandato, hubiera guardado silencio respecto de la delegación, el caso —regiéndose por la regla general de este Art. 1562— se habría resuelto en sentido negativo, o bien habría dado lugar, como enseña Pothier, a una cuestión de hecho sobre la interpretación de la voluntad del mandante, y no habría cabido la delegación sino cuando las circunstancias del caso diesen a entender que para el mandante era indiferente que el mandatario ejecutase el mandato, por sí mismo o por medio de otra persona.

El mandatario, por la naturaleza del contrato, no puede tener otras atribuciones que las que el mandante ha querido confiarle; y el legislador, al señalarlas, se ha propuesto principalmente interpretar la voluntad tácita del mandante. Ahora bien, el silencio del mandante en orden a la delegación, no puede de ninguna manera interpretarse en todo caso como concesión tácita de esa facultad, por lo mismo que no cabe suponer que el mandante prescinda, por lo general, de tomar en cuenta las aptitudes personales del mandatario.

Nuestro Código sigue en esto, como en casi todo lo relativo a la materia de los contratos, al francés, el cual, como hemos visto, se aparta algún tanto de la doctrina tradicional sintetizada en las enseñanzas de Pothier; pero algunos Códigos modernos adoptan la regla contraria. Así el peruano actual (Art. 10) incluye expresamente la facultad de sustituir entre las que requieren cláusula especial (1).

(1) El Código Napoleón no da declaración expresa sobre la facultad de delegar, y dejándola sobreentendida, trata sólo de la responsabilidad del mandatario, en los diversos casos, en estos términos:

"Art. 1094.—Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion,—1º Quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un;—
2º Quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.—Dans

Sentado el principio de la delegabilidad del poder, esto es, de que la facultad de delegar es de la naturaleza del mandato, prevé el Código los siguientes casos:

- 1º—Que el mandante haya facultado al mandatario para delegar a persona determinada;
- 2º—Que la haya facultado para delegar, sin indicarle personas;
- 3º—Que haya guardado silencio sobre delegación;
- 4º—Que el mandante haya negado al mandatario la facultad de delegar.

En el primer caso tenemos una sustitución, en el natural y riguroso sentido de la palabra: el primer mandatario queda reemplazado por el segundo; su calidad y sus facultades terminan, y sobreviene un nuevo mandato entre el mandante y el sustituto. El sustituto representa directamente al mandante; y los terceros que con él contratan, tienen acción directa contra el mandante. El primer mandatario no responde de los actos del sustituto.

En el segundo caso ocurre lo mismo, a menos que el mandatario haya hecho la delegación en persona notoriamente incapaz o insolvente. Sólo en este caso responde el delegante de los actos del delegado.

En el tercer caso, la facultad de delegar se supone tácitamente concedida, por el mismo hecho de no haberse negado; pero el mandatario delegante responde de los actos del delegado como de los suyos propios, quien quiera que éste sea.

En el cuarto caso se siguen estas consecuencias:

- a).—La delegación es un nuevo mandato del delegante al delegado;
- b).—El delegado representa directamente, no al mandante, sino al delegante;
- c).—El tercero que contrata con el delegado tiene acción directa, no contra el mandante, sino contra el de-

“tous les cas, le mandant peut agir directement contra la personne que le “mandataire s'est substituée”.

Este artículo fue objeto de interesante discusión en los trabajos preparatorios del Código; y la doctrina general de los expositores, fundada en él sirvió de norma principal al autor de nuestro Código.

legante, por los actos del delegado. Salvo el caso de ratificación del mandante;

d).—Con respecto al mandante, el mandatario responde de los actos del delegado, como de los suyos propios;

e).—El mandante sí tiene acción contra el tercero, por los actos del delegado.

La razón de esta última consecuencia consiste en que al mandante que no ha conferido la facultad de delegar, le queda el derecho de ratificar o no la delegación; y al ratificarla, se siguen todos los efectos del primero de los casos que hemos considerado, es decir, la ratificación equivale a que el mandante hubiera autorizado desde el primer momento la delegación hecha por el mandatario.

Por supuesto, el mandante que ratifica expresa o tácitamente la delegación, para ejercer las acciones contra el tercero, o sea para aprovechar de lo favorable de la gestión del madatario, tiene que aceptar también lo adverso, es decir, las obligaciones o responsabilidades que de la gestión del delegado se sigan en favor del tercero.

En lo judicial no puede ocurrir el caso cuarto. Si el mandatario a quien el mandante ha denegado la facultad de delegar, otorga una delegación, el delegado carece de personería, y el juez no puede permitirle la intervención en el juicio, y debe anular las gestiones que de hecho hubiese practicado. Puede, sí, ocurrir y ocurre con frecuencia el tercero, el de que, en el poder nada se diga sobre delegación o sustitución. Ese silencio del mandante se interpreta por la ley, según hemos visto, como una tácita concesión de la consabida facultad; el delegado tiene, por lo mismo, personería legítima para representar al mandante, y sus actos obligan a éste, con relación a la otra parte con quien se sigue el juicio. Pero el delegante, esto es, el primer mandatario, responde de los actos del delegado como el de los suyos propios, con relación al mandante.

Con respecto al segundo caso, la regla de que el mandante autorizado para delegar, sin designación de persona, es responsable sólo en el caso de haber delegado a persona notoriamente incapaz o insolvente, nos parece poco satisfactoria; pues debiera extenderse la respon-

sabilidad aun a los casos de delegación a persona manifiestamente inepta o inadecuada para el acto de que se trate; si se tiene en cuenta que el mandatario está obligado a desempeñar su cargo con el cuidado de un buen padre de familia, esto es, con razonable diligencia y precaución.

Reglas sobre los comisionistas.—La comisión difiere del mandato en que el comisionista gestiona a su propio nombre; y de esta diferencia sustancial fluyen muchas consecuencias, reconocidas por el Código de Comercio. Mas en cuanto a delegación, la regla de este Código, bastante análoga a la civil, es la siguiente:

"Art. 376.—El comisionista debe desempeñar por sí mismo la comisión, y si la delegare sin autorización previa del comitente, responde de la ejecución del delegado.

"Si en la autorización para delegar no se le hubiere designado persona determinada, responderá de la delegación que hiciere en persona notoriamente incapaz o insolvente.

"Siempre que delegare la comisión, deberá dar aviso al comitente.

"En todos los casos podrá el comitente ejercer sus acciones contra el delegado".

No nos detenemos en formar el paralelo entre esta regla y la civil del mandato, porque no tiene importancia para el Derecho adjetivo o procesal; pero sí hacemos notar que, en nuestro concepto, la regla del primer inciso debiera extenderse también al mandato, y especialmente al mandato judicial.

274.—Ratificación del mandante. — Ratificación del mandatario.

La ratificación, es decir, el consentimiento *post factum*, surte todos los efectos de la autorización previa o simultánea. El mandante que, no habiendo autorizado para sustituir, ratifica la sustitución o los actos del sustituto, los pone en el caso primero de la proposición anterior, esto es, en el de una delegación a persona indicada por el mandante. La ratificación puede ser expresa o tácita; y la segunda consiste en un acto cualquiera que lógicamente suponga la aceptación.

En lo judicial, esta ratificación surte los mismos efectos que la que se da respecto de los actos de un agente oficioso o de quien ha gestionado con oferta de legitimar su personería.

La ratificación del mandatario que no ha delegado el poder, o que lo ha delegado sin tener facultad para ello, hace también propios del mandatario los actos del delegado o agente oficioso; y como tales, son válidos, obligan al mandante, y surten todos los efectos legales.

275.—Revocación de la sustitución.

El Cgo. de Enj. dice:

"Art. 60.—El procurador que haya sustituido el poder, podrá revocar las sustituciones que hubiere hecho, y hacer otras en todo o en parte; y el sustituto podrá también delegarlo, si no se le hubiere prohibido".

Esto no obstante, podemos hacer distinción: si se trata del primero de los casos de nuestra proposición 271, es decir, de una delegación a persona determinada por el mandante, el mandatario no puede revocarla, atento lo dispuesto por el Art. 2124 y las consideraciones que adujimos al estudiar aquel caso.

No puede alegarse que la regla del Código de Enj. es especial para el mandato judicial; porque la del Civil, si bien es general para todo mandato, es, a su vez, especialísima para el caso de delegación autorizada por el mandante con designación de persona.

Además, recordamos ya que el artículo del Código de Enj. tenía en la edición de 1871 (hecha en virtud de la ley expedida por la Convención de 69) la frase **con arreglo al Código Civil**, y que la supresión de esta frase en el Código de 78, no obedeció a intención de alterar en manera alguna las reglas del Código Civil, fundadas en la naturaleza misma del acto.

En los casos segundo y tercero, esto es, de autorización para delegar, sin designación de persona, y de silencio sobre delegación, puede el mandatario revocar a su arbitrio las delegaciones, en todo o en parte, otorgar otras, etc. al tenor de lo dispuesto por el Código de Enj. en el artículo transcrito.

§ 2º

276.—Modos de terminación reconocidos por la ley.— 1º Desempeño del negocio.— 2º Expiración del plazo.— 3º Revocación: reglas del Código Civil.— ¿Hay mandatos irrevocables?— Regla del Código de Enj.: presentación del mandante.— Revocación tácita.— Forma de la revocación.— Pago de costas.

El Código Civil dice:

“Art. 2150.—El mandato termina:

“1º Por el desempeño del negocio para que fué constituido;

“2º Por la espiración (1) del término o por el cumplimiento de la “condición prefijados para la terminación del mandato;

“3º Por la revocación del mandante;

“4º Por la renuncia del mandatario;

“5º Por la muerte del mandante o del mandatario;

“6º Por la quiebra o insolvencia del uno o del otro;

“7º Por la interdicción del uno o del otro;

“8º Por el matrimonio de la mujer mandataria;

“9º Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato “ha sido dado en ejercicio de ellas”.

Y, según el Art. 61 del Código de Enj., la procuración judicial termina en los mismos casos, con las diferencias y condiciones que anotaremos en los lugares respectivos.

Casos 1º y 2º—Sobre los dos primeros modos, silenciados en el Código de Napoleón, acaso por muy obvios, no se nos ocurre ninguna observación—(2). Totalmente terminada la gestión para la cual se confirió el mandato, éste expira por el ministerio de la ley; como expira también, aunque el asunto esté inconcluso, si el mandante lo ha conferido por plazo determinado, y vence ese plazo.

Caso 3º—Revocación.—El Código Civil dice a este respecto:

(1) El Código Civil dice siempre *expirar*, *expiración*, cuando deba decir *expirar*, *expiración*.

(2) Art. 2003.—*Le mandat finit.—Par la révocation du mandataire.—Par la renonciation de celui-ci au mandat,—Par la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire.*

"Art. 2151.—La revocación del mandante puede ser expresa o tácita. La tácita es el encargo del mismo negocio a distinta persona".
 "Si el primer mandato es general y el segundo especial, subsiste el primer mandato para los negocios no comprendidos en el segundo".
 "Art. 2152.—El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, y la revocación, expresa o tácita, surte efecto desde el día en que el mandatario ha tenido conocimiento de ella; sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 2160". (1).

El mandato es, pues, revocable, a voluntad del mandante, aun cuando se haya señalado plazo fijo, y aunque se haya estipulado remuneración para el mandatario, porque se trata de un negocio propio del mandante. Sólo que, en este caso, puede caber, según opinan algunos autores y tribunales franceses, una indemnización en favor del mandatario, atentos los términos del contrato y las circunstancias del caso (Laurent Tomo 28, Nros. 98 y 99).

"La revocabilidad del mandato" —dice Laurent— "supone que ha sido otorgado en interés de sólo el mandante. Si el mandatario o un tercero es interesado en el asunto, cesa de ser revocable" N^o 104.

Cita en seguida este expositor la autoridad de la Corte de Casación y de otros tribunales, que así lo han resuelto.

Si las partes han estipulado expresamente, en interés común de ellas, la irrevocabilidad; o sí, como dice el Art. 2107, el negocio interesa juntamente al mandante y al mandatario, de modo que la revocación sería incompatible con la naturaleza del contrato o con los derechos de él provenientes, es indudable que el mandante no podría revocar a su arbitrio el mandato.

Regla adjetiva.—El Código de Enj. exige, para que surta efecto la revocación, que el mandante salga personalmente al juicio o constituya otro procurador. Art. 62.

La condición de salir personalmente al juicio no significa presentarse o residir materialmente en el lugar del juicio, sino apersonarse en la causa, esto es, dirigia-

(1) De lo dispuesto en el Art. 2160 trataremos en la proposición 278.

se al juez manifestándole la revocación, a fin de que ésta conste de autos, y se cuente en lo sucesivo con el ex-mandante.

Si éste, revocando el poder, nombra otro procurador, tampoco valdrá la revocación mientras el mismo mandante o el nuevo apoderado no lo comuniqué al juez de la causa, en la forma indicada.

Si el mandante revoca el poder, por escritura pública o por cancelación de la escritura de mandato, por avisos publicados por la imprenta o carteles, etc., el mandato quedará revocado para lo extrajudicial; pero en los procesos en que esté figurando el mandatario, continuará éste como tal, mientras no se haga constar de autos la revocación, apersonándose el mismo mandante o el nuevo apoderado.

El mero hecho de gestionar personalmente el mandante, no constituye revocación tácita, como lo declara el Código de Enj. en el Art. 67.

Si el mandante, sin decir que revoca el poder, encarga el mismo asunto a otra persona, hace revocación tácita, según el Código Civil; y si el nuevo mandatario comparece en la causa, con él deberá contarse en lo sucesivo; sin embargo de que, para el caso de presentarse el mismo mandante, el Art. 67 exige **revocación expresa**.

Si el primer mandato es general y el segundo especial, debe subsistir el primero para todo lo no comprendido en el segundo. Sí, al contrario, el primero es especial y el segundo general, no deberá considerarse revocado el primero por el segundo, a menos que así lo den a entender los términos o el espíritu del segundo.

Forma de la revocación.—El mandato judicial se otorga por escritura pública o por instrumento público ante el juez parroquial, en los respectivos casos, como ya sabemos (prop. 263). Para la revocación, no se exige la misma solemnidad: basta que conste de autos en cualquier pedimento o solicitud.

Pago de costas.—Revocado el poder, el pago de derechos judiciales, costas, etc., se exigirá al mandante, aunque provenga de causa anterior, salvo que ésta sea alguna condenación personal contra el mismo apoderado.

277.—Caso 4º— Renuncia.— Regla del Código Civil.—
¿Puede el mandatario renunciar el derecho de renunciar?...— Regla adjetiva: presencia del mandante.

El Código Civil le reconoce al mandatario el derecho de renunciar, sin hacer distinción de casos; y por esa renuncia termina el mandato. ¿Podrá el mandatario renunciar ese derecho?...— ¿Se lo entenderá renunciando si el mandatario se ha comprometido a desempeñar el cargo por tiempo fijo o hasta la conclusión del negocio?...

Nada dice la ley al respecto; y para responder, tenemos en cuenta:

1º—Que puede haber renuncia de derechos, pero no de obligaciones;

2º—Que cualquiera puede renunciar libremente los derechos provenientes de la ley o de los contratos, si la renuncia no perjudica a terceros ni al orden público;

3º—Que los contratos legalmente celebrados son una ley para los contratantes.

De estos antecedentes jurídicos deducimos que el mandatario puede renunciar su derecho de renunciar el mandato, y que esa renuncia debe considerarse implícita en el pacto de desempeñar el mandato por tiempo fijo o hasta la conclusión del negocio, salvo el caso de imposibilidad física u otro inconveniente insuperable.

Presupuesto ese derecho, dice el Código Civil:

"Art. 2154.—La renuncia del mandatario no dará fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados.

"De otro modo, se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante; a menos que se halle en la imposibilidad de administrar, por enfermedad u otra causa, o sin grave perjuicio de sus intereses propios".

Con esto habíase previsto suficientemente el caso de una renuncia intempestiva, y evitado, en lo posible, sus inconvenientes; mas el Código de Enj. que para el caso de revocación, exigió que el mandante saliese personalmente al juicio o constituyese otro apoderado, para el de renuncia, quiere que el mandante esté presente en

el lugar del juicio. Si está ausente, aunque sea a poca distancia, la renuncia no surte efecto, y el mandatario tiene que seguir como tal hasta el fin del juicio, quiera o no quiera, pueda o no pueda, y aunque el mandante sepa ya la renuncia y no le dé recursos ni le pague la remuneración convenida, etc.

Lo cual no guarda conformidad ni con la doctrina sustantiva ni con los principios jurídicos.

Debería, pues, eliminarse el Art. 63 adjetivo, o mejor sustituirlo con otro que dijese: "El mandatario que renuncie, indicará la habitación en que deba ser notificado el mandante; y si éste está ausente, continuará aquél representándole, hasta que conste de autos haberse notificado la renuncia, por comisión o exhorto, y sin que por eso se interrumpa el curso de la causa.

Puede suceder que, presentada la renuncia del mandatario, el juez la acepte y siga contando con el mandante, por medio de boletas, y que, con posterioridad, se descubra que éste ha estado ausente al tiempo de la renuncia. En tal caso, todo lo actuado desde entonces será nulo, a costa del apoderado renunciante.

Pago de derechos y costas.—Para el caso de revocación, nada dice el Código, y nosotros nos inclinamos a creer que ya no son de cargo del apoderado ni aún los anteriores a la revocación, a excepción de las condenaciones en que él hubiere incurrido personalmente. (Prop. precedente).

Para el caso de renuncia, el Código quiere evitar el que, por medio de ella, se sustraiga maliciosamente del pago del mandatario, y cauce dificultades a la otra parte; y a este fin tiende la regla especial del Art. 64.

278.—Muerte del mandante.—Muerte del sustituyente.— Muerte del mandatario.

Por regla general, los contratos no terminan por la muerte de las partes, atento el axioma jurídico de que todo el que contrata, contrata para sí y para sus sucesores. Mas esta regla tiene excepciones, y una de ellas es la del mandato, justificada, según enseña Pothier, por la razón de que, en la ejecución de este contrato, es el mismo mandante quien obra por el ministerio del man-

datario; él, quien habla, estipula o promete por ese medio; lo cual supone la existencia de la persona que así procede, basada en la confianza que el apoderado le inspira.

Con mayor razón, el mandato termina por la muerte del mandatario a quien el mandante confió la gestión de sus negocios.

Mas, si es de la naturaleza de este contrato, el que expire por la muerte del mandante, no es de su esencia, y cabe que las partes, en virtud de su consentimiento, establezcan lo contrario. Así los autores enseñan que el mandato no termina por la muerte del mandante, cuando se lo ha pactado en beneficio de ambas partes o de una de ellas y un tercero, al tenor de nuestro Art. 2107, y en general, cuando, de la naturaleza o los términos del contrato, se infiere claramente que tal fue la voluntad de los contratantes (1).

Hasta el año 1869, el Art. 2156 de nuestro Código Civil decía sólo esto: "No se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella. Los herederos suceden, en este caso, en los derechos y obligaciones del mandante".

Mas la legislatura de ese año agregó el inciso segundo que, concretándose al mandato judicial, dice:

"Por la muerte del mandante no se extingue el mandato para pleitos, si se ha empezado a desempeñar; ni por la muerte del procurador, en el mismo caso, terminan las facultades del sustituto o delegado".

De acuerdo con esto, púsose también en el Código adjetivo del mismo año la regla siguiente:

"Art. 120.—Termina el cargo de procurador en todos los casos expresados en el mismo Código; pero si hubiere muerto el mandante y estuviere trabada la litis con el mandatario o sustituto, continuará el uno o el otro en su caso, representando al mandante difunto".

Para evitar la vaguedad de la frase trabada la litis, redactóse la regla, en el Código de 79, en los términos de nuestro actual Art. 61, según el cual, para el procu-

(1) Aubry et Rau, § 416; Troplong, N° 718; Duranton, T. 18, N° 284; Laurent, T. 28, N° 86.

rador del demandante se exige que se haya entablado el juicio, y para el del demandado que se le haya citado.

Entablado el juicio quiere decir propuesta la demanda; por lo cual no bastaría una diligencia preparatoria. Y la frase si ya se le hubiere hecho la citación, relativa al procurador del demandado, refiérese también a la citación de la demanda; pues, de otro modo, no tendría razón de ser el artículo determinante la.

El pronombre le de la propia frase representa al apoderado; es decir, da a entender que a éste se ha notificado la demanda. Mas creemos que la regla se aplicaría igualmente al caso en que, citado el mismo demandado, falleciese después de haberse presentado en juicio su procurador.

La primera parte del artículo, la relativa al procurador del demandante, tendría también aplicación, ora hubiese propuesto la demanda el apoderado, ora el mismo mandante, con tal que aquél se hubiese presentado en el juicio.

La frase **continuará representando al mandante difunto** es impropia, porque el difunto no es parte en el juicio ni puede figurar personalmente ni representado. El procurador sigue representando a la sucesión o a los herederos.

La circunstancia de que el mandatario haya comenzado a ejercer el mandato en un juicio, le habilita para representar a los herederos del mandante en ese juicio; pero no es suficiente para que pueda ejercer el cargo en otro juicio diverso, aunque éste sea consecuencia de aquél o haya entre los dos cualquiera relación o conexión. Si el caso es de citación de nueva demanda, se la deberá hacer a los herederos del mandante.

Sustitución.—Si delegado el mandato y apersonado ya el sustituto en el juicio, fallece el mandante, el mandato continúa, y el sustituto o delegado representa a los herederos del mandante, o sea al **mandante difunto**, como dice el Código.

Si, en el propio caso de haberse delegado el mandato, fallece el mandatario después de apersonado el sustituto, subsiste también el mandato, conforme al inciso adicionado al Art. 2156 del Código Civil, que ya conocemos.

Si la delegación ha sido autorizada con designación de persona, esta disposición legal no es sino mera consecuencia de la regla que, en tal caso, hay un nuevo mandato entre el mandante y el delegado, que, como dice el Art. 2124, no termina por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario.

En el propio caso de delegación a la persona designada por el mandante, subsiste el mandato con respecto al sustituto, aunque a la fecha de la muerte del primer mandatario, el delegado no se haya presentado todavía en la causa.

El mandato extrajudicial termina ipso jure, por la muerte del mandante, conforme al axioma *soluti jure dantis solvitur jus accipientis*, o por la muerte del mandatario debiendo sólo, en el primero de los casos, en el de la muerte del mandante, finalizar las gestiones principiadas, cuando, de suspenderlas, seguiría perjuicio a los herederos del mandante. (Art. 2155).

En el de muerte del mandatario, los herederos tienen la obligación que les impone el Art. 2157, en estos términos:

"Art. 2157.—Los herederos del mandatario que fueren hábiles para la administración de los bienes, darán aviso inmediato de su fallecimiento al mandante, y harán en favor de éste lo que puedan y las circunstancias exijan. La omisión a este respecto les hará responsables de los perjuicios.

"A igual responsabilidad estarán sujetos los albaceas, los tutores y curadores y todos los que suceden en la administración de los bienes del mandatario que ha fallecido o se ha hecho incapaz."

279.—Quiebra o insolvencia.— Interdicción.— Matrimonio.— Cesación de funciones.

La persona que está en quiebra o insolvencia puede conferir mandato? . . . (1) Si lo puede, ¿por qué termina

(1) La quiebra en el estado jurídico de un comerciante que ha cesado en el cumplimiento de sus obligaciones. La insolvencia es un estado análogo de un no comerciante. Ambos estados son declarados por el Juez, a petición del mismo deudor o de sus acreedores, y esa declaración surte el efecto de la incapacidad de que hablamos en la prop. 248. Los quebrados o insolventes se llaman **fallidos**.

el mandato por la quiebra o insolvencia superviviente? ... Y si el poder se ha conferido para el mismo juicio de preguntas debemos observar que el Código no establece quiebra o cesión de bienes? ... Para responder a estas incapacidades especiales para el contrato de mandato, y que, por lo mismo, este punto debe regirse por las reglas generales sobre la capacidad para los actos y declaraciones de voluntad.

Entre esas reglas, contenidas en los Arts. 1436 y 1437, tampoco se hace mención de la quiebra o insolvencia; pero al tratar de la incapacidad relativa, hay un inciso que dice:

"Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

Y en el Código de Enj. tenemos la siguiente disposición:

"Art. 598.—Por el hecho de declararse formado el concurso, queda el fallido inhabilitado para la administración de todos sus bienes, para disponer de ellos, y para contraer, sobre los mismos, nuevas obligaciones. Dicha administración pasa de derecho a la masa de acreedores representada por el Síndico, con quien se seguirá todo juicio civil relativo a los bienes del fallido; sin perjuicio de que éste sea oído, cuando el juez o tribunal lo crea conveniente.

"Pero el fallido puede ejercer, por sí mismo, todas las acciones que se refieren exclusivamente a su persona, o que tengan por objeto derechos inherentes a ella".

En cuanto a la quiebra, el Código de Comercio adopta reglas análogas en los Arts. 950 y 951.

De estos antecedentes podemos deducir:

1º—Que el mandato conferido por el quebrado o insolvente para asuntos relativos a los bienes de cuya administración está privado, es nulo.

2º—Que, con respecto a las acciones que el fallido puede ejercitar por sí mismo, puede también conferir poder a otra persona; v. gr. para un litigio sobre injurias, para divorciarse de su cónyuge, para defender su estado civil, y aun para gestionar en el mismo concurso o quiebra en todo aquello en que no deba ser representado por el Síndico.

3º—Que, por la quiebra o insolvencia superviviente, termina el mandato relativo a los asuntos a que nos referimos en el número primero; mas no sería razonable considerarlo terminado respecto de los demás del número segundo.

4º—Que, con mayor razón, no cabría la terminación del mandato especialmente conferido para hacer la declaración de quiebra o la cesión de bienes y gestionar en el respectivo juicio.

Quiebra o insolvencia del mandatario.—Aquí podemos hacer preguntas análogas. Es nulo el poder otorgado a un fallido? . . . Si no lo es, por qué la quiebra o insolvencia superviviente pone término al mandato? . . .

El Código tampoco declara a los fallidos incapaces para aceptar poderes o mandatos, ni, en general, para todo contrato. Y el de Enj., que en el Art. 49 enumera las personas impedidas de presentarse en juicio como procuradores, no menciona a los fallidos.

Luego la conclusión debe ser la de que el poder no es nulo, y el fallido puede presentarse a ejercerlo. Mas si la quiebra o la insolvencia sobrevienen durante el ejercicio del poder, termina el mandato.

La doctrina legal resulta en esto algo incoherente; y no se nos ocurre otra explicación que la de que, quien emplea a un fallido, toma las precauciones necesarias, en vista de que ese individuo no tiene bienes con que responder; mas si, conferido el poder a persona que está en plena capacidad de administrar sus bienes, sobreviene la quiebra o insolvencia, los intereses del mandante pueden comprometerse gravemente; y es de suponer que, a tener conocimiento de esa circunstancia, el mandante no habría otorgado el poder.

Interdicción del mandante o del mandatario.—Sí, al conferir el mandato, está en interdicción el otorgante, el contrato es nulo, según las reglas generales sobre capacidad para actos de voluntad; y si la interdicción ocurre después del otorgamiento, el mandato termina, conforme al Art. 2150 del Código Civil; a diferencia de lo que sucede respecto de la mujer mandante que se casa, como ya veremos.

Si el mandatario está en interdicción, al tiempo de conferírsele el poder, es también nulo el contrato, y no

cabe la excepción que respecto del menor y mujer casada establece el Art. 2115. Si la interdicción ocurre durante el ejercicio del mandato, éste termina, con arreglo al mismo Art. 2150.

Matrimonio de la mujer mandante.—El Código Civil dice:

"Art. 2158.—Si la mujer ha conferido un mandato antes del matrimonio, subsiste el mandato; pero el marido podrá revocarlo a su arbitrio".

Este artículo aplicable también al mandato judicial, esté o no ejerciéndolo ya el mandatario. Por consiguiente, si el marido no hace la revocación, puede el mandatario, no sólo continuar la gestión principiada, sino proponer o contestar demandas nuevas, dentro de los límites del poder.

Matrimonio de la mujer mandataria.—Por este hecho termina el poder extrajudicial, según el Art. 2150, sin embargo de que, según el 2113, si el mandato se confiere a una mujer casada, los actos de ésta son válidos, dentro de ciertos límites.

Para el mandato judicial, el Código de Enj. declara incapaz a la mujer casada, salvo que el poder sea del marido; y a las solteras o viudas, a no ser que el poder sea de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (Art. 49 N^o 8). Por tanto, si la soltera o viuda que ejercía el poder de un pariente en el grado dicho, se casa con otra persona, termina por el mismo hecho el mandato.

Cesación de las funciones del mandante, en virtud de las cuales se otorgó el poder.—Si el gerente de un banco, administrador de una sociedad, tutor o curador, etc., que ha otorgado el poder para pleitos, cesa en el cargo durante el litigio, por expiración de su período, por renuncia, etc., cesa también, por el mismo hecho, el poder. **Solutum jure dantis, solvitur jus accipientis.**

No ocurre lo que en el caso de muerte del mandante, que el mandatario sigue representando a la sucesión, hasta que los herederos dispongan.

280.—Puede aplicarse al mandato judicial el Art. 2160 del Código Civil?

Este artículo dice:

"En general, siempre que el mandato espira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe, contra el mandante.

"Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario hubiere pactado después de saber la causa que hizo espirar el mandato, si el contrato hubiere sido celebrado con terceros de buena fe; pero el mandante tendrá derecho a que le indemnice el mandatario.

"Cuando el hecho que ha dado causa a la espiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos o carteles, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez, en su prudencia, absolver al mandante".

En materia judicial, pueden presentarse graves cuestiones, como éstas:

1^a—El mandante revoca, restringe o modifica el mandato, antes de que se presente el mandatario; y éste, ignorándolo o a sabiendas, comparece a nombre del mandante, sin que ni el juez ni la parte contraria tengan noticia de aquel acto del mandante que le deja sin personería al apoderado;

2^a—Renuncia el apoderado, antes de presentarse en juicio, y lo comunica al mandante; pero así y todo propone una demanda o la contesta, o se presenta en juicio ya trabado, ocultando al juez y a la parte contraria la espiración del cargo;

3^a—Muere el mandante antes de apersonarse el mandatario; y éste, ignorando la muerte o a sabiendas, se presenta en la causa;

4^a—Pendiente el juicio, se declara insolvente o en quiebra al mandatario o al mandante; se les pone en interdicción; se casa la mujer mandataria, o cesa el mandante en el cargo o empleo en cuya virtud confirió el poder (v. gr. renuncia el gerente que otorgó el poder, o sale de la menor edad el pupilo, etc.) mas, no constando de autos tales circunstancias, se continúa la causa con el ex-mandatario.

En todos estos casos ¿es nulo el proceso o puede alegarse, para su validez, la ignorancia del mandatario, con arreglo al inciso 1º del Art. 2160, o la buena fe del tercero, según el inciso 2º? . . .

En favor de la primera solución, esto es, de la nulidad, puede alegarse, ora que, por los términos y el espíritu de este artículo, parece referirse sólo a asuntos extrajudiciales; ora que, en lo judicial, la legitimidad de personería afecta a la solemnidad del proceso, y su falta constituye una omisión sustancial de forma, que no puede subsanarse por la ignorancia o buena fe de las partes.

Por la segunda, o sea por la validez del proceso, mediante la aplicación de ese artículo:

1º—No haber en esta disposición del Código Civil ni en ninguna otra, excepción expresa ni claramente tácita respecto de los asuntos judiciales;

2º—Los graves inconvenientes y aun fraudes a que puede dar lugar la solución primera;

3º—Para los casos de restricción o revocación del mandato, la regla del Art. 1697 sobre las contraescrituras, que puede ser aplicable, por lo menos por analogía;

4º—Asimismo por analogía, lo dispuesto por el Código de Enj. respecto de revocación y renuncia, en cuanto da a conocer el propósito del legislador de que la expiración del poder conste de autos, para que surta sus efectos;

5º—La doctrina de nuestro Tribunal Supremo, que así lo resolvió en una ocasión. Jurisp. caso 61;

6º—La doctrina de los tribunales y expositores franceses respecto del mismo punto (1).

(1) Laurent, Tomo 28, Nº 114; Troplong, Du Mandat Nros. 724 y 726.

El Código Napoleón, en que se basó el nuestro y al cual se refiere la doctrina francesa, dice simplemente: "Art. 2008.—Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l' unedes autres causes qui font cesser le mandat, ce qu' il a fait dans cette ignorance est valide".

El Digesto decía: "Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare. Ley 26, texto de Juliano, "De Mandati".

§ 2º

REPRESENTANTES LEGALES.—DEFENSORES PUBLICOS

281.—Cuándo y cómo deben legitimar su intervención o personería.

Los representantes legales, por el hecho mismo de serlo, no necesitan otro título para estar en juicio a nombre de sus representados. (El marido por la mujer; el padre de familia por los hijos; el curador por el pupilo, y los representantes de personas jurídicas, por éstas).

El curador debe, eso sí, presentar en todo caso copia de su discernimiento, que, según el lenguaje de la ley, le sirve de poder (Art. 848).

El padre y el marido necesitan acompañar las correspondientes partidas que acrediten su estado civil, sólo cuando la parte contraria se lo impugna (Art. 806), como lo veremos después.

Los representantes de personas jurídicas privadas (gerentes de bancos, síndicos de concursos, personeros de otras instituciones, etc.) deben también legitimar en todo caso su personería, con el respectivo nombramiento. Algunos opinan que se debe presentar además la escritura social, estatutos etc., que acrediten la existencia legal de la institución; lo cual nos parece exagerado e inadmisibile, en tanto que no haya reclamación o controversia al respecto.

Los representantes de personas jurídicas de derecho público (Agentes Fiscales, Personeros de Beneficencia, Procuradores Municipales, Colectores, etc.) deben presentar su nombramiento cuando la otra parte les disputa o niega la representación o se suscita alguna duda o incidente al respecto. Fuera de esos casos, no es indispensable la presentación del título o nombramiento; pues así como las leyes se suponen conocidas de todos los habitantes de la República, los empleados públicos se consideran también conocidos como tales, mientras no se

promueva cuestión sobre ese punto o haya motivo para dudarlo (1). (Véase en Jurisp, el caso 32).

Los **defensores públicos** (de menores, de ausentes, de obras pías, de herencias yacentes, de derechos eventuales del que está por nacer y de matrimonios) son también funcionarios públicos, y por la misma razón, no están obligados a presentar su título o nombramiento sino cuando se promueve incidente al respecto. No ejercen propiamente representación o personería, a menos que, por excepción, se lo ordene la ley; son órganos del ministerio público, y su función propia es la de la fiscalización o control en favor de los intereses que les son encomendados; como lo hemos manifestado al explicar esta materia en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los **defensores de pobres** no son defensores públicos, como allí indicamos; no pertenecen al **ministerio público**, y patrocinan a sus clientes, como cualquier otro defensor. El Código de Procedimiento Penal concede en algunas disposiciones al defensor, el derecho de representar al procesado (Arts. 64, 144, etc.).

§ 4º

DOS O MAS ACTORES O DEMANDADOS

282.—Dos o más demandantes.— Dos o más demandados.— Desacuerdo en el nombramiento de apoderado común.— Rebeldía de los actores o demandados.— Intervención personal, teniendo procurador común.— Intervención de un agente común con oferta de poder o ratificación.— Recusación de asesores.— Revocación del mandato.— Renuncia del mandatario.— Terminación del mandato por otros medios.

Mientras mayor es el número de las personas que intervienen en un juicio, más se complica y embrolla el

(1) El Código Chileno impone el deber de exhibir su título a los que comparecen en juicio en virtud de un cargo que requiere especial nombramiento, como lo vimos al estudiar la prop. 263; y no distingue el cargo público del privado.

proceso. De allí la regla, generalmente seguida por las legislaciones, de que, si son dos o más los actores o los demandados, deben litigar por medio de un solo procurador. Estudiemos los principales casos que en tal situación pueden ocurrir.

1º.—**Dos o más actores.**—Nuestra regla legal, consignada en el Art. 65, dice: "Si fueren dos o más los demandantes por un mismo derecho, se les obligará a que constituyan, dentro de término prudencial, un solo procurador; y si no lo hicieren, se les declarará rebeldes".

Dice por un mismo derecho, porque, como veremos después, cabe que en un mismo libelo demanden dos o más personas, por diversos derechos, o que intenten distintas acciones, con tal que tengan el mismo origen.

Aun en este caso podría la ley exigir la unidad del procurador, a menos que haya contraposición de intereses entre los demandantes, como cuando dos o más personas solicitan la partición de una herencia u otra cosa común.

Creemos también que habría sido mejor que la ley dijese: "No se admitirá la demanda si los actores no se presentan por medio de un procurador común"; en vez de admitir la demanda sin este requisito, y en seguida dar términos a los actores para que lo cumplan. Aquello habría sido más lógico y natural y más práctico, evitando el peligro de que, desde el primer momento, surja un incidente que pueda complicarse, si los demandantes no se acuerdan en el nombramiento.

2º.—**Dos o más demandados.**—Nuestra regla legal dice: "Se hará lo mismo, si fueren dos o más los demandados, siempre que sus excepciones o derechos no fuesen diversos o contrapuestos".

De aquí se deduce:

a).—Que no puede ordenarse a los demandados el nombramiento de un solo procurador, antes de que deduzcan excepciones;

b).—Que aun deducidas excepciones idénticas, no cabe esa orden, si los derechos son diversos; v. gr. si la demanda de nulidad de testamento se dirige contra el heredero y contra uno o más legatarios, y todos contestan negando el motivo de nulidad;

c).—Que si antes de contestar a la demanda; deducen los demandados excepciones dilatorias idénticas, pueden ser obligados al nombramiento de procurador común, hasta que, propuestas las perentorias, se conozca si deben o no continuar del mismo modo;

d).—Que si dos o más demandados deducen alguna dilatoria, y los otros guardan silencio, reservándose para las perentorias, los primeros pueden ser obligados al procurador común; mas no los segundos;

e).—Que si dos o más demandados deducen ciertas excepciones, y otros dos o más, otras, cada grupo debe nombrar su procurador.

3º—Desacuerdo de los demandantes o demandados en cuanto al procurador.—Para este caso, algunos códigos extranjeros disponen que el nombramiento se haga por mayoría, y que, a falta de mayoría, elija el juez. Otros mandan, más acertadamente, que a falta de acuerdo, la elección se haga por el juez, prescindiendo de mayoría (1). Nosotros no tenemos regla alguna; y por lo mismo, rigiéndose el caso por las reglas generales de los contratos y por las especiales del mandato, es necesario

(1) PERUANO.—"Art. 14.—El nombramiento de apoderado común se hará por acuerdo de todos o de la mayoría de los interesados.

En caso de omisión de estos o si no hubiese mayoría, se hará el nombramiento por el juez".

CHILENO.—"Art. 13.—En los casos de que trata el Art. 20, el procurador común será nombrado por acuerdo de las partes a quienes haya de representar.

El nombramiento deberá hacerse dentro del término razonable que señale el tribunal".

"Art. 14.—Si por omisión de todas las partes o por falta de avenimiento entre ellas, no se hiciere el nombramiento dentro del término indicado en el artículo anterior, lo hará el tribunal que conozca de la causa, debiendo, en todo caso recaer el nombramiento en un procurador del número o en una de las partes que hubiere concurrido.

Si la omisión fuere de alguna o algunas de las partes, el nombramiento hecho por la otra u otras valdrá respecto de todas".

"Art. 20.—Si fueren dos o más las partes que entablan una demanda o gestión judicial y dedujeren las mismas acciones, deberán obrar todas conjuntamente constituyendo un solo mandatario.

La misma regla se aplicará a los demandados cuando fueren dos o más y opusieren idénticas excepciones o defensas".

el consentimiento unánime de las partes; y a falta de unanimidad, incurren éstas en la rebeldía con que la ley les conmina.

El caso es más grave, o por lo menos más fácil de suceder, para los demandados que para los actores; los cuales, por el hecho mismo de poner una sola demanda, dan a conocer que están de acuerdo; mientras que los demandados pueden no tener confianza y relación entre ellos; pueden estar resentidos o alejados por diversas causas; puede haber entre ellos secreta oposición de intereses o miras, y hasta connivencia de alguno con el demandante.

Aun más, el actor puede mezclar, de propósito, entre los demandados alguna persona que obre de acuerdo con él y les dificulte la defensa, con el pretexto de discordia en cuanto al procurador.

4º—Rebeldía de los demandantes o demandados.—Si los demandantes o demandados no constituyen el procurador común, cuando se les ha ordenado hacerlo conforme a la ley, son declarados rebeldes, a petición de la parte contraria, y desde entonces no se cuenta con ellos, es decir, no se les notifica ninguna providencia; no se les corre traslado, etc. Mas eso no obsta, en nuestro concepto, a que puedan ellos emplear sus medios de defensa: rendir pruebas, hacer alegatos, interponer recursos, etc.

5º—Intervención personal, no obstante el procurador común.—Si los actores o demandados, en su caso, han nombrado el procurador común, sólo con éste se entenderán las notificaciones y traslados; mas, aquellos podrán gestionar también personalmente, como hemos dicho respecto al caso de rebeldía, y como puede hacerlo todo litigante que tiene procurador en el juicio (1).

(1) El Código Chileno dice: "Art. 17.—Cualquiera de las partes representadas por el procurador común que no se conforme con el procedimiento adoptado por él, podrá separadamente hacer alegaciones y rendir las pruebas que estime conducentes, pero sin entorpecer la marcha regular del juicio y usando de los mismos plazos concedidos al procurador común. Podrá, asimismo, solicitar dichos plazos o su ampliación o interponer los recursos a que hubiere lugar, tanto sobre las resoluciones que recaigan en estas solicitudes, como sobre cualquiera sentencia interlocutoria o definitiva".

6º—Intervención de un agente común, con oferta de poder o ratificación.—Si a nombre de los dos o más demandantes o demandados a quienes se les ha ordenado constituir un solo procurador, se presenta una persona ofreciendo poder o ratificación de ellos, se cuenta en lo sucesivo con esa persona; mas si ésta, llegado el caso de legitimar su personería, presenta, no el poder sino la ratificación de los dos o más actores o demandados, no debe contarse en adelante con éstos, y se les tendrá como rebeldes, con arreglo al Art.65; porque, por el hecho de presentarse de nuevo firmando todos, infringen su obligación de figurar por medio de un procurador común, e incurrén en la sanción de la rebeldía, establecida por dicho artículo.

Por manera que el juez, en la misma providencia en que dé por legitimada la personería del agente que figuró con protesta de poder o ratificación, debe ordenar que en lo sucesivo no se cuente con los rebeldes hasta que cumplan ese deber.

Nos inclinamos, empero, a creer que en este caso sería más estrictamente legal y conforme con el pensamiento del legislador, no admitir la oferta de ratificación; porque el término que, según el Art. 65, debe concederse a los dos actores o demandados, es para que, dentro de él, constituyan el procurador; y en rigor de verdad, este deber no queda cumplido con la simple promesa de poder o ratificación. Desearíamos, por tanto, que en este sentido se encaminase la práctica forense; pues así se evitarían los embrollos y dilaciones ocasionados por tales promesas y por la consiguiente ratificación de los interesados, que, de esa manera, vuelven a comparecer personalmente sin procurador común.

7º—Recusación de asesores.—El derecho de libre recusación que la ley concede a cada parte, no puede ejercitarse sino por medio del procurador común, cuando los actores o demandados, en su caso, lo han nombrado o han debido nombrarlo; porque todos constituyen una sola parte. Mas sí, por ser diversos los derechos o excepciones, o por no llegar aún el momento de cumplir el deber de constituir un solo procurador, pueden litigar separada o individualmente, cada uno constituye parte diversa, y puede ejercer aquel derecho.

Esto ocasiona graves dificultades prácticas y a veces vuelve casi imposible la prosecución de las causas, con notable perjuicio de los intereses de la justicia. Dichas dificultades provienen, cierto, de la institución misma de los asesores, que en los tiempos actuales, no existe ya sino en el Ecuador, pero cuya abolición requiere otras reformas o cambios, por ahora difíciles entre nosotros, como lo observamos al tratar de ese punto en el estudio de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En tal virtud, propusimos en la última legislatura se adoptase para este caso la regla que en el procedimiento penal tenemos para la recusación de jurados, cuando son dos o más los acusados, es decir, la de que se determinase por sorteo el orden en que pudieran hacer la recusación los dos o más actores o demandados, de manera que entre todos no pudiesen recusar más de dos asesores. La Cámara del Senado aceptó nuestra indicación, mas no pasó en la de Diputados, y las cosas quedaron como antes.

8º—Revocación del mandato.—Si el mandante es uno solo, puede revocar libremente el mandato extrajudicial. Si son dos o más, cada uno de ellos puede ejercer el mismo derecho, independientemente de los otros; y desde ese momento expira el mandato, con respecto al revocante. No cabe sobre esto dificultad.

Si el mandato de una sola persona es judicial, puede ser revocado con la misma libertad, a condición de salir personalmente al juicio el mandante, como ya sabemos. Pero si son dos o más los mandantes judiciales —actores o demandados— y si conforme a la disposición legal que estudiamos, no pueden figurar en juicio sino por medio de procurador común, ¿podrá cualquiera de ellos revocar, por su parte, el mandato; y si lo puede, cómo se sigue en adelante? . . . ¿Diremos que no, porque el revocante no puede cumplir la condición de salir personalmente a juicio, o admitiremos que, presentada la revocación por uno de los mandantes, quedan todos sin procurador común y sujetos de nuevo a la obligación de constituirlo, so pena de la rebeldía? . . .

Extraño es que nuestro legislador no se haya preocupado de este grave caso, que tan fácilmente puede ocurrir en la práctica; y a falta de disposición especial al respecto, nos inclinamos a creer, basados en los mismos

principios a que nos hemos atendido al tratar del mandato extrajudicial, que la revocación surte pleno efecto respecto del revocante; que éste queda sin representación en el juicio, y sin derecho a que se cuente con él en las citaciones y traslados; pero que el mandatario sigue representando a los otros mandantes.

Creemos, además, que el revocante podría gestionar por sí mismo, v. gr. para rendir pruebas, interponer recursos, como dijimos en los Nros. 4º y 5º de esta proposición.

El Código Peruano, que se rige por el principio de la mayoría, dispone que, por medio de ella, puede revocarse el poder; pero que cada uno de los mandantes puede obtener del juez la revocación o cancelación del mandato, justificando motivos (1).

El Chileno, que adopta el principio de la unanimidad, la exige también para la renovación, pero permitiendo, asimismo, a cualquiera de los mandantes, solicitar del juez, con justa causa, la cancelación del mandato (2).

Ambos Códigos declaran que todos los mandantes, de acuerdo, pueden revocar el mandato; pero la revocación no surte efecto sino desde que aquéllos han constituido un nuevo procurador.

(1) "Art. 15.—El nombramiento de apoderado común puede ser revocado por acuerdo de la mayoría de los interesados.

Puede serlo también por el juez, a petición de alguno de ellos y por motivo fundado. La oposición de los otros interesados se sustanciará y decidirá como incidente.

Art. 16.—La revocación del poder del apoderado común, hecha por los interesados, no produce efecto mientras no se nombre nuevo apoderado y éste sale a juicio".

(2) "Art. 15.—Una vez hecho por las partes o por el tribunal el nombramiento de procurador común, podrá revocarse por acuerdo unánime de las mismas partes o por el tribunal a petición de alguna de ellas, si en este caso hubiere motivos que justifiquen la revocación.

Los procedimientos a que dé lugar esta medida se seguirán en cuaderno separado y no suspenderán el curso del juicio.

Sea que se acuerde por las partes o que se decrete por el tribunal. La revocación no comenzará a producir sus efectos mientras no quede constituido el nuevo procurador".

Desearíamos que en el foro ilustrado se estudiaran estos problemas y se insinuase alguna reforma a la legislatura.

9º.—**Renuncia del mandatario.**—Tampoco tenemos regla especial para este caso, y debemos regirnos por las generales que, sobre renuncia, hemos visto en los dos Códigos. En consecuencia, el mandatario podrá renunciar libremente y separarse del juicio, si todos los mandantes están presentes. En cuanto a los inconvenientes de esta regla legal, nos referimos a la proposición 278.

En los demás casos de expiración del poder, se aplicarán igualmente las reglas generales.

LECCION IV

PARTE LEGAL

De los procuradores

SINOPSIS

(Continuación del programa)

283.—Definición legal de Procurador, en el Art. 48.

284.—Detalle de las incapacidades legales para la procuración judicial, en el Art. 49.—Reformas y deficiencias de este artículo.—Los ciegos.—Los analfabetos.

285.—Los incapaces pueden sustituir, según el Art. 50.

286.—Presentación del poder, según el Art. 51.—Historia de esta disposición.—Falsa personería.—Sus efectos.—Presentación de poder insuficiente.—Presentación posterior a la declaración de falsa personería.

287.—Forma de los poderes de menor y de mayor cuantía, según los Arts. 52 y 53.—En las parroquias distantes, según el 54.—En la Región Oriental y en el Archipiélago, según el 55.

288.—Actos que requieren cláusula especial, según el Art. 56: 1º transigir; 2º comprometer; 3º desistir; 4º absolver o diferir; 5º recibir.—Prorrogar jurisdicción, intentar demandas nuevas y sustituir, según el Código de 1869.—Gestiones extrajudiciales.

288 bis.—Confesión del ex-mandatario, según la ley y la jurisprudencia.

289.—Detalle de los deberes procesales del apoderado, según el Art. 57.—Reformas.—Dos artículos suprimidos por innecesarios.

290.—El Art. 58, agregado al Código en 1912, debió ser mero inciso del 54.

291.—Indemnización al apoderado reducido a prisión.—Art. 59.

- 292.—Sustitución del poder, según el Art. 60.—Referencias.
- 293.—Terminación, según el Art. 61.—Revocación según el 62.—Renuncia según el 63 y 64.
- 294.—Dos o más actores o demandados, según el Art. 65.
- 295.—Representantes legales según el Art. 66.—Modo de legitimar su personería.—Sus funciones judiciales ordinarias y extraordinarias.—Pueden sustituir o delegar?—Pueden ejercer las facultades del Art. 56? Confesión del ex-representante.
- 296.—No debe contarse con el mandante, según el Art. 67, aunque comparezca personalmente.—Citación para la confesión del mandante.—Revocación tácita.—Dos artículos suprimidos por inconvenientes.
- 297.—Para los motivos de excusa o recusación, no se toma en cuenta al mandatario.—Mala redacción del Art. 68.—Su razón e historia.

Jurisprudencia

- Caso 23.—El procurador puede aceptar parcialmente el poder? ¿Puede ser obligado a intervenir, si rehusa hacerlo?
- Caso 24.—La misma cuestión precedente, en relación con el Art. 514.
- Caso 25.—Contraposición de intereses que impide al mandatario figurar como tal.
- Caso 26.—La firma a ruego no es poder.
- Caso 27.—Procuración ejercida a nombre de un difunto.—Cabe ratificación de los herederos?....
- Caso 28.—Si el actor obra a nombre propio y al de otros, y luego otra persona comparece a nombre del actor, se ha de entender que representa a todos.
- Caso 29.—Un endoso ilegal puede valer en juicio como poder legal?....
- Caso 30.—La misma cuestión jurídica, en un fallo anterior.
- Caso 31.—Otro caso sobre la misma cuestión del endoso irregular.—Confesión del endosante.
- Caso 32.—Mujer procuradora.—¿Cabe ratificación de los actos de un mandatario incapaz?....
- Caso 33.—Ratificación de los actos de un mandatario incapaz.
- Caso 34.—Presentación del poder por persona diversa del apoderado.
- Caso 35.—La ratificación es sólo para lo pasado.—El límite es la fecha en que se firmó el escrito o la de su presentación?....
- Caso 36.—Distinción entre falsa personería e insuficiencia del poder.
- Caso 37.—Consentimiento de la mujer casada, para la venta de sus bienes raíces, expresado en un poder ante juez parroquial.
- Caso 38.—Poder ante juez parroquial para venta de bienes raíces.
- Caso 39.—No cabe apelación de ninguna providencia que aplique el Art. 51.
- Caso 40.—Cláusula especial para transigrir.—Determinación de la materia.
- Caso 41.—No se necesita cláusula especial para sustituir.—Reserva de esta facultad por el mandante.
- Caso 42.—No se necesita cláusula especial para desistir en un incidente.—Y para desistir de la apelación en lo principal?....
- Caso 43.—El Procurador Municipal no puede desistir.
- Caso 44.—El apoderado del Procurador Municipal no puede desistir, sin autorización especial.

- Caso 45.—El Procurador Municipal no puede confesar.
- Caso 46.—El Procurador Municipal puede ratificar lo hecho a su nombre.
- Caso 47.—El Presidente del Concejo no puede absolver posiciones como tal.
- Caso 48.—El Presidente de la República no puede absolver posiciones, como tal.
- Caso 49.—Facultades e instrucciones.
- Caso 50.—El defensor de ausentes no puede apelar.
- Caso 51.—Muerte del demandado mandante, antes de la citación de la demanda.—Ratificación de los herederos.
- Caso 52.—Poder especial para transigir, con especificación del objeto.
- Caso 53.—Disuelta una sociedad, puede subsistir el poder conferido por ella para el pleito.
- Caso 54.—Revocación del mandato y comparecencia personal del mandante.
- Caso 55.—Procurador común antes de la contestación.
- Caso 56.—Los representantes legales deben legitimar su personería?...
- Caso 57.—El curador de la herencia yacente puede representarla en juicio.
- Caso 58.—Antes de la aceptación del poder no puede contarse con el apoderado.
- Caso 59.—Debe contarse en segunda y tercera instancia con el mandatario que figuró en primera? ... Confesión del ex-mandatario.
- Caso 60.—La mujer que ha propuesto demanda de separación de bienes no puede desistir.
- Caso 61.—Expirado el mandato antes del juicio, pueden ser válidas las gestiones del apoderado por la ignorancia de éste o por la buena fe del tercero, conforme al Art. 2160 del Código Civil.
- Caso 62.—Un tinterillo no puede ser apoderado, ni puede revocarse la sentencia que le declaró tal.
-

DESARROLLO

Art. 48

283.—Definición legal de Procurador.

Este artículo es el 111 del Código de 1869, el cual en vez de "demandados", decía "reos", palabra que es ya poco usada en el lenguaje moderno para lo civil. Prop. 222.

Las palabras actores o demandados deben eliminarse de la definición, por inútiles, y además, porque los procuradores judiciales pueden figurar en juicio sin ser actores o demandados, v. gr. en los juicios de inventario.

La definición mismo está por demás, porque basta decir **procurador judicial** para dar a entender que se trata de un mandatario facultado para figurar en juicio. Sería útil la definición sí, limitando el sentido natural de la palabra, para simplificar el tecnicismo legal, dijera, como Caravantes: "Son procuradores los mandatarios autorizados para figurar en juicio".

De este modo tendríamos diferencia de género y especie entre **mandato y procuración**; y con una sola palabra designaríamos el mandato judicial, conformándonos con la idea que al respecto sugiere el Código Civil, en el Art. 2103.

Por lo demás, nos referimos a la prop. 258.

Art. 49

284.—Detalle de las incapacidades legales para la procuración judicial.— Reformas y deficiencias de este artículo.

Sabemos ya (prop. 261) que estas incapacidades se fundan, ora en la incapacidad general para los actos jurídicos, ora en la incompatibilidad de funciones; bien en consideración al estado o condición social de ciertas personas; bien, en fin, en razones de indignidad o falta de honorabilidad. Ahora vamos a estudiar en detalle qué-

nes son los incapacitados por la ley para la procuración judicial.

1º—**Los abogados impedidos de ejercer la profesión.**—La razón es clarísima: si por los cargos públicos que desempeñan o por otra causa, están ciertos abogados impedidos de ejercer la profesión, contradictorio y absurdo sería que pudiesen intervenir en juicio como meros procuradores.

2º—**Los menores y demás personas sujetas a guarda.**—El Art. 49 que estudiamos no trata de la incapacidad de ser procurador o mandatario, en general, sino simplemente de la de **comparecer en juicio** con ese carácter. Según esto, parece a primera vista que en la enumeración podían omitirse todas las personas incapaces de contratar, y mencionarse sólo aquellas que, pudiendo ser mandatarias, eran inhábiles para la procuración judicial. Se ha hablado, sin embargo, en este número de los menores y de todas las personas que están o deben estar bajo tutela o curaduría, para dar a entender que estas personas no pueden ejercer mandato judicial ni aun con las solemnidades con que podrían contratar.

Además, concuerda esta disposición con la del Art. 36, que prohíbe a tales personas comparecer en juicio como actores o demandados.

En la palabra **menores** están comprendidos también los hijos de familia; y esta disposición manifiesta que un menor no puede ejercer la industria de desempeñar poderes judiciales.

3º—**Los Clérigos.**—Si son abogados, están comprendidos en el inciso primero, porque la Ley Orgánica les prohíbe ejercer la abogacía, a no ser en asunto propio o de sus iglesias (1). La razón de esta prohibición es la incompatibilidad de las contiendas judiciales con la misión sacerdotal, que es de paz y caridad.

Por la misma razón, si no son abogados, no cabe que puedan figurar en esas contiendas, en calidad de **personeros**.

(1) Art. 190, que transcribiremos al comentar el caso 9º del artículo que estudiamos.

4º—**Los religiosos.**—Estudiamos ya (props. 247 y 257) la regla a que están sujetos los religiosos que necesitan comparecer en juicio como actores o demandados, y las observaciones que tales reglas nos han sugerido. Cuanto a la procuración judicial, tenemos ahora una disposición más estricta: no pueden ejercerla los religiosos profesos sino para representar a sus conventos, ni aun con licencia del mismo prelado.

5º—**Los suspensos de la ciudadanía.**—Este número del artículo no pretende exigir que todo procurador sea ciudadano (prop. 261), sino sólo hacer indigno al que ha perdido la ciudadanía por auto motivado, es decir, por estar acusado de un crimen o delito. Debió, empero, comprender, con mayor razón, a los que han perdido la ciudadanía a virtud de condenación judicial, con arreglo al Art. 49 del Código Penal.

6º—**Los tinterillos.**—Estos fueron incorporados a la lista de los inhábiles por la legislatura de 1890. La regla tuvo sucesivas reformas; pero los incisos segundo, tercero y cuarto, que tratan de la **acción popular**, de juzgamiento por Jueces de Letras, etc., datan sólo desde 1904.

La Ley de Instrucción Pública de 1897, a la cual se refiere el inciso 2º, facultaba en el Art. 6º a los Directores de Estudios para imponer multas hasta de doscientos sucres a los que ejerciesen profesión sin título legal; pero la de 1906, que rige actualmente, con varias reformas posteriores, no dice nada al respecto.

El Código de Policía, en el Nº 2º del Art. 42, considera como reos de contravención de cuarta clase, y castiga con multa de veintitrés o treinta sucres y prisión de cinco a siete días, a los que "en calidad de **tinterillos** o empíricos, ejerzan, sin título legal, la abogacía o cualquiera otra profesión".

El Diccionario Académico dice: "**Tinterillo.** Americanismo, abogado de poco saber y respeto". Mal informada ha sido, pues, la Real Academia respecto de este americanismo. En todos los países de América en que se usa esa palabra, es una voz despectiva con que se designa a los empíricos que, sin título profesional, se ocupan en defensas judiciales, considerándolos como una de las más funestas plagas sociales, por las corruptelas depravadas que tienden a establecer en la práctica curial, y

por los mil fraudes, raterías y abusos que cometen con la gente ignorante y sencilla que de ellos se confía.

Diversas medidas se han dictado en nuestras leyes para extirpar aquella plaga; pero todas han resultado nugatorias, por la falta de carácter y buena voluntad en los hombres encargados de emplearlas; lo cual es también otra calamidad pública, más grave y trascendental que la de los tinterillos. Pero lo que no han podido hacer las leyes civiles y penales, lo van realizando, con su inexorable eficacia, las económicas. Se han multiplicado los abogados; y por lo mismo, se han puesto al alcance de todos los litigantes, grandes y pequeños, urbanos y rurales. Por otra parte, se han complicado las leyes, en relación con el enorme desarrollo de los negocios; y los procedimientos judiciales, saliendo de la esfera de la simple rutina, tienden a fundarse en principios elevados y constituir un mecanismo científico, para cuya comprensión, se hace indispensable la adecuada preparación técnica. Y todo esto, añadido al creciente desprestigio moral de los empíricos, les va alejando paulatinamente y haciendo desaparecer de los centros forenses de alguna importancia, sin necesidad de sanciones penales ni de medidas represivas violentas.

El empeño del legislador de facilitar la persecución judicial de esos perversos, llevóle al absurdo extremo de declarar, en el inciso último, que, en el caso de fallo absolutorio, no habrá lugar a acción de calumnia. Por manera que, a cualquier persona honorable se le puede acusar de tinterillo; y por más infundada y maliciosa que sea la denigrante inculpación, no tiene responsabilidad alguna el acusador calumniante!...

Cierto que antes de esta ley, podían haberse abstenido de acusar algunas personas, por temor de la acción de calumnia; y quizá alguna vez vióse también que, acusado un verdadero y consumado tinterillo, resultase absuelto por falta de pruebas o por debilidad del juez, y que en seguida afligiese con la acción de calumnia al acusador. Mas el inconveniente quedaba remediado, racional y suficientemente, aplicando el principio jurídico de que no puede haber acción de calumnia contra un acusador o

denunciante, sino cuando resulta claramente que la denuncia o acusación han sido maliciosas, como lo dispone expresamente ahora la Ley Reformatoria del Código de Proc. Penal, expedida en 1923, en su Art. 20.

Véase en Jurisp. el caso 62, sobre otros puntos relativos a tinterillos.

7º—Los dependientes de los Escribanos.—El Escribano, como secretario del Alcalde, está obligado a la más estricta imparcialidad, como también a guardar secreto de lo que ante él ocurre en los asuntos judiciales (Ley Orgánica Arts. 122 y 144); y el cumplimiento de estos deberes no estaría suficientemente garantizado, si los dependientes del Escribano pudieran figurar como apoderados en las causas que ante él se actuasen.

Deben, empero, los Escribanos ir más allá en esta materia, prohibiendo severamente a sus dependientes recibir gratificaciones de las partes, por avisos u otros servicios relacionados con esas causas; a fin de que no se eluda de ese modo la regla legal sabiamente consultada.

8º—Las mujeres.—Fúndase esta incapacidad en considerarse impropio del recato de la mujer el ocuparse en gestiones judiciales ajenas. Los apoderados judiciales de profesión están a corta distancia de los tinterillos; y si esto es feo para los hombres, para las mujeres sería monstruoso. El Código de 69 no tenía esta incapacidad.

Las mujeres casadas no pueden representar a otra persona que a su marido, ni aun a sus propios hijos, aunque el marido lo consienta o autorice.

9º—Los comprendidos en los Nros. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 9º del artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prohíbe a ciertas personas ejercer la abogacía.— Ese artículo, que antes tenía el Nº 171, como dice el Código, es en la edición actual de la Ley Orgánica, el 190; y su tenor es el siguiente:

“Art. 190.—No pueden ejercer la abogacía:

- 1º—Los senadores y diputados, durante las sesiones del Congreso;
- 2º—El Presidente de la República, o el Encargado del Poder Ejecutivo, los Ministros de Estado y los empleados de los ministerios;
- 3º—Los magistrados de las cortes, los jueces ordinarios y especiales y los agentes fiscales;

4º—Los gobernadores o jefes políticos, los secretarios municipales que tengan a su cargo la oficina de inscripciones, los empleados de Hacienda, los de policía y los militares en servicio activo;

5º—Los secretarios relatores y demás empleados de los tribunales de justicia, excepto el editor de la Gaceta Judicial; los secretarios de Hacienda y demás subalternos de las judicaturas de letras, los escribanos y los anotadores de hipotecas;

6º—Los clérigos de órdenes mayores, a no ser en causa propia o de las iglesias a que pertenezcan;

7º—Los frailes, excepto en las causas de los conventos;

8º—Los locos o íatuos y los pródigos declarados;

9º—Los que estuvieren con auto motivado; y

10º—Los condenados a prisión u otra pena mayor, durante la condena.

Sin embargo de lo dispuesto en los Nros. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º y 10º de este artículo, las personas expresadas en ellos podrán defender las causas propias y las de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad".

Como se ve, en esta enumeración, incorporada en el Código de Enj. por el inciso 9º del Art. 49, se repiten algunas de las incapacidades ya puntualizadas en otros incisos del propio artículo, las cuales, por lo mismo, pudieran omitirse.

Los ciegos.—En el Código de 1879 y los posteriores, figuraban los ciegos entre los inhábiles para el mandato judicial; pero fueron habilitados por Decreto de la Jefatura Suprema de 1896, que se incorporó en la edición de 1899, y sigue en vigencia.

El mismo decreto habilitó también a los abogados ciegos para asesorar.

Los analfabetos.—Estos ciegos espirituales no están impedidos de ejercer la procuración judicial, como observamos en la prop. 261, a la que nos referimos.

Art. 50

285.—Los incapaces de sustituir.

Refiérese este artículo a las personas que, siendo capaces de contratar, no pueden comparecer en juicio como procuradores, según lo observamos en la prop. 262.

Art. 51

286.—Presentación del poder.— Historia de esta disposición legal.—Falsa personería.— Sus efectos.— Presentación de poder insuficiente.— Legitimación posterior a la declaración de falsa personería.

Sobre la obligación de presentar el poder, que es uno de los primeros y más obvios deberes procesales del procurador, nos referimos a la prop. 270.

Historia.—Originariamente, es decir en el Código de 79, (1) tuvo este artículo un solo inciso, que decía:

"Art. 232.—Los procuradores deben presentar poder en el juicio en "que comparecen como tales, bien al principiar la litis o antes de la "sentencia; pero si en cualquier estado del juicio la otra parte exigiere "re que lo presenten, serán obligados a ello, y en caso de no hacerlo, "pagarán las costas y perjuicios que hubiesen ocasionado".

Literalmente igual era el Art. 113 del Código de 1869.

La regla general así consignada permitía que cualquiera se presentase en juicio a nombre de otro, con oferta de legitimar su personería antes de sentencia; y pronto se comenzó a abusar de manera escandalosa y alarmante, alargando y embrollando los procesos, por medio de falsos procuradores, que a cada paso daban lugar al incidente de personería, y no sólo paralizaban la causa, sino la hacían retroceder al estado en que se encontraba cuando comenzaron a intervenir.

En vista de esto, el año 1894 agregáronse al artículo los dos últimos incisos, esto es, el que comienza: "Si compareciere como procurador una persona desconocida ...", y el que declara inapelables las providencias expedidas con arreglo a los dos incisos precedentes.

(1) Hemos dicho antes (prop. 87, T. 1º) que al tratar de las reformas y comentarios del Código de Enj. consideraremos como originario el de 1873, porque desde entonces no ha expedido nuestro legislador otro Código completo, sino sólo reformas y agregaciones, con las cuales se han hecho nuevas ediciones. Pero antes tuvimos el Código de 69 y varias otras leyes anteriores.

En 1904 se agregó al primer inciso la multa de diez a quinientos sures contra el falso procurador, que se la debía interponer teniendo en cuenta la naturaleza de la causa y su cuantía; y la parte final del mismo inciso que decía: "Los condenados como falsos procuradores pagarán las costas, daños y perjuicios, aunque posteriormente a la declaratoria hayan legitimado su personería". Pero como resultara ridícula la sanción de multa, porque los jueces, casi siempre débiles de carácter, difícilmente pasaban del mínimo y jamás llegaban al máximo, el año 1911 se sustituyó, por indicación nuestra, la multa de diez a quinientos sures con la de uno a diez sures diarios, en favor de la parte perjudicada, por todo el tiempo del retardo ocasionado por la falsa personería.

De esta manera llegó a quedar el artículo en el estado actual (1) y a conjurarse en gran parte aquella corruptela. Falta que también en el Código Penal se prevea y castigue el caso, en el Libro que trata de los **atentados contra la fe pública**; porque muy grave falsedad comete el que se presenta ante los Juzgados y Tribunales de Justicia con el carácter de apoderado de otra persona, sin serlo; aun prescindiendo de los perjuicios pecuniarios que con eso causa a la otra parte. Véase la prop. 270.

Falta, además, que a este mismo artículo se le agregue una disposición que restrinja o limite la facultad de gestionar a nombre de otro con protesta de poder, permitiéndolo a cada persona por una sola vez en cada instancia, o de alguna otra manera que evite los incidentes y retardos a que da lugar la reiteración de esas protestas, como observamos en la prop. 270.

Poder insuficiente.—Si el que se ha presentado con oferta de poder o ratificación, acompaña después un poder insuficiente, debe ser declarado falso procurador, y condenado al pago de las costas y de la multa, como

(1) Según estas reformas, el artículo debía tener sólo tres incisos; mas en la edición de 1907 se lo dividió en cuatro, dando lugar a que se creyese que la regla del inciso final que niega todo recurso no era aplicable a la multa y demás sanciones del inciso 1º. En la edición actual se corrigió ese error de edición. Véase jurisp. Nº 39.

si no hubiera presentado poder alguno; mas si a su primera solicitud acompaña ese poder, y el juez, teniéndolo por suficiente, sigue contando con el mandatario, la nulidad del proceso por la insuficiencia del poder debe ser declarada a costa del juez, y no hay lugar a la multa. Véase Jurisp. caso 36.

Legitimación posterior a la declaración de falsa personería.—La legitimidad de personería es, como veremos posteriormente, solemnidad sustancial cuya omisión acarrea la nulidad del proceso; pero si antes de que se ejecutorie la respectiva providencia, legitima su personería el falso procurador, se revoca la resolución y se valida el proceso. Por este medio, los que querían demorar maliciosamente las causas, se valían de un supuesto personero que, con protesta de poder o ratificación, pedía prórrogas y más prórrogas, y al fin no legitimaba su personería y se dejaba declarar falso procurador; después de todo lo cual presentaba el poder o la ratificación, y, revocada la providencia, quedaba sin ninguna sanción ese procedimiento malicioso.

En tal virtud, la legislatura de 1904 agregó, como ya dijimos, el inciso que dispone que los condenados como falsos procuradores pagarán las costas, daños y perjuicios del incidente, aunque con posterioridad a la declaración legitimaren la personería.

La multa diaria, establecida en 1911, tiene el carácter de verdadera indemnización de perjuicios; más aún, es la única indemnización práctica y eficaz en estos casos; y por lo mismo, debiera incluirse también en el mencionado inciso.

Art. 52

287.—Forma de los poderes de menor cuantía.

Trata este artículo de la forma de los poderes de menor cuantía; por lo cual nos referimos a la prop. 263.

Conforme a esta disposición, el original del instrumento se entregaba al interesado, y no quedaba en el archivo del juez constancia alguna del otorgamiento; lo cual ocasionaba muchas dificultades, ya porque si se perdía esa pieza, no había como reponerla ni comprobar su

existencia y contenido, ya también porque alguna vez los jueces parroquiales se prestaban a antedatar el instrumento con fines fraudulentos o criminales.

En atención a todo esto, la legislatura de 1920 adoptó, entre las reformas que le propusimos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la siguiente disposición, que es ahora el Art. 72 de dicha Ley, y que debiera figurar también en el Código de Enj.

Art. 8º.—Después del Art. 63 agréguese el siguiente:

"Art. Los Jueces Civiles llevarán un libro, con las páginas rubricadas por el Alcalde 1º Cantonal y con una razón final del número de ellas, autorizada por el mismo. En este libro extenderán poderes, testamentos y demás instrumentos públicos en que intervengan, de los cuales darán a los interesados las copias que se les pidan.

"En el propio libro sentarán razón de los reconocimientos de documentos y de todas las diligencias que, actuadas ante ellos, se devuelvan originales.

"Cada instrumento se extenderá a continuación del anterior, en rigoroso orden cronológico y sin dejar líneas en blanco".

El Art. 63 de la Ley Orgánica versa sobre las atribuciones y deberes de los jueces parroquiales.

Mucho antes de esto, la legislatura de 1885, en el Art. 62 de sus reformas del Código de Enj.; agregó el artículo que hoy lleva el Nº 1069; mas en la práctica se lo ha interpretado como aplicable sólo a los casos en que, por razón de la distancia, otorguen los jueces civiles poderes de mayor cuantía, con arreglo al Art. 54; casos que ocurren rara vez en la práctica. De modo que con esta reforma, no quedaron subsanados los inconvenientes que acabamos de anotar, y se hizo necesaria la reforma de 1920.

Es de notar también que el Código no exige para estos instrumentos la solemnidad de testigos, prescrita siempre a los Escribanos para los instrumentos públicos; y juzgamos conveniente agregarla.

Asuntos extrajudiciales.—Con todo lo dicho, los poderes otorgados ante los jueces parroquiales servían sólo para asuntos judiciales; mas si se necesitaba celebrar un contrato de venta o hipoteca de bienes raíces o de ejecutar otro acto extrajudicial que requiriese la formalidad de escritura pública, no podía otorgarse el poder

ante los jueces parroquiales, cualquiera que fuese la cuantía; y esto ocasionaba inconvenientes, obligando a la gente de los campos a acudir en todo caso al Escribano para el otorgamiento de tales poderes, con mayores gastos y diligencias.

En consideración a esto, la Legislatura de 1921 dijo:
Art. 1º—Al Art. 52 agréguese el siguiente inciso:

"Estos poderes son suficientes para el otorgamiento de escrituras públicas y para cualesquiera otros actos extrajudiciales de menor cuantía."

Esta buena reforma guarda relación y armonía con la que, en 1912, se hizo respecto de los poderes de mayor cuantía otorgados ante jueces parroquiales, en parroquias que distan más de 25 kilómetros, como lo veremos al comentar el Art. 58. Jurisp.. caso 38.

Art. 53

286.—(continuación) Forma de los poderes de mayor cuantía.

Este artículo que establece la forma de los poderes para asuntos judiciales de mayor cuantía, no ha tenido ningún cambio. La parte final del inciso 2º del Art. 27 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a que se refiere, dice:

"Y si entre tanto hubiere necesidad de que se confieran copias u otorguen escrituras, el mismo Alcalde nombrará, para cada caso, el Secretario que deba ejecutarlo; debiendo constar este particular en los mismos documentos, que serán suscritos por el Alcalde y el Secretario."

La exigencia de la escritura pública nos viene desde el Código de 1869, y no nos parece muy justificada, como lo manifestamos al tratar, en la prop. 263, de la forma del mandato en general y de la del mandato judicial, en particular.

En la misma proposición tratamos de otras cuestiones relacionadas con la forma de los poderes.

Arts. 54 y 55

287.—(conclusión) **Forma de los poderes en las parroquias distantes.—** Id en la Región Oriental y el Archipiélago.

El 1º de estos artículos es originario; y el 2º viene sólo desde 1890; pero la legislatura de 1894 puso en aquél 25 kilómetros, donde decía 5 leguas; y en éste Colón, en vez de Galápagos.

La Región Oriental y el Archipiélago se rigen por leyes especiales; y a eso obedece esta regla también especial.

Cuanto a la doctrina, nos referimos a la prop. 263.

Art. 56

288.—**Actos que requieren cláusula especial: 1º transigir; 2º comprometer; 3º desistir; 4º absolver o diferir; 5º recibir. Prorrogar jurisdicción, intentar demandas nuevas, y sustituir. Gestiones extrajudiciales.**

Contiene este artículo el detalle de las facultades que, en la proposición 265, hemos llamado **extraordinarias**, esto es, de aquellas que, por no comprendidas, según el criterio del legislador, en el giro ordinario de la gestión judicial, requieren autorización especial del mandante, o, en otros términos, porque el legislador las considera, no como meramente **administrativas**, sino como **dispositivas**.

Estudiados en la parte doctrinal (Prop. 265) los principios generales relativos a esas facultades, detengámonos ahora brevemente en cada una de ellas, ciéndonos al plan de nuestro Código.

Inciso 1º (*transigir*)

Este inciso guarda perfecta relación con el Art. 2430 del Código Civil, que dice:

"Todo mandatario necesitará poder especial para transigir.—En este poder se especificarán, los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir".

En el título del mandato lo dice también, aunque con menos claridad:

"Art. 2128.—La facultad de transigir no comprende la de comprometer, ni viceversa".

Los Códigos extranjeros exigen, asimismo, poder especial para transigir; pues este acto es tan trascendental, que no puede considerarse como meramente administrativo, y debe quedar siempre al criterio del dueño del negocio. (1) Véase Jurisp. casos 17, 28.

En nuestra práctica es casi cosa de fórmula o rutina poner en los poderes las facultades del Art. 56; pero como jamás se especifican los objetos sobre los cuales ha de versar la transacción, la cláusula resulta nugatoria; salvo que, por tratarse de un poder especial para un determinado litigio pendiente o eventual, quepa interpretarse que, según la intención del mandante, puede versar la transacción sobre los mismos bienes o derechos materia del litigio. Jurisp. caso 28.

Inciso 2º (*comprometer*) (2)

Concuerda con el Art. 77 de la Ley Orgánica, que dice:

"Pueden nombrar árbitros los que tienen personería legítima para comparecer en juicio por sí mismos.—Los mandatarios necesitan de "poder con cláusula especial".

(1) Código Chileno Art. 8º; Peruano, Art. 10.—Véase la nota a la prop. 265 en que transcribimos estos artículos extranjeros.

— (2) *Comprometer* es someter un asunto a juicio de árbitros; *compromiso*, el contrato en que se hace ese sometimiento, y *compromisarios*, las partes que lo otorgan.

Y con el Art. 2128 del Código Civil, transcrito en el comentario del inciso 1º (1).

La razón de esta regla es la misma que la relativa a la facultad de transigir: lo grave y trascendental del acto.

Inciso 3º (Desistir)

El Código de 69 decía: "Para desistir de los recursos que se interpongan o del mismo pleito".

En el de 79 se suprimió la primera parte, y quedó, como hasta ahora: "para desistir del pleito" (2).

Significa este cambio que el mandatario puede desistir libremente de los recursos, sin necesidad de cláusula especial? ... Si el recurso se refiere, no a la cuestión principal, es decir, a la sentencia, sino a un fallo incidental, es indudable que puede desistir el apoderado; y así lo resolvió el Tribunal Supremo, como lo veremos en Jurisp. caso 42.

Si se trata de la sentencia, el Tribunal cree que no puede desistir el apoderado, sin cláusula especial; y, a primera vista, esto parece muy lógico y natural, porque desistir del recurso interpuesto sobre lo principal significa tanto como desistir del pleito; mas si se observa que el apoderado puede no interponer el recurso y conformarse con la sentencia, parece también lógico concluir que puede desistir o apartarse del recurso ya interpuesto por él.

El apoderado que, por negligencia o descuido, no apela, se hace responsable al mandante; y del mismo modo sería responsable el que, habiendo apelado, dejase desierto o abandonado el recurso o desistiese de él; pero el acto del desistimiento debería, tal vez, reputarse válido, desde el punto de vista de la personería.

Por otra parte, si bien el resultado final de desistir del recurso en lo principal, equivale a desistir del pleito,

(1) Código Chileno Art. 8º, Peruano Art. 10.

(2) Desistir es verbo neutro, mas en algunas leyes extranjeras se lo toma como activo, en forma refleja, diciendo desistirse, como equivalente a apartarse.

no puede decirse que sea lo mismo hacer el desistimiento antes de la sentencia, esto es, cuando todavía no se expide ninguna resolución y se espera triunfar, (o bien cuando se ha triunfado en primera instancia), que desistir de un recurso interpuesto después de sentencia desfavorable; recurso que puede ocasionar condenación en costas y resultar imprudente o temerario, después del fallo adverso.

Debemos, empero, respetar el criterio del Tribunal Supremo, manifestando el fallo a que nos referimos, cuyo tenor transcribiremos en Jurisp. caso 42, sobre todo si el recurso hubiere sido interpuesto por el mismo mandante o por otro apoderado suyo (1).

Si pueden o no desistir los representantes legales, los Síndicos Municipales, etc., lo veremos al comentar el Art. 66.

Inciso 4º (*Absolver y deferir*)

Este inciso, que no existía en el Código de 69 ni en el de 79, fue agregado en 1880 (Art. 13 de la Ley reformatoria).

Absolver de ab solvere, resolver, desatar, no es equivalente de contestar o responder; por lo cual no puede construirse con la proposición a; (2) pero la frase forense **absolver posiciones** significa, según el Diccionario, "contestar uno de los litigantes, afirmativa o negativamente, ante el tribunal y bajo juramento, sobre los hechos propios que le pregunta su contendor en el pleito". Es decir, equivale jurídicamente a **confesar**: mejor dicho, la absolución de posiciones es la forma ordinaria de la confesión en lo civil.

La agregación de este inciso fue una reforma muy justa, puesto que apenas puede haber acto más grave y

(1) El Código Chileno, en la disposición arriba citada, dice: "Sin embargo, no se entenderán concedidas al procurador, sin expresa mención, las facultades de desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar demanda contraria, deferir el juramento decisorio..."

Y el Peruano: "Se requiere poder especial para desistirse de la demanda, convenir en ella, etc. . ."

(2) Cárdenas.—Notas al lenguaje forense.

trascendental que la confesión. **Confesus pro judicato habetur, quia quodam modo sua sententia damnatur**, decían los juristas; esto es, el que confiesa pronuncia en cierto modo su sentencia condenatoria. Y como, por ese medio, se puede muy bien sacrificar un derecho o renunciarlo, es axioma universal el de que no puede confesar sino el que tiene facultad de enajenar la cosa a que la confesión se refiere, o de disponer de ella como dueño (1). Es decir, es acto **dispositivo**, no meramente **administrativo**.

Es, por lo mismo, también de legislación universal la regla de que el mandatario necesita autorización especial para confesar.

Deferir.—Llábase **juramento decisorio** el que una de las partes pide a la otra, comprometiéndose a pasar por lo que ésta declare. Ese compromiso puede denominarse **delación** (2).

Con respecto a este acto, dice el Código Civil: "Art. 2128. inciso 2º El mandatario no podrá deferir al juramento decisorio sino a falta de otra prueba."

La frase restrictiva **sino a falta de otra prueba** (3), atañe sólo a las relaciones entre el mandante y el mandatario, mas no a la personería de éste; por lo cual la silencia el Código de Enj. en el artículo de que tratamos.

En consecuencia, relacionadas la ley sustantiva y la adjetiva, tenemos:

1º—Que si un mandatario sin cláusula especial, defiere al juramento, la delación es nula, y no obliga al mandante a pasar por el juramento de la otra parte;

(1) Mourlón tomo II, pág. 899.—Garsonnet, tomo II, pág. 298, nota 3.

(2) Etimológicamente, delación, del verbo latino *deferre*, cuyo supino es *delatum*, significa el acto o el efecto de *deferir*. En este sentido emplea esa palabra el Código Civil, en el Art. 947; y en el mismo la tomamos aquí, como la toma también el Código de Procedimiento Chileno, al puntualizar en el Art. 8º los actos para los cuales necesita el apoderado autorización especial. El Diccionario Académico, empero, no tiene esta palabra, sino sólo la homónima *delación*, que, derivada del verbo *delatar*, significa *acusación* o *denuncia*.

Tampoco tiene el Diccionario el vocablo *deferimiento*; pero si *deferencia*, que no se usa en el sentido técnico de que tratamos.

(3) En las ediciones anteriores decía, impropriamente, *sino a falta de cualquiera otra prueba*.

2º—Que si el mandatario tiene cláusula especial, su gestión es válida y obliga al mandante, aunque aquél hubiera podido contar con otros medios de prueba;

3º—Que en este caso de haber podido emplear otros medios, el mandatario se hace responsable al mandante;

4º—Que no puede haber caso alguno en que en mandatario no cuente con otros medios de prueba; porque, por lo menos, tiene la misma confesión, sin comprometerse a pasar por ella;

5º—Que, por lo mismo, en ningún caso puede el mandatario deferir al juramento de la parte contraria, sin incurrir en responsabilidad.

En la legislación francesa y en otras que no permiten exigir confesión jurada sino a condición de pasar por ella, cabe, que en algún caso extremo pueda ser prudente y razonable recurrir a ese medio; mas, bajo nuestro sistema, legal, esa necesidad o conveniencia no puede presentarse jamás, y el deferimiento no es sino un modo de hacer honor y confianza al contrincante.

En cuanto al juramento decisorio, tenemos también un punto gramatical. En el Código Civil de la primera edición, que empezó a regir en 1861 (obra de don Andrés Bello) y en el de la segunda, de 1871, se decía: "El mandatario no podrá deferir el juramento decisorio..." (1) El Código de Enj. empleaba antes, ya la una construcción, ya la otra, en diversas disposiciones. Nosotros criticábamos siempre la primera construcción, la que omitía la preposición; y en la edición actual hecha por la Academia de Abogados, de acuerdo con la Corte Suprema, se puso en todos los casos al-

Esto es indudablemente más conforme con el significado del verbo y con su régimen gramatical (Arts. 288 y siguientes (2)).

(1) Esta redacción se conserva hasta ahora en el Código Chileno; y el de Procedimiento—dice también deferir el juramento (Art. 6º). El Peruano dice deferir al juramento (Art. 10).

(2) La Academia de la Lengua, en su Gramática, y Salvá aconseja la preposición. Escribhe dice deferir el juramento.

Inciso 5º (recibir la cosa litigada).

Este inciso guarda conformidad con el Art. 1572 del Código Civil, que dice: "El poder conferido por el acreedor a una persona para demandar en juicio al deudor, no le faculta por sí solo para recibir el pago de una deuda". Más en el título DEL MANDATO tenemos estotra regla:

"Art. 2129.—El poder especial para vender comprende la facultad de recibir el precio".

No nos parece muy razonable la exigencia contenida en este inciso 5º. Al determinar las facultades ordinarias del mandato, esto es, las que se derivan de la naturaleza del acto, atiende la ley principalmente —como vimos en su lugar— a la voluntad presunta de las partes; y lo más natural parece suponer que, quien autoriza a su mandatario para reclamar la entrega de una cosa, le faculta, por el mismo hecho, para recibirla.

La doctrina legal puede, por otra parte, dar lugar a la anomalía de que una persona demandada judicialmente y condenada al pago o entrega, tenga que seguir otro juicio, el de consignación (o por lo menos un incidente de depósito) para cumplir la sentencia, por no tener a quien entregar la cosa (1).

Prorrogación de jurisdicción.— Demandas nuevas.— Sustitución, etc.

El Código de 69 tenía estos dos incisos más:

"3º—Para prorrogar la jurisdicción o contestar demanda nueva";

"5º—Para allanarse a que no se tome en cuenta la omisión de las solemnidades sustanciales de los procesos, o los impedimentos de los jueces, siempre que sean susceptibles de allanamiento".

(1) El Código Chileno de Procedimiento, acorde con la ley sustantiva, exige cláusula especial para percibir, en el artículo arriba transcrito, el 8º.— El Peruano no la exige.

No encontramos razonable lo relativo a prórroga de jurisdicción o allanamiento de impedimentos o nulidades; pues nos parece que esto entra en el giro ordinario de la gestión judicial. Lo de contestar demandas nuevas es de todo en todo impertinente e inútil. Si el poder es general para pleitos, y con él se ha presentado el mandatario en un juicio, claro que con el mismo título puede contestar demanda nueva. Mas si el poder es especial para determinado litigio, evidentísimo también que no puede servir para otro diverso, o sea para contestar demanda nueva, sin que el legislador necesite advertirlo.

Para la sustitución o delegación, sí queríamos que se exigiese cláusula especial, por las razones expuestas en la parte doctrinal. Prop. 273.

Los Códigos extranjeros varían mucho en esta materia, de suyo tan elástica, como puede verse en las reglas citadas en los comentarios.

Gestiones extrajudiciales.—La transacción es un acto extrajudicial por su naturaleza, como lo declara el Código Civil, al definirla en el Art. 2428 (1); y ya hemos visto las reglas a que está sujeto el mandatario que trata de efectuarla. Mas en el curso de un litigio pueden ofrecerse otras gestiones extrajudiciales diversas de la transacción, v. gr. una cesión o endoso del crédito materia del juicio; y para estos casos, la extensión de las atribuciones del mandatario se ha de determinar, no por los artículos del Código de Enj. que estamos estudiando, sino por los términos mismos del mandato y por las disposiciones del Código Civil, como lo advertimos al terminar el estudio de la Prop. 265.

288 bis.—Confesión del ex-mandatario.

El ex-mandatario que tuvo poder para confesar, puede hacerlo después de expirado el mandato, con relación a sus actos anteriores a la expiración? ... Se lo ha

(1) "Art. 2428.—Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

pretendido en la práctica (1), para probar, v. gr. la extinción de una deuda en favor del mandante; mas, esto que ha tenido en perplejidad y vacilación a nuestros tribunales, es, en nuestro concepto, contrario a la ley y a los principios jurídicos; y para demostrarlo, transcribimos la exposición que, sobre tan importante punto jurídico, publicamos en el número 74 de la "Revista Forense", conforme con las ideas que en la cátedra hemos manifestado a nuestros alumnos:

Si demandado el deudor por el acreedor para la devolución de una cosa, alega que no la recibió efectivamente, o que ya la devolvió, y para justificar su excepción, exige declaración jurada al ex-mandatario, ex-gerente, ex-curador, etc., del acreedor, afirmando que el hecho tuvo lugar con intervención de éstos, cuando ejercían el cargo, esa declaración, decimos, no puede considerarse como confesión del acreedor, ni bastar por sí sola para justificar la excepción.

Y nos fundamos, ora en el texto de la ley sustantiva y de la adjetiva; ora en la razón de la ley, derivada de la naturaleza del mandato y de la confesión judicial. Veámoslo.

El Código Civil dice:

"Art. 1703.—La confesión que alguno hiciere en juicio, por sí, o por medio de apoderado especial o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito"

Y el Código de Enjuiciamiento Civil:

"Art. 280.—La confesión debidamente prestada en los juicios civiles hace plena prueba contra el confesante, pero no contra terceros.

"Art. 281.—También hará plena prueba la confesión prestada en juicio por medio de apoderado legítimamente constituido, o de su representante legal".

(1) Se exigió que un ex-gerente absolviese sobre pagos hechos al Banco cuando él fue gerente.—V. Jurisp. casos 31 y 59.

Por tanto, según el claro tenor de estas disposiciones, para que la confesión dada por medio de otro sea verdadera confesión, es esencial que el confesante tenga la calidad de mandatario o representante legal en el acto mismo de la confesión.

Recibir o entregar una cosa a nombre de otro, es una gestión, y confesar que se la recibió o se la entregó, es otra gestión diversa. Para la una y la otra se requiere legitimidad de personería, en el momento de ejecutarlas: para la primera, el poder o la facultad de ejecutar-entregar; para la segunda, el poder o la facultad de confesar a nombre del interesado.

Confesar a nombre de otro, habiendo cesado ya el título o cargo que concedía esa facultad, es tan ilegal como transigir, desistir o ejecutar, en igual caso, cualquiera otra gestión a nombre del ex-representado.

Decimos mal: la confesión no es una gestión como cualquiera otra; es una gestión especialísima y muy trascendental, una gestión que no puede hacerse legalmente a nombre ajeno, sino en ciertos casos y con severísimas restricciones. Ella, la confesión, puede comprometer sustancialmente los intereses de la persona a cuyo nombre se la da, y aun entrañar una verdadera enajenación o renuncia de derechos. Si, ejecutado el deudor por el acreedor con un documento reconocido de préstamo, pudiera hacerse valer la declaración del ex-mandatario o ex-guardador, para probar que no hubo tal préstamo, esa declaración surtiría el efecto de anular la prueba plena del pagaré y el título ejecutivo del acreedor, privándole a éste del derecho de hacer efectivo ese título.

De allí el principio generalmente reconocido como un axioma jurídico, de que no puede confesar sino el que tiene facultad de disponer de la cosa a que la confesión se refiere, y el ex-mandatario, ex-guardador, etc., no tiene facultad de disponer en manera alguna de las cosas de su ex-representado.

OBJECIONES

Analicemos ahora brevemente los argumentos que se han aducido o pudieran aducirse en defensa de la doctrina contraria.

Primera.—La confesión no es un acto constitutivo ni extintivo de derechos; es el mero reconocimiento de hechos ya realizados y que han surtido sus efectos; luego no se la puede equiparar a la transacción ni a ninguna de las demás gestiones que un representante puede hacer a nombre de su representado.

Contestación.—Cierto que el fin de la confesión, como el de todas las pruebas, es hacer constar los hechos ya realizados; pero en el campo judicial, los hechos no comprobados se reputan no existentes, y, por lo mismo, comprobarlos vale tanto como darles existencia legal.

Si el acreedor que afirma el préstamo, no lo prueba, habiéndolo negado el deudor, el juez declarará en la sentencia que no ha habido préstamo, y absolverá al demandado; por más que ese hecho haya existido realmente. Y del mismo modo, si el deudor alega el pago y no lo prueba, el juez sentenciará que no ha habido pago.

La objeción es, por tanto, una verdadera petición de principio. Presupuesto el hecho del préstamo, la confesión es, en verdad, el simple reconocimiento del hecho; pero se recurre a ella precisamente porque ese hecho no consta en el proceso, y porque se trata de hacerlo constar, o lo que es lo mismo, de darle existencia legal, para que pueda surtir sus efectos.

Moralmente hablando, el que confiesa debe limitarse a reconocer los hechos que pasaron; no puede fingir ni crear hechos nuevos. Mas en el fuero externo, en el campo de la realidad y de la ley, sucede muy a menudo que el hombre se desvía de esa regla moral, dando por existentes hechos que no existieron o modificándolos o desfigurándolos, según sus conveniencias y sus intereses. De allí que nadie tiene derecho para someter a otro a su palabra, como si ésta fuese oráculo de verdad. Ese ex-

mandatario, ex-curator, etc., que afirman que el préstamo constante del documento no se realizó efectivamente, o que el deudor devolvió el dinero y no obtuvo recibo ni recogió el pagaré, pueden estar diciendo una falsedad, por connivencia con la parte contraria, por enemistad, capricho; y no cabe de ningún modo que esa simple aseveración destruya la fuerza del documento en que el acreedor funda su derecho.

Si es el mismo acreedor quien, llamado a confesar personalmente, declara que el préstamo no tuvo lugar o que el deudor devolvió ya el dinero, no es imposible que también esa declaración sea falsa, a pesar de que aquellos móviles (el interés pecuniario, la enemistad, etc.) ya no pueden tener cabida. Mas aun en esta inverosímil hipótesis, puede y debe tenerse como prueba la confesión, puesto que no se trata sino del interés personal del mismo confesante, y de un interés que éste puede muy bien renunciarlo. Todo lo contrario debemos concluir respecto del ex-mandatario o ex-guardador, que no tiene ya título ni facultad para comprometer de ningún modo los intereses de su ex-representado.

Segunda.—No puede ser considerado como mero testigo o como tercero el que declara sobre un hecho propio, que le concierne y puede perjudicarlo o acarrearle responsabilidades (1).

Contestación.—Puede muy bien ser tercero o mero testigo el que declara sobre hechos propios que de alguna manera le interesan o puedan acarrearle responsabilidades o ventajas, si en el litigio en que presta la declaración no interviene como parte, y si, por lo mismo, la sentencia no ha de pronunciarse en su contra ni en su favor. En el caso que analizamos, el ex-mandatario o ex-guardador no es parte, y la sentencia nada decidirá ni podrá decidir contra él.

El interés más o menos indirecto o remoto del declarante, puede hacer más o menos valioso o sospechoso su testimonio; pero no le convierte en parte en la causa,

(1) Palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, en la causa del Banco Internacional contra el Coronel Euclides Angulo, y en la Morejón-Pañaherrera R., de Octubre de 1917. Serie 3ª N.º 203 de la "Gaceta Judicial".

si el mismo declarante no se ha presentado en ella para defender ese interés.

Y suponiendo que, por versar la declaración sobre hecho propio que le perjudica al declarante, esa declaración tuviese el carácter y la naturaleza de confesión, lo sería sólo en contra del mismo declarante, es decir, para el efecto de reclamar contra éste por el hecho confesado; mas no podría valer como tal confesión en contra de un tercero, según el axioma jurídico consignado en el Art. 280 del Código de Enj., arriba transcrito, *res inter alios acta aliis prodesse aut nocere non potest*.

En un litigio del deudor contra el ex-mandatario o ex-guardador, que le hicieron firmar el pagaré y no le entregaron el dinero, o que recibieron el pago y no le confirieron el comprobante ni le devolvieron el documento, esa declaración valdría muy bien como confesión; pero de ninguna manera en el juicio del acreedor contra el deudor, en que aquéllos no son partes, ni por derecho propio, ni en representación de ninguno de los litigantes.

Tercera.—El deudor tenía derecho de exigirle al mandatario, al gerente o guardador, confesión sobre el hecho de que, si bien se firmó el pagaré, no se realizó el préstamo, o de que se les devolvió el dinero prestado; y ese derecho no puede extinguirse ni desaparecer por el mero hecho de que cese el mandato, por revocación tal vez intencional del mandante, o por renuncia del mandatario o por cualquiera otra causa, o porque asimismo cese el cargo de gerente o guardador.

Contestación.—El deudor que paga y no toma recibo, o que firma el pagaré y no recibe el dinero ni exige algún comprobante o resguardo, tiene, en verdad, derecho de acreditar esos particulares por medio de la confesión; mas tal derecho está sujeto a varias contingencias: que la persona que debiera confesar, confiese efectivamente; que esa persona subsista; que si es un mandatario, curador, etc. continúe en el cargo, etc., etc. Y si dicha persona niega los hechos, por olvido o mala fe, o fallece, o cesa en el cargo, pierde el deudor ese medio de defensa, como puede perderse cualquier cosa, por diversas causas o accidentes; pero en casos de esta clase, la culpa no es de la ley ni de la ciencia jurídica, sino del mismo deudor, que, por imprudencia o descuido, se pri-

vó de los medios naturales de prueba y se colocó en tal peligro.

Art. 57

289.—Detalle de los deberes procesales del apoderado, según el Art. 57.— Reformas.— Dos artículos suprimidos por innecesarios.

Después de tratar en el Art. 56 de las facultades extraordinarias del mandatario judicial, puntualiza el Código en el 57 los deberes que, por referirse directamente a la gestión judicial, los denominamos **procesales**. Nos referimos en este punto a la proposición 270 y las anteriores, añadiendo sólo las siguientes ligeras anotaciones:

1^º—**Presentación del poder.**—El inciso primero decía, hasta 1904: "A cumplir con lo que ordena el Art. 51, bajo pena de ser declarados falsos procuradores y pagar perjuicios y costas".

Ese año agregóse la pena de multa, en el Art. 51, y se hizo en ese inciso, que repite la regla de aquel artículo, la reforma correspondiente. Nos referimos, por tanto, a los comentarios de dicho artículo.

2^º—**Instrucciones.**—En cuanto al concepto y valor jurídico de las instrucciones, su diferencia de las facultades o poderes, los efectos de su violación, etc, nos referimos a la prop. 266.

3^º—**Presentación de pruebas e interposición de recursos.**—En esto, el apoderado debe atenerse estrictamente a la dirección del abogado defensor, sin perjuicio, se entiende, de las instrucciones del mismo mandante, como lo dijimos al estudiar la citada prop. 270.

Si, expedido un fallo desfavorable, no hay tiempo de consultar al mandante o al abogado (y en todo caso de duda), el apoderado debe interponer el recurso; ya que después se lo puede retirar, si se cree conveniente no sostenerlo.

4^º—**Deberes no procesales.**—Sobre estos deberes, provenientes de la ley sustantiva, a que se refiere el inciso octavo, véase lo expuesto en la parte doctrinal, prop. 270.

El Código originario tenía, en seguida del artículo que comentamos, estos dos que, en 1890, fueron suprimidos, seguramente por innecesarios, puesto que el Código Civil regla con suficiente claridad los mismos puntos (véase prop. 269):

"Art. Los apoderados o procuradores deben resarcir, a sus poderdantes, los gastos causados por su descuido o mala fe.

"Art. El mandante está obligado a dar al procurador las expensas necesarias para el pleito."

Art. 58

290.—Agregado en 1912.— Debió ser inciso del 54.

Este artículo fue introducido por la Legislatura de 1912, para que los poderes de mayor cuantía otorgados ante los jueces parroquiales, con arreglo al Art. 54, sirviesen también para asuntos extrajudiciales, v. gr. para venta de bienes raíces o hipotecas.

En 1920 se extendió la misma regla a los poderes de menor cuantía, como lo observamos al estudiar el Art. 52.

Debía, por tanto, ser este Art. 58 sólo un inciso del 54.

Art. 59

291.—Indemnización al apoderado reducido a prisión.

Hasta 1904, la indemnización era de un peso por día, esto es, ochenta centavos de sucre. La Legislatura de este año la elevó a dos sucres; y posteriormente, la Ley de Aranceles la puso en dos sucres cuarenta (Art. 40); pero agregó, en el Art. 41, que en asuntos de menor cuantía, esa indemnización, lo mismo que todos los demás derechos puntualizados en el Art. 40, debía reducirse a la mitad.

Art. 60**292.—Sustitución del poder.— Referencias.**

En cuanto a la historia de este artículo, al concepto de la sustitución, etc., nos referimos a las proposiciones 272, 273, 274 y 275.

Art. 61**293.—Terminación del poder.**

Nos referimos también a la parte doctrinal, props. 276, 277, 278, 279 y 280 y a la Jurisp, casos 27 y 29.

Art. 62**293.—(continuación) Revocación.**

Véase la prop. 277 y Jurisp. caso 30.

Arts. 63 y 64**293.—(continuación) Renuncia.— Pago de los derechos causados antes.**

Véase la prop. 278.

Art. 65**294.—Dos o más actores o demandados.**

Véase la prop. 282.

Art. 66

295.—Representantes legales.— Modo de legitimar su personería.— Sus funciones judiciales ordinarias y extraordinarias.— ¿Pueden sustituir ó delegar? — ¿Pueden ejercer las facultades del Art. 56?— Confesión del ex-representante.

No tiene el Código Civil definición de representante legal. En el parágrafo 5º del Título Preliminar, destina-

do a la definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes, hace sólo una incompleta enumeración, en estos términos:

"Art. 38.—Son representantes legales de una persona el padre o marido bajo cuya potestad vive, su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas los designados en el Art. 540".

Y el Art. 540 dice:

"Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación, han conferido este carácter".

El ilustre comentador ecuatoriano del Código Chileno, refiriéndose al Art. 43 de ese Código, que es el 36 del nuestro, se expresa así:

"Las personas llamadas por la ley a suplir la incapacidad de las personas no pueden ejercer los derechos civiles, se llaman representantes legales; porque la ley misma les atribuye el ejercer los derechos de otras personas a quienes, según los casos, representan o autorizan.

"De todo punto necesario, pues, para evitar dificultades en materia tan trascendental, determinar los representantes legales.

"324.—La enumeración, en cuanto a las personas naturales es completa; porque todos los incapaces viven, ya bajo potestad, patria o marital, ya bajo tutela o curaduría.

"325.—Mas en cuanto a las personas jurídicas, hay muchas cuyos representantes legales no están comprendidos en el Art. 551.

"Hay personas jurídicas de derecho privado, y personas jurídicas de derecho público.

"De derecho privado: la sociedad conyugal, las sociedades civiles o comerciales, la herencia yacente, los concursos de acreedores, las quiebras, las fundaciones o corporaciones que se costean con fondos de particulares.

"De derecho público: El Estado, el fisco, las municipalidades, las Iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos de educación o de caridad que se costean con fondos del erario.

"Salta a la vista que el Art. 551 no comprende sino los representantes legales de las corporaciones.

"Si bien es cierto que el título de las personas jurídicas no es aplicable a las enumeradas en el Art. 547, de ahí no se sigue que estas personas jurídicas carezcan de representantes legales, ni menos que el Art. 43 del Código Civil pueda prescindir de las leyes que los determinan".

Ahora vamos a ocuparnos en los representantes legales de las personas naturales incapaces, y en los repre-

sentantes de las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado.

Legitimación de la personería.—El Código de Enj. dice, en el Art. 66, que los representantes legales no necesitan poder para comparecer en juicio por sus representados. Claro que no necesitan poder como el que se otorga a los mandatarios; pero sí necesitan tener el título al cual sea anexa la representación judicial. Cuan- to a si deben o no presentar ese título para legitimar su personería, nos referimos a la prop. 281.

Facultades.—Si al representante de persona natu- ral o jurídica le incumbe, por la ley, por los estatutos, etc., comparecer en juicio a nombre de ella, por el mismo hecho le compete también ejercer todas las funciones ju- diciales ordinarias, esto es, aquellas que, por compren- derse, según el criterio del legislador, en el giro ordina- rio del negocio judicial, no requieren, respecto de los mandatarios, cláusula especial. Réstanos sólo saber si pueden o no ejercer las funciones extraordinarias, esto es, aquellas que, según el Art. 56, requieren la susodicha cláusula.

El mandatario deriva sus facultades de la voluntad del mandante, expresada en el poder o interpretada por la ley, atento el objeto y la naturaleza de éste. Y de acuerdo con ese criterio, establécese que, a falta de de- claración expresa del mandante, el mandatario judicial puede efectuar todos los actos concernientes al juicio, así en lo principal como en los incidentes, excepto aquellos que el Art. 56 puntualiza, excluyéndolos, por decirlo así, del giro ordinario de la gestión judicial.

Los representantes de que tratamos derivan sus fa- cultades de sus respectivas leyes o estatutos; y por lo mismo, a esas leyes o estatutos se debe atender para fi- jar la extensión de las atribuciones que les corresponden.

Previo este antecedente, consideremos por sepa- rado cada una de las especies de representación y cada una de las funciones extraordinarias puntualizadas por el Art. 56, para luego resumir o sintetizar los principios generales.

EL CURADOR

1º—Puede transigir?—Para contestar, tenemos en el Código Civil, por una parte, la regla del Art. 2.429, que dice:

"No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción".

Y por otra, la especial, consignada en el título de la administración de los tutores y curadores, en estos términos:

"Art. 390.—Se necesita asimismo previa decisión judicial para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que se valen en más de ochocientos sures, y sobre sus bienes raíces; y en cada caso la transacción o el fallo del compromisario se someterán a la aprobación judicial, so pena de nulidad".

Esta doble intervención del juez para la transacción, nos parece criticable:

1º—Porque si, para autorizar la transacción, el juez ha tomado en cuenta, como es natural, las bases o condiciones a que debe ajustarse el contrato, resulta inútil la aprobación posterior, en la inteligencia de que, de no ajustarse a esas bases, el contrato es nulo;

2º—Porque en la práctica, la autorización y la aprobación se reducen a meras fórmulas; ya que los interesados encuentran siempre grande facilidad de comprobar con testigos o de otro modo la conveniencia del acto, y el juez se atiene a esa prueba, sin preocuparse mucho del caso.

Ahora, desde la reforma de 1916, consignada en el Art. 1.079 del Código de Enj., se exige también la intervención del Defensor de menores; pero aun esto resulta simple fórmula, en la práctica, como ya lo hemos observado otras veces (1).

(1) El Código Francés exige, para proceder a la transacción, la intervención del consejo de familia, el dictamen de tres jurisconsultos y luego la aprobación judicial. Dice así:

"Art. 467.—Le tuteur ne pourra transigir au nom du mineur, qu' après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du Roi après le tribunal de première instance.

La transaction ne sera valable qu' autant qu' elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du Roi".

Si se trata de asuntos que importan menos de ochocientos sures y no se refieren a bienes raíces, el guardador puede transigir libremente, sujetándose, por cierto, a la responsabilidad anexa a todos sus actos administrativos. Mas, por inconveniente que sea la transacción, no le falta al guardador personería legal. Si, por el contrario, se trata de asunto de más de ochocientos sures o de bienes raíces, se hace necesaria la doble intervención del juez, antes de la transacción y después de ella: lo cual, como hemos dicho, nos parece por demás.

¿Puede comprometer en árbitros?—Lo decide el mismo Art. 390, al cual se refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando dice:

"Art. 82.—No pueden ser sometidas a juicio de árbitros las demandas que versen:

- 1º—Sobre alimentos legales:
- 2º—Sobre separación de bienes entre marido y mujer:
- 3º—Sobre el estado civil de las personas:
- 4º—Sobre asuntos en que sea parte el ministerio público; y
- 5º—Sobre bienes raíces de menores, de personas sujetas a interdicción y de incapaces, a no ser que se observen las disposiciones del Código Civil".

Según esto, para proceder al arbitramento, debe el guardador ser autorizado por el juez, si el asunto importa más de ochocientos sures o vérsa sobre bienes raíces; y, expedido el laudo, debe ser aprobado por el juez. Lo cual casi equivale a prohibir en absoluto el arbitramento, porque la parte contraria no querrá en ningún caso adoptar ese medio, sabiendo que, si el fallo le es adverso, surtirá todos sus efectos, pero si le es favorable, correrá el riesgo de no ser aprobado por el juez.

Además, para esa aprobación necesita el juez estudiar los fundamentos del fallo arbitral, revisándolo, como si fuera tribunal de apelación, con mayores complicaciones y gastos que si directamente se recurriera a la vía judicial ordinaria.

¿Puede desistir?—Nada expreso hay en el Código Civil; mas el de Enjuiciamiento tiene estotra regla general, poco clara:

"Art.452.—No pueden desistir del juicio, en lo absoluto: "1º Los que no pueden comprometer la causa en árbitros"

De aquí puede deducirse que, si los guardadores necesitan autorización judicial previa y ratificación posterior, para comprometer en árbitros un asunto pupilar de más de ochocientos sucres, o relativos a bienes raíces, al mismo requisito están sujetos en orden al desistimiento.

La Ley Orgánica, empero, tiene a este respecto dos reglas diversas: la una **subjetiva** —diremos así— sobre la capacidad para comprometer en árbitros; y la otra **objetiva**, sobre los asuntos que no pueden ser sometidos a compromiso.

La primera dice:

"Art. 77.—Pueden nombrar árbitros los que tienen personería legítima para comparecer en juicio por sí mismos.

"Los mandatarios necesitan de poder con cláusula especial".

Y la segunda es la del Art. 82 arriba transcrito.

Según esto, parece, a primera vista, que, al decir el Código de Enj. que no pueden desistir los que no pueden comprometer en árbitros, se refiere a la primera regla, a la subjetiva, y que, por lo mismo, aquella referencia equivale a decir: "No pueden desistir los que no pueden comparecer en juicio por sí mismos. Los mandatarios necesitan cláusula especial".

Mas, entendida así la referencia, resultaría del todo inútil la disposición del Art. 452; ora porque ya en el 451 se dice que no es válido el desistimiento si no es hecho por persona capaz; ora porque, según la regla general del Art. 39, las personas incapaces no pueden practicar ninguna gestión judicial. Y en cuanto a los mandatarios, ya se advierte en el Art. 56 que no pueden desistir si no tienen cláusula especial.

Por otra parte, si el legislador hubiera querido negar la facultad de desistir, solamente a los incapaces de comparecer en juicio, lo habría dicho así, en cuatro palabras, en vez de emplear el rodeo o circunloquio de referirse a las reglas de la Ley Orgánica, sobre el compromiso arbitral.

Esta referencia hace, por lo mismo, suponer que entró en el pensamiento del legislador algo más que la mera capacidad de parecer en juicio, y que quiso talvez de-

cir que no cabía desistimiento en los casos en que no podía haber compromiso, o en otros términos, que no podían desistir ni las personas capaces de parecer en juicio, si el asunto litigioso estaba comprendido en alguno de los casos del Art. 72 de la Ley Orgánica.

A esta interpretación se inclinó el Tribunal Supremo; y en consecuencia, decidió que una mujer casada no podía desistir de la demanda de separación de bienes propuesta contra el marido. Véase *Jurispr.* caso 60.

Aplicada esta doctrina al guardador, resulta que, como dijimos arriba, necesita, para desistir, pedir autorización al juez, y hecho el desistimiento, pedirle también su aprobación. Redundancia o recargo de solemnidades, que, si justificable al tratarse de arbitramento o transacción, no tiene razón de ser para el mero desistimiento.

Para desistir, no de la demanda, sino de un incidente o recurso, creemos que el guardador no tiene necesidad de llenar esas formalidades, ya que el Art. 452 habla sólo del desistimiento del juicio.

¿Puede confesar?—Lo responde afirmativamente el Art. 281 que dice:

"Art. 281.—También hará plena prueba la confesión prestada en "juicio por medio de apoderado legitimamente constituido, o de su representante legal". (1).

¿Puede deferir al juramento decisorio?—Por no haber disposición prohibitiva, debiera resolverse, tal vez, en sentido afirmativo; si bien ese acto, que como hemos manifestado, en ningún caso puede ser necesario, haría al guardador responsable de todo perjuicio.

En Código de Enj. dice sólo:

"Art. 292.—Los menores y demás incapaces no pueden prestar juramento decisorio".

Con más razón debiera prohibirse a todo representante de intereses ajenos deferir al juramento de la parte contraria; pero no tenemos en la ley esa prohibición.

(1) El su está por demás, y hasta le da un sentido gramatical disparatado a la regla.

¿Puede recibir la cosa litigada?—Es evidente que sí, atenta la naturaleza de su cargo, y con arreglo a la regla especial del Art. 1.569 del Código Civil que dice:

"Reciben legítimamente los tutores y curadores por sus respectivos representados; los albaceas que tuvieren este encargo especial o la tutela de los bienes del difunto; los maridos por sus mujeres, en cuanto tengan la administración de los bienes de éstas; los padres de familia por sus hijos, en iguales términos; los recaudadores fiscales o de comunidades o establecimientos; y las demás personas que por ley especial o decreto judicial estén autorizadas para ello".

EL MARIDO

¿Puede transigir?—A falta de regla especial en ninguno de los Códigos, y de acuerdo con la general del Art. 2.429 arriba trascribida, que considera la transacción como un acto dispositivo o de enajenación, podemos deducir:

- a) Que el marido necesita del consentimiento de la mujer, para transigir respecto de los bienes raíces de ella o de otros bienes que deba devolverle en especie (Art. 1.744 del Código Civil, reformado por el 885 del de Enj., y 1.745).
- b) Que respecto de los demás bienes, puede transigir libremente.

¿Puede comprometer en árbitros?—Según el Art. 82 de la Ley Orgánica, no pueden ser sometidas a juicio de árbitros las demandas que versen:

"5.º.—Sobre bienes raíces de menores, de personas sujetas a interdicción y de incapaces, a no ser que se observen las disposiciones del Código Civil".

Mala redacción, porque los menores y las personas sujetas a interdicción son también incapaces. Pero como en esta denominación genérica, se comprenden las mujeres casadas, los asuntos litigiosos sobre bienes raíces de ellas están sujetos a la prohibición de este artículo; es decir, no pueden ser sometidos a juicio de árbitros, sino con arreglo a lo establecido por el Código Civil.

Este Código, empero, nada dice sobre el particular, ni al tratar de las obligaciones y derechos entre los cónyuges, en el Título 6º del Libro Primero, ni al reglar las

capituciones matrimoniales y la sociedad conyugal, en el Título XXII del Libro IV, ni en parte alguna. Así que, sólo por la analogía que en ciertos pasajes se establece entre la transacción y el compromiso, y por la importancia misma del caso, podemos concluir que necesita el marido el consentimiento de la mujer, como hemos dicho respecto de la transacción.

¿Puede desistirse?—Si para comprometer necesita el consentimiento de la mujer, al tratar de bienes raíces de ésta, según acabamos de verlo, lo necesita también para desistirse, conforme a la doctrina interpretativa del Art. 452, acogida por la Corte Suprema en el caso arriba recordado, a propósito del guardador.

¿Puede absolver o deferir?—Nos referimos a lo dicho respecto del curador.

¿Puede recibir la cosa litigada?—Sí, con igual razón.

EL PADRE DE FAMILIA

¿Puede transigir?—A falta de regla especial expresa, debemos regirnos por la general del Art. 2.429 del Código Civil que dice:

"No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos "comprendidos en la transacción".

Y si por **disponer** se entiende enajenar (1), la cuestión deberá resolverse por el Art. 249, cuyo tenor es el siguiente:

"No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa".

Mas, creemos que en este caso no es indispensable la aprobación posterior, prescrita para los guardadores

(1) El Diccionario de la lengua dice:

"Disponer: Obrar uno libremente en el destino o enajenación de sus bienes, por donación, venta, renuncia, etc."

Y en el lenguaje jurídico se distingue siempre la mera administración de la disposición, comprendiendo en esta última la enajenación de los bienes a que se refiere.

en el Art. 390. En otros términos, nos parece más clara y evidente la analogía objetiva entre disposición y enajenación, que la subjetiva entre el padre de familia y el guardador, el cual no merece, según el criterio del legislador y la sana razón, igual confianza, en orden al cuidado de los bienes de su representado.

¿Puede comprometer?—Como hemos visto, la Ley Orgánica se refiere, en el N° 5° del Art. 82, al Código Civil; pero este Código nada dice, absolutamente nada, al tratar de la patria potestad y de los hijos de familia; y así, sólo por analogía, podemos deducir la necesidad de la autorización judicial, al tratarse de bienes raíces.

La Ley equipara en cierto modo el compromiso a la transacción; y los autores franceses lo consideran, con razón, aun más grave y delicado, puesto que en la transacción se conocen a ciencia cierta las concesiones o enajenaciones que se hacen de una parte de las pretensiones o derechos a trueque de asegurar el resto, evitando las contingencias del litigio.

En todo caso, el compromiso es un acto dispositivo que no puede menos que salir de los límites de las funciones ordinarias de un representante legal, al tratarse de bienes raíces.

¿Puede desistir?—Aplicando, como en los casos anteriores, la doctrina interpretativa del Art. 452 del Código de Enj., debemos admitir la misma solución que nos ha parecido aceptable respecto del compromiso.

En cuanto a **confesar, deferir y recibir**, nos referimos a lo dicho respecto del guardador y del marido.

Gerentes, administradores de sociedades, etc.

1°—¿Pueden transigir?—Deben atenerse, ante todo, a sus estatutos o a las condiciones de su contrato o nombramiento, según los diversos casos, de acuerdo con el Art. 2.664 del Código Civil, que dice:

"El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato; y en lo que éste callare se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad, otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ellas".

Código — 18

Y esta analogía entre la gerencia de una sociedad y el mandato, se reconoce por nuestras leyes en muchos pasajes. Así, con respecto a la sociedad anónima, el Código de Comercio dice:

"Art. 286.—Se administra por mandatarios amovibles, socios o no socios, por estipendio o gratuitamente.—Estos administradores no responden sino de la ejecución del mandato y de las obligaciones que la ley les impone especialmente"

La analogía del gerente o administrador con el mandatario, es, pues, evidente, fundada en textos expuestos de la ley; y por lo mismo, parece indispensable aplicar las reglas de los Arts. 2.430 del Código Civil y 56 del de Enj.

2º—¿Pueden comprometer?—La razón de analogía que hemos recomendado, nos pone en el caso de aplicar el Art. 77 de la Ley Orgánica, cuyo inciso segundo, idéntico al segundo del Art. 56 de este Código, dice:

"Art. 77.—Pueden nombrar árbitros los que tienen personería legal para comparecer en juicio por sí mismos.—Los mandatarios necesitan de poder con cláusula especial".

Por consiguiente, sería necesario que los estatutos, el contrato social o un acuerdo de la sociedad o institución autorizaran ese acto.

3º—¿Pueden desistir?—La propia razón de analogía nos inclina también a idéntica conclusión, tomando, además, en cuenta el Art. 452 de este Código, que hace aplicable el 77 de la Ley orgánica, que acabamos de transcribir.

4º—¿Pueden absolver?—Debemos dar la misma respuesta, por la razón de analogía con el mandato. Mas si pudiéramos aplicar la doctrina relativa a los representantes legales, la respuesta sería simplemente afirmativa, con arreglo al Art. 281, que transcribimos arriba.

5º—¿Pueden deferir?—Nos inclinamos a aplicar también en esta parte, el Art. 56, por la misma razón de analogía.

6º—¿Pueden recibir?—Creemos que sí, como asunto propio del giro ordinario, salvo que los estatutos, contrato social, etc., digan otra cosa.

Síndicos de los concursos y quiebras.

Son estos síndicos una especie de mandatarios judiciales de la masa de acreedores, con atribuciones limitadas, y especificadas en el párrafo 5º de la Sección 5ª del Título II, Libro II de este Código, y en el Título V del Libro IV del Código de Comercio; y por lo mismo, creemos que, sin autorización especial de la Junta de acreedores, no pueden ejercer las funciones puntualizadas en el Art. 56.

El Código de Comercio sintetiza el carácter de los síndicos de las quiebras, perfectamente idéntico al de los síndicos de los concursos civiles (1), en los siguientes términos:

"Art. 976.—Los Síndicos representan la masa de acreedores, activa y pasivamente, en juicio y fuera de él, administran los bienes concursados practicando todas las diligencias conducentes a la seguridad de los derechos y recaudaciones de los haberes de la quiebra, y liquidan ésta, según las disposiciones del presente Código".

Procuradores Municipales, Personeros de Beneficencia.— Agentes Fiscales y demás representantes de Derecho Público.

Cada uno de estos funcionarios debe regirse por las respectivas leyes concernientes a su cargo o empleo; y si ellas guardan silencio o son de dudosa interpretación, deben recurrir, ya a las consideraciones de analogía arriba recomendadas, ya a los principios generales que, atenta la naturaleza de la institución, pueden aplicarse.

Con respecto a los Procuradores Municipales (2), la ley de la materia dice:

(1) En lo civil, la tenencia y administración de los bienes corresponde a los depositarios, mas en todo caso la dirección de esa administración es de cargo de los síndicos, conforme a los Arts. 598 de este Código y 951 del de Comercio.

(2) La Corte Suprema les llama siempre Procuradores Síndicos Municipales. La Ley, al instituir y reglamentar este cargo en el capítulo respectivo, dice simplemente: Del "Procurador Municipal"; mas en el inciso 2º del Art. 46 le llama "Procurador Síndico".

"Art. 46.—Son funciones del Procurador:

1^o—Ejercer la personería de la Municipalidad, representándola con "el carácter de mandatario ante cualquiera autoridad judicial o extra-judicial, para reclamar o defender sus derechos. El Procurador no podrá entablar juicio alguno sin previa autorización del Concejo".

Y antes de esto, al tratar del Presidente del Concejo dice la misma ley:

"Art. 39.—Son atribuciones del Presidente... 2^o Estipular y suscribir "en unión del Procurador Sindico, los contratos en que sea parte el Municipio y que fueren acordados por éste".

Lo cual manifiesta cuan limitadas son las atribuciones del uno y del otro.

En cuanto a **desistimiento**, hay también la razón de que no pueden ser sometidos a arbitramento los asuntos en que tiene parte el Ministerio Público; en cuyo caso cabe aplicar la doctrina interpretativa de los Arts. 452 de este Código y 77 y 82 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que nos sirvió para resolver las mismas cuestiones, en orden al guardador y demás representantes legales.

Los fallos de los Tribunales en que se han decidido estos puntos veremos en **Jurisp.** casos 43 a 48.

Con respecto a los **Personeros de Beneficencia**, la ley de la materia, expedida en 1908, dice lo siguiente:

"Art. 12.—Cada Junta nombrará su Personero Judicial, y el nombramiento constituirá mandato para comparecer en juicio".

Para actos extrajudiciales, la representación corresponde a la Junta o al Director, según los casos. Y la doctrina de la Corte, que niega a los Procuradores Municipales la facultad de absolver o desistir, sin autorización especial del Concejo, debe aplicarse, por idénticas razones, a los Personeros de Beneficencia.

Lo propio debemos decir de los **Agentes Fiscales, Procuradores de Instrucción Pública, etc.** cuyas atribuciones, puntualizadas por las respectivas leyes, no son más amplias que las de los Procuradores Municipales, en cuanto a los puntos de que tratamos.

RESUMEN

Generalizando la doctrina adoptada en los diversos casos que hemos estudiado, y consagrada por la jurisprudencia, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1^o—Los funcionarios a quienes, por razón de su cargo, corresponde la representación judicial de ciertas instituciones públicas, no pueden ejercer las facultades del Art. 56, sin autorización especial de las respectivas Juntas o autoridades de que dependan;

2^o—Para transigir, comprometer o desistir, cabe que se otorgue esa autorización; mas la facultad de absolver o deferir nadie la pedirá ni concederá; resultando de allí que la parte contraria carece de un importante medio de defensa, la confesión, y se establece una desigualdad entre las dos partes litigantes;

3^o—La regla del Art. 281, que confiere la calidad de prueba plena a la confesión de los representantes legales, reconociendo así tácitamente la capacidad de éstos para confesar a nombre de sus representados, resulta aplicable sólo a los padres, maridos y demás representantes de carácter privado; siendo así que los términos de esa disposición legal son generales.

Los representantes legales pueden otorgar poder o ratificación?

Debemos hacer también análogas distinciones:

Los padres, maridos y guardadores, representantes de personas naturales incapaces, lo pueden indudablemente, como pueden celebrar cualesquiera otros contratos a nombre de sus representados, excepto aquellos que la ley les prohíbe o respecto de los cuales les impone ciertas restricciones.

Los gerentes, síndicos, administradores, etc. de instituciones o personas jurídicas de derecho privado, deben regirse por lo que, de un modo expreso o tácito, establezcan sus respectivos estatutos; y si de éstos nada puede deducirse, deben atenerse a lo que las leyes generales disponen sobre la delegación o sustitución del mandato.

Cuanto a los representantes legales de derecho público (agentes fiscales, procuradores municipales, personas de beneficencia, etc.) deberá estarse a los términos del nombramiento y a la ley que haya instituido esos cargos; y si nada se dijere al respecto ni se lo pudiere deducir razonablemente, habría, para la solución negativa, las siguientes consideraciones:

1^a—La representación judicial es, en estos casos, una función pública, inherente al cargo respectivo; y las funciones públicas son, por su naturaleza, indelegables e intransmisibles;

2^a—A los funcionarios públicos no pueden aplicarse de ningún modo la regla octava del Código Civil, que, a propósito de los individuos particulares en la vida civil, dice que a nadie puede impedirse el acto que no está prohibido por la ley. Por el contrario, ellos no pueden hacer, como tales funcionarios, sino aquello que les está mandado o permitido expresamente por la ley o que se deduce inequívocamente de la naturaleza de sus funciones;

3^a—Para el ejercicio de los cargos públicos se toma en cuenta, de manera muy especial, la aptitud personal del individuo a quien se le confiere el cargo;

4^a—Con respecto a los procuradores municipales hay, además, la regla del Art. 46 N^o 2^o de la respectiva ley, que manda al Presidente del Concejo suscribir, juntos con el procurador, los contratos en que sea parte el Municipio.

No obstante estas consideraciones, la Corte Suprema, confirmando el fallo de la Corte Superior de Quito, que revocó la resolución de primera instancia, declaró que se podía gestionar a nombre del Procurador Síndico, y legitimar la personería con la ratificación de éste, como lo veremos en jurisp. caso 46.

Art. 67

296.—No debe contarse con el mandante, aunque comparezca personalmente.— Citación para la confesión del mandante.— Revocación tácita.— Dos artículos suprimidos por inconvenientes.

Nos referimos, en cuanto a todos estos puntos, a la prop. 277, recomendando la observación que hicimos de que puede bastar la revocación tácita, hecha con arreglo al Art. 2.151 del Código Civil, esto es, por el hecho de encargar el mismo asunto a otra persona.

Véase también JURISP. caso 59.

Si se pide confesión al mandante, la citación se hará al mismo procurador, conforme a este artículo, para que se la comunique al mandante. Si éste está ausente, el procurador debe expresarlo, indicando el lugar, para que se cumpla la segunda parte del Art. 46 (1).

Antes de este artículo tenía el Código otros dos, que fueron suprimidos en 1904. El primero permitía a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, socios, condóminos, etc. litigar sin poder, reservándose para presentarlo al tiempo de sentencia. El segundo aplicaba la sanción de declararles falsos procuradores y hacerles responsables de las costas y perjuicios, si no legitimaban la personería. Los abusos a que esas reglas daban lugar, hizo indispensables su derogación y la mayor severidad que se le dió al 51, como ya lo observamos.

(1) El Código Chileno dice:

Art. 387.—El procurador es obligado a hacer comparecer a su mandante para absolver posiciones en el término razonable que el Tribunal designe y bajo el apercibimiento indicado en el Art. 384.

La comparecencia se verificará ante el tribunal de la causa si la parte se encuentra en el lugar del juicio; en el caso contrario, ante el juez competente del departamento en que resida o ante el respectivo agente diplomático o consular chileno, si hubiere salido del territorio de la República.

Art. 68

297.—Para los motivos de excusa o recusación, no se toma en cuenta al mandatario.— Mala redacción del Art. 68.— Su razón e historia.

Este artículo, que no existía en el Código originario, fue agregado en 1890, para evitar el que, buscando un apoderado que sea pariente, amigo, enemigo, acreedor, etc. del juez; se le obligue a éste a excusarse o se le ponga en el caso de poder ser recusado: arbitrio muy obvio y que, generalizado en la práctica, se convirtió en una gran rémora o estorbo para la administración de justicia.

La reforma fue, por este aspecto, utilísima; mas se la redactó con una latitud exagerada, que conduce a conclusiones inconvenientes, en las cuales jamás pensó el legislador. Tomado a la letra el artículo, síguese que el apoderado no puede ejercitar el derecho de recusar libremente asesores, peritos, etc. ni promover juicio de recusación por alguna causa legal, aunque esté expresamente autorizado para ello por el mandante. Lo cual ni el legislador se propuso, ni había razón alguna para establecerlo.

Tan anómala es esta conclusión, que en la práctica nadie la ha tomado en cuenta; y los apoderados siguen ejercitando cuotidianamente esos derechos, a nombre de sus mandantes.

En el artículo que hoy lleva el número 948, se consignó ya en el año 1880, la propia regla, con la misma amplitud y generalidad.

JURISPRUDENCIA

(Fallos relacionados con la sección de los procuradores)

CASO 23

¿El procurador puede aceptar parcialmente el poder?—
¿Puede ser obligado a intervenir, si expresa que renuncia el poder o no quiere ejercerlo?

En el juicio de José Cordero Machuca contra Manuela Saona, por reivindicación, se resuelve:

1º—Que bien puede el mandatario a quien se confiere poder general, aceptarlo para uno o más litigios y rehusarlo para otros; 2º—Que, por consiguiente, citado con una demanda propuesta contra su mandante, no debe ser declarado rebelde por falta de contestación, si manifiesta que no acepta el mandato para ese juicio.

El texto de la sentencia es el siguiente:

Quito, Diciembre 10 de 1891, a la una.—Vistos: El mandatario a quien se confiere poder general, puede aceptarlo para uno o más pleitos y rehusarlo para otros; pues las relaciones de derecho que el mandato constituye entre el mandante y el procurador, nada tienen que ver respecto de terceros que no han intervenido en el contrato. Supuesto lo dicho, se considera: que la demanda de fojas 14, propuesta por el doctor José Cordero Machuca contra Manuela Saona, fue notificada al apoderado de ésta, Juan M. Hatch, y solicitado que se le declare rebelde por no haber comparecido oportunamente, el procurador manifestó que no aceptaba el mandato para el presente juicio, porque carecía aún de las instrucciones necesarias de su mandante; que, en tal evento, fue ilegal la declaratoria en rebeldía; y, por consiguiente, se han omitido las solemnidades sustanciales del juicio ordinario en primera instancia; pues, aun cuando, conforme al N° 1º del Art. 607 del Código de enjuiciamientos en materia civil, (1) basta que se notifique la demanda al procurador, para

(1) Art. 423 de la edición actual (solemnidades sustanciales de los juicios ordinarios en primera instancia). La diferencia tan notable del número proviene de que, a la fecha del fallo, formaba todavía parte del Código la Ley Orgánica del Poder Judicial.

que esta solemnidad se tenga por cumplida, tal prescripción presupone que dicho procurador ha aceptado el mandato. En esta virtud, se declara nulo lo obrado, y se repone el proceso al estado de fojas 29, a costa del asesor del juez de primera instancia y del conjuer de segunda, respectivamente. Devuélvanse. — Castro.—Nieta.—Espinosa.—Portilla. — Albán Mestanza.

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 19, pág. 152).

Esta doctrina, que desde antes ha aplicado el Tribunal (véase caso 58), está perfectamente conforme con la que expusimos en la parte doctrinal, al estudiar las proposiciones 258, 267 y 268.

CASO 24

La misma cuestión, en relación con el último inciso del Art. 514.

En el juicio seguido por los señores Fould & Cía. contra los herederos de don Jacinto I. Caamaño, por dinero, se resuelve:

1°—Que desde que la ley permite la citación del auto de pago al procurador del ejecutado, es indudable que, verificada, produce todos los efectos legales; 2°—Que, por consiguiente, sin prueba, bien acerca de la inexistencia del poder, bien sobre no haber sido éste aceptado, es inadmisibles toda alegación tendiente a impedir el curso legal del juicio ejecutivo, con la intervención del procurador o procuradores citados del auto de pago.

El fallo del Tribunal Supremo, que contiene estas afirmaciones, se refiere a lo resuelto en las anteriores instancias; por lo cual, creemos necesario transcribir todos tres fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Febrero 10 de 1916, las dos p. m.—Vistos: A fojas 28 y 29 el doctor Arcesio Manrique, en su carácter de mandatario sustituto de los señores Fould & Cía., de París, demandó ejecutivamente a los señores C. Stagg y Dolores Caamaño viuda de Jijón Larrea, socios solidarios de la sociedad Herederos de J. I. Caamaño, el pago de la cantidad

de cuarenta y seis mil seiscientos setenta y nueve francos, con más los intereses al seis por ciento anual desde el 31 de Diciembre de 1911 y las costas procesales, como resultante de un crédito contraído por el señor Ernesto Stagg, garantizado por la expresada sociedad demandada. Expedido el auto de pago y citados con él los señores doctor Darío R. Astudillo y J. Enrique Stagg como mandatarios de los ejecutados, a fojas 31 el segundo propuso su excepción en los siguientes términos: "no he sido constituido procurador judicial sino simplemente mandatario del señor Leonardo Stagg para que lo represente en ciertos actos y contratos puramente comerciales En consecuencia sírvase Ud. declarar que carezco de personería para intervenir en la ejecución antedicha". A fojas 32 dedujo el doctor Astudillo la siguiente: "No tengo facultades ni instrucciones de ningún género para contestar como personero de la señora Dolores Caamaño viuda de Jijón Larrea, la demanda ejecutiva propuesta por el señor doctor Arcesio Manrique". Recibidas las excepciones a prueba, practicadas las que las partes tuvieron por conveniente solicitar y citadas estas para sentencia, en definitiva se considera: 1º Que la sentencia sólo debe resolver los puntos en discusión, y éstos, según las ejecutorias de la Corte Superior y Suprema de Justicia consisten en las excepciones propuestas a fojas 31 y 32; 2º Que en las citadas excepciones los señores Stagg y Astudillo no manifiestan, ni siquiera remotamente, la voluntad de no aceptar el poder de sus mandantes, a fin de no intervenir en el juicio, negando el primero, su calidad de mandatario y asegurando serlo tan sólo respecto a ciertos actos y contratos mercantiles; y el segundo, afirmando que no tenía facultad para contestar la demanda; 3º Que dentro del término perentorio para proponer excepciones que comenzó a correr el 11 de Agosto de 1913 y que concluyó el 14 del mismo mes, no se dedujeron otras que las ya enunciadas, siendo a fojas 57 y 58, y después que se recibió la causa a prueba, cuando los mandatarios señores Stagg y Astudillo manifestaron su deseo de no intervenir en la contienda; y 4º Que de la escritura de mandato de fojas 33 a 43 conferida por el señor Leonardo Carlos Stagg a favor del señor José Enrique Stagg Obarrio, reproducida por el actor en parte de prueba, consta y se ha justificado que el señor Stagg Obarrio es mandatario de aquél en todos los asuntos judiciales que tuviere (fojas 34 vuelta) y que consta, asimismo, de la escritura de mandato de fojas 44 a 54 que el señor doctor Astudillo es representante legal de la señora Dolores Caamaño viuda de Jijón Larrea en todos los asuntos judiciales pendientes y que después se suscitaren y que se refieran a los bienes y negocios de la mentada sucesión (del señor J. I. Caamaño) y de la sociedad Herederos de J. I. Caamaño (fojas 45). Por los anteriores fundamentos, este Juzgado segundo Municipal administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara sin lugar las excepciones propuestas y en consecuencia, ordena que los demandados cumplan inmediatamente con la obligación demandada o que, caso de no hacerlo, se les embarguen bienes equivalentes al capital, intereses y costas y se proceda al depósito, avalúo, pregones y remate. Con costas. Habilítese este folio al sello correspondiente.—Alberto Guerrero M.

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, 21 de Abril de 1917, las cuatro de la tarde.—Visitas: Demandada ejecutivamente para el pago de cuarenta y seis mil seiscientos setenta y nueve francos la compañía mercantil Herederos de J. L. Caamaño, y por ella los socios solidarios Leonardo C. Stagg y Dolores Caamaño viuda de Jijón, comparecieron a fojas 31 y 32 J. E. Stagg y el doctor Darío R. Astudillo, a quien se había notificado el auto de pago a petición del actor, y dedujeron respectivamente, las siguientes excepciones: J. E. Stagg la de no haber sido constituido procurador judicial de don Leonardo C. Stagg, sino simplemente mandatario de éste para representarlo en ciertos actos y contratos comerciales, careciendo por consiguiente, de personería para intervenir en la ejecución; y el doctor Darío R. Astudillo la de que carece de facultad e instrucciones para contestar como personero de la señora Dolores Caamaño de Jijón, la demanda materia de estos autos, y que, por consiguiente, ha sido llamado indebidamente a juicio. Posteriormente, y cuando ya se habían recibido a prueba las excepciones, manifestaron ambos, en la solicitud de fojas 62, "que no querían ni podían intervenir en el juicio por falta de facultades para contestar demandas nuevas, y porque, aunque las tuviesen, no es de su voluntad usar de ellas"; y, por último, en el escrito que obra de fojas 136 a 139, alegan que no está debidamente comprobada la obligación materia de la demanda, ya porque el título no presta mérito ejecutivo, ya porque los gerentes de la sociedad demandada no pudieron obligarla como fiadora, y que, por lo mismo, en el caso de no admitirse las excepciones dilatorias, se les absuelva de la demanda. Mas, como, con arreglo a lo prescrito en el Art. 371 del Código de enjuiciamientos civiles, en la sentencia no se puede resolver otros puntos que no sean los controvertidos, nada se puede fallar respecto de lo alegado en las precitadas solicitudes de fojas 62 y 135, porque los puntos que, mediante esas solicitudes, se trata de introducir en la discusión, no fueron propuestos como excepciones, y la circunstancia de que el título no presta mérito ejecutivo, ni aun se alegó oportunamente como causa de nulidad del proceso. En esta consecuencia tiénese, pues, de fallar sólo sobre las excepciones propuestas, y para ello se considera: 1º Que por el tenor literal de la excepción alegada por J. E. Stagg, se comprende con toda claridad que ella es la falta de personería, por carecer de poder para representar en juicio al ejecutado Leonardo C. Stagg, la excepción antes expuesta es inadmisibles; 2º Que la excepción del doctor Darío R. Astudillo, consistente en afirmar que carece de facultades e instrucciones para representar en este juicio a su mandante la señora Dolores Caamaño viuda de Jijón, 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 de poder; y como en el que obra de fojas 44 a 54 aparece que el prenombrado doctor Astudillo, tiene poder suficiente para representar a su mandante en "todos los asuntos judiciales pendientes y en los que después se suscitaren", es también inadmisibles la excepción en la parte estudiada. Respecto a la parte de la

excepción en que afirma que carece de instrucciones, hay que tenerse en cuenta que, quien acepta un cargo del que, como del de mandatario se originan relaciones jurídicas, no sólo entre los contratantes sino también para con terceros, obligado está a proveerse de las instrucciones necesarias para desempeñar su cargo, y si no se las ha procurado, su falta o descuido no puede oponerlo a terceros para enervar o destruir los derechos de estos; es por consiguiente igualmente inadmisibles en esa parte la excepción; y 3º Que, dado el tenor literal de las excepciones alegadas, tanto por J. E. Stagg como por el doctor Darío R. Astudillo, sin tercer el sentido natural y obvio de las palabras no se puede sostener que tales excepciones contengan una negativa de ejercer el poder, manifestada por los procuradores antes nombrados. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la sentencia apelada. Devuélvanse.—*Alcibiades Cisneros G.—Juan J. Castro.—Vicente Paz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Septiembre 27 de 1917, a las dos de la tarde.—Vistos: 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 inadmisibles toda alegación tendiente a impedir el curso legal del juicio ejecutivo, con la intervención del procurador o procuradores citados del auto de pago. Por esto y lo manifestado en los fundamentos de la sentencia recurrida, se ve, con toda claridad, que el juicio se ha sustanciado de un modo legal, teniendo por parte a Enrique Stagg O. y al doctor Darío R. Astudillo, apoderados respectivamente, de Leonardo Stagg y Dolores Caamaño viuda de Jijón. Y para pronunciar esta sentencia se considera: 1º Que en juicio ejecutivo se controvierten la acción y las excepciones; 2º Que el Juez, para admitir la acción, debe averiguar necesariamente, si en la obligación concurren los requisitos exigidos por el Art. 501, inciso 1º del Código de procedimientos; 3º Que ese deber del Juez no desaparece por el hecho de haberse pronunciado auto de pago, ni por el de no haberse alegado oportunamente, la nulidad fundada en la insuficiencia del título con que se ha propuesto la demanda; 4º Que la falta de alegación de nulidad por inobservancia de la primera de las solemnidades señaladas en el Art. 417 del propio Código, si bien impide el que los Jueces y Tribunales cumplan de oficio el proceso, no por eso, al pronunciar sentencia, pueden exponer el inmediato cumplimiento de una obligación respecto de la cual la ley deniega la acción ejecutiva; 5º Que la obligación materia de la demanda de fojas 28, 29, no es clara: a) porque, ante la prohibición contenida en la cláusula undécima del contrato social de fojas 91, a falta de otra prueba, para que los demandados hubiesen podido ser ejecutados, ha debido preceder sentencia pronunciada, en juicio ordinario, en orden a sí, con todo de la prohibición de la citada cláusula, la garantía de los documentos de fojas 6 y 7, pudo o no obligar a la sociedad y a los socios, en los términos de los Arts. 269 del Código de Co-

mercio y 2066 del Civil; y b) porque, ni aun supuesta la existencia de la prueba o de la sentencia expresadas, la liquidación de la foja 1.^a no da a conocer que lo adeudado por Ernesto Stagg, procede, precisamente, de operaciones comerciales de las determinadas en la sobredichada garantía; y 6.^o Que la falta de claridad de la obligación cuyo cumplimiento se exige, pone en duda la existencia de la obligación; y en tal caso, el Juez no puede ordenar se la cumpla, sin infringir lo prescrito en el Art. 501 del Código de enjuiciamientos. Por lo expuesto y lo de no ser anulable el proceso, por la falta de alegación acerca de no prestar mérito ejecutivo los documentos con que se ha aparejado la ejecución, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, revocada la sentencia venida en grado, se deniega, sin costas, la acción ejecutiva instaurada a fojas 28, 29. Legalizado este papel devuélvanse. A. Cárdenas. — Leopoldo Pino. — Modesto A. Peñaherrera. — B. Albán Mestanza. — José J. Estupiñán.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N^o 183, pág. 2703).

Creemos que la frase "sin prueba de la inexistencia del poder", empleada por el Tribunal Supremo, debe entenderse "sin prueba de la insubsistencia o de la extinción del poder" pues a nadie puede exigírsele prueba de la simple negación de la existencia de un poder; pero el que alega la insubsistencia o extinción sí debe comprobar el hecho positivo que la haya producido; así como el que alega la existencia debe comprobar también este hecho afirmativo.

Cuanto a la referencia tácita, hecha en el encabezamiento del fallo, al Art. 514 del Código de Enj., que ordena notificar al apoderado el auto de pago, nos referimos a lo expuesto sobre la proposición 268.

Por lo demás, este fallo supremo no entraña un manifiesto cambio de la doctrina jurídica expresamente reconocida y consignada en el anterior y en el que después veremos en el caso 58; y nosotros, conformes con dicha doctrina y de acuerdo con lo que dijimos al estudiar la naturaleza del mandato y las obligaciones que impone al mandatario, en las proposiciones 258, 267 y 268, podemos sintetizar nuestras ideas en las siguientes observaciones:

1.^a—El mandato se perfecciona por la aceptación del mandatario;

2.^a—La aceptación puede ser total o parcial, esto es, para un litigio y no para otro, y aun sólo para una parte del litigio, v. gr. para la primera o segunda instancia, etc.;

3ª—Aceptado el poder, puede el mandatario renunciarlo, total o parcialmente, y puede también retractarse, con sujeción a los Arts. 2111 y 2154 del Código Civil y 63 del de Euj.;

4ª—Versa este contrato únicamente entre el mandante y el mandatario; y por lo mismo, sólo aquél puede exigir a éste el cumplimiento de las respectivas obligaciones; pero no confiere derechos ni impone deberes a terceros;

5ª—En consecuencia, la parte contraria al mandante no tiene derecho de obligar al mandatario a aceptar el mandato ni a ejercerlo en determinado juicio;

6ª—Por lo mismo, si el mandatario declara no aceptar el mandato para tal juicio o no tener voluntad de ejercerlo, debe contarse directamente con el mandante; y si éste está ausente y aun no ha comparecido ni ha sido citado, debe librarse la correspondiente comisión o deprecatorio;

7ª—Esto puede ser incómodo y costoso para la parte contraria; pero es preciso fijar la atención en que el mandato se otorga, no para dar facilidades o economías a la parte contraria, sino para beneficio y comodidad del mandante;

8ª—Si el mandatario comparece, se hace parte en la causa, y no puede separarse por renuncia, sino conforme al Art. 63. Sólo en este sentido está vinculado en favor de la parte contraria.

CASO 25

Contraposición de intereses que impide al mandatario figurar como tal.

En el juicio de la familia Barrezueta contra la familia Madero se resuelve:

1º—Que, a proponer el procurador del ejecutado tercería excluyente a su propio nombre, no puede seguir representando a aquél, so pena de nulidad del juicio; y

2º—Que, el consentimiento de las partes no basta a subsanar tal motivo de nulidad, ya que, por referirse a la legitimidad de personería, es inalienable.

El texto del fallo es el siguiente:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Mayo 16 de 1892, a la una p. m.—Vistos: Desde que José Merced Madero propuso la tercería excluyente de dominio, fojas 272, no pudo seguir representando a la deudora Ascención Díaz; pues lo contrario sería establecer la doctrina de que el demandante puede ser procurador del demandado, lo cual es inaceptable, por haber manifiesta oposición entre el interés del tercero y el cumplimiento de las obligaciones del procurador judicial del ejecutado en el propio juicio. Dedúcese de aquí, que la Díaz no ha intervenido en el juicio de tercería, puesto que no pudo ser representada por Madero, y que, en consecuencia, el proceso es nulo. Y la nulidad es tanto más evidente cuanto, sin embargo de que el mismo Madero indicó a fojas 277, que había oposición entre sus intereses y los de la ejecutada, se dictó, sin oírlo, el auto de fojas 289, en el cual, no sólo se decidió que el tercero podía representarla, sino también se le declaró rebelde, y tampoco se le citó con dicho auto. No causó éste ejecutoria, a pesar de no haber apelado las partes, porque, no siendo susceptible de allanamiento la falta de personería legítima, que influye siempre en la decisión de la causa, el consentimiento de ellas no puede subsanar esa falta, a lo que se agrega que la Díaz no intervino en la discusión del incidente, ya que ni siquiera fué citada en él ni después. Por tanto, se declara nulo el proceso, y se lo repone al estado de fojas 272, a costa del asesor que aconsejó al Alcalde Municipal y de los Ministros que han dictado la sentencia que ha venido en grado. Devuélvanse.—Portilla.—Salazar.—Castro.—Espinosa.—Enriquez.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N^o 26, pág. 204)

Ni en la Sección primera de este Título, que, al hablar del actor y el demandado, trata de la capacidad de comparecer en juicio; ni en la Sección segunda, que versa sobre los procuradores, ni en parte alguna ha consignado, de modo general, nuestro legislador, como lo expusimos al tratar de la proposición 254, el principio que una persona no puede representar a otra cuando entre las dos hay contraposición de intereses; mas ese principio, perfectamente conforme con la doctrina científica y con el sistema general de nuestra legislación, y aplicado de modo especial por el Código Civil en el Art. 402, en el 2131, 2132, etc. y por el de Enj. en el 23 de las Reformas de 1921, es un verdadero axioma jurídico, y no puede menos que ser reconocido y aplicado en la práctica, so pena de llegar a las más absurdas consecuencias.

CASO 26

La firma a ruego no es poder.

En el juicio seguido por el doctor Augusto Bueno contra Patricio Molina, por daños y perjuicios, se declara: **Que el encargo que una de las partes confiere a otra persona para que firme un escrito, no le constituye procurador; por lo cual, la intervención de esa persona, en el juicio, termina con la realización de ese hecho.**

El texto de la resolución es el siguiente:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Febrero 2 de 1907, la una de la tarde.—Vistos: En todo el curso del presente juicio, no se ha ordenado que se cuente con los señores doctor A. Granda G. y Daniel Guerrero, ni han pedido éstos que se les considere como partes; por consiguiente, la falta de citación a dichos señores con el auto que recibe la causa a prueba, no puede invalidar las diligencias probatorias que se han practicado; en esta virtud, se desecha la indicada petición. De conformidad con las disposiciones de la ley, múltase al señor Escribano a razón de dos suces diarios, por retardo en las citaciones a los señores cuya personería se mandó legitimar en el acto de prueba. En lo sucesivo continúese contando con el mismo Patricio Molina, ya que la persona que éste indica como su mandatario, no se ha presentado en juicio como tal. Declárase que el término de prueba quedó suspenso desde la fecha en que se presentó la solicitud de fojas 46 y que continuará corriendo desde la última citación, con esta providencia.—Guerra P.—Luna.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Enero 20 de 1908, las cuatro p. m.—Vistos: La contestación a la demanda de fojas 17, suscrita por Daniel Guerrero bajo esta sola expresión: "Por encargo de Patricio Molina", manifiesta que dicho Guerrero se presentó como mandatario de Molina, puesto que no expresó, como lo han hecho el doctor A. Granda G. y Julio A. Carrillo, que firmaba, por ruego o encargo por no poder escribir el prenombrado Molina. En tal caso el Art. 66 del Código de Enjuiciamientos civiles, la notificación del auto de prueba, fojas 18, para que éste surtiera sus efectos, debió hacerse al mandatario Guerrero, y no a su mandante. No habiéndose, pues, hecho tal notificación, el término de prueba no ha principiado a correr todavía. Por tanto, se revoca la primera parte del auto de 2 de Febrero de 1907 venida en grado. Sin costas. Devuélvanse.—Villacreses.—Román.—Uquillas.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 8 de 1908, a las cuatro de la tarde.—Vistos: El encargo que Daniel Guerrero recibió de Patricio Molina, según aparece del tenor claro del escrito de fojas 17, fué únicamente el de firmar ese escrito; y por lo mismo, la intervención de Guerrero en el juicio terminó con la realización de ese propio hecho. En consecuencia, se revoca el auto que ha venido en grado, expedido por la Primera Sala de la Corte Superior de Quito, y se confirma, sin costas, el de primera instancia. Devuélvase.—Villagómez.—Montalvo.—Cárdenas.—Albán Mestanza.—Díaz.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N^o 42, pág. 335).

Este caso es una muestra de los embrollos a que diariamente da lugar el abuso de la firma a ruego, de que hablamos en la prop. 264.

Cabe que una persona presente, a nombre de otra, una solicitud, como mandatario, pero limitando a eso sólo su gestión, y sin el propósito de seguir interviniendo en la causa. En este caso las notificaciones posteriores deben hacerse al mismo mandante; y con mayor razón debe procederse así, cuando, como parece en el caso actual, el encargo se da sólo para que alguna persona firme en lugar del interesado, por impedimento real o ficticio de éste.

CASO 27

Procuración ejercida a nombre de un difunto— Si se ha propuesto demanda y seguido juicio a nombre de una persona que, al comenzar esas gestiones, había fallecido ya, pueden los herederos ratificar lo hecho y evitar la nulidad del proceso?

En el juicio seguido entre Manuel Espíritu Loachamín y Victoria Junia, Antonio Guamán y otros, por partición de los bienes dejados por Andrea Junia, se resuelve:

1^o—Que la ratificación de los herederos, si bien surte efectos legales en las causas en que ha sido parte el instituyente, no puede legitimar la personería de quien hubiere deducido la demanda a nombre de persona falle-

cida; 2º—Que en la procuración judicial, de cualquier clase que sea, hay un contrato de mandato; 3º—Que ese contrato no puede originarse respecto de una persona difunta, en juicio iniciado con posterioridad al hecho de su muerte; y 4º—Que ni el poder caducado ni la ratificación ofrecida contra la ley pueden surtir efectos legales.

El texto de la resolución es el siguiente:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 18 de 1913, a las tres de la tarde.—Vistos: La ratificación de los herederos, si bien surte efectos legales en las causas en que ha sido parte el instituyente, no puede legitimar la personería de quien hubiese deducido demanda a nombre de persona ya fallecida. En la procuración judicial, de cualquier clase que sea, hay un contrato de mandato, el cual no sólo no puede originarse respecto de una persona difunta, sino que es hasta inconcebible el que se la puede representar, en virtud de mandato, en juicio iniciado con posterioridad al hecho de su muerte. Por esto, los Arts. 51 y 57 del Código de Enjuiciamientos imponen a los procuradores la obligación de presentar poder en el juicio en que comparecen como tales, es decir, poder que no hubiese caducado conforme al Código Civil, o, por lo menos, poder comprendido en los dos únicos casos de excepción del Art. 60 del primero de dichos códigos. La ratificación, o sea el medio de legitimar más fácilmente la personería de un procurador, no puede alterar de ninguna manera las leyes y los principios que regulan el mandato; y, por lo mismo, así como el poder caduco no puede surtir efecto alguno legal, la ratificación ofrecida contra ley, tampoco puede surtir efecto, por mucho que ella proceda de parte de quien tenga interés en el juicio, como heredero de la persona a cuyo nombre se lo inició después de su fallecimiento. Ratificar es aprobar o confirmar lo hecho, dándolo por valedero y cierto, y lo hecho a nombre de Rosa Junia Loachamín, muerta años antes de propuesta la demanda de fojas 10-11, no puede aceptarse como valedero y cierto, toda vez que ello importaría reconocer, como legal, la inconcebible comparecencia en juicio de personas que ya no existen. Así, no tratándose de resolver nada en orden a los derechos que pudieran haber correspondido a Rosa Junia Loachamín, ni acerca de los que, por ésta, toquen a sus herederos; limitada la jurisdicción de la Corte a solo el punto concerniente a la personería de Manuel Espíritu Loachamín, resulta legal el auto recurrido. En consecuencia se lo confirma con costas.—Devuélvanse.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Pino.—Vásquez.

Dos de los magistrados, los doctores Manuel B. Cueva y Francisco Andrade Marín, salvaron el voto en los términos siguientes:

VOTO SALVADO

Quito, Abril 18 de 1913, a las dos y cuarto de la tarde.—Vistos: Manuel Espiritu Loachamín propuso demanda de partición a su propio nombre y al de Rafael Lincango, Rosa Junia Loachamín y otros, afirmando que, por sucesión hereditaria, eran todos condueños de los predios a que se refiere la propia demanda. Posteriormente, con motivo de haber ordenado que Manuel Espiritu Loachamín presentara la ratificación de sus gestiones, se ha comprobado que Rosa Junia no existía cuando se pidió la partición, sino sus herederos; es decir, que en la demanda se cometió el error de mencionar a la difunta, como partícipe, en lugar de las personas que le representaban por derecho hereditario. Dados estos antecedentes para resolver sobre la personería materia del recurso de tercera instancia, se considera: 1º En general, para que la ratificación de una demanda propuesta a nombre de otro surta efectos legales, lo esencial es que ella emane de la persona cuyos derechos se han puesto en tela de juicio; pues toda ratificación se refiere esencialmente a la materia controvertida, y de este modo el ratificante hace suyo el pleito, por tratarse no de derechos ajenos sino de sus intereses propios; 2º La ratificación que exige la ley para la legitimación de personería es siempre un hecho posible, por más que ella dependa de la voluntad del ratificante, y de ninguna manera un hecho imposible, como lo sería la ratificación de un difunto; ni es concebible que el legislador haya establecido las penas de multa y costas para quien no realiza el imposible de presentar la ratificación de un muerto, sin embargo de existir los herederos que lo representan legalmente en todo lo que se refiere a sus bienes, derechos y obligaciones; 3º El derecho de Rosa Junia Loachamín como partícipe en los bienes partibles, se transmitió, por muerte de ella, a sus herederos; y este derecho, así transmitido, existía al tiempo de la demanda y lo tienen hasta ahora dichos herederos, representando a la difunta; y como tales son coopartícipes y partes legítimas en el presente juicio; 4º El ejercicio de tal derecho (el de los sucesores de Rosa) se halla comprendido en la demanda propuesta por Manuel Espiritu Loachamín, aun cuando se haya incurrido en el error de suponer viva a la difunta, por la sencilla razón de que entonces ese derecho, por el ministerio de la ley, pertenecía, no ya a quien había dejado de existir, sino a sus herederos; 5º En consecuencia, los llamados a ratificar, en esta parte, las gestiones de Espiritu Loachamín, son los susodichos herederos, por tratarse en la demanda de derechos propios de ellos que les fueron transmitidos desde antes por el ministerio de la ley; 6º Esta ratificación consta a fojas 41, y debe surtir los efectos legales, por no haberse impugnado a los ratificantes el carácter de herederos de la difunta Rosa Junia Loachamín, ni haberse justificado nada en este sentido durante el término de prueba que se concedió a la vuelta de la misma foja; 7º En la hipótesis de no estimarse aceptable la ratificación de los sucesores de Rosa, sino solo la de ésta, tampoco sería lógico ni legal deducir de la falta de una ratificación imposible la falsa personería de quien propuso la demanda, sino, cuando más, la improcedencia de ésta, puesto que la ley no reconoce obligaciones que tengan por objeto hechos físicamente imposibles, y

antes bien las declara de ningún valor ni efecto; 8º Debe además, tenerse en cuenta que en el caso actual no se trata de ningún mandatario de Rosa Junia, desde que los muertos no pueden constituir apoderados, sino simplemente de un gestor que, sin mandato, reclamó en juicio derechos que entonces correspondían, no ya a la difunta, sino a sus herederos, aunque sin mencionarlos, contrayendo así la obligación físicamente posible de legitimar su personería con la ratificación de éstos, como únicos dueños de los derechos reclamados; 9º En el presente juicio, en que se trata de una acción real, persecutoria de la cosa, lo esencial y lo absolutamente necesario es que en él intervengan todos cuantos tienen o pretenden tener derecho al objeto partible; y como entre estos interesados aparecen los herederos de Rosa Junia, es evidente que ellos tienen que tomar parte en el juicio, sin contar para nada con quien dejó de existir mucho antes de la demanda de partición: Por tanto se revoca el auto expedido en fojas 73 por la segunda sala de la Corte Superior de Quito.—*Manuel B. Cueva.*—*Francisco Andrade Marin.*—*Cárdenas.*—*Pino.*—*Vásconez.*

("Gaceta Judicial", Sección Tercera, Nº 3, pág. 1245).

Tanto el fallo como el voto salvado se apoyan en sólidas razones; mas en nuestro concepto, el primero, el fallo, aunque talvez más rigurosamente ajustado a los principios, conduce en este caso a un formalismo estéril, que, en obsequio de la equidad y de las facilidades para la administración de justicia, pudiera y debiera evitarse.

El individuo a cuyo nombre se demandó había muerto, es decir, no existía físicamente; pero su personalidad jurídica, sus derechos civiles, subsistían en los herederos; y así, no repugna que la ratificación de estos pueda valer jurídicamente tanto como de la misma persona a cuyo nombre se intentó la demanda.

Así lo dió a entender el mismo Tribunal, en un litigio anterior (Véase caso 51), y últimamente declaró ser aplicable a lo judicial la regla general del Art. 2160 del C. C. (Véase caso 61).

CASO 28

Si el actor obra a nombre propio y al de otros, y luego otra persona comparece a nombre del actor, se ha de entender que representa a todos.

En el juicio Bahamonde - Fiallo, por apeo y deslinde, se resuelve:

1º—Que si una persona entabla demanda, tanto por sus derechos propios, como por los de otras, y si, posteriormente, alguno se muestra parte en el juicio por el actor, es de entenderse de una manera obvia, que el petionario extiende su representación a todo aquello a que lo había hecho extensivo el demandante; y 2º—Que, en el caso precedente, a no establecerse distinciones, el efecto es el de que se toma tal representación en todas sus partes.

Por no ser el caso de mayor importancia, omitimos la copia del fallo, que dice casi literalmente lo mismo. Se trataba sólo de interpretar la intención de la persona que se mostró parte a nombre del actor, siendo así que este obraba por derecho propio y por el de otras personas.

Se lo puede consultar en la "Gaceta Judicial", Serie Tercera N° 39, pág. 1545.

CASO 29

Un endoso ilegal equivale a poder judicial legal?

En el juicio de Luis A. Guerra contra Francisco Suárez Cedeño y Alberto Narváez, se resuelve:

Que el endoso de un pagaré a la orden, sin la expresión de ser por valor recibido o en cuenta, no trasmite el crédito al endosatario, ni le confiere otras facultades que las de mandatario, en virtud de las cuales, si puede demandar el pago a nombre del endosante, no puede hacerlo o su propio nombre.

El fallo de primera instancia declaró que el pagaré no era mercantil, y por lo mismo, no estaba sometido a las formalidades del endoso. La Corte Superior confirmó ese fallo; mas la Suprema dijo:

Quito, Abril 15 de 1912, a las tres de la tarde.—Vistos: Es verdadero pagaré a la orden, por reunir los requisitos todos del art. 486 del Código de Comercio, el documento (foja 1º) que funda la ejecución; y el endoso al ejecutante Luis A. Guerra debió hacerse, por lo mismo, como lo manda los arts. 203 y 487 de ese Código esto es, con expresión, entre otras cosas, de si se hacía a la orden del endosatario y si por valor recibido o en

cuenta. Pero no se ha hecho constar ni lo uno ni lo otro, y el endoso así otorgado, no ha transmitido al endosatario la propiedad del pagaré ni le ha conferido otras facultades que las de mandatario (art. 418), en virtud de las cuales, si podía de mandar el pago a nombre del endosante, carecía de derecho para hacerlo en el propio, como lo ha hecho. En esta virtud, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revocada la sentencia de que se ha recurrido, expedida por la 2ª Sala de la Corte Superior de Quito. Se deniega la demanda. Sin costas. Devuélvanse. P. Villagómez.—Manuel Montalvo.—B. Albán Mestanza Manuel B. Cueva.—A. Cárdenas.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 132, Pág. 1055).

No nos satisface mucho esta resolución, por los motivos que expusimos en la prop. 263. El endoso sin los requisitos legales constituye mandato, es verdad; pero no todo mandato vale como poder judicial. El mandato extrajudicial puede otorgarse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente y aun por la mera aquiescencia del mandante; como dice el Código Civil; y otorgado en cualquiera de esas formas, el mandatario puede muy bien exigir privadamente el pago a nombre del acreedor.

Para esas gestiones puede el endoso irregular facultarle al endosatario. Mas el poder para pleitos, por disposición especial de la ley adjetiva debe otorgarse en escritura pública; y no encontramos razón alguna legal ni científica para sostener que un endoso ilegal supla la escritura pública, o que ésta sea innecesaria para reclamar a nombre del acreedor un crédito que ha sido endosado sin los requisitos legales.

El mismo fallo a que nos referimos en este caso se ha publicado por segunda vez en la Serie Tercera Nº 45 pág. 1596 (1).

(1) En un caso anterior, publicado en el Nº 136 de la Primera Serie de la "Gaceta Judicial", hizo también la Corte Suprema aplicación de la regla de que el endoso sin expresión de valor recibido o en cuenta era mero mandato; y en consecuencia declaró válido los pagos hechos al endosante con posterioridad al endoso. Por no haberse tratado entonces de la cuestión de personería, no consignamos aquí ese caso.

CASO 30

La misma cuestión jurídica, resuelta en un fallo muy anterior.

En el juicio ejecutivo de José María Cadena contra Mariano Hervas, se resuelve:

Que el endoso de un pagaré comercial a la orden, aunque no contenga la expresión de VALOR RECIBIDO, ENTENDIDO O EN CUENTA, legitima la personería del endosatario; ya que, según la ley, dicho endoso vale como poder, comisión o mandato suficiente para el cobro.

El juez de primera instancia pronunció sentencia de trance y remate, por falta de pago y excepciones, sin poner mientes en la cuestión del endoso.

Mas la Corte Superior dijo:

Quito, Marzo 13 de 1891, a las 11 y tres cuartos del día.—Vistos: Con arreglo al art. 476 del Código de Comercio, son aplicables a las librazas y pagarés a la orden las disposiciones relativas a las letras de cambio sobre el endoso, que es válido cuando reúne las formalidades puntualizadas en el art. 405 del referido Código. Esto supuesto, se observa: que los endosos del pagaré fojas primera no expresan si es por valor recibido o valor en cuenta, según previene el artículo últimamente citado; razón por la cual contienen, de acuerdo con el art. 407 del mismo Código, simple comisión de cobro y no traspaso de derecho.—José María Cadena carece, pues, de personería en este juicio, que no ha podido deducirlo ni como dueño, porque no se le ha transferido la propiedad del pagaré; ni como mandatario, porque no se ha presentado poder judicial de Francisco J. Icaza. En consecuencia, y por haberse contravenido a la segunda de las solemnidades que determina el art. 605 del de Enjuiciamiento civil, se anula la causa y se repone el proceso desde el auto de fojas cuatro vuelta, a costa del asesor que ha intervenido. Devuélvanse.—Estupión.—Batallas.—Paz.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 31 de 1891, a las doce.—Vistos: Aunque el endoso no contenga la expresión de Valor recibido, entendido o en cuenta, legitima la personería del sujeto a cuyo favor se hizo; porque la ley le considera como poder, comisión o mandato suficiente para el cobro. Por tanto, se absuelve al asesor del cargo que le impone la resolución de que ha recurrido; y se declara que la Corte Superior no ha debido con-

ceder el recurso interpuesto por José María Cadena atento lo dispuesto por el Art. 1118 del Código de Comercio. Devuélvanse.—Castro.—Salazar.—Niolo.—Espinosa.—Portilla.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 2 pág. 14).

Con perdón de las respetables firmas, debemos observar:

1°—Que, en este caso, como en el 29 que acabamos de examinar, se da al endoso irregular la fuerza de escritura pública, o se prescinde de la solemnidad prescrita por el Art. 53 para los poderes judiciales de mayor cuantía. Lo cual no nos parece conforme a ley ni a los principios, según lo hemos manifestado.

2°—Que se confunde la cuestión de personería con la relativa al derecho mismo. Legítima su personería un litigante, cuando, procediendo a nombre de otra persona, presenta los comprobantes de su representación; o cuando, procediendo a nombre propio, acredita su capacidad legal de parecer en juicio.

En el caso de este fallo, el actor procedió a nombre propio, y nadie le tachó de incapaz. Por consiguiente, no hubo cuestión de personería, sino una cuestión esencialmente sustantiva. Debía, sí, el actor acreditar su derecho; y si el endoso no había surtido el efecto de transmitirle el crédito, la sentencia debió rechazar la acción, por infundada, o mejor dicho, anular el proceso por falta de título ejecutivo.

CASO 31

Otro caso sobre la misma cuestión del endoso irregular—
Confesión del endosante.

En el juicio Klare - Lanata, se resuelve:

Que el traspaso de un pagaré por VALOR AL COBRO constituye un simple mandato; por lo que son válidas las absoluciones pedidas a la persona que hizo el traspaso.

Creemos necesario transcribir todos tres fallos, porque el último se refiere a los anteriores, y el primero contiene importantes conclusiones.

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Diciembre 23 de 1915, a las tres p. m.—Vistos: A fojas 11 el señor Adolfo A. Klare Jr. demandó a Enrique Lanata el cumplimiento de los pagarés constantes de fojas 5, 6, y 7, reconocidos judicialmente por éste en sus firmas y rúbricas y como socio gerente que fué de la Sociedad E. Lanata y Compañía, ya extinguida según consta de la escritura de disolución que para el efecto se presentó. A fojas 13 el ejecutado propuso la excepción de haberse extinguido la obligación de pagar. Recibida la causa a prueba, producidas las que las partes estimaron convenientes y citadas éstas para sentencia, en definitiva se considera: 1º Que siendo los términos probatorios, "para que dentro de ellos se presenten y practiquen las pruebas", según lo dispone el Art. 361 del Código de enjuiciamientos civiles, no se puede hacer mérito de las actuaciones solicitadas como prueba, por las partes, corrientes de fojas 57 a 67, por cuanto si bien se pidieron dentro del término, se practicaron después del 30 de Octubre, día en que expiraron los diez días fatales concedidos para la prueba; 2º Que la propiedad de los pagarés se transfieren por el endoso, según las reglas a que se sujeten las letras de cambio, endoso que debe contener todos los requisitos determinados en el Art. 416 del Código de Comercio; 3º Que no constando de los pagarés cuyo cumplimiento se ha demandado, que el endoso se haya practicado con la expresión de *valor recibido* o *valor en cuenta*, y si, solamente, *al cobro*, por A. H. Delius a favor de A. A. Klare Jr. este endoso equivale a simple mandato, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 418 del Código ya mencionado, no habiendo podido el actor, en consecuencia, demandar por su propio derecho, como lo ha efectuado, doctrina que ha sido también observada por la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial, Nº 2, 2ª Serie.—Juicio entre José María Cadena y Mariano Hervás) deduciéndose de esto, no la falta de personería en el actor, sino la ausencia de derecho para exigir el cumplimiento de una obligación, pues si aquello fuera, la Corte Suprema de Justicia hubiera declarado la nulidad del procedimiento por obligación legal en los juicios similares en que ha intervenido; y 4º Que si bien es cierto que el ejecutado en su escrito de excepciones no propuso la que se hace relación en el numeral anterior, lo que podría significar allanamiento con ella, si dedujo la de haberse extinguido las obligaciones demandadas, y que, si también es cierto que correspondía a éste la prueba de su afirmación y que nada ha justificado dentro del término respectivo, por la consideración expuesta en el numeral primero, el actor de fojas 44, acepta que están pagados los documentos de fojas 5, 6 y 7, sin que se pueda hacer mérito del pagaré de fojas 46 porque el se presentó para que se considerara comprendido en la ejecución, y aunque en el auto de fojas 51 vuelta así se declaró, en la aclaración ejecutoriada de fojas 53 se corrigió el error por los fundamentos que esta contiene. Por las consideraciones anteriores, este Juzgado Segundo Municipal *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, declara sin lugar la acción ejecutiva, propuesta por Adolfo A. Klare Jr. Por estimarse que no hay temeridad en el juicio y que la sentencia lleva aparejada condena en costas solo cuando

ella es desfavorable al ejecutado según se deduce del Art. 510 del Código de enjuiciamientos civiles, se resuelve sin costas de la instancia. Habiéndose al sello correspondiente los folios que no lo están. Por cuanto de la diligencia sentada por el actuario el 19 del presente consta que el demandado pagó el valor de las planillas a que se refiere el actor después que éste la suplió y vencido el término dentro del cual debió efectuar el pago, aprémiese a dicho demandado por los recargos de ley.— *Alberto Guerrero M.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, 9 de Mayo, de 1916, a las cuatro de la tarde.—Vistos: A fojas 11 de estos autos Adolfo A. Klare, cesionario de los tres pagarés que constan a fojas 5, 6 y 7, respectivamente ha demandado en juicio ejecutivo a Enrique Lanata para el pago de las cantidades que se expresan en dichos pagarés. Este, en su escrito de fojas 13, ha propuesto la excepción de estar extinguida la deuda y de estar cancelados los pagarés. Abierta la causa a prueba, se han practicado las diligencias que corren a fojas 42 vuelta, y 43, 44 vuelta, 61 y 61 vuelta, 76 y 77, respecto de las cuales y de las alegaciones de las partes, es del caso considerar: 1º Que si bien es cierto que Lanata, al expresar que la obligación demandada se halla extinguida, agrega que ha cancelado los tres pagarés, la falta de esta cancelación no cambia la naturaleza de la excepción, de estar extinguida la deuda ya que la cancelación no es un modo de extinguir una obligación sino consecuencia de dicha extinción, que puede hacerse por cualquiera de los modos establecidos por la ley; siendo de notarse, además, que la cancelación de los pagarés no le incumbía hacer a Lanata, sino al dueño de ellos. De donde se sigue que el error de haber dicho que tiene cancelados los pagarés no quita el valor de la excepción en su parte esencial; esto es, en lo que se refiere a la extinción de la deuda demandada; 2º Que los trasposos de los pagarés demandados constituyen simples mandatos para el cobro; de consiguiente, las contestaciones que Antonio H. Delius ha dado al interrogatorio que contiene el exorto de fojas 73 a 75, constituyen absolución del mandante, o sea del dueño de los pagarés y tiene valor, aun cuando haya sido rendida fuera del término probatorio; 3º que en dicha absolución se confiesa que la deuda de los tres pagarés con que se propuso la demanda ha sido extinguida; 4º, que esto mismo se deduce de la pregunta quinta, que hace Adolfo Klare en el interrogatorio de fojas 44; y 5º, finalmente, que el documento de fojas 46 no puede ser considerado en este juicio, porque no es de los que trata el Art. 515 del Código de Enjuiciamientos en materia civil, sino una obligación distinta e independiente de las con que se aparejó la ejecución. Por estos fundamentos, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma la sentencia apelada, con costas. Devuélvanse.—*Alcibiades Cisneros G.—Luis F. Pólit.—Vicente Paz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 20 de 1916, a las dos de la tarde.—Vistos: La declaración de Antonio H. Delius, que, como lo observa la Corte de Guayaquil, vale una confesión, demuestra que fueron extinguidas, por pago, las obligaciones constantes de los documentos con que se propuso la demanda; lo cual importa que tuvo lugar, por ese medio, la cancelación alegada, por Enrique Lanata, en el escrito de fojas 13. En virtud de lo expuesto y de lo más que expresa la sentencia recurrida, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se la confirma con costas. Devuélvanse.—Manuel E. Escudero.—A. Cárdenas.—Francisco Andrade Marín.—Leopoldo Pino.—Adolfo Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera N° 153, pág. 2458).

Nos adherimos a las conclusiones del juez de primera instancia, en cuanto a que la omisión de los requisitos legales del endoso produce, no la falta de personería, sino la de derecho en el cesionario; y que habiendo éste deducido la acción, no como mandatario del cedente, sino a su propio nombre, era el caso de repeler la demanda, por esta causa, es decir, por la falta de derecho en el actor.

Para que la confesión del cedente pudiera valer como tal, habría sido necesario que éste fuese parte en el juicio, es decir, que la acción se hubiese intentado a nombre del cedente.

Véase la misma cuestión en el caso 59, y en las props. 263 y 288. Id. comentario al Art. 56.

CASO 32

Mujer procuradora.— Cabe ratificación de las gestiones de un mandatario incapaz? . . .

En el juicio de Benjamín Lombejda contra Luis del Pozo F. se resuelve que si una mujer se presenta como procuradora judicial, fuera de los casos permitidos por la ley, sus actos son nulos, y no pueden validarse por la ratificación.

Texto de la sentencia:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Noviembre 12 de 1909, a las dos y media de la tarde.—Vistos: Prohíbe el Art. 49 del Código de enjuiciamientos civiles a la mujer que no esté en alguno de los casos de excepción determinados en el N° VIII del propio artículo, presentarse en juicio como procuradora; y como la prohibición se ha establecido en consideración a la procuración misma, los actos que se ejerzan son nulos y de ningún valor, atento el Art. 9° del Código Civil, y no admiten ratificación. En esta virtud, el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, interpuesto a fojas 131 por Felicia Coloma, quien no consta hallarse en alguno de los casos de excepción dichos, tiene que considerarse como no interpuesto, no obstante la ratificación de Lombeida. Siguese de aquí que la sentencia de primera instancia causó ejecutoria y que la Corte Superior de Riobamba ha conocido en la causa sin jurisdicción. Considerados, pues, los Arts. 404 y 413, N° 1° del mencionado Código de Enjuiciamientos, se declara la nulidad de las actuaciones de segunda instancia, a cargo de los Ministros de la Corte Superior de Riobamba, a quienes se condena también en las costas de esta tercera instancia; y se declara, además, ejecutoriada la sentencia del Alcalde Cantonal.—Cárdenas.—Montalvo.—Villagómez.—Albán Mestanza.—Estupiñán.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 75, pág. 597).

La misma doctrina tendría que aplicar la Corte a todos los demás casos de incapacidad establecidos por el Art. 49. Las gestiones hechas a nombre de otra persona por un menor, un clérigo, un tinterillo, no podrían ser validadas por la ratificación del interesado; siendo así que, si el menor presenta a su propio nombre y luego ratifica el padre o el guardador, son válidas sus gestiones, como observamos en las props. 228, 236, 240, y en el caso 3° de JURISPRUDENCIA (correspondiente a la sección del actor y el demandado).

Por otra parte, los Arts. 415 al 418 del Código de Enj. dan amplia facilidad para validar, por medio de la ratificación, las actuaciones nulas por falta de personería, sin hacer distinción en las causas de que dicha falta provenga. Así y todo la interpretación restrictiva que de esas reglas hace el Tribunal en este caso, nos parece acertada, ya que, de otra manera, la prohibición legal contenida en el Art. 49 se burlaría muy fácilmente, gestionando sin poder y sólo con oferta de ratificación; cuando el pensamiento del legislador es el de que las per-

sonas a que se refiere ese artículo, no figuren de ningún modo como mandatarios judiciales.

En suma, por la ratificación puede suplirse la falta de poder, mas no la falta de capacidad del mandatario; y el que no es capaz de gestionar con poder, tampoco puede hacerlo, al amparo de una oferta de ratificación posterior.

Por lo demás, en esta materia de formalidades procesales, no tiene aplicación ni cabida la distinción, esencialmente sustantiva, de las nulidades en absolutas y relativas, como ya lo hemos observado.

CASO 33

La misma cuestión jurídica: cabe ratificación de los actos de un mandatario incapaz?

En la causa Muriel - Beltrán, resuélvese negativamente esta cuestión, como en el caso precedente, a propósito de gestiones practicadas por un empleado del Poder Judicial, comprendido en el N^o 9^o del Art. 49.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Marzo 11 de 1914, a las nueve a. m.—Vistos: En el supuesto de que el señor Alejandro Peñaherrera Oña haya sido empleado de la hacienda pública cuando principió a ejercer el poder del señor Tobias R. Muriel, su inhabilidad para servir la procuración, se halla subsanada con la ratificación del poderdante que parece del escrito fojas 33, según así lo dispone expresamente el Art. 410 del Código de Enjuiciamientos en materia civil. Por lo expuesto declárase legitimada la personería del señor Alejandro Peñaherrera Oña, y que no es nulo el proceso. Cuéntese con el señor Tobias R. Muriel, en todas las diligencias ulteriores, y para resolver los demás puntos pendientes, ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos.—F. López A.—Orellana.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Julio 23 de 1915, a las cuatro de la tarde.—Vistos: Aceptado implícitamente por el actor fojas 33 el hecho, no controvertido según la ejecutoria suprema, de haber sido Luis Alejandro Peñaherrera O. Revisor del Tribunal de Cuentas desde antes de haber comenzado a ejercer el poder de fojas 5, según se afirma a fojas 31, hay que examinar si las

gestiones de dicho Peñaherrera en este juicio son susceptibles de ratificación. Conforme al N° 9º del Art. 49 del Código de enjuiciamientos civiles, referente al Art. 171 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no pueden comparecer en juicio como procuradores los empleados de los Tribunales de Justicia, y por lo mismo, los Revisores del Tribunal de Cuentas. En virtud de esta prohibición fundada en razones de orden o derecho público, los actos de Peñaherrera en este juicio, son absolutamente nulos, dadas las reglas de los Arts 9 y 1672 inciso 1º del Código Civil. En tal caso, la ratificación de Muriel contenida en el escrito de fojas 33, no les puede dar valor alguno, como así lo ha declarado también la Corte Suprema, en caso análogo que se ve en el N° 75 de la Segunda Serie de la "Gaceta Judicial", en la causa entre Lombeida y del Pozo Flores. En consecuencia, revocándose el auto del inferior, se declara la nulidad del proceso desde fojas 6 a costa del mencionado Luis A. Peñaherrera O. Devuélvanse.—Enríquez A.—Carrera Andrade.—Román.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 10 de Febrero de 1916, a las dos de la tarde.—Vistos: En la prohibición de ser procuradores a que se refiere el Art. 49 del Código de enjuiciamientos en materia civil, se establece una incapacidad legal, que, por serlo, acarrea la nulidad absoluta de todo lo hecho con la intervención de quien, por impedirlo la ley, no puede estar en juicio en calidad de procurador; y, por esto, como lo dice la Corte Superior, los actos de Peñaherrera O. no son susceptibles de ratificación. Se confirma con costas, el auto recurrido. Legalizado este papel, devuélvanse.—Escudero.—Cárdenas.—Andrade Marín.—Pino.—Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 137, pág. 2330).

Por nuestra parte, nos referimos al comentario del caso precedente y a lo que hemos dicho en la parte doctrinal. Al ocuparnos en el recurso de nulidad, volveremos a considerar este punto.

CASO 34

Presentación del poder por persona diversa del apoderado.

En el juicio del doctor Maximiliano Donoso Ch. contra José García C., se declara:

1º—Que no es dado sólo al procurador presentar en juicio el poder que legitima su personería; pues, reconocida la existencia de dicho poder, puede presentarlo cual-

quiera de las partes, quedando así aquélla legitimada: 2º—Que no se opone a lo dicho, la disposición del Art. 51; y 3º—Que en ningún caso pueden retrotraerse los efectos de la revocación de un poder a los actos anteriores a la fecha en que ella tuvo lugar.

Texto del fallo:

Quito, Mayo 27 de 1904, a las dos de la tarde.—Vistos: Reconocida la existencia de un poder, cualquiera de las partes puede presentarlo en juicio; y, presentado, se legitima la personería del procurador, sin que a ello obste el Art. 51 del Código de enjuiciamientos en materia civil. Apoyan lo expuesto: 1º El hecho de que la ley no dispone que sólo al procurador le es dado presentar el poder que legitima su personería; 2º El derecho de las partes para sostener la validez del proceso y, por consiguiente, para mantener la firmeza y eficacia de las resoluciones judiciales; y 3º Lo inadmisibile de que ese derecho quede burlado por una connivencia entre poderdante y procurador cuando, por la seriedad que revisten los actos y procedimientos judiciales, no está en la voluntad de ninguno de ellos volver nugatorios los efectos de un poder legalmente conferido y aceptado. Con este antecedente, se considera: 1º Que es legal el poder que, conferido por el doctor Maximiliano Donoso Ch. aceptó el doctor Rafael Arcos; 2º Que la revocación de ese poder es posterior al auto de fojas 440; 3º Que los efectos de la revocación no pueden retraerse, en ningún caso, a los actos anteriores a la fecha en que ella tuvo lugar Por tanto, se confirma el auto recurrido, condenando al doctor Donoso Ch. al pago de las costas de todas tres instancias. Devuélvanse.—Albán Mestanza.—Cueva.—Pino.—Páez.—Cárdenas.

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 103, pág. 823).

Muy obvias son las conclusiones consignadas en este fallo.

El procurador —dijimos en la parte doctrinal— puede no aceptar el poder, y aun habiéndolo aceptado, puede negarse a intervenir en un caso dado; pero desde que comparece e interviene, la presentación del poder es para él un deber, y al propio tiempo es para la otra parte un derecho; pues ésta tiene legítimo interés en que subsistan y queden válidas las actuaciones practicadas con la intervención del personero, y en que la causa no se retrarde ni retroceda. Si el poder existe, y de hecho lo ha ejercido el mandatario, la simple presentación del instrumento puede ser solicitada, como toda otra prueba,

por cualquiera de los interesados.— Véase props. 268 y 270.

Cuanto a la última parte, evidente también que si el mandante revoca el poder, no por eso se invalidan los actos del mandatario anteriores a la revocación.—Prop. 277.

CASO 35

La ratificación es sólo para lo pasado. ¿El límite es la fecha en que se firmó el escrito o la de su presentación?...

En el juicio mortuario de Justo Mancheno se resuelve:

1º—Que a haber oposición entre mandante y mandatario acerca de la validez de los actos de éste, el escrito de ratificación entregado por el primero al segundo, sólo valida las gestiones anteriores a la fecha de esa entrega, y no a las posteriores, aunque dicho escrito haya sido presentado al juez con posterioridad a éstas; 2º—Que tal ratificación tampoco puede considerarse como mandato judicial para validar los actos posteriores, ya que el mandato debe constituirse por escritura pública; y 3º—Que, por consiguiente, en este caso hay ilegitimidad de personería en el mandatario, respecto de dichos actos posteriores.

Los fallos son del tenor siguiente:

PRIMERA INSTANCIA

Riobamba, Noviembre 20 de 1890, las once y veinte minutos del día.
 -Vistos: El fondo de la cuestión suscitada entre León Mancheno y Tomás Elías Bravo, en puro derecho, se reduce a saber si entre los dos hubo un mandato perfecto, para de allí derivar las obligaciones del mandante; así respecto de su apoderado como de un tercero en la contienda entre éstos, que es el señor Julio Román. Para decidir sobre esta cuestión de derecho, se observa: 1º el encargo objeto de este mandato aparece plenamente probado con las declaraciones de Roberto Aguirre, Francisco Alarcón y Fernando Guevara, siendo en este caso admisible la prueba testimonial por haber un principio de prueba por escrito, cual es la solicitud de fojas 65, respecto de la cual existe también la presun-

ción que emana del cotejo de firmas hecho por el juzgado, y que según la disposición del Art. 400 del Código de Enjuiciamientos en materia civil, establece también el comienzo de una prueba escritural: 2º., este contrato ha sido perfeccionado por la aceptación expresa del mandatario. De estas consideraciones se desprende que entre León Mancheno y Tomás Elías Bravo, hubo un verdadero y perfecto mandato que, de conformidad con el Art. 2147 del Código Civil, impone al mandante el deber de cumplir las obligaciones que en su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del encargo que se le ha confiado; y entre estas obligaciones es una de ellas conformarse con las gestiones de su procurador en el juicio que se le encomendó; pues aún en el supuesto de que el mandatario hubiese excedido los límites de su poder, eso le constituiría responsable para con el mandante, de acuerdo con lo prescrito en el Art. 2141 del Código anteriormente citado; pero, no invalidaría los actos del apoderado, ni exoneraría a su constituyente de la obligación de respetarlos. La declaración de falso procurador hecha contra Tomás Elías Bravo, atacaba de un modo directo los derechos del señor Julio Román; y así, bien pudo pedir éste la revocatoria y gestionar todo lo conveniente a que no se declarase inválido un contrato de compra-venta, como el que tuvo lugar en el remate voluntario, en que Bravo intervino válidamente en nombre de León Mancheno. Por estas consideraciones, se revoca al auto expedido en 30 de Septiembre próximo pasado, y dándose por aprobados los actos de Tomás Elías Bravo, se declara válido el proceso en la parte que se anuló por la falta de procuración del personal de Mancheno, a quien se condena en las costas que ha hecho pagar a las partes con su temerario procedimiento.—Valencia.—Pareja C.

SEGUNDA INSTANCIA

Riobamba, Diciembre 6 de 1890, las tres y media p. m.—Vistos: Presentada por León Mancheno la exposición fojas 63, debió el inferior oír con ella a Tomás Elías Bravo o prevenirle dentro de un término prudencial legitime su personería para expedir el fallo correspondiente; pero la precipitación con que se pronunció el auto de fojas 63 vuelta, dió origen para que se presentara la ratificación fojas 65 con posterioridad a la exposición de Mancheno. Sin embargo, ya que a virtud de la revocatoria solicitada por Julio Román y el citado Bravo del auto de fojas 63 vuelta, y de la dilación probatoria concedida en el incidente, se han averiguado los hechos, se observa: que no hay duda alguna respecto a la autenticidad del escrito fojas 65; primero, porque Mancheno que lo redarguyó de falso y objetó su legitimidad, no ha producido la prueba respectiva en apoyo de sus objeciones, ya porque la falsedad o ilegitimidad de un documento privado no se constituyen por sólo el hecho de que la parte contra quien se presenta la redarguya, sino mediante la prueba legal que debe rendirse a este respecto; y segundo, porque dicha autenticidad queda evidenciada con las diligencias de cotejo y las declaraciones de los testigos que presenciaron la entrega que hizo Mancheno a Bravo del ya referido escrito de ratificación; la que surtió sus efectos legales desde el momento que el mandante lo suscribió, aún cuan-

do el mandatario se hubiera reservado presentarlo al Juzgado para legitimar su personería, con posterioridad, cuando lo creyere oportuno, o se lo exigiere. Por lo expuesto, y por cuanto los fundamentos del auto recurrido están estrictamente ajustados a las disposiciones legales en él invocadas y al mérito de las pruebas rendidas por Tomás Elías Bravo, se confirman, con costas, el auto apelado. Devuélvase.—Colina.—Banderas. Martínez.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 8 de 1891, a las doce.—Vistos: La ratificación es acto confirmatorio o aprobatorio de lo que una persona ha hecho a nombre de otra. Por consiguiente, constando que el escrito de fojas 65 le fué dado a Tomás Bravo con anterioridad a los actos en que él ha intervenido, no puede estimarse como ratificación de éstos. Menos puede tenerse como mandato judicial, ya que éste debe constituirse por escritura pública. Por tanto, se revoca el auto de que se ha recurrido, se condena a Bravo al pago de las costas y perjuicios de que se ha hecho responsable, por no haber legitimado su personería con arreglo a la ley, y se le deja su derecho a salvo para que pueda deducir la acción que viere conveniente contra León Mancheno. Devuélvase.—Castro.—Salazar.—Nieta.—Espinoza.—Portilla.

(“Gaceta Judicial”, Serie Segunda, N° 4, pág. 31).

Hemos transcrito, tanto el resumen hecho en la “Gaceta Judicial”, que tiene en cierto modo valor oficial, por ser formado, ó por lo menos revisado, por el Presidente del Tribunal Supremo, como los tres fallos, para hacer notar que en aquél hay ciertos datos importantes que no constan en éstos, y que probablemente han sido tomados del proceso.

Que la ratificación se refiere sólo a lo pasado, así como la revocación afecta sólo a lo futuro, es tan obvio y evidente, que puede considerarse como verdad de perogrullo. La ratificación no valida gestiones hechas posteriormente, ni la revocación destruye o invalida lo practicado antes. Pero ¿cuál es la fecha o el punto de partida de estos actos jurídicos?... Tratándose de ratificación, hemos de atender a la fecha en que el interesado la firma, o a la en que se presenta en la causa?...

Creemos que debe hacerse una distinción. Si el interesado pone en el escrito de ratificación la fecha, y con esa expresión lo firma, debe entenderse que ratifica sólo lo hecho hasta esa fecha; mas si, como ordinariamente acontece, en el escrito no hay fecha puesta por

el interesado ni otra expresión limitativa del tiempo al cual se refiere la ratificación, debe considerarse como fecha del escrito la **de la fe de presentación**, que es la fecha oficial y auténtica de todo escrito dirigido al juez en un proceso.

Con suma frecuencia acontece que, entre el acto de firmar la ratificación y el de presentarla, media considerable espacio de tiempo. El litigante firma la ratificación para que el personero la emplee cuando lo estime conveniente o le sea necesaria, y el personero, que empieza a gestionar provisto ya de ese comprobante, continúa sus gestiones hasta que se le exija legitimarlas. En tal caso, presentada la ratificación siquiera sea el último día del juicio, se la considera firmada en esa fecha, y surte el efecto de legalizar todo lo hecho hasta ese momento por el apoderado.

Así se ha entendido y practicado siempre, y a nuestro ver, con mucha razón; mas el fallo del Tribunal Supremo, en el caso que nos ocupa, se atiende, no a la fe de presentación, no a la fecha consignada en el escrito, sino a la en que éste ha sido privadamente entregado por el mandante al mandatario,

Parece, eso sí, que en este caso el incidente de personería ha versado, no entre las dos partes litigantes, sino entre el mandante y el mandatario. Los fallos no lo dicen; pero lo da a entender claramente el resumen hecho en la "Gaceta Judicial", circunstancia que, tal vez, justifique la doctrina aplicada por la Corte.

Cuanto a la revocación, el caso es más claro; pues ésta, como sabemos, no surte efecto sino desde que el mandante comparece personalmente, es decir, desde que presenta el escrito de revocación para que se cuente con él en la causa. Es, por tanto, la fe de presentación de ese escrito la que fija la fecha de la cesación de las facultades del mandatario. Véase la prop. 277.

CASO 36

La insuficiencia del poder es diversa de la falsa personería.

En el juicio de Guillermina Romero contra Juan Aguirre M. se resuelve:

Que la insuficiencia del poder presentado por el procurador, produce la nulidad del proceso por falta de personería legítima, mas no la falsa procuración de quien ha gestionado a virtud de ese poder.

El fallo dice:

TERCERA INSTANCIA

Quito, 30 de Junio de 1891 a la una.—Vistos: El doctor Luis F. Borja y Moisés Zapata no pueden ser declarados falsos procuradores, supues, to que han gestionado con el poder que, aunque insuficiente, fue presentado a fojas 269. Mas, por cuanto han intervenido en el juicio sin personería legítima, a causa de la insuficiencia del expresado poder, se declara la nulidad de lo obrado a costa del asesor, desde que se concedió la apelación interpuesta por el doctor Borja a fojas 283 vuelta; ya que, si es verdad que aquel poder fue admitido desde antes de la sentencia, esta se dictó válidamente en virtud de la ratificación de lo hecho a nombre de la tercerista por Ulpiano Espinosa, quien aun fue citado para este fallo. Se reforma, en estos términos, el auto de que se ha recurrido, y se ordena que se cite a la tercerista con dicha sentencia. Devuélvase. Nieto.—Espinosa.—Enriquez.—Pólit.—Montalvo.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N^o 17, pág. 131).

Está conforme con la doctrina que expusimos al comentar el Art. 51 y la prop. 286; pero debe tenerse en cuenta la distinción que entonces hicimos.

CASO 37

Consentimiento de la mujer casada, para la venta de sus bienes raíces, expresado en un poder ante juez parroquial.

En el juicio de José Félix Crespo contra Ignacio Lizarzaburo se expidieron las siguientes sentencias:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Marzo 11 de 1887, las diez del día.—Vistos: A la demanda por la que don José Félix Crespo ha exigido entrega judicial del fundo "Santa Rosa", comprado a don Ignacio Lizarzaburo, ha reconvenido este señor, en contestación la nulidad, rescisión y resolución del contrato de venta del fundo, por las causales que reza el escrito del folio 24, entre ellas por la insuficiencia del poder que su esposa doña Mariana Checa le confirió para esa venta. Como el fallo sobre entrega de la cosa vendida, está subordinado al que se dicte cuanto a la validez o subsistencia del contrato de compra-venta, se hace preciso, aun que sea alterando el orden, decidir antes acerca de la reconvencción, y para verificarlo se considera: 1º Que los procuradores judiciales de que trata la sección 21, Tít. 2º., Lib. 1º del Código de enjuiciamientos en materia civil, son mandatarios con poder para sólo presentarse en juicio, como actores o demandados: 2º Que por esta razón, y por disponer clara y terminantemente el Art. 231 del propio Código, los poderes extendidos ante jueces de parroquias que disten más de cinco leguas de la cabecera del cantón, habilitan a los apoderados sólo para comparecer en juicios de mayor cuantía, que no para desempeñar como mandatarios un cometido distinto: 3º Que, en consecuencia, el poder, fojas 19 y 20, otorgado por doña Mariana Checa en Tocachi ante su Juez civil, no ha concedido legalmente al señor Lizarzaburo facultad para, en representación de su esposa, hacer la venta del fundo "Santa Rosa": 4º Que aunque el encargo que es objeto del mandato puede hacerse entre otros modos, por instrumento privado (Art.-2110 del Código Civil, y aunque para el objeto de la venta, se repunte instrumento privado el poder susodicho, no son admisibles en juicio escrituras privadas, cuando las leyes requieren instrumentos auténticos: 5º Que, a no constituirse por instrumento auténtico el mandato para los actos que tengan de otorgarse por escritura pública no habría caso alguno en que fuese necesaria dicha escritura como prueba del mandato; y, por lo mismo, el precitado artículo quedaría sin aplicación, cuanto a su última parte: 6º Que teniendo de manifestarse por escritura pública el consentimiento de los contratantes en la compra-venta de bienes raíces, por escritura pública, es decir, por poder conferido ante escribano, debe también el vendedor manifestar su voluntad para que otro le represente en ese contrato: 7º Que por faltar aquel poder, no ha intervenido la señora Checa en la venta de su fundo, ni consentido en ella, siendo su consentimiento tan esencial, que, sin él, no ha podido verificarse el contrato (Art. 1744 del Código últimamente citado: y 8º Que la voluntad con que la señora concurrió pidiendo autorización judicial para vender los terrenos de "Santa Rosa", no puede suplir la indispensable para la venta misma, ora porque la ley exige para esta, que no para obtener el permiso judicial, la voluntad de la mujer casada; ora porque después de alcanzado el permiso, puede el dueño del inmueble, si lo quiere, no hacer uso de él, y negar su consentimiento para la venta. Por estos fundamentos, y de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 1744, 1672 y 1673 del Código Civil, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se declara nula la venta del fundo "Santa Rosa", hecha por don Ignacio Lizarzabu-*

yo a don José Félix Crespo; y por lo mismo, sin lugar la demanda de este señor contra aquel. Sin costas.—Ricardo B. Espinosa.—Francisco Paz.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Junio 23 de 1891, a las dos.—Vistos: se considera: 1º Que la venta de bienes raíces de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, no puede hacerse sino observada las formalidades que exigen los Arts. 1744 del Código Civil y 1032 a 1035 del de enjuiciamientos en la misma materia: 2º Que la información con la cual se obtuvo la sentencia que se lee a fojas 15, 16 y 100 no justifica haberse cumplido con esas formalidades ya que no aparece que la enajenación de "Santa Rosa", era útil o necesaria a sólo Mariana Checa de Lizamauro: 3º Que dicha sentencia no tiene fuerza de cosa juzgada, porque, además de expedida en juicio de jurisdicción puramente voluntaria, ella sólo concurre, en casos como el presente, como una solemnidad legal para la validez del contrato; de modo que no obsta para que se declare la nulidad de él, cuando en su celebración no se han guardado las solemnidades que la ley requiere: 4º Que la demanda, o sea la reconvencción de fojas 24, está dentro del término señalado en el Art. 1681 del Código Civil, para solicitar, como se solicita, la rescisión del contrato; y 5º Que no se nota en el proceso omisión alguna sustancial que cause nulidad. Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley se confirma con costas la sentencia de la cual se ha apelado. Devuélvanse.—José J. Estupiñán.—Leopoldo Pino.—D. Hidalgo.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Marzo 13 de 1900, las cuatro de la tarde.—Vistos: Atento el Art. 1744 del Código Civil, en el contrato de compra-venta que ha movido el presente litigio debió intervenir Mariana Checa, personalmente o por medio de procurador; y como no ha intervenido en persona, y el poder conferido a su esposo ante el Juez parroquial de Tocachi es insuficiente, desde que su consentimiento debía constar por escritura pública, resulta que el enunciado contrato es nulo. Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas el auto de que se ha recurrido. Devuélvanse.—León Espinosa de los Monteros.—Manuel Montalvo.—B. Albán Mestanza.—Victor Orellana.—Rafael N. Arcos..

La doctrina consignada en las fallos de primera y tercera instancia, en lo tocante a la necesidad de que el consentimiento de la mujer conste en escritura pública, muy conforme al sistema de nuestra legislación sustantiva y al espíritu de las disposiciones en ellos citadas, fue cambiada, por razones de equidad y conveniencia, en las

Reformas de 1912 y 1921, como lo observamos al comentar los Arts. 52 y 58.

Ahora, en virtud de dichas reformas, puede ya otorgarse el poder ante juez parroquial, para asuntos extrajudiciales, en los casos a que los susodichos artículos se refieren.

CASO 38

Poder ante Juez parroquial, para venta de bienes raíces.

En el juicio González - León, se resuelve, antes de la Reforma de 1912:

Que el poder otorgado ante juez parroquial, no es suficiente para la venta de bienes raíces, cualquiera que sea la cuantía de éstos.

Consideramos innecesario transcribir los fallos, puesto que la doctrina legal, perfectamente aplicada en ellos, fue cambiada en 1912, como se indica en el comentario precedente.

CASO 39

No puede recurrirse de ninguna providencia que aplique el Art. 51, so pena de nulidad.

En el juicio de inventario de los bienes dejados por Jorge Constantino, se le declaró falso procurador a Demetrio Constantino y se le condenó al pago de costas y perjuicios y a la multa de un sucre diario. Concedida la apelación de ese fallo, en el supuesto de que el inciso final del Art. 51 no era aplicable a las resoluciones dadas en virtud del inciso 1º, la Corte Superior de Portoviejo confirmó el fallo del inferior, y a su vez concedió recurso de tercera instancia. Mas la Corte Suprema dijo:

Quito, Agosto 19 de 1916, a las tres y media de la tarde.—Vistos: La Ley reformativa del Código de enjuiciamientos, expedida en 11 de Noviembre de 1914, dispuso, en su Art. 6º, que el inciso 1º del Art. 51 terminara con lo que la actual edición del Código expresa como inciso 2º; y por consiguiente, ante la ley, los dos primeros apartes de dicha

edición, constituyen la disposición del inciso 1º del Art. 51, que quedó, como consecuencia, compuesto de sólo tres incisos. Síguese que el inciso último del propio artículo, comprende a las resoluciones que se den, conforme a él, sin limitación alguna; y de aquí se deduce, claramente, que el auto de fojas 47-48 sólo era susceptible del recurso de queja. Concedido el de apelación, la Corte de Portoviejo debió limitarse a devolver el proceso, ya que no tuvo jurisdicción para conocer del punto que le fue en grado; y, por lo mismo, al dictar el auto de fojas 7, cuaderno 29, causó la nulidad del proceso, la misma que se declara, disponiendo volver la causa al estado inmediato anterior al citado auto de fojas 7. Las costas, deducidas las de que habla el Art. 411 del mencionado Código, son de cargo de los Ministros de la expresada Corte. Devuélvanse. Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Pino.—Páez.

("Gaceta Judicial" Serie Tercera N° 149, pág. 2428)..

Como se ve, el error de los jueces de primera y segunda instancia dependió de que, en la edición de 1907, se dividió el Art. 51 en cuatro incisos, en vez de hacerlo sólo en tres; en cuyo caso la referencia del inciso final a los dos precedentes no alcanzaba al primero. En la edición actual se corrigió esa equivocación, como lo advertimos al comentar el Art. 51.

CASO 40

Se necesita cláusula especial para transigir.

En el juicio de Juan Elías Bucheli contra Justiniano Barona, se resuelve:

Que el mandatario necesita cláusula especial para transigir, conforme a los Arts. 2430 del Código Civil y 56 del de Enj.; y que el poder debe otorgarse con las solemnidades prescritas por el segundo de dichos Códigos. Diciembre 7 de 1910.

El caso es tan claro, que no necesitamos transcribir el fallo ni comentarlo. Véanse la prop. 288 y el caso 52.

CASO 41

No se necesita cláusula especial para sustituir.—Reserva de esa facultad por el mandante.

En el juicio Sánchez Velasteguí se resuelve:

1º—Que de haberse reservado el mandante la facultad de sustituir el poder, no se sigue ni puede seguirse, que le esté prohibido ese acto al procurador; y 2º—Que para esto, es preciso que así se haya expresado, desde que la facultad de sustituir, como comprendida entre las generales de la procuración, no siquiera requiere cláusula especial.

Texto de los fallos:

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Febrero 25 de 1913, las cuatro de la tarde.—Vistos: Interpuesto por Elías Velasteguí recurso de apelación de la sentencia de fojas 87 y 88, que declara sin lugar la excepción de estar solucionado el crédito demandado, se observa: 1º Que habiendo sido propuesta la demanda por Simón Gottlieb, como apoderado sustituto de Oscar Alexander, debe considerarse antes de todo, el valor legal de la sustitución hecha por Alberto S. Offner, apoderado directo del demandante, ya que, en la contestación a la demanda le fué negada a Gottlieb la personería: 2º Que el poder de Alexander a Offner, en 28 de Enero de 1888 se lee textualmente: "le autoriza para practicar todas las diligencias que favorezcan los intereses del mandante quien podría sustituir y revocar etc." es decir el mandante que es al que se refiere el relativo quien; lo que equivale a negar expresamente al mandatario esa facultad, puesto que cualquiera otra interpretación se basaría únicamente en suposiciones contrarias al texto de la referida escritura: 3º Que, aun en el caso de ser válida la sustitución del 10 de Noviembre de 1908, hecha por Gottlieb, esa debe considerarse como revocada por la escritura de 21 del mismo mes y año, en la que el sustituyente Offner dijo: "que todos los demás mandatos, no anotados en los exceptuados, los consideraba nulos y de ningún valor ni efecto"; ya que también es poder una sustitución de poder con las facultades concedidas por el poderdante: 4º Que tanto por no habersele concedido a Offner facultad para hacer sustitución como haberla éste revocado en la fecha indicada, Gottlieb no tuvo personería para demandar ni menos facultad legal para endosar a Jaime Puig Verdager el crédito demandado; lo que se corrobora aun más por el escrito presentado a fojas 83 por Oscar Alexander, que no ha sido impugnado oportunamente por la parte contraria, y que demuestra la verdadera intención del supuesto demandante; y 5º Que aun aceptando la personería

de Gottlieb, hay que convenir en que a éste no le era potestativo ceder el crédito materia del juicio, sin haber tenido para ello autorización expresa, de acuerdo con lo preceptuado por los Arts. 2119 y 2120 del Código civil que señalan los casos en que el mandante confiere naturalmente al mandatario poder para efectuar ciertos actos de administración e indican como debe entenderse la facultad de obrar del modo que más acoveniente le pareciere al mandatario. Por tales consideraciones, y tomando en cuenta las disposiciones del Art. 400 del Código de enjuiciamientos civiles, en su parte enunciativa y en su inciso segundo, se declara nulo el proceso a cargo del Juez de primera instancia, ya que se ha seguido el juicio sin personería por parte del apoderado sustituto que propuso la demanda.—Villavicencio.—Salmon.—Yépez.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 22 de Julio de 1914, a las dos de la tarde.—Vistos: De que Oscar Alexánder se hubiese reservado la facultad de sustituir el poder de fojas 7-8, no se sigue, ni puede seguirse, que le estaba prohibido ese acto al procurador; pues, para esto, era preciso que así se hubiese expresado, desde que la facultad de sustituir, como comprendida entre las generales de la procuración, no siquiera requiere cláusula especial. La revocación de poderes del instrumento de fojas 21-22, si bien se extiende a todos los no exceptuados por Alberto S. Olfner no comporta el que se revocó la sustitución de fojas 7-8, ya que el mencionado instrumento se refiere a los poderes conferidos para la representación personal de Olfner, la que nada tiene que ver con el ejercicio del que, otorgado por Alexánder fué sustituido, legalmente, en Simón Gottlieb. Y consideraba la validez de la procuración de éste, la cesión por valor recibido, hecha a Jaime Puig Verdaguer del crédito cuyo pago se demanda, es cesión que no obsta, para los efectos del procedimiento, a que el respectivo cesionario exija el pago mediante la vía ejecutiva, sin que contradiga a esto, por absolutamente extemporánea, la oposición manifestada por Alexánder en su escrito de fojas 83. Dedúcese, de lo expuesto, que no son legales los fundamentos aducidos, por la Corte de Guayaquil, para declarar, como ha declarado, la nulidad del proceso; y, por lo mismo, revocado el auto de fojas 114-115, se dispone que la Corte falle acerca de lo principal. Devuélvansse. Cárdenas.—Cueva.—Pino.—Escudero.—Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera N° 64, pág.1748).

La facultad de sustituir entra, en verdad, según nuestro sistema legal, en las funciones ordinarias del mandatario, considerándosela tácitamente otorgada por el mandante que nada ha dicho de modo expreso respecto de delegación o sustitución. Tal es el tenor y espíritu de nuestra ley, conforme con la francesa, como lo manifestamos en la prop. 273. La voluntad del mandante es, y no

puede menos que ser, la norma y el límite de las atribuciones del mandatario.

Ahora bien, si el mandante expresa en la escritura del mandato, que él se reserva la facultad de sustituir, no hemos de entender que la retiene para sí y no la concede al mandatario? . . . Esta es una cuestión de hecho, es decir, de mera interpretación de la voluntad del mandante; mas nos parece evidentísimo, indiscutible, que si de modo expreso o tácito, ha dado a conocer el mandante su intención de no conceder tal facultad al mandatario, éste no la tiene ni puede ejercerla.

CASO 42

Desistimiento en un incidente.— No es necesario cláusula especial para desistir en un incidente.

En el juicio mortuorio de Manuel Vicente Enríquez, una de las partes desistió en tercera instancia; y el Ministro de semana pronunció esta providencia:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Noviembre 21 de 1900, la una de la tarde.—No ha lugar al desistimiento que antecede, por cuanto el peticionario no tiene poder especial para desistir.—*Montalvo*.

Se pidió revocación; y el mismo Ministro dijo:

Quito, Noviembre 19 de 1900 las doce del día.—Quien por falta de cláusula especial, no puede desistir de la acción en lo principal, tampoco puede de ninguno de los actos o incidentes del juicio, por cuanto estos tienden al éxito del pleito y pueden influir en la decisión final. Por tanto, se niega la revocación.—*Montalvo*.

Se recurrió al Tribunal; y éste revocó el decreto, diciendo:

Quito, Diciembre 13 de 1900, las dos de la tarde.—Vistos: Atento el Art. 56, N.º 3º del Código de Enjuiciamientos Civiles, el apoderado necesita de cláusula especial para desistir del pleito, esto es, de la acción o el recurso en lo principal, y no de sus incidentes; y como no puede darse a las disposiciones legales mayor extensión que las que ellas mismas tienen, se revoca el decreto de que se ha recurrido, dictado en

causa mortuoria de Manuel V. Enriquez. Devuélvanse.—Albán Mes-
—Pino.—Páez.—Miño.

("Gaceta Judicial". Serie Primera. Nº 94, pág. 748).

Cuanto a la doctrina aplicada en este fallo, nos refe-
rimos a lo expuesto sobre la prop. 288, al comentar el
párrafo 3º del Art. 56.

CASO 43

Procurador Municipal no puede desistir.

En el juicio del Concejo Municipal de Quito contra
el doctor Rafael Barba se declara:

Que las facultades del Procurador Municipal son las
ordinarias de los mandatarios judiciales; y que por lo
mismo, dicho funcionario no puede desistir sin autoriza-
ción especial del Concejo.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 2 de 1899, a las nueve de la mañana.—Vistos: De
inspección ocular practicada por el Juzgado, en 25 de Octubre último,
del Informe del perito corriente a fojas 12, aparece que la obra de-
nunciada por el señor Procurador Síndico Municipal, doctor Manuel Ma-
nara Naranjo no causa perjuicio alguno al Concejo Municipal su represen-
tado. En esta virtud, y por lo expuesto a fojas 15, por el mismo Procu-
rador, puede el señor doctor Rafael Barba Jijón continuar libremente su
juicio sin fianza de ninguna especie, pues, se da por fenecido el juicio;
pero responsable de las costas respectivas el precitado señor Procurador
Síndico, por haber obrado con temeridad.—Guerrero.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Junio 11 de 1900, las tres y media.—Vistos: El escrito de fojas
13 contiene un verdadero desistimiento de la acción entablada a fojas
15 y como a virtud de dicho escrito, se declaró concluido el juicio por el
jefe apelado, el inferior no debió conceder ningún recurso, ya que tal
desistimiento causó ejecutoria, conforme a lo dispuesto en los Arts. 445
y 447 del Código de enjuiciamientos civiles. Según esto, la Corte carece
de jurisdicción; por lo tanto, devuélvase el proceso.—Román.—Reyes V.
—Votamos de la Sala.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 26 de 1901, las dos p. m.—Vistos: Las facultades que al Procurador Municipal concede el Art. 57, N° 1º, de la Ley respectiva, son las ordinarias atribuidas por el Código de enjuiciamientos civiles al mandatario judicial; y, por lo mismo, atentos los Arts. 56, 433 y 444 del propio Código, el expresado Procurador no puede desistir del pleito, si para ello no tiene autorización especial de la Corporación. Por otra parte, el desistimiento, aún supuesta la autorización dicha, carece de valor, si no ha sido reconocido en la forma legal. En el caso, no consta del proceso que al Procurador Municipal, doctor Manuel María Naranjo, hubiese tenido autorización del Municipio para desistir del juicio que propuso contra el doctor Barba Jijón, por obra nueva, ni aparece que estuviese reconocido el escrito de desistimiento. En esta virtud, se revoca el auto de que se ha recurrido, y se declara que el desistimiento es ineficaz. Devuélvase.—*Albán Mestanza.—Espinosa de los Monteros.—Montalvo.—Cárdenas.—Páez.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N° 19, pág. 151 y N° 88, pág. 702).

Nuestra opinión sobre este punto consta en el estudio de la prop. 295, al comentar el Art. 56.

CASO 44

El apoderado de la Municipalidad necesita autorización para desistir.

En el juicio de la Municipalidad del Cantón Sucre contra Manuel Navia, se resuelve:

Que para desistir necesita el procurador cláusula especial en el poder, y que, en el presente caso, no la tiene en el suyo el apoderado de la Municipalidad.

El fallo no dice sino lo siguiente:

Quito, Noviembre 25 de 1912 a las cuatro y media de la tarde.—Vistos: No faculta el poder de fojas 188 al doctor don N. Clemente Ponce para desistir del recurso; y atento el Art. 56, N° 3º del Código de enjuiciamientos civiles, se deniega el desistimiento.—*Villagómez.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Cárdenas.—Cueva.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 150, pág. 1199).

No hay ningún otro dato en la "Gaceta Judicial"; mas por la naturaleza del caso, es de suponer que el poder fue otorgado por el Procurador Municipal; y claro que este funcionario, que según hemos visto en el caso precedente (caso 43), no tenía facultad de desistir, sin especial autorización del Concejo, tampoco podía conferirla al apoderado que debía representar en Quito, ante la Corte Suprema, a la Municipalidad.

El mandatario en Quito era, para ese efecto, mero sustituto o delegado del Procurador Municipal; y ningún mandatario puede conferir al sustituto atribuciones o facultades de que él carece.

Por tanto, nada hubiera importado el que en el poder conferido al doctor Ponce, se hubiera consignado la facultad de desistir, si para ello no hubiera autorizado el Concejo a su Procurador. Véase la prop. 295.

CASO 45

El Procurador Municipal no puede confesar.— Es mero mandatario y carece de las atribuciones del Art. 56.

En el juicio Gómez de la Torre con la Municipalidad de Quito, expidiéronse las resoluciones siguientes:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Febrero 3 de 1915, a las diez de la mañana.—Vistos: Ya por sí misma, ya por las explicaciones que posteriormente ha dado el señor Alberto Gómez de la Torre, respecto de la demanda que ha propuesto contra la Municipalidad de este Cantón, resulta clara esa demanda y determinada la causa del derecho que en ella se reclama; por lo cual, se rechazan las excepciones deducidas por el señor Procurador Síndico suplente cuya personería se declara legitimada legalmente. Y por cuanto el doctor Francisco Alberto Darquea no es parte en este juicio, revócase el decreto proveído el 26 de Enero próximo. Sin costas. —F. López A. —Campuzano.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Abril 23 de 1915, las cuatro de la tarde.—Vistos: No son fundadas las excepciones propuestas a fojas 3; pues la demanda de fojas primera es suficientemente clara ya que se refiere al remate del impuesto el aguardiente para el presente año, hecho por el actor el día 16 de

Enero y en la suma de sesenta mil quinientos sures, determinaciones que singularizan y distinguen el impuesto rematado. También está determinada la causa de la acción, esto es, el remate expresamente alegado, y el derecho consiguiente cual es el de percibir el impuesto rematado. Por tanto, siendo legal la primera parte del auto de fojas 12 vuelta, de que ha apelado el doctor Borja, se la confirma. Respecto de la segunda parte de dicho auto, se considera: el doctor Alberto Darquea no ha dejado de ser Procurador Síndico Municipal por el nombramiento de suplente, conferido al doctor Luis F. Borja, con el que interviene en este juicio. Y como el primero, en su carácter de representante legal del Municipio es el llamado a declarar o confesar sobre los hechos jurídicos que han precedido a este litigio, ya que es imposible que lo haga el Municipio, como persona jurídica o abstracta, dedúcese que aún cuando el doctor Darquea no ha intervenido en este juicio, el actor puede exigirle su confesión, porque el Municipio a quien representa es la parte demandada, y su representante legal, es quien puede exponer la verdad de los hechos jurídicos en que, como tal representante, ha intervenido. Por tanto, se revoca la segunda parte de dicho auto sometido, en esta instancia por adherimiento del actor. Sin costas. Devuélvase.—Enriquez A.—Carrera Andrade.—Román.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 22 de Septiembre de 1915, a las tres de la tarde.—Vistos: No es legal el fundamento en virtud del que la Corte Superior de Quito resuelve que el Procurador Municipal doctor Alberto Darquea, como representante legal del Concejo, preste la confesión pedida por el actor; pues, atento el Art. 536, inciso 2º, del Código Civil, no es aplicable al caso el Art. 540 del propio Código, sino el Art. 46. Nº 1, de la Ley de Régimen Municipal, según el cual el Procurador Síndico es sólo mandatario de la Municipalidad, con las únicas atribuciones que la propia ley le señala; y, por lo tanto, cuando interviene en juicio, ha menester autorización especial para absolver posiciones, conforme al Art. 56 del Código de enjuiciamientos civiles; autorización que no aparece haberle sido concedida al procurador doctor Darquea. Por tanto, se revoca en esta parte el auto recurrido, y se lo confirma en lo demás. Devuélvase.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Escudero.—Páez.

VOTO SALVADO

Quito, Septiembre 22 de 1915, a las tres de la tarde.—Vistos: Conforme con lo dispuesto en el Nº 1º, Art. 45 de la ley de Régimen Municipal, el Procurador Síndico no sólo tiene la función de representar en juicio al Concejo, sino que ejerce la *Personería de la Municipalidad* (palabras del artículo). Es representante legal; y como tal no está incluido en las prohibiciones que la ley establece para el especial mandato que tienen los procuradores judiciales. Por este fundamento y los del auto de segunda instancia, se lo confirma con costas. Devuélvase.—Adolfo Páez.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Escudero.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 104, pág. 2066).

Nuestra opinión en este punto consta en el estudio de la prop. 295, al comentar el Art. 56.

CASO 46

El Procurador Municipal puede ratificar lo hecho a su nombre.

En el juicio del Concejo Municipal de Quito contra el doctor Ricardo Donoso, resuelve el Tribunal Supremo, confirmando el fallo de la Corte Superior de Quito, que revocó el de primera instancia:

Que se podía litigar con oferta de poder o ratificación del Procurador Municipal, y que con la ratificación de este funcionario, quedaba debidamente legitimada la personería.

Los fallos son del tenor siguiente:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, a la una de la tarde del día 26 de Marzo de 1917.—Vistos: Los funcionarios públicos deben ejercer sus funciones por sí mismos y no por medio de otras personas; ya por la naturaleza de ellas, ya también porque son elegidos o nombrados en atención a sus condiciones personales. Por consiguiente, los procuradores municipales, aunque representen a las municipalidades con el carácter de mandatarios, no tienen, de las facultades de los mandatarios, aquellas que son incompatibles con este carácter propio de las funciones encomendadas a los funcionarios públicos, el de ser indelegables, el de no poder ejercerse por medio de otros individuos. No tiene, pues, el doctor Luis Chaves personería legítima para intervenir en este juicio; por lo cual se anula el proceso, y se ordena que se lo reponga al estado en que estuvo cuando debió proveerse respecto del escrito en que aquel doctor se mostró parte el 21 de este mes: la reposición se hará a costa del Alcalde que ordenó que se contase con el doctor Chaves, en el decreto del propio día (Arts. 400 y 403 del Código de enjuiciamientos civiles).—López Arteta.—Ponce.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Julio 17 de 1917, las tres p. m.—Vistos: En la causa seguida por el Procurador de la Municipalidad de Quito contra el doctor Ricardo

Donoso Ch., por cumplimiento de una transacción, para resolver acerca de la apelación interpuesta del auto en que se declara la nulidad por ilegítima personería del doctor Luis Chaves, se considera: 1º Que el doctor Chaves ha gestionado en la causa a nombre del Procurador Municipal doctor Gonzalo S. Córdova, de quien ha ofrecido poder o ratificación; 2º Que si bien los Procuradores Municipales no pueden delegar sus funciones, tal imposibilidad ha de entenderse respecto de aquellos actos especiales que atañen al desempeño de funciones públicas —como serían las detalladas en los números 3, 4, 5 y 6 del Art. 46 de la Ley de Régimen Municipal, mas no en lo que respecta al ejercicio de la representación que les corresponde en los juicios, como mandatarios de las Municipalidades, en cuyo carácter tienen las facultades de éstos; y 3º Que la administración de Procuradores que gestionen a nombre de los Procuradores Municipales, es de práctica constante en los Tribunales, especialmente en el Supremo, en el que han cursado y cursan muchas causas con la intervención de apoderados constituidos por aquellos Procuradores. Por lo expuesto, y por cuanto consta de autos la ratificación ofrecida por el doctor Chaves, se revoca la providencia apelada, declarando que no existe la nulidad pronunciada por el inferior. Devuélvanse.—*Borrero.—Villacreses.—Carrea.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 4 de 1918, a la una de la tarde.—*Vistos:* Ninguna disposición legal prohíbe el que, en lo concerniente a la procuración judicial del Síndico Municipal, pueda intervenir, a nombre de éste, otra persona en el litigio; y lejos de esto, esa intervención se hace necesaria para atender, debidamente, los intereses de los Municipios. Así, presentada la ratificación del Síndico respecto de las gestiones del doctor Chaves, ellas son válidas; y, en consecuencia, no existe el motivo de nulidad aducido en el auto de fojas 19-20. Se confirma, con costas, el de fojas 34-35, expedido por la Corte de Quito. Devuélvanse.—*Pino.—Cárdenas.—Peñaherrera.—Albán Mestanza.—Páez.*

Quito, a 25 de Junio de 1918, a las dos de la tarde.—*Vistos:* La condena en costas, cuya revocación se solicita, está arreglada al Art. 396, parte primera, del Código de enjuiciamiento en lo civil. Se deniega, por lo tanto, la solicitud de fojas 53.—*Pino.—Cárdenas.—Peñaherrera.—Albán Mestanza.—Páez.*

Lo de que no haya ley que prohíba el poder o ratificación del Procurador Síndico, nada significa en el caso; pues lo que debía investigarse es que si había ley que lo permitiese, como lo manifestamos al tratar de la prop. 296, en su parte final, con relación al Art. 66.

Cuanto a que esa manera de gestionar pueda dar a veces facilidades para el desempeño del cargo de Procurador Síndico, sí es verdad; pero eso sólo no autoriza pa-

ra cambiar la doctrina legal, tanto más cuanto esa misma facilidad puede dar lugar a inconvenientes y abusos de graves consecuencias.

Cierto también que, según nuestra ley, es de la naturaleza del mandato su delegabilidad; pero el mero hecho de que al representante judicial de la Municipalidad se le llame **Procurador** y al de la Beneficencia **Personero**, no atañe a la esencia de la cosa, ni quita el que la representación que esos funcionarios ejercen sea una verdadera función pública, como es la del Agente Fiscal que representa el interés social, ora en los procesos penales, en que acusa al reo, ora en los civiles, en que defiende al fisco.

No conocemos ningún otro caso en que se haya discutido y resuelto este punto; y respetando como es de nuestro deber, la autorizada palabra de los Tribunales, nos inclinamos, por ahora, al fallo de primera instancia, formulado por el docto jurisconsulto que lo suscribe como asesor, conforme a la doctrina que expusimos al comentar la susodicha prop. 296.

CASO 47

El Presidente del Concejo no puede absolver posiciones.

En el juicio de la Municipalidad de Alausí contra N. Fiallo, por resolución de un contrato, dice el Tribunal Supremo, confirmando lo resuelto en las dos instancias anteriores:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 26 de 1917, a las tres de la tarde.—Vistos: La confesión sólo puede pedirse a la parte, o a su representante legal, o a su mandatario con poder que contenga cláusula especial al respecto; y como el Presidente del Concejo no tiene ninguna de las calidades expresadas, es legal el auto recurrido. Se lo confirma con costas. Legalizado este papel, devuélvanse.—Cárdenas.—Andrade Marín.—Pino.—Páez.—Estupiñán.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N^o 172, pág. 2613)

Como el punto jurídico es muy claro, no necesitamos comentarlo.

CASO 48

El Presidente de la República no puede absolver como tal.

En el juicio de Rafael Valdéz contra el Fisco, se resuelve:

Que si bien el Ejecutivo ha celebrado el contrato sobre que versa el litigio, no por esto debe absolver; ya porque de lo primero no se sigue, legalmente, lo segundo; ya porque del propio contrato consta que lo ha celebrado como mandatario de la Nación, y no está el mandatario llamado por nuestra legislación positiva a absolver, si carece de facultad; ya en fin, porque el Ejecutivo, en carácter de tal, no lo tiene, ni por la Carta Política, ni por la prenombrada legislación.

Los fallos dicen:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Abril 26 de 1909, a las tres de la tarde.—Vistos: El término para contestar a la demanda propuesta por los sucesores de Rafael Valdéz contra el Poder Ejecutivo, no ha corrido; ya porque las citaciones a los doctores Escudero y Andrade Marín no tienen valor, en razón de no estar por ellos suscritas (Art. 104 del Código de Enjuiciamientos civiles); ya porque al doctor J. Aurelio Villagómez no se le ha citado el decreto de traslado, fojas 3, como era de rigor, atento el Art. 115 del propio Código. En consecuencia, se revoca el decreto de que se ha recurrido, y se manda devolver los autos al señor Ministro Presidente, para que se cite la demanda al demandado, en la forma legal.—Montalvo.—Villagómez.—Albán Mestanza.—Cueva.—Salazar.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Julio 19 de 1909, a la una de la tarde.—Demandada en este juicio la Nación, el Presidente de la República no es parte, ni se trata de algún interés personal suyo. No ha lugar su absolución y siga corriendo el término probatorio, suspendido desde que se la pidió.—Cárdenas.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 21 de 1909, a las tres y cuarto de la tarde.—Vistos: Sobre ser estrictamente legales los fundamentos de la providencia expedida por el señor Ministro Presidente del Tribunal el 19 de Julio pasado se considera además, que si bien es el Ejecutivo quien ha celebrado

el contrato sobre el que versa el litigio, no por esto debe absolver; ya, porque de lo primero no se sigue, legalmente, lo segundo; ya, porque del propio contrato consta que ha comparecido a otorgarlo como mandatario de la Nación, y no está el mandatario llamado por nuestra legislación positiva a absolver, si carece de facultad; ya, en fin, porque el Ejecutivo, en su carácter de tal, no la tiene ni por la Carta Política ni por la precombrada legislación. En esta virtud, se confirma, con costas, la expresada providencia. Devuélvanse.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Cueva.—Batallas.—Salazar.

VOTO SALVADO

Quito, Diciembre 21 de 1909, a las tres y cuarto de la tarde.—Vistos: Es principio proclamado por la razón, sostenido por los publicistas y estatuido en nuestra Carta Fundamental, que el Soberano representa al Estado y administra sus bienes. Previa esta observación, se considera: 1º Que según consta de estos autos, el señor General don Eloy Alfaro, como representante legal de la República y administrador de sus bienes, celebró, por medio del Ministro de Obras Públicas, con Alfonso Vernimen, mandatario de los sucesores de Valdéz, el contrato relativo a la construcción de un Edificio para la Aduana de Guayaquil. El señor General don Eloy Alfaro es, pues, parte en el referido contrato y por consiguiente en este juicio, en el cual se controvierte la resolución del susodicho contrato; 2º Que atento el Art. 1703 del Código Civil, el representante legal puede confesar en juicio; 3º Que del Art. 269 del Código de enjuiciamientos civiles se deduce, que toda persona hábil para comparecer en juicio por sí sola, puede prestar legalmente confesión judicial. No puede revocarse a duda, que el Presidente de la República es persona hábil para comparecer en juicio por sí sólo; por cuanto no está comprendido en la enumeración que hace el Art 39 del Código últimamente citado; 4º Que a nadie puede impedirse la prueba que no esté prohibida por la ley; y no hay ley alguna que prohíba al Presidente de la República confesar en juicio. Por consecuencia se revoca el decreto del cual se ha apelado, y se declara que puede absolver en la presente causa el señor General don Eloy Alfaro. Sin costas. Devuélvanse. Manuel B. Cueva.—Leonidas Batallas.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Salazar.—Carlos A. Yépez.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 128 pág. 1020).

Por nuestra parte nos referimos a la prop. 295.

CASO 49

Facultades e instrucciones.

En el juicio de Angela P. v. de Arrata contra Andrés Arrata, se resuelve:

Que no es necesario para la validez de la venta de bienes raíces, se inserten en la escritura las instrucciones del mandante al mandatario.

La sentencia dice:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 2 de 1893, a las dos.—Vistos: Consta el poder inserto en la escritura de fojas 29 que Luis Arrata autorizó a su mandatario para la venta de bienes raíces. En consecuencia y por no haberse probado que dicho mandatario cuando se otorgó la indicada escritura, tuvo conocimiento de la muerte de su causante, fue válida la venta que hizo Andrés Arrata a Luis Roggeroni, y válida también, por lo mismo, la que éste hizo a Baltazara Castillo. Por otra parte no era necesario que en la mentada escritura de fojas 29 se insertasen las instrucciones dadas por el mandante; ora porque en el presente caso, tales instrumentos no eran documentos habilitantes; ora porque ellas aun pudieron ser verbales, y, de su ejercicio, sólo era responsable el mandatario para con el poderdante, sin que nada tuviesen que ver en ello los terceros de buena fe. En esta virtud y no existiendo en los instrumentos de fojas 29 y 39 ninguna nulidad, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia de que se ha recurrido, y se confirma la de primera instancia. En cuanto al pago del precio de la casa vendida, como el mandatario está obligado a rendir cuentas de la administración al mandante, en el juicio sobre ellas harán valer las partes sus respectivos derechos en orden a dicho precio. Devuélvanse.—Julio Castro.—Vicente Nieto.—Manuel M. Salazar.—Julio B. Enríquez.—Alejandro Cárdenas.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 108, pág. 860).

En cuanto a la diferencia entre facultades e instrucciones, nos referimos a la prop. 266.

CASO 50

El Defensor de ausentes no puede apelar.

En el juicio sucesorio de Isabel Bermeo se resuelve:

Que el Defensor de ausentes no puede interponer apelación, y que si, concedido dicho recurso, conoce de él la Corte, carece de jurisdicción y es nulo lo obrado ante ella.

Dice la sentencia:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 22 de 1912, a las tres de la tarde.—Vistos: El recurso de apelación sólo pueden interponerlo las personas determinadas en el Art. 375 del Código de enjuiciamientos civiles; y por lo mismo, no podían apelar del auto de 8 de Mayo próximo pasado el Defensor de ausentes. La Corte Superior de Cuenca conoció, pues, sin jurisdicción del expresado auto; y se declara la nulidad de lo obrado, a costa del expresado Tribunal, desde la foja 5 del segundo cuaderno. Devuélvanse.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Cárdenas.—Cueva.—Uquillas.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda N° 144 pág. 1151).

Consignamos en este lugar la resolución transcrita, porque, según el Art. 207 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Defensores Públicos tienen las mismas obligaciones que los procuradores, en cuanto les sea análogo; y, según el Art. 57 de este Código, los procuradores están obligados, entre otras cosas, a interponer oportunamente los recursos legales.

Creemos, pues, que si el Defensor Público interviene en la causa en calidad de parte, como debe hacerlo el de Menores, según el Art. 1079, es indudable que podría y aun debería en ciertos casos interponer los recursos legales. Y tal vez lo mismo debería decirse del Defensor de Ausentes, en casos como el del Art. 707 (Véase la prop. 281).

CASO 51

Muerte del demandado mandante, antes de la citación de la demanda, y ratificación de los herederos.

En el juicio de Francisco Schmidt contra el apoderado de Manuel Gual, se resuelve, revocándose el fallo de segunda instancia:

1º—Que, aun cuando una persona haya instituido procurador para un juicio, si la demanda contra ella se propone después de su fallecimiento, deberá notificarse a sus herederos y no a dicho procurador; 2º—Que a procederse de otro modo, adolece de nulidad el proceso, a

menos que los herederos ratifiquen los actos del apoderado de su antecesor; y 3º—Que no anula el juicio la falta de ratificación de una solicitud que ha sido rechazada, si el solicitante no ha vuelto a intervenir en la causa.

Texto de la sentencia:

SEGUNDA INSTANCIA

Quito Abril 23 de 1901, a la una de la tarde.—Vistos: De los términos del libelo de fojas primera, aparece claramente que la demanda de nulidad de sentencia se dirigió contra Manuel Gual, favorecido con ella en el juicio que propuso por medio de su personero Ramón F. Moya contra el actual demandante Francisco Schmidt, por pensiones de arrendamiento de una casa. No obstante, el traslado con la demanda no se ha notificado a Gual, sino a Moya, y éste ha intervenido en todas las diligencias posteriores. Se ha omitido, pues, respecto del demandado Gual, la primera solemnidad sustancial determinada en el Art. 607 del Código de enjuiciamientos en materia civil, y las demás propias del juicio ordinario, ya que para nada se ha contado con él. No se diga que Moya ha gestionado como apoderado de Gual, ora porque con este carácter no ha sido notificado con la demanda, ni la ha contestado, ora porque por lo dicho no estuvo en el deber de legitimar su personería ni la ha legitimado tampoco con poder de los herederos de Gual como habría sido preciso, una vez que, por su fallecimiento anterior al presente pleito, no es admisible en este el poder de fojas 24. Rafael A. Pomo ha comparecido a fojas 7, y no ha legalizado su comparecencia con poder o ratificación de Francisco Schmidt. Por esas consideraciones, se anula el proceso a costa del asesor que ha aconsejado, se repone al estado de citarse con la demanda del folio primero a los herederos de Manuel Gual. Devuélvanse.—*Estupiñán.—Batallas.—Paz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 2 de 1891, a las dos.—Vistos: La demanda de fojas primera fue propuesta después del fallecimiento de Manuel Gual, por lo que debió notificarse con ella a la heredera, y no a Ramón F. Moya, apoderado del mentado Gual en el juicio a que se refería dicha demanda; pero la falta de esa solemnidad se ha subsanado con la ratificación de todos los actos del expresado Moya, hecha por la heredera en esta instancia. Tampoco puede reputarse nulo el presente juicio por no haber ratificado Schmidt el escrito de fojas 17; pues desechada la recusación como extemporánea, no volvió Rafael Antonio Romo a intervenir de ninguna manera en la causa. Por estas consideraciones, se revoca el auto de que se ha recurrido, y se ordena que la Corte Superior falle sobre lo principal. Devuélvanse.—*Castro.—Salazar.—Niето.—Espinosa.—Portilla.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 16, pág. 128).

Esta doctrina nos satisface más que la contraria, adoptada por el Tribunal en el caso 27, como allí manifestamos.

CASO 52

Para transigir se necesita poder especial, con especificación de las cosas sobre las cuales ha de versar la transacción.

En el juicio Cueva - Valdivieso, sobre nulidad de transacción, se resuelve:

1º—Que por la transacción se hace el abandono de una pretensión o de un derecho que se cree tener, y ello importa, por esto, una disposición o una enajenación de este derecho; 2º—Que no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción; 3º—Que de aquí se sigue que para transigir, a nombre de otra persona, se necesita poder especial suyo, con indicación de los bienes, derechos y acciones sobre que debe versar la transacción; 4º—Que, de otra suerte, resultaría que el mandatario pudiera usar a su voluntad de la facultad de transigir sin consideración a los Arts. 2118, 2129 y 2147, y también a su voluntad disponer de los bienes de su mandante; lo cual es inaceptable; 5º—Que si el mandatario dispone de bienes ajenos, sin facultad para ello, el acto de la transacción no tiene valor legal.

Por la importancia del asunto vamos a transcribir las tres sentencias, refiriéndonos, por lo demás, a las propns. 265, 267 y en especial a la 288, en que comentamos el inciso 1º del Art. 56, como también al caso 40 de Jurisp. en que hemos tratado esta cuestión.

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Agosto 4 de 1919, lunes, las once del día.—Vistos: La señora Mercedes Cueva V. demanda la nulidad absoluta de la transacción que el doctor Miguel Díaz C. celebró como procurador suyo, con el señor José Félix Valdivieso, el 7 de Abril de 1919, relativamente a las aguas de las tomas baja y alta que tiene para beneficio de su predio Monay, por los

motivos aducidos en el libelo de fojas 1ª y 2ª. El demandado contesta: que dicha transacción no adolece de nulidad alguna, absoluta ni relativa, por cuanto el procurador de la actora se hallaba debidamente autorizado para efectuarla, y porque ella no contiene venta de ninguna cosa raíz; y reconviene a la demandante por el pago de doscientos sucres, multa estipulada en esa transacción, caso de su quebrantamiento. Para resolver esta contienda, se considera: 1º Que, si bien por la transacción puede terminarse un litigio pendiente o precaverse un litigio eventual (Art. 2428 del Código Civil), es evidente que, cuando uno u otro se hace por medio de mandatario, necesita éste de poder especial (Art. 2430 de id.): 2º Que en el poder conferido por la actora al señor doctor Miguel Díaz C. (copia de fojas 16) la facultad de transigir está limitada al juicio para el cual se le confirió ese poder y a los que posteriormente propusieren contra el mismo señor Valdivieso; de suerte que no pudo ejercerla para precaver juicios eventuales, sino para terminar el litigio pendiente y los que pudo haber propuesto: 3º Que el juicio para el cual se le confirió dicho poder al doctor Díaz C. fue relativo tan sólo a las incidencias de una de las servidumbres de que goza el predio de la actora, como aparece de la copia de fojas 17 y 18: 4º Que esto no obstante, el procurador doctor Díaz C., extralimitándose—con laudable intención, sin duda—de los términos de su procuración, ha transigido dicho juicio, no sólo por lo que respecta a la toma baja, sino también en lo que mira a la toma alta, que no fue materia de él, dándole al señor Valdivieso derecho para usar de sus aguas durante tres días en cada semana, por doscientos sucres que paga a la señorita Cueva V.; y 5º Que, aunque el doctor Díaz C. hubiera tenido facultad para transigir respecto de ambos acueductos, versando la mayor parte de la transacción sobre el derecho a usar de las aguas de uno y otro, o sea sobre su dominio, no pudo efectuarse, válidamente, ningún arreglo al respecto sino mediante escritura pública. Por estas consideraciones, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de conformidad con las disposiciones legales contenidas en los Arts. 9566, inciso 2º, 1435, Nº 1º, 1791, inciso 2º y 2430 del Código Civil, se declara con lugar la demanda, esto es, que es nula la transacción a que se refiere; siendo innecesario, por tanto, ocuparse respecto de la reconvencción. Sin costas.—Benjamín Cordero.—Cuenca, Agosto 11 de 1919. Me conformo.—Franco.—Muñoz V.

AMPLIACION

Cuenca, Agosto 21 de 1919, las ocho a. m.—Autos y Vistos: La sentencia resolvió todos los puntos controvertidos; sin que signifique omisión alguna el no haberse ordenado en ella que se le devuelvan al reo los doscientos sucres recibidos por la actora con motivo de la transacción cuya nulidad se ha declarado. Cuando el fallo llegue a tener fuerza de cosa juzgada, adquirirán derecho las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido dicha transacción, como lo expresa el Art. 1677 del Código Civil; mas pendiente el recurso de apelación interpuesto respecto de la sentencia, sería anticipar

los efectos de su ejecución dar acogida a la ampliación solicitada. Por lo que se la declara sin lugar y se niega asimismo lo pedido en el tercer párrafo del escrito de este folio, por intempestivo. Sin costas. Concédese el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el demandado respecto de la sentencia, para ante la Corte Superior de Justicia, a cuyo despacho se elevarán los autos, a la brevedad posible, dejándose copia del fallo recurrido, a costa del recurrente, quien consignará, en el día, el papel y los derechos necesarios para la elevación del proceso, bajo apercibimiento de apremio. Quedan también apercibidas las partes en rebeldía, para usar de su derecho ante el Superior. Por hecho el adhirimiento, de parte de la señorita demandante, téngase por concedido el recurso de apelación aún por lo que respecta a la parte del fallo en que se absuelve al demandado del pago de las costas de esta instancia. Entréguese a la señorita Cueva V. la planilla ordenada en el decreto anterior, para los efectos legales.—Muñoz V.—Cordero.

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, 13 de Enero de 1920, las dos de la tarde.—Vistos: Para sentenciar en esta instancia el juicio propuesto por Mercedes Cueva Villagómez contra José Félix Valdivieso, sobre nulidad de la transacción con que terminaron en 7 de Abril de 1919 el juicio sobre las incidencias de la servidumbre de acueducto, correspondiente a la acequia baja que, arrancando de la quebrada de "Mal Paso", va por el fundo de "Monay" de Valdivieso al fundo del mismo nombre, de la actora, se considera: 1º, que en el contrato de transacción hay lugar a distinguir entre los bienes, derechos y acciones que constituyen el objeto mismo del contrato, y que son aquellos sobre que versa el litigio pendiente o ha de versar el eventual, y los bienes, derechos o acciones que constituyen el objeto de las concesiones que se hacen los transigentes, para llegar a la convención; 2º, que en los casos en los cuales la transacción se haya de hacer por medio del mandatario, el poder especial de que habla el Art. 2430 del Código Civil ha de contener la especificación de los bienes, derechos o acciones sobre que se quiera transigir, esto es, la especificación de las cosas sobre que se litiga o se va a litigar, mas no la de aquellas que acaso lleguen a constituir el objeto de las concesiones recíprocas de las partes; 3º, que el citado artículo del Código Civil, al no hablar sino de las primeras, deja que el mandatario se atenga, respecto de las segundas a lo dispuesto por el Art. 2121 del mismo Código en el cual se establece que la recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, sino también los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo, medios que en la transacción son precisamente esas concesiones recíprocas; 4º, que el doctor Díaz Cueva, que intervino en la transacción de que se trata a nombre de la demandante, tuvo poder especial de ésta para transigir el juicio sobre las incidencias de aquella servidumbre, como se ve del instrumento cuya copia obra al folio 16 de los autos de primera instancia; 5º, que en dicho poder están especificadas las cosas sobre las cuales podían transigir, esto es, está claramente expresado que el objeto de la transacción

habían de ser las incidencias de la servidumbre en cuestión, respecto de las cuales se litigaba; 6º, que el uso de la toma y de las aguas de la acequia alta, cedido en parte, por el mandatario de la actora, a Valdivieso, no constituyó el objeto de la transacción misma, sino el de una de las concesiones hechas a éste por aquella; 7º, que, por lo mismo, no tenía dicho uso por qué ser especificado en el poder, bastándole al doctor Díaz Cueva, para hacer la concesión, la facultad general de que habla el citado Art. 2121 del Código en referencia; 8º, que a la circunstancia de que lo relativo a la acequia alta no fue sino un medio de transigir, se agrega la no menos importante de que el convenio sobre ella no hizo sino reconocer derechos puestos en duda, ya entonces, por las partes, y estimados como preexistentes a su favor por Valdivieso, según se deduce de los títulos del folio 32 del primer cuaderno, y 13 y 21 del segundo; 9º, que para todo esto bastaba el acta judicial de transacción, acta que el Código de enjuiciamiento civil equipara a la escritura pública, desde que la enumera entre los títulos ejecutivos, de tanto valor y eficacia según nuestro sistema de Legislación; 10º, que la acción de nulidad no supone incumplimiento de lo estipulado en la transacción, desde que tal acción no tiende sino a destruir la transacción misma. Por estos fundamentos, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia apelada, declarándose válida la transacción de que se trata, y negándose, por lo dicho en el considerando último, la reconvencción del demandado. Sin costas. Octavio Cordero Palacios.—Alfonso Borrero.—Julio T. Torres.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 24 de 1920, a las tres de la tarde.—Vistos: Propuesto juicio por Mercedes Cueva Villagómez contra José Félix Valdivieso, para que se le obligue, ora, a destruir las plantaciones de árboles existentes en el terreno lateral de la acequia baja de "Monay", ora, a cumplir el convenio celebrado con Guillermo Ordóñez, a quien representa hoy, como comprador, el expresado Valdivieso, porque "deseaba evitar continuas discordias y, con este fin, se veía obligado a comparecer reclamando la aplicación de la ley y lo acordado en la escritura del mencionado convenio"; entonces dió al doctor Miguel Díaz Cueva el poder de fojas 16, ya, para que gestionase en dicho juicio, ya, para que iniciase contra el mismo demandado Valdivieso los que creyese convenir en orden a los otros acueductos del fundo "Monay", ya, en fin, para que pudiese transigir tanto el juicio primeramente enunciado como los que posteriormente propusiese"; y, en ejercicio de este poder, el nombrado mandatario ha otorgado la transacción de fojas 30 y 31, en la cual se estipula entre otras cosas: "que la toma baja habrá de usar Valdivieso dos días por semana —martes y miércoles— en todo el volumen de agua"; y "que usará también de la toma alta y de sus aguas, tres días por semana —lunes, martes y miércoles— dando Valdivieso a la actora doscientos sucos, para evitar futuros litigios por las dudas que los transigentes abrigan acerca del derecho que cada uno de ellos cree tener en la acequia de que se trata". Por la transacción se hace el abandono de una pretensión

o de un derecho que se creía tener, y ella importa, por esto, una disposición o una enajenación de este derecho; y, por otra parte, no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción (Art. 2429): de aquí que, para transigir a nombre de otra persona sea necesario su poder especial, con indicación de los bienes derechos y acciones sobre que debe versar la transacción (Art. 2430); pues, de otra suerte, habría de resultar que el mandatario pudiera usar a voluntad de la facultad para transigir, sin consideración a los Arts. 2118, 2129 y 2147, y también a voluntad disponer de los bienes y derechos de su mandante; lo cual es inaceptable. En el caso que se discute, no hay duda de que, dados los términos ya transcritos del poder de fojas 16, el mandatario, separándose de ellos abiertamente, ha celebrado la transacción con manifiesto exceso de sus facultades; por cuanto no estuvo en ellas el poder disponer en manera alguna del uso de las aguas de la acequia baja de "Monroy" de la actora, en beneficio del demandado, y muy menos del de las de la acequia alta, acerca de la cual ni siquiera existía litigio alguno pendiente. El mandatario ha dispuesto de bienes ajenos, sin facultad para ello, y el acto de la transacción no tiene valor legal. Además, el derecho al uso de las aguas de las dos acequias, establecido en la transacción en beneficio de Valdivieso es un derecho real que, atentos los Arts. 524, 566, 798 y 799, requería para su válida constitución escritura pública; y ésta no se ha otorgado. Por tanto, en el supuesto, no consentido, de que la transacción constante en el acta judicial de fojas 30 y 31 estuviese dentro de las facultades concedidas en el poder al mandatario, ella tampoco tendría valor por la razón indicada. En consecuencia, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, revocada la sentencia de que se ha recurrido, se declara sin valor ni efecto la transacción materia de la presente controversia. Devuélvanse.—B. Albán Mestanza.—A. Cárdenas.—Modesto A. Peñaherrera.—Pablo A. Vásconez.—Adolfo Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 42, pág. 334).

CASO 53

Disuelta una sociedad, subsiste el poder conferido antes, si se ha empezado a ejercer; por analogía con lo establecido para el caso de muerte del mandante.

En el juicio del doctor Palemón Monroy contra el "Ingenio Rocafuerte", confirmando el fallo de segunda instancia se declara, legítima la personería del doctor Monroy, que litigó a nombre de la sociedad anónima de los antiguos establecimientos "Cail", por cuanto: 1º disuelta una sociedad o compañía, continúa subsistiendo para los efectos de la liquidación; y 2º liquidada la sociedad, no se extingue el mandato constituido con anterior-

ridad a la liquidación, de acuerdo con el Art. 2157 inciso 2º del Código Civil, aplicable por analogía.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Junio 14 de 1911, las diez a. m.—Vistos: Entrando a conocer del incidente suscitado a fojas 702, se considera: que no hay constancia alguna en autos de que se haya promovido incidentes de esta naturaleza: que por las ejecutorias de la Corte Suprema se ha declarado legitimada la personería del doctor Palemón Monroy, con los poderes que para ello ha acompañado: que además de esto el referido doctor Monroy sigue el presente juicio por derecho propio, según consta por las letras endosadas a su favor por valor recibido, cuyas traducciones corren de fojas 149 a 151: que las disposiciones invocadas por el apoderado de los demandados en el escrito que antecede, no son aplicables al presente caso. Por tanto, se declara sin lugar y con costas lo solicitado en el escrito de fojas 702. *Habilitense al sello correspondiente todos los folios que no lo estén.—Alcívar.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Diciembre 18 de 1911, las cinco p. m.—Vistos: Suscitado a fojas setecientos dos, el incidente de personería, por haber sido puesta en liquidación la sociedad Anónima de los Antiguos Establecimientos Cail, a cuyo nombre ha gestionado como Procurador en este juicio el doctor Palemón Monroy; el Inferior, para decidir el punto controvertido, expidió la resolución que corre a fojas setecientos cincuenta y cinco. Esto considerado y estudiados los autos, se observa: 1º que por el hecho de estar disuelta una sociedad o compañía, continúa subsistiendo para los efectos de la liquidación: 2º que si bien es cierto que los liquidadores representan a la compañía en liquidación, de ello no puede deducirse legalmente que, terminan las funciones del Procurador constituido con anterioridad a la liquidación; y 3º que aún suponiendo que por la liquidación referida hubiese terminado la sociedad en cuyo nombre ha gestionado el doctor Monroy; ello no extinguirá el mandato que ha ejercido; de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 2157 inciso segundo del Código Civil, aplicable por analogía al presente caso. Por tanto, se confirma, con costas, el auto venido en apelación.—*Gómez Rendón.—Borja.—Huerta.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Septiembre 20 de 1912, a las tres de la tarde.—Vistos: Atentas las dos primeras consideraciones del auto expedido por la Primera Sala de la Corte Superior de Guayaquil a fojas 767, consideraciones legales y arregladas a los méritos del proceso; se confirma, con costas, ese

auto. Devuélvanse.—Villagómez.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Cueva.—Cárdenas.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 146, pág. 1166).

Véanse las proposiciones 276, 279 y 295.

CASO 54

Revocación del mandato y comparecencia personal del mandante.

En el juicio de Agustín Vásquez contra Daniel Palacios, se declara:

Que por la palabra personalmente que emplea el Art. 62, no se ha de entender el acto material de presentarse ante el juez o en el lugar del juicio la persona que revoca el poder, sino que tal presentación la haga en nombre propio, esto es, por medio de solicitud por la misma parte.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Julio 14 de 1884, a las diez a. m.—Vistos: La representación del doctor Daniel Palacios respecto de su comitente ha cesado desde que el señor Manuel Ludeña Ullauri ha salido personalmente al juicio, revocando el poder que tenía conferido al primero. En esta virtud y por cuanto el cargo por costas no es adeudamiento personal del Procurador, sino tan sólo una responsabilidad que gravita sobre él, mientras conserve el carácter de tal (salvo el caso de renuncia); se declara, que el mandamiento de apremio, librado para el pago de las costas procesales, debe entenderse directamente con el expresado señor Ludeña Ullauri, a cuyo efecto se le citará al señor Alguacil Mayor con esta providencia; quedando en este sentido aclarado el decreto de 7 del presente. En cuanto al incidente sobre tercería, se recibe la causa a prueba con el término de quince días comunes y con todos cargos.—Crespo.—Malo.

REVOCACION

Cuenca, 25 de Septiembre de 1884, a las diez.—Vistos: El incidente sobre personería para el efecto de las costas suministra las consideraciones siguientes: 1º Que con anterioridad a la revocación del poder,

se ha solicitado y concedido el pago de costas del Procurador del señor Manuel Ludeña Ullauri, y, por tanto, declarado de cargo y adeudamiento del señor Daniel Palacios. Ahora bien, si le fue facultativo al actor pedir el apremio por las costas del procurador o del mandante, según lo preceptuado en el Art. 1143 del Código de enjuiciamientos, y el Juez ha librado el apremio contra el procurador, es evidente que la revocación del poder no pudo surtir otro efecto, que el de retirar la representación para poder seguir gestionando en esta causa, mas no el de relevarle del cargo y responsabilidad del pago de costas, que ya era adeudamiento del procurador y contra quien aún no se había librado la respectiva boleta de apremio: 2° Que se presume que el señor procurador ha debido contar con las expensas necesarias para el pleito, o hacer valer sus derechos contra el demandante, puesto que éste está obligado a suministrarlas, según lo detallado en el Art. 235 del Código de Enjuiciamientos: 3° Que, el auto del 14 de Julio en que se declara que el pago de costas es de cargo y adeudamiento del ejecutado, está en contradicción con lo anteriormente providenciado, y que además carece de ejecutoria por haberse solicitado la revocación, sin que el Juzgado haya proveído nada acerca de ella. Por tanto, revocándose en esta parte el auto en referencia, se declara ser de cargo del procurador el pago de las costas, que liquidadas ascienden a la cantidad designada en la boleta de apremio que corre a fojas 169, con más las posteriormente impedidas en este incidente. En cuanto al recurso de apelación interpuesto por el tercerista, dentro del término, se le concede para ante la Excma. Corte Superior de Justicia de esta provincia. En consecuencia, previa citación y emplazamiento de las partes, elévense los autos, bajo apercibimiento de estrados. Se previene al apelante que consigne el papel y dinero necesarios para que se eleven los autos, apercibido que de no hacerlo se librará la boleta de apremio.—Crespo.—Figueroa.

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Diciembre 17 de 1884, a la una.—Vistos: La remisión de un escrito como el de fojas 146, desde el lugar en que se halla ausente el mandante, no es su concurrencia personal al juicio, para que la revocación del poder pudiera surtir sus efectos, en conformidad con el Art. 239 del Código Civil de Enjuiciamientos. Resuelto lo contrario por el Juez inferior en el decreto de 7 de Julio, su resolución no llegó a ejecutoriarse por no haberse citado con ella a Manuel Ludeña Ullauri, no obstante la prevención de que con él se entendieran las diligencias del juicio. Tampoco produce ejecutoria la declaración de fojas 150, puesto que se funda en el mismo decreto de fojas 146 vuelta; por manera que bien se ha podido revocar, en el auto apelado, el decreto y aclaratoria expresados que contenían disposiciones contrarias a la ley. Por tanto, se declara que es el doctor Daniel Palacios quien debe continuar con el carácter de Procurador, sujeto al pago de costas y a todos los deberes de su cargo, mientras no cese legalmente en su ejercicio. En cuanto al término de prueba en el juicio de tercera, como desde el 14 de Julio se ha introducido la solicitud para que se declare parte al doctor Pala-

cios, y no a Ludeña Ullauri, es claro que no ha corrido un solo día del expresado término probatorio, el que principiará y continuará, desde cuando el Juez inferior haga citar a las partes con la ejecutoria que resuelva quienes deben concurrir al juicio legítimamente. Resueltos en los términos anteriores los puntos apelados, sin costas, devuélvase.—*Coiral. — Arizaga. — Dávila.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 18 de 1885, las tres.—Vistos: Aparece del proceso que Ludeña Ullauri, mediante el escrito de fojas 146, que se halla, además, reconocido, ha salido personalmente al juicio; pues por la palabra "personalmente", que emplea el Art. 239 del Código de Enjuiciamientos civiles, no debe entenderse el acto material de que se presente ante el Juez o en el lugar del juicio la persona que revoca el poder, sino que tal presentación la haga en nombre propio, esto es, por medio de algún escrito suscrito por la misma parte, como lo ha practicada el mencionado Ullauri en la solicitud citada; en la cual no sólo revoca el poder conferido al doctor Palacios, mas también se ocupa en lo principal de la causa contestando la tercería. Es, por tanto, indudable que la revocación de dicho poder surtió su efecto legal y que, en consecuencia, en el juicio debía intervenir Ullauri, desde la fecha de aquella revocación. Pero no por esto el doctor Palacios ha quedado exonerado del deber de pagar las costas reclamadas, puesto que, aún prescindiendo de la justicia del auto de fojas 172, éste era inapelable, con arreglo al Art. 1151 del citado Código, ya que en virtud de aquel auto quedó vigente el apremio librado. Por tanto, se declara que el indicado poder cesó desde que el mandante salió a juicio revocándolo: que el referido auto fojas 172 quedó ejecutoriado; y que, en cuanto al término de prueba, debe cumplirse con lo resuelto en el auto de 17 de Diciembre último, por no comprender este punto el recurso. Devuélvanse.—*Cevallos. — Montalvo. — Borrero. — Enriquez.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 76, pág. 601).

Nos referimos a la prop. 277.

CASO 55

Procurador común.

No están obligados a constituirlo los demandados antes de que contesten a la demanda.

Dice la Corte Suprema, en el juicio de Manuel Luzziaga y Cía. contra los herederos de José Peña:

Quito, Junio 10 de 1893.—Vistos: De lo dispuesto en la parte final del Art. 64 del Código de enjuiciamientos en materia civil, se deduce claramente que no se puede obligar a los reos a que constituyan un procurador común mientras no contesten la demanda. Revócase, por consiguiente, el auto de que se ha recurrido. Devuélvanse.—Espinosa.—Castro.—Nieto.—Salazar.—Rivadeneira.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 102, pág. 812).

Véase la proposición 282.

CASO 56

Los Representantes legales de Derecho público no necesitan presentar el título de su representación.

La Corte Suprema dijo, en la causa del administrador del Hospital contra Antonio Soasti:

Quito, Diciembre 7 de 1876, a las dos.—Vistos: Los empleados públicos que, por la ley o los estatutos respectivos, tienen derecho de representar en juicio a las personas jurídicas, no necesitan presentar los títulos de sus nombramientos para legitimar su personería. Supuesto lo dicho, etc.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 45, pág. 359).

Véase la proposición 281.

CASO 57

El curador de la herencia yacente puede representarla en juicio.

En la causa de Luis Medina contra José C. Valencia, se reconoció esta verdad clarísima, en estos términos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Enero 23 de 1909, las tres p. m.—Vistos: El curador representa a su pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones, y administra los bienes de éste, hallándose obligado a la conservación de ellos y a su reparación y cultivo. Siendo de notar que para que el

curador pueda representar al pupilo, es indispensable que la curaduría le haya sido discernida, y para que pueda administrar los bienes es necesario, además, que preceda inventario solemne; por consiguiente, siendo la representación un acto diverso de la administración, es incuestionable que habiéndosele discernido el cargo de curador de la herencia yacente al demandado, éste se halla autorizado para ejercer su cargo, representando a la herencia yacente en juicio, siempre que se trate de actos que puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones, aun cuando el curador no tenga todavía la administración de los bienes. Y aunque se considerara la comparecencia en juicio como un acto de administración, según el Art. 368 del Código Civil, puede el guardador aun antes de que se haga inventario y se le dé la administración de los bienes, tomar parte en ella en cuanto fuese absolutamente necesario. Por lo que, en el presente caso, podía el señor Valencia, aún en el supuesto que acaba de hacerse, representar a la herencia en este juicio, ya que no es posible negar la absoluta necesidad de defenderla. Queda así resuelta la primera de las excepciones. etc.

El fallo de segunda instancia se limitó a confirmar el anterior; y el de tercera dijo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 1º de 1910, a las tres p. m.—Vistos: Considerados los Arts. 363, 380 y 476 del Código Civil, es indudable que el curador de la herencia yacente, discernido el cargo, puede comparecer en juicio para representarla. Por esta consideración, y por la de que, cuando se tratare de hacer efectivo el pago se podrá discutir el punto relativo a los bienes con que deba el curador demandado verificarlo; se confirma, con costas, el auto expedido por la primera Sala de la Corte Superior de Quito el 21 de Mayo próximo pasado. Devuélvanse.—Albán Mestanz.—Montaño.—Villagómez.—Cueva.—Enriquez A.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 96, pág. 768).

Véanse las proposiciones 281 y 295.

CASO 58

Antes de la aceptación del poder, no puede contarse con el apoderado.

En el juicio del Doctor Manuel María Bueno contra David V. Cevallos, se resuelve:

Que los procuradores son partes desde qué se presentan en juicio aceptando el poder que se les hubiere.

conferido; y que, por lo mismo, para que presten mérito ejecutivo las copias que deben sacarse con citación contraria, ésta debe hacerse a la persona obligada, mas no al procurador.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Abril 28 de 1887, las doce del día.—Vistos: La notificación del auto de pago a don Alejandro Freire, se halla arreglada a lo dispuesto especialmente por el inciso tercero del Art. 690 del Código de enjuiciamientos en materia civil, puesto que, probado está, que Freire es procurador judicial de don David Vicente Cevallos, y no le valen, en fuerza de las razones del ejecutante, las que ha alegado aquel procurador a fojas 20 para no entender en este juicio. Como válida aquella notificación, no ha propuesto dentro del término legal otras excepciones que las de la foja citada, las cuales se desechan. Por tanto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se ordena que el ejecutado pague inmediatamente las pensiones de arrendamiento demandadas, o en su caso, se proceda al embargo y remate de la finca hipotecada. Con costas. Y por tanto el escrito de fojas 20 entraña verdadera renuncia del poder, cítese a don David Vicente Cevallos para que por sí o por otro procurador, comparezca en este juicio, entendiéndose que, hasta que esto suceda, continuarán las diligencias con don Alejandro Freire.—Emilio Bustamante.—Francisco Paz.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Junio 1º de 1887, las doce del día.—Citado el procurador del ejecutado con el auto de pago, expuso, en su contestación de fojas 20, que carecía de instrucciones de su comitente; que no podía ejercer el poder, y que no quería hacer uso de él en ningún juicio nuevo. Examinadas estas contestaciones, se observa: que aun cuando la primera pudiera considerársela como una excepción dilatoria de puro derecho, la última constituye más bien una renuncia del poder, renuncia que debió ponerse en conocimiento del mandante, para que, de estar presente, compareciera en juicio, y que no consta de autos su ausencia actual, único caso en que pudo seguirse el juicio con el mandatario; la segunda es una verdadera excepción dilatoria que contiene la afirmación de estar imposibilitado el mandatario para ejercer el poder antedicho; y como esta imposibilidad pudo provenir de cualquier causa, como incapacidad, revocación del mandato u otra, es claro que debió ser justificada por el reo, y, por lo tanto, la causa tuvo de ser abierta a prueba por el Juez de primera instancia, quien, al no hacerlo, ha omitido la solemnidad puntualizada en el N° 3º del Art. 609 del Código de enjuiciamientos. Por estas razones, se declara nulo el proceso, a costa del asesor que ha intervenido en el juicio, desde que la causa estuvo en estado de ser abierta a prueba. Devuélvase.—Guarderas.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 1º de 1887, a las tres y media de la tarde.—Vistos: Los procuradores son partes desde que se presentan en juicio aceptando el poder que se les hubiere conferido; y desde entonces son legales las citaciones que reciben con sujeción a la ley. Por lo mismo, las copias de las escrituras que deben sacar con citación contraria para que presten mérito ejecutivo, ha de darse con la de la persona obligada y no con la del procurador, como se ha hecho en el presente caso. Por tanto, se reforma el auto recurrido, reponiéndose el proceso al estado de fojas 17 en que debió correrse traslado con la demanda, por no ser ejecutivo el título con que se ha aparejado el presente juicio. Devuélvanse.—Ribadeneira.—Salazar.—Nieto.

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 20, pág. 159).

Esta doctrina está conforme con la que expusimos, al tratar de las proposiciones 267 y 268, y al comentar los fallos de los casos 23 y 24.

CASO 59

Debe contarse en segunda y tercera instancia con el mismo mandatario que figuró en primera? ... Confesión del ex-mandatario del cedente en el juicio del cesionario contra el deudor.

En el juicio del Banco Internacional, cesionario del de Quito, contra el Coronel Euclides Angulo, se expidieron las siguientes resoluciones:

1º—Que ninguna ley prescribe que en segunda y tercera instancia se cuente con los mismos procuradores que intervinieron en la primera, aun cuando comparezcan personalmente los mandantes; 2º—Que tratándose de cesión de derechos o créditos personales, el cesionario representa al cedente; 3º—Que a éste se le considera parte en lo relacionado con la cesión; 4º—Que el cesionario, al hacer valer las acciones cedidas ejercita la representación del cedente; y 5º—Que, en consecuencia, la declaración del cedente vale una verdadera confesión.

El texto del fallo es el siguiente: .

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 11 de 1889, a las dos.—Vistos: Tanto en segunda instancia como en ésta ha comparecido el doctor Francisco Andrade Marín representando al Coronel Angulo, con protesta de legitimar su personería, y, tanto en la una como en la otra, se ha sustanciado la causa contando con el primero hasta que el segundo ha ratificado lo obrado y gestionado en persona. Así, no habiendo ley que prescriba que en segunda y tercera instancia se cuente con los mismos procuradores que intervinieron en primera, aun cuando comparezcan personalmente los mandantes, se declara sin lugar la solicitud de fojas 133. En orden a lo principal, se considera: que la Agencia del Banco Internacional ha demandado al Coronel Angulo por los 3.000 dólares e intereses, valor del documento que el Gerente del extinguido "Banco de Quito" ha endosado al Internacional, en 1º de Octubre de 1885: que notificado el coronel Angulo con la demanda, ha propuesto la excepción de no haber recibido el dinero, hecho que resulta cierto; pues reconociendo el cedente la carta de fojas 51 y 52, expresa con juramento: "que siendo Gerente del Banco de Quito, contrató el Coronel Angulo un préstamo de 3.000 dólares, con la garantía de Pedro Rojas, en el mes de Febrero de 1884: que, como formalidad previa, se les hizo firmar el pagaré: que ni antes ni después de esta se entregó el dinero al demandado, ni éste dió orden de que fuese entregado a otra persona: que no obstante haberse oportunamente pedido la devolución del documento, no llegó a devolverse", añadiendo: "que, como el Coronel Angulo no era deudor del Banco de Quito, se advirtió al abogado de ese establecimiento que no tocara con dicho señor; y que, cuando endosó en la Agencia del Banco Internacional los pagarés que tenía el de Quito, tuvo ánimo de recoger el del demandado; pero que fué tal el cúmulo de ocupaciones y el número de los que tenía que endosar, que inadvertidamente y sin voluntad quedó endosado el que debía devolverse, incluyendo el valor de ese pagaré en el saldo de caja que resultare contra la administración". Estas aserciones han sido refutadas, por el procurador de la Agencia del Banco Internacional, por dichos de un testigo singular. Para reforzar tal concepto, opone el epígrafe del parágrafo 4º del Título 1º, Libro 2º del Código de enjuiciamientos en materia civil, la definición de la "confesión" y algunas doctrinas generales. Sobre lo cual se considera, que *testigo* es la persona que depone de un caso que lo presenció o lo oyó de otros, y no quien depone de un hecho propio que le perjudica; pues éste está comprendido en la universalidad de la definición dada en el Art. 848 del referido Código. Además, como el cesionario representa al cedente, éste se considera parte en lo relacionado con la cesión. Así que presta confesión cuando declara no haber existido el crédito cedido. Y no se diga que la ley da derecho al cesionario para pedir que el cedente reconozca o confiese su endoso, y que no le da al deudor el de pedirle confesión para probar, con ella, que ese endoso no podía surtir efecto; pues de que concede expresamente tal derecho al primero, no ha de deducirse que niega al segundo el de pedir

la enunciada confesión, sino lo contrario, puesto que los derechos del actor y los del reo son iguales ante la ley. Por otra parte, si se estableciera que el deudor de un crédito cedido no tiene tal derecho, se admitiría que la ley le había privado de toda defensa en el caso, por ejemplo de que sólo pudiera probar con la confesión del cedente, que ese crédito estaba pagado antes de la cesión, o que provenía de una causa ilícita, o en otros análogos; lo cual es inadmisibile, porque pugna con los principios de justicia universal. En suma, si el Coronel Angulo podía haber deducido contra el Banco de Quito la excepción de que no se le había entregado el dinero y probarla haciendo confesar al Gerente la verdad de ese hecho, también ha podido deducirla en la actual litis, y justificarla por el mismo medio; puesto que el cesionario ocupa el lugar del cedente cuya representación ejercita al hacer valer las acciones cedidas. En mérito de estas consideraciones, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, la sentencia recurrida. Devuélvanse.—Luis A. Salazar.—Vicente Nieto.—Leonidas Batallas.

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N° 132, pág. 1054).

La cuestión considerada en el encabezamiento del fallo de la Corte Suprema —la de no haberse contado en segunda y tercera instancia con el procurador que figuraba en la primera— no ofrece dificultad; pues la regla de que cuando hay procurador en el juicio, se ha de contar con él y no con el mandante (Art. 67), no obsta a que, si al subir el proceso por apelación o tercera instancia, se presenta otra persona ante el superior, con protesta de legitimar su personería, se cuente con ella en las diligencias y trámites posteriores.

Esta protesta obliga al nuevo personero a presentar, bien la sustitución o la ratificación del apoderado anterior, bien una ratificación o nuevo poder del mandante; y con cualquiera de estas cosas, queda legalizada su intervención y válido todo lo obrado.

Aun durante la primera instancia puede ocurrir lo mismo; pues si, habiendo procurador, se presenta otra persona, a nombre del mandante, con la consabida protesta, desde ese momento debe contarse con ella, y no hay nulidad en lo obrado, sino cuando, llegado el caso de la legitimación de la personería del nuevo personero, éste no cumple ese deber.

Esto es de práctica diaria y constante en el foro.

La segunda cuestión, la de la confesión del ex-Gerente requiere un breve recuerdo de los antecedentes:—

El Banco de Quito, al disolverse en quiebra cesió todos sus créditos al Banco Internacional, por medio de la respectiva nota de endoso, firmada por su Gerente. El Banco cesionario demandó a varios deudores y entre ellos al Coronel Euclides Angulo, quien contestó alegando no haber recibido del Banco de Quito la cantidad que figuraba en el documento; y en prueba de su excepción, solicitó y obtuvo declaración jurada del ex-gerente; y el éxito le fue favorable.

Nosotros, sin desconocer la gravedad de las consideraciones aducidas en este fallo, que son, más o menos, las mismas que en otros se han aducido, nos hemos inclinado siempre a la opinión contraria, por las razones que emitimos someramente al estudiar la prop. 288 y al comentar el inciso cuatro del Art. 56, reservándonos para ocuparnos más ampliamente en esta cuestión, cuando, al estudiar la confesión de parte, en la materia de las pruebas, nos ocupemos especialmente en la respectiva proposición del programa.

CASO 60

Desistimiento en un juicio de separación de bienes.

En el juicio Dávila Muñoz con Ordóñez Mata, resuélvese:

Que la mujer que ha propuesto demanda de separación de bienes no puede desistir.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Octubre 28 de 1918, las nueve de la mañana.—Vistos: Por hecha la redargución de falsedad. No puede terminar por desistimiento el litigio de separación de bienes, entre cónyuges, por prohibición expresa de la ley (Art. 147 del Código Civil, 452, N° 1 del Código de enjuiciamientos civiles y Art. 72, N° 2° de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por estos fundamentos, se niega el desistimiento pedido por la señora Josefina Dávila Muñoz. Legalícese al sello de cuarta clase el papel empleado.—Ochoa Alvear.

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Diciembre 6 de 1918, a las 2 p. m.—Vistos: 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 prohíbe 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 o 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. Por lo expuesto, se confirma con costas el auto apelado. Devuélvanse.—Vásquez C.—Torres.—Farfán.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 13 de 1919, a las cuatro de la tarde.—Vistos: Aunque por no haberse demostrado el provecho de que el desistimiento prive al reo o a la acreedora Hortensia Mata v. de Ordóñez, no es aplicable, al caso, lo dispuesto en el Art. 452, N° 2º del Código de enjuiciamientos; con todo es legal al auto recurrido, por hallarse arreglado al N° 1º del propio artículo y al 2º del 72 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta virtud, se confirma, con costas, el expresado auto. Devuélvanse.—Cárdenas.—Albán Mestanza.—Pino.—Vásconez.—Ponce.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 19, pág. 150).

En este caso no tenemos cuestión alguna de mandato ni de representación legal; pero hemos creído conveniente consignarlo en este lugar, sólo por la referencia que a él hicimos al resolver, en la prop. 295, las diversas cuestiones relativas a los representantes legales, en orden a las funciones extraordinarias puntualizadas por el Art. 56.

Volveremos a tratar este punto al estudiar la separación de bienes.

CASO 61

Expirada la representación antes del juicio, por muerte del representado, pueden ser válidas las gestiones Judiciales del representante, en virtud de la ignorancia de éste o de la buena fe del tercero, conforme al Art. 2160.

En el juicio de Agustina León con Epifania Yulán, figuró aquélla como curadora de bienes de su marido, siendo así que éste había fallecido antes que comenzase el juicio. Probado este hecho, y por cuanto la curaduría termina por la muerte del pupilo, la Corte Superior de Cuenca declaró nulo el proceso, a costa de la demandante; mas la Suprema revocó el fallo, fundándose en que no constaba de autos que la León hubiese sabido la muerte de su marido, y aplicando el Art. 2160 del Código Civil, en virtud de la analogía entre el mandato y la curaduría.

Los fallos son del tenor siguiente:

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Noviembre 14 de 1918, las cuatro de la tarde.—Vistos: Atento los Arts. 810 del Código de enjuiciamientos civiles y el 297 del Civil, aquel que rechace una partida que compruebe el estado civil, debe justificar que dicho documento no se refiere a la persona a quien se pretende aplicarlo, porque el que se presenta tiene la presunción legal de su autenticidad y fuerza, y que corresponde al individuo a quien la partida se refiere. Según estos preceptos legales, Francisco Serrano que impugnó la identidad de la partida de defunción acreditada por la copia del acta de Registro Civil debía probar que aquel testimonio no se refería a José Luis Espinosa, marido de Agustina León, sino a otra persona; prueba que no la ha presentado. Por el contrario el demandado Yulán, a más de que tiene en su favor la presunción legal antedicha, ha comprobado con dos testigos y con la copia de la posesión efectiva en los bienes del citado Espinosa, que la partida de muerte dada por el Jefe de Registro Civil de Santa Rosa, corresponde al mismo Espinosa marido de Agustina León; y como la muerte ha acontecido en Febrero del presente año, resulta que la referida señora León no ha podido proponer demanda a los cuatro meses de muerto el marido, ni con el carácter de curadora de los bienes del ausente marido, ni menos con el de administradora de la sociedad conyugal; porque muerto el esposo se disolvió la sociedad conyugal, y terminó la curatela de los bienes del ausente, atentos los Arts. 119, 1754 y 480 del Código Civil, únicos aplicables a

este caso y no los de contrato de sociedad. Por consiguiente, habiendo propuesto la señora León la demanda con el carácter de curadora de su marido ausente, cuando había terminado su cargo, ha procedido sin personería legítima, y el juicio es nulo por haberse faltado a la solemnidad segunda del Art. 407 del Código adjetivo. En esta virtud, se declara nulo todo el juicio desde la demanda a costa de la demandante, Agustina León. Devuélvase.—Vásquez C.—Torres.—Farián.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 3 de 1919, a las tres de la tarde.—Vistos: Ninguna prueba se ha presentado contra la autenticidad y pureza de la partida de defunción de José Luis Espinosa: las que se presumen, según lo prescrito en el Art. 296 del Código Civil, y en el 810 del Código de enjuiciamiento civil, y a las que no se opone el haberse omitido la designación del nombre del cónyuge sobreviviente, que no es solemnidad sustancial del instrumento. Tocaba, pues, a quien impugnó dicha partida, probar la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere, y la persona a quien se pretende aplicarlo (Art. 297 del Código Civil y 810 del de procedimientos); y tampoco se ha presentado esa prueba, ya que no puede tenerse por tal el que en la partida aparezca el nombre de José unido al de Luis ni el haberse omitido la designación del cónyuge sobreviviente: no lo primero, porque es muy común que personas a quienes ordinariamente se los llama con un solo nombre, tengan varios, que se hacen constar en las partidas de nacimiento y de defunción; no lo segundo, porque aquella designación no es necesaria para que se considere que la partida es relativa a la persona que en ella se menciona, si ésta fue sacada. Ha de tenerse por tanto, como hecho cierto que Luis Espinosa, marido de Agustina León, falleció el 15 de Febrero en Caluguro, cantón de Santa Rosa, en la provincia de El Oro. La curaduría de los bienes del ausente termina por su fallecimiento (Art. 480 del Código Civil). Mas como no es racional suponer que las funciones propias de un cargo establecido por la ley cesen sin que la persona que lo ejerce sepa que se ha verificado el hecho por el cual termina el cargo, a falta de ley expresa sobre este punto en el Título XXVI del Código Civil, respectivo a las curadurías de bienes, es necesario cumplir la regla séptima del Art. 18 del Código Civil, aplicando las leyes de la terminación del mandato por muerte del mandante, por ser de analogía manifiesta los dos casos: la curaduría es como un mandato establecido por la ley. Ni es posible suponer que el curador de bienes del ausente, nombrado porque no se supo del paradero de éste, o porque dejó de estar en comunicación con los suyos, deba, cada vez que ejecuta un acto en desempeño de su cargo, asegurarse de que en el momento que lo ejecuta está vivo el ausente a quien representa; lo que haría imposible representarlo. Aunque el mandato termina por la muerte del mandante (Nº 5 del Art. 2150 del Código Civil), el mandatario no cesa en sus funciones, sino sabida esa muerte; aún sabida, si de suspendérselas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, estará obligado a finalizar la gestión principiada; y, en general,

siempre que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante (Arts. 2155 y 2160 del Código Civil). Y puesto que no es posible la prueba de que una persona ignoró en determinado tiempo un hecho, es claro que a quien alega que el curador de bienes del ausente terminó en sus funciones por muerte de éste, incumbe probar que aquél la supo al tiempo del acto o de la gestión de que se trata. En este juicio no hay prueba alguna de que Agustina León sabía la muerte de su marido Luis Espinosa, cuando, como su curadora, dedujo la demanda de la foja primera, ni que ella o su procurador lo supusiesen durante el juicio, antes de que se presentara la partida de defunción: y es de notarse que el demandado no tuvo conocimiento de la muerte de Luis Espinosa, cuando contestó la demanda, ni manifestó conocerla sino en segunda instancia, en el escrito de 7 de Agosto de 1918 (fojas 6-11). Por lo expuesto se revoca el auto recurrido. Devuélvase.—Cárdenas.—Albán Mestanza.—Vásconez.—Páez.—Ponce.

- ("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 26, pág. 205).

En orden a la doctrina aplicada en estos fallos nos referimos a lo dicho al respecto, al estudiar la prop. 280,

CASO 62

Un tinterillo no puede ser apoderado, ni puede revocarse la resolución que le declaró tal.

En el juicio Chávez - Fierro se declara:

1°—Que los tinterillos son incapaces de ejercer procuración judicial; 2°—Que, constando de la "Gaceta Judicial" (N° 15 de la Primera Serie), que Rafael Jarrín Zapata procurador de una de las partes, ha sido declarado tinterillo muchos años antes, el proceso es nulo, a costa del mismo tinterillo que ha ocultado su incapacidad; y 3°—Que no surte efecto la resolución en que el Director de Estudios revocó su resolución en que calificó de tinterillo a ese individuo.

En primera y segunda instancia no se tomó en cuenta esa circunstancia, y los fallos se limitaron a rechazar las excepciones y condenar al ejecutado. Mas la Corte Suprema dijo:

Quito, Octubre 7 de 1920, a las dos de la tarde.—Vistos: En la "Gaceta Judicial", N° 15 de la primera serie, consta que Rafael Jarrín Z.

fue calificado como tinterillo; y, por esto, atento el Art. 49, N° 6º, del Código de enjuiciamiento, Jarrín Z. es incapaz para el ejercicio de la procuración. Seguida con él esta causa, se ha faltado a la segunda de las solemnidades sustanciales señaladas en el Art. 407; y, por lo tanto, el proceso es nulo. Así declarada la nulidad a costa de Jarrín Z., que ha ocultado su inhabilidad para ser procurador, se ordena vuelva el proceso al estado inmediato anterior al escrito de fojas 7. Al liquidar el costo de la reposición, se observará lo dispuesto por el Art. 419. Legalizado este papel, devuélvanse. *Albán Mestanza.—Cárdenas.—Pino.—Peñaherrera.—Ayora.*

Del tenor de este fallo y de las actuaciones de tercera instancia, que hemos examinado, se infiere que no se alegó por las partes ni constaba de autos el hecho de haber sido Jarrín Zapata declarado tinterillo, y el Tribunal procedió *motu proprio*, basándose sólo en la "Gaceta Judicial".

Pidióse revocación, alegando que el Director de Estudios, que pronunció aquella declaración en contra de Jarrín Zapata, la había revocado posteriormente, en vista de nuevas pruebas; mas el Tribunal la denegó diciendo:

Quito, Noviembre 3 de 1920, a las dos de la tarde.—Vistos: Ni la Ley de Instrucción Pública vigente en 1902 y 1903, ni ninguna otra disposición legal autorizaba al Director de Estudios para revocar, en cualquier tiempo, la resolución que calificó de tinterillo a Rafael Jarrín Z.; y, por esto, sin hacer mérito de la resolución de fojas 48, expedida a más de un año de cumplida y ejecutada la primera de las expresadas resoluciones, se deniega la solicitud de revocación del auto de fojas 47.—*Albán Mestanza.—Cárdenas.—Pino.—Peñaherrera.—Ayora.*

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 51, pág. 407).

En 1892 y 93, la Ley de Instrucción Pública atribuía al Director de Estudios perseguir a los tinterillos, como lo indicamos al comentar el Art. 49; y como las resoluciones de aquel funcionario no podían tener sino un carácter disciplinario y meramente administrativo, no nos parece estrictamente jurídico reconocer a sus resoluciones la inviolabilidad propia de las sentencias judiciales y la autoridad de la cosa juzgada.

CASO 62 bis

APENDICE (1)

**Representación ejercida a nombre de persona difunta.—
Cabe ratificación de los herederos?**

En el juicio de nulidad del testamento de Manuel Sibri, se resuelve:

Que es ilegal la representación de quien gestiona en juicio a nombre de una persona ya fallecida; y que la nulidad proveniente de esa causa no puede ser subsanada por la intervención o ratificación de los herederos.

Texto del fallo supremo:

Quito, a 1º de Junio de 1922, a las tres de la tarde.—Vistos: La muerte es el fin de la existencia de las personas, como lo declara el Art. 75 del Código Civil, y con ella termina toda la personalidad jurídica, bien para celebrar contratos, bien para comparecer en juicio por medio de mandatario o representante legal. En el presente caso, Fernando Paredes ha demandado, en su calidad de representante legal de su esposa Andrea Lema, la nulidad del testamento de Manuel Sibri, y como la partida de defunción de fojas 11 del segundo cuaderno demuestra que la expresada Lema murió meses antes de que se propusiera la demanda, la representación de Paredes se refiere a persona que no existía y que no podía absolutamente ser representada en el juicio, motivo por el cual la indicada representación no tiene valor legal; y no puede ser subsanada esta invalidez con la intervención o ratificación de quienes se presentan como herederos de la finada Lema, ya porque la ratificación tiene fundamento razonable cuando ella es por parte de la persona que fue capaz de ejercitar el hecho efectuado por el que aparece como su representante, ya porque no habiendo existido la Lema cuando se presentó la demanda, ella no pudo transmitir derecho alguno a sus herederos en orden a una ratificación sin fundamento legal. Por lo expuesto, se confirma con costas, el auto recurrido. Legalizado este papel, devuélvanse.—Peñaherrera.—Pino.—Ayora.—Escudero.—Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, Nº 123, pág. 988).

(1) Escrito ya todo lo que precede, publicóse en la "Gaceta Judicial" el caso que consignamos en este lugar, por las razones que exponemos en el comentario.

Aunque este caso no versa sobre procuración, creemos conveniente mencionarlo ahora, porque, para el efecto de lo dispuesto por el Art. 2160 del Código Civil, podía haberse tenido en cuenta la analogía de la representación marital con la del mandatario, como se tuvo en cuenta la del curador en el caso 61. Mas en el actual se prescindió de la analogía, quizá porque ni se alegó la ignorancia o buena fe del representante. Por lo demás, la doctrina aquí aplicada es la misma en que se basó la resolución del caso 27.

Nos referimos por tanto, a lo expuesto sobre la prop. 280 y sobre los mencionados casos 27 y 61.

SECCION TERCERA

De los peritos

Art. 69.—Se nombrarán peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimiento sobre alguna ciencia, arte u oficio.

Art. 70.—El nombramiento debe recaer en personas de conocida honradez y probidad, y que tengan suficientes conocimientos en la materia sobre que deban informar.

Art. 71.—Cada una de las partes nombrará un perito; y de hallarse éstos discordes en su informe, el juez nombrará un tercero.

El perito debe ser persona conocida y residente en el lugar donde debe practicarse la diligencia, o en el que se sigue el juicio, y la parte que lo designe está obligada a señalar el lugar donde ha de notificársele el nombramiento (1).

Art. 72.—Si alguna de las partes no nombrare perito dentro del término que se le hubiere señalado, lo nombrará el juez en rebeldía.

Igualmente procederá el juez a designar el perito, si el nombrado por alguna de las partes se excusa de admitir el cargo o deja caducar su nombramiento, o no se presenta a juramentarse, dentro del plazo que el juez le señale (2).

Art. 73.—Los profesores en ciencias, artes u oficios, no podrán excusarse sino por justa causa calificada por el juez.

Art. 74.—Para desempeñar el cargo de peritos, deben los nombrados aceptarlo y jurar que lo desempeñarán fiel y legalmente.

Art. 75.—El informe de los peritos será redactado con claridad y con expresión de los fundamentos en que

(1) Inciso agregado en 1923. Véase el comentario de este artículo.

(2) Inciso agregado en 1923. Véase el comentario.

se apoye; y si fuere oscuro o insuficiente para esclarecer el hecho disputado, el juez, de oficio o a petición de parte, exigirá de ellos la conveniente explicación.

Art. 76.—Si el dictamen de los peritos adolece de error esencial, probado éste sumariamente, deberá el juez, a petición de parte o de oficio, ordenar que se corrija por otros peritos, sin perjuicio de la responsabilidad en que los anteriores hubieren incurrido por dolo o mala fe.

Art. 77.—En caso de discordia entre los peritos, prevalecerá el dictamen del tercero, quien podrá o no adherirse al parecer de uno de ellos.

Art. 78.—El juez expresará con claridad, en el decreto de nombramiento el objeto que éste tuviere, y fijará el término dentro del cual los peritos deban desempeñar su cargo, atendidas las circunstancias. Si los peritos no lo hicieren, serán apremiados, a petición de parte, y, además, el juez podrá imponerles multa hasta de ochenta sucres.

Art. 79.—Se entenderá caducado el nombramiento de los peritos, cuando no hubieren desempeñado el cargo dentro de los quince días posteriores a la respectiva aceptación, sin que haya habido causa justificativa suficiente, a juicio del juez.

Art. 80.—Cada parte podrá recusar libremente un perito dentro de veinticuatro horas; y las demás recusaciones, deberán fundarse en las causas de tacha de los testigos.

Art. 81.—El que ha nombrado un perito no puede recusarlo, sino por causa superveniente.

Art. 82.—Si el juez no encuentra suficiente claridad en el informe de los peritos, podrá, de oficio, nombrar otro u otros que practiquen nueva operación. Podrá, asimismo, pedir a los peritos anteriores los datos que él estime necesarios.

No es obligación del juez el atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos.

SECCION CUARTA

De los intérpretes

Art. 83.—Deben nombrarse intérpretes para la inteligencia de documentos escritos en caracteres anticuados o desconocidos; para examinar a los que ignoren el idioma castellano, o a los testigos mudos que no sepan escribir, y para traducir los documentos escritos en idioma extraño.

Art. 84.—La omisión del nombramiento de intérpretes, cuando haya que examinar a los que ignoren el idioma castellano, o a los mudos que no sepan escribir, causará la nulidad de la respectiva diligencia.

Art. 85.—Para intérprete, se necesita ser mayor de edad, conocedor del idioma castellano, e inteligente o práctico en lo que ha de menester para el desempeño de su cargo.

Art. 86.—Es común a los intérpretes lo dispuesto en los Arts. 74 y 78.

Art. 87.—El juez nombrará dos intérpretes, cada vez que se los necesite; a menos que las partes acuerden que sea uno sólo (1).

Art. 88.—Los intérpretes no podrán excusarse sino por justa causa calificada por el juez.

(1) Art. 3º de la ley de 1923, sustitutivo del 87 del Código. Véase el comentario.

Exposición Doctrinal

SINOPSIS

(Continuación del programa)

Peritos

298.—Concepto de la función pericial.—Lugar que cada institución ocupa en la Legislación.—Peritos para leyes extranjeras.—Diferencia entre peritos y testigos.

299.—En qué casos tiene lugar la intervención pericial? Es meramente complementaria de la inspección judicial o puede pedirse y practicarse sin ésta?

300.—Peritos y empíricos.—Hay distinción legal?

301.—Condiciones de aptitud.—Honradez.—Conocimientos.—Sanción.—Título.—Edad.—Ciudadanía.—Residencia.

302.—Manera de hacer el nombramiento de peritos.—Sistema de nuestro Código y de otras legislaciones.—Inconvenientes y ventajas.

303.—Aceptación forzosa para los profesores; voluntaria para los demás.—Sanción.—Paralelo con la legislación penal.—Trámite para la aplicación de las sanciones.

304.—Forma de la aceptación.—Juramento.—Importancia histórica, social y jurídica de esta diligencia.—Sus diversas especies.—Sus formas.—Sanciones legales y sociales.

305.—Excusa.—Recusaciones.—Sus motivos.—Manera de ventilarlas.—Reemplazo del excusado o recusado.

306.—Deber esencial de los peritos.—Modo de cumplirlo.—Fijación de la materia y del plazo por el juez.—Forma del examen y requisitos del informe pericial.

307.—Sanciones para el caso de inejecución.—Caducidad.—Su historia, naturaleza y efectos.

308.—Mérito legal del informe de peritos.—Libertad de apreciación concedida al juez.—Reglas o criterios a que debe atenderse.

309.—Discordia de los peritos.—Manera de dirimirla.—Mérito del informe del perito dirimente.—Discordia entre tres o más peritos.

310.—Defectos del informe: oscuridad, insuficiencia, errores.—Modo de anotarlos y corregirlos.—Error esencial.—Sanciones por el mal desempeño del cargo.

311.—Honorario de los peritos.

312.—Peritos extrajudiciales.

Intérpretes

313.—Naturaleza de la función de los intérpretes.—Analogía con la de los peritos.—Consecuencia.

314.—Necesidad legal del nombramiento de intérpretes.—Efectos de la omisión.—Confesión del mudo o del que ignora el idioma.

315.—Nombramiento, recusación, excusa de los intérpretes.

316.—Mérito legal de los actos de los intérpretes.—Vale en un juicio la copia de la traducción hecha en otro?...

317.—Honorario de los intérpretes.

Desarrollo del Programa

LECCION 1

298.—Concepto de la función pericial.— Lugar que esta institución ocupa en la Legislación.— Peritos para leyes extranjeras.— Diferencia entre peritos y testigos.

Peritos son los poseedores de alguna ciencia o arte diversa de la Jurisprudencia, llamados a informar en juicio sobre los hechos litigiosos para cuyo conocimiento o apreciación requiérese el auxilio de dicha ciencia o arte.

Como al Juez le toca decidir sobre los hechos y sobre el derecho, puede decirse, con Bonnier y otros autores, que los peritos son auxiliares del juez para la primera de esas funciones, la decisión sobre los hechos. Mas esto no obsta a que los informes periciales se consideren como **verdaderas pruebas**, esto es, como medios o elementos de convicción de que las partes puedan valerse para el esclarecimiento de los hechos en que se fundan sus pretensiones.

Nuestro legislador, siguiendo el primer criterio, es decir, considerando en cierto modo a los peritos como asesores para la cuestión de hecho, trata de ellos en este tí-

tulo "De las personas que intervienen en los juicios", de acuerdo con su principal modelo, el Código Peruano antiguo, y con ciertas tradiciones jurídicas. Mas las legislaciones modernas los colocan en la materia de las pruebas, como lo veremos cuando estudiemos esa materia.

Por ahora, sin detenernos en la cuestión del lugar, que es de poca importancia, y reservando para entonces algunos puntos relativos a la prueba pericial, seguiremos examinando las proposiciones del programa relacionadas con esta sección del Código.

Peritos para leyes extranjeras.—Los peritos auxilian al juez para el conocimiento y apreciación de los hechos; en los puntos de derecho no les toca intervenir de ningún modo. Mas si el caso requiere el conocimiento o aplicación de leyes extranjeras, esa intervención no pugna con los principios jurídicos, porque el juez no está obligado a tener conocimiento anterior de esas leyes, y la existencia y el contenido de ellas constituyen una cuestión de hecho que debe esclarecerse en el juicio, por cualesquiera medios probatorios apropiados.

Tampoco pugna con el tenor literal de nuestro Código que, en términos muy generales, dice: "Art. 69.—Se nombrarán peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio" (1).

Diferencia entre peritos y testigos.—La función de los peritos difiere esencialmente de la de los testigos. Estos **relatan** lo que vieron u oyeron; lo que llegaron a conocer por medio de sus sentidos o facultades perceptivas; aquéllos **opinan** sobre ciertos hechos conocidos,

(1) El Código Chileno lo declara y admite expresamente, diciendo:

"Art. 413.—Podrá también oírse el informe de peritos:

1º—Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte; y

2º—Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

Los gastos que en estos casos se originen por la diligencia misma o por la comparecencia de la otra parte al lugar donde debe practicarse, serán de cargo de que la hubiere solicitado; salvo que el tribunal estime necesaria la medida para el esclarecimiento de la cuestión, y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre el pago de costas".

deduciendo las conclusiones que les sugiere la ciencia o arte que poseen. Los primeros intervienen para revivir en cierto modo hechos pasados; los segundos informan ordinariamente sobre hechos presentes, o bien sobre hechos pasados que han sido ya reproducidos o consignados en el proceso, por otros medios.

Los testigos traen los hechos al juez; los peritos le ayudan a estimarlos, es decir, son, según la gráfica expresión de Bonnier, las lentes que abultan o aproximan los objetos, para hacerlos perceptibles a los ojos del juez.

Los peritos pueden ser escogidos entre todos los individuos conocedores de la ciencia o arte de que se trate; los testigos no pueden ser otros que los que presenciaron los hechos, y son, por tanto, limitados por la naturaleza de las cosas.

No obstante estas diferencias en sus notas características esenciales, la función pericial y la que desempeñan los testigos tienen puntos de aproximación y contacto en sus esferas de acción; porque, en los informes periciales hay, no sólo las conclusiones técnicas, sino también una parte descriptiva o narrativa, en que se consignan los hechos en que aquéllas se fundan o que sirven para ilustrarlas (que en tal sitio existe un acueducto; que el día de la inspección estaba seco o corría el agua, etc.); hechos que pueden muy bien ser reconocidos y comprobados por la inspección del juez, por confesión de parte, por testigos, etc.

Por otra parte, en muchos casos, los testigos, para responder sobre los hechos a que las preguntas se refieren, necesitan hacer uso de sus conocimientos especiales en ciertas materias. Tratándose, por ejemplo, de una reclamación de perjuicios por un caballo o un anillo que ya no existen o no pueden ser reconocidos, se interroga a los testigos: si el caballo era viejo o joven, lisiado o sano; si el anillo era de oro y tenía engastado un diamante, etc.

Por esto, el Código, al tratar del valor probatorio de las declaraciones de testigos, dice:

"Art. 252.—Son legalmente verdaderas:

"1.º—Las declaraciones de testigos idóneos, presenciales y contestes
"sobre los hechos o dichos que vieron u oyeron;

2º.—La de los testigos idóneos y contestes que dan razón de su dicho, o demuestran que tienen motivo especial para saber lo que declaran, aunque no sean presenciales; y

3º.—Las declaraciones de los testigos que se apoyan en el concepto que han formado, por sus conocimientos especiales en la materia del pleito".

En casos como los del ejemplo, y en muchos otros, aun para percibir con claridad y distinción los hechos que van a relatarse, se requiere cierto grado de conocimientos anteriores. El testigo no es mera máquina que va a reflejar las imágenes de las cosas que impresionan sus sentidos: por el contrario, aun para el más sencillo relato, necesita hacer ciertas apreciaciones o juicios, sin los cuales le sería imposible comprender y discernir lo que sus sentidos percibieron, ni hacer conocer a otras personas los hechos que él percibió.

Sin esos conocimientos anteriores, no puede, a veces, el testigo ni fijar la atención en los hechos que se ofrecen a sus sentidos, ni reconocerlos fielmente, ni recomendarlos a la memoria; y de allí que la sana razón y la crítica forense indiquen que es más valiosa e importante la declaración de los testigos que cuentan con mayor inteligencia y mejores conocimientos, relativamente a los hechos que declaran. Pero en todo caso ellos han de declarar sobre lo que, mediante esos conocimientos, pudieron percibir con sus sentidos.

El concepto es, pues, lógicamente diverso de la percepción, aunque vaya íntimamente unido a ella. En virtud de sus conocimientos especiales, puede un hombre saber, a la simple vista, que un caballo es viejo o joven; que el anillo es de oro, y la piedra, diamante. La instrucción técnica anterior y el criterio actual de los sentidos, le bastan para adquirir esa noción y basar en ella su declaración testimonial.

El Código, empero, va más allá; pues permite interrogar a los testigos aun sobre meros conceptos. Así en los casos del ejemplo, puede preguntárseles si el caballo o el anillo valían aproximadamente tanto. El concepto de los testigos llega entonces a confundirse con un dictamen pericial, y hasta podría ser reemplazado por éste, sobre la base de una descripción minuciosa consignada

en el proceso (1), quedando, por lo mismo, sujeto al prudente criterio del juez, como cualquier informe de peritos, y aun con mayor razón.

Resumiendo lo expuesto respecto de las relaciones y diferencias entre los testigos y los peritos, podemos decir:

1º—En los testigos, lo sustancial es la narración de los hechos que pasaron; si bien cabe que sobre esa base, emitan sus conceptos. (Ellos conocieron el caballo o el anillo; y porque los conocieron los describen, y sobre la base de esa descripción emiten su concepto respecto del valor). En los peritos, lo esencial son los conceptos o conclusiones que les sugieren los hechos comprobados por cualesquiera medios (inspección judicial, testigos, documentos o la descripción o narración de los mismos peritos).

2º—Los peritos pueden ser escogidos, y se supone que lo son siempre, entre los más idóneos en la respectiva ciencia o arte; y puede, en ciertos casos, elegirlos el mismo juez, para ilustrar su criterio. Los testigos no pueden ser otros que los que presenciaron los hechos o tuvieron noticia personal de ellos, aunque para apreciarlos y describirlos hagan uso de sus conocimientos técnicos.

3º—Los peritos, por lo mismo que pueden y deben ser escogidos, pueden también ser recusados; lo cual no cabe respecto de los testigos.

4º—Los testigos (lo mismo que todas las pruebas), auxilian al juez para la administración de justicia; pero de modo directo e inmediato sirven a la parte cuyos derechos apoyan. Los peritos sirven directamente al juez, cuyo criterio deben ilustrar.

5º—Como consecuencia, la parcialidad de los primeros puede ocasionarles responsabilidad por perjurio,

(1) Se puede, por ejemplo, nombrar peritos para que informen sobre el valor de un caballo de tal edad, tamaño, raza, calidad, etc., o de un anillo de oro con un diamante de ciertas condiciones puntualizadas en el proceso, aunque el caballo o el anillo ya no existan o no estén a la vista.

si llega a ese extremo; mas la de los segundos puede hacerles reos de prevaricato (1).

En otros términos, podemos concluir diciendo con Mattiolo, que la función pericial, considerada en sus diversos aspectos y elementos, guarda relación o analogía con la testimonial, en cuanto sirve para dar a conocer ciertos hechos, y con la judicial, a cuyo cabal desempeño coopera directamente, facilitándole la apreciación de ellos (2).

299.—En qué casos tiene lugar la intervención pericial?... Es meramente complementaria de la inspección judicial o puede pedirse y practicarse sin ésta?

Según la regla legal del Art. 69, transcrita en la proposición precedente y de todo en todo conforme con la naturaleza y objeto de la institución, puede pedirse y ordenarse el nombramiento de peritos siempre que se trate de asuntos litigiosos que requieran conocimientos especiales en alguna ciencia o arte diversa de la Jurisprudencia (3). Y no obsta a esto la circunstancia de que el juez, no como tal, sino como persona ilustrada en diversos ramos del saber humano, posea dichos conocimientos; los cuales, si bien pueden servirle para comprender y apreciar mejor el informe pericial, no le eximen de llenar el precepto y las formas legales, según el axioma jurídico *non sufficit ut iudex sciat sed necesse est ut ordine juris sciat*.

(1) Nuestro Código Penal no hace mención de los peritos, al tratar de la prevaricación, en el Capítulo V del Libro V del Código Penal, Arts. 234 a 239.

(2) "El cargo de perito es en parte análogo al de testigo en cuanto se refiere al hecho que ha de probarse, y en parte análogo al del juez por la opinión que es llamado a emitir según las reglas del arte o ciencia que profesa sobre las causas o efectos del hecho".—Mattiolo, Tomo 1º Pág. 281.

(3) Hay casos en que la ley dispone expresamente la intervención de peritos y otros en que la intervención es procedente, por la naturaleza del asunto, sin necesidad de disposición especial de la ley. Véase el comentario del Art. 69.

Mas la intervención pericial es en todo caso complementaria de la experiencia personal del juez, llamada, **inspección judicial**, o puede tener cabida como diligencia aparte e independiente?...

Bonnier, que, como hemos visto, considera a los peritos como meros auxiliares del juez, adopta el primer sistema, conforme con las antiguas instituciones y costumbres francesas (1); y nuestro legislador da lugar a suponer que piensa del mismo modo, cuando, al enumerar los medios de prueba en el Art. 151, conforme con el 1688 del Código sustantivo, no menciona a los peritos, ni habla de estos en toda la **sección** de las pruebas, sino a propósito de la inspección judicial. Mas si se tiene en cuenta, por una parte, la generalidad de los términos del Art. 69, y por otra, la circunstancia de que hay muchos casos en que, siendo evidentemente útiles y apropiados los informes periciales, la inspección del juez no tendría objeto ni razón de ser, nos inclinamos a creer que no sería contraria a nuestro sistema la intervención de peritos, sin inspección judicial; v. gr. para calcular el valor del caballo o del anillo que ya no existen, pero cuya descripción prolija consta de autos; para ejecutar una operación matemática o deducir cualesquiera otras conclusiones técnicas, sobre datos constantes del proceso, etc.

En la mayor parte de los Códigos extranjeros figura, como dijimos arriba, la información pericial como prueba diversa de la testimonial y de la inspección del juez; y Mittermaier, dilucidando ampliamente este punto, la considera también como una prueba **sui generis** (2).

Al llegar a la materia de las pruebas, volveremos a considerar esta cuestión, y veremos también si es indispensable que los informes periciales se presenten durante el término probatorio; y si, presentados después, caben observaciones, petición de aclaraciones, ampliaciones, etc.

(1) La Ordenanza de 1697 (entre otras) que confundía en un mismo título el reconocimiento judicial con el juicio de peritos.

(2) Página 170.

300.—Peritos y empíricos.— Hay distinción legal?

En nuestro lenguaje jurídico civil, un individuo es **perito** en virtud del nombramiento y de su aceptación, hechos en la forma legal, como un abogado es asesor desde que el juez de la causa le confiere ese cargo. Es perito en la respectiva causa y para el mero efecto de intervenir en ella, tenga o no título profesional, y cualquiera que sea el grado de sus conocimientos en la materia. En consecuencia, no hay distinción entre **peritos** y **empíricos**; y esta última palabra no se usa ni tiene cabida en caso alguno.

En lo penal, siguiendo el lenguaje vulgar, usado también en la generalidad de las legislaciones, se llama **peritos** a todos los individuos que tienen título profesional, y **empíricos** a los que, sin estudios profesionales ni título, poseen conocimientos adquiridos por la práctica o la rutina, en alguna ciencia, arte u oficio. Arts. 72 y otros.

En filosofía, el **empirismo** es el sistema que funda el conocimiento de la verdad únicamente en la experiencia.

301.—Condiciones de aptitud.—Honradez.—Conocimientos.— Sanción.— Título.— Edad.— Ciudadanía.— Residencia.

Nuestro Código exige que el nombramiento de peritos recaiga en **personas de conocida honradez y probidad** y de **suficientes conocimientos** en la materia. (Art. 70). Mas el concepto de la **honradez** y **probidad** es tan vago y relativo, que tal vez en caso alguno podría el juez rechazar, de oficio o a petición de parte, a ningún perito, por falta de tal requisito. Y casi lo mismo podemos decir de los **conocimientos suficientes**, salvo que, por la confesión o por otro medio evidente, se pueda demostrar a ciencia cierta la **impericia** del **pretense perito**.

Por manera que, prácticamente, esta regla del Código redúcese a un mero consejo, sin sanción ni fuerza legal.

Título.—Nuestra ley no exige título profesional a los peritos, ni siquiera da la preferencia a las personas que

lo tienen, como pasa en varios Códigos extranjeros (1), y también en el nuestro de Procedimiento Penal, que al tratar del **cuerpo del delito**, permite en el Art. 70, practicar el reconocimiento por **empíricos**, sólo en caso de falta de **peritos titulados**.

Esa preferencia es muy natural, y debiera ser establecida también en lo civil, por lo menos para los casos en que le toca al juez hacer el nombramiento.

La única distinción que nuestra ley hace entre los peritos titulados o **profesores** (que es su palabra) y los no titulados, es la de que los primeros no pueden excusarse del cargo sino por causa justa, a juicio del juez, mientras que, para los segundos, es libre y voluntaria la aceptación. Distinción muy justa y razonable.

Ciudadanía.—Tampoco se necesita, según nuestra ley, la ciudadanía, que en otros países es requisito indispensable, por considerarse la función pericial como un servicio público. Pueden, por tanto, ser peritos en el Ecuador los extranjeros, los analfabetos y aun los que, por fallo judicial, han perdido la calidad de ciudadanos.

Edad.—Por fin, nuestra ley no exige siquiera la **mayor edad**, que es indispensable aun para los actos más insignificantes de la vida civil.

Residencia.—La ley reformativa expedida en 1923 exige que los peritos residan en el lugar del juicio o en donde deba practicarse la diligencia. Al comentar el respectivo artículo de esa ley, expondremos los antecedentes y motivos de ella, y sus inconvenientes prácticos. (Prop. 319).

(1) Código Chileno. Art. 415.—Salvo acuerdo expreso de las partes no podrán ser peritos:

1º—Los que fueren inhábiles para declarar como testigos en el juicio; y

2º—Los que no tuvieren título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia u arte cuyo conocimiento se requiera, está reglamentada por la ley, y hay en el departamento dos o más personas tituladas que pueden desempeñar el cargo".

Peruano, Art. 492: "El nombramiento de perito debe recaer en persona que tenga título profesional, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiere está reglamentada por la ley o por el Gobierno y hay en el lugar dos o más titulados que pueden desempeñar el cargo".

Español, Art. 815, pág. 197, id a los anteriores.

302.—Manera de hacer el nombramiento de peritos.— Sistema de nuestro Código y de otras Legislaciones.— Inconvenientes y ventajas.

Diversos sistemas se han adoptado en las legislaciones, para el nombramiento de peritos. Según el nuestro, consignado en los Arts. 71 y 72, cada parte nombra un perito; y en caso de discordia entre los peritos, el juez designa un tercero, cuyo dictamen, conforme o no con el de alguno de ellos, constituye el informe pericial. Si una de las partes omite el nombramiento, lo hace por ella el juez, quien, en tal caso, puede conformarse o no con el nombrado por la otra parte (1).

En el Código de Enj. Penal no se trata del asunto, sino a propósito de la comprobación del cuerpo del delito que deja señales; y para ese efecto, se atribuye al juez el nombramiento de peritos. Si los nombrados discuerdan, el mismo juez designa un tercero; y no hay informe admisible sino con el parecer conforme de dos peritos (2).

En los Códigos extranjeros hay gran variedad a este respecto. Unos, como el peruano actual (Art. 493), atribuyen exclusivamente al juez el nombramiento de uno o más peritos, a su juicio. Otros, como el chileno (Art. 416), siguiendo el sistema francés, establecen una especie de juicio verbal, en que las partes, concurriendo

(1) Puede el juez nombrar para perito al que ha sido antes recusado en la causa? Véase el comentario de los Arts. 71 y 72.

(2) La regla legal, con la reforma de 1923 dice así:

"Art. 72.—Si el hecho hubiere dejado señales, el juez las reconocerá y describirá prolija y detalladamente, acompañado de su Secretario y con intervención de dos peritos nombrados y juramentados por el juez.

La descripción se hará en la misma acta de la inspección, y el informe pericial se podrá presentar dentro del término de 24 horas, o de la prórroga que concediere el juez.

A falta de peritos, se practicará el reconocimiento por empíricos, es decir por personas cuyos conocimientos se acerquen a la pericia que se necesita.

Si los peritos discordaren, el juez nombrará un tercero y no podrá calificarse el cuerpo del delito sin el dictamen conforme de dos de ellos.

Los peritos no podrán ser recusados, pero el sindicado podrá nombrar otro por su parte, sin que para esto se retarde la diligencia. En lo demás se estará a lo dispuesto en el Código de Enj. Civil.

ante el juez, deben ponerse de acuerdo en el número, calidad, etc. de los peritos y hacer, asimismo de acuerdo, la elección. A falta de acuerdo, el nombramiento hace el juez a persona diversa de las indicadas por las partes. Otros, en fin, como el español vigente (Art. 615) establecen cierta forma de sorteo, para el propio caso de des-acuerdo de las partes.

Y sobre una u otra de estas bases, se hacen combinaciones o modificaciones, más o menos sustanciales, que constituyen nuevas formas de nombramiento; pero reconociendo en todo caso, la preferencia que corresponde al acuerdo unánime de las partes.

En contra de nuestro sistema, adoptado en el Código de 1869 y modelado, como el peruano antiguo, en el español de entonces, cabe las siguientes observaciones:

1^a—“El perito de cada parte, cuando no renuncia a todo escrúpulo de imparcialidad para convertirse en mero agente del interesado y patrocinar sus pretensiones, se encuentra, por lo menos, dificultado para sustraerse al deseo de complacer a la persona que ha depositado en él su confianza, y se inclina, sin quererlo, a dar un dictamen de favor” (1).

Ese prejuicio de los peritos de las partes desnaturaliza la función pericial, cuyo fin es, como lo sabemos, el de contribuir a formar el criterio del juez, con la rectitud e imparcialidad que en él debe brillar; da lugar a discrepancias escandalosas, y redundando en desprestigio de la institución;

2^a—Hay casos en que figuran en el proceso más de dos partes: en los juicios de inventario y partición, en los de deslinde, adjudicación de aguas, etc., y hasta en los ordinarios en que, siendo dos o más los actores o los demandados, no están obligados a tener un solo procurador, por ser diversas sus acciones o excepciones. En tales casos, la intervención de un perito por cada parte, y el derecho de recusación que a éstas compete, pueden volver enormemente complicada y costosa la diligencia;

(1) Palabras con que don Miguel Antonio de la Lama critica el sistema peruano antiguo, en sus importantes notas sobre el Código actual (apéndice 60).

3ª.—Hay asuntos en que se requieren, a la vez, conocimientos especiales en diversas materias, y es difícil que los posea en suficiente grado una misma persona. El arquitecto puede tasar una casa, pero no una alhaja o una sementera, etc.; y entonces la parte, que no tiene derecho de nombrar sino uno, no puede atender debidamente a todos los asuntos que le interesan.

En fuerza de estas consideraciones y especialmente de la primera, el Cgo. español cambió de sistema, adoptando el del nombramiento de uno o tres peritos, por acuerdo de las partes, en presencia del juez, y a falta de acuerdo, por sorteo de entre los nombres que el juez insaculaba en una ánfora.

El peruano actual lo abandonó también y se decidió por el primero de los arriba enumerados, el de atribuir el nombramiento exclusivamente al juez, pero exigiendo que todo informe sea razonado, y dejando a las partes el derecho de presentar, como medios de prueba, informes también razonados de otros técnicos, y al juez amplia libertad de apreciación de esa prueba, lo mismo que de la testimonial.

Este nuevo sistema peruano, parece más razonable y más conforme con la naturaleza de la institución y con el espíritu científico moderno. Exige, eso sí, una buena organización judicial, que evite el peligro de que el juez se deje llevar de influencias interesadas, ya para el nombramiento de peritos, ya para la apreciación de los informes.

Nuestro Legislador de 1885, en vista de los inconvenientes arriba anotados, decidióse también a cambiar de sistema; y siguiendo, de acuerdo con la doctrina de Bonnier y otros expositores, el que en el Cgo. Napoleón se establece para los casos de lesión enorme (extendido posteriormente a otros casos y generalizado en las legislaciones modernas), dispuso que las partes fuesen convocadas ante el juez para nombrar, de acuerdo, uno o tres peritos, y que éstos presentasen un solo informe, anotando en él las diversas opiniones —si las hubiere— sin dar

a conocer al autor de cada una de ellas. A falta de acuerdo de las partes el juez debía nombrar tres peritos (1).

Este sistema, cuyo origen, según Bonnier, se encuentra en las Doce Tablas, no pudo aclimatarse entre nosotros: la concurrencia de las partes ante el juez, en día y hora fijos, la solemnidad de esta reunión, etc., ocasionaron tales molestias, dependientes de nuestros hábitos, que la legislatura siguiente, la de 1886, lo derogó, y volvió al antiguo que, a pesar de sus imperfecciones, estaba arraigado en las costumbres, y servía como sirve; para que el juez, teniendo delante todas las razones en pro y en contra, y conociendo con claridad los extremos, pueda buscar prudencialmente el justo medio, ya rigiéndose por el informe del tercero, ya usando de la facultad de apreciación que la ley le concede.

Este sistema nuestro, abolido ya casi en todos los Códigos vigentes, no se opone tampoco a que, en el término de prueba, puedan las partes valerse de otros técnicos que declaren como testigos, conforme al N° 3° del Art. 252, según lo veremos en su lugar.

(1) El texto de la ley era el siguiente:

Art. 34.—En los casos en que, según el Art. 247, fuere necesario el dictamen pericial, se ordenará que se reúnan las partes para el nombramiento de peritos.

Art. 35.—Llegados el día y hora que conforme al artículo anterior se hubiesen señalado, se requerirá a las partes para que, de común acuerdo, nombren tres peritos, si es que no se fijaren en uno solo.

Si no se pusieren de acuerdo o no concurrieren, el juez hará el nombramiento de todos tres peritos, quienes serán residentes en el lugar, y no podrán ser recusados sino con causa.

Art. 36.—Hecho el nombramiento, los peritos prestarán juramento de proceder fiel y legalmente y de guardar secreto de sus deliberaciones y acuerdos; y procederán reunidos a practicar las diligencias concernientes al avalúo:

Art. 37.—El informe lo redactarán todos los peritos y en una sola cuerda expresando los puntos en que se hallare de acuerdo la mayoría y anotando aquellos en que hubiere habido pareceres diferentes, con determinación de los motivos, pero sin que sea permitido revelar el dictamen del autor o autores de la opinión divergente.

303.—**Aceptación forzosa para los profesores; voluntaria para los demás.— Sanciones.— Paralelo con la Legislación Penal.— Trámite de aplicación de las sanciones.**

Es un deber social cooperar a la realización de los fines del Estado, especialmente a la administración de justicia; y ese deber abstracto o indeterminado, que los moralistas llaman **imperfecto**, porque no liga siempre y en todo caso, conviértese, en ciertas circunstancias, en deber legal, asegurado con distintas sanciones. En esa virtud, son obligados los servicios de asesor, conjuez, perito, testigo, etc. y en la propia consideración se basan todos los cargos llamados **concejiles**.

Cuanto a los peritos, empero, hace la ley una distinción: el cargo es forzoso para los profesores, y voluntario para los demás. Para ser perito requiérese poseer los conocimientos especiales respectivos; y el título profesional de una persona da derecho a las demás para suponer que en aquella concurre ese requisito; en otros términos, en la prueba oficial de aptitud. Respecto de las personas no tituladas, rara vez puede haber datos exactos para considerarlas suficientemente preparadas en la materia, y es muy natural atenerse al propio criterio de ellas, permitiéndolas aceptar o no libremente el cargo; tanto más cuanto éste impone responsabilidades, como luego veremos.

En el vocablo legal **profesores** deben comprenderse, no sólo los que tienen título académico, sino también los maestros de taller y todos los demás que ejercen públicamente y con la debida autorización, alguna ciencia, arte u oficio.

Aun a los profesores les permite la ley excusarse, pero con justa causa, calificada prudencialmente por el juez; lo cual, es muy razonable, ora porque los deberes de esa clase se vuelven odiosos y exorbitantes cuando no se les deja alguna elasticidad; ora porque se trata de un servicio remunerado, del cual no es de suponer se excuse nadie por mero capricho o falta de voluntad; ora, en fin y principalmente, porque el litigio atañe únicamente a

las partes litigantes, y el interés social figura sólo de un modo indirecto (1).

Sanción Civil.—Sanción especial o expresa para el que no acepta el cargo de perito, no tiene nuestro Código; pero la del Art. 78 (multa hasta de \$ 80, sin perjuicio del apremio compulsivo) puede tal vez aplicarse, dada la generalidad de sus términos, tanto al que, debiendo aceptar no acepta, como al que, habiendo aceptado, no desempeña el cargo.

Procedimiento penal.—En éste, la regla debe ser más estricta, por razón contraria a la última que acabamos de aducir para justificar la regla civil; esto es, porque el orden público y la sociedad están directamente interesados en el juicio. Nuestro Código adjetivo, empero, no tiene disposición alguna general para todo caso de intervención de peritos, sino sólo una especial para los casos de muerte repentina que dice: "Los facultativos o empíricos por ningún motivo podrán excusarse de la autopsia del cadáver" (Art. 82).

Lo cual es exagerado, respecto de los primeros, y absurdo en cuanto a los segundos, como lo manifestamos en su lugar (2).

Legislación penal sustantiva.—En el Código Penal tenemos la siguiente disposición:

"Art. 272.—Los que, sin causa legítima, rehusaren prestar el servicio que se les exija en la profesión, arte u oficio que ejerzan, o de cualquier otra manera que sea necesaria para la administración de justicia, o servicio público, serán castigados con prisión de ocho días a dos meses, o con multa de cuarenta sucres, sin perjuicio de que se les compela a prestar el servicio que se les hubiere exigido".

Esta disposición basta, pues, para que en el procedimiento penal se tenga como obligatorio el cargo de peri-

(1) En la generalidad de los Códigos extranjeros, el cargo es obligatorio sólo en materia penal.

(2) En la proposición 178 del Programa de Derecho Práctico Penal.

to, (1) sin necesidad de recurrir, por analogía, al Código de Enj. Civil. Aun más, por la generalidad de la frase **o de cualquiera otra manera que sea necesaria**

etc. (2) puede considerarse extensiva la regla aun a los no profesores, entendiéndose, eso sí, que, como no están ni deben estar determinadas en ley alguna las causas legítimas de excusa a que el artículo se refiere, podría el juez estimar como tales la falta de suficientes conocimientos que alegara la persona nombrada, sí, a su juicio, esa alegación fuese sincera y veraz.

En lo civil este artículo penal podría aplicarse sólo a los profesores; pues la regla del Art. 73 que permite tácitamente a los no profesores excusarse sin alegar causa alguna, tendría que prevalecer, considerándola como especial.

En conclusión, relacionadas la regla del Art. 78 del Código de Enj. Civil y la del 272 del Código Penal, resulta que contra los que rehusan indebidamente aceptar el cargo de perito cabe:

1º—La multa hasta de ochenta sucres, conforme al Código de Enj.;

2º—La prisión de ocho días a dos meses, o multa de cuarenta sucres, según el Código Penal;

3º—El apremio compulsivo, según ambos Códigos.

(1) Hemos observado en otra ocasión que el Código Penal, aunque a primera vista y por la forma de sus disposiciones, es meramente sancionador, como tal debiera formar parte del derecho adjetivo, en el fondo casi todas sus disposiciones son a la vez esencialmente prohibitivas de actos que, sin ellas, serían legalmente lícitos, aunque moralmente malos; y hay también algunas de carácter preceptivo, como la actual, pues si no hubiere este artículo, no tendríamos ley alguna que estableciese de manera tan general la obligación de prestar los servicios a que él se refiere; y en el procedimiento penal sería necesario recurrir a la analogía, para aplicar la disposición del Código de Enj. Civil y aun con ella, tendríamos sólo la obligación para los profesores.

(2) El Código de la edición anterior decía **o de cualquiera otra manera que sea necesario** etc., es decir, concertaba este adjetivo con el sustantivo **servicio**; pero en el artículo actual concierta con **manera**, resultando algo cambiada la redacción.

Trámite para la aplicación de las sanciones.—La del Código de Enj. Civil puede aplicar el juez, de plano, a petición de parte. Las del Código Penal están sujetas al trámite especial, sumarísimo, establecido por el mismo Código en el Art. 273, reformado por el primero de la ley de 1909 (1).

304.—Forma de aceptación.— Juramento.— Importancia histórica, social y jurídica de esta diligencia.— Sus diversas especies.— Sus formas.— Sanciones legales y sociales.

El perito debe expresar su aceptación ante el juez, y tomar posesión del cargo, jurando desempeñarlo fiel y legalmente. De lo cual se extiende acta en el proceso.

“Es juramento”, dice el Diccionario de la Academia, “la afirmación o negación de una cosa, poniendo por testigo a Dios, o en sí mismo o en sus criaturas.”

Y con más exactitud Escriche: “El acto en que se invoca, por un signo externo, al Supremo Hacedor, como testigo de la verdad de lo que se asevera o se promete”.

Por extensión, llámase también juramento la invocación de alguna otra cosa santa o de muy alta estima, con el mismo objeto de garantizar la verdad de lo que se afirma o se promete.

(1) El Art. 273 primitivo decía: “Los tribunales o funcionarios públicos que ejerzan jurisdicción, impondrán de plano las penas indicadas en los cuatro artículos anteriores; y sin más formalidad que sentar una acta en la que consten las infracciones castigadas; la declaración, por lo menos, de dos testigos, o cualesquiera otra prueba legal, acerca de la realidad de dichas infracciones; y la pena aplicada”.

El reformatorio, expedido en 1909, dice:

Art. 1º—El Art. 273 del Código Penal dirá:

“Los funcionarios públicos que ejerzan jurisdicción, impondrán de plano y con la siguiente limitación, las penas indicadas en los cuatro artículos anteriores: los funcionarios parroquiales, hasta tres días de prisión; los cantonales hasta seis días; los provinciales, hasta diez días; los de distrito, hasta quince días; y la Corte Suprema, hasta veinte días. En estos casos no será necesaria otra formalidad que la de sentar una acta en la que consten las infracciones castigadas; la declaración de dos testigos o cualesquiera otra prueba legal acerca de la realidad de dichas infracciones; y la pena aplicada”.

El concepto del juramento así definido da a conocer su importancia y valía, desgraciadamente no bien comprendidas ni apreciadas por todos, ya desde el punto de vista religioso, ya del puramente moral. Cicerón decía: "No hay ningún vínculo más fuerte que el juramento para impedir a los hombres la infidelidad a su palabra; pruébanlo las leyes de las Doce Palabras; pruébanlo las sagradas fórmulas que están en uso entre nosotros para todos los que prestan juramento; pruébanlo los pactos y alianzas con que nos unimos aun con nuestros enemigos, pruébanlo las amonestaciones de nuestros Censores, nunca más rigurosas que en lo tocante al juramento. (Libro 3º, Capítulo XXXI, de Officiis)".

Y Juan Montalvo, después de aludir a ese mismo pasaje del sabio orador romano y a otros escritores: "Un viajero ilustre consigna, entre sus recuerdos de viaje, la siguiente narración, que debería tenerse muy en cuenta entre nosotros: "Hay en el vestíbulo de la Iglesia de Santa María in Cosmedín un gran mascarón de piedra, llamado la *bocca della verità* en cuyas fauces, abiertas como para gritar, dicen que metían las manos los antiguos romanos, para probar que no habían jurado en falso; pues esas quijadas se juntaban y mordían el puño del temerario que, habiendo hecho un juramento falso, se atrevía a meter su diestra en la boca del mascarón. "Hoy —agrega el viajero— la verdad tiene la boca abierta; pero pocos meten por ella sus manos".

Si la verdad es, como hemos dicho, una necesidad vital para la sociedad humana, una condición fundamental para la existencia de esa sociedad y la realización de sus fines, nada más importante, nada más saludable y patriótico que inculcar en la conciencia de los asociados la santidad del juramento, el honor a la palabra, el culto a la verdad, cualesquiera que sean las creencias individuales de cada uno.

Sin la verdad ni concebirse puede la justicia; pues las dos cosas son casi idénticas y consustanciales. Y si el objeto final de las leyes todas y especialmente de las procesales es establecer y hacer práctico el imperio de la justicia en la sociedad, no tiene razón de ser, sin el requisito esencial de la verdad en las relaciones de los individuos entre sí y de éstos con la autoridad.

De allí el profundo malestar que se siente en cualquier país o agrupación humana en que comienza a flaquear o corromperse el testimonio, como que el edificio social tiende a desquiciarse de cimientos; de allí la severidad de las sanciones que en todo tiempo se han empleado para castigar al perjurio y la estrechez de las precauciones para prevenirlo o evitarlo.

Sanciones.—En Roma, la Ley de las Doce Tablas condenaba al perjurio a ser precipitado en la Roca Tarpeya; la ley judaica y varias otras leyes le imponían la pena de talión, cuando el hecho ocurría en causas criminales; los Códigos modernos, más razonables, más humanos no han dejado tampoco de tratarlo con rigor “La Legislación actual” —dice Bonnier, refiriéndose a la francesa— “sin ir tan lejos como las antiguas ordenanzas, despliega una justa severidad contra los que corrompen de esta suerte las fuentes de la justicia”. El Código Penal francés de 1791 castigaba con seis meses de prisión el falso testimonio en materia civil. El Código actual (Art. 363) lo castiga con la pena de reclusión. Además, el testigo que ha recibido o que se ha hecho prometer una recompensa es castigado con trabajos forzados temporales; la misma pena tiene el que lo ha sobornado.

En nuestro Código Penal sustantivo se hacen distinciones entre el perjurio en lo civil y el cometido en materia penal; y en el segundo caso se atiende, para graduar la pena, al daño causado por el falso testimonio, recorriendo una escala desde dos meses de prisión hasta ocho años de reclusión, y haciendo otras distinciones o especificaciones embrolladas y poco justificables en el terreno de la práctica. Arts. 203 a 213.

Y con respecto a los peritos e intérpretes, se dice en el Art. 209 que serán castigados con las mismas penas de los testigos falsos.

No bastan, empero, las penas, no bastan los preceptos jurídicos para conjurar ese mal que va cundiendo en las sociedades y conmoviéndolas en sus bases esenciales; debe haber labor de educación, labor asidua de propaganda en toda forma, como la obra más laudable y meritoria por la Patria y la humanidad.

Diversas especies.— El juramento se practica y se ha practicado en todos tiempos y lugares, ya para garantizar la verdad de la afirmación o negación de un hecho pasado o presente; ya para asegurar la realización de un hecho futuro. En el primer caso se denomina **asertorio**, en el segundo **promisorio**. Este último es el que prestan los peritos y el que antes se exigía para todo cargo público.

En lo civil tenemos también el juramento **decisorio**, que es el que se presta, a petición de la parte contraria, para que, de conformidad con él, se decida la cuestión; y el **supletorio** o **estimatorio** llamado en el Derecho Romano **juramentum in litem**, que exige el juez a una de las partes, cuando, constando la obligación o el derecho, no hay prueba suficiente de la cuantía, de la especie o calidad de la cosa o de la importancia de los daños o perjuicios.

Juramento purgatorio.—Llámase así el que se prestaba para purificarse y quedar exonerado de una acusación no comprobada plenamente, pero apoyada en sospechas o presunciones. El juramento del acusado, que protestaba su inocencia, asociado a sus compañeros y allegados —que por esto se denominaban **compurgadores**, **conjuradores** o **conjurados**— que aseguraban juratoriamente la veracidad de esa protesta, daba por resultado la sentencia absolutoria en favor del acusado.

Esta institución, originada, según parece, entre los germanos, antes de la Era Cristiana, se difundió ampliamente en la Edad Media, junto con las demás formas de purgación, como la del agua hirviendo, del hierro encendido, del combate judicial, etc., ¡pavorosos recuerdos de los tiempos de barbarie!...

Forma.—Siguiendo la práctica establecida por las leyes de Partida, manda nuestro Código de Enj. Civil, que para las declaraciones de testigos se emplee esta fórmula: “Juráis a Dios, por esta señal de cruz, decir verdad en todo lo que supiereis y fuéreis preguntado?” El testigo debe contestar: “juro”. Y el Escribano, que es quien suele pronunciar la fórmula, agrega, asimismo por costumbre venida de las leyes españolas: “Si así lo hiciéreis, Dios os premie; de lo contrario, El y la Patria os lo demanden”.

La propia fórmula se emplea, en lo civil para confesión, y en lo penal, para la declaración instructiva. Para el juramento de peritos, curadores, partidores, etc., se la varía, diciendo: "Juráis desempeñar fielmente el cargo.... etc."

Para los jurados se establece en este Código fórmula especial, como lo veremos en su lugar. Los militares juran poniendo la mano sobre el puño de su espada; los eclesiásticos, *tacto pectore et corona*. Los testigos, peritos, etc., que no son cristianos, juran según su religión o sus creencias. Los israelitas, con la cabeza cubierta y las manos sobre el Penta-teuco; los musulmanes con las manos sobre el Koran; algunos protestantes (los kuácaros), por su alma y conciencia; otros por los evangelios, etc., etc.

(Garsonnet, Tomo 2º, pág. 527.— Escriche, *Juramentar*).

305.—Excusas.— Recusaciones.— Sus motivos.— Manera de ventilarlas.— Reemplazo del perito excusado o recusado.

Deber legal de excusarse no se impone a los peritos, a diferencia de lo que se establece respecto de los jueces y asesores, los cuales incurrén en prevaricación si, a sabiendas, conocen en una causa en que tienen motivo legal de excusa (Cgo. de Enj. Civil, Art. 947; Cgo. Penal, Art. 238).

La excusa para los peritos es simplemente un derecho, sometido a los límites y restricciones que mencionamos al tratar de la aceptación, en la proposición 303.

La recusación es de dos clases, libre o motivada. Cada parte puede recusar libremente un perito, dentro de veinticuatro horas de notificada con el nombramiento; sea el perito nombrado por la otra parte o por el juez, y aunque se trate del tercero en discordia.

Para otra recusación, requiérese alguno de los motivos que constituyen tacha de los testigos. De nuestro complicado plan de tachas legales de testigos trataremos en el lugar respectivo.

La parte que ha hecho el nombramiento no puede recusar a su propio perito sino por causa legal superveniente.

niente; y esto es algo duro, pues puede suceder que la recusación haya sido ignorada de la parte, y tenga ésta medios de probarla así evidentemente.

Parece que el Código entiende que las tachas de los peritos afectan sólo al interés privado de las partes y son susceptibles de allanamiento, al contrario de lo que se observa respecto de los jueces, de los árbitros y aun de los testigos. Así vemos que en los casos de los Arts. 217, 218, 219 y 220 (inhabilidades por falta de edad y de conocimiento), es inaceptable el testimonio, aunque las partes no aleguen la tacha de los testigos.

Si, pues, una de las partes nombra para perito a un ebrio o loco o menor de diez y ocho años, el juez no puede rechazar, de plano, el nombramiento, si la parte contraria no alega la tacha, y sólo tendrá la facultad apreciativa que le concede el Art. 82.

Trámite.—La recusación motivada constituye un incidente, que debe ventilarse ante el mismo juez, según los principios generales; por tanto, si hay hechos justificables, recibe el juez el incidente a prueba, por un término prudencial.

El juez —lo repetimos— no puede rechazar de oficio a los peritos designados por las partes, porque carezcan de los requisitos o tengan tacha legal. Salvo el caso de que el nombramiento mismo sea ilegal, por no ser el caso de hacerlo, por haber hecho antes la parte el nombramiento, etc.

Reemplazo.—El término —prudencialmente fijado por el juez— de que gozan las partes, para el nombramiento de peritos, es, no sólo para que piensen en la persona apropiada, sino para que la comprometan.

Si ésta se excusa, toca al juez reemplazarla con arreglo a la ley reformativa de 1923, que estudiaremos en la parte legal. Si es recusada, el reemplazo incumbe a la misma parte, como si se tratara del primer nombramiento.

306.—Deber esencial de los peritos.— Modo de cumplirlo.— Fijación de la materia y del plazo por el juez.— Forma del examen y requisitos del informe pericial.

El deber esencial del perito que acepta el cargo, es desempeñarlo cumplidamente; es decir, practicar el examen prolijo y emitir el informe a ciencia y conciencia, con estricta sujeción a la verdad de los hechos y a las reglas o principios del arte o la ciencia respectiva.

No dice la ley expresamente si el perito que ha aceptado el cargo puede excusarse de desempeñarlo; pero es indudable que, por causa grave superveniente, calificada prudencialmente por el juez, podría éste darle por excusado, sin que para ese efecto haya que distinguir entre Profesores y no Profesores.

Fijación de la materia y del plazo.—Por la naturaleza y objeto de la función pericial, tócale al juez determinar los puntos a que han de concretar los peritos sus observaciones en su informe; y señalar el término prudencial para el cumplimiento de esa obligación. Esta determinación y señalamiento puede hacer el juez, bien de oficio, bien a petición de parte, cuidando sólo, en este segundo caso, de que la petición sea tempestiva y pertinente. Arts. 78, 148, 320, etc.

El primero de estos artículos, el 78, prescribe que el juez haga en el decreto mismo del nombramiento, la determinación de la materia u objeto del informe y la del plazo en que éste ha de emitirse; mas no hay inconveniente alguno para que se la haga en otra providencia posterior, como se la hace ordinariamente en la práctica, al tiempo de redactar el acta de inspección, de deslinde, etc.

Forma del examen y requisitos del informe.—La ley francesa, la italiana, la chilena y otras, mandan a los peritos proceder juntos en el examen y observación de las cosas, a fin de que puedan fijar mejor la atención en todos los detalles, aprovechar cada uno de las indicaciones de los otros, discutir, con las cosas a la vista, sobre la apreciación de ellas, y buscar el acuerdo en la verdad.

Nuestra ley del año 85 lo dispone también, como ya lo recordamos. La anterior nada decía al respecto, ni lo dice la actual, vigente desde 1886; pero es muy natural y razonable que así procedan los peritos para desempeñar a conciencia su deber.

La ley del 85 exigía, además, como las extranjeras susodichas, que el informe fuese uno solo, y que en él se anotasen los puntos de discrepancia, caso de que los hubiese, con las correspondientes razones de cada perito. Cosa en extremo embarazosa en la práctica.

El precepto que subsiste, en cuanto a la forma, y que ha tenido siempre nuestra ley es el de que el informe sea redactado con claridad y con exposición de los motivos y fundamentos en que se apoye. Esto es de suma importancia, para que la función pericial corresponda debidamente a los fines de su institución, y para que pueda el juez ejercitar concienzudamente la facultad de admitir o no el informe.

Para lo primero, para la claridad, conviene recomendar a los peritos que eviten en lo posible el uso de términos técnicos desconocidos en el lenguaje común, o que los expliquen de modo de hacerlos comprensibles, a fin de que no se necesite, como a veces sucede, recurrir a otros peritos para comprender el informe. El Código chileno de Procedimiento Penal contiene esa recomendación.

A más de claro y razonado, el informe debe ser completo, esto es, debe extenderse a todos los puntos sometidos al informe pericial.

307.—Sanciones para el caso de inejecución.— Caducidad.— Su historia, naturaleza y efectos.

El perito que, habiendo aceptado el cargo, no lo desempeña, incurre en las sanciones que dejamos indicadas, al tratar de la falta de aceptación: multa hasta de ochenta sures o prisión de ocho días a dos meses, a juicio del juez, y apremio compulsivo, si lo solicita alguna de las partes.

Caducidad.—Hasta el año de 1911 no teníamos otra sanción. Podía, por tanto, suceder que, con ausentarse u

ocultarse el perito, la causa quedase suspensa. Ese año tomó en consideración la Cámara de Diputados el proyecto reformatorio que en 1909 presentamos al Senado; y, al aprobarlo, hizo la adición del artículo que hoy lleva en el Código el N° 79, estableciendo la caducidad de los peritos morosos, reconocida ya desde mucho antes en otras legislaciones, como la italiana.

La institución de la caducidad era, pues, necesarísima, por la razón expresada, y porque en ciertos casos las sanciones legales, por muy duras y odiosas, no se aplicaban; mas con respecto a los términos del artículo reformatorio caben algunas observaciones que las haremos en la parte legal.

La caducidad se produce ipso facto, por la expiración del término legal, y puede ser declarada de oficio?

Es nulo el informe presentado después de los quince días, aunque no lo aleguen las partes?

Nos inclinamos a la negativa en ambos puntos, de acuerdo con Mattiolo, que declara que este punto ha sido vivamente controvertido en el foro italiano, pero que últimamente la jurisprudencia y la doctrina se han puesto de acuerdo (1).

Trátase sólo de un interés privado de las partes; de un derecho que a ellas se les concede para que puedan evitar retardos maliciosos de las causas; y mientras no se alegue por ellas la caducidad, debe entenderse que consienten en que los peritos no dejen de serlo, y puedan informar válidamente. Por lo mismo, creemos que la alegación posterior al informe es inadmisibles.

La redacción, empero, no es clara a este respecto, e induce a primera vista a la conclusión contraria.

Caducado el nombramiento, no revive en la parte que lo hizo, el derecho de nombrar perito, y el reemplazo debe hacerlo el juez, según la expresa disposición de la ley de 1924. A la misma conclusión nos inclinábamos antes de que esta ley se dictase, aplicando los principios generales.

(1) Tomo 1º, N° 240, pág. 289.

308.—**Mérito legal del informe de peritos.— Libertad de apreciación concedida por el juez.— Reglas o criterios a que debe atenerse.**

Antes de la legislatura del año 1885, nada decía el Código respecto del mérito legal del dictamen de peritos, y en nuestra práctica se mantenía la absurda regla, consagrada por la jurisprudencia antigua, de hacer obligatorio al juez el dictamen de peritos, según la fórmula ad *questionem facti respondent juratores*, ad *questionem juris respondent iudices*.

Máxima contraria a la naturaleza y objeto de la función pericial, conservada hasta estos últimos tiempos en Alemania, y reemplazada generalmente en el derecho moderno, conforme a la actual legislación francesa e italiana, por la contraria que dice: "*Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam*".

Este principio de que no es obligatorio al juez atenerse al dictamen pericial contrario a su propia convicción, consignado en el inciso 2º de nuestro Art. 82 (o de que el juez apreciará el valor probatorio del dictamen pericial según las reglas de la sana crítica, como dice el Código chileno Art. 427, el peruano actual, Art. 504), figura en una forma o en otra en casi todos los Códigos modernos y es ahora un verdadero axioma jurídico (1).

Mas esta libertad de apreciación, justamente reconocida al juez, debe ser ejercitada con suma cordura y discreción. Debe distinguirse entre los hechos que relatan los peritos y las conclusiones que de esos hechos deducen. Cuanto a lo primero, a los hechos, si el relato está conforme a lo observado por el mismo juez y consignado en el acta, o a lo que conste de autos por medio de alguna otra prueba, no hay cuestión; debe tenérselo como legalmente cierto.

(1) Desde la Ley de Partidas se ha facultado al juez en el Derecho Español, para apartarse del dictamen de peritos y apreciar los hechos, según las reglas de la sana crítica. Dalloz califica de monstruosa la disposición de la antigua jurisprudencia francesa, que hacía obligatorio para el juez el dictamen pericial, contraria al vetusto axioma precitado *dictum expertorum etc.*

Si los hechos que los peritos relatan en cumplimiento de su deber y sin extralimitarse de sus funciones, no constan de ningún otro modo, tratase de un testimonio digno de fe, y que debe ser admitido, mientras no sea objetado y desmentido por otras pruebas o razones concluyentes.

Cuanto a lo segundo, a las conclusiones, el juez atenderá principalmente:

1º—A la relación que éstas tengan con los hechos de que los peritos las deduzcan y con las demás pruebas del proceso;

2º—A la relación de las mismas con las leyes físicas o morales o con los principios científicos en que se fundan;

3º—A la admisibilidad o evidencia de aquellas leyes o principios, en cuanto puedan estar al alcance de los conocimientos del juez; (1)

4º—A los medios de observación empleados por los peritos para llegar a esas conclusiones;

5º—A la fuerza de convicción que, en la conciencia del juez, ejerza la exposición de motivos con que los peritos justifiquen sus conclusiones.

Un informe destituido de fundamentos o motivos o que no guarda relación con el conjunto de datos constantes del proceso, o en que se deduzcan conclusiones fijas y precisas de principios o antecedentes que los mismos peritos reconozcan como contingentes o meramente probables (o que efectivamente lo sean, aunque no lo reconozcan los peritos), o traídos con ligereza y sin trabazón entre sí, etc., pónese al juez en el caso de usar de la facultad consignada en nuestro Art. 82.

(1) "Un juez no está obligado a olvidar lo que él mismo sepa en la materia a que el informe se refiere", dice Mittermaier: "pero debe evitar el extralimitarse en esto, dándose las de técnico en puntos extraños a la ilustración general que en él debe suponerse". Y el señor de La Lama agrega: "En los juicios no se presentan nunca cuestiones técnicas tan arduas que se hallen fuera del alcance de la inteligencia y de los conocimientos generales de los encargados de administrar justicia. El juez, frecuentemente, se considera en posesión de razones que demuestran, a su juicio, lo erróneo de una opinión profesional. Debe permítrsele exponerlas y motivar sobre ellas la sentencia".

309.—Discordia de los peritos.— Manera de dirimirla.—
 Mérito legal del informe del perito dirimente.—
 Discordia entre tres o más peritos,

Si los peritos discuerdan, deben expresar en el informe los puntos de discrepancia, y exponer las razones en que cada una apoya su dictamen. Si prefieren informar por separado, cada uno debe hacer notar los puntos en que discuerda de sus compañeros, y los fundamentos de su opinión. No pueden abstenerse de informar, a pretexto de estar en desacuerdo.

Presentados los informes discordantes, el juez, de oficio o a petición de parte, nombra el perito dirimente, el cual puede conformarse o no con alguno de los anteriores, y su dictamen prevalece en la causa, según el lenguaje de nuestro Código (Art. 77), es decir, constituye el informe pericial.

Ese artículo fue redactado de acuerdo con el antiguo sistema que no reconocía al juez la libertad de apreciación del dictamen pericial; y entonces el prevalecer significaba que el informe del tercero constituía prueba plena, a la que debía atenerse el juez, y los dictámenes de los otros peritos no tenían valor alguno en los puntos de la discordia. Ahora, conforme al nuevo sistema, el informe del tercero está sujeto a la apreciación y al prudente criterio del juez, con arreglo al Art. 82, del mismo modo que el emitido, de acuerdo, por todos los peritos.

Sólo que, como hemos dicho, aquel informe —el del tercero— se ha de considerar en la causa como el informe pericial; y los de los peritos discrepantes pueden servir como ilustrativos, a fin de que el juez ejerza, con mejor criterio y conocimiento, aquella facultad de apreciación.

En lo penal, la ley declara que no hay informe pericial sino con el dictamen conforme de dos peritos, como ya lo indicamos (prop. 302).

Si la discordia está en el relato de los hechos, el juez deberá atenerse a lo que él mismo observó en la diligencia (caso de que haya habido inspección judicial, como casi siempre sucede); y si aquello no consta de autos, puede, si lo estima conveniente, ordenar nueva inspec-

ción judicial, a la que debe concurrir también el tercero en discordia.

Tres o más peritos.—El Código, al tratar de la discordia entre los peritos, procede en el supuesto de que éstos son dos, como si en todo juicio no hubiera sido un actor y un demandado. Puede, empero, suceder y sucede que las partes sean más de dos (como en los juicios de inventario, de deslinde y hasta en los ordinarios, ejecutivos, posesorios, etc., en que hay dos o más demandantes o demandados que no están en el caso de nombrar un solo procurador), y si los peritos nombrados por ellas son tres o más, el dirimente que el juez designe no será numéricamente, **tercero**, como dice la ley, sino **cuarto**, **quinto**, etc. Pero el juez tendrá que hacer ese nombramiento, aunque entre los peritos nombrados por las partes, la mayoría opine de un modo y la minoría de otro. La mayoría, por numerosa y respetable que sea, no excluye el concepto de **discordia** entre los peritos; y la discordia hace, según la ley, necesario el nombramiento del dirimente, cuyo dictamen debe prevalecer en el sentido que hemos explicado, pero sujeto a la apreciación del juez, conforme al Art. 82.

310.—Defectos del informe: oscuridad, insuficiencia, errores.— Modo de anotarlos y corregirlos.— Error esencial.— Sanciones.

La **oscuridad** del informe contraviene al primero de los requisitos, que, en orden a la forma o redacción del dictamen pericial, prescribe expresamente la ley, en el Art. 75, la **claridad**.

La **insuficiencia** puede provenir, ya de haber omitido los peritos la contestación o explicación concerniente a alguno o algunos de los puntos a que debía concretarse el informe; ya de falta de los motivos o fundamentos que, según el mismo precepto legal, deben acompañarse a las conclusiones periciales.

El **error** puede estar en los antecedentes o fundamentos del informe, en la exposición de los hechos o descripción de las cosas, o en las apreciaciones o conclusiones técnicas.

El error puede depender, ya de culpa de los mismos peritos, ya también de no haberseles suministrado los datos necesarios; v. gr. si tratándose de la mensura de un predio, no se les ha hecho conocer bien los linderos, y por esto los peritos han incluido terrenos extraños o han prescindido de los propios; o si, para el cómputo de los semovientes, no se ha practicado un rodeo exacto o no se han puesto a la vista todos los animales, etc. y los peritos han hecho figurar en el informe un número falso.

Modo de anotar y corregir los defectos.—La ley no establece un procedimiento general para estos casos; mas, teniendo en cuenta lo que dispone al tratar, en especial, de ciertas diligencias (inspección judicial, Art. 307; inventario, Art. 712; deslinde Art. 744; servidumbre de acueductos, Art. 782; etc.) se ha establecido la razonable práctica de poner en conocimientos de las partes el informe, en cuanto lo presentan los peritos, para que, dentro de un término prudencial que el juez les concede, puedan hacer observaciones. Si consideran oscuro o insuficiente el informe, solicitan aclaración o ampliación, y el juez la ordena, de plano, (1) si a su juicio es atendible la petición. Además, el juez puede también ordenarla de oficio, sea a los mismos peritos o a otros, en cuanto le parezca conducente al esclarecimiento de la verdad (Arts. 75 y 82).

Si las partes alegan o el juez considera ser erróneo el informe, y si se trata de errores de hecho capaces de influir en la decisión de la litis y susceptibles de comprobarse por otros medios, el caso constituye un incidente, que debe tramitarse oyendo a la otra parte y concediendo, si es necesario, un término prudencial de prueba.

Si resulta provenir el error de falta de datos que debieron darse a los peritos o de otra causa independiente de éstos, no hay razón para que no sean los mismos peritos los que corrijan el error.

(1) De plano significa sin oír a la otra parte ni formar incidente.

Error esencial.—El Código prevé, en los Arts. 75 y 82, el caso de informes oscuros o insuficientes; y sin decir nada, de un modo general, sobre los erróneos, consigna en el Art. 76 una regla aparte, desconocida en el mundo jurídico, sobre error esencial, disponiendo que, comprobado dicho error sumariamente, mande el juez, a petición de parte o de oficio, que se corrija el informe por otros peritos sin perjuicio de la responsabilidad de los primeros en caso de dolo o mala fe.

Este Art. 75, literalmente copiado del 266 del Código Penal antiguo, se ha conservado hasta ahora en nuestro Código desde 1869, sin la menor alteración; pero ni en éstos ni en su modelo ni en expositor alguno, se define o explica el concepto de error esencial, de modo aplicable al presente caso.

A propósito del consentimiento indispensable para el valor de los actos o declaraciones de voluntad, dice el Código Civil en el Art. 1444:

"El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

"El error acerca de cualquier calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte".

De acuerdo con este criterio, y ateniéndonos al sentido natural de las palabras, diríamos que hay **error esencial** si éste recae en la esencia misma de la cosa, de modo que la convierta en otra diversa; v. gr. si se tasa como plata lo que es latón o como diamante una piedra falsa. Mas quizá el legislador no pensó reducir su regla dentro de tan estrechos límites, y quiso hablar de cualesquiera errores que para el éxito de la cuestión controvertida, fuesen sustanciales o decisivos y que pudiesen

demostrarse con evidencia por otros medios rápidos (sumariamente) (1).

Una de las acepciones del vocablo **esencial** es, según el Diccionario, **principal, sustancial, notable**.

No recordamos ningún caso práctico en que se haya tratado de **error esencial** de peritos, ni hay nada al respecto en la Jurisprudencia de los Tribunales publicada en la "Gaceta Judicial"; y estamos seguros de que sería cuestión práctica embrollada y difícil, cualquiera en que se discutiese sobre esa clasificación de un error pericial.

Mas aun, creemos que el trámite legal tendría que ser el mismo, siempre que se tratase de cualquier error de hecho, capaz de influir en la decisión de la litis.

Lo más razonable sería, por tanto, suprimir del Código el Art. 76, como se lo ha suprimido en el nuevo Código peruano y como lo suprimió nuestra ley de 1885; tanto más cuanto, desde entonces, quedó agregado al Código el artículo que lleva ahora el N° 82, y consagra el sano principio de la libertad del criterio judicial para la apreciación de los informes de los peritos.

Con ese artículo y sin él, la alegación de error en el informe constituye un incidente para cuya resolución debe el juez conceder, como hemos dicho, un término prudencial de prueba, si hay hechos justificables, esto es,

(1) El ilustre comentador peruano don Miguel de La Lama justifica en los términos siguientes, la eliminación de ese artículo en el Código nuevo: "La tacha de error esencial y la obligación de recibirla a prueba que establece nuestro anterior Código, son consecuencias del sistema objetivo de apreciación de la prueba pericial. Dándole el valor fijo de prueba plena, el sentido de ella decide el litigio, y de ahí que, con cierta lógica, el anterior Código franquee a los interesados el recurso de tacha para intentar destruir un dictamen adverso. Pero en buena doctrina, el dictamen pericial no debe tener nunca fuerza decisiva sino ilustrativa: los profesionales son llamados a guiar el criterio de la justicia no a imponerle ciegamente sus opiniones. El juez debe estar facultado para separarse de la opinión de los peritos si la juzga errónea, y, como consecuencia de este régimen de libre apreciación subjetiva, los recursos que ahora se conceden a las partes contra el dictamen, deben reservarse para usarlos contra el fallo mismo, o sea contra la manera como el juez aprecia la opinión pericial".

Haciendo nuestras esas observaciones, opinamos que debiera también eliminarse de nuestro Código el artículo sobre error esencial, que no sirve sino para suscitar incidentes largos y las más veces temerarios.

hechos que no constan en autos y sobre los cuales están discrepantes las partes, o que, a juicio del juez, deben esclarecerse.

Si los peritos yerran en la estimación que ellos debían hacer de las cosas, prudencialmente, v. gr. en la tasación de las especies, dándoles un valor exagerado o mínimo, no cabe alegar error esencial. En tal caso, quedales a las partes el derecho de hacer observaciones, y al juez la facultad que le concede el Art. 82.

Sanciones.—Conocemos ya las penas en que incurren, tanto el que se niega a servir de perito, como el que, habiendo aceptado el cargo, omite o retarda desempeñarlo.

El Código de Enj., al tratar del error esencial, termina diciendo en el Art. 76: "sin perjuicio de la responsabilidad en que los anteriores hubieren incurrido por dolo o mala fe". Esta responsabilidad sería sólo civil, por daños y perjuicios; pues el Código Penal no prevé el caso en ninguno de sus artículos.

Sólo cuando el proceder erróneo o injusto de los peritos depende de soborno o cohecho, es decir, de dádivas o promesas de algún interesado, puede ser aplicable, en nuestro concepto, el Art. 241, que dice:

"Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público, que por oferta o promesas aceptadas, por dones o presentes recibidos, hubieren ejecutado, en el ejercicio de su cargo, un acto injusto, o se hubieren abstenido de ejecutar un acto que entraba en el orden de sus deberes, serán castigados con tres a seis años de reclusión menor, y con multa de cuarenta a cuatrocientos sures, a más del triple de lo que hayan percibido".

Evidente es que los peritos son encargados de un servicio público, atenta la naturaleza y el fin de su institución. Pero creemos que debe reformarse el Código Penal, incluyendo también, de modo expreso, a los peritos entre las personas que pueden incurrir en prevaricación, cuando faltan a sus deberes por afecto o desafecto o por interés personal, como dice el Art. 234, que menciona a los jueces, árbitros, asesores y demás empleados públicos oficiales y curiales (véase prop. 298, al fin).

311.—Honorario de los peritos.

La Sección XVI de la Ley de Aranceles trata de los peritos, y tiene un solo artículo que dice:

"Art. 38.—Los profesores de ciencias o artes que, teniendo título académico, intervengan como peritos, ganarán cuatro suces por la primera hora de trabajo, y un suceso por cada una de las demás horas. Por razón de viaje, los mismos derechos de los Escribanos. Si no tuvieran título académico, ganarán sólo la mitad de los derechos".

Aquí tenemos, pues, una razonable distinción entre los peritos titulados y los no titulados. Los segundos valen la mitad.

En la Sección XXIV —Disposiciones comunes— establece el Art. 59 una sanción de multa para los que llevaran mayores derechos que los asignados en esa ley; pero el inciso 2º hace una justa excepción respecto de las personas que intervienen en los juicios, sin ser empleados públicos, y entre ellas cuenta a los peritos. Dice así:

"No obstante, los peritos, intérpretes, depositarios, apoderados, amaneses y curadores especiales, podrán estipular con las partes su retribución; mas, si en virtud de condenación judicial, debiera pagar costas la parte vencida, no responderá ésta sino de los derechos fijados por la ley, a menos que hubieren aceptado también la retribución convencional".

El Art. 50, en las mismas Disposiciones comunes establece un aumento del 50% para el Litoral; y por Decreto Legislativo de 1919 se igualó la Sierra con la Costa, haciendo extensiva a ella ese aumento (fojas 9 del Anuario). Y el Art. 48 advierte que en los aumentos de menor cuantía se cobrará la mitad de los derechos señalados por la ley.

312.—Peritos extrajudiciales.

Al encabezar la ley la materia de los peritos, dice en el Art. 69: "Se nombrarán peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio". Las reglas legales de esta sección y la doctrina que hemos expuesto, refiérense, pues, a los peritos judiciales.

Los extrajudiciales, v. gr. los que se nombran privadamente para la entrega del fundo al arrendatario o para la devolución al arrendador, para un cómputo de mejoras o peorías, para fijar el precio de una cosa que se vende, para liquidaciones, balances de cuentas, etc., deben regirse por la convención de las partes.

En consecuencia, profesores o no profesores, no están obligados a aceptar el cargo; y si lo aceptan, no tienen necesidad de hacerlo ante el juez ni de prestar juramento, a menos que los contratantes así lo hubieren pactado.

Si hay discrepancias en los dictámenes de los peritos extrajudiciales, las mismas partes deben nombrar el dirimente o arreglar el asunto de diversa manera; y sólo cuando falta el acuerdo de las partes, y el caso llega a ser litigioso, puede intervenir el juez y aplicar las reglas de esta sección.

El informe concorde de los peritos nombrados en virtud de un contrato, v. g. para fijar el precio de una cosa que se vende o de cosas que se permutan, es obligatorio para las partes, porque en cierto modo se incorpora en la convención y forma parte de ella (1). Y si se trata de decidir alguna cuestión jurídica (de hecho o de derecho) en que estén discordes las partes, los peritos vienen a ser verdaderos árbitros, y deben observar las correspondientes solemnidades prescritas por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(1) C. V. Concha.—Pruebas judiciales.

De los intérpretes

313.—Naturaleza de la función de los intérpretes.—Analogía con la de los peritos.— Consecuencias.

Nuestro Código y su principal modelo el peruano antiguo, son quizá los únicos que dedican capítulo aparte a los intérpretes, cuya función es esencialmente pericial, y no difiere de la de los peritos en general, sino como la especie difiere del género. Son, pues, intérpretes las personas que, por tener la pericia o capacidad necesaria, son llamadas para la inteligencia o traducción de documentos escritos en caracteres anticuados o desconocidos o en idioma extranjero, o para tomar declaración a los que ignoran el idioma castellano.

Síguese de allí que a los intérpretes se aplican, y no pueden menos que aplicarse, las reglas generales relativas a los peritos, en cuanto no haya para ellos disposición especial.

314.—Necesidad legal del nombramiento de intérpretes.— Efectos de la omisión.— Confesión del mudo o del que ignora el idioma.

Aunque el juez posea los conocimientos o datos necesarios para interpretar o traducir por sí mismo los documentos, o para examinar a los declarantes y comprender y redactar la declaración, debe hacerse el nombramiento de intérpretes, en virtud de los preceptos legales que estamos estudiando (Arts. 83 y 84), fundados en la máxima jurídica que arriba recordamos y que es perfectamente aplicable a este caso: **Non sufficit ut iudex sciat, sed nescese est ut ordine juris sciat.**

En los procesos judiciales y demás actuaciones o documentos públicos debe emplearse el idioma oficial, el castellano; y, por lo mismo, no pueden tomarse en cuenta ni surtir efecto las piezas o diligencias escritas en otro idioma o en signos o caracteres extraños.

Si se trata de declaraciones rendidas judicialmente—ora sean confesiones o reconocimientos que otorguen las partes, ora deposiciones de testigos— la intervención

de los intérpretes es solemnidad de la misma diligencia; y, por tanto, ésta es nula, si se omite esa solemnidad. Si de instrumentos públicos o privados escritos en otro idioma, no hay nulidad en la prueba, si en el otorgamiento se han observado los requisitos respectivos; pero tampoco puede tomarse en cuenta esa prueba, mientras no se haga la traducción.

Del Art. 83 debe eliminarse la palabra **testigos**; porque la necesidad de intérpretes es la misma, bien se trate de declaraciones de testigos, bien de confesión de parte o reconocimiento de documentos, como lo manifiesta el Art. 84. La palabra **examinar**, acertadamente elegida por el legislador, comprende todos estos casos.

315.—Nombramiento, recusación, excusas de los intérpretes.

En cuanto al nombramiento y la recusación, el Código cambió de doctrina en virtud de la reforma de 1923; por lo cual reservamos este punto para cuando, en la prop. 329, hagamos el estudio comparativo de la antigua disposición legal con la reforma.

Cuanto a las excusas, expondremos también la doctrina legal, al tratar de la prop. 330.

316.—Mérito legal de los actos de los intérpretes.— Vale en un juicio la copia de la traducción hecha en otro?

Entre las referencias que el Código hace en esta Sección a la de los peritos, no figura el Art. 82, seguramente porque, como ya sabemos, este artículo no constaba en el Código primitivo, y cuando en el año 1885 fue agregado por la ley reformativa, el legislador no recordó de los intérpretes. Pero la analogía es evidente y la razón de la ley la misma; de manera que, llegado el caso de una interpretación o traducción oscura, errónea o deficiente, o contraria a la propia convicción del juez, podría muy bien tener aplicación el mencionado artículo.

En general, volvemos a decirlo, la analogía que existe entre peritos e intérpretes hace razonablemente apli-

cables a los segundos todas las reglas de los primeros, en cuanto no haya disposición especial diversa, como la del Art. 3º de la reforma de 1923 que luego estudiaremos.

La traducción de un documento, hecha en un proceso, no puede servir en otro, puesto que no llena las solemnidades concernientes al nombramiento y a la constitución legal de los intérpretes; a menos que las partes se conformen con ella.

317.—Honorario de los intérpretes.

La Sección XI de la Ley de Aranceles, dedicada a los intérpretes, dice:

"Art. 27.—Los intérpretes percibirán estos derechos:

1º—Un sucre, cada uno, por cada foja de traducción de cualquier documento;

2º—Un sucre por interpretación o traducción de confesiones o declaraciones. Si la traducción o interpretación fuere del idioma quichua, cobrarán treinta centavos solamente;

3º—Cincuenta centavos por cada hora, en las diligencias en que intervengan algún tiempo. Esto se observará aún en las confesiones o declaraciones que duren más de media hora; y

4º—Cuatro sures por la visita de cada buque extranjero a la cual asistieren.

At. 28.—Por viaje de ida y vuelta, cobrarán derechos como los Escribanos.

Además, se aplica a los intérpretes las disposiciones comunes que recordamos respecto de los peritos en la prop. 279".

PARTE LEGAL

De los peritos

318.—Regla general sobre los casos en que deben nombrarse peritos, consignada en el Art. 69.

319.—Requisitos para ser perito, según el Art. 70.—Residencia exigida por la reforma de 1923.—Modo de hacer el nombramiento por las partes, según el Art. 71.—Nombramiento por el juez, según el Art. 72 y la reforma de 1923.—Sistema adoptado en 1885 y derogado en 1886.

320.—Aceptación forzosa para los Profesores, según el Art. 73.—Causas de excusa.

321.—Forma de la aceptación o toma de posesión.—Juramento Art. 74.

322.—Requisitos legales del informe: claridad y motivación.—Informes oscuros o insuficientes.—Informes erróneos.—Error esencial.—Responsabilidad de los peritos. Arts. 75 y 76.

323.—Discordia de los peritos.—Valor jurídico del informe del dirimente. Art. 77.

324.—Determinación del objeto y del plazo por el juez.—Sanciones. Art. 78.—Caducidad establecida en 1911.—Reemplazo del perito caduco. Art. 79 y reforma de 1923.

325.—Recusación libre y motivada.—Condiciones.—Reemplazo del perito recusado. Art. 80.

326.—Mérito legal del informe de los peritos.—Facultades del Juez. Art. 62.

De los intérpretes

327.—Caso de intervención.—Efectos de la omisión. Arts. 83 y 84.

328.—Condiciones de aptitud.—Posesión del cargo.—Determinación del objeto y el plazo.—Sanciones. Arts. 85 y 86.

329.—Forma antigua y forma actual del nombramiento.—Recusaciones. Arts. 87 y 3º de la reforma de 1923.

330.—Aceptación forzosa.—Excusas.—Caducidad. Art. 88.

DESARROLLO

Art. 69

318.—Regla general sobre los casos en que deben nombrarse peritos.

Por excepción, no comienza nuestro Código el capítulo de los peritos con definiciones; pero el texto de este artículo da, por una parte, idea clara de ellos, y por otra, la regla general sobre cuándo deben intervenir en juicio.

En vez de **asuntos litigiosos** debe decirse **asuntos judiciales**; porque la función pericial tiene cabida, tanto en los negocios contenciosos, como en los de jurisdicción voluntaria, que no son propiamente **litigiosos**.

Sin perjuicio de la regla general de este artículo, hay, tanto en la ley sustantiva, como en la adjetiva, muchas disposiciones en que, de modo especial, se ordena contar con peritos. Sólo que en algunos casos se les da esa misma denominación genérica, y en otros se les llama **facultativos, contadores, etc.**

Así en el Código Civil tenemos:

"Art. 187.—(Inspección del parto por una matrona).

"Art. 193.—(Inspección en el caso de un hijo póstumo).

"Art. 195.—(Informe de facultativos para decidir a cuál de los dos matrimonios pertenece un hijo).

"Art. 304.—(Calificación de edad, previo informe de facultativos).

"Art. 449.—(Reconocimiento del estado de demencia por facultativos).

"Art. 1994.—(Decisión sobre si se ha ejecutado debidamente una obra material).

En el Código de Enjuiciamiento Civil:

"Art. 214.—(Cotejo de firmas por peritos revisores).

"Art. 305.—(Inspección Judicial).

"Art. 533.—(Avalúo en juicio ejecutivo).

"Art. 690.—(Levantamiento de sellos).

"Arts. 708, 709, etc.—(Inventario solemne.—Se calla en el 706).

"Art. 711.—(Contenido o expresiones del inventario).

"Art. 736.—(Contadores en el juicio de cuentas).

"Arts. 739, 740.—(Deslinde).

"Art. 774.—(Obra nueva y obra vieja).

"Art. 780 y siguientes.—(Servidumbres).

"Art. 797.—(Obras divisorias de aguas).

"Art. 818.—(Calificación de edad por facultativos).

"Art. 858.—(Reconocimiento de la demencia por id. para la curaduría).

"Art. 888.—(Expropiación).

"Art. 932.—(Juicio verbal sumario).

"Art. 1042.—(Juicio de coactiva)".

Fuera de estos casos en que la ley hace especial mención de los peritos, puede haber muchos otros en que, si bien no lo dice, lo da a entender claramente o la naturaleza del asunto lo exige; v. gr. en las cuestiones sobre cábida de inmuebles, sobre vicios redhibitorios, sobre restituciones de frutos percibidos, apreciación de mejoras o peorías, lesión enorme, etc., etc.

Por lo demás, en la parte doctrinal hemos estudiado ya, en relación con este artículo:

1º—Lo que son los peritos, y las analogías y diferencias entre éstos y los testigos. Prop. 298;

2º—Cuándo deben intervenir, por regla general. Prop. 299;

3º—Si su función es meramente complementaria de la inspección judicial, o puede tener lugar sin ésta. Id.;

4º—Que en nuestro procedimiento civil no hay distinción entre peritos y empíricos, ni se emplea este último vocablo.

Arts. 70, 71 y 72

319.—Requisitos para perito.—Residencia exigida por la reforma de 1923.—Modo de hacer el nombramiento por las partes.—Casos de nombramiento por el juez, según el Código y la reforma de 1923.

Al tratar de las condiciones de aptitud, en la prop. 301, consideramos los requisitos exigidos por el Art. 70, e hicimos la crítica de esa regla, imprecisa y deficiente. Nada tenemos que agregar al respecto.

La Legislatura de 1923, teniendo en cuenta el considerable retardo que se ocasionaba en las causas nom-

brando para peritos a personas ausentes, agregó al Art. 71 el inciso que exige que el perito sea residente en el lugar del juicio o donde deba practicarse la diligencia; mas este nuevo requisito tiene el grave inconveniente de que en la mayor parte de los cantones y parroquias de la República, rara vez se encuentran personas idóneas para el cargo.

En vista de esto, recomendamos a la Legislatura de 1924, de acuerdo con la Academia de Abogados, la sustitución de ese inciso con otro en que se impusiese a las partes litigantes el deber de llevar a sus peritos al juzgado, para la posesión del cargo, y al lugar de la diligencia, en la fecha señalada; sin que la ausencia del perito sea motivo para que ésta se postergue. Mas no ha sido todavía acogida esta indicación.

Cuanto al modo de hacer el nombramiento de peritos, en la prop. 302 expusimos los diversos sistemas e hicimos entre ellos el respectivo paralelo.

El nuestro, consignado en los Arts. 71 y 72 y adicionado por el 2º de la Ley Reformatoria de 1923, se reduce a lo siguiente:

Cada parte nombra un perito, pudiendo todos designar, de acuerdo, uno solo.

El nombramiento, corresponde al juez:

1º—Si una de las partes omite hacerlo, dentro del respectivo término.

Puede, en tal caso, el juez conformarse con el designado por la otra parte; y ordinariamente así lo hace, para evitar el recargo de gastos y la complicación de la diligencia;

2º—Cuando los peritos nombrados. discuerdan en sus dictámenes. En este caso el juez elige el tercero, cuyo dictamen constituye el informe pericial, se conforme o no con el de alguno de los otros;

3º—Cuando el perito nombrado por una de las partes se excusa o no comparece a juramentarse en el término respectivo, o deja caducar su nombramiento por no desempeñar el cargo. En estos tres casos, creemos que también puede el juez conformarse con otro de los peritos nombrados;

4º—Cuando no encuentra suficiente claridad en el informe de los peritos, según el Art. 82.

En ningún caso puede el juez nombrar para perito a quien ha sido antes recusado libremente o con causa en el juicio. La ley no lo dice expresamente; pero es tan obvio que no requiere tal declaración.

Art. 73

320.—Aceptación forzosa para los Profesores.— Causas de excusa.

Al tratar de la prop. 303, estudiamos:

1º—El fundamento científico del deber legal de prestar ese servicio a la administración de justicia;

2º—La razón de que sea voluntaria la aceptación para los no profesores;

3º—Quiénes se comprenden en el concepto legal de profesores, para los efectos de este artículo;

4º—Razones para que se permita a los profesores excusarse con causa apreciada prudencialmente por el juez;

5º—Paralelo con las disposiciones de la ley penal sustantiva y adjetiva. Las extranjeras no hacen obligatorio el cargo sino en materia penal;

6º—Sanciones para los casos de violación de este deber;

7º—Trámite para la aplicación de esas sanciones.

La colocación de este artículo, inmediatamente después de los que tratan del nombramiento de peritos y antes de los que reglan la posesión del cargo y su desempeño, da a entender, no obstante la amplitud de sus términos, que se trata únicamente de la obligación de aceptar el cargo, o de la excusa anterior a la aceptación. Para este efecto, dice la ley que el cargo es forzoso para los profesores y voluntario para los legos.

Mas si el perito ha aceptado el cargo, sea o no profesor, está obligado a desempeñarlo, salvo el caso de alguna causa grave superveniente, que el juez debería calificar según su prudente juicio, como dijimos en la prop. 303.

Art. 74

**321.—Forma de la aceptación o toma de posesión.—
Juramento.**

Nos referimos a lo dicho sobre la prop. 304.

Arts. 75 y 76

322.—Requisitos legales del informe: claridad y motivación.— Informes oscuros o insuficientes.— Informes erróneos.— Error esencial.— Responsabilidad de los peritos.

Estos dos artículos, tomados del Código peruano antiguo (Arts. 265 y 266) fueron derogados por el 33 de la ley de 1885, que estableció un nuevo sistema para el nombramiento y la forma del funcionamiento de los peritos; y puestos otra vez en vigencia por el 28 de la ley de 1886, que restableció el antiguo sistema, como indicamos en la prop. 302.

Con respecto a los requisitos del informe, exigidos por el Art. 75 (claridad y motivación), nos referimos a la prop. 306; y en cuanto a los defectos (oscuridad, insuficiencia y error), al modo de subsanarlos y a las sanciones legales, a la prop. 310.

El informe debe ser claro y comprensible, ya en la exposición de los datos o antecedentes, ya en las conclusiones. En obsequio de la claridad, debe tenerse en cuenta lo que indicamos acerca del empleo de voces técnicas.

Debe ser completo o suficiente, es decir, versar sobre todos los puntos determinados por el juez, a petición de las partes o de oficio, o naturalmente comprendidos en la materia del informe.

Debe ser veraz y lógico, esto es, conforme con los hechos o antecedentes que le sirvan de fundamento.

Debe ser motivado, siquiera sea sucintamente, para que se conozca la razón de las conclusiones, o sea la relación de éstas con los antecedentes de hecho y con las reglas del arte o los principios científicos respectivos.

Art. 77

323.—Discordia de los peritos.— Valor jurídico del informe del dirimente.

Sobre estos puntos véase la prop. 309, en la cual tratamos también, ora de lo que significa el prevalecer del informe del tercero; ora del caso en que los peritos discordantes fueren tres o más.

Este artículo se copió del 267 del Código peruano antiguo.

Arts. 78 y 79

324.—Determinación del objeto y del plazo, por el juez.— Sanciones.— Caducidad establecida en 1911.— Reemplazo del perito caducado.—Reforma de 1923.

Cuanto a la determinación del objeto y fijación del plazo, nos referimos a la prop. 306. En el decreto del nombramiento puede determinarse el objeto, de un modo general; v. gr. para tal inspección, para tal deslinde, etc.; pero los puntos a que debe concretarse el informe no es posible determinarlos sino en la diligencia misma; y el plazo tiene que estar en relación con esos puntos.

Cuanto a las sanciones, véanse las props. 303, 307 y 310.

El Art. 78 que trata de estos dos puntos (determinación y sanción) se copió del peruano antiguo, Art. 263. El Art. 79, que establece la caducidad por la mora de los peritos, fue agregado al Código por el Art. 40 de la ley reformativa de 1911, como lo dijimos al tratar de la prop. 307.

Allí estudiamos también el fundamento de la caducidad, y otras cuestiones relacionadas con ella.

Arts. 80 y 81

325.—**Recusación libre y motivada.— Concordancias.— Reemplazo del perito recusado o excusado.— Reforma de 1923.**

Concuerdan estos artículos con el 953, que reconoce también la recusación libre de peritos e intérpretes, dentro de veinticuatro horas; y con los Arts. 216 a 229, en que el Código desarrolla su sistema de tachas de testigos, por falta de edad, probidad, conocimiento o imparcialidad.

Algunos Códigos extranjeros aplican a los peritos las causas de recusación de los jueces.

El Código de Enj. Penal, reconociendo tácitamente el derecho de recusación libre, decía en el inciso final del Art. 72:

"Los peritos son irrecusables después que han practicado el "reconocimiento".

La ley reformatoria de 1923 reemplazó ese inciso con el siguiente:

"Los peritos no podrán ser recusados, pero el sindicato podrá nombrar otro por su parte, sin que para esto se retarde la diligencia. En lo demás se estará a lo dispuesto en el Código de Enj. Civil".

Las reglas del Código peruano antiguo son algo diversas en esta parte. Arts. 268, 269 y 270.

Cuanto a excusas, recusaciones, motivos, manera de ventilarlas y reemplazo de los peritos excusados o recusados, nos referimos a las props. 305 y 319.

Muy fácil modo de retardar las causas era, antes de la ley de 1923, elegir para perito a una persona que no acepte el cargo, y después a otra que tampoco acepte, y así en adelante; mas esa ley impuso, con mucha razón, a la parte que nombra perito, el deber de comprometerlo previamente para la aceptación; y si el perito se niega a aceptar o no comparece a la aceptación en el término que debe fijar el juez, le toca a éste hacer el nombramiento; en cuyo caso puede conformarse con el perito

nombrado por la otra parte. Reforma muy sana y conveniente, contenida en el inciso agregado al Art. 72, como ya lo observamos al estudiar las susodichas proposiciones.

Art. 82

326.—Mérito legal del informe de los peritos.— Facultades del juez.

Sobre el sentido e importancia de este artículo, agregado al Código por el 38 de la ley reformativa de 1885, nos referimos a la prop. 308.

Relacionado este artículo con el 75, resulta que el juez puede, en los casos de oscuridad o deficiencia del informe pericial:

1º—Pedir aclaraciones o ampliaciones a los mismos peritos;

2º—Nombrar por sí y de oficio, otro u otros peritos que practiquen nueva operación y presenten informes;

3º—Apartarse del informe pericial contrario a su propia convicción, expresando los motivos en que se apoye.

Todo lo cual está conforme con la doctrina generalmente seguida por los Códigos modernos, según lo manifestamos en la **exposición doctrinal**.

INTERPRETES

Arts. 83 y 84

327.—Casos de intervención.— Efectos de la omisión.

Sabemos ya lo que son los intérpretes y la necesidad de su intervención en los juicios (props. 313 y 314). El Art. 83 determina, de acuerdo con el Código peruano antiguo, (1) los siguientes casos de intervención:

(1) Art. 271.—Deben nombrarse intérpretes:

1º—Si hay que examinar a alguno de los litigantes o testigos que ignoren el idioma castellano:

2º—Si alguno de los testigos es mudo y no sabe escribir:

3º—Si se presenta algún instrumento o papel escrito en idioma distinto del castellano.

Art. 272.—La omisión del nombramiento de intérpretes en los dos primeros casos del artículo anterior, hace nulo el juicio.

1º—Para la inteligencia de documentos escritos en caracteres anticuados o desconocidos;

2º—Para examinar a los que ignoren el idioma castellano o a los mudos que no sepan escribir;

3º—Para la traducción de documentos escritos en idioma extraño.

En el segundo caso, la omisión del nombramiento produce la nulidad de la diligencia, conforme al Art. 84. En los casos primero y tercero, el documento no hace fe mientras no se cumpla ese requisito, según explicamos en la prop. 314.

En el Art. 83, está por demás la palabra "testigos", como observamos en la misma proposición.

Arts. 85 y 86

328—Condiciones de aptitud.— Posesión del cargo.— Determinación del objeto y del plazo.— Sanciones.

El Art. 85 determina las condiciones de aptitud, exigiendo, a más de los conocimientos especiales apropiados, el requisito de la mayoría, indebidamente silenciado por el Art. 70, al tratar de los peritos (prop. 301). En cambio prescinde, a su vez, sin razón, de la honradez y probidad, requeridas para los peritos, por el propio Art. 70.

Lo razonable sería, pues, agregar en ese artículo, en el 70, el requisito de la edad; eliminar el Art. 85, y extender al 70 la referencia hecha en el 86.

Dicha referencia, que se limita a los Arts. 74 (posesión del cargo) y 78 (señalamiento de la materia y el plazo, y las sanciones) debió extenderse también al 79, que trata de la caducidad, para aquellos casos en que el intérprete deba desempeñar su cargo dentro de cierto término, con arreglo al Art. 78, esto es, para el primero y tercero de los enumerandos en la prop. 327.

La referencia del Art. 86 al 78 debe aplicarse, por lo tocante a la fijación del término, sólo a los mismos casos 1º y 3º; porque en el 2º, esto es, en la declaración o confesión de mudos que no saben escribir o de personas que ignoran el castellano, los intérpretes desempeñan su función durante la misma diligencia judicial, a pre-

sencia y en compañía del juez, y no cabe que tengan término aparte.

Por lo tocante a traducciones, y en general, a todo lo comprendido en los susodichos casos 1º y 3º, la referencia podía extenderse también, en lo que fuese aplicable, a los Arts. 75, 76, 77 y 82, como dijimos en la prop. 316. El Art. 77, que versa sobre informe del dirimente, pudiera tener cabida aun en el caso 2º

Art. 87 y 3º de la reforma de 1923

329.—Forma antigua y actual del nombramiento.— Recusaciones.

El Art. 87, copia del 275 del Código peruano antiguo, trataba del nombramiento y de la recusación de los intérpretes, refiriéndose, en cuanto a uno y otro, a lo establecido respecto de peritos. Debía darse a cada parte término para el nombramiento; ese término era susceptible de prórroga y suspensión; cabían recusaciones libres o motivadas; con lo cual podía sobrevenir un complicado incidente, tratándose, a veces, de cosas urgentísimas, v. gr. de recibir declaraciones de testigos en términos perentorios.

En vista de estos inconvenientes, la Legislatura de 1923 sustituyó este artículo del Código con el tercero de la reforma que trata sólo del nombramiento, y nos dejó sin ley ninguna para el caso de recusación. ¿Deberemos deducir de aquí que los intérpretes son irrecusables?... ¿O aplicaremos, no ya por referencia expresa, sino sólo por analogía, el Art. 80?...

Si nunca hubiéramos tenido esa referencia expresa, el mero silencio de la ley en cuanto a recusaciones, nos habría permitido, tal vez, recurrir a la analogía, y aplicar el Art. 80, según dijimos al tratar de la prop. 316; mas la circunstancia de haber abolido el legislador la referencia expresa que antes existía, nos obliga a suponer que su intención fue que no se aplicase a los intérpretes el susodicho Art. 80.

Añádase a esto el que antes de la reforma, cada parte nombraba intérprete, como hasta ahora se nombran los peritos; y entonces muy razonable era reconocer y con-

sagrara el derecho de recusación libre, por la misma razón de analogía, aunque, no hubiera habido ley expresa. Mas, ahora, por la reforma, los intérpretes son nombrados exclusivamente por el juez; y es de suponer que, por esta causa, quiso el legislador hacerlos irrecusables, como les hizo a los peritos del **cuerpo del delito**, en la reforma que, en el propio año de 1923, expidió sobre el Art. 72 del Código de Procedimiento Penal.

Por todas estas razones, y por el móvil que, como acabamos de decir, sugirió la reforma —el empeño de evitar aquellos embrollos y dilaciones al tiempo de recibir las declaraciones de testigos o informes— nos inclinamos a la primera conclusión, a la de que, con la reforma, los intérpretes, quedaron irrecusables. Pero el caso es oscuro y lo recomendamos a la consideración de los jurisconsultos, de los magistrados y de los legisladores.

Si de nueva reforma se tratara, querríamos que así, irrecusables, quedasen los intérpretes, para confesiones o declaraciones, pero que, para los demás casos, se permitiese siquiera la recusación motivada.

Art. 88

330.—Aceptación forzosa.— Causas de excusa.

Sabemos ya que para los peritos no es obligatorio el cargo sino cuando son profesores en la respectiva ciencia, arte u oficio; mas para los intérpretes, el cargo es siempre forzoso, salvo justa causa de excusa. Quizá sea la razón de la diferencia, el que es menos fácil encontrar intérpretes que peritos, y el que, si la persona nombrada alega no tener suficientes conocimientos o práctica, eso sería justa causa de excusa.

JURISPRUDENCIA

CASO 63

Quiénes tienen derecho de nombrar perito en los juicios sucesorios?

En el juicio mortuorio de José Miranda, se resuelve:

1º—Que, en el juicio de inventario, el nombramiento de perito corresponde, únicamente, a los que concurren como partes; 2º—Que los acreedores, si bien tienen los derechos que les conceden los Arts. 1245 del Código Civil y 685 del de Enj., respectivamente, no son parte en dicho juicio; y 3º—Que, por lo mismo, es ilegal el nombramiento de perito hecho por los acreedores.

El juez de primera instancia y la Corte Superior de Guayaquil, sin detenerse a dilucidar el punto de derecho, reconocieron al acreedor la facultad de nombrar perito; mas la Corte Suprema dijo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 8 de 1913, a las dos de la tarde.— Vistos: Según el Art. 70 del Código de Enjuiciamientos en materia civil, el nombramiento de peritos corresponde a los que concurren al juicio en calidad de partes, y los acreedores, si bien tienen los derechos que les conceden los Arts. 685 del propio Código y 1245 del civil, no son partes en el juicio de inventario. Por lo mismo, nombrado perito por los herederos de José Miranda, sólo Félix Castro P. debe proceder al desempeño del cargo, sin la concurrencia del designado por el mandatario del acreedor Vera Terranova. Así, por no aceptarse como legal el nombramiento hecho en Joaquín A. Avilés, se reforma, sin costas, el auto recurrido, declarando que sólo el perito Castro P. ha de intervenir en la formación del inventario de los bienes dejados por el referido José Miranda. Devuélvanse.— Cárdenas.— Cueva.— Andrade Marín.— Pino.— Vásconez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 29, pág. 1462).

Cuando estudiemos el juicio de inventario nos ocuparemos en esta cuestión jurídica importante y trascen-

dental y que con suma frecuencia se ofrece en la práctica. Por ahora, nos limitamos a referirnos a la prop. 319, y advertir que el Art. 70, citado por la Corte Suprema, lleva en la edición actual el N° 71, y el 685 es el 705.

CASO 64

No cabe rebeldía para el nombramiento de perito, si no se ha fijado término.

En el juicio de Gastón Charpantier contra Belisario Olarte, por obra nueva, declárase:

1°—Que el juez no puede nombrar perito en rebeldía de una de las partes, sino cuando, señalado un término para este objeto, hubiere transcurrido sin que se haga tal nombramiento; 2°—Que si el juez ordena que la parte nombre perito "en el acto de la citación", no concede propiamente un término, y procede contra el tenor de este artículo; y 3°—Que, en este caso, puede hacerse el nombramiento, por la parte, en el momento de verificarse la diligencia pericial, sin que haya lugar a la declaración de rebeldía.

El texto del primer fallo es literalmente igual.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Diciembre 21 de 1899, las tres.—Vistos: El inferior en el decreto de fs. 4 de fecha 9 de Noviembre, omitió señalar término, esto es, según la definición del Art. 346 del Código de enjuiciamientos civiles, "período de tiempo" para que el querellado Olarte nombrara su perito; y por lo mismo, ha procedido contra el tenor claro del Art. 73 del propio Código; ya que la expresión del mencionado decreto: "en el acto de la citación", mal puede entenderse por término, dada su definición legal. Por tanto, el querellado pudo cumplir con lo ordenado en el decreto susodicho, hasta el momento de la diligencia de inspección, como lo ha hecho, sin ponerse en el caso de que se le pueda declarar rebelde por haberse omitido el señalamiento preciso de tiempo que supone el artículo mencionado, para que haya lugar a la rebeldía. Por lo expuesto, se confirma, con costas, la resolución del inferior. Devuélvase.—Solano de la Sala.—Reyes V.—Román.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 22 de 1900, las tres de la tarde.—Vistos: De acuerdo con el Art. 73 del Código de enjuiciamientos civiles, el juez, salvo los casos especiales determinados por la ley, y entre los cuales no se halla comprendido el presente, debe señalar término para que las partes nombren peritos, y sólo transcurrido aquel, sin que tal nombramiento se hiciera, puede el juez hacerlo en rebeldía de la parte. Y como en el decreto de fs. 4 no se ha señalado término, propiamente dicho, para que el demandado designe perito, no podía declarársele rebelde, y por lo mismo, tenía derecho para designarlo, como lo ha designado, en el momento de la inspección ocular. En esta virtud, se confirma, con costas, el auto de que se ha recurrido. Devuélvanse.—*Borja.—Espinosa de los Monteros.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Pino.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N° 104, pág. 832).

Véanse props. 302 y 319. Comentarios Arts. 71 y 72.

CASO 65

El informe pericial o sus ampliaciones deben pedirse en el término de prueba.

En el juicio de Agustín Guerrero contra Víctor Laso, revocando el fallo de segunda instancia y confirmando el de primera, se resuelve:

Que sólo dentro del término probatorio puede pedirse explicación o ampliación del informe de los peritos.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Juzgado 2º Municipal.—Quito, Junio 18 de 1888, las diez del día.—Vistos: Después de tres años de expirado el término probatorio y a petición de parte, el Juzgado no puede ordenar se practiquen diligencias probatorias que no se han practicado en tiempo. Por esta razón, se rechaza la solicitud de fojas 156 y se ordena que el actor presente su alegato en lo principal, dentro de cuatro días. Sin costas.—*Navarro.—Andrade Marin.*

Juzgado 2º Municipal.—Quito, Julio 2 de 1888, las once del día.—Vistos: Subsiste en toda su fuerza la razón que el Juzgado adujo a fojas 160, para no acceder a que fuera del término probatorio, se practiquen

mensuras que no se han practicado oportunamente. Lo que el Juzgado puede ordenar de oficio es potestativo a sólo él, y no cabe, por lo mismo, que las partes exijan lo que el juez a su tiempo puede ordenar o no, según los méritos de los autos. Por tanto, se rechaza, con costas, la revocatoria solicitada. El doctor Víctor Laso queda advertido de que está en el deber de usar de más miramiento en sus escritos; pues que el de fojas 165 en la línea 11 contiene expresiones muy desatentas.—*Navarro.—Andrade Marín.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Agosto 22 de 1888, las dos.—Vistos: Según el Art. 259 del Código de Enjuiciamientos Civiles, cuando el informe de los peritos es deficiente, el juez de oficio, o a petición de parte, exigirá de ellos lo conveniente para reparar tal defecto. Citado el actor (fojas 155) con el informe de los peritos, corriente a fojas 151 y 152, reclamó contra la falta de medición de las aguas del río Machángara, que, pedida bajo el N° 1º tanto por él como por el demandado, en sus respectivas solicitudes de fojas 120 y 122, no habían practicado los peritos, según estos mismos lo confirman en su respuesta 1º, y pidió que se exija a ellos la reparación de tal falta. Esto no es pretender que se practique nueva inspección ocular, como han calificado, equivocadamente, el demandado y el inferior, el primero en su petición de fojas 165, y el segundo en su auto de fojas 166, y aplicar, bajo este erróneo concepto, la disposición prohibitiva del inciso 2º del Art. 657 del propio Código citado, que no corresponde al caso. Por tanto, se revoca el citado auto, y se ordena que el inferior obligue a los propios peritos a que en pleno verano, como éstos lo exigen, hagan la mensura de las aguas del Machángara en los puntos ya designados por las partes. Devuélvase.—*Muñoz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 22 de 1889, las dos y media p. m.—Vistos: Lo que el doctor Bernardo Cabezas ha solicitado a fojas 156 es que los peritos midan las aguas del Machángara, lo cual constituye una verdadera diligencia probatoria, que no puede practicarse sino dentro del respectivo término, a no ser que la ordene el Juez de oficio, en uso de la facultad que le concede el Art. 337 del Código de enjuiciamientos civiles. Por otra parte, aun cuando lo pedido fuese únicamente la mera ampliación del informe de los peritos, en vez de la práctica de una diligencia probatoria, real y positiva, como es la medición de las aguas, debe tenerse en cuenta que el Art. 259 citado por el inferior se subordina al 552; por manera que, si bien puede solicitarse la explicación y ampliación de un informe obscuro o insuficiente, esto tiene de ser dentro del respectivo término probatorio, fuera del cual sólo al juez le es potestativo ordenar lo que a bien tuviere para el mejor esclarecimiento del punto discutido. Por tanto, se revoca el auto recurrido y se confirma el de primera instancia. Devuélvase.—*Cevallos.—Castro.—Herrera.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 79, pág. 628).

Al tratar la materia de las pruebas, nos ocuparemos en este punto jurídico. Por ahora, nos referimos a la prop. 299.

CASO 66

Efecto de la omisión del nombramiento de intérpretes.

En el juicio ejecutivo de Augusto F. Fade contra la sociedad de alumbrado y fuerza eléctrica, se resuelve:

Que el Art. 84 no es aplicable a los poderes, los que, a estar debidamente autenticados, legitiman la personería del mandatario.

El fallo de primera instancia dijo, en orden a este punto:

La personería del ejecutante está legitimada: 1º porque hallándose autenticado el poder de fojas 30 otorgado en Francia, dicho poder hace en el Ecuador tanta fe como en la nación en que fue otorgado, según el Art. 193 del Código adjetivo civil: 2º porque la sustitución de fojas 34 está arreglada a la ley; así como la traducción del poder de fojas 30; pues no hubo necesidad de que con el nombramiento de intérprete para dicha traducción, se notificara a persona alguna, desde que la traducción se pidió con el objeto de hacer valer el poder traducido, en esta República, sin determinar, por otra parte, la persona contra quien se lo quería hacer valer. No hubo necesidad tampoco, de que las copias acompañadas a la demanda se las confiera con citación contraria, porque la exigencia del Art. 499 del Código de procedimientos civiles a este respecto, es para las escrituras constitutivas de la obligación cuyo cumplimiento se exige, mas no para las que, como las constantes de fojas 1º a 22, no hacen sino acreditar la personería de la parte ejecutada, justificación que por sí sola suministra una copia conferida sin citación de persona alguna, y si por el contexto del Art. 180 del Código adjetivo civil, se dijera que la copia de fojas 1º a 7º no justifica la existencia de la sociedad "Alberto Rhor y Cº" dicha falta ha desaparecido durante el curso del juicio. Por lo expuesto, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, declárase inaceptables las excepciones propuestas a fojas 39 y 40; y se ordena, en consecuencia, que la parte ejecutada cumpla inmediatamente la obligación de pagar la cantidad demandada y los intereses respectivos; en su defecto se embargarán bienes equivalentes y previas las formalidades legales se procederá a rematarlos. Con costas. Los intereses se liquidarán en juicio verbal sumario.—P. Benigno Araujo.—Rafael Alzamora.

La de segunda instancia:

3ª—En cuanto a personería del actor, se observa: los documentos redactados en idioma desconocido, por precepto consignado en el Art. 83 del Código de Enjuiciamientos Civiles, deben traducirse por intérpretes, teniendo de cumplirse respecto de éstos las prescripciones de los Arts. 75 y 79 del propio Código. Además, la traducción del poder, en el caso discutido, si bien no es el origen de la personería legítima del actor, es indudablemente la prueba de ésta; y, como tal, aun cuando previa al juicio, debió actuarse con citación de la parte contra quien iba a hacerse valer ese carácter de mandatario. El actor, en consecuencia no ha legitimado su personería en debido forma. 4ª Respecto de la última excepción, ella va encaminada a la destrucción total de la acción deducida; y no siendo admisible la vía ejecutiva, por las razones anteriormente consignadas, no es dable estudiarla ni resolverla. Por los fundamentos que anteceden, teniendo en cuenta que el ejecutado ha reclamado oportunamente la invalidez del procedimiento, y teniendo en cuenta además el precepto contenido en el Art. 508 del Código adjetivo civil, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, acéptanse como legales las excepciones 1ª, 2ª y 3ª propuestas por el ejecutado, declarándose en consecuencia, la nulidad del proceso hasta el estado de negarse la vía ejecutiva, a costa de los asesores que han aconsejado al juez inferior. Devuélvase.—Gabriel Monje.—J. Velasco R.—M. del C. Pachano.

La del Tribunal Supremo:

No puede darse a las disposiciones legales mayor extensión que la que ellas mismas tienen; y la disposición del Art. 82, aplicable, únicamente a los actos que determina, no puede serlo también a los poderes por no estar entre estos actos comprendidos. Así, el poder de fojas 30, autenticado, tiene completo valor legal, y legitima la personería del ejecutante

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 35, pág. 277).

El magistrado doctor Manuel Montalvo salvó su voto, confirmando el fallo de segunda instancia, por las mismas razones de ésta.

Por nuestra parte nos referimos a las props. 314 y 327, advirtiendo, en cuanto a la numeración de los artículos, que el 193, citado en la sentencia de primera instancia, es ahora 198; y el 499, el 507. En la de segunda instancia, el Art. 83 lleva ahora el mismo número; y en la de tercera, el 82 es actualmente 84.

CASO 67

A propósito del defensor de menores, vuelve a declararse que los legatarios no son partes en el juicio de inventario.

CASO 68

Nombramiento de intérpretes con sujeción a las reglas prescritas para los peritos.

Acuerdo del Tribunal Supremo. En la sesión de 27 de Noviembre de 1914 se dictó el siguiente:

1º—Cuando en las actuaciones judiciales civiles intervienen intérpretes, con arreglo al Art. 81 del Código de Enj., el actuario hará constar o que se nombró uno por cada parte, o que se conformaron las partes con un solo intérprete.

El Art. 81 de entonces es ahora 83.

Se hizo necesario este acuerdo por la corruptela a que nos referimos al comentar las props. 315 y 329, sobre el nombramiento, recusación o excusas de los intérpretes.

CASO 69

Nulidad de un juicio ejecutivo, por basado en una letra en idioma extraño no traducido.

En el juicio Cueva Díaz - viuda de Dávila, se expidieron los fallos siguientes:

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Marzo 16 de 1914, a la una de la tarde.—Vistos: La letra de la foja primera que sirve de base para el juicio ejecutivo propuesto por el doctor Miguel Díaz Cueva contra los herederos de Miguel Dávila, no trae aparejada la demanda con título ejecutivo, por las siguientes razones: 1º, porque la letra escrita en francés no ha sido traducida al castellano, conforme ordena el Art. 81 del Código de Enjuiciamientos Civiles; ley imperativa que tiene que ser cumplida, porque es un principio de legislación universal que el juez necesita para resolver un punto,

conocimiento de causa, y ese conocimiento no puede tenerlo sino cuando los documentos que examina están en su idioma propio y su fallo se ha de fundar en datos que puedan ser examinados por ambas partes, y aún dados copia por el Escribano. Resultando de esto, que la obligación no es clara mientras no se sepa el contenido de ella, mediante la traducción verificada por intérpretes: 2º, porque no ha sido reconocido el endoso, pues aun cuando el Art. 499 del Código citado no exige reconocimiento de las letras de cambio, nada dice respecto de los endosos que ella lleve, y en este caso es aplicable el Art. 502 del propio Código que ordena el reconocimiento del último cedente; y también porque siendo perjudicada la letra en cuestión, los Arts. 421 y 422, aparte del último Código de Comercio, disponen que surta el efecto de una cesión ordinaria, y entonces debe ser reconocida por el último cedente: 3º, porque no habiéndose acompañado partida de defunción de Miguel Dávila, no se ha comprobado que han decurrido los ocho días de que se habla en el Art. 47 del Código primeramente citado, tiempo que constituye un plazo legal y debe estar demostrado que se ha vencido. Por último, la excepción de domicilio, es procedente, porque el juez del lugar en que se hubiere abierto la sucesión tiene jurisdicción privativa para conocer de cobranza de deudas hereditarias, según el Art. 37 del Código de proceder en lo civil. Por lo expuesto, se ha faltado a la solemnidad primera prescrita en el Art. 417 del mencionado Código, y se declara nulo el juicio, al estado de rechazarse la acción ejecutiva, a costa del Asesor de la causa doctor Julio Tobías Torres. Devuélvase.—Torres.—Farfán.—Vásquez C.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 20 de Octubre de 1916, a las dos de la tarde.—Vistos: El auto de nulidad expedido por la Corte Superior de Cuenca, en la ejecución del doctor Miguel Díaz Cueva contra Rosario Jaramillo viuda de Dávila, no es susceptible de recurso de tercera instancia, dada la cuantía de la demanda y atento el Art. 394, N° 2º, del Código de Enjuiciamientos Civiles; pues si bien el actor demandó expresamente, no sólo por el capital adeudado, sino también por los intereses de la mora, éstos no pueden ser tomados en cuenta para la fijación de la cuantía de dicha demanda, por no hallarse en ninguno de los casos previstos en el Art. 91, inciso 2º del propio Código. No ha debido, pues, el juez de segunda instancia conceder el expresado recurso. Devuélvase el proceso.—Escudero.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 161, pág. 2523).

Véase lo dicho a propósito de las props. 314 y 327.

INDICE

	Páginas
Plan de esta obra	III
Antecedentes de la publicación de este tomo y transmisión de la propiedad literaria a las Universidades	V

TITULO SEGUNDO

De las personas que intervienen en los juicios

SECCION 1ª

Del actor y del demandado

Texto del Código	8
------------------------	---

EXPOSICION DOCTRINAL

Sinopsis (Continuación del programa)	5
--	---

DESARROLLO

Preliminares

218.—Recuerdo del plan general del Código.—Objeto y razón histórica de este 2º Título del Libro 1º.—Su relación con la Ley Orgánica	8
219.—Personas que intervienen en los juicios.—Su división en principales y accesorios o auxiliares.—Subdivisión de éstas	10
320.—Otra división; funcionarios públicos; personas privadas	11
221.—Separación entre la Ley Orgánica y el Código, ejecutada por la Corte Suprema	12

De las partes

222.—Objeto de la Sección 1ª.—Acepción jurídica de las voces parte, litigante, actor o demandante, demandado o reo, tercero. Relación entre el concepto de partes y de personas litigantes	12
--	----

	Páginas:
223.—Axioma jurídico de la igualdad legal de las partes	15.
224.—Capacidad legal de parecer en juicio.—¿Debe tratar de esto el Código de Enjuiciamiento o el Civil?	16.
225.—Regla general sobre la capacidad.—Consecuencias.—Capacidad activa y pasiva.—Graduación de la capacidad	17.
226.—Excepciones de la regla general sobre la capacidad	19.
227.—Formas de la comparecencia de las personas capaces (personalmente o por apoderado).—Agentes oficiosos	20.
228.—Formas de comparecencia de los incapaces: autorización; representación.—Principios generales.—Ratificación	20.

Excepciones de la regla general de la capacidad

Mujeres Casadas

229.—Su regla especial.—Fundamento de la incapacidad	23.
230.—Formas de comparecencia de la mujer casada: representación marital; autorización o licencia; ratificación.—Autorización judicial supletaria.—¿Puede ésta ser general?? ¿Puede versar sobre asuntos de sociedad conyugal?	25.
231.—Forma de la autorización.—Sus efectos	28.
232.—Excepciones de la regla especial de la mujer:	
1ª—Litigios con el marido.—Contraposición de intereses.	
2ª—Juicios criminales o de Policía contra la mujer.	
3ª—Litigios sobre asuntos relativos a la profesión o industria de la mujer.	
4ª—Divorcio con subsistencia del vínculo conyugal.	
5ª—Separación y exclusión de bienes.	
6ª—Representación de los hijos de matrimonio anterior.	
7ª—Curaduría del marido o de sus bienes	30.
233.—Cuando la mujer puede parecer en juicio, ¿puede también representarla el marido?	42.

Personas sujetas a guarda.

234.—Qué se entiende por guarda.—Distinción innecesaria entre tutela y curaduría.—Defectos general de nuestro sistema legal.—Crítica de la definición dada en el Código Civil	45.
235.—Fundamento de la incapacidad	48.
236.—Formas de comparecencia: autorización; representación.—Doctrina del Código Civil y del de Enjuiciamiento.—Ratificación.	49.
237.—Excepciones:	
1ª—Juicios mercantiles.	
2ª—Juicios criminales o de Policía.—¿Puede comparecer el guardador?—Representación activa.	
3ª—Contraposición de intereses.—Peculio profesional	52.

238.—Si hay curador general y curador adjunto, ¿a cuál compete la representación?	55
Hijos de familia	
239.—Concepto de la patria protestad y de los hijos de familia.—Fundamento de la incapacidad de los hijos	55
240.—Forma de comparecencia: autorización paterna; representación; autorización judicial supletoria; ratificación.—Inhabilidad o imposibilidad del padre.—Paralelo del Código Civil con el de Enjuiciamiento	57
241.—Excepciones:	
1 ^a —Juicios criminales o de Policía.—Puede el padre presentarse, como tal?—Capacidad activa.	
2 ^a —Litigios entre el hijo y el padre.—Contraposición de intereses	64
242.—Litigios concernientes al peculio profesional o industrial.—Juicios mercantiles	69
243.—Habilitación de edad	71
244.—La venia judicial	71
245.—Si el hijo tiene curador adjunto, le representa el padre o el guardador?	72
Personas jurídicas	
246.—Su naturaleza.—Forma de comparecencia en juicio.—Personas jurídicas convencionales: sociedades civiles y mercantiles.—Disposiciones sustantivas y adjetivas concernientes	73
Religiosos profesos	
247.—Reglas sustantivas sobre su capacidad.—¿Subsisten aun la muerte civil y la incapacidad relativa instituidas por el Código Civil? Reglas adjetivas	78
Fallidos y quebrados.—Concurso.—Quiebra	
248.—Incapacidad legal de los insolventes y quebrados.—Representación de ellos, del concurso y la quiebra	81
Representación judicial de la herencia	
249.—Sistema del Código Civil; detención de la herecía; plazo para demandar a los herederos; notificación de los títulos; término para deliberar, medidas conservativas; curador de la herencia; aceptación; repudiación; silencio de los herederos; reforma del año 1870.—Disposición adjetiva.—Reglas que deben observarse para proceder judicialmente contra la sucesión	84

	Páginas
250.—Aplicación de la doctrina a las cuestiones pendientes al fallecimiento del demandante o demandado.....	87.
251.—Representación de la herencia cuando el que fallece ha dejado procurador	90

PARTE LEGAL

Del actor y del demandado

Sinopsis	91
----------------	----

DESARROLLO

252.—Definición de actor y demandado en el Art. 38.—Paralelo con el Código de 1869.—Referencias	92
253.—Relación de los Arts. 39, 40, 41 y 42 sobre comparecencia de los incapaces.—Impropiedades en la redacción.—Historia de las reformas relativas a la mujer casada.—Referencias	93
254.—¿Puede el padre representar al hijo de familia y el guardador al pupilo en los juicios de inventario y partición u otros en que también ellos tengan interés personal?.....¿Puede un solo guardador representar a dos o más pupilos en los mencionados juicios?—Concepto jurídico de la contraposición de intereses.—Sentido y conclusiones de la ley de 1921 ..	95
255.—Arcaica regla relativa a los religiosos, en el art. 43.—Sus antecedentes.—¿Quiénes son prelados?—Referencias	99
256.—Derecho y capacidad de comparecer por procurador, según los art. 44 y 45.—Obligación de comparecer personalmente, según el 46.—Puede librarse comisión para la diligencia de confesión?..... Gastos del viaje	100
257.—Representación judicial de la herencia según el art. 47.—Referencias. Nuevas observaciones y conclusiones	104

SECCION 2ª

De los procuradores

Texto del Código	147
------------------------	-----

EXPOSICION DOCTRINAL

Sinopsis (Continuación del programa)	152
--	-----

Preliminares

258.—Naturaleza del mandato en general y del mandato judicial.—Sentido de las palabras Procuración, Procuraduría, Procura, Poder, Mandatario, Procurador. Perceptor	154
---	-----

	Páginas
259.—Es necesario la intervención de procurador.—Sistemas contrarios.—Doctrina legal.—Excepción para el caso de dos o más actores o reos	158
260.—Capacidad para nombrar procurador judicial	159
261.—Capacidad para ejercer la procuración judicial.—Regla general de la capacidad.—Se requieren condiciones de aptitud?—Pueden serlo los extranjeros.—Los analfabetos?—Impedimentos legales o incompatibilidades.—Contraposición de intereses.—Efectos de la intervención de los incapaces	159
262.—El que no pueda ejercer la procuración por sí mismo, puede ejercerla por medio de sustituto?—El incapaz de contratar puede sustituir?	162

Forma de la procuración judicial

263.—Regla del Código Civil sobre el mandato en general.—Reglas adjetivas: Asuntos de mayor cuantía.—Asuntos de menor cuantía.—Poderes en parroquias distantes.—En la Región Oriental o en el Archipiélago de Colón.—Poderes en el extranjero.—Endoso que equivale a mandato	162
264.—Gestión judicial a nombre ajeno sin poder.—Agencia oficiosa.—Ratificación expresa o tácita.—Ratificación de lo obrado a nombre de persona difunta.—Firma a ruego.—Abusos	166

Facultades del procurador

265.—Funciones ordinarias del mandatario.—Funciones extraordinarias.—Aplicación al mandato judicial	169
266.—Diferencias entre poderes, facultades e instrucciones	172

Obligaciones del mandatario

267.—Obligación anterior a la aceptación.—Aceptación total o parcial.—Retractación.—Renuncia	173
268.—Obligaciones derivadas de la aceptación.—Quién puede exigir las.—Puede un tercero obligarle al mandatario a presentarse por el mandante?—Observaciones	174
269.—Manera de ejercer el mandato.—Responsabilidades y sanciones	176
270.—Obligaciones procesales del mandatario judicial.—Legitimación de su personería.—Presentación del poder.—Efectos de su omisión.—Falsa personería.—Relaciones con el abogado defensor.—Secreto.—Pago de derechos y costas	178

Derecho del Procurador

271.—Detalle legal de los derechos del procurador.—Remuneración.—Indemnizaciones	181
--	-----

Delegación, sustitución

272.—Concepto legal de la delegación y la sustitución relativa al mandato	183
273.—Doctrina del Código Civil sobre la delegación.—Sus efectos en los diversos casos.—Aplicación a los poderes judiciales.—Sus inconvenientes.—Comisión mercantil	186
274.—Ratificación del mandante.—Ratificación del mandatario	190
275.—Revocación de la sustitución	191

Terminación del mandato

276.—Modos de terminación reconocidos por la ley: 1º Desempeño del negocio.— 2º Expiración del plazo.—3º Revocación: Reglas del Código Civil.—¿Hay mandatos irrevocables?—Regla del Código de Enjuiciamiento: presentación del mandante.—Revocación tácita.—Forma de la revocación expresa.—Pago de costas	192
277.—Renuncia.—Regla del Código Civil.—¿Puede el mandatario renunciar el derecho de renunciar?.... Regla adjetiva: presencia del mandante	195
278.—Muerte del mandante.—Muerte del sustituyente.—Muerte del mandatario	196
279.—Quiebra o insolvencia.—Interdicción.—Matrimonio. Cesación de funciones	199
280.—Puede aplicarse al mandato judicial el art. 2.160 del Código Civil?	203

Representantes legales

281.—Legitimación de su personería.—Necesitan procuración? — Necesitan comprobar su carácter de tales?	205
--	-----

Dos o más actores o demandados

282.—Dos o más demandantes.—Dos o más demandados.—Desacuerdo en el nombramiento de apoderado común.—Rebeldía de los actores o demandados.—Intervención personal, teniendo procurador común.—Intervención de un agente común con oferta de poder o ratificación.—Recusación de asesores.—Revocación del mandato.—Renuncia del mandatario.—Terminación del mandato por otros medios	206
---	-----

Parte Legal**De los procuradores**

Síntesis (Continuación del programa)	213
--	-----

DESARROLLO

283.—Definición legal de Procurador, en el art. 48	216
284.—Detalle de las incapacidades legales para la procuración judicial, en el art. 49.—Reformas y deficiencias de este artículo.—Los ciegos.— Los analfabetos	216
285.—Los incapaces pueden sustituir, según el art. 50	221
286.—Presentación del poder, según el art. 51.—Historia de esta disposición.—Falsa personería.—Sus efectos.—Presentación de poder insuficiente.—Presentación posterior a la declaración de falsa personería	222
287.—Forma de los poderes de menor y de mayor cuantía, según los arts. 52 y 53.—En las parroquias distantes, según el 54.—En la Región Oriental y en el Archipiélago, según el 55	224
288.—Actos que requieren cláusula especial, según el art. 56: 1º transigir; 2º comprometer; 3º desistir; 4º absolver o deferir; 5º recibir.—Prorrogar jurisdicción, intentar demandas nuevas y sustituir, según el Código de 1869.—Gestiones extrajudiciales	227
288 bis.—Confesión del ex-mandatario, según la ley y la jurisprudencia	234
289.—Detalle de los deberes procesales del apoderado, según el art. 57.—Reformas.—Dos artículos suprimidos por innecesarios	240
290.—El art. 58, agregado al Código de 1912, debió ser mero inciso del 54	241
291.—Indemnización al apoderado reducido a prisión.—Art. 59	241
292.—Sustitución del poder, según el art. 60.—Referencias	242
293.—Terminación, según el art. 61.—Revocación, según el 62.—Renuncia, según el 63 y 64	242
294.—Dos o más actores o demandados, según el art. 65	242
295.—Representantes legales, según el art. 66.—Modo de legitimar su personería.—Sus funciones judiciales ordinarias y extraordinarias.—Pueden sustituir o delegar?—Pueden ejercer las facultades del art. 50? ... Confesión del ex-representante	242
296.—No debe contarse con el mandante, según el art. 67, aunque comparezca personalmente.—Citación para la confesión del mandante.—Revocación tácita.—Dos artículos suprimidos por inconvenientes	257
297.—Para los motivos de excusa o recusación, no se toma en cuenta al mandatario.—Mala redacción del art. 68.—Su razón histórica	258

SECCION 3ª—De los peritos

SECCION 4ª—De los intérpretes

Texto del Código	330
Sinopsis (Continuación del programa)	333

Peritos

298.—Concepto de la función pericial.—Lugar que esta institución ocupa en la Legislación.—Peritos para leyes extranjeras.—Diferencia entre peritos y testigos	334
299.—En qué casos tiene lugar la intervención pericial? Es meramente complementaria de la inspección judicial o puede pedirse y practicarse sin ésta?	339
300.—Peritos y empíricos.—Hay distinción legal?	341
301.—Condiciones de aptitud.—Honradez.—Conocimientos.—Sanción.—Título.—Edad.—Ciudadanía.—Residencia	341
302.—Manera de hacer el nombramiento de peritos.—Sistema de nuestro Código y de otras legislaciones.—Inconvenientes y ventajas	343
303.—Aceptación forzosa para los profesores; voluntaria para los demás.—Sanciones.—Paralelo con la legislación penal.—Trámite para la aplicación de las sanciones	347
304.—Forma de la aceptación.—Juramento.—Importancia histórica, social y jurídica de esta diligencia.—Sus diversas especies.—Sus formas.—Sanciones legales y sociales	350
305.—Excusas.—Recusaciones.—Sus motivos.—Manera de ventillarlas.—Reemplazo del excusado o recusado	354
306.—Deber esencial de los peritos.—Modo de cumplirlo.—Fijación de la materia y del plazo por el juez.—Forma de examen y requisitos del informe pericial	356
307.—Sanciones para el caso de inejecución.—Caducidad.—Su historia, naturaleza y efectos	357
308.—Mérito legal del informe de peritos.—Libertad de apreciación concedida al juez.—Reglas o criterios a que debe atenderse	359
309.—Discordia de los peritos.—Manera de dirimirla.—Mérito del informe del perito dirimente.—Discordia entre tres o más peritos	361
310.—Defectos del informe: oscuridad, insuficiencia, errores.—Modo de anotarlos y corregirlos.—Error esencial.—Sanciones por el mal desempeño del cargo	362
311.—Honorario de los peritos	367
312.—Peritos extrajudiciales	367

Intérpretes

313.—Naturaleza de la función de los intérpretes.—Analogía con la de los peritos.—Consecuencias	369
314.—Necesidad legal del nombramiento de intérpretes.—Efectos de la omisión.—Confesión del mudo o del que ignora el idioma	369
315.—Nombramiento, recusación, excusa de los intérpretes	370
316.—Mérito legal de los actos de los intérpretes.—Vale en un juicio la copia de la traducción hecha en otro?	370
317.—Honorario de los intérpretes	371

Parte Legal

De los peritos

318.—Regla general sobre los casos en que deben nombrarse peritos, consignada en el art. 69	373
319.—Requisitos para ser perito, según el art. 70.—Residencia exigida por la reforma de 1923.—Modo de hacer el nombramiento por las partes, según el 71.—Nombramiento por el juez, según el art. 72 y la reforma de 1923.—Sistema adoptado en 1885 y derogado en 1886	374
320.—Aceptación forzosa para los profesores, según el art. 73.—Causas de excusa	376
321.—Forma de la aceptación o toma de posesión.—Juramento, art. 74	377
322.—Requisitos legales del informe: claridad y motivación.—Informes oscuros o insuficientes.—Informes erróneos.—Error esencial.—Responsabilidad de los peritos, arts. 75 y 76	377
323.—Discordia de los peritos.—Valor jurídico del informe del dirimente, art. 77	378
324.—Determinación del objeto y del plazo por el juez.— Sanciones, art. 78.—Caducidad establecida en 1911.—Reemplazo del perito caduco, art. 79 y reforma de 1923	378
325.—Recusación libre y motivada.—Condiciones.—Reemplazo del perito recusado, art. 80	379
326.—Mérito legal del informe de los peritos.—Facultades del juez, art. 82	380

De los intérpretes

327.—Casos de intervención.—Efectos de la omisión, arts. 83 y 84	380
328.—Condiciones de aptitud.—Posesión del cargo.—Determinación del objetivo y el plazo.—Sanciones, arts. 85 y 86	381
329.—Forma antigua y forma actual del nombramiento.—Recusaciones, arts. 87 y 3º de la reforma de 1923	382
330.—Aceptación forzosa.—Excusas.—Caducidad, art. 88	330

INDICE DE LA JURISPRUDENCIA

Del actor y del demandado

Caso 1º—¿Quién es el actor en la controversia sobre adjudicación de minas o de aguas	107
Caso 2º—Actor en las tercerías	111
Caso 3º—Ratificación expresa o tácita de las gestiones judiciales de los incapaces	111
Caso 4º—Ratificación tácita en el juicio con mujer casada	113
Caso 5º—Ratificación de los actos de un mandatario incapaz	113

	Páginas
Caso 6º.—Contraposición de intereses en juicio divisorio.—Curador ad-litem designado por el menor.—Ratificación	113
Caso 7º.—Curador ad-litem del sordo-mudo	120
Caso 8º.—Divorcio consensual.—Distinción entre curador especial y curador ad-litem	120
Caso 9º.—Divorcio consensual.—Distinción entre curador especial y curador ad-litem	122
Caso 10.—Juicio de divorcio.—Necesidad de curador general o especial para el cónyuge menor de edad	126
Caso 11.—Curador ad-litem en juicio de nulidad de matrimonio, promovido por el padre	127
Caso 12.—Mujer separada de bienes.—Su modo de comparecer en juicio	128
Caso 13.—Comparecencia en juicio de la mujer divorciada con subsistencia del vínculo	131
Caso 14.—Representación de la mujer que ha pasado a segundas nupcias	132
Caso 15.—Representación de los hijos de matrimonio anterior ...	133
Caso 16.—Mujer casada fallida	135
Caso 17.—Representación judicial supletoria a la mujer	137
Caso 18.—Contraposición de intereses entre el padre y los hijos, en la partición.—Curador ad-litem	139
Caso 19.—Contraposición de intereses en el inventario	140
Caso 20.—Juicios criminales.—Capacidad del menor	143
Caso 21.—Sociedades en liquidación	144
Caso 22.—Comisión para la confesión	145

De los procuradores

Caso 23.—El procurador puede aceptar parcialmente el poder?.... ¿Puede ser obligado a intervenir, si rehusa hacerlo?	259
Caso 24.—La misma cuestión precedente, en relación con el art. 514	260
Caso 25.—Contraposición de intereses que impide al mandatario figurar como tal	265
Caso 26.—La firma a ruego no es poder	267
Caso 27.—Procuración ejercida a nombre de un difunto.—¿Cabe ratificación de los herederos?	268
Caso 28.—Si el actor obra a nombre propio y al de otros, y luego otra persona comparece a nombre del actor, se ha de entender que representa a todos	271
Caso 29.—Un endoso ilegal puede valer en juicio como poder legal?	272
Caso 30.—La misma cuestión jurídica, en un fallo anterior	274
Caso 31.—Otro caso sobre la misma cuestión del endoso irregular.—Confesión del endosante	275
Caso 32.—Mujer procuradora.—Cabe ratificación de los actos de un mandatario incapaz?	278
Caso 33.—Ratificación de los actos de un mandatario incapaz	280
Caso 34.—Presentación del poder por persona diversa del apoderado	281

Caso 35.—La ratificación es sólo para lo pasado. El límite es la fecha en que se firmó el escrito o la de su presentación? . . .	283
Caso 36.—Distinción entre falsa personería e insuficiencia del poder	287
Caso 37.—Consentimiento de la mujer casada, para la venta de sus bienes raíces, expresado en un poder ante juez parroquial	287
Caso 38.—Poder ante juez parroquial para venta de bienes raíces	290
Caso 39.—No cabe apelación de ninguna providencia que aplique el art. 51	290
Caso 40.—Cláusula especial para transigir.—Determinación de la materia	291
Caso 41.—No se necesita cláusula especial para sustituir.—Reserva de esta facultad por el mandante	292
Caso 42.—No se necesita cláusula especial para desistir en un incidente.—Y para desistir de la apelación en lo principal? . . .	294
Caso 43.—El Procurador Municipal no puede desistir	295
Caso 44.—El apoderado del Procurador Municipal no puede desistir, sin autorización especial	296
Caso 45.—El Procurador Municipal no puede confesar	297
Caso 46.—El Procurador Municipal puede ratificar lo hecho a su nombre	299
Caso 47.—El Presidente del Concejo no puede absolver posiciones, como tal	301
Caso 48.—El Presidente de la República no puede absolver posiciones, como tal	302
Caso 49.—Facultades e instrucciones	303
Caso 50.—El Defensor de ausentes no puede apelar	304
Caso 51.—Muerte del demandado mandante, antes de la citación de la demanda.—Ratificación de los herederos	305
Caso 52.—Poder especial, para transigir, con especificación del objeto	307
Caso 53.—Disuelta una sociedad, puede subsistir el poder conferido por ella para el pleito	311
Caso 54.—Revocación del mandato y comparecencia personal del mandante	313
Caso 55.—Procurador común antes de la contestación	315
Caso 56.—Los representantes legales deben legitimar su personería? .	316
Caso 57.—El curador de la herencia yacente puede representarla en juicio	316
Caso 58.—Antes de la aceptación del poder no puede contarse con el apoderado	317
Caso 59.—Debe contarse en segunda y tercera instancia con el mandatario que figuró en primera?.. Confesión del ex-mandatario	319
Caso 60.—La mujer que ha propuesto demanda de separación de bienes no puede desistir	322
Caso 61.—Expirado el mandato antes del juicio, pueden ser válidas las gestiones del apoderado, por la ignorancia de éste o por la buena fe del tercero, conforme al art. 2.160 del Código Civil?	324
Caso 62.—Un tinterillo no puede ser apoderado, ni puede revocarse la sentencia que le declaró tal	326

	Páginas
Caso 62 bis.—Representación ejercida a nombre de persona difunta.—Cabe ratificación de los herederos?	328
Peritos e Intérpretes	
Caso 63.—Quiénes tienen derecho de nombrar perito en los juicios sucesorios?	384
Caso 64.—No cabe rebeldía para el nombramiento de perito, si no se ha fijado término	385
Caso 65.—El informe pericial o sus ampliaciones deben pedirse en el término de prueba	386
Caso 66.—Efecto de la omisión del nombramiento de intérpretes	393
Caso 68.—Nombramiento de intérpretes con sujeción a las reglas prescritas para los peritos	390
Caso 69.—Nulidad de un juicio ejecutivo, por basado en una letra en idioma extraño no traducido	390