

A L E G A T O S



Guil. J. Praga

... es propiedad de la Biblioteca
Nacional de la Casa de la Cultura
SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

551

ALEGATOS

DEL SEÑOR DOCTOR DON

LUIS FELIPE BORJA

PRESENTADOS ANTE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA



1845 — 20 DE FEBRERO — 1945



PUBLICACION HECHA EN HOMENAJE
AL AUTOR, EN EL PRIMER CENTE-
NARIO DE SU NACIMIENTO, POR EL
COMITE "LUIS FELIPE BORJA".



QUITO—ECUADOR
Talleres Gráficos Nacionales.



PROLOGO

Cien años ha, vió en Quito la primera luz el niño destinado a ser personaje ilustre, eximio juriconsulto, abogado de raras energías y grande fama, LUIS FELIPE BORJA. — “Luz de América” le iluminó con aquellos rayos singulares que reserva para sus hijos predilectos.

El Comité “Luis Felipe Borja”, organizado para rendir, con motivo de este Centenario, homenaje especial a tan prepotente Columna Ecuatoriana del Derecho, en armonía con el sentir nacional que, de manera uniforme y entusiasta, se inspira en el mismo propósito, ha resuelto, entre otros números de su Programa, publicar algunos alegatos, golpes magistrales del incomparable Luchador Jurídico, en los Estrados de la Corte Suprema de Justicia, teatro principal de sus triunfos.

A Borja le tocó actuar en el Foro apenas dos lustros después de que comenzó a regir, implantado casi sin discusión en nuestra República, el Código Civil dictado en la de Chile, y entre cuyas fuentes inmediatas y más copiosas sobresalen el Código de Napoleón y las Leyes Españolas, con las hondas raíces originarias de la Inmutable Justicia Romana; Código mediante el cual el Derecho ecuatoriano puso término a sus aspectos coloniales y tomó de un salto el que se estimaba como acabadamente moderno.

Sobrevino, pues, un período de transición de un sistema legal a otro, con la consiguiente perturbación de criterios arraigados sobre la aceptación y las consecuencias de usos y costumbres, correlación de preceptos, métodos de interpretación, doctrinas corrientes y demás elementos que constituyen la faz jurídica de un país; y, sobre todo, llegó a tener importancia práctica, acentuada y extensa, la escabrosa cuestión relativa a los Derechos Adquiridos.

Complicada y profunda labor la de los jueces, en la penetración exacta de las nuevas instituciones en un ambiente sa-

VIII

turado de las antiguas, y ardua tarea la del abogado, señalar el conflicto, proponer la solución y facilitar el acierto de los jueces, poniendo a la vista los puntos de armonía o discrepancia de las dos legislaciones, con detenido estudio de ambas respecto a cada cuestión debatida.

Vocación ingénita para la abogacía, como un don de la naturaleza, generosamente otorgado a propósito para tales circunstancias; claro talento de subidos quilates, que le permita ver diáfano y firme el fondo filosófico de los preceptos; consagración más que benedictina al estudio, examen y dilucidación de las fuentes históricas que se reproducen, revelan o dejan entrever en los mismos, así como a la catalogación precisa de los que se deben al genio del autor o autores del Código nuevo; privilegiada memoria que le tenga extendida siempre ante su mirada el cuadro inmenso de las disposiciones, su origen y proceso evolutivo, y los comentarios no pocas veces contrapuestos de otros insignes hombres de ciencia; y por fin, la voluntad perseverante, recta y noble a toda hora, de hallar cuáles son la inteligencia propia de los textos y la doctrina verdadera o falsa que los inspiró, a fin de que la discusión de un pleito más en el foro signifique el esclarecimiento de un capítulo más del Libro de las Leyes. . . . , éstas son las cualidades excelsas sin cuyo concurso en alto nivel no podía erigirse majestuosa la figura de un abogado como se irguió pronto la de Luis Felipe Borja.

Como quien descuaja tupida selva, abre senderos y los inunda de luz, atiende Borja a la suma de instituciones y principios que convergen hacia el problema en cuya resolución interviene, señala aquellas instituciones, inclusive las que, habiendo regido en otros pueblos antes de que se expida el Código Civil, han debido influir en el contenido de éste; y, sin olvidar los principios inalterables de justicia, que los hay, llega a fijar la solución requerida, con arreglo al pensamiento del legislador.

De modo que en la persona de Borja hay tantos jurisconsultos como el número de legislaciones que aparecen principalmente consultadas para la formación del Código, puesto que acude a buscar en ellas, a fondo, el contenido sustancial de éste, poniéndose, además, en el lugar del jurista venezolano cumbre que seleccionó aquellas doctrinas y las unió a las originales suyas en su magna obra legislativa.

Proclamó, pues, Borja, y lo exaltó con el poder y brillo de su práctica, el estudio comparado del derecho, en sus diversas manifestaciones civilizadas y conocidas, como norma fundamental presente y futura de sólido afianzamiento y ajustada aplicación del nuevo Código Civil ecuatoriano.

IX

Crecidísimo es el número de sus alegatos, e indefinida, naturalmente, la variedad de cuestiones sobre que versan. No se publican como escogidos por su calidad los que se incluyen en el presente volumen, sino porque pertenecen a diferentes épocas y contienen enseñanzas de índole distinta, revelando así uniformemente la sabiduría de su autor, en toda clase de materias y en todo tiempo.

La pública voz y fama difundida por sus contemporáneos, de que concedía siempre la misma importancia a la faz científica de la defensa, sin consideración a la cuantía económica de los intereses discutidos, ha sido confirmada por quienes han leído pocos o muchos de sus alegatos. Quizá nadie los haya leído todos. En cualquiera de éstos, tomado a la ventura, mueven a inmediata admiración la profundidad del pensamiento, el cálido afán jurídico y la cabal concepción de los problemas y la elegancia de la forma.

* * *

En el alegato I de los de esta publicación, examina cuándo debe entenderse que el comprador es turbado en la posesión de la cosa comprada, para que tenga por este motivo el derecho de depositar el precio, en vez de pagarlo al vendedor, hasta que éste haga cesar la turbación, conforme al artículo 1863 del Código Civil.

Sostiene con sólidos razonamientos la tesis de que, para ese depósito, no basta la perturbación de hecho, sino que es indispensable la que consista en una demanda judicial, de aquellas que obligan al vendedor al saneamiento de la cosa vendida.

Se comprende que el comprador demandante contra quien alega Borja, ha pretendido hacer el depósito sólo por habersele perturbado de hecho, apoyado en que se conceda al poseedor de un inmueble, en tal caso, la acción judicial dirigida a conservar la posesión.

Es ésta una de las ocasiones en que Borja mantiene ya en alto en el año de 1880, la conveniencia de consultar lo que exponen los comentaristas de la legislación en que se ha inspirado el precepto chileno convertido en ecuatoriano; y cita al efecto, las palabras con que señala de aquellas fuentes y el puesto especial que entre éstas ocupa el Código de Napoleón.

El artículo correspondiente de este Código, la comparación con el del nuestro, las explicaciones dadas por el primero de los juriconsultos franceses Troplong y Pothier, y una antigua ley del Digesto, son las contundentes armas que en la vigorosa de-

fensa de su causa emplea Borja, en conformidad al método que siguió imponiéndose ante la conciencia jurídica del país.

En los capítulos segundo y tercero del alegato, su autor rodea, con llaneza magistral de aquella aureola de autoridad de que deben gozar sin discusión dos conocidas normas de derecho: la sustantiva de que las obligaciones contraídas en un contrato han de interpretarse de acuerdo con la naturaleza de las cosas, y la procesal de que en la sentencia se ha de resolver solamente los puntos que constituyen la materia del litigio. Muy claras y sencillas normas, en verdad, y sin embargo, cruelmente lastimadas no pocas veces.

* * *

En el alegato II estudia su autor, con la eficiencia que le es propia, la institución legal del Concurso de Acreedores y la consiguiente acumulación, ante el juez del concurso, de los juicios civiles pendientes contra el mismo deudor en distintos juzgados; y deduce que cesan en estos juicios la jurisdicción de los jueces y la personería del deudor para intervenir en ellos como parte legítima con relación a sus derechos, pasando la jurisdicción al juez único del concurso, y, la personería, al representante de la masa de acreedores, esto es, al Síndico, apoderado o defensor debidamente investido de las facultades necesarias.

Acogido al indeclinable rigor lógico, llega Borja a la conclusión de que tales juicios son nulos en la parte en que hubieren continuado actuándose en las mismas condiciones que antes de la formación del concurso, y refuta la aparente justicia que pudiera alegarse en contrario en algún caso particular.

Se suele tachar a los abogados de ciegos servidores de la dura *lex sed lex*, cuando lo verdaderamente duro y que merece las más grandes precauciones, es someter la suerte de una persona a la ciega incertidumbre apellidada prudencia del juez.

En la segunda parte de este alegato, confirma Borja, con dialéctica sólida, las doctrinas de que el auto de pago del juicio ejecutivo, que enuncia la obligación que debe cumplirse, no surte por sí solo efecto definitivo contra el deudor en ningún caso, y de que en la interpretación de convenios o acuerdos es siempre forzoso desentrañar la intención de las partes, desechando lo inverosímil mientras no aparezca de manera incontrovertible en el texto que se estudie.

XI

* * *

La acción resolutoria del contrato de compraventa de un inmueble, por no haber cumplido el vendedor con su obligación explícita de entregar en un término fijo los títulos de propiedad, es el objeto sobre que versa el alegato III, objeto que se descompone en las proposiciones siguientes: a) que por la dicha falta de entrega se debe resolver el contrato, existan o no los títulos ofrecidos, y aunque el vendedor se haya obligado a entregar títulos que no existen, siendo él sólo el responsable de las consecuencias de tal oferta; y b) que esta acción resolutoria se rige por el precepto general relativo a todos los contratos bilaterales, que se contiene en el artículo 1479 del Código Civil, y prescribe en veinte años, no en el plazo corto establecido para la acción que nace del pacto comisorio. Apóyase esta segunda conclusión en la doctrina de los comentadores franceses Troplong, Zachariae Demolombe.

* * *

Establecido el derecho del poseedor de un inmueble para denunciar obras nuevas que le causen o puedan causarle perjuicio en su posesión, y fijado el término de un año para la denuncia, se pregunta si es el querellente quien debe exponer que se halla dentro de ese término, y comprobarlo, so pena de que se le deseche la denuncia, o si es el reo a quien toca alegar el vencimiento del año y demostrarlo, por tratarse estrictamente de un caso de prescripción.

Borja defiende esta última tesis en su alegato IV, en el año de 1827, y cree que el juez no debía amparar de oficio al querellado, por la causa antedicha, tanto más cuanto que el Código de Enjuiciamientos no deslindaba propiamente hablando, el juicio que tuviese, tratándose de obra nueva, el carácter de meramente posesorio, del principal en que hubiere de ventilarse a fondo el derecho del reo a construir la obra nueva.

Da una oportuna lección de gramática al juez que tomó como tiempo pasado, compatible con la prescripción, el ante presente en que el reo acepta haberse hallado en actual construcción de la obra al tiempo de la denuncia.

Con respecto a la posesión del querellante, halla establecidas por la ley dos especies de posesión, la inscrita y la no inscrita, cada una de ellas con efectos que le són peculiares, y manifiesta que no hay otro medio de armonizar los pasajes discor-

dantes del Código que se refieren a la posesión de los inmuebles.

Transcribe un párrafo del Mensaje con que el Presidente Montt presentó al Congreso de Chile el proyecto del Código Civil, en el cual párrafo trata de la posesión inscrita.

Aborda, pues, con la firmeza de tratadista científico que sabe lo que dice uno de los problemas de mayor trascendencia y de permanente actualidad en nuestro Foro.

* * *

Varias son las cuestiones de derecho que se dilucidan en el alegato V, y, con ocasión de ellas, se analizan, también, algunas de sentido común y hasta de simple racionalidad humana; son a saber:

que la escritura pública era nula, conforme al Código de Enjuiciamiento civil publicado en el año de 1887, si no se agregaban a ella los "comprobantes de la capacidad" del otorgante que intervenía en representación de otra persona, aunque en la escritura se insertasen esos comprobantes o se anunciase que se los agregaría, puesto que insertar no es agregar y anunciar un hecho no es ejecutarlo;

que al celebrar un individuo a nombre de otro un contrato en escritura pública, en calidad de mandatario, la falta del poder anula la escritura, aunque el mandatario ofrezca la ratificación del mandante y aunque éste ratifique, en verdad, posteriormente, el contrato;

que la nulidad absoluta no es susceptible de ratificación, ni aun de la tácita, que consiste en la ejecución voluntaria del contrato nulo, y tampoco se sana por lapso alguno, pues el de treinta años sólo protege la situación creada por el acto nulo, sin sanear la nulidad;

que al rematador de un inmueble le basta como título de su dominio, el acta inscrita, (cuando era ésta la forma del remate), sin que necesite demostrar que se llenaron los requisitos legales de la subasta;

que antes de 1878, la omisión de las solemnidades sustanciales prescritas para la vía de apremio y la subasta, en el juicio ejecutivo, no era motivo de nulidad, demandable por separado, del contrato de compraventa que se verifica en el remate;

que una sentencia dictada en juicio ejecutivo puede estar ejecutoriada, aunque no pase en autoridad de cosa juzgada, por

XIII

cuanto estos dos conceptos son esencialmente distintos y surten distintos efectos en derecho;

que al venderse una cosa ajena, no puede el vendedor impugnar por este motivo su propio contrato ni desconocer sus obligaciones para con el comprador;

que si bien uno de los dos herederos de una herencia indivisa no puede transferir eficazmente sus derechos y acciones sobre una cosa determinada de la misma, el adquirente llega a ser dueño de esa cosa tan luego como los demás herederos le transfieren, también, sus respectivas cuotas;

que al reivindicarse una cuota, proindiviso, de una cosa singular, es forzoso determinar esa cuota, sin dejarla sujeta a investigaciones posteriores; y, a falta de tal determinación, que no se hubiere subsanado como punto de obscuridad de la demanda al tiempo de trabarse la litis, la sentencia debe ser absolutoria;

que a venderse en la subasta una cosa ajena, en ejecución seguida contra menores de edad, basta el silencio del curador que interviene por éstos en el juicio, para que la venta quede verificada a nombre de los mismos.

* * *

En el alegato VI, sostiene Borja el recurso de queja propuesto contra los Ministros de la Corte Superior de Quito, por haber denegado la cancelación de la fianza rendida por un ejecutante para recibir el pago de una deuda hipotecaria, hecho por el Síndico del concurso de acreedores del deudor, con la reserva de que demandaría la rescisión de la hipoteca, y sin embargo de haberse interrumpido por más de treinta días un juicio pendiente sobre rescisión de la misma.

Con esta ocasión, discurre ampliamente sobre los litigios que pueden impedir que la sentencia del juicio ejecutivo pase en autoridad de cosa juzgada, ya sean promovidos antes o después de ella, y por cuya interrupción se debe declarar cancelada aquella fianza.

l hace, además, un estudio muy importante sobre los constitutivos de la acción rescisoria que se denomina "pauliana" y sobre la personería que tiene el Síndico de un concurso de acreedores para defender en juicio los intereses de la masa contra un acreedor privilegiado, ya en ejercicio de los derechos que la ley concede a los acreedores, ya en el que asiste al deudor para oponerse a un pago que reputa ilegal por cualquier motivo.

XIV

Ilustra estos puntos, asaz complicados, con las doctrinas de Dalloz, Bravard, Veyrieres y Demolombe.

Dilucida, asimismo, cuáles deben ser los efectos que causa contra el deudor fallido y la masa de sus acreedores la sentencia ejecutiva dictada contra el Síndico del concurso, y funda sus conclusiones en el Digesto y la obra de Derecho Romano Actual, de Savigny, comprendiendo en la materia de esta investigación el precepto de que en el juicio ejecutivo se han de proponer solamente excepciones nacidas después de la ejecutoria de la sentencia ordinaria que le hubiere precedido.

* * *

Por escrupuloso que sea el Juez de una subasta, en mirar por los intereses del deudor en cuya representación vende los bienes, no siempre penetrará la intención de no pagar sino en las calendas griegas los dividendos a plazo, que el rematante envuelva en los términos de su postura.

I si la negociación es meramente privada, el contratante que se halla sobrecogido por necesidad urgente de recibir la cosa o cantidad que se le ofrece de contado, puede suscribir con premura cláusulas ambiguas susceptibles de un sentido que exceda las obligaciones verdaderamente estipuladas.

De ahí la norma fundamental de que los contratos se han de entender y se han de ejecutar de buena fé, y las varias reglas prescritas para la recta interpretación de los mismos; preceptos que Borja desentraña y pondera en su alegato VII, combatiendo las pretensiones de un rematador que retenía el precio, entendiéndolo a su modo el plazo o día establecidos para el pago.

* * *

Apenas habrá cuestión más difícil en nuestro Derecho Civil, ni de mayor interés práctico y permanente, que la tratada por Borja en el alegato VIII, con la énfasis propia del hombre de ciencia, enfervorizado por sus doctrinas.

Puede decirse que la partición de las herencias, y, en general, de los bienes que, por cualquiera causa, llegan a pertenecer a dos o más personas, influye en el movimiento de la propiedad tanto como la compraventa, sobre todo, con respecto a la propiedad territorial.

X V

De ahí la importancia de fijar con exactitud en el puesto que corresponde a las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y a los actos legales de partición, entre los títulos de derecho sobre los bienes adjudicados a un partípe.

Borja prefiere llamar declarativo a ese título, no traslativo de dominio, como lo establece el Código Civil; y al fundamentar su doctrina expone la de varios comentaristas del derecho francés, en torno a la institución que ha venido a constar en el art. 1334 de nuestro código, de que "cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión".— Comentaristas citados: Pothier: Vente, N^o 630.— Merlin: Partage, VI.— Dalloz; Succession, N^o 2078.— Laurent: X, 393—394.— Demolombe, XVIII, 254.— Zachariae, 11 § 392, edición de Marsé y Vergé.— Aubry et Rau, VI, § 625.— Delvincourt, 1. P. 51 ("Le mort saisit le vif").

Otro punto de suma importancia sobre que versa este alegato, es el de que, mientras no se expidió el Reglamento de Inscripciones en 1870, no era necesaria la inscripción de los títulos de propiedad de los bienes raíces, puesto que el Registro establecido por Colombia en 1826 tuvo propósito diverso del de simbolizar la tradición del inmueble, la que se materializaba en la práctica mediante simples hechos infantiles.

Aclara que, algunas veces, como en el caso del acta de remate inscrita, la inscripción es una solemnidad exigida para la validez del contrato, y manifiesta que la circular ministerial de 1864 no era capaz de imponer legalmente la necesidad de inscribir los títulos de propiedad como símbolo de tradición, pues tenía, apenas, un propósito fiscal.

Examina los efectos propios e ineludibles que no pueden menos de surtir contra terceros las sentencias judiciales y los instrumentos públicos, no obstante lo dispuesto en los Arts. 3^o y 1690 del Código Civil; sentencias e instrumentos que reputa hechos jurídicos reales y efectivos que fijaron las relaciones entre las partes y que son antecedentes llamados a influir en las que se establecieron posteriormente entre las mismas partes y las personas que hubieren sido hasta entonces extraños a la posición jurídica de aquéllas.

El Art. 1319 del Código francés, continúa, ocupa en éste el lugar que el 1690 ocupa en el nuestro, y los comentaristas de aquel artículo sentaron ya la mencionada doctrina, tales como Dumoulin, su discípulo Pothier, en Tom. 1. pág. 101 el primero, y en Obligations, Nos. 735 y 738, el segundo; Dalloz, en Obligations, N^o 3077, y Laurent, en T. XIX, N^o 134.

XVI

Añade que la misma tesis sostiene Bonnier, citándole a Pothier, y asimilando el principio sentado en el Art. 1319 al que se contiene en el 1165, y también al del 1351, del mismo Código francés, que son los que limitan a las partes el efecto de las convenciones y de la cosa juzgada.—Tomo 11,508 y Tomo 1,37, ter.

Desde luego, distingue Borja aquel efecto de los fallos judiciales con respecto a terceros, de la autoridad que les corresponde como constitutivos de la jurisprudencia del país, sobre todo, los expedidos por la Corte Suprema, por su versación en apreciar los hechos y por su acierto en la inteligencia e interpretación de las leyes y demás normas de derecho.

Llama caso único de error de la Corte Suprema, conocido por él y rectificado después por la misma Corte, aquel en que absolvió al deudor atendiendo a la confesión del cedente, en juicio seguido por el cesionario contra el deudor.

Finalmente, aunque de manera breve, enuncia en el alegato lo que debe entenderse por aguas que nacen y muerep dentro de una misma heredad, para el efecto determinado en el artículo 584 del Código Civil.

* * *

El régimen de la sociedad de bienes entre marido y mujer, da lugar, con frecuencia, a que la mujer crea tener derechos que la ley no le concede sobre los bienes que entran al patrimonio del hogar. Sucede, no pocas veces, que ella contribuye en grado apreciable al incremento de los bienes que constituyen ya una base de comodidad doméstica, merced a sus iniciativas, su afanosa cooperación, su trabajo, sus ahorros; y sin embargo, está condenada a ver cualquier día, indefensa y con espanto, que el marido dispone a su antojo, a su capricho, de lo mejor de esos bienes de todos ellos, en objetos que significan el más hiriente ultraje a la familia, dejando mujer e hijos sumidos en humillante miseria.

Algo ha hecho el legislador ecuatoriano para atender a la solución de este problema de suma importancia jurídica y social; mas la obra está lejos aún de poderse llamar completa.

En la defensa de los pleitos relacionados con esta materia, al abogado le toca exponer y demostrar con la mayor claridad posible cuál es la situación legal de la mujer casada con respecto a los bienes adquiridos durante el matrimonio.

XVII

Esto hizo Borja en el alegato IX, con ocasión de haber propuesto una mujer casada acción reivindicatoria sobre un edificio que ella afirmaba haber construído en terrenos de la Municipalidad de Guayaquil, siendo arrendataria del terreno una tercera persona.

Y como estuviese de por medio una autorización tácita del marido para la obra y una judicial para el pleito, se esclarece en el alegato la insuficiencia de ellas para establecer el derecho de la demandante sobre el edificio ni su personería para comparecer en un juicio que hubiere de obligar al marido o la sociedad conyugal.

La diferencia entre la autorización del marido o del juez, o entre la autorización y el poder del marido, está tratada con acopio de doctrinas de varios autores, como Nazeylle, Zachariae, Demolombe y Dalloz.

* * *

Un vigoroso estudio sobre el inagotable tema de las "Acciones posesorias", tales como el Código Civil las ha establecido, se contiene en el alegato X.—A Troplong, en "Prescripción". 1.224—226, acude Borja para enriquecer con los comentarios del sistema francés su exposición sobre el nuestro, manifestando ser casi iguales las dos instituciones.

Y acentúa, a firme, la protección especial que la ley otorga al poseedor, con prescindencia absoluta del dominio, el que debe ser reclamado separadamente.

El examen de los fundamentos y requisitos de esta protección le conduce a distinguir la posesión inscrita de la simplemente material, la que ha durado un año, de la de duración más corta, y aquella cuyo año de duración haya sido el inmediato anterior al acto con el cual se ha violado el derecho del poseedor.

El objetivo concreto del alegato, para el cual se dilucidan las bases del sistema legal, es el de llegar a la conclusión de que el querellante se halla obligado a comprobar que su posesión ha durado un año completo y que éste ha sido el inmediato anterior al acto violatorio en que se funda la querella, sin necesidad de que el querrellado oponga excepción alguna para contradecir estos dos fundamentos esenciales de la acción posesoria, a fin de que el juez la deseche si no están comprobados.

Equipara, desde este punto de vista, la acción ejecutiva a la posesoria, dado que en ambas debe el juez declarar de oficio la prescripción, aunque no la haya alegado el reo, a diferencia de

XVIII

lo que sucede con las acciones ordinarias, en las que, si el demandado no alega la prescripción, se entiende que la renuncia.

Y para analizar las pruebas en el caso de su defensa, discutir sobre el principio de derecho procesal, de que los testigos no pueden ser interrogados sobre las deducciones de derecho, sino exclusivamente sobre la realidad de los hechos de los cuales el juez ha de hacer dichas deducciones.

Así, tratándose de la posesión, no merece fé el testimonio de que ella haya existido, si no se expresan los hechos materiales constitutivos de esa posesión.

* * *

Uno de los capítulos más sustanciales del Código Civil, trascendental en sumo grado al imperio de la justicia, y, al mismo tiempo, de aplicación verdaderamente diaria y de influencia tangible en el movimiento de la riqueza, es el relativo a las solemnidades con que se deben otorgar los testamentos para ser válidos y surtir el efecto que apareciere haber tenido en mientes el testador.

No se piensa ya, ciertamente, como lo observa Borja, en fórmulas sacramentales; pero se mantiene riguroso el criterio de que determinada forma externa, unida a la interna, sea la que constituya la esencia de los actos jurídicos cuya importancia ha sido consagrada por la humanidad a través de todas las edades y latitudes. Y entre esos actos, en la cumbre, el testamento.

No es complicada la forma que el Código establece para el testamento solemne. Todo lo contrario, puede decirse que presta facilidades para testar. Lo que da origen a pleitos judiciales, con frecuencia, es la redacción imperfecta que suele emplearse en el acta del otorgamiento para dejar la constancia escrita de haberse llenado todas y cada una de las formalidades requeridas. Sucede que el cumplimiento de una o más de ellas sólo se deduce del contexto general del acta o del curso natural de los acontecimientos humanos, sin excluir la posibilidad de que esa deducción, o inducción, sea fallida, sin dejar de ser cierto el contenido del acta.

Así por ejemplo, se ha litigado sobre si debe entenderse que los testigos VIERON al testador cuando en el acta se lee que éste "se presentó ante ellos y el Notario" a otorgar su testamento, pero sin expresarse que "lo vieron". Generalizado el problema y extendido a todas las formalidades prescritas para el tes-

XIX

tamento cerrado, se pregunta si el cumplimiento de ellas debe expresarse en el acta de otorgamiento, so pena de nulidad, o si cabe, a este respecto, alguna distinción, ya sea para que el cumplimiento de alguna o algunas de las formalidades pueda ser examinado objetivamente en la escritura cerrada misma, aunque nada se diga en el texto de la cubierta, o ya para que sea materia de deducción o inducción del contenido de ese texto o de alguna prueba complementaria rendida con posterioridad al otorgamiento.

Esta cuestión ha sido resuelta de distinto modo por los tribunales del Ecuador y por la doctrina de los juristas, inclusive la Corte Suprema de Justicia. Borja defiende con ardor, en el alegato XI, la necesidad forzosa de que se exprese en el acta el cumplimiento de todas las formalidades, so pena de nulidad del testamento, y sostiene su opinión con la de algunos comentaristas del derecho francés, como Troplong —III. 1535, 1612; Merlin—Testament—Sect—11, 1 art. VI. N. X. — y 11 Art. IV. pag. 338.— Dalloz— Dispositions entre vifs et testamentaries—2510, 2511; Marcadé y Durantón.—Fúndase, además, en la Ordenanza Real francesa de 1735 y en la carta dirigida por M. D'Aguesseau a 30 de Diciembre de 1742 al primer Presidente del Parlamento de Grenoble; carta citada por Merlin ante la Corte de Casación alegando la nulidad de un testamento en su calidad de representante del Ministerio Público.— Refiérese, por último, a la tesis o memoria de prueba de Santiago Lazo, presentada para la opción al Grado de Licenciado en Ciencias Políticas en la Universidad de Chile, con el prólogo de G. Fabres.

* * *

Presupuesto el dominio de la Municipalidad en las aguas que ella conduce por sus obras construídas para el servicio de la ciudad, surge la cuestión sobre si un particular puede adquirir por prescripción extraordinaria el derecho a una parte de esas aguas, para llevarlas del acueducto municipal a su casa, sin someterse al pago impuesto por la corporación propietaria de los cauces respectivos.

Admira la destreza con que Borja discurre a propósito de la afirmativa, en el alegato XII, fundándose en los requisitos de la prescripción adquisitiva, ya del dominio o ya de la servidumbre, y exponiendo consideraciones que podían hacerse extensivas aun a la adquisición del derecho de uso.

Con Demolombe a la mano, observa cuán difícil es, a veces, distinguir la posesión que sirve de base para adquirir el dominio, de la que se dirige solamente ha establecer una servidumbre; y sostiene la autoridad del Juez para apoyar su sentencia en el segundo de estos derechos, aunque la litis se haya trabado con respecto al primero.

Sube de punto el interés de este alegato, cuando anuncia el efecto que surte con relación a terceros la sentencia que ha pasado entre las partes en autoridad de cosa juzgada.

* * *

Varios problemas sobre la aplicación del Código Civil provienen del conflicto, con el del Procedimiento Civil, cuyas frecuentes reformas, extendiéndose a puntos legislados por el primero, exigen dura tarea de asimilación hasta llegar a la certeza de que también éste ha sido reformado.

Entre esos problemas ha figurado (y figura aún) el de amparar al reo en el juicio posesorio de obra nueva, sin perjuicio de llamarle después a la vía ordinaria, que el Código Civil prescribe en determinadas circunstancias, en tanto que el Código de Procedimiento ha establecido un solo juicio de obra nueva, con dos períodos, sumario el uno, para la suspensión de la obra, y principal el otro, para que se ventile la faz sustantiva de los derechos alegados por las dos partes contendientes.

Acerada lógica la del alegato XIII, en que patentiza Borja la imposibilidad de terminar con aquel simple amparo contra la acción posesoria, un juicio que, según sus trámites propios, se hubiere convertido ya en la misma vía ordinaria o principal a que debiera quedar sometido el amparado constructor de la obra nueva.

La Corte Suprema concluyó por aceptarle en el año de 1909 esta última tesis, al magno juriconsulto que perseveró en ella, con la conciencia de su propio saber, sin embargo de habersele desatendido en 1887, en el otro juicio de obra nueva a que pertenece el alegato IV de la presente publicación.

En corroboración de su doctrina, trae Borja la de Troplong, según la cual no puede decirse que la acción por obra nueva sea en sí misma acción esencialmente posesoria.

Como institución lógicamente incorporada a las que establecen el dominio de las cosas, los modos de adquirirlo y la manera de ejercerlo, ya en su plenitud, o ya descompuesto en los diferentes derechos que lo integran y que se los considera separables para que pertenezcan temporalmente a distintas personas, dedica el Código uno de los títulos del Libro segundo a la Reivindicación o Acción de dominio, mediante la cual el dueño de aquellos derechos recupera su ejercicio, exigiendo que un pretense dueño o arbitrario detentador le restituya la cosa de que se trate.

Por sus caracteres específicos, se distingue esencialmente la acción reivindicatoria de cualquiera otra acción judicial a que una persona puede acudir para demandar a otra la restitución de una cosa, por alguno de los mil motivos capaces de conferirle ese derecho, en el indefinido campo de las transacciones humanas.

Si un juez aprecia superficialmente los constitutivos de la acción deducida, corre el riesgo de confundirla con otra, y, entonces, las consecuencias de la confusión serán desastrosas para el litigio, en cuanto a la determinación de los puntos que se deben resolver, las pruebas que se han de rendir y aceptar, los efectos que ha de producir la sentencia, etc. etc.

Analiza Borja, con gran claridad, en el alegato XIV, el lugar que ocupa en el derecho la restitución consiguiente a la nulidad relativa de un contrato de compraventa, y combate la sentencia en que un juez ha echado de menos, al fallar acerca de aquella restitución, la prueba del dominio, como si se hubiera tratado de una acción reivindicatoria.

Y fija el dicho lugar enriqueciendo su doctrina con la bien estudiada y aplicada de Aubry y Rau, anotadores de Zachariae, IV. 336; Toullier, VII. 543; Laurent. XIX. 61.62; intérpretes todos del Código de Napoleón, y cuyas doctrinas, al referirse al mencionado tema concreto, no podían menos de contener sabias enseñanzas sobre la nulidad misma.

Deja saborear, en este alegato, el donairoso lenguaje que en ocasiones gastaba su autor (llegando hasta la ironía, a las veces en vista de lo que él creía errores garrafales que estaba llamado a anatematizar) cuando a ello le invitaba su agudo ingenio de reconocido hombre de letras, asimismo, en este otro ramo de la cultura.

X XII

* * *

Si bien se refiere Borja, en el alegato XV, a la prueba testimonial rendida para la demostración de la falsedad de un testamento, la evidencia de sus observaciones, fundadas en la poca fé que merecen los testigos particulares ante la que debe gozar un acto revestido de solemnidades, en que interviene un funcionario oficial, las hace aplicables a todos los casos en que se trate de esa prueba con relación a los instrumentos públicos.

El pequeño grado de aceptación que ha tenido y tiene en el derecho la prueba testimonial, y la suma de condiciones que se le exige para reconocerle como fuente de verdad en la administración de justicia, son los puntos expuestos y explicados en este excelente trabajo jurídico de Borja.

* * *

Finalmente, el alegato XVI, o breve exposición que Borja presentó por escrito, como defensor civil, ante el Consejo de Guerra que juzgaba a dos Generales del Ejército, anuncia la sagacidad con que el defensor penetró el prejuicio que animaba a los Vocales del Consejo en contra de los acusados y les inclinaba a condenarles, procediendo como jurados, por mera convicción íntima, aunque no hubiere prueba legal suficiente de la infracción.

Aquel manifiesto relativo a la índole de los Consejos de Guerra, desde el indicado punto de vista, de alto valor para la Jurisprudencia Militar, enriquece visiblemente el tesoro de los trabajos jurídicos de Borja.

Desde luego, demasiado optimista se demostraba el defensor al pensar en normas o teorías de derecho en esos instantes, para el movimiento de las estrellas, que celestes o militares, no podían menos de recorrer su línea propia y fija en los cielos a que pertenecían

* * *

Comprendidos estos diez y seis alegatos en un período de treinta años de vida de trabajo de su autor, revelan ya plenamente, por sí solos, la personalidad científica del mismo, sin necesidad de las notorias manifestaciones de otra especie, a pesar de

que constituyen, como deben de constituir, sin lugar a la más pequeña duda, sólo una pequeña parte de la producción total.

Aparte la faz meramente jurídica, se palpa en ellos el conocimiento de la lengua, la galanura del prosista y, sobre todo, la técnica del escritor de combate, diestro en elegir en la cuestión el aspecto que le conviene y en las voces y frases las que más recia y derechamente hieren el objetivo. Algunos han sido presentados con enmendaduras de última hora, con las que ha ganado mucho en virtualidad y fuerza la expresión.

Favorecido con fina sensibilidad literaria, y familiarizado con los encantadores paisajes y escenas en que juega la imponderable imaginación del Manco inmortal, ameniza con la siguiente alusión ática su alegato XIII, al leer que, a nombre de la Municipalidad, su defendida, había intervenido, otrora, el propio litigante adversario, en deliberaciones que se analizaban en el pleito:

“ Vemos el rostro mismo, la figura misma, la perspectiva misma, la misma imagen, la misma efigie, no del Bachiller Sansón Carrasco, sino de Don Vicente Lautaro Vélez, que, como concejal, concurría a la sesión para tratar de todo lo concerniente a las aguas cuyos derechos niega hoy al mismísimo Concejo”.

Une los matizados laureles judiciales que acarician la frente de Luis Felipe Borja, el lazo de oro de su ética profesional; de esa ética acerca de la cual, con respecto al Gremio, suele hablarse con reticencias o escribirse con puntos suspensivos y signos de interrogación.

Ninguno de los presentes alegatos deja traslucir, en lo más mínimo, que Borja defendiese la mera legalidad de alguna pretensión poco honrada; por el contrario, todos y cada uno de ellos permiten mirar, como a través de una agua cristalina y pura, el reluciente fondo de convicción íntima de justicia.

Y en cuanto al leal y vivo empeño con que el abogado debe trabajar, sin desmayo, por el triunfo de su causa, hé aquí unas pocas líneas de su alegato IX, escritas con ocasión de su énfasis en reclamar el derecho de defensa para su cliente:

“ Si es importantísimo el derecho de defensa, nada más delicado que el cargo de defensor. El jurisconsulto que no interviene en las causas sino por oficio, sin otro objeto que ganar un honorario, y que mira con fría indiferencia que las partes ganen o pierdan, en mi concepto es tan despreciable como los seres que ejercen los oficios más infames. Debe tener por guía la ley y los eternos principios de justicia, y sin omitir medio lícito y decoroso, ha de sostener a todo trance la verdad, poniendo-

XXIV

la a los ojos del juez, bien se refiera ella a los hechos, bien a la aplicación de la ley”.

Loor a Luis Felipe Borja! noble representante de la Abogacía, de la ninfa egeria del vivir correcto y ordenado de los pueblos. Su estatua moral se levanta sobre las cuatro piedras angulares que sostiene toda grandeza humana: Genio, Ciencia, Actividad, Virtud!

Quito, a 20 de Febrero de 1945.

MANUEL RAMON BALAREZO,
Presidente de la Academia de Abogados
de Quito.

A L E G A T O S

Causa seguida por Miguel Villacís contra la familia Cornejo por
títulos de propiedad y depósito de dinero.

1880

DEPOSITO JUDICIAL DEL PRECIO, EN
EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

Excmo. Señor

Principia don Miguel Villacís su escrito de expresión de agravios protestando que prescindirá de toda alusión a las personas de sus contendores; y a pesar de eso no ha podido prescindir de dirigirnos solapadamente los más graves insultos. No es de extrañar semejante procedimiento; pues aunque se disfrace don Miguel de oveja, no deja de ser don Miguel.

Los fundamentos en que se apoya el Juez a quo para absolvernos de la demanda son los siguientes: 1º que don Miguel Villacís no ha sido perturbado en la posesión de las aguas pertenecientes a Mulaló: 2º que "la falta de entrega de títulos y la bula de indios, aun dado caso que existiera, no autoriza el depósito, por lo mismo que tal falta no entra en los casos que la ley determina; fuera de que el actor no ha probado que aparte de los títulos entregados existan otros que los vendedores deban entregarle"; y 3º "que la citación sobre evicción y saneamiento que se menciona a fojas 508, sobre no haber sido el fundamento de la demanda, no puede producir legalmente el efecto del depósito". Examinémoslos.

I

Si bien expresó don Miguel en la demanda que solicitaba el depósito del precio hasta que los vendedores le sanen el fondo y cumplan todas las obligaciones que contrajeron por su parte; explicó, a fojas 16, las razones en que se apoyaba al solicitarla: "Para exigirlo así (leo a fojas 16) me fundo en la explícita disposición del inc. 2º del Art. 1863 del Código civil, que dice así: "Con todo, si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa o probare que existe contra ella una acción real, . . . podrá depositar el precio con autoridad de la justicia, y durará el depósito hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance las resultas del juicio".

No desconoció, pues, el demandante que no hay derecho para depositar el precio sino en los casos previstos por el citado Art. 1863, los cuales se reducen a dos: que el comprador sea turbado en la posesión de la cosa y que pruebe la existencia de una acción real de que no le hubiere dado noticia el vendedor. La turbación no puede consistir, como lo he dicho antes, sino en un litigio promovido contra el comprador. Se deduce esto, ya de la naturaleza misma de las cosas, por cuanto nada sería más absurdo que el vendedor se constituya responsable de los hechos ejecutados por terceros a fin de turbar la posesión del comprador, ya de las claras y terminantes disposiciones de la ley, ya de la doctrina de sus expositores. En efecto, basta leer el tantas veces citado Art. 1863 para convencerse de que la turbación de que habla es la demanda propuesta contra el comprador. Cuando existe contra la cosa una acción real, no es menester litigio alguno para depositarse el precio, y en consecuencia no se refieren a ese caso las palabras o afiance las resultas del juicio; se habla evidentemente del juicio que ha ocasionado la turbación. La acción real que existía desde antes de celebrarse el contrato no surte el efecto de que siempre se promueva una litis; a lo menos es indisputable que el derecho real constituido en el inmueble vendido menoscaba por decirlo así, el dominio que se transmitió al comprador, y que, por tanto, no ha cumplido el vendedor la obligación de entregar la cosa cual se determinó en el contrato.

Aunque el Art. 1863 presentara dificultades en su aplicación, desaparecerían al examinar las obligaciones del vendedor. Ha enumerado una a una el legislador las que contrae cada contratante; de las cuales nacen los derechos correlativos. Y

evidente es que, a falta del pacto expreso, las partes no tienen más derechos y obligaciones que los establecidos por la ley. Si al vendedor no le impone más deber que la entrega y el saneamiento de la cosa vendida, los derechos del comprador se limitan a exigir la entrega y el saneamiento; pues si se le concediesen otros, o bien fueran nugatorios, o bien las obligaciones del vendedor fueran, no dos, sino todas las correlativas a los derechos. El Art. 1815 carecería, pues, de exactitud al expresar que las obligaciones del vendedor se reducen a la entrega y al saneamiento. A concederse al comprador, como pretende don Miguel, el derecho de exigir que el vendedor impida a terceros la ejecución de hechos conducentes a turbar la posesión; las obligaciones del vendedor consistirían en la entrega, el saneamiento y el cuidar de que nadie **turbe de hecho** la posesión del comprador.

Aunque don Miguel no haya comprendido la íntima relación entre los párrafos 6º y 7º con el 9º (lib. 4º tit. 23) no puede desconocerla cualquiera persona que hubiere estudiado el Código civil. Hecha la entrega de la cosa, queda la obligación del saneamiento, que consiste, ya en amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, ya en responder de los defectos ocultos de ésta llamados vicios redhibitorios. No puede cumplirse la obligación de amparar en el dominio y posesión pacífica sino cuando, conforme al Art. 1863, el comprador es turbado en ella; y la manera como ha de ampararse se halla claramente determinada en el sobredicho párrafo 7º. Se ampara al comprador, según el Art. 1834, si concurren los tres siguientes requisitos: que haya sido demandado por la cosa vendida; que la causa de la demanda sea anterior a la venta, y que se haya citado al vendedor para que comparezca a defender la litis.

Si don Miguel juzga que es innecesario estudiar las leyes francesas y sus comentadores; no lo juzgará así V. E., pues sabe que el Código chileno, cuya copia literal es el nuestro, tomó muchas disposiciones del francés. "En materia de contratos y cuasi-contratos (decía el señor Montt al presentar al Congreso chileno el proyecto del Código civil), hallaréis muy poco que no tenga su fuente en la legislación actual, que es lo más, o en la autoridad de un Código moderno, en especial el francés, o en la doctrina de alguno de los más eminentes jurisconsultos. No es lo mismo, Excmo. Sor., vender paño o dar dinero a interés, que defender en juicio causas de importancia, cuyo éxito compromete el patrimonio de las familias; pues lo último requiere largos estudios de una de las ciencias más difíciles; y sin ellos se incurre en errores garrafales como el siguiente: "Para el con-

tendor no existe el inc. 2º del Art. 1863 del Código civil, porque no hablan de él los autores que cita y cuya doctrina transcribe con insoportable impertinencia ¿Ni cómo habían de hablar de él autores franceses que escribieron antes de la promulgación de una ley ecuatoriana?" (fojas 521) Sólo a don Miguel y don Gabriel, y don Roberto pudo ocurrírseles el afirmar sin haber leído, a no dudarlo, el Código francés, que en éste no hay disposición semejante a la del enunciado inciso 2º

“Si l'acheteur est troublé dice el Art. 1653, ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, svit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix ju-qu' á ce que le vendeur ait cessé le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou á moins qu'il n'ait été stipulé que, n obstant le trouble, l'acheteur payera.”

Entre este artículo y el inc. 2º del 1863 no hay sino una diferencia, cual es la de que según el primero es admisible el depósito del precio no sólo cuando el comprador es turbado en la posesión sino también cuando tiene **fundado motivo para temer** la turbación. Y notaré de paso, Excmo. Señor, que para comprender bien el sistema del Código ecuatoriano es menester compararlo con el francés; porque tanto las disposiciones semejantes como las diversas nos dan a conocer el espíritu de la legislación. Hallamos, vuelvo a decirlo, la notable diferencia de que, según la ley francesa, basta el fundado temor de que sobrevenga turbación para que pueda depositarse el precio. ¿Cuál es el origen de esa diferencia? Nos lo explica Troplong:

Par le droit romain, comme par l'ancien droit francais, le vendeur n'était pas tenu de rendre l'acheteur propriétaire de la chose; il devait seulement lui en assurer la jouissance libre et paisible.—Mais il est clair que le vendeur ne remplissait pas cette obligation lorsque **l'acheteur était troublé par une action quelconque** dont le but était de mettre en question le droit qui lui avait été transmis. . . . Mais remarquez que dans les principes de l'ancienne jurisprudence, que nous avons exposés ailleurs, il fallait que l'acheteur fût troublé, **dominii quaestione mota**. &c. Pothier rapporte, d'après Soefve, un arrêt du 5 aout 1669, qui décide que tant que l'acheteur ne souffre aucun trouble il n'a pas le droit de refuser le prix et de demander caution.— Le Code Napoléon a dû adopter des principes plus larges el plus favorables á l'acheteur. Car comme je l'ai prouvé ailleurs, il considère la vente comme un contrat **translatif de propriété**; á ses yeux le droit de l'acheteur est beaucoup plus absolu qu'il ne l'était jadis, et il s'offense bien davantage des moindres atteintes.—Aussi

l' Art. 1658, pour prévenir toutes les difficultés, a-t-il cru devoir ajouter que l'acheteur est autorisé à suspendre le paiement du prix, non seulement lorsqu'il est troublé par une action en revendication, ou par une action hypothécaire, mais même lorsqu'il a juste sujet de l'être, Ou ne trouve une rédaction aussi compréhensive ni dans les lois romaines ni dans aucun de auteurs qui ont écrit avant le Code Napoléon. C'est à l'influence de l' art. 1583 que j'attribue cette prévoyance scrupuleuse de notre article". (De la vente, no. 609). Ahora bien veamos el art. 1583: "Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été librée ni le prix payé".

Según nuestro Código civil, que ha seguido las leyes romanas y españolas en cuanto a los modos de adquirir el dominio se transfirió éste, no por medio del contrato de venta, sino en virtud de la entrega de la cosa vendida. Si pues, como dice Troplong, del Art. 1583 nace la diferencia entre la legislación antigua y lo dispuesto por el Art. 1653; y si en el Art. 1863 del Código ecuatoriano se ha seguido aquel únicamente en lo que está en armonía con las leyes romanas y la doctrina de Pothier, se deduce que la comparación de las ecuatorianas con las francesas, manifiesta inequívocamente que la turbación de que habla el tantas veces citado Art. 1863 consiste, no en hechos ejecutados por terceros para inquietar la posesión del vendedor, sino en la demanda que, fundada en causas anteriores a la venta, tenga por objeto privar al comprador de la cosa vendida o parte de ella:

"Ante pretium solutum (dice la ley 18, párrafo 1º tít. 6º lib. 18 del Dig.), domini quaestione motá, pretium emplor solve-re noncogetur, nisi si ieiussores idonei a venditore ejus evictionis offerantur". "La principal engagement, dice Pothier, que contracte l'acheteur par la nature même du contrat de vente, consiste dans l'obligation de payer le prix convenu.— De cette obligation de l'acheteur naît une action qu'a a le vendeur (**actio venditi**) pour en demander le paiement.— Lorsque le contrat ne porte aucun terme, le vendeur peut former incontinent cette action contre l'acheteur, aux offres qu'il droit lui livrer la chose, si elle ne l'a déjà été. . . . Même après que le vendeur l'a librée, il ne pourrait demander le prix si l'acheteur était troublé dans sa possession par **quelque demande** en revendication, hypothécaire ou autre, **qu' à ce que le procès fût terminé**. - Si néanmoins: le procès pouvait durer longtemps, il pourrait être reçu, après avoir pris le fait et cause de l'acheteur, à exiger de lui le prix; mais la

faudrait en ce cas qu' il lui offrit une bonne et suffisante caution de rapporter en cas d'éviction". (Traité du contrat de vente, no. 278—280) Al explicar Berriat Saint-Prix las palabras est troubleé del art. 1653, dice: "C'est á-dire, est l' objet d'une **poursuite** qui empêche sa possession d'être paisible."

II

Respecto a los títulos de propiedad, obran en autos todos los que bastan para asegurar el dominio de las fincas vendidas. No depende de la voluntad del comprador determinar los instrumentos que se le han de dar como títulos de propiedad; pues el vendedor no está obligado a entregar sino aquellos que, habiendo estado en su poder, aseguren el dominio que ha transmitido. Díguese V. E. leer la copia (fojas 414) de la razón concerniente a los documentos entregados a don Miguel, y se pasmará de que éste exija todavía otros. Entre ellos figuran escrituras públicas en que consta lo siguiente: que el señor Modesto Larrea vendió al señor doctor Rafael Cornejo el fundo Churupinto: que en 1724 compró el Alférez Antonio Flores quince caballerías de tierras de Mulaló y las aguas respectivas: que Juan Altamirano vendió al Marqués de San José los terrenos llamados San Antonio: y que el mismo Marqués compró, el año 1803, los potreros que se denominaban Butiérrez. A todas estas escrituras se agrega la otorgada en julio de 1852 (fs. 404), la cual comprueba que el 30 de junio de 1851 vendió el señor doctor Modesto Larrea al señor doctor Rafael Cornejo la finca denominada Tambo de Mulaló.

Ya hemos visto que se habla de las aguas en la escritura relativa a las quince caballerías de tierras situadas en Mulaló; y además los instrumentos de fs. 374 y 389 acreditan que la mayor parte de las aguas se sacaron no ha mucho tiempo; y que, por lo mismo, no pudo hablarse de ellas en los títulos antiguos. Nótese también que don Miguel no tiene derecho sino para exigir que le demos los títulos que entregó a mi padre el señor Modesto Larrea; y en la sobredicha escritura de venta de Mulaló no se mientan títulos de aguas: "La venta comprende (leo a fojas 405) el mencionado fundo en toda la extensión, y bajo los linderos que detallan los antiguos títulos de propiedad que le serán entregados al comprador cuando llegue el caso; entendiéndose igualmente incluídos todos los terrenos sembríos, los

ocho potreros, las aguas, casas del Tambo y de habitación, que le son actualmente anexos.

A suponerse por un instante que no se le hubiesen entregado los títulos de propiedad, esto no autorizaría a don Miguel para depositar el precio; porque el comprador, que aprovecha de los frutos de la cosa vendida, no puede privar al vendedor del derecho de percibir el precio sino en los casos determinados por la ley. Don Miguel mismo expresa (fs. 543, 544), que ha demandado la rescisión del contrato; y en realidad consta, a fs. 410, que nos demandó para que le entregásemos las aguas, y a no hacerlo, la resolución del contrato; y consta asimismo (fs. 434) que nos exigió en juicio ejecutivo los títulos de propiedad. Por tanto la actual litis se limita a un solo y único punto, esto es, si conforme al Art. 1863 del Código civil el comprador ha sido turbado en la posesión del fundo Mulaló.

III

Solicitó don Miguel, a fs. 508, que absolviésemos a esta posición: "Cómo es cierto que los expresados señores se hallan citados de evicción y saneamiento en la causa que don Juan Donoso sigue con el peticionario". Ante todo es de notar que no se determina cuál es la acción intentada por aquél contra don Miguel; y dado que la demanda de que éste habla tuviera por fundamento una causa anterior a la venta; serviría ella de base para otro juicio; pero en ningún caso podría tomarse en consideración en el de que ahora conoce V. E. Deducida la acción por don Miguel, propusimos las excepciones conducentes a nuestra defensa; acerca de los hechos afirmados en aquélla y éstas, se rindieron las respectivas pruebas; y por lo mismo, conforme al Art. 302 del Código de enjuiciamientos promulgado en 1871 y al 507 del vigente, el fallo ha de decidir únicamente los puntos sobre los cuales se trabó la litis.

Tan cierto es que aun don Miguel ha juzgado que V. E. no tiene jurisdicción para conocer de los resultados de la demanda propuesta por el señor Juan Donoso cuando la actual litis se hallaba al sentenciarse en segunda instancia; que fundado en la propia demanda acaba de entablar contra nosotros nuevo juicio, a fin de que el Alcalde Municipal ordene el depósito, ya de los cinco mil setecientos cincuenta pesos consignados en 12 de ene-

ro de 1875, ya de la cantidad que debió satisfacer en el segundo plazo.

Reproduzco lo alegado tanto en primera como en segunda instancia (fs. 131-140 y fs. 527-533); y espero se digne V. E. confirmar, con costas, la sentencia recurrida.

(f.) LUIS F. BORJA.

(f.) RAFAEL CORNEJO.

II

Causa seguida por el defensor del concurso formado a los bienes de Miguel Hernández Bello con el doctor José Villagómez, sobre cuentas del precio del fundo Patichubamba.

1880

EFFECTOS DE LA ACUMULACION DE AUTOS EN EL CASO DE CONCURSO DE ACREEDORES.

Excmo. Señor

No dudo que V. E. habrá visto con sorpresa que al sustanciarse este juicio, la Corte Superior hubiese procedido ilegal y contradictoriamente, sin sujetarse a otra regla que a su voluntad. Después de expedida la sentencia por el Alcalde Municipal acació, en junio de mil ochocientos setenta y siete, el aluvión que ocasionó la insolvencia del señor doctor Villagómez; hizo éste cesión de bienes; declaróse formado el respectivo concurso; y los acreedores me nombraron para que los representase en todo lo concerniente a sus intereses.

V. E. sabe cuáles son los efectos que surte la formación de un concurso: deben acumularse todos los procesos civiles seguidos contra el deudor, por cuanto el juez que interviene en la propia causa es el único competente para distribuir los bienes entre los acreedores; no puede el fallido disponer de aquellos en manera alguna, puesto que son nulos todos los actos que ejecuta después de la cesión de bienes; y el Defensor del concurso

o cualquier otro mandatario de los acreedores es la persona que los representa en todos los asuntos judiciales o extrajudiciales conexiónados con los derechos de los mismos. Mas no atendió a nada de esto la Corte Superior. Consta a fs. 414 que en febrero de mil ochocientos setenta y ocho se le hizo notar que no era competente para conocer del juicio de cuentas; pero insistió en dictar la retención pedida por don Francisco Jijón. Volvióse a reclamar (fs. 421), ya sobre la falta de jurisdicción en el Tribunal, ya sobre la falta de personería del procurador del señor doctor Villagómez; para comprqbarlo se presentó (fs. 427) copia de la cesión de bienes y del auto en que se declaró formado el concurso; y entonces decidió que aun cuando se habían comprobado tales particulares, no obstaba ello a la prosecución de la litis en segunda instancia, fundándose en que a procederse de otra manera, no podría saberse a cuánto asciende el crédito cuyo pago exige el señor doctor Guerrero. Original y muy original es semejante raciocinio, pues está en pugna con claras disposiciones que determinan las facultades concedidas al defensor del concurso, una de las cuales consiste en que debe liquidar los créditos de los acreedores; liquidación que se someté al juez del concurso a fin de que la apruebe en la sentencia sobre legitimidad y preferencia de los créditos. La Corte Superior no es la llamada por la ley para liquidarlos, ni lo ilíquido de ellos puede admitirse como pretexto para que un Tribunal intervenga en asuntos que no son de su competencia. Y en realidad de verdad no sabemos de dónde emane la jurisdicción de que se ha revestido la Corte para fallar en el actual litigio. No de la ley, porque antes al contrario atribuye ésta únicamente al juez del concurso el conocimiento de todos los procesos civiles seguidos contra el deudor. Tampoco de la voluntad de las partes, pues lejos de haberse convenido el señor doctor Villagómez en que la Corte fallara, reclamó repetidas veces de su arbitrario procedimiento.

Suponiéndose por un instante que no debió devolverse el proceso al juez del concurso, y que, por lo mismo, no adolezca aquél del vicio proveniente de la falta de jurisdicción, adolecería de otro insanable, esto es, de la ilegitimidad de la personería de una de las partes. Se puso en conocimiento de la Corte, lo repito, que el señor doctor Villagómez no era hábil para intervenir en el juicio; que los acreedores me habían nombrado para que los representara; que iba a dictarse una sentencia nugatoria, por cuanto no podría aprovechar ni perjudicar a los acreedores, que siendo los únicos interesados, no habían sido citados ni oídos ¿Qué resolvió la Corte a tan justas reclamaciones? Resolvió implícitamente que el señor doctor Villagómez era parte en el

juicio, pues aún mandó que el procurador de este señor consignase derechos, y después de pronunciado el sobredicho auto, siguió interviniendo el propio procurador.

Si tantas y tan manifiestas anomalías le han sorprendido a V. E., le causará asombro el observar que el mismo Tribunal que dictó el auto de fs. 436, declarase que por no ser parte en el juicio el señor doctor Villagómez no pudo apelar de la sentencia, y ordenó que ésta se me notificase a mí como representante de los acreedores. El doctor Jijón y el señor doctor Guerrero que con tanto afán instaron para que en la sustanciación de la causa se contase con el señor doctor Villagómez, le juzgaron incapaz de apelar; dijeron que yo y sólo yo era hábil para esto, y solicitaron se me citase con el fallo. Se eleva el proceso, se sustancia éste, se manifiesta entre tanto que tenía de intervenir en el juicio, no el deudor, sino el representante de los acreedores; y mientras debí defenderlos, no se me cita, no se me oye. Pero en el instante mismo en que se pierde la causa, ya no es parte en ella el señor doctor Villagómez, y el fallo ha de notificarse a los acreedores para que los perjudique. La justicia exige, Excmo. Señor, que los perjudicados sean los jueces que lo pronunciaron; pues V. E., que aplica rectamente la ley, declarará nulo el proceso, reponiéndolo al estado en que se hallaba cuando se abrió concurso a los bienes del señor doctor Villagómez.

No se diga que está ejecutoriado el auto expedido en catorce de mayo de mil ochocientos setenta y ocho (fs. 436), pues en nada atañe él a los acreedores: el señor doctor Villagómez no era quien podía representarlos.

En el inesperado caso que V. E. juzgase que no adolece de nulidad el proceso, debería revocar el fallo recurrido, tan anómalo en cuanto a lo principal como los autos dictados para sustanciarlo.

En la sentencia se decide: que el comprador de Ichubamba está obligado a pagar intereses legales por las cantidades no satisfechas en los respectivos plazos; y que no son abonables las entregadas a la señora Mercedes Bello. Para resolver lo primero se fundó el Alcalde Municipal en que había autos ejecutoriados que condenaban al comprador a satisfacer los réditos de la mora; y el juez a quo adujo como única razón la de no haber sido depositario el señor doctor Villagómez. Si bien se pronunciaron, en mil ochocientos cincuenta y ocho, cincuenta y nueve y sesenta, tres autos de pago contra el señor doctor Villagómez, en los cuales se le ordenó consignase inmediatamente lo debido e intereses de la mora; tales autos no surtieron

efecto alguno, ya porque no continuó la sustanciación del juicio ejecutivo, ya porque, según consta a fojas 15 del cuaderno tercero, el comprador rindió cuenta de todas las sumas de dinero que, en razón del precio, había satisfecho desde que se verificó la subasta; cuenta que originó glosas del señor doctor Guerrero, y acerca de la cual se siguió juicio ordinario.

Sólo en este malhadado proceso cabe decirse que un auto de pago causa ejecutoria, y que no tiene valor alguno la sentencia expedida en juicio ordinario. "Respecto del reclamo de los intereses (leo a fs. 351) . . . se considera: que en el expediente N^o 1^o se encuentran los escritos del defensor del concurso acerca del pago de los plazos insolutos y los réditos de mora, fs. 1^a, 2^a, 4^a y 6^a, y los autos de 20 de diciembre de 1859, 11 de noviembre de 1858 y 9 de mayo de 1860, fs. 1^a vuelta, 5^a y 7^a, obligando al rematador al pago de dichos plazos y sus intereses por mora: Los dos primeros autos se ejecutoriaron por el ministerio de la ley, puesto que no apeló el señor Villagómez, y el tercero, aunque lo reclamó, no aparece revocado". Si aun las sentencias pronunciadas en juicio ejecutivo no causan instancia, y por tanto puede seguirse uno ordinario sobre los mismos puntos controvertidos entre las partes; menos la causarán los autos de pago que no son sino la declaración de las obligaciones constantes en el respectivo instrumento. Más singular es la aserción de haberse ejecutoriado aquellos autos por no haber apelado el señor doctor Villagómez. Desearíamos que el doctor Bustamante nos mostrase dónde está la ley que haya concedido alguna vez apelación del auto de pago. Este se ha considerado siempre como un decreto de sustanciación, que no causa gravamen irremediable, porque deja expedito al deudor el derecho de proponer las excepciones conducentes a su defensa. Suponiéndose que el señor doctor Villagómez hubiese podido apelar de los autos de pago, no hubiera perdido su tiempo en hacerlo, pues consta que después de pronunciados continuaba cubriendo las libranzas que se le giraban.

Aunque los tantas veces mencionados autos hubiesen causado ejecutoria, la sentencia del doctor Bustamante sería manifiestamente ilegal; porque los tres dictados para el pago de otros tantos plazos nada significan respecto de los plazos posteriores. Juzga el doctor Bustamante que, ejecutoriada la resolución relativa a lo debido en 1860, se comprenden en ella no sólo los intereses legales caídos hasta entonces, sino también los que debió ganar el precio íntegro; de manera que si el señor doctor Villagómez hubiese pagado con la mayor puntualidad los plazos vencidos desde 1861, no podía, en concepto del Al-

calde Municipal, libertarse de la obligación de satisfacer réditos de la mora.

Prescindiendo los señores Guerrero y Villagómez de las pretendidas ejecutorias, convinieron en la formación de una cuenta que comprendiese todos los pagos hechos hasta mil ochocientos sesenta y siete. Díguese V. E. leer la que, presentada en julio de 1866, obra a fs. 15 del tercer cuaderno; la cual termina con estas notabilísimas palabras: "Según las partidas que anteceden, están pagados los plazos de Pataichubamba, hasta el 7 de octubre de 1867; con más trescientos noventa y tres pesos medio real, para la misma fecha del año de 1868. Que por el acta de remate debía haber pagado diez mil pesos en el transcurso del primer año, y al vencimiento de los siguientes años a mil pesos por cada un año". Se sometió, pues, a la decisión del juzgado municipal todo lo concerniente a los plazos vencidos hasta octubre de 1867; o en otros términos, en el fallo sobre la cuenta tenía de decirse cuáles eran las obligaciones entonces exigibles al comprador de Ichubamba, y cuáles las que había cumplido. Entre las primeras, las principales consistían en las dos siguientes: cuánto debía hasta entonces el comprador; y si se había constituido en mora de pagar los respectivos dividendos. Expresó el Sor. Dor. Villagómez, lo repito, que había satisfecho todo lo debido hasta octubre de 1867; se puso la cuenta en conocimiento de los interesados; y si bien la objetaron respecto de algunas partidas, en las glosas ni siquiera se mienta la obligación de satisfacer los réditos legales; el Sor. Dor. Guerrero se limitó (fs. 20) a solicitar se justificase el descargo; presentados los comprobantes, exigió otros (fs. 39). Las glosas del Dor. Jijón se redujeron (fs. 40) a que no eran abonables las sumas entregadas a la Sra. Mercedes Bello; que faltaban mil noventa y siete pesos, y que no tenía derecho el rindente a la remuneración de depositario. Estos fueron los únicos puntos acerca de los cuales se trabó la litis; concedióse término para la justificación de los hechos (fs. 42); en los alegatos se discutió únicamente sobre las objeciones hechas a la cuenta: el Sor. Dor. Guerrero expuso (fs. 55), que con los documentos presentados por el Sor. rematador de Ichubamba se habían llenado las faltas que notó en su escrito de fs. 39 quedando vigente sólo la que alude a la vigésima cuarta partida del plan fs. 15; porque respecto de ésta no se registraba orden judicial que la legalizara. Y si V. E. se resigna a leer el alegato del Dor. Jijón, verá que tampoco hay en él ni una sola palabra que manifieste la intención de exigir al Sor. Dor. Villagómez el pago de intereses de la mora.

Sustanciado el sobredicho juicio ordinario con todos los trámites prescritos por la ley se pronunció, en marzo de 1867 (fs. 60 vta.), la sentencia que decidió los puntos controvertidos; la cual no puede ser más terminante: "Se declara que es corriente y está comprobada la partida de ochocientos pesos dados a la Sra. Mercedes Bello , y que el Sor. Villagómez debe comprobar las demás partidas de descargo, objetadas, por el Defensor del concurso, cuando presente la cuenta general para cancelar su obligación como rematador de Ichubamba". Este fallo sí que causó ejecutoria, pues notificadas las partes, no interpusieron ningún recurso.

Habiéndose aprobado la cuenta por sentencia, y no habiéndose impuesto al comprador la obligación de pagar intereses; ni como suposición es admisible que les hubiese quedado a las partes el derecho de exigirlos después por las propias sumas que hubieron de satisfacerse en los plazos comprendidos en la cuenta.

Tan cierto es que el Sor. Dor. Guerrero mismo estaba convencido de que no tenía tal derecho, que en la nueva demanda propuesta a fs. 68 (cuaderno 3º) dijo, que en virtud de la cuenta fs. 15 se le habían abonado al comprador diez y siete mil ochocientos sesenta y cuatro pesos cuatro y medio reales; que posteriormente había comprobado el pago de mil setecientos treinta y cinco pesos; y que como debía hasta junio de 1871 veinticuatro mil pesos, le exigía en juicio ejecutivo los cuatro mil cuatrocientos tres pesos restantes con los réditos del cinco por ciento. A consecuencia de la demanda presentó el Sor. Dor. Villagómez (fs. 269) un apuntamiento de lo satisfecho últimamente en razón del precio, y añadió que esto y las sumas pagadas antes ascendían a veinticuatro mil ochocientos noventa y un pesos. Hubo entonces algunas dificultades respecto de los instrumentos en que constaban los pagos; propuso el comprador (fs. 289) que para mayor claridad podía ordenar el juzgado que el Defensor del concurso practicase cuenta general de ellos; y éste aceptó la propuesta.

Ahora bien, ni por un instante puede suponerse que el acuerdo sobre formación de nueva cuenta se extendiese a la renuncia de los derechos que el fallo pronunciado en 1867 había concedido a las partes. La intención de éstas se halla claramente manifestada; pues hubo confusión de recibos, controversias respecto de las sumas entregadas al Sor. Roberto Ascázubi ; y se propusieron ellas examinar todos los comprobantes que, en cuanto a pagos, tenía el comprador en su poder. A esto se limitó el acuerdo, y era imposible que el Sor. Dor. Villagómez ni siquiera se imaginase que al examinarse los comprobantes, se le

exigirían intereses de cuyo pago estaba exonerado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. La controversia entre los Sres. Villagómez y Guerrero se refería a un punto único, cual era determinar, con los respectivos comprobantes, a cuánto ascendían las sumas que se habían satisfecho; pero ni una sola palabra se dijo acerca de intereses de la mora, ni podía tratarse de ellos, ya que la sentencia expedida en 1867 declaró que hasta entonces no se debían; y por actos posteriores había dado a conocer inequívocamente el Defensor del concurso que no los exigía sino por la suma que, deducidos diez y nueve mil quinientos noventa y nueve pesos, se adeudase como resto del precio.

Necesario es, Excmo. Sor., no perder de vista que a consecuencia del mencionado acuerdo presentó el Sor. Dor. Villagómez, en febrero de 1875, la cuenta general de todos los pagos; que, por lo mismo, debió limitarse el Sor. Dor. Guerrero a examinar a cuánto ascendían las cantidades expresadas en los comprobantes; y que a tener derecho para exigir intereses legales, no podía referirse éste a los diez y nueve mil y tantos pesos, cuyo pago no se disputaba. Pero desconociendo el Defensor la ejecutoria de 1867 y lo que él mismo había ejecutado, procede a glosar la cuenta desde 1858, y pretende que de este año acá corren los intereses legales. V. E. decidirá si semejantes pretensiones son compatibles con la buena fé y la justicia.

Respecto de las sumas percibidas por la Sra. Mercedes Bello, es tan claro el punto, que perderíamos en vano el tiempo si tratásemos de él nuevamente.

LUIS F. BORJA.

R. ESPINOSA.

III

Causa seguida por el Dor. José María Calisto contra el Sr. José Francisco Carrión, sobre resolución de la venta del fundo Conrogal.

1881

LA ACCION RESOLUTORIA EN EL
CONTRATO DE COMPAVENTA.

Excmo. Señor:

Ante todo debemos fijarnos en las obligaciones que, cuanto a los títulos de propiedad relativos a Conrogal, contrajo el vendedor D. José Francisco Carrión; pues a fs. 254 pretende éste alterar la cláusula 2^a del respectivo instrumento (fs. 33 y 34), aseverando que ésta termina con las palabras "que acredite las cargas". Buen arbitrio es, en verdad, suprimir todo lo desfavorable de la escritura; y tan desfavorables son los términos "y derechos de la hacienda", que por sí solos manifiestan inequívocamente la intención de los contratantes. Las cargas y los derechos de un fundo consisten, ora en las hipotecas, censos y servidumbres pasivas que lo gravan, ya en las servidumbres activas y la determinación de los límites que los separan de otros predios. Al extender la citada escritura se tuvo especialísimo cuidado de enumerar hasta con redundancia los títulos de propiedad que debían entregarse al comprador: las escrituras en que constan las ventas hechas a Dn. José Francisco Carrión por los señores José Villacís Román y Manuel Michilena Endara; y además todos los títulos y papeles que acrediten todas las cargas y derechos de la hacienda. Se conoció, pues, que las escrituras

otorgadas por los Sres. Villacís y Michilena no bastaban para acreditar tales cargas y tales derechos, y por eso se estipuló que juntamente con esas escrituras se entregarían otros títulos en que constase lo que en aquéllas no constaba. Muy fácil es, Excmo. Sor., conocer la razón que indujo a los contratantes a redactar la cláusula 2ª en los sobredichos términos. En la escritura otorgada cuando el señor Villacís vendió Conrogal a Dn. José F. Carrión, se leen las siguientes notabilísimas palabras (cláusula 1ª fs. 22 vlt.) Como el Sor. Villacís procedió con entera buena fé, manifestó al comprador que no tenía título alguno con que comprobar, caso de un litigio, los linderos de la finca vendida; declaró que no tenía otro título que su posesión; estipuló que a haber evicción de los terrenos del predio vendido, no sería responsable del saneamiento: todo lo cual debió influir necesariamente en la determinación del precio a cuyo pago se obligó el comprador. Mas Dn. José F. Carrión procedió de otra manera: no le convenía indicar al Sor. Dor. Calisto que carecía de títulos de propiedad; **tampoco dijo una sola palabra en cuanto al saneamiento**; se obligó a dar todos los títulos relativos a las cargas y derechos del predio; **transcurridos los ocho días fijados en el contrato, entregó los mismos que, según el anterior dueño Sor. Villacís, son insuficientes para asegurar plenamente al comprador acerca de los linderos del inmueble**; y habiéndosele exigido otros, negó la obligación de entregarlos; declarada la cual por los Tribunales, expresó que nunca los había tenido.

En la tercera instancia del juicio sobre los títulos de propiedad, se declaró que los entregados por Dn. José Francisco no eran suficientes para determinar las cargas y derechos de que habla la escritura, y que en consecuencia debía dar al Sor. Calisto los títulos antiguos, especialmente el acta de remate extendida cuando compró Dn. Miguel Ponce la propia finca. Requerido Dn. José Francisco a fin de que cumpliera la obligación impuesta, ya en el contrato de venta, ya en una ejecutoria de V. E., recurrió vuelvo a decirlo, al pueril arbitrio de pretender que se avaluasen los títulos que faltaban; para lo cual se fundó en que nunca jamás los había tenido y en que buscados en todos los archivos, no le había sido posible hallarlos. Hasta innecesario es hacer presente a V. E. que al contraer la obligación de dar aquellos títulos fué cuando debió cerciorarse el vendedor de que podía cumplirla; y que los autos comprueban que contrató a sabiendas de que no tenía los títulos cuya entrega debía hacer dentro de ocho días. Ya hemos visto que al vender Conrogal al Sor. José Villacís expresó que no entregaría otros instrumentos relativos al dominio del inmueble que la escritura otor-

gada por su antecesora; que en cuanto a los linderos, no tenía más títulos que la posesión; y que a litigar sobre ellos, de nada sería responsable. Evidente es que el Sor. Villacís se expresó en aquellos términos porque supo que nunca hallaría los títulos que le faltaban; porque no le era decoroso vender lo que no tenía; porque se propuso evitar las molestias que le sobrevendrían después, bien al exigírsele nuevos títulos, bien al citársele para que, promovido litigio acerca de los linderos, compareciese a defender la cosa vendida. Dn. José Francisco estaba plenamente convencido, lo repito, de que no existían en su poder los títulos que prometió entregar; también lo estaba de que le sería poco menos que imposible hallarlos dentro del corto tiempo de ocho días; y sin embargo contrajo el deber de dar aquello que él no había recibido de su antecesor.

Reconvenido ahora para que cumpla lo pactado en la escritura de venta, se excepciona alegando que ha entregado al Sor. Dr. Calisto todos los títulos de propiedad; que los que faltan no son necesarios; que aún a serlo, no siendo los títulos la cosa vendida, el no haberlos entregado no es causa para la resolución del contrato, que no se ha constituido, por hecho o culpa suya, en mora de entregarlos, por cuanto no existen en los archivos; y que está extinguida su obligación, según el Art. 1660 del Código Civil, a causa de haber desaparecido los títulos e ignorarse si existen. Basta enumerar estas excepciones, Excmo. Sor., para conocer que no son sino fútiles pretextos: sorprende sí, pasma que hubiesen sido acogidas por los jueces de 1ª y 2ª instancia.

Al contestar la demanda Dn. José F., dijo hablando de los títulos: (fs. 113) "También se le han entregado los que aseguran su propiedad. Empero el Sor. Calisto exigió otros más, de todo en todo innecesarios". Nótese que si bien él se constituye juez para calificar si son o no necesarios los títulos, no niega que se obligó a entregarlos; pero a fs. 254 afirma que los entregó todos. Después de mutilar a su arbitrio la cláusula 2ª suprimiendo las palabras "y derechos del fundo" (La simple lectura fs. 41). Por más paciencia que haya, Excmo. Sor., es imposible no indignarse al observar cómo se defiende esta causa. Se afirma que por haberse empleado en el recibo las palabras: "documentos y títulos que conforme a la cláusula 2ª de la escritura que precede", se extinguió la obligación relativa a los títulos de propiedad. El adverbio de modo conforme, vale "Con correspondencia, con proporción, según las circunstancias, al tenor" (Diccionario de la Academia). Al decir que conforme a la escritura se entregaban tales o cuales títulos, se limitaba el comprador a aseverar que en virtud de las estipulaciones que

aquella encierra se verificó la entrega; se determinaba la causa, el motivo que indujo a la entrega. ¿Pero hay acaso en ese recibo una sola palabra que indique que el Sor. Carrión cumplió en todas sus partes las obligaciones determinadas en la cláusula 2ª? La enumeración misma que en el propio recibo hace el Sor. Calisto, justifica que no se propuso sino hacer constar cuáles eran los títulos que se le habían entregado. Aquel recibo, que tan elocuente le ha parecido a Dn. José Francisco, se confirió en 27 de marzo de 1869, esto es, muy pocos días después de la venta de Conrogal. Y a pesar de ese elocuente recibo demandó ejecutivamente el Sor. Dor. Calisto al vendedor, en enero de 1870, para que le entregase los títulos que faltaban. Entonces fué cuando se dictó auto de pago, y propuso el demandado (fs. 68) la excepción de que ya había entregado los títulos, y se pronunció sentencia por este Excmo. Tribunal, declarando: "Que José Francisco Carrión está obligado a entregar los títulos de propiedad y diligencias previas de mensura y tasación a que se refiere la escritura de fs. 41".

El Alcalde Municipal declaró prescrita la acción resolutoria, fundándose en el Art. 1871 del Código Civil. Salta a la vista, Excmo. Sor., que se ha aplicado esta regla a un caso enteramente diverso del previsto por la ley; la cual restringe expresamente los efectos del pacto comisorio a los casos en que conste del contrato de venta; y para convencerse de ello basta leer el Art. 1868. No hay, pues, pacto comisorio sino cuando se expresa; cuando no, las acciones que competen, respectivamente, al comprador y al vendedor a fin de alcanzar la entrega de la cosa, el pago del precio, o la resolución del contrato, están claramente determinadas por los artículos 1479, 1817 y 1864. Si la cosa vendida no se entrega oportunamente, queda al arbitrio del comprador, ora exigirla, ora pedir la resolución del contrato. Estas acciones, como personales, prescriben en el tiempo determinado por el Art. 2497; y para que prescribiesen en corto tiempo, sería menester una excepción explícita. El pacto comisorio, lo repito, no existe sino cuando se estipula que a no pagarse el precio dentro de cierto tiempo, se resuelve el contrato de venta. ¿Por qué aplicar las reglas concernientes a ese pacto, a los efectos que surte el contrato de venta sin ninguna estipulación especial? ¿Por qué suponer que una regla establecida para un caso particular, modifica las reglas generales sobre los derechos que se derivan inmediatamente del propio contrato? Y las modificaría tanto, que casi desaparecerían los derechos concedidos por los citados Arts. 1817 y 1864; según los cuales queda al arbitrio de uno de los contratantes, a constituirse el otro en mora, exigir el cumplimiento o la resolución del contra-

to; pues, aceptada la doctrina del Alcalde Municipal, sólo durante los primeros cuatro años, podría pedirse la resolución; y en los restantes, no habría más acción que la de exigir el cumplimiento del contrato. Esta modificación destruiría el sistema establecido por el Art. 1479, que es consecuencia de uno de los más equitativos principios que, desconocidos por las leyes Romanas, declaró el Derecho francés.

Fácil es reconocer por qué prescribe en cuatro años la acción que nace del pacto comisorio. Según aquellas leyes surtía éste el efecto de resolver *ipso jure* el contrato de venta; pero subsistía ella tan luego como el vendedor ejecutaba cualquier acto conducente a manifestar que exigía el cumplimiento del contrato. Oigamos a Troplong (Nº 224). Ahora bien, el Código Civil, imitando la Ley Romana, considera como una renuncia tácita del pacto comisorio el silencio de cuatro años; y declara subsistente el contrato.

Muy semejante es el citado Art. 1868 al 1656 del Código francés; y los más célebres comentadores de este Código están conformes al explicar que surte muy diversos efectos el pacto comisorio que la condición resolutoria tácita envuelta en todos los contratos sinalagmáticos. (Véase a Zachariae, Tom. 4º, pág. 308, Tom. 3º, pág. 380.—Demolombe, Tomo 2º, Nº 484):

LUIS F. BORJA.

IV

Causa seguida por Rafael Salas contra Diego Salas por obra nueva.

1887

PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES
POR OBRA NUEVA.—POSESIÓN IN-
SCRITA O MATERIAL PARA LAS
MISMAS.

Excmo. Señor

Casi siempre que se trata de fallos expedidos por el Sor. Ministro Dn. Jacinto, hay que hacer notar a V. E. que no precede a éstos el estudio del proceso, ni el de las disposiciones legales.

De todas las que el Código de enjuiciamientos encierra en cuanto a las sentencias, ninguna más fundamental que ésta: "El juez no decidirá en ellas sino los PUNTOS CONTROVERTIDOS". Derívase de la naturaleza misma, ya de los juicios, ya de las funciones que el juez debe desempeñar. No está llamado por la ley sino a dirimir la contienda que entre las partes hubiere; a eso se limita su jurisdicción. No basta, por lo mismo, que tal o cual artículo del Código civil declare o conceda derechos; es necesario investigar ante todo si los litigantes CONTROVIERTEN ESOS DERECHOS. Tan obvio principio, reconocido por la razón y la ley, no fué aceptado por el Sor. Ministro Dn. Jacinto al pronunciar la sentencia.

Veamos, pues, cuáles fueron los puntos controvertidos.

"Como los Arts. 922 del Código civil y 933 del de enjuiciamientos declaran denunciabiles", dice la demanda, "ya las obras que se construyen en el suelo que posee el demandante, ya cualesquiera otras que ocasionen perjuicios; y como el Sor. Dor. Rafael Salas es no sólo poseedor sino dueño del mencionado solar; denunció las obras nuevas que consisten en las excavaciones que se hacen para la fabricación de adobes".

Si la acción se propuso con claridad, más claras son todavía las excepciones. "En cuanto a lo principal expongo que el asunto sobre que versa la acción NO ES DENUNCIABLE según los Arts. 921 y 922 del Código civil. Soy poseedor del inmueble EN QUE HE ESTADO HACIENDO FABRICAR ADOBES. No tiene el demandante derecho a impedirme el trabajo ni el uso del inmueble, ni de continuar en ellos resulta perjuicio al actor". Estas son las UNICAS EXCEPCIONES deducidas por el Dr. Diego Salas. El Art. 921 se refiere a obras nuevas que se trate de construir en el suelo que el denunciante posee; y el 922 enumera las demás obras nuevas denunciabiles. Ni siquiera se menciona en esos dos artículos la prescripción de la acción posesoria. Síguese, pues, que el Dr. Dn. Jacinto declaró DE OFICIO la prescripción no alegada por el querrellado.

Y no sólo no lo alegó, Excmo. Sor., sino que confesó expresa y claramente que en los días mismos en que se propuso la demanda se ocupaba en fabricar adobes empleando la tierra del solar perteneciente al Sor. Dn. Rafael Salas. Ya hemos visto que Dn. Diego contestó: "Soy poseedor del inmueble en que HE ESTADO HACIENDO FABRICAR ADOBES". ¿No saben hasta los alumnos de las Escuelas Cristianas que el tiempo "he estado" significa que una acción, en parte pasada, subsiste todavía? "He estado trabajando hoy; he estado trabajando este año"; significa: "Trabajé en las horas anteriores al actual, y trabajo ahora; trabajé desde enero hasta junio, y trabajo en el presente mes de julio". Permítaseme citar la doctrina del eminentísimo filólogo Dn. Andrés Bello: "El indicativo tiene cinco formas compuestas en que el participio sustantivado se combina con las cinco formas simples del indicativo de haber: he cantado, hube cantado, habré cantado, había cantado, habría cantado. En ellas, como en todas las que se componen con el participio sustantivado, el tiempo significado por la forma compuesta es anterior al tiempo del auxiliar.—He cantado, antepresente. Comparando estas dos proposiciones: "Roma se hizo señora del mundo" y "la Inglaterra se ha hecho señora del mar", se percibe con claridad lo que distingue al pretérito del

ante-presente. En la segunda se indica que aún dura el señorío del mar; en la primera el señorío del mundo se representa como una que ya pasó. La forma compuesta tiene pues relación con algo que todavía existe.— Se dirá propiamente: "El estuvo ayer en la ciudad, pero se ha vuelto hoy al campo". Se dice que una persona ha muerto cuando aún tenemos delante vestigios recientes de la existencia difunta; cuando aquellos a quienes hablamos están creyendo que esa persona vive; en una palabra, siempre que va envuelta en el verbo alguna relación a lo presente. En circunstancias diversas se dice murió. "Cervantes estuvo cautivo en Arjel": se trata de la persona física, que es cosa totalmente pasada. "Cervantes ha sido universalmente admirado": se trata del escritor, que vive y vivirá eternamente en sus obras. "He vivido muchos años en Inglaterra": dirá el que todavía vive allí, o el que alude a este hecho como una circunstancia notable en su vida. "Grecia produjo grandes oradores y poetas": se habla de la Grecia antigua. "La España ha producido grandes hombres": se habla de la España considerada como una en todas las épocas de su existencia. Si se determinase una época ya pasada no sería propio el ante-presente: "La España produjo grandes hombres en los reinados de Carlos I y Felipe II". (Gramática Castellana, Nos. 289 y 291).

Ahora bien, si el Sor. Dn. Rafael Salas debió atenerse a lo expresado por Dn. Diego, para conocer las excepciones deducidas, y si para ello hubo de tomar las palabras en la acepción que les dan el uso constante y los escritores que, como Dn. Andrés Bello, han tratado magistralmente de las cuestiones filológicas; ¿cómo iba ni a imaginar el actor que a un mismo tiempo sostenía Dn. Diego Salas que ESTABA TRABAJANDO ADOBES y que había transcurrido más de un año desde la terminación del propio trabajo? Si no se prueban sino los HECHOS CONTROVERTIDOS, y si lejos de controvertir Dn. Diego Salas la prescripción, afirmaba que entonces trabajaba en el terreno porque él lo poseía; ¿cabía ni suponerse que era menester rendir pruebas concernientes a la prescripción?

Acaso sea oportuna otra observación decisiva en cuanto a los puntos que, controvertidos, han de ser resueltos en la sentencia. Según la ley, si las excepciones NO CONSISTEN EN HECHOS, el juez no concede término para la prueba, y procede a la aplicación del derecho, porque tal aplicación es el único punto controvertido. Bien sabe V. E. que todos los litigios versan acerca de hechos, pues los hechos son los que originan la desavenencia entre las partes. Dispútase acerca de un derecho,

y la disputa misma es un hecho que ha de ponerse en conocimiento del juez; pero en esa disputa hay dos elementos distintos: los hechos y la aplicación de la ley. Si las partes están conformes en cuanto a los hechos: que se celebró el contrato u otorgó el testamento; y la controversia se refiere sólo a la aplicación de la ley; por ejemplo, la interpretación del contrato; si han de suceder los herederos forzosos conforme a las disposiciones que regían cuando el testamento o a la muerte del testador; entonces el litigio es de puro derecho. Suminístranle al juez la demanda y la contestación las pruebas suficientes para fallar con pleno conocimiento de causa, y procede a pronunciar sentencia, resolviendo el único punto controvertido, la aplicación de la ley. Luego aun de la sustanciación misma que ha de darse a los juicios, se deduce que las pruebas no han de referirse sino a los hechos puestos en tela de juicio.

Entre las excepciones alegadas por Dn. Diego unas son de puro derecho, y otras consisten en hechos. Entre las primeras se cuenta la de no ser denunciante la obra conforme al citado Art. 921; y si ésta hubiera sido la única excepción deducida, oído mi comitente y practicada la inspección ocular, hubiera procedido el juez a expedir sentencia; porque no había hechos justificables. Que la obra no ocasionaba perjuicios al querellante, y que el demandado, mas no aquél, poseía entonces el solar donde se fabricaban adobes, eran excepciones susceptibles de justificación.

Tan infundada es la sentencia en cuyo examen me ocupó, que aun cuando prescindiésemos, ya de que la prescripción no fué sino de los puntos controvertidos, ya de que Dn. Diego Salas confesó lisa y llanamente en la contestación que en agosto de 1885 estaba trabajando adobes en los terrenos del Sor. Dn. Rafael Salas; nada se deduciría de ello a favor del demandado; pues consta plenamente de los autos que no había transcurrido un año desde la fabricación de los adobes.

Ninguna persona de razón podrá desconocer que para justificar ese hecho no era necesario emplear fórmulas sacramentales; que siendo la inspección ocular prueba plena, ella puede justificarlo, aunque a ningún testigo se hubiese preguntado cuánto tiempo hacía desde que el Dor. Salas no trabajaba adobes, ni se le exigiese al reo que prestara confesión acerca del propio hecho. Pues bien, al terminarse la demanda se solicitó habilitarse el Alcalde días y horas, para la citación del auto en que se ordenaría la suspensión de las obras; y el juzgado mandó que en efecto se suspendieran éstas inmediatamente. Si el Dor.

Salas hubiera podido decir que había transcurrido más de un año desde que cesaron aquellas obras; ¿no habría alegado esa circunstancia que, según después ha pretendido, era tan favorable a su defensa? En vez de hacer presente que no puede suspenderse sino la que **ESTA EJECUTANDOSE ACTUALMENTE**, y que hacía más de un año que no trabajaba adobes; expresó a fs. 3, insisto en ello, que si bien estaba trabajándolos, el actor carecía de derecho para prohibírsele. Procede el juez a la inspección ocular: "Observada que fué la obra sobre la que ha recaído la denuncia" (leo a fs. 3 y 4), el Sor. Rafael Salas expresó que se tuviese presente que el solar pertenecía a su casa; que en él se habían hecho las excavaciones que estaban a la vista, y que éstas se habían formado por el Sor. Dr. Diego Salas, particular que **CONFESO** este señor. . . . Luego el Sor. Rafael Salas pidió que el perito hiciera constar en su informe la naturaleza de las excavaciones. . . . , debiendo, además, exponer el número de adobes que se han fabricado con la tierra extraída del referido solar". Y en el informe (fs. 10) dice el Sor. Velasco: "Se ha practicado una grande excavación. . . . , con el objeto de construir adobes, y en efecto hallé tres mil novecientos noventa y ocho adobes **YA FORMADOS**. . . . Aunque he contado como he dicho ya, sólo tres mil novecientos noventa y ocho adobes, y que son los que **ACTUALMENTE SE ENCUENTRAN EN EL SOLAR A QUE ALUDO**, el volumen de la excavación asciende a ochenta y siete metros cúbicos. . . . , y según las dimensiones que tiene cada adobe, con las tierras de esta excavación se podrían formar suficientemente nueve mil cuatrocientos ochenta y dos adobes". ¿Cómo hubiera llamado la atención del perito el estar los tres mil y tantos adobes **YA FORMADOS**, si, su formación no hubiera sido reciente, y si no hubiese habido en el solar todas las señales que manifestaban que cuando se propuso la demanda Dn. Diego **ESTABA TRABAJANDO ADOBES**? ¿Todos estos hechos no evidencian, Excmo. Sor., que la obra se ejecutaba cuando el Alcalde ordenó fuese suspendida? ¿Le era potestativo al Sor. Ministro prescindir de ellos, porque en el proceso no había las fórmulas: pido que declaren los testigos; confiese Dn. Diego Salas cómo es cierto?

Y lo más singular de todo es que aunque Dn. Diego Salas hubiese alegado, como excepción, que la acción posesoria estaba prescrita, y hubiese justificado plenamente que había transcurrido más de un año desde que trabajó los adobes; el Sor. Ministro, si hubiera aplicado la ley, habría confirmado el fallo de primera instancia. Fácil es manifestarlo.

Si bien al citarnos el Art. 941 no se ha fijado el Dor. Dn. Jacinto sino en el plazo de un año, V. E. atenderá a la clarísima disposición del inciso 3o. del mismo artículo: "Si las acciones dirigidas contra una obra nueva no se propusieran dentro del año, los denunciados o querellados serán amparados en el juicio posesorio, y el denunciante o querellante podrá solamente perseguir su derecho por la vía ordinaria". Hé aquí, Excmo. Sor., que según el propio artículo aplicado por el juez a quo, la denuncia de obra nueva no es meramente juicio posesorio; es, por decirlo así, un juicio mixto, en que se controvierten la posesión anual, y los derechos mismos que tienen las partes en el objeto materia de la controversia. Litigan, por ejemplo, a causa de obras nuevas ejecutadas con el fin de impedir el ejercicio de una servidumbre. La litis versa, ya sobre la posesión anual de la servidumbre, ya sobre si ésta se ha constituido válidamente o se extinguió en alguno de los casos determinados por el Art. 896 del Código civil.

Cierto que según las leyes y los comentadores franceses la denuncia de obra nueva es una acción posesoria, que prescribe por el lapso de un año. Pero V. E. sabe que el título "De las Acciones Posesorias Especiales", no es copia del Código francés, sino tomado casi literalmente del Tit. 32, P. 3ª La legislación y la práctica española habían establecido que el juicio de obra nueva se sustanciara como lo sustancia el Código de enjuiciamientos: breve y sumariamente cuando se trata, bien de suspenderla, bien de ordenar que continúe; lenta, pausada, complicadamente, cuando va a fallar el juez sobre los dichos mismos puestos por las partes en tela de juicio.

Practicada la inspección ocular y expedido el auto en que se resuelve si ha de continuarse o no la obra nueva, TERMINA EL JUICIO CONCERNIENTE A LA ACCION POSESORIA QUE PRESCRIBE EN UN AÑO; y principia el juicio ordinario, en que se litiga, no la posesión anual, sino sobre los derechos, si decimos, definitivos que las partes alegan en el inmueble donde se han constituido las obras. Cuando se notifica al reo el auto en que se ordena la suspensión de aquéllas o mientras se practica la inspección ocular, debe proponer todas las excepciones conducentes a su defensa, ya se refieran a la acción posesoria, ya a la extinción del derecho reclamado por el actor. Puede exigir el demandado que conforme al Art. 941 del Código civil se le ampare en la posesión, por haber transcurrido más de un año desde la obra nueva, o alegar que se extinguió la servidumbre reclamada, por cuanto no se ha ejercido durante veinte años; que lejos de ser el actor dueño del te-

rreno donde se ha construido la obra nueva, lo es el mismo demandado. Y si se justifica plenamente durante la inspección ocular que en efecto se ha prescrito la acción posesoria anual, el juez ampara al reo en esa posesión, y conforme al tantas veces citado Art. 940 del Código de enjuiciamientos, continúa sustanciando el JUICIO ORDINARIO, en que se discuten, no la posesión anual, sino las demás acciones y excepciones.

No poniéndose así en armonía el Art. 941 del Código civil con las disposiciones que determinan los trámites de la denuncia de obra nueva, vendríamos a parar en el absurdo de que al litigarse en el juicio ordinario sobre las servidumbres, o el dominio de la finca, el juez se abstuviera de resolver a quien pertenecen esos derechos, limitándose a declarar que la acción posesoria anual está prescrita, y que por lo mismo ampara al quecellado en la posesión anual, a fin de que se siga otro juicio ordinario acerca de la servidumbre o del dominio.

Si el juez no resolviese sobre los derechos reclamados por el actor y las excepciones del reo, ¿a qué conduciría, insisto en ello, el juicio ordinario sustanciado después de practicada la inspección ocular y de recibidas las pruebas que, a no dudarlo, se refieren principalmente a la posesión anual? Inconcebible fuera que los juicios de conservar y recuperar la posesión de los inmuebles se sustancien brevisísimamente; que no se conceda en ellos apelación sino en el efecto devolutivo; que terminen con la segunda instancia; y que controvirtiéndose en la denuncia de obra nueva la misma posesión anual, se siguiese un juicio ordinario más complicado que los otros juicios ordinarios, y que se resolviese sólo acerca de ella en la sentencia, dejándose a salvo el derecho de seguir OTRO JUICIO ORDINARIO concerniente a las servidumbres o al dominio, reclamados como acción o deducidos como excepciones.

Sabiendo el Sor. Dn. Rafael Salas que así el Art. 941 citado por el Sor. Ministro Dn. Jacinto como las disposiciones del Código de enjuiciamientos, le facultaban para exigir en un mismo juicio no sólo la suspensión de la obra nueva, sino también se declarase que siendo él dueño del terreno, de éste no podía disponer en manera alguna su hermano Dn. Diego; dedujo en la demanda la acción posesoria anual y la concerniente al dominio del inmueble; y contradiciéndole el Dor. Salas, no tal posesión, sino el dominio, el juicio ordinario se limitó, lo repetiré mil veces, a los derechos materia de la controversia. Mas en el fallo recurrido se decide el punto no disputado por las partes, guardándose el más profundo silencio en cuanto a lo principal, esto

es, si el Sor. Dn. Rafael Salas o su hermano Dn. Diego es el dueño del inmueble.

Siendo evidentísimo, como lo es, que el juicio ordinario versa sobre todas las acciones y excepciones, nada significaría que hubiese estado prescrita la acción posesoria anual; pues el actor ha justificado plenamente que es dueño del solar. Consta a fs. 36 que comprada la casa por el Sor. Rafael Salas, inscribióse la respectiva acta; que todos los herederos del Sor. Antõnio Salas, comprendiéndose en ellos Dn. Diego, solicitaron que por haber satisfecho el rematador el precio se le diese la posesión de aquella finca; que en efecto lo ordenó el juzgado; que se libró mandamiento de posesión, y que la casa le fué entregada por el escribano y alguacil. En virtud de los Arts. 675 y 712 del Código civil, adquirió, pues, el comprador el dominio y la posesión del inmueble; y el Art. 715 le garantiza la posesión mientras la inscripción no se cancele.

Objeta Dn. Diego Salas que según el Art. 916 del mismo Código debe probarse la posesión del suelo, no por la inscripción, sino por hechos positivos de aquellos a que sólo el dominio da derecho. Evidentísimo es que hay discordancia entre los Arts. 712, 716, 916, 2489 y 2492 del Código civil; y que es necesario ponerlos en armonía, aplicándolos a los respectivos casos.

Bien sabe V. E. que las disposiciones del Código civil concernientes a la inscripción de los derechos reales, son copiadas textualmente del Código chileno; y que debemos consultar el origen de éste para conocer la historia fidedigna de esas disposiciones. En el Mensaje dirigido por el Sor. Montt al Congreso de Chile, cuando le presentó el proyecto del Código civil, determinó, si bien suscintamente, todas las razones que habían inducido a establecer el sistema de las principales materias comprendidas en dicho conjunto de leyes. Pues bien, tratando de la inscripción, dijo: "La transferencia y trasmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, esceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que dá la posesión real, efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor. Como el registro conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública,

más solemne, más indisputable, que la inscripción. En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no solo de la posesión sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente. Pero como no solo los actos entre vivos sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial.—Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que **inscripción, posesión y propiedad** serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República, a la vista de todos, es un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de mobilizarse".

Tal es el sistema propuesto por los redactores del Código chileno. No hay posesión de bienes raíces sino cuando el respectivo título se ha inscrito; ni se pierde la posesión mientras la inscripción no se cancele. Aplicándose esas reglas a la prescripción ordinaria, se declaró que no podía adquirirse ésta sino mediante la posesión regular por cierto lapso de tiempo; posesión que requiere título inscrito. Ninguna dificultad se presentaba limitándose la prescripción a la ordinaria. Pero cuando los Redactores se ocuparon en examinar si la falta de inscripción obstaría a que se adquiriera el dominio de los inmuebles, habiéndoselos tenido con ánimo de señor o dueño, treinta, ciento o más años, reconocieron que sería el mayor de todos los absurdos permitir que se rastrease la posesión cuyo origen nadie co-

noce, y que a pretexto de que ella no está inscrita, se privase al poseedor de derechos que ninguno ha reclamado durante siglos. Forzoso fué, pues, aceptar los principios del Código francés en cuanto a la PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA; y en el Art. 2510 del Código chileno (art. 2492 del nuestro) establecióse la regla: "Para la prescripción extraordinaria NO ES NECESARIO TITULO ALGUNO". Salta a la vista que si no es necesario el título, menos lo será la inscripción, porque ésta lo presupone.

Luego se distinguieron, si cabe decirse, dos especies de posesión: POSESION INSCRITA, necesaria para adquirir el dominio, ya cuando se trate de la prescripción ordinaria, ya de la transmisión de aquel por cualquier otro título; y posesión NO INSCRITA, que sólo surte efecto a tratarse de las acciones posesorias anuales y de la prescripción extraordinaria. Si estos principios no fuesen ciertos, sería de toda imposibilidad imposible aplicar los ya citados artículos del Código civil.

Y en el presente caso no alega Dn. Diego que por prescripción extraordinaria ha adquirido el dominio del solar donde fabricaba los adobes cuando se propuso la demanda. Al dominio reclamado por el actor contrapuso la posesión del mismo solar, mas no la posesión anual, sino la posesión de largos años como heredero del Sor. Dn. Antonio Salas. Alega, pues, en realidad de verdad que es condueño del predio, y que por eso estaba poseyéndolo. ¿Y qué pruebas rindió para justificar sus asertos? La prueba testimonial de que durante algún tiempo ha habitado la casa. ¿Sería suficiente esa prueba para obstar a los efectos que surtió la inscripción del acta de remate? Procediendo de buena fe, nadie podrá aseverar que puede serlo; porque han de aplicarse ahora las reglas que determinan cómo se adquiere y pierde la POSESION INSCRITA.

Aun suponiendo que no fuesen aplicables al presente juicio las reglas concernientes a la posesión inscrita, no quedaría ni la más leve duda de que la entrega hecha por el escribano y alguacil transmitió al Sor. Rafael Salas el dominio de la casa; y que la prueba de testigos rendida por Dn. Diego Salas no basta para justificar que el actor perdió la posesión, y que el demandado es quien posee el inmueble.

Dígnese, pues, V. E. revocar el inconsulto fallo recurrido, declarando: 1o. que mi comitente es dueño del terreno: 2o. que,

por tanto, el Dor. Salas no tuvo derecho para extraer de él tierra ni para fabricar adobes: 3º que el mismo demandado debe indemnizar los daños y perjuicios; y 4o. que conforme al Art. 585 del Código de enjuiciamientos, es responsable de las costas de todas tres instancias.

LUIS F. BORJA.

V

Juicio seguido por Manuel Minuche contra Juan Antonio Robinson, sobre nulidad de remates y reivindicación de terrenos en la hacienda Chaguana

1895

NULIDAD DE ESCRITURAS Y CONTRATOS.—EJECUTORIA Y COSA JUZGADA.—DEMANDA OSCURA.

Excmo. Sor.

Si bien en los anteriores alegatos y manifiestos se ha discutido detenidamente la causa cuya relación ha oído V. E., voy a examinarla de nuevo en todos sus aspectos; porque siendo ella tan importante, debo presentar un cuadro tan completo como fiel de las razones en que se fundan los inquestionables derechos que la codicia, sugerida por la mala fe, pretende arrebatarse al honrado propietario señor Robinsón.

I

"Habiendo adquirido", dice el Sr. Minuche, "todos los derechos y acciones que, RESPECTO DE LA FINCA EN ALUSION, corresponden a la viuda y a los hijos de Santiago Caba-

nilla, según las escrituras públicas. . . . inscritas y registradas; demando en subrogación de los prenotados hijos al Sor. Juan Antonio Robinsón, por la nulidad del primer remate efectuado con infracción de los Arts. 112, 120, 121 y 179, casos 5º y 6º de la Ley de procedimiento civil entonces vigente y, en consecuencia, por la restitución de la huerta rematada”.

Clarísimos son los términos empleados al deducir la acción de nulidad. Alega el actor que adquirió, no la herencia en que sucedieron los hijos de Santiago Cabanilla, sino que se subrogó en los DERECHOS Y ACCIONES CONCERNIENTES A LA HACIENDA DE CHAGUANA; y que la nulidad proviene de no haberse observado ciertos trámites prescritos en el Procedimiento civil vigente cuando se celebró el contrato de venta.

Importantísima es, como lo veremos, la determinación clara y precisa de las únicas causales en que, según el actor, se funda la acción de nulidad.

“En subsidio de la nulidad” (añade la demanda) “y en subrogación de la Sra. Farías, demándole por la restitución de la mitad de la misma huerta que corresponde a esta señora, y que no debía comprenderse en la venta judicial”.

Ejerciendo el Sor. Minuche los derechos de la viuda de Cabanilla, demanda a los hijos de la misma señora, exigiéndoles la restitución de la mitad de la huerta que ellos vendieron en su basta al Señor Robinsón.

“Demándole además” (termina el actor) “en representación especial de mis vendedores, Fructuosa, Rosa María, Santos y Cecilio Cabanilla, por la REIVINDICACION de las cuatro séptimas partes que pertenecen a éstos en la huerta enajenada en el segundo de los remates indicados; y en representación general de todos, la reivindicación de los terrenos incultos, bosques y plantíos, que no incluyéndose en las ventas judiciales de que vengo ocupándome, se encuentran dentro de los linderos expresados en el párrafo primero de este libelo”.

Otras dos reivindicaciones. Los hijos de la Farías son ahora los que reivindicán, contra su madre, las cuatro séptimas partes de la mitad que ésta vendió; y así la madre como los hijos reivindicán contra el Sor. Robinsón terrenos incultos, bosques y plantíos.

“Contestando la demanda propuesta”, dijo el Sor. Robinsón a fs. 15, “debo expresar que en orden a los hechos y al derecho son respectivamente falsos e ilegales los fundamentos en que ella estriba; por lo que, y por la PRESCRIPCIÓN que en subsidio deduzco, se ha de servir Ud. declararla sin lugar en definitiva”.

Dos son, pues, las únicas excepciones que el reo alega: **NEGACION ABSOLUTA** de todas las pretensiones del actor; y a no ser ésta fundada, la **PRESCRIPCION**.

Evidentísimo que consistiendo la principal de las excepciones en una **negación absoluta**, al actor es a quien incumbe rendir prueba plena de sus derechos; y que, a justificarlos, el reo debe manifestar que concurren los requisitos necesarios para la prescripción.

Pasemos, pues, a examinar los derechos del actor.

II

El actor hubo de justificar ante todo que efectivamente adquirió, por título válido, los derechos y acciones correspondientes así a la viuda como a los hijos de Cabanilla.

Que el Sor. Minuche pretende que adquirió bienes raíces, no cabe revocarse a duda; pues demanda la nulidad de la venta de la mitad de la huerta y la restitución de la misma mitad, perteneciente, según dice, a los hijos de Cabanilla; y reivindica el dominio de la otra mitad. Y nadie ignora que no puede deducir la acción de nulidad ni la de dominio sino el dueño, esto es, en el presente caso, el que adquirió por un título legítimo la propiedad de los inmuebles cuya restitución pretende.

Si eso es evidentísimo, también lo es que pretendiendo Minuche haber adquirido el dominio en virtud del contrato de venta, hubo de constar éste de escritura pública inscrita, conforme a los Arts. 1791, 1691 y 675 del Código civil.

Luego, lo primero que debemos examinar son los títulos presentados por el actor cuando dedujo la demanda.

"En la ciudad de Machala" (leo a fs. 1^ª) "a 22 de Febrero de 1888" Importantísima es la fecha del instrumento, porque ella nos da a conocer qué ley es la aplicable al investigar si tal escritura pública es válida o nula; y entonces regía la edición del Código de enjuiciamientos publicada en 1887.

Continúa la escritura: "Compareció la Sra. María Santos Cabanilla, mayor de edad y casada y dijo: que debidamente autorizada por su esposo el Sr. Manuel Palacios, y por el Juzgado segundo Municipal de este cantón según poder y sentencia presentados al infrascrito para la respectiva **INSERCION**.

Y conforme al Art. 351, No. 3o., del citado Código, no debían insertarse los poderes, sino ser agregados al registro.

Añade la escritura pública: "Vende. . . . al señor Manuel Minuche todos los derechos y acciones que le corresponden por muerte del Sor. Santiago Cabanilla en unos terrenos incul-tos y plantaciones de cacao. . . ." "El poder y la sentencia de que se hizo mención y que se AGREGARAN al presente re-gistro copiados literalmente dicen así. . . ."

A primera vista se conoce la negligencia con que el escri-bano procedía. Díjonos que el poder y la sentencia iba a inser-tar en la escritura pública, y ahora promete AGREGARLOS. Mas el citado No. 3º del Art. 352 exige, no la promesa de agre-gar las procuraciones, sino la constancia de que ellas se agre-garon al registro.

Las palabras se agregarán no justifican un hecho; prueban la intención de ejecutarlo; y de la escritura pública tal como se halla otorgada debió constar, lo repito, que la procuración se agregó al registro; pues la agregación es solemnidad absoluta-mente necesaria, de la cual depende la validez de la escritura pública.

Si bien la ley no exige fórmulas sacramentales para hacer constar que se observaron las solemnidades necesarias para el otorgamiento de la escritura pública, el escribano tiene el estric-tísimo deber de manifestar con la suficiente claridad que ellas se observaron.

Cuando se trata de solemnidades sustanciales, no hay otra prueba de su observancia que el mismo instrumento público, porque ellas le dan el sér y constituyen su esencia.

Supóngase que notando el Sor. Minuche que en el registro faltaba el poder, hubiera propuesto acusación contra el escriba-no, aseverando que éste había hecho constar en la escritura pú-blica que AGREGO LA PROCURACION; y que resultaba falsa tal aseveración. Presentada la querrela, el escribano se de-fiende en los siguientes términos: "No tratamos ahora de la nulidad o validez de la escritura pública, ni de la RESPONSABILIDAD civil que pudiera sobrevenirme, si ella fuese nula; tra-tamos sólo de la falsedad que se me atribuye, aseverándose con suma ligereza que de la escritura pública consta que en el regis-tro obraban las procuraciones. Léase detenidamente y sin pre-vencción la escritura pública, y se verá que en ella me limité a expresar que AGREGARIA las procuraciones; y entre la pro-mesa de agregar y la aserción de haber agregado, hay tanta di-ferencia que nadie puede confundirlas".

Actúase el sumario, pídese copia textual de la escritura pú-blica, y examinado el registro, resulta que efectivamente el es-cribano, insertando los poderes, procedió a devolverlos a la mu-jer de Palacios. ¿Hubiera juez, Excmo. Sor., que pronunciara

auto motivado contra el escribano, fundándose en que estaba comprobado el cuerpo de la infracción de falsedad, y que había presunciones de que el responsable de ella era el escribano? De todo punto imposible que de la escritura constase el crimen de falsedad; luego tampoco consta que se agregaron las procuraciones; y es nula la escritura conforme al Art. 355 del Código de enjuiciamientos.

III

Pasemos a la otra escritura. . . . "En el sitio de San Gerónimo. . . . a 23 de Febrero de 1888. . . . comparecieron las Sras. María Farías, Fructuosa y Rosa Cabanilla. . . . y dijeron que por la cantidad de OCHOCIENTOS PESOS. . . . venden. . . . al Sr. Manuel Minuche todos los derechos y acciones que les corresponden por muerte del Sr. Santiago Cabanilla EN UNOS TERRENOS INCULTOS Y PLANTACIONES DE CACAO, ubicados en los sitios de Chaguana y Zapote. . . . Hallándose presente el Sor. David Ortega. . . . ACEPTO CON PROTESTA DE LA RESPECTIVA RATIFICACION por parte del comprador, el contenido de la presente escritura".

Volvamos a los ya citados Arts. 351 y 355 del Código de enjuiciamientos: "La escritura pública", dice el primero, "deberá redactarse en idioma español y comprenderá. . . . 3º Si proceden" (los otorgantes) "por sí o en representación de otros, AGREGANDO AL REGISTRO, en este último caso, LOS COMPROBANTES DE LA CAPACIDAD". No puede ser más clara ni más perspicua la redacción de este precepto. Cuando un individuo interviene como mandatario de otro, debe agregarse precisamente al registro el poder que éste le ha conferido. LA PROMESA DE RATIFICACION no puede surtir ningún efecto; porque la ley, fundada en razones muy obvias, exige que el mandatario pruebe que lo es, a fin de que un acto tan importante como la escritura pública no quede sujeto a las eventualidades de la ratificación.

Si el Art. 351, que determina las solemnidades de la escritura pública, no engendra dudas, tampoco el Art. 355, que es la sanción del otro. "Por defecto en la forma" dice, son NULAS LAS ESCRITURAS, que no tienen. . . . LAS PROCURACIONES o documentos habilitantes".

Si combinados, pues, el Art. 351 con el 355, ni por un instante vacilaremos al afirmar que la escritura pública otorgada en 23 de Febrero es NULA, y que, por consecuencia, también lo es el CONTRATO para cuya constancia fué otorgado.

El Sor. David Ortega intervino aceptando a nombre del supuesto comprador Señor Minuche, esto es, procedió como su MANDATARIO; y si lejos de presentar el respectivo poder, hizo la promesa de que el contrato se ratificaría, la escritura ADOLECE DE NULIDAD, por no haberse AGREGADO AL REGISTRO LA RESPECTIVA PROCURACION.

Una ley expresa, clara, terminantísima prescribe al escribano que cuando el sedicente mandatario no le exhiba el instrumento de procuración, no proceda a otorgar escritura pública. Nada más lógico que si el contrato es bilateral, lo firmen ambas partes; y si al escribano no le consta que el mandatario lo es en realidad, no intervienen los verdaderos contratantes, y la escritura vale tanto como una hoja de papel en que no se hubiera escrito ni una sola letra.

Tan severa y tan exigente es la ley, que no permite exprese el escribano que se le presentó el poder, el cual encerraba las respectivas cláusulas especiales; pues antes al contrario ordena, también de una manera evidentísima, que el poder mismo se agregue al registro. Considerándose un todo indivisible el conjunto de cláusulas comprendidas en la escritura pública de mandato, no puede conocerse a ciencia cierta la voluntad del comitente sino en virtud del poder mismo, que debe obrar en el registro para perpetua constancia de que al otorgarse la escritura se observaron todos los requisitos por la ley puntualizados.

Ahora bien, si es una verdad tan palmaria e indiscutible que no la desconocería ni el más pertinaz excéptico, que la escritura adolece de nulidad aunque el escribano, dando fé de que se le presentó el poder, transcribiese literalmente las cláusulas especiales; síguese, lógica y jurídicamente, que es más clara si cabe la nulidad, cuando el pretense procurador no aduce sino su palabra como prueba del mandato, y cuando el inexperto escribano acepta la contingente promesa de ratificación.

La promesa misma de ratificación, manifiesta inequívocamente que así las partes como el escribano procedieron sobre el supuesto de que no bastaba la primitiva escritura pública para que el contrato se perfeccionase. Firmada la escritura pública por la familia Cabanilla y por el sedicente mandatario Ortega, hubo un mero proyecto de escritura pública y un mero proyecto de venta; los cuales, si pueden obligar en el fuero de la honra, ante los juzgados y tribunales carecen absolutamente de significación; porque aun la promesa de celebrar un contrato no surte efecto alguno, sino cuando se han cumplido todos los requisitos que el Art. 1544 del Código civil determina taxativamente.

IV

Pero se dirá que el Sor. Minuche ratificó el contrato celebrado por su mandatario Ortega, y que ello subsanó todos los vicios de la escritura pública.

Hé aquí, Excmo. Sor., una cuestión importantísima, enlazada con las principales disposiciones, concernientes, bien a la validez o nulidad de los contratos solemnes, bien a la ratificación de que éstos son susceptibles.

Cuando se discute sobre ratificación, el criterio infalible para conocer si las partes pueden proceder a ella es determinar con toda exactitud qué efecto puede surtir el primitivo contrato.

Que en la escritura pública de 23 de Febrero la familia Cabanilla se propuso vender al Sor. Minuche los derechos y acciones a un inmueble determinado, lo declaran las partes, lo hizo constar el escribano, y lo repitió el Sor. Minuche al deducir en este juicio así la acción de nulidad como la de dominio. Luego, si nos fijamos sólo en tal escritura, diremos que hubo un contrato de venta de bienes raíces que constaba de instrumento privado; porque el Art. 1691 del Código civil y el 358 del de Enjuiciamientos, dicen que la escritura pública a que falta alguno de los requisitos esenciales, vale como instrumento privado, si estuviere firmada por las partes.

Se ve, que aun para dar a la escritura el carácter de instrumento privado, tenemos de hacer la concesión de que el Sor. Ortega era en realidad mandatario del Sor. Minuche.

Y si la venta constaba de instrumento privado, el contrato adolecía de NULIDAD ABSOLUTA, la cual no es susceptible de ratificación.

Sobre solidísimas bases fundó Dn. Andrés Bello el sistema del crédito territorial, prescribiendo que la venta de bienes raíces y la hipoteca consten de escritura pública, y que los derechos reales provenientes de esos contratos no se transfirieran mientras aquélla no se inscriba.

Ninguna persona que haya estudiado el sistema de nuestro Código civil, desconoce que el instrumento auténtico y la inscripción son de Derecho público ecuatoriano, y que, por ende, la voluntad individual no puede alterar en manera alguna las disposiciones concernientes a tal sistema. De ahí que el Art. 1691 declara que los actos o contratos para cuya constancia se requiere el instrumento público, se consideran no ejecutados o celebrados mientras él no se extienda, aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público bajo una cláusula penal; y, de

ahí que según el Art. 1672 es ABSOLTA la nulidad proveniente de la falta de las solemnidades requeridas en consideración a los actos o contratos mismos, prescindiéndose de las partes que los ejecutan o acuerdan.

Luego, la nulidad es absoluta, y conforme al Art. 1673 el contrato no es susceptible de ratificación.

Faltaba la escritura pública; ningún contrato se había ajustado, y si el Sor. Minuche quería comprar en realidad los derechos y acciones puntualizados en la proyectada escritura pública, debió exigir que el escribano extendiese otra en la forma prescrita por el Art. 351 del Código de enjuiciamientos.

Dos ideas esencialmente contradictorias son la NULIDAD ABSOLUTA Y LA RATIFICACION. La nulidad absoluta proviene de haberse omitido un requisito sin el cual no se ha celebrado en manera alguna el contrato. Si las partes son absolutamente incapaces, si hubo objeto ilícito, si no se extendió el instrumento público exigido en virtud del sistema mismo de la legislación, nada han hecho las partes, y su voluntad, ineficaz para alterar el Derecho público ecuatoriano, no ha creado derechos ni obligaciones, y las cosas se hallan cuales estuvieron en el instante que precedió al contrato.

Como consecuencia necesaria de estos principios, el Art. 1673 impone al juez el estrictísimo deber de declarar de oficio la nulidad absoluta, cuando aparece ella de manifiesto en el acto o contrato; y fija la regla de que la propia nulidad no puede sanearse sino por un lapso de tiempo que no baje de treinta años.

Y atendiéndose al sistema mismo establecido por la ley en cuanto a la nulidad absoluta, no cabe desconocerse que el legislador se expresa con impropiedad al decir que la nulidad absoluta se sana por un lapso de treinta años. Si puede sanearse sólo aquello que de alguna manera existe, y si en realidad de verdad el contrato absolutamente nulo nunca fué celebrado, es de todo punto imposible que aun después de treinta años tal contrato convalezca.

El transcurso de los treinta años surte el efecto, del todo diverso, de que, extinguiéndose las acciones, no es permitido rastrear el origen de la propiedad. Algún límite debió fijarse para evitar litigios injustos, tanto más peligrosos cuanto más difícil es la prueba de hechos muy remotos; y ese límite queda trazado tan luego como transcurre el último día de los treinta años.

Por eso dispone el Art. 2492 que para la prescripción extraordinaria no se necesite NINGUN TITULO, esto es, que basta el hecho de la posesión; y el 2502, que en cuanto a la

prescripción de las acciones, transcurridos treinta años, se prescinda de la suspensión a favor de las personas designadas en el inciso 1º del Art. 2491.

Luego, el transcurso de los treinta años no rescuita, por decirlo así, un sér moral cuyo nacimiento no acaeci6 nunca; luego la prescripción es lo que valida, no el contrato nulo absolutamente, sino la adquisición de los bienes, y lo que extingue las acciones para reclamar las restituciones mutuas.

La esencia de la ratificación consiste en dar validez a un acto o contrato, que si bien adolecía de vicios, pueden sanearse por la voluntad de las partes contratantes. Si el consentimiento fué arrancado por violencia, si hubo error, si el fraude y la superchería indujeron a los contratantes, si uno de éstos fué relativamente incápaz; salta a la vista que, aun cuando el contrato carece de validez, las partes son libres para reparar los vicios y omisiones en que al celebrarlo incurrieron.

Por lo cual han declarado siempre todos los Códigos, tanto antiguos como modernos, que la nulidad relativa (sea cual fuere la denominación que se le diese) puede sanearse por la ratificación, tácita o expresa; y que la RATIFICACION TACITA consiste en el cumplimiento de las obligaciones provenientes del contrato nulo.

Hé aquí otro criterio para conocer si el acto o contrato es susceptible de ratificación: investigar si la EJECUCION VOLUNTARIA del contrato puede validarlo, porque envuelve ello renuncia de la acción rescisoria. El contrato que se hubiera validado en virtud de la ratificación expresa, se valida por la ratificación tácita. Véndense, por ejemplo, inmuebles pertenecientes a una mujer casada, y a la venta no preceden los requisitos puntualizados en el Art. 1744 del Código civil. Enviuda la mujer, y lejos de reclamar la devolución de los bienes indebidamente enajenados, otorga escritura pública, en la cual expresa que renuncia todos los derechos sobre el referido inmueble, y que da tanta validez a la venta como si ella misma la hubiese celebrado tan luego como recuperó su habilidad para contratar. Si los requisitos exigidos por el citado Art. 1744 no conducen sino a evitar que el marido, o la mujer inducida por éste, procedan de ligero a enajenar bienes raíces; síguese que tan luego como pasan aquellas circunstancias, la mujer es idónea para disponer a su arbitrio de tales bienes. Y si puede venderlos a cualquiera persona, nada sería más absurdo que impedirle la ratificación de ventas anteriores.

Demos que en vez de otorgar escritura pública de ratificación, recibiese el precio del inmueble. Incuestionable es la ratificación; porque si el precio es el equivalente de la cosa ven-

dida, la mujer tenía derecho para exigir, o bien el inmueble, o bien el precio, mas no ambas cosas.

Y si el criterio de la ratificación tácita es seguro, como lo es, no cabe desconocerse ni por un instante que el Sor. Minuche no podía ratificar expresamente el contrato de venta, porque la ratificación tácita es de todo ineficaz.

Supóngase que procediendo el Sor. Minuche sobre el erróneo supuesto de que a la venta no faltaba sino su consentimiento, hubiese procedido, sin otorgar la segunda escritura, así a recibir las acciones compradas como a pagar el precio determinado por el sedicente mandatario Sor. Ortega. ¿Hubiérase validado en tal caso la venta? Evidentísimo que no. Obstaba a ella no sólo el haber intervenido el comprador, sino la falta de escritura pública; la cual carecía de uno de los requisitos esenciales puntualizados en el Art. 351.

Hagamos otra suposición. Otórgase escritura pública para constancia de una venta de bienes raíces; y tal escritura adolece de nulidad insanable porque en vez de concurrir a su otorgamiento tres testigos instrumentales no concurren sino dos. Evidentísimo que conforme a los Arts. 1791 y 1691 del Código civil, el contrato adolecería de nulidad absoluta. Pues bien, con pleno conocimiento de la nulidad de la escritura, procede el vendedor a entregar la cosa, y el comprador, a pagar el precio ¿Podría alegarse que el contrato absolutamente nulo se validó por la ratificación de las partes? Para alegarlo con buen éxito sería preciso borrar todas las disposiciones del Código civil concernientes a la prueba de las obligaciones, a los contratos solemnnes, como la venta de bienes raíces, a la distinción entre la nulidad absoluta y la relativa, y a los casos en que los contratos nulos pueden ratificarse expresa o tácitamente.

Y si no es susceptible de ratificación la venta de bienes raíces cuando falta la escritura pública, dedúcese que tampoco lo es el contrato ajustado entre el Sor. Minuche y la familia Cabañilla; porque el procurador no podía justificar la calidad de tal sino por medio de la escritura pública.

Según el Art. 2110 del Código civil, el encargo objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra. "Pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial", añade, "sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada CUANDO FUERE NECESARIO UN INSTRUMENTO AUTENTICO". Y en el presente caso el Sor. Ortega, que hubo de presentar como única prueba del mandato un instrumento público, se limitó a exponer que el Sor. Minuche

le había autorizado a la voz para el otorgamiento de la escritura pública, y que por eso la ratificaría posteriormente.

Permítame V. E. nuevos ejemplos; porque éstos, como lo he observado en otros litigios, son muy propios para evidenciar las demostraciones. Comparece el Sor. Ortega como procurador del Sor. Minuche; para justificarlo presenta escritura pública de mandato y el escribano, por negligencia o malicia, inserta en la escritura la respectiva cláusula especial. Que en tal caso la escritura es nula, no puede desconocerlo ninguna persona que con ánimo sereno lea los tantas veces citados Arts. 351 y 355 del Código de enjuiciamientos. Esa escritura firmada por las partes, es un mero instrumento privado, que, como prueba, surte todos sus efectos cuando se litiga sobre una convención no solemne.

Mas si se trata de la venta de bienes raíces, la escritura pública surte los mismos efectos que si el contrato se hubiese celebrado por un demente sujeto a interdicción o si en la escritura se hubiese omitido puntualizar el precio.

Conoce el Sor. Minuche que la escritura pública es nula por falta de la procuración agregada al registro, y sólo él otorga otro instrumento que denomina escritura pública, en el cual expresa que no habiéndose agregado al registro el respectivo poder, ratifica el contrato de venta celebrado a su nombre por el mandatario Sor. Ortega.

¿Qué efecto surtiría tal ratificación? Salta a los ojos que ninguno; porque de la primitiva escritura no consta ningún contrato; porque no es el consentimiento del Sor. Minuche lo único que falta para la validez de la venta de bienes raíces, sino la escritura pública misma extendida con todas las solemnidades esenciales. Luego, para celebrar el contrato bilateral de venta de bienes raíces, es de todo punto necesario extender otra escritura pública, en que intervengan así el vendedor como el comprador.

Y si no hubiera ni sombra de duda tratándose de la convención propuesta como ejemplo, todavía más claro el caso que ahora se controvierte; porque el escribano, en vez de agregar al registro siquiera un **principio de procuración** (si así cabe decirse) dió fé de que no se le había presentado ninguna procuración; manifestando que procedía a extender la escritura pública sin observar sino los requisitos que él conceptuaba necesarios.

Si bien el punto es en extremo obvio, he tratado de él detenidamente; porque sobre importantísimo cuanto decisivo, pasó absolutamente desapercibido así en primera como en segunda instancia. Nada más frecuente que las partes se preocupen de

uno de los aspectos en que pueden examinar la controversia, y dejen de ver otros clarísimos, iluminados por la luz que dan de sí la ciencia y los principios.

Como el Sor. Minuche aseveraba tan magistralmente que había adquirido por títulos incontrastables los inmuebles cuya restitución pretende, los defensores del Sor. Robinsón ni pensaron en que esos decantados títulos no eran sino inservibles hojas de papel, que si algo pueden probar es la mala fe del actor así como la inexcusable negligencia de su abogado, que antes de entrar en un litigio de tanta trascendencia, debió enterarse con suma atención de todos los fundamentos de la acción deducida.

Basta esta circunstancia, Excmo. Sor., para evidenciar que el actor procedió con la más palmaria temeridad, y que V. E. debe condenarle en las costas de todas tres instancias.

V

Examinados los pretensos títulos en que el actor funda sus derechos, pasemos a la acción de nulidad fundada, según se dice, en que cuando se verificó el primer remate, se infringieron los Arts. 112, 120, 121 y 179, casos 5o. y 6o. de la ley de Procedimientos civiles entonces vigente.

Si el actor alega las faltas de donde deduce la nulidad del contrato, a él le incumbe justificarlas; y lejos de haber rendido prueba plena de las omisiones, de autos consta que se sustanció el juicio ejecutivo conforme a la misma ley de Procedimientos civil citada por el actor. Veámoslo.

Las copias que obran a fs. 93 y 104 justifican: 1o. Que en 29 de enero de 1864 otorgó Santiago Cabanilla un pagaré, obligándose a satisfacer al Sor. Don Juan Antonio Robinsón cien pesos recibidos a mutuo: 2o. Que en virtud de ese pagaré y del testamento de Cabanilla, el Sor. Robinsón demandó ejecutivamente a los herederos del deudor, a quienes representaba un curador especial; y que se pronunció auto de pago: 3o. Que no habiéndose deducido excepciones, el juzgado expidió sentencia, condenando a los deudores al pago del capital, intereses y costas: 4o. Que efectuado el embargo de la huerta perteneciente a la mortuoria de Cabanilla, los peritos nombrados legalmente procedieron a su avalúo: 5o. Que el escribano nombrado por el juez parroquial para que actuara en el asunto, puso la razón que se habían dado los "pregones de estilo en los términos de ley": 6o. Que como no se presentaron postores por la huerta íntegra,

el Sor. Robinsón solicitó que se vendiesen solo cinco mil árboles: 7o. Que pregonados éstos, tampoco se presentó ningún postor; y 8o. Finalmente que en 27 de enero compró el Sor. Robinsón, en subasta, los cinco mil árboles de cacao.

Notabilísimos son los términos de tal acta de remate: "En el cantón de Machala, a 27 de enero de 1870" (leo a fs. 98), "el Señor Juez con el infrascrito escribano se constituyó en el lugar público y señalado, a efecto de continuar el remate suspenso el día de ayer. . . . El Señor Leandro Serrano cubrió las dos terceras partes del avalúo, pregonada la postura, el Señor Juan A. Robinsón ofreció diez pesos más sobre ella: el Señor Serrano, cinco pesos, y discutidas las posturas el Señor Robinsón ofreció ochenta pesos más sobre las dos terceras partes del avalúo. Pregonada esta postura hasta las cuatro y media de la tarde, y como no hubiese quien la mejorase. . . ."

Hé aquí Excmo. Señor, que transcurridos muchos días desde el avalúo hasta el remate, y avaluado cada árbol al ínfimo precio de real y medio, no hubo más postores que el Señor Serrano y el Señor Robinsón. Prueba evidentísima de que entonces los terrenos pertenecientes a Cabanilla carecían absolutamente de valor, ya porque apenas si se cultivaba el cacao en las provincias de la costa, ya porque aun hoy no tienen importancia los árboles de cacao que, nacidos espotáneamente, merced a muchos gastos se trasplantan a terrenos adecuados y forman las huertas que ahora tanto producen. Cuantiosos capitales invertidos por el Señor Robinsón y la más constante labor de veinticuatro años, han transformado aquellos eriales en huertas productivas, que han despertado la codicia del Señor Minuche.

El proceso pregonó, Excmo. Señor, que el Señor Minuche compró en menos de mil pesos las imaginarias acciones de los herederos de Cabanilla, para buscar aventuras, que si bien toleradas por el legislador, que no puede preverlo todo, son reprobadas por la moral y la honra.

VI

Examinemos ya los vicios de que adolecen las actuaciones concernientes al juicio ejecutivo, según los alegatos del Señor Minuche.

Nótese ante todo que es un hecho incontrovertible que no ha podido darse con la causa ejecutiva suscitada por el Señor Robinsón contra los herederos de Cabanilla; y que, por conse-

cuencia, no pasan de meras palabras las aseveraciones del Señor Minuche relativas a la falta de las solemnidades sustanciales de la propia causa.

Atribuir al Señor Robinsón la pérdida de tal proceso, es obra de la codicia aconsejada por la ligereza. Nadie ignora en el Ecuador lo que son nuestros archivos. Por fortuna los viajeros que se han propuesto estudiar nuestras costumbres, y que exagerando nuestros defectos nos califican de semisalvajes, no han pensado hasta ahora en entrar a esos antros llamados archivos ¿Quién no recuerda que en tiempo del Gran Capitán de sus ejércitos, los archivos de la Corte Superior de Quito, y aun los de la Suprema, estaban hacinados en uno de los corredores del Palacio que el mismo Capitán General habitaba? ¿Se han visitado hasta ahora una sola vez ni los archivos de las escribanías de Quito? ¿Hay algún Alcalde Municipal que conozca los de los Juzgados parroquiales? Para tener idea perfecta del caos basta proponerse buscar papeles en ciertas escribanías y en ciertos juzgados de parroquia. Y sin embargo el Señor Robinsón ha de ser el único responsable de que en Machala se hubiese perdido el proceso! De todos los ecuatorianos, sólo el Señor Minuche y su defensor no han sabido lo que fué Machala el año de 1870! Y la pérdida del proceso es uno de los cargos más graves contra el Señor Robinsón, y uno de los argumentos más poderosos contra sus derechos.

¡Lo que puede un pleito!

"Consta a fs. 27 y 28 de la primera copia", dice el Señor Minuche (fs. 238 vta.), a fs. 97 vta., 98 y 99 de la segunda, y fs. 175 vta., 176, 177 y 178 de la tercera; consta tres veces en otras tantas copias iguales que el día 26 de enero de 1870 solicitó el Señor Robinsón que se verifique sólo el remate de la mitad de la arboleda, esto es de cinco mil árboles de la parte de arriba; que ese mismo día el Juez civil Bartolomé Delgado expidió el decreto obligado de antaño: "Como se pide", y el escribano lo proveyó y firmó, y citó inmediatamente a una y otra parte; que incontinenti se procedió al remate en forma de tribunal; y en fin, que por no haberse presentado postor, se verificó en el siguiente 27 de enero, el anhelado remate. Luego éste es nulo y de ningún valor, porque en un solo día no completo, es físicamente imposible que hubieran podido practicarse las diligencias previas de avalúo, pregones, carteles, señalamiento de día para la subasta y la subasta misma de los enunciados cinco mil árboles de cacao.

Nada más fútil que semejantes aserciones. Ya hemos visto que el 5 de enero se efectuó el embargo; que en 12 del mismo mes aceptaron el cargo de peritos los Sres. Pedro Solano y Carlos Aguirre, y que el 14 se practicó el avalúo.

Pasma alegase el Señor Minuche que habiéndose solicitado que el remate se refiriese sólo a la mitad de las arboledas embargadas eran necesarios nuevo avalúo, nuevos pregones y nuevos carteles. Hasta hoy subsiste en la costa la costumbre de avaluar las plantaciones de cacao sólo por el número de árboles, o bien porque el precio del terreno está comprendido ya en el de las plantaciones, o bien porque los terrenos absolutamente incultos nada valen. Y si había tasación, pregones y carteles acerca de los diez mil árboles, ¿no los había en cuanto a los cinco mil? Nadie pone en duda que un todo se compone de dos mitades, mas, según el Defensor del Señor Minuche, en el presente litigio, es otra cosa.

“Bajo otro aspecto” continúa, “son desautorizadas e inválidas las principales diligencias que se registran desde la sentencia de Diciembre 10 de 1869, hasta la solicitud de 6 de enero de 1870, en la cual el Sor. Robinsón dedujo sus pretensiones a la mitad de la huerta de Chaguana; y para convencerse de ello basta anotar: la intervención ilegal del escribano Sor. Flor en las actuaciones propias del Juez civil; la estudiada omisión de las fechas en que debieron darse los pregones; la imposibilidad de que éstos se hubieran dado en el número y términos designados por la ley; y por fin la falta de señalamiento de día fijo para el remate.

Si el escribano hubiese subrogado en todas sus funciones al Juez, evidéntísimo que el proceso hubiera adolecido de nulidad por falta de jurisdicción. Pero el Juez no designó al escribano Flor sino como testigo autorizado que le dirigiese en las importantes actuaciones relativas a la subasta de bienes raíces. Todos los actos de importancia, como el nombramiento y aceptación de los peritos, las actas de suspensión y de remate, están autorizadas por el Juez, y el escribano no interviene sino como un testigo, cuya firma no podía surtir el efecto de anular los actos o contratos.

En cuanto a la omisión de las fechas de los carteles y pregones no hay de ello en autos prueba alguna; porque si bien el Señor Robinsón había pedido copia de las piezas más importantes del expediente, no consta que se hubiere copiado el expediente íntegro.

Y nótese que el hecho mismo de haber solicitado no sólo el acta de remate sino también las actuaciones del juicio ejecutivo, evidencian que el Señor Robinsón procedía con la más can-

dorosa buena fé. El acta de remate es el título traslativo de dominio, e inscrita, se efectúa la tradición. Evidentísimo, pues, que al comprador le basta presentar el acta inscrita para justificar SU DOMINIO. A él no le atañen las diligencias que precedieron a la subasta, porque el comprador, en calidad de tal, no debe justificar sino el contrato y la tradición. Si mi comitente se hubiese limitado a exigir copia del acta y de la inscripción, no se hubiera seguido el actual litigio; porque la mala fe dedujo que se habían omitido todas las diligencias que de la copia no constaban.

VII

Tan infundada es la acción de nulidad, que aun cuando el Señor Minuche hubiera rendido prueba plena de que efectivamente se contravino a los artículos del Código de Procedimiento civil que en la demanda cita, no fuera cierto que la venta adolece de nulidad; porque al presente caso son aplicables, no los Arts. 1671 y 1672 del Código civil, sino las disposiciones especialísimas que, concernientes a la sustanciación del juicio ejecutivo, encerraban las leyes que entonces regían.

Bien sabe V. E. que el juicio ejecutivo, lejos de ser litis sobre derechos dudosos y controvertidos, no consiste sino en los trámites conducentes a compeler al deudor al cumplimiento de una obligación evidentísima. Presentado el título ejecutivo, el juez principia por declarar la existencia de tal obligación; brevísimo y perentorio es el término dentro del cual el ejecutado alega excepciones: diez días improrrogables, el plazo para la prueba; el deudor no puede apelar sino de la sentencia, y tan luego como ésta se ejecutoria, se procede a la vía de apremio; esto es, a emplear la fuerza pública para que se vendan los bienes, que conforme al Art. 2447 del Código civil, son a manera de prenda que asegura el cumplimiento de todas las obligaciones del deudor.

El embargo, nombramiento de peritos, avalúo, pregones, carteles y subasta conducen, más que a la celebración de un contrato, al cumplimiento de la obligación que el deudor contrajo: son meros trámites del juicio ejecutivo, los cuales se reglamentan, lo repetiré mil veces, por las leyes adjetivas, que determinan los efectos de la omisión de tales trámites.

Tan cierto es que los trámites del juicio ejecutivo conducen principalmente a que el acreedor haga efectivos sus derechos, que el mismo Art. 179, citado por el actor en la demanda, enumera esos trámites entre las solemnidades sustanciales.

El epígrafe del Capítulo XVI del Código de Procedimiento civil dice: "De las solemnidades sustanciales, cuya omisión ANULA EL PROCESO". Sabido es, Excmo. Sr., que desde las primeras leyes de Procedimiento promulgadas en la República, se fijaron las siguientes reglas, que han sido como fundamentales en nuestro derecho práctico: 1a. Los Jueces deben observar ciertos trámites absolutamente necesarios para el ejercicio del derecho de defensa; 2a. El omitirlos acarrea la responsabilidad personal del Juez, porque se le condena en las costas de la reposición del proceso; y 3a. El recurso de nulidad, conducente solo a esa reposición, no puede interponerse sino con el de apelación o de tercera instancia; por lo cual cuando el fallo causa ejecutoria, ya porque las partes no han interpuesto en tiempo hábil los respectivos recursos, ya porque la ley no los concede, no puede controvertirse sobre la validez del proceso.

Pues bien, el citado Art. 179 enumera las solemnidades sustanciales del juicio ejecutivo:

1ª Requerir al ejecutado en persona para que pague:

2ª Admitir las excepciones que se propongan dentro del término prefijado; y

3ª Citar al ejecutado para la sentencia de trance y remate.

Estas tres solemnidades sustanciales se refieren al juicio ejecutivo mismo. Si alguna de ellas se omite, y el proceso se eleva al Superior, tiene éste el deber de declarar la NULIDAD DEL PROCESO, reponiéndolo a costa del Juez que hubiere incurrido en la omisión. Mas si la sentencia de remate se ejecutoria, bien porque el ejecutado no interpuso ningún recurso, bien porque la Corte Suprema la confirmó; en adelante, lo repito, no puede controvertirse la nulidad del proceso.

Y digo que se ejecutoria, pues no obsta a ello la disposición legal que siempre ha regido entre nosotros, de que la sentencia expedida en los juicios ejecutivos no pasa en autoridad de cosa juzgada.

Si bien el legislador no hace distinción entre la ejecutoria y la cosa juzgada, sí la ha hecho siempre la ciencia. La ejecutoria consiste en que los autos y sentencias, siendo irrevocables en el mismo proceso en que se las han expedido, el Juez está obligado a ponerlos en efecto. Al paso que la cosa juzgada se refiere a los derechos mismos puestos por las partes en tela de juicio, los cuales no pueden controvertirse de nuevo ni en el mismo proceso ni en otro del todo distinto. La sentencia pronunciada en los juicios ejecutivos se ejecutoria, porque el Juez de primera instancia, sin oír ninguna reclamación, dicta todas las providencias conducentes al embargo y venta de los bienes del deu-

dor; mas no pasa en **AUTORIDAD DE COSA JUZGADA**, pues él es libre para litigar de nuevo, en **juicio ordinario y proceso distinto**, sobre los derechos que en el juicio ejecutivo se controvirtieron.

Y atendiendo al juicio ejecutivo que es el único que al presente caso atañe, no cabe revocarse a duda ni por un instante que tan luego como la sentencia de remate se ejecutoria, ningún Juez tiene jurisdicción para decidir que son nulas las actuaciones que a esa sentencia precedieron.

Pudiera interponerse recurso de queja aun contra la Corte Suprema; y admitido, declararse la responsabilidad pecuniaria del Juez; pero el ejecutante tiene perfectísimo derecho para exigir que prescindiéndose de tal recurso, se proceda a la vía de apremio con el objeto de embargar y vender los bienes del deudor.

Evidentísimo, pues, insisto en ello, que en cuanto a las tres primeras solemnidades sustanciales puntualizadas en el Art. 179, su omisión no puede ser reparada por el Superior, sino cuando se eleve el proceso por haberse concedido legalmente el recurso de apelación o de tercera instancia.

Veamos las otras solemnidades sustanciales:

4ª Trabar la ejecución en la forma que dispone esta ley:

5ª Dar los pregones en el número y términos que previene esta ley; y

6ª Celebrar el remate conforme a lo que esta ley ordena.

Tenemos, Excmo. Señor, otras **SOLEMNIDADES SUSTANCIALES**, que son posteriores a la sentencia de remate, y que, omitidas, pueden acarrear la nulidad del proceso y la responsabilidad personal del Juez; mas no influir en la nulidad del contrato mismo, sino cuando, elevados los autos, el Superior declarase que siendo éstos nulos, lo son también las actuaciones que ellos encierran.

Nuestros Códigos adjetivos también han fijado la regla de que al ejecutado no se le concede recurso de apelación sino de la sentencia; pero el ejecutante sí ha tenido expedidos los recursos, porque establecido el juicio ejecutivo a su favor, no se teme que retarde la secuela de la litis indefinitivamente. De lo cual se sigue que si elevado el proceso a causa de apelación o tercera instancia interpuesta por el ejecutante, nota el Tribunal que se ha omitido alguna de las tres últimas solemnidades sustanciales, debe **REPONER EL PROCESO** a costa del inferior, declarando nulas todas las actuaciones concernientes al juicio ejecutivo, incluso la subasta.

Según el procedimiento civil sólo en este caso es susceptible de nulidad el remate efectuado como trámite del juicio ejecutivo; porque de lo contrario vendríamos a la consecuencia absurda de calificar de requisitos esenciales de un contrato los trámites de un mero juicio ejecutivo; los cuales, aunque influyan en los derechos mismos, se subordinan exclusivamente a las leyes adjetivas.

Es un principio inconcuso de jurisprudencia, declarado por el Art. 4º del Código Civil vigente cuando el Señor Robinsón compró las fincas, que en los juzgamientos sobre materias arregladas por leyes especiales, no se aplican las disposiciones del propio Código sino a falta de esas leyes. Y el de Procedimiento civil determina con toda claridad y exactitud los efectos que surte la omisión de las solemnidades; todas las cuales no se refieren sino al proceso. De manera que atendiendo el legislador sólo a la idea dominante, esto es, a los trámites del juicio ejecutivo, prescinde absolutamente de los contratos ajustados como incidentes del propio juicio; contratos cuya validez o nulidad depende de los efectos que surten las resoluciones que en tal juicio ejecutivo se pronuncian.

Y esta circunstancia es tan notable y decisiva, que la misma disposición legal que garantiza plenamente los derechos del ejecutado, pone en claro que el legislador subordina aún los derechos mismos a los efectos de la sentencia dictada en juicio ejecutivo y a los trámites de la vía de apremio.

Nada más justo ni más conforme al derecho de defensa que la sentencia expedida en juicio ejecutivo no pase en autoridad de cosa juzgada. Si tal derecho consiste en que cada una de las partes pueda emplear todos los medios conducentes a manifestar la legalidad de sus reclamaciones, y si es evidente que no puede emplearlos mientras se sustancia el juicio ejecutivo; dedúcese que el legislador debe declarar expresamente, como en efecto lo declara, que si bien la sentencia pronunciada en juicio ejecutivo ha de ponerse en efecto, quedan íntegras las acciones y excepciones del ejecutado.

Pero aunque éste triunfe en el juicio ordinario que contra el ejecutado promueva, de ahí no se sigue que el juicio ejecutivo se tenga por no seguido, y queden insubsistentes todos los actos que durante él se efectuaron.

Tornemos a los ejemplos, aun a peligro de cansar la benévola cuanto ilustrada atención de V. E. Presentando Pedro escritura pública de la cual consta que prestó a Juan veinte mil sures, y que se ha vencido el plazo, demándale en juicio ejecuti-

vo; pronúnciase auto de solvendo; deduce el ejecutado la excepción de que le pagó así el capital como los intereses; no puede justificarla, porque si bien hay un principio de prueba por escrito, los testigos que presenciaron el pago se han ausentado a lugares remotos; y, expedida sentencia de remate, se venden en subasta los bienes del deudor.

Exige después el ejecutado que el acreedor rinda la fianza respectiva, demanda en juicio ordinario la devolución de los veinte mil sures e intereses, y el ejecutante es vencido en todas tres instancias; porque la otra parte prueba plenamente que en efecto se había extinguido la obligación, cuando el pretense acreedor le suscitó el juicio ejecutivo.

¿Qué efectos surtiría, Excmo. Señor, la sentencia expedida en el juicio ordinario? Que el ejecutante debería devolver al ejecutado los veinte mil sures e intereses; que si en la demanda hubiese aseverado el actor que el ejecutante procedió con dolo al suscitar el juicio ejecutivo, pudieran comprenderse entre los perjuicios la diferencia entre lo que efectivamente valían los bienes embargados y el precio en que se vendieron. Pero en ningún caso pudiera el Juez acceder a la pretensión de que también se anulase la subasta consecuencia del juicio ejecutivo; pues ella fué necesariamente uno de los trámites que debían observarse para que tal sentencia se cumpliera.

El juicio ordinario mismo en que vuelven a controvertirse las obligaciones para cuyo cumplimiento se siguió el ejecutivo, no surte, pues, el efecto de dejar del todo insubsistente las consecuencias de la sentencia de remate.

Y si vencido el ejecutante en el juicio ordinario, no se restituyen las cosas al estado anterior, ¿cabe ni suponerse que la omisión de meras fórmulas concernientes al propio juicio ejecutivo, dejase sin valor la subasta, y que pudiera pedirse su nulidad después de veintidós años?

El asesor Dor. Ortega vislumbró la verdad cuando expuso, como fundamento de la sentencia, que sólo el Juez que conoció en el juicio ejecutivo era el competente para decidir sobre la validez o la nulidad del remate. Y sólo la vislumbró, porque estando ya ejecutoriadas todas las providencias que en el propio juicio se habían dictado, ni tal Juez pudiera declarar la nulidad.

El Dr. Ortega hubiera acertado, si hubiese dicho que los jueces competentes para sustanciar y decidir el juicio ejecutivo hubieran podido declarar la nulidad del remate, si interpuesto el respectivo recurso, hubiesen notado la omisión de alguna de las solemnidades sustanciales enumeradas en el tantas veces citado Art. 179 del Procedimiento civil.

Los Códigos de enjuiciamientos posteriores al de Procedimiento, confirma la exactitud de mis aserciones.

El redactado por la Convención Nacional de 1869, y promulgado en 1870, copió las doctrinas de Escriche al determinar los títulos ejecutivos, y reprodujo, con pocas diferencias, los trámites puntualizados en el Procedimiento civil de 1863.

El art. 422 determina cómo ha de efectuarse el embargo; el 423 ordena que hecho éste, se proceda al avalúo; el 424, que practicado el avalúo, el Juez señale día en que deba verificarse la subasta; y los arts. 425 a 430 determinan todo lo concerniente a la venta en remate, considerándola como mero trámite del juicio ejecutivo.

En la Sección XXXV, Título II del propio Código, se trata: "De la nulidad de los procesos"; la cual, según el art. 770, proviene de la falta de las solemnidades sustanciales; y el art. 774 dice que las del juicio ejecutivo son:

1^a Ser legalmente ejecutivo el instrumento con que se apareje la ejecución: .

2^a Requerir al ejecutado en la forma prescrita en este Código para que pague la cantidad o cosa demandada, o proponga excepciones:

3^a Admitir las excepciones que se propongan dentro del término prefijado por este Código, y recibirlas a prueba si consisten en hechos justificables; y

4^a Citar al ejecutado para la sentencia de trance y remate.

El Código de 1869 disminuyó, pues, los motivos de nulidad del juicio ejecutivo, no considerando como sustanciales los trámites de la vía de apremio. De manera que el Juez *ad quem* no tenía jurisdicción sino para ordenar, a solicitud del ejecutante, que se observasen tales trámites, mas no para declarar **nulo el juicio** por falta de carteles o de pregones, ni menos porque al subastarse los bienes embargados se hubiese incurrido en omisiones.

Evidentísimo, pues, que según el Procedimiento civil y el Código de enjuiciamiento de 1869, una vez ejecutoriadas las providencias concernientes al remate de los bienes, la venta no era susceptible de nulidad; porque, lo repetiré mil veces, no la consideraban sino como uno de los muchos trámites conducentes a que el acreedor hiciera efectivos sus derechos.

La Convención de 1878 hizo muy importantes modificaciones al Código de enjuiciamientos; entre las cuales se cuentan las que se refieren a la nulidad del remate considerado, no como **mero trámite, sino como contrato de venta**. "El remate será nulo", dice el Art. 717 de la edición de 1879.

1º Si se hiciere en día distinto del señalado o en lugar que no sea público:

2º Si se verificare en día feriado o antes de las diez de la mañana o después de las cinco de la tarde; y

3º Si no se hubieren dado los pregones prescritos en este Código, o no se hubieren fijado los cârteles respectivos.

Si bien tal artículo no es de ninguna manera aplicable al presente litigio, da suficiente luz acerca del sistema que según el mismo legislador ecuatoriano, regía antes de que dicho Código de 1869 se reformase. Según el nuevo Código no son solemnidades sustanciales ni meros trámites del juicio ejecutivo ciertos requisitos concernientes a la venta misma. La validez del contrato es la que depende de la observancia de las reglas prescritas por el legislador; y cuando se hubiere incurrido en una o más de las faltas que dicho artículo prevé, cualquiera de los interesados puede deducir, por cuerda separada, la acción de nulidad para que el contrato se declare nulo por vicios inherentes a la subasta.

De lo cual se deducen dos consecuencias, tan importantes como decisivas:

1ª Que antes de 1879 la omisión de los trámites acarrea la nulidad, no del contrato, sino del proceso: y

2ª Que aun conforme al Código de 1879 y a todos los posteriores, que en esa parte son entre sí idénticos, el remate no es nulo sino cuando faltan uno o más de los requisitos enumerados por la ley expresa y taxativamente.

Así, por ejemplo, si el avalúo no se hubiere practicado por dos peritos, el ejecutante tendrá el derecho de interponer el recurso de apelación o el de tercera instancia, para que el Superior revea las providencias que acerca de ese punto ha expedido el Alcalde Municipal; y el ejecutado, interponer recurso de queja para hacer efectiva la responsabilidad del Juez. Mas si el ejecutante guarda silencio, y la subasta se efectúa con vista de un avalúo practicado ilegalmente, nadie pudiera alegar la nulidad de la venta; porque el Art. 717 declara, si bien implícita, evidentemente, que los únicos casos de nulidad son los que en él se puntualizan.

Síguese, pues, que aun omitidas las solemnidades que en la demanda se determinan, ningún Juez puede declarar la nulidad por haberse omitido los trámites del juicio ejecutivo.

Garrafalísimo es, por tanto, el error en que incurrió el Alcalde Municipal al atribuir al juez que interpuso en la causa ejecutiva el conocimiento de la acción deducida; dejando un dere-

cho a salvo que abre de par en par las puertas a nuevos e interminables litigos.

Mil y mil veces he observado, Excmo. Señor, que si bien es clarísima la regla fundamental de que los Jueces deben fallar sólo los puntos controvertidos, se infringe ella con la mayor frecuencia.

Como la primera de las acciones deducidas por el actor es la de nulidad del contrato celebrado por el Señor Robinsón con el juez de Machala, que era el representante legal de los herederos de Cabanilla, el Alcalde debió absolver o condenar al reo; y a decidir que ante el Juez parroquial debe litigarse, equivale a no decidir nada.

Una de los corruptelas que han echado profundas raíces aun en el Supremo Tribunal, llamado a extirparlas todas, consiste en dejar derechos a salvo.

Nadie ignora que cuando se deduce la acción o la excepción de cosa juzgada, entonces el Juez decide con pleno conocimiento de causa sobre los efectos y la extensión de la sentencia. Y a dejarse un derecho a salvo, además de que se prejuzga sobre tales efectos y extensión, se indica a la parte qué derechos le quedan expeditos y cómo puede hacerlos valer en otro juicio

VIII

"En subsidio de la nulidad, y en subrogación de la Señora Farías", demandó el actor, "la restitución de la mitad de la misma huerta que corresponde a esta Señora y que no debía comprenderse en la venta judicial".

Esta acción es, si cabe, más infundada que la de nulidad.

Si bien no puede desconocerse que tan luego como se disolvió la sociedad conyugal entre Santiago Cabanilla y la Farías, el haber de la misma sociedad pertenecía pro indiviso tanto a los herederos del marido como a la viuda; de ahí no se deduce que ésta tenga el derecho de reivindicar la mitad de la huerta rematada a causa de la ejecución contra los herederos de Cabanilla.

Es un principio inconcuso, declarado por el art. 660 del Código civil, que en las ventas forzadas hechas por la autoridad de la justicia, el vendedor es el mismo ejecutado, y el Juez no interviene sino como su representante legal.

Cierto, certísimo que disuelta la sociedad conyugal cada uno de los comuneros podía vender su cuota, mas no una extensión.

determinada de los inmuebles. Pero también es evidente de toda evidencia que si el uno de los condueños enajena la mitad de la extensión, y el otro la segunda mitad, se enajena válidamente todo el predio.

Concretándonos a la finca que dejó Santiago Cabanilla, consistía ésta en la extensión donde se habían plantado diez mil árboles de cacao, cuyo dominio pertenecía a la comunidad. Los herederos eran dueños, no de cinco mil árboles determinados, sino de la respectiva cuota; y la Farías de otra cuota exactamente igual.

Supóngase que los menores, representados legalmente por su curador, y la Farías, viuda ya, hubiesen vendido en una sola escritura pública todo el inmueble, expresándose que los primeros enajenaban la parte del norte; que la Farías, la del sur, y que la división se hacía trazándose una línea recta de oriente a occidente ¿Pudiera alegarse que cada uno de los vendedores se reservó implícitamente el derecho de reivindicar su cuota de dominio en la porción enajenada por el otro condueño, a pretexto de que al otorgarse la escritura no se había dicho que cada uno de los vendedores enajenaba su porción indivisa? ¿No hemos de atender siempre, Excmo. Señor, más a la intención de las partes contratantes, que a las palabras que se hubieren empleado al expresarla? ¿No se manifestó ella evidentemente, cuando todos los condueños enajenaron el inmueble mismo, sin segregar ni la más mínima parte?

Pero se objetará que el caso materia de la actual controversia es del todo distinto, porque no hubo la ratificación tácita que se supone cuando en su solo contrato se vende todo el inmueble; pues los herederos de Cabanilla enajenaron los cinco mil árboles a consecuencia de la causa ejecutiva seguida por el Señor Robinsón; y que la Farías procedió a la venta ejecutada por el Señor Castro. Si examinada superficialmente esta objeción, tiene apariencias de legalidad, ellas se disipan a la luz de la ley y de los principios.

Según el art. 1438 del Código civil, "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado el mismo". No puede ser más importante esta disposición; la cual arranca de raíz el inconsulto privilegio de la *restitución in integrum*, que fecundó manantial de innumerables litigios, era perjudicial aún a las mismas personas a quienes la ley pretendía favorecer; porque merced a la inseguridad, todos se retraían de comprar los bienes pertenecientes a las corporaciones o individuos privilegiados.

Bien sabe V. E. que la legislación romana, la española y la francesa son un verdadero caos, tratándose de los efectos que surten las convenciones celebradas por los menores o por sus representantes legales. Léanse las eternas controversias suscitadas a causa de los sistemas que los Jurisconsultos franceses más notables han inventado para conciliar las contradicciones, aparentes o reales, entre las reglas que determinan, ya las solemnidades conducentes a la enajenación de los bienes de los menores, ya los efectos que tal enajenación surte cuando perjudica a los dueños; y se verá que la legislación francesa, tan metódica y clara en otros aspectos, es un verdadero caos al tratar de los actos y convenciones de los menores.

La perspicaz vista de D. Andrés Bello distinguió perfectamente esos gravísimos defectos, y los evitó con la sencillísima regla que arriba dejamos copiada; la misma que basta para decidir el presente caso.

Como los menores fueron representados por un curador especial que se les dió para la litis, surte ella los mismos efectos que si los menores hubiesen tenido aptitud para comparecer en juicio. El Juez fué su representante legal cuando procedió a vender el inmueble; luego el contrato surte iguales efectos que si los herederos de Cabanilla, siendo mayores de edad, hubiesen vendido el terreno donde estaban plantados los cinco mil árboles de cacao.

Pues bien, es incuestionable que no habiendo hecho oportunamente el curador de los menores ninguna reclamación, y habiéndose enajenado cinco mil árboles ciertos y determinados, a los menores no les quedaba el derecho de exigir nada en cuanto a la otra mitad. ¿Cómo puede ni suponerse que el mismo curador que aceptaba la enajenación de la mitad del predio, se hubiese reservado el derecho de reclamar la cuota de los menores en la otra mitad? La enajenación de la mitad íntegra llevaba consigo, lo repito, la renuncia necesaria de los derechos que en virtud de la comunidad tenían los menores.

Tal vez se objete que no estando autorizado el curador, sino para representar a los menores en el litigio, carecía de facultad para convenir implícitamente en que lejos de enajenarse la cuota de dominio que a los ejecutados pertenecía, se enajenase una extensión determinada de los terrenos que componían el predio. Sea cual fuere el valor legal de esta objeción, debemos prescindir de ella, porque envuelve una nueva acción, que en la demanda no se dedujo. La nulidad de la venta, nulidad proveniente, según dijo el actor mismo, de no haberse observado los trámites que debieron preceder a la subasta, fué la primera de las acciones:

que la demanda encierra; y ahora no podría alegarse la nulidad a pretexto de que el curador no estuvo autorizado para consentir en la venta de una extensión determinada del predio.

Implícitamente reconoce el actor que a no faltar los trámites prescritos por la ley, el contrato no hubiera sido nulo, y acepta la consecuencia necesaria de que, a ser válida la venta, sólo la Farías hubiera tenido derecho para reclamar acerca de sus resultados.

Y tan cierto es que sólo la Farías hubiera podido reclamar, que el mismo actor sólo a nombre de ella deduce la acción reivindicatoria de la cuota que a la misma le pertenecía. Ni pensó el Señor Minuche en reivindicar la cuota de los menores en la mitad que ellos mismos enajenaron; y, por consecuencia, no habiéndose justificado los fundamentos de la acción de nulidad, hemos de proceder sobre el supuesto necesario de que la venta subsiste en cuanto a los menores.

Y si en cuanto a los menores es válida, surtió efectos irrevocables acerca de la Farías tan luego como ésta procedió a enajenar la otra mitad.

Si nos fijamos en las cosas cuales estuvieron en el acto mismo que se verificó la venta de los cinco mil árboles de cacao a causa del juicio ejecutivo suscitado por el Señor Robinsón, muy fácil es determinar los derechos que la Farías hubiera podido ejercer. Era condueño de todo el inmueble; y como se había procedido, sin citarla ni oírla, a la enajenación de la mitad, tenía expedita la elección de cualquiera de los dos derechos que según la ley podía ejercer: o bien reivindicar la respectiva cuota de la parte comprada por el Señor Robinsón, reconociendo al mismo tiempo que los menores tenían la suya en la porción no enajenada; o bien ratificar, expresa o tácitamente, la enajenación de su cuota, declarándose dueño absoluto de la mitad que había quedado.

Y lejos de reclamar nada la Farías contra la enajenación de la mitad de los cinco mil árboles, guardó silencio cuando la ejecutó el Señor Castro a causa de la hipoteca constituida por la misma Farías. Enajenada la mitad por el juez que la representaba en la subasta, ¿cómo cabé, Excmo. Señor, que la Farías desconociese la enajenación de la otra mitad? ¿Cómo ni suponer que era dueño de la mitad íntegra restante, y que al mismo tiempo le pertenecía la mitad de la parte enajenada por los menores?

Pero ya oigo alegar que cuando la Farías convino en la enajenación de toda la mitad restante, enajenó a un mismo tiempo

así su cuota como la de los menores, y que esta última era ajena. ¿Qué se deduciría de ahí? Deduciríase que el Señor Minuche, pretendo representante de los derechos de la Farías, objeta la venta hecha por ella; esto es, que la misma Farías impugna sus propios actos, fundándose en que HABIENDO VENDIDO COSA AJENA, PUEDE REIVINDICAR LA MITAD DE LOS CINCO MIL ARBOLES QUE LOS MENORES VENDIERON.

Los términos en que está redactado el art. 1805 del Código civil, citado en la demanda, evidencian que el vendedor mismo nunca puede alegar que ha vendido cosa ajena: "La venta de cosa ajena ES VALIDA, sin perjuicio de los derechos del dueño mientras no se extingan por el lapso de tiempo. ¿Qué significa eso, Excmo. Señor? Que entre el comprador y el vendedor hay contrato perfecto; que de él nacen las obligaciones principalmente puntualizadas por la ley, esto es, la de entregar la cosa y la de pagar el precio; y que cuando el vendedor de cosa ajena adquiere el dominio de la que indebidamente entregó, la tradición se valida retroactivamente.

Mas ahora se alega, como medio de defensa, que la misma Señora Farías que procedió a enajenar la mitad restante, es hábil para impugnar la enajenación; pues salta a los ojos que a no impugnarla, no podría ejercer el derecho de reivindicar la mitad enajenada por los menores.

IX

Otra acción. "Demándole además, en representación especial de mis vendedores, Fructuosa, Rosa, María Santos y Cecilio Cabanilla, por la reivindicación de las cuatro séptimas partes que pertenecen a éstos en la huerta enajenada en el segundo de los remates indicados."

Procede, pues, el actor sobre el mismo absurdo supuesto; esto es, que habiendo enajenado los menores la mitad del inmueble, conservan todavía íntegro el derecho de comuneros de la otra mitad. De manera que también los menores se fundan en que enajenaron cosa ajena, y que por eso les quedó expedito el derecho de dominio en la mitad que después vendió la Farías.

Ofuscada la Corte Superior de Guayaquil por los innumerables argumentos hechos en segunda instancia por el defensor de Minuche, deja otro derecho a salvo para que tan luego como

se efectúe la partición de la herencia de Cabanilla, pueda el actor deducir la acción reivindicatoria de la cuota que en la propia partición se les adjudique. Todo lo cual manifiesta, forzoso es decirlo, que la Corte Superior no tiene ni nociones del sistema del Código civil en cuanto a los efectos que surten la posesión de la herencia y la partición de los bienes.

Tan luego como fallece la persona de cuya sucesión se trata, defiérese la herencia a los asignatarios; y, aceptada, por el ministerio de la ley pasan a poseerla. Dando efecto retroactivo a la partición, finge la ley que el difunto es quien les entrega los bienes; principio que expresaban con tanta claridad y energía Pothier y otros intérpretes del antiguo derecho francés, diciendo: LE MORT SAISIT LE VIF.

Cuando son dos o más los herederos, todos, a proporción de su cuota, entran a poseer los bienes. Y como consecuencia del principio de que el difunto mismo es quien entrega los bienes al heredero, el art. 1334 del Código civil declara que también la partición tiene efecto retroactivo: "Cada asignatario" dice, "se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los objetos que en la partición le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión". Si a uno de los herederos se adjudica el inmueble A, a otro la casa B, al tercero diez mil sures en numerario, y al cuarto un crédito contra Pedro; se supone que cada uno sucedió en esos objetos en el instante mismo de la muerte, y que sólo en el objeto adjudicado consistió su herencia. Mas de ahí no se deduce ni puede deducirse que si todos los herederos hubieren vendido de consuno un predio perteneciente a la sucesión, tengan el derecho de invalidar la venta a pretexto de que ese predio se adjudicó a uno de los mismos vendedores.

El efecto de la partición, como ACTO DECLARATIVO DE PROPIEDAD, es fijar definitivamente la suerte de los herederos, ya en cuanto a los objetos indivisos, ya en cuanto a los que uno solo de ellos hubiere enajenado. Mas si todos juntos enajenan un inmueble, y si todos fueron los dueños y poseedores, la enajenación es válida e irrevocable tan luego como se efectúa, sin que puedan objetarse sino los vicios de que adolecería cualquier otro contrato de venta como el error, fuerza, dolo, lesión enorme, & &.

Siendo diez los herederos, y deseando yo adquirir un inmueble perteneciente a la sucesión, propóngome comprar a cada uno la décima parte indivisa. Mientras no sea dueño sino de las nueve décimas partes, corro el peligro de no adquirir el inmueble;

bien porque el partidor lo adjudique al heredero cuya cuota no me pertenece, bien porque tiene éste derecho de pedir que el fundo se venda en subasta. Mas si compro las diez cuotas de los herederos, soy tan definitivamente dueño de la finca, como si cualquiera de los adjudicatarios me la hubiere enajenado después de la partición. Para negar la exactitud de tal aserto es preciso negar también que todos los herederos suceden a prorrata de su cuota hereditaria, y que si un todo se divide en diez partes, las diez reunidas no vuelven a formar el todo.

Y si la adquisición es válida e irrevocable cuando compro las diez cuotas de los herederos, evidente que surte el mismo efecto la adquisición de las diez partes materiales en que, por acuerdo expreso o tácito, los propios herederos hubieran dividido el inmueble.

Supóngase que hecha provisionalmente la división material de un fundo extenso en diez partes iguales, cada heredero me vende su parte. El caso sería idéntico de toda identidad al anterior. Cuando todos han procedido a enajenar las partes materiales, no pueden impugnar la enajenación, sino impugnando sus propios actos por haber vendido cosa ajena.

Bien sean las cuotas de una cosa indivisa, bien partes materiales de la misma, esas cuotas o partes vienen a formar el todo; y eso es lo que ahora combate el Señor Minuche.

En virtud del derecho de dominio que todos los condueños ejercen sobre el inmueble, libres son para dividirlo en partes materiales, y para enajenar de consuno una o más de las mismas partes.

Cuando un inmueble perteneciente a diez herederos, se divide en otras tantas partes materiales, cada parte pertenece a los diez; pues cada uno lo administra a nombre de todos los condueños. Pero en el acto mismo que uno de ellos, dejando de ejercer actos de administración, procede a enajenar la parte que administraba, renuncia necesariamente sus derechos a las otras partes; pues el consentimiento tácito, cuando inequívoco, tiene tanta fuerza como el expreso. El que enajenó la décima parte, ¿cómo pudiera alegar que conserva aún su cuota de dominio en las otras nueve? Si enajenó las nueve décimas que no le pertenecían, ¿objektará la validez de la enajenación, porque esas cuotas eran ajenas? Y cada uno de los que administran su respectiva parte material, tiene derecho o bien para ratificar la enajenación, o bien para reivindicar la cuota indebidamente enajenada. Pero en ningún caso pudiera ejercer a un mismo tiempo los dos derechos; porque el ejercicio del uno excluye necesariamente el del otro.

Mas el Señor Minuche supone ahora que si bien los menores vendieron cinco mil árboles íntegros, no obsta eso a que sean conductos de los otros cinco mil, y que la Farías pudo vender los otros cinco mil, sin perjuicio de sus derechos en los primeros.

Si eso fuere cierto, la jurisprudencia no sería un conjunto de principios inconcusos, cuya exactitud admiraba Leibnitz, sino reglas dadas al acaso sin orden ni concierto.

Y si estas razones son incontrovertibles aun procediéndose sobre el supuesto de que los HEREDEROS son los que han enajenado las partes materiales en que se dividió un inmueble ¿qué diremos si, como en el presente caso, lejos de adquirir el comprador CUOTAS HEREDITARIAS, adquirió, según dice, los derechos y acciones, no a la herencia, sino a un inmueble determinado?

Ya hemos visto, Excmo. Señor, que con la mayor claridad y exactitud expresaron los sedicentes vendedores que enajenaban al Sr. Minuche los derechos y acciones que les correspondían en el predio llamado Chaguana o Zapote. Ahora bien, según lo declarado en los arts. 942 y 945 del Código civil la herencia es una asignación a título universal, que consiste esencialmente en que se transmiten al heredero no sólo los derechos sino las obligaciones del difunto. Luego, no compró Minuche ninguna herencia ni en nada le atañe la partición de la de Cabanilla.

Por lo cual me adherí al recurso de tercera instancia, para que la Excma. Corte Suprema, aplicando rectamente las leyes y principios desconocidos por la Corte de Guayaquil, se digne declarar lisa y llanamente que el Señor Minuche no ha podido deducir la acción de nulidad ni la de dominio.

X

"En representación general de todos" (los herederos), dice por último Minuche, "la reivindicación de los terrenos incultos, bosques y plantíos, que no incluyéndose en las ventas judiciales de que vengo ocupándome se encuentra dentro de los lindes expresados en el párrafo primero de este libelo."

Nótese ante todo que si por un instante concediéramos (como mera hipótesis por cierto) que desechada así la acción de nulidad como la reivindicatoria relativa a las dos mitades compradas por el Señor Robinsón, se resolviese que hubo terrenos

sobrantes, cuyo dominio se reservaron la viuda y los herederos de Cabanilla, ¿CUALES SERIAN LOS LIMITES DE ESE TERRENO SOBRENTE? ¿No es cierto que no los determinó de ninguna manera el actor Sr. Minuche?

Tal circunstancia bastaría por si sola para que se desechase la temeraria pretensión relativa a los terrenos sobrantes. El Señor Minuche dedujo en realidad de verdad tres reivindicaciones del todo distintas: 1ª La de la cuota perteneciente a la Farías en la mitad de los terrenos vendidos por los menores hijos de Cabanilla; 2ª La de la cuota de los mismos herederos en la mitad enajenada por la Farías; y 3ª La de los terrenos, que según se supone, no se comprendieron en ninguno de los dos remates.

Conocidos son los límites de los terrenos a que se refieren las dos acciones reivindicatorias; mas en cuanto a la tercera, del todo distinta de las otras, ¿qué linderos se han determinado en la demanda? No se han determinado tales linderos, y, por consecuencia, la acción reivindicatoria debe desecharse.

Aunque la ley no lo dijera con toda claridad, de la naturaleza misma de las cosas se deduciría que la acción reivindicatoria es de todo punto inadmisibile a no determinarse bien la cosa cuya restitución se pretende.

No se diga que si no se puntualizaron los linderos de esa parte sobrante, debió el reo deducir la excepción dilatoria de **obscuridad** de la demanda.

Muy distintos son los requisitos necesarios para deducir con claridad la acción, de los que atañen a la esencia misma de la propia acción. Estos últimos se examinan en la sentencia, y, si faltan, el Juez tiene de absolver al reo.

De temerario se hubiera calificado al Señor Robinsón, y con justicia, si hubiese dicho que no comprendía la demanda. ¡Cómo no la hubiera comprendido, si su redacción es clarísima, si no encierra proposiciones que entre sí se contradicen! Y si la demanda es clara, el reo no hubo de constituirse en maestro de ceremonias del actor, para indicarle que había omitido un punto esencialísimo, del cual podía depender el éxito del litigio, esto es, la determinación de los terrenos, que según el Señor Minuche, quedaron después de entregadas las dos mitades que en subasta se compraron.

Ahora es la ocasión oportuna para examinar si separadas las dos mitades, quedan terrenos conocidos por sus linderos o por otras señales inequívocas ¿Y cómo pudiera venirse a tal conocimiento? ¿Afirmarése que nos basta saber cuántos ár-

boles se compraron? Tal afirmación llevaría consigo la de que las huertas, tan codiciadas por el Señor Minuche, están ahora como las compró la Sra. Rivas el año 1870. Y si no lo están, ¿qué dato tendríamos, vuelvo a repetirlo, para saber cuáles son esos terrenos sobrantes que, según se dice, quedaron después de entregadas aquellas huertas a la Sra. Rivas de Robinsón.

XI

Veamos los linderos que conforme a la demanda tuvo el predio íntegro Chaguana o Zapote: "Por el frente el río de Chaguana; por la cabecera las huertas de Pedro Solano; por la parte de abajo huertas de Leandro Serrano; y por el otro costado con las sabanas hasta dar con un alguacigal de Benigno Cabanilla". Y estos linderos son los mismos determinados cuando la Sra. Rivas de Robinsón compró la finca. Para manifestarlo tenemos el dato cierto, inequívoco, evidéntísimo que suministra el embargo practicado como trámite de la causa ejecutiva suscitada por el Señor Robinsón contra los menores herederos Cabanilla.

A fs. 25 vuelta obra, en copia, el acta extendida cuando se efectuó aquel embargo: "A los cinco días del mes de enero de 1870 yo el Alguacil Mayor me constituí al punto denominado Zapote. . . . , y no encontrando más que UNA HUERTA ARBOLEDA DE CACAO, la embargué como en realidad embargo SIENDO SUS LINDEROS POR EL FRENTE CON EL RIO DE CHAGUANA, POR LA CABECERA LAS HUERTAS DEL SEÑOR PEDRO SOLANO Y TRES MATAS DE CAÑA DE BARBACOA PERTENECIENTES A LA MISMA HUERTA EMBARGADA, POR LA PARTE DE ABAJO CON LA HUERTA DEL SEÑOR LEANDRO SERRANO, POR EL OTRO COSTADO POR SABANA HASTA DAR CON EL ALMACIGAL DE BENIGNO CABANILLA QUE SE ENCUENTRA COMPRENDIDO EN ESTOS MISMOS TERMINOS".

Hé aquí, Excmo. Señor, que los linderos señalados cuando se embargó la finca perteneciente a los herederos de Cabanilla son los mismos que se determinan así en la demanda como en las escrituras públicas extendidas a favor del Señor Minuche. Y si lo comprado por mi comitente es lo que se embargó en virtud de la mil veces mencionada ejecución, nada más disparatado

y absurdo que se pretenda ahora reivindicar otros terrenos que, según se dice, no se comprendieron en la venta.

Lo que ha dado margen a las pretensiones de Minuche, es el **quid pro quo** de hablarse unas veces de linderos y otras, de cierto número de árboles de cacao. Ya observamos que a causa de no tener valor alguno los terrenos de la costa, no se determinaba sino el número de árboles que en ellos se habían plantado.

Tan cierto es que en el caso materia del actual litigio no se atendió sino a los árboles plantados en todo el predio de Cabanilla, que los peritos D. Pedro Solano y D. Carlos Aguirre, ni siquiera mencionaron el suelo al practicar el avalúo: "En 14 del mismo mes y año" (leo a fs. 26) "comparecieron al Juzgado los Sres. Pedro Solano y Carlos Aguirre peritos contadores avaluadores, y expusieron: que HAN CONTADO EN LA HUERTA DEL ZAPOTE DEL FINADO SANTIAGO CABANILLA DIEZ MIL MATAS DE CACAO QUE AVALUAN A REAL Y MEDIO CADA UNA. . . . Tres matas de caña de barbacoa que avalúan a doce pesos cada una. Expresan que dicha CONTADURA Y AVALUO lo han hecho según su leal saber y entender bajo el juramento que tienen prestado".

No es admisible que habiéndose practicado la tasación tan luego como se verificó el embargo, los peritos omitieran parte de los terrenos que estaban dentro de los límites determinados en el acta de embargo; y lejos de aceptarse la hipótesis de que hubo divergencia entre el embargo y el avalúo, hemos de proceder sobre el supuesto certísimo de que se tasó todo lo embargado, y de que habiendo adquirido la Sra. Rivas de Robinsón las dos mitades en que se dividió el predio, ahora es dueño del predio íntegro, sin que sobrase ni un solo palmo de terreno para la incalificable reivindicación, que con tanta ligereza aventuró el Señor Minuche.

Tan evidente es que todo lo embargado a causa de la ejecución contra los menores se comprendió en las dos ventas hechas por los mismos menores y por la Farías, que medió muy corto espacio de tiempo entre los dos remates.

Consta a fs. 30 que en 23 de febrero de 1870 solicitó el Señor Robinsón que se procediera a la entrega de los cinco mil árboles comprados a los menores; y que en 1º de marzo se extendió la respectiva acta. . . . "Constituído el señor Juez en dicho punto y en las huertas pertenecientes a la testamentaria del finado Santiago Cabanilla, asociado de mí el presente Escribano y de los peritos nombrados Sres. Carlos Aguirre y Pedro Solano, quie-

nes bajo el juramento que tienen emitido procedieron a la **contadura** de las cinco mil matas de cacao rematadas, empezando del frente de arriba donde principian las huertas hasta donde dieron las cinco mil matas de cacao, **DENTRO DE CUYOS LINDEROS QUEDAN LAS TRES MATAS DE CAÑA BRA-BA** y al terminar las cinco mil matas de cacao pusieron los peritos por señal una picadura desde la orilla del río hasta la pampa a un lado y otro una cruz en las matas, como señal divisoria entre lo rematado y el sobrante a beneficio de la testamentaria".

Dada en marzo de 1870 la posesión de los cinco mil árboles comprados a los menores, en julio del mismo año se procedió a la subasta de los cinco mil árboles pertenecientes a la Farías. De manera que no mediando sino cuatro meses desde la posesión de lo comprado en el primer remate hasta que se efectuó el segundo, debieron servir de base, como en efecto lo sirvieron, el mismo embargo y el mismo avalúo. Entonces estaba reciente la picadura hecha por los peritos para límite entre las dos mitades en que se dividió el predio, y muy fácil era determinar la mitad comprada en cada uno de los dos remates.

En julio de 1867 ejecutó Castro a la Farías (fs. 57), pronuncióse auto de pago, no hubo excepciones, y en octubre del propio año se expidió sentencia.

En marzo de 1868 pidió Castro que el Alguacil Mayor embargase los bienes conforme a la escritura hipotecaria; y se extendió la respectiva acta: "Me constituí al sitio de Zapote, a efecto de embargar la parte de huerta que le corresponde de los bienes de la testamentaria, la misma que tiene hipotecada en favor del Señor Castro".

Hecho el embargo, suscitáronse tercerías, disputóse si éstas eran coadyuvantes o excluyentes, se resolvió que eran coadyuvantes (fs. 62); y entonces se hallaba ya embargada, a solicitud del Señor Robinsón, toda la huerta de Santiago Cabanilla. Por lo cual en abril del mismo año expresaron los terceristas (fs. 63): "Como el Señor Castro no da hasta ahora un paso adelante, lo que a nosotros perjudica, venimos ante U. en solicitar de que ordene se lleve adelante lo ordenado por la sentencia, es decir, el remate de la huerta de cacao embargada, no de toda ella sino de la MITAD, pues que la otra mitad fué rematada por el Señor Juan A. Robinsón por ejecución que siguió contra la testamentaria de Santiago Cabanilla. **LA HUERTA CONTUVO DIEZ MIL ARBOLES DE CACAO, SEGUN LA CONTADURA PRACTICADA POR LOS PERITOS SEÑO-**

RES PEDRO SOLANO Y CARLOS AGUIRRE; y el avalúo lo hacían a real y medio por cada mata. SE HAN REMATADO CINCO MIL ARBOLES, DE CONSIGUIENTE QUEDARON OTROS CINCO, que no hay necesidad de contar, tanto porque ya están, cuanto porque sería repetir un acto gravoso para los acreedores y ejecutantes cuanto para los mismos deudores".

Para el remate de la parte hipotecada a favor de Cabanilla, sirvieron, pues, insisto en ello, el embargo y avalúo practicados cuando el juicio ejecutivo seguido por el Señor Robinsón; y, rematada ya la mitad perteneciente a los mismos, y hecho el embargo y remate de la otra mitad, la Sra. Rivas de Robinsón adquirió el dominio de todos los terrenos comprendidos dentro de los límites que el Alguacil determinó al practicar el primer embargo.

Luego, es de todo punto infundada, temeraria, maliciosa, parto exclusivo de la codicia aconsejada por la mala fe, la acción reivindicatoria concerniente a los referidos terrenos sobrantes.

Se ha pretendido que habiendo solicitado los terceristas que los peritos se ratificaran en el avalúo, los Sres. Aguirre y Solano expusieron: "que a más de los diez mil árboles que contaron se encuentra un monte cultivado bajo los linderos de la misma huerta, el que no le cuentan por estar amontado".

Ese dicho de los peritos no tiene ninguna importancia, ya porque ello no podía alterar en manera alguna el embargo que determinó con toda exactitud los límites de la huerta perteneciente a los herederos de Cabanilla, ya porque hubiera habido contradicción entre dos diligencias de avalúo practicadas por unos mismos peritos, ya porque el Señor Solano aseveró después, con juramento, que el actuario Flor había incurrido en equivocación al asentar tal diligencia.

El comprador procedió, pues, sobre el supuesto de que adquiriría la mitad que faltaba para formar la huerta íntegra; porque la expresión: diez mil árboles de cacao significaba necesariamente toda la huerta con sus linderos conocidos.

E insisto en los siguientes puntos decisivos:

1º Que a suponerse por un instante que comprados los diez mil árboles de cacao, hubiesen quedado otros terrenos pertenecientes así a la viuda como a los herederos de Cabanilla, tales terrenos serían ahora de todo punto desconocidos; porque los autos no suministran ni pueden suministrar dato alguno para saber qué extensión estaba ocupada por aquellos nunca vistos árboles no contados; y

2º Que la reivindicación tiene de referirse necesariamente,

o bien a un cuerpo cierto, determinado de manera que no pueda confundirse con ningún otro, o bien a una cuota de una cosa singular.

Resolver, como lo hizo el asesor, que no se habían comprendido en la venta dos mil árboles, y que los terrenos donde se plantaron son los reivindicados, es desatino que sólo viéndolo escrito puede uno convencerse de que se enuncie en una decisión judicial.

Es de notar, por último, que aun cuando la Sra. Rivas de Robinsón hubiese entrado a poseer más terrenos de los que le pertenecían, de ello hubiera nacido, no la acción reivindicatoria, sino la determinada en el art. 1824 del Código civil.

Volveremos a este punto cuando examinemos lo concerniente a la prescripción.

XII

No podemos aseverar si el asesor no comprendió qué puntos se controvertían entre las partes, o si ordenó la inspección ocular a sabiendas de que era una diligencia absolutamente nugatoria, y sólo con el objeto, "de pasearse en tres provincias y gushtar en Guayaquil la fiesta del nueve de Octubre". Pero sí afirmo, sin temor de equivocarme, que el acta de inspección ocular es una prueba evidentísima de que el asesor no tenía ni la más remota idea de las funciones que los peritos desempeñan en los asuntos judiciales.

"En el punto de Chaguana, a 15 de Octubre de 1888 (leo a fs. . .), se constituyó el Juzgado con el objeto de proceder a la inspección ocular. . . ., y se dió principio a ella en los términos siguientes:—Dispuso el Juzgado que cada parte nombré un perito, y el actor lo hizo en la persona del Señor José Manuel López, así como el demandado en la del Señor Fernando Alvarado: juramentados dichos peritos expusieron, que no les correspondían las generales de la ley. . . . Luego se les leyó el escrito de demanda y SE LES PREVINO QUE EXPUSIERAN EL NOMBRE CON QUE SE HABIA CONOCIDO SIEMPRE LA HUERTA Y TERRENOS QUE HABIAN SIDO POSEIDOS POR SANTIGO CABANILLA; Y QUE FIJARAN O SEÑALARAN LOS LINDEROS DE LA FINCA, después de habérseles leído también la cláusula del testamento de éste que dice relación a la referida finca. . . ."

Qué peritos tan singulares. Lejos de intervenir para ilustrar al Juzgado acerca de los puntos que no podían resolverse sino

en virtud de conocimientos técnicos, son llamados para decidir sin apelación sobre los hechos mismos puestos en tela de juicio. ¿En qué ley o en qué principio se fundaría el Juez al tomar dos individuos, y llamándolos peritos, exigirles que determinaran los nombres de los lugares y los límites entre el primitivo predio de Cabanilla y los que compró la Señora Dña. Mercedes Rivas de Robinsón a Benigno Cabanilla y Pedro Solano? ¿No dice el Art. 70 del Código de enjuiciamientos que debe nombrarse peritos en los asuntos que exigen conocimientos sobre ALGUNA CIENCIA, ARTE U OFICIO? ¿No dicen los principios que los peritos auxilian al Juez para que decida con pleno conocimiento de causa aquello que no hubiera podido decidir por carecer de tales conocimientos? Oigamos a Bonnier: "Si solo se atiende a la razones que inducen a dar crédito a los peritos, esto es, a personas llamadas a informar sobre ciertos hechos que requieren conocimientos especiales, debería asimilarse la prueba de peritos a la de testigos; porque ambas se fundan en una inducción originada de las leyes de la naturaleza moral, esto es, en la fe al testimonio de nuestros semejantes. Però si nos fijamos en la aplicación judicial y en la especie de hechos a que se refiere esta prueba, se verá que ella es enteramente distinta de la testimonial. *Medici non sunt proprie testes*, escribía Codruchi en 1397, en su *Methodus testificandi*; *sed est magis iudicium quam testimonium*. La prueba testimonial conduce a resucitar, por decirlo así, lo pasado; los peritos no informan ordinariamente sino en cuanto a los hechos actuales, cuyos elementos presentan tales como son. En virtud de la naturaleza misma de las cosas el número de testigos es limitado, y no pueden ser reemplazados unos por otros; los peritos son elegidos después de ejecutados los hechos, para desempeñar funciones en que sirven de instrumento al Juez, instrumento que puede cambiarse por otro. En efecto, como no se puede reproducir *ad libitum* los hechos preguntados a los testigos, no puede rehacerse su declaración, y es menester aceptarla tal como es o rechazarla, a menos que se atenga el Juez a simples conjeturas. LOS PERITOS, al contrario, NO SON SINO UN LENTE QUE AUMENTA EL TAMAÑO DE LOS OBJETOS; y el Juez que lo usa debe examinar si las imágenes que le presenta son bien claras. Los peritos, a decir verdad, son auxiliares del Tribunal; por eso vemos que nuestras leyes comprenden la prueba de peritos en la inspección ocular; y a nadie se le ha ocurrido tal cosa en cuanto a la prueba testimonial (1)

(1) Tomo 1º Nº 11.

Hé aquí, Excmo. Señor, que las aseveraciones tan magistrales del sedicente perito López ebrio consuetudinario y acusado muchas veces como ladrón de bestias, no sirven sino para manifestar, forzoso es decirlo, que el asesor no podía decidir con acierto un litigio que si bien sencillísimo, se había complicado porque Minuche tenía interés, no en el descubrimiento de la verdad, sino en confundirlo y oscurecerlo todo.

De la inspección ocular (que produjo al asesor la miserable suma de doscientos cuarenta y ocho sures) sólo se saca en limpio que es exactísimo el croquis que obra a fs. 293, el cual evidencia que el predio comprado por la Sra. Rivas de Rovinsón en los dos remates, es el mismo cuyos linderos se determinaron cuando se efectuó el embargo a causa de la ejecución contra los menores.

XIII

Habríamos podido prescindir de todos los títulos de propiedad hasta aquí examinados; pues para justificar el dominio le habría bastado a la Señora Rivas de Robinsón la sentencia que la declaró dueño absoluto de los terrenos cuya restitución pretende ahora el Señor Minuche.

A fojas 45 y 46 consta que en 1874 solicitó el Señor Robinsón que recibiendo declaraciones de testigos, ya en cuanto a la posesión de todo el fundo que había formado de los terrenos comprados así a la viuda y herederos de Santiago Cabanilla como a Benigno Cabanilla y D. Pedro Solano, ya en cuanto a los linderos que entonces tenía tal fundo; se declarase que según la ley expedida en 1867, su esposa había adquirido el dominio de todo el inmueble.

Los testigos conocedores del predio formado por el Señor Robinsón y personas muy caracterizadas, declararon unánimes acerca de tales hechos. Por lo cual el Juez de Letras expidió sentencia: "Se le declara" (leo a fs. 49) "dueño de los terrenos de Chaguana bajo los límites expresados en la segunda pregunta del interrogatorio".

Terminantísima es la ley expedida en 26 de noviembre de 1867 sobre dominio de terrenos baldíos y de reversión. Para conocer que comprendió ella ambas clases de terrenos, basta fijarse en el primero de los considerandos: "Que la ley dictada en 24 de octubre de 1863 y sancionada en 4 de setiembre de 1865 tiene por objeto la venta de los TERRENOS BALDIOS Y DE REVERSION que no se hallen en el uso común o parti-

cular de los indígenas". El considerando tercero añade que no sólo debe favorecerse a éstos, sino también a la raza blanca, y por eso el Art. 1º expresa de una manera general: "A los que COMO DUEÑOS HAN POSEIDO y poseen sin contradicción terrenos situados dentro o fuera de las parroquias, se les declara ABSOLUTOS PROPIETARIOS; sirviéndoles de suficiente título la presente ley, aun cuando dichos terrenos hubiesen pertenecido en otro tiempo a la nación o a las municipalidades".

Si bien es evidéntísimo que la ley amparaba al Señor Robinsón, el asesor prescinde de tan decisivo título: "La sentencia pronunciada en 4 de octubre de 1874" dice, "por lo cual se declara al Señor Juan Antonio Robinsón dueño, entre otros, de la huerta de Chaguana que fué de Santiago Cabanilla; no puede perjudicar a la viuda y herederos de éste. . . . ; ya porque ella se ha dictado por una autoridad que no estaba llamada a intervenir en la enajenación de terrenos baldíos; pues la ley de 1873 es la que establece el modo y forma de verificarse esa clase de enajenación; y ya porque la referida sentencia fué dictada sin conocimiento ni citación de la familia Cabanilla, y según el Art. 310 del Código de enjuiciamientos. . . . , la sentencia no aprovecha ni perjudica sino a las partes que litigan en el juicio".

Veamos la ley expedida en 1873 y si ella es, aplicable al presente juicio.

Conforme al Art. 1º, "El Poder Ejecutivo puede enajenar todos los terrenos que pertenecen al Estado según el Art. 579 del Código civil, "Nada más claro que esta ley y la de 1867 se refieren a objetos del todo distintos. La última prevé que los particulares HUBIESEN ESTADO EN POSESION de terrenos pertenecientes al Estado o a las Municipalidades; al paso que la otra habla precisamente de terrenos que continuaban baldíos porque ningún particular había adquirido su dominio.

La ley de 1867 no favoreció a la familia Cabanilla, porque si bien el Art. 1º expresaba que la misma ley era el título, el Art. 2º hacía depender la adquisición de otro requisito más, a saber, el ANOTARSE EN EL CORRESPONDIENTE REGISTRO. Mientras no hubiese la anotación el poseedor conservaba la calidad de tal; si enajenaba sus derechos, trasmitía exclusivamente la posesión; y en virtud de la ley podía el sucesor exigir que declarándosele dueño, se verificase la INSCRIPCION; la cual era en realidad de verdad la tradición del dominio.

Como la ley de 1867 se expidió seis años después de haber principiado a regir el Código civil, y como el art. 675 del mismo prescribía que la tradición del dominio de los bienes raíces

se efectuase por la inscripción del título en el registro del anotador de hipotecas; lógico es suponer que el legislador dictaba disposiciones en armonía con el sistema establecido en el propio Código.

No ignoraba tampoco el legislador que hay enorme diferencia entre el TITULO Y EL MODO de adquirir el dominio: el título es la causa que legitima la tradición, y ésta, mediante el título, confiere el dominio. Efectuada la inscripción, la ley de 1867 servía de título, así como en el acto mismo que se inscribe una escritura de venta, la inscripción confiere el dominio y la escritura es la causa que lo legitima.

Luego, de todo punto ilegales y absurdos son los fundamentos que el asesor aduce para resolver que la familia Cabanilla fué la que adquirió el dominio en virtud de la ley de 1867, y que el Señor Robinsón debió acudir, no a los Jueces Letrados, sino al Poder Ejecutivo para que se le confiriese el título de los terrenos que había poseído desde 1870.

Cierto que es un principio tan evidente como los axiomas que la COSA JUZGADA no aprovecha ni perjudica sino a las partes en el litigio; pero tal principio no viene ahora a cuento, ya porque el Señor Robinsón no exigió que se le declarase dueño de terrenos poseídos entonces por la familia Cabanilla, ya porque si ésta hubiera poseído, la sentencia no serviría sino de título para adquirir el dominio por prescripción.

XIV .

Y llegamos ya a la prescripción; la cual se alegó para el inesperado, casi imposible evento de que V. E. declarase fundada alguna de las acciones reivindicatorias.

Nótese primeramente que habiéndose deducido la prescripción en general, comprende la adquisitiva del dominio y la de todas las acciones que el actor hubiera podido proponer como pretense comprador de los derechos a las huertas formadas por el Señor Robinsón.

Como el Señor Minuche reivindica el inmueble ejerciendo las acciones de la viuda y de los herederos, tenemos de examinar las correspondientes a cada uno de los interesados.

Si se supusiese que vendidas las dos mitades del predio, tuvo la Farías el derecho de reivindicar su cuota; vendríamos a la consecuencia necesaria de que la acción de dominio está prescrita, porque conforme al art. 2499 del Código civil, toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho.

Y que respecto de la porción enajenada por los menores concurren, en cuanto a la Farías, todos los requisitos necesarios para la adquisición del dominio por prescripción, no puede desconocerlo sino quien no hubiese leído la respectiva acta de remate. Extendida ésta en enero de 1870, en marzo del mismo año se dió la posesión de la mitad comprada, y desde entonces la ha poseído la Señora Rivas sin interrupción.

Tal acta es, a no dudarlo, justo título. Tampoco cabe desconocerse la buena fe, pues si los cinco mil árboles hubiesen pertenecido en común a los menores y a la viuda, hubiera habido de parte del Señor Robinsón un mero error de hecho.

Como la buena fe se presume, la mala fe del Señor Robinsón debió probarse, y los actores ni siquiera se han propuesto tal cosa.

Tampoco se ha justificado que en cuanto a la Farías sobreviniese ninguna causa que pudiese interrumpir o suspender la prescripción.

La cual surtiría también efecto en el caso, a mi ver imposible, de que vendida la mitad perteneciente a los menores, tuviesen éstos derecho para reivindicar su cuota de la otra mitad. Habría justo título y buena fe, y el lapso suficiente para adquirir el dominio por prescripción ordinaria.

Pero se pretende que la prescripción se ha suspendido, y para justificarlo se han presentado las partidas que obran a fs. 141-144.

Tales partidas no constituyen prueba, porque se confirieron sin notificarse al procurador del señor Robinson. Generalísima es, y sin excepción alguna, la regla de que a la copia de todos los instrumentos públicos o privados, que durante el término de prueba se confiera, preceda necesariamente la notificación de la otra parte. Esa diligencia, lejos de mera fórmula, es absolutamente necesaria para que el interesado pueda examinar los instrumentos de cuya compulsas se trata, y cerciorarse tanto de su autenticidad como de que al otorgarlos se observaron las solemnidades por la ley puntualizados.

Que en la práctica se haya establecido la corruptela de que los párrocos confieran partidas sin notificarse a persona alguna, eso nada significa; porque conforme al Art. 2º del Código civil, la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se refiere a ella. Fácil, en extremo fácil hubiera sido que el señor Minuche solicitase ante el Alcalde Municipal que notificándose al Procurador del señor Robinsón, el párroco de Machala diese aquellas partidas; y sólo entonces, lo repito hubieran probado la edad o la fecha del respectivo matrimonio.

El haberlas agregado al proceso notificándose al procurador

del señor Robinsón, no es suficiente para que tales partidas se consideren como prueba; pues la ley prescribe que la copia misma se confiera previa la respectiva notificación.

Tampoco significa nada que no se hubiera impugnado las partidas, pues bien sabe V. E. que la impugnación no es necesaria sino a presentarse **instrumentos privados**.

La razón es obvia. Como tales instrumentos no llevan ningún signo de autenticidad, no hacen fe sino cuando la parte contra quien se presentan los reconoce expresa o tácitamente. Y si no se impugnan dentro de cierto término, se presume de derecho el reconocimiento tácito, porque si el interesado no hubiese suscrito el instrumento, en el acto lo hubiera argüido de falso.

Tratándose de instrumentos públicos, a la parte que los presenta es a quien incumbe hacer todas las gestiones conducentes a que estén en forma; y si no lo están, al tiempo de pronunciarse sentencia, que es cuando se examina la prueba, se resuelve si ellos lo constituyen plena.

Mas si prescindiéndose de la notificación previa, examinamos las sobredichas partidas, veremos que la copiada a fs. 141, concerniente a Rosa Antonia, **no es auténtica**. "En el año (sic) del Señor de 1855 yo el cura infrascrito. . . ." Y en vez de suscribir el **cura infrascrito**, termina la partida con estas palabras: "Testigo Joaquín Avila de que doy feé (sic) La firma puesta al pie de la misma partida es la del párroco actual Señor Presbítero D. José Ochoa León, que confiere la copia tal como se halla.

Si a pesar de eso investigásemos el contenido de la partida, veríamos que Rosa Antonia nació a fines de agosto de 1855; que, por consecuencia, en marzo de 1871, fecha en que se dió a la Señora Rivas de Robinsón la posesión de la mitad comprada a la Farías, hubiera tenido la menor casi diez y seis años; que la prescripción se hubiera suspendido hasta el año de 1877; y que desde entonces hasta la fecha de la citación (marzo de 1888) hubieran transcurrido más de los diez años necesarios para la prescripción adquisitiva con buena fe y justo título.

Tampoco es auténtica la partida que obra a fs. 172: "En el año del Señor de 1860, en 26 de julio, yo el cura propio de esta iglesia parroquial de Machala Manuel Bernardo Enderica, bauticé solemnemente a Mariano. . . ." Y en vez de suscribir la partida el párroco Enderica, la firma el mismo testigo Joaquín Avila. Y como se hubiese observado que faltaba la firma del párroco, hallamos las siguientes notabilísimas palabras: "De orden del Señor Obispo diocesano, firmo esta partida: José R. de la Peña".

Mas si las partidas concernientes a la edad y al matrimonio de María Santos Cabanilla justificasen el estado civil de la misma, fuera evidéntísimo que en cuanto a ella se habría suspendido la prescripción. Lo cual en nada aprovechara a los demás interesados.

Para cerciorarse de la incuria con que procedió el asesor al pronunciar la sentencia, basta la sencillísima observación de que confunde las causas que **interrumpen** la prescripción con las que la **suspenden**; y por eso aplica al presente caso el Art. 2486 del Código Civil.

Ningún estudiante de jurisprudencia ignora que la interrupción se refiere al objeto mismo materia de la controversia. Si por ser imposible la posesión, nadie puede ejercerla, claro es que se **interrumpe** en beneficio de todos cuantos tienen interés en ella. De la misma manera, si demandado el poseedor por uno de los condueños, tiene conocimiento de que no puede poseer legalmente, clarísimo también que la interrupción aprovecha no sólo al actor, sino también a los demás condueños.

Todo lo contrario sucede respecto de la **suspensión**, la cual se establece en beneficio de ciertas personas, que no pueden hacer valer sus derechos. La protección concedida a las mujeres casadas y los menores, debía extenderse no sólo a proveerlos de un representante legal, responsable de todos los actos de su administración, mas también a impedir que la incuria del representante les cause perjuicios irreparables. Y si tal es el fundamento de la **suspensión**, síguese que no puede aprovechar sino a las personas a quienes la ley concede el beneficio. Se suspendió la prescripción a favor de María Santos Cabanilla porque era mujer casada; luego se suspendió a favor de los otros condueños, es un argumento que equivale a estotro: María Santos Cabanilla es mujer casada, luego también son **mujeres casadas** todos los condueños.

En cuanto a la porción sobrante, que, según se supone, quedó después de compradas las dos mitades ya mil veces mencionadas, hay otra observación perentoria. Si fuese cierto que se entregaron a la compradora más terrenos de los comprendidos dentro de los límites del predio, nos veríamos en el caso previsto en el Art. 1824 del Código civil; y, por consecuencia, conforme al Art. 1825 estaría prescrita la acción.

En efecto, no se alega sino que habiendo comprado la Sra. Rivas de Robinsón sólo el terreno donde estaban plantados los diez mil árboles, se le entregó mayor extensión, esto es, toda la comprendida dentro de los límites que se determinaron cuando se avaluó el predio a causa del juicio ejecutivo suscitado por el Señor Robinsón.

Ya hemos demostrado que no hubo tales terrenos sobrantes, porque los límites de los comprados por la Sra. Rivas de Robinsón no pudieron ser sino los que se puntualizaron cuando el sobredicho embargo. Pero si los hubiera habido, nada sería más singular que después de tan eterno tiempo se reclamase lo que según la ley debió exigirse en el brevísimo PLAZO DE UN AÑO.

Todas las reclamaciones concernientes a la extensión y límites de un fundo deben hacerse dentro de tan corto plazo, porque es muy difícil averiguar con exactitud los límites después de transcurridos muchos años, y porque el vendedor y el comprador que no ven inmediatamente la falta o sobra de terrenos incurren en suma negligencia, que por ley no debe excusarse.

Y obsérvese la circunstancia importantísima de que conforme al Art. 2506 del Código civil, la prescripción determinada en el Art. 1825 no se suspende a favor de ninguna persona.

XV

El haberme adherido al recurso interpuesto por el Sor. Minuche no obsta, Excmo. Señor, a que V. E. condene al demandante en las costas de todas tres instancias, en virtud del Art. 395 del Código de enjuiciamientos.

Que Minuche ha procedido de mala fe, lo pregonan los autos.

Principia por buscar a rudos campesinos, que viven en la ignorancia y la pobreza, para que le sirvan de instrumento de las empresas más aventuradas. Compra en mil pesos supuestos derechos y acciones, y sin cerciorarse de la validez de las escrituras públicas en que funda sus pretensiones, se propone disputar al señor Robinsón un predio que merced a muy asidua y constante labor, tiene hoy más de cuarenta mil árboles de cacao. ¿Y en que funda, Excmo. Señor, semejantes pretensiones? En que por haberse omitido ciertos trámites fué nulo el remate efectuado, VEINTICUATRO AÑOS HA, como consecuencia de un juicio ejecutivo; y cita leyes terminantísimas que cuentan tales trámites entre las solemnidades sustanciales del juicio, mas no como requisitos del contrato de venta. Fúndase en que vendida la mitad perteneciente a los menores, éstos consevaron íntegros sus derechos a la otra mitad, que después enajenó la Farías. Fúndase en que la misma procedió

a enajenar la mitad restante, y sin embargo quedó de condeño de la otra mitad. Fúndase en que efectuado el embargo de todo el predio en donde se habían plantado los diez mil árboles, y determinados los propios linderos que ahora se señalan, otros fueron los de las dos mitades compradas sucesivamente por la Señora Rivas de Robinsón.

Si todos estos actos no llevan consigo la más refinada mala fé, borremos tales palabras del Diccionario de la lengua castellana.

Ya que se desprecia la opinión pública, siquiera las costas procesales deben ser la pena de los individuos que andan a caza de los derechos imaginarios, para difundir la alarma en el tranquilo hogar de las familias.

Que se suscite un litigio cuando a un individuo se le han arrebatado derechos ciertos, incuestionables, y eso después de haber agotado todos los medios aconsejados por la moderación y la prudencia; nada más natural ni más justo. Pero litigios como el actual son parto propio de la codicia que escucha los consejos de la loca fortuna.

XVI

Habiendo sido tan interminable este escrito, porque así lo exigía la importancia de los muchos puntos controvertidos, parece necesario un resumen de los medios en que la defensa del Señor Robinsón se funda:

1º No deben resolverse en la sentencia sino las acciones y las excepciones:

2º Son nulas las escrituras públicas extendidas cuando el Señor Minuche compró los derechos y acciones de la viuda y herederos de Cabanilla:

3º No consta que se hubiesen omitido los trámites del juicio ejecutivo que siguió el Señor Robinsón contra los herederos de Cabanilla:

4º Aunque se hubiesen omitido las solemnidades sustanciales concernientes a ese juicio, ello habría acarreado la nulidad del proceso, mas no la del contrato de venta:

5º Vendido el predio íntegro por los menores y la Farías, ni aquéllos ni ésta pudieron reivindicar su cuota en cada una de las mitades:

6º El actor dedujo tres acciones reivindicatorias del todo distintas:

7º No se determinaron los límites de la parte que, según se dice, sobró después de vendidas en subasta las dos mitades del predio, ni hay en el proceso dato alguno que sirva para determinarlos:

8º Si se hubiesen entregado a la Sra. Rivas de Robinsón más terrenos que los comprendidos en los dos contratos de venta, de ahí hubiera nacido, no la acción reivindicatoria, sino lo que concede el art. 1824 del Código civil; la cual está prescrita conforme al art. 1825; y

9º A suponerse por un instante que los menores y la Farías hubieran podido reivindicar los terrenos, la acción de dominio estaría prescrita en virtud del art. 2498 del citado Código .

EXCMO. SEÑOR.

LUIS F. BORJA.

VI

Recurso de Queja contra los Ministros de la Corte Superior de Quito, en el juicio seguido por el Banco de la Unión contra el Síndico del concurso abierto a los bienes de Angel Zarama.

1895

LA SENTENCIA EJECUTIVA Y LA AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.—PERSONERÍA DEL SÍNDICO Y DEL DEUDOR, EN CASO DE CONCURSO DE ACREEDORES.—LA ACCIÓN PAULIANA.

Excmo. Señor

En extremo habrá sorprendido a V. E., que los Ministros Paz, Batallas y Pino, lejos de limitarse a manifestar con razones que no habían contravenido a ninguna ley, escribieran contra mí un libelo infamatorio.

“El que usa de su derecho a nadie injuria”, es un proverbio forense que nos legó la sabiduría de los romanos. La acción que en el recurso de queja se deduce es meramente civil, y proviene del delito, también civil, que cometen los jueces cuando infringen las leyes que determinan, bien los derechos mismos, bien los trámites de los juicios.

De todo punto infundado, pues, el encono de los Ministros, y nada más ajeno de la circunspección del juez que su proceder. Aunque son partes en el actual litigio no debieron olvidar que mañana serían llamados a resolver causas en que intervengo,

y que la circunspección y la prudencia son los caracteres distintivos del verdadero juez. ¿No es en extremo sorprendente, Excelentísimo Señor, que los mismos Ministros que suscribieron aquel libelo, se conceptúen idóneos para fallar en mis causas con imparcialidad? Si en la balanza de la justicia no ha de poner el juez sino los hechos y las leyes, y ni un solo átomo extraño, ¿concurrirán esas circunstancias cuando se trate de litigios que me interesan?

Si he de hablar lisa y llanamente la verdad, la sentencia expedida por el Sor. Dor. Castro me ha convencido más y más de que el recurso de queja se funda así en la ley como en los más inconcusos principios. Porque si un jurisconsulto tan notable no aduce, para absolver a los Ministros, sino lugares comunes, síguese que la causa de la Corte Superior no es susceptible de defensa.

Apoyaré la de mi parte, ya en los hechos que del proceso constan, ya en las leyes, ya en los principios fundamentales concernientes al juicio ejecutivo, al concurso de acreedores y a los efectos de la cosa juzgada. Y prescindiré absolutamente del manifiesto presentado por la Corte Superior; pues, atento el alto cargo que sus Ministros desempeñan, lo único que podía hacer yo era acusarlos, como los acusé en efecto, de calumniantes y detractores.

I

Los hechos que del proceso constan son tan claros y palmarios, que pasma no los hubiese visto el Sor. Dr. Castro.

Copiemos lo sustancial de la demanda ejecutiva: "De los adjuntos instrumentos públicos consta:

"1º Que habiendo girado D. Angel Zarama letras de cambio sobre Guayaquil, a favor del Banco de la Unión fueron ellas protestadas;

"2º Que en 7 de setiembre de 1889 se obligó por eso el deudor a pagar a dicho Banco ciento cuatro mil ochocientos veintiún sucres.

"5º Que para asegurar el crédito se constituyó hipoteca en los predios Turubamba de Montúfar y Santo Domingo de Saguanchi;

"6º Que hecha cesión de bienes por D. Angel M. Zarama, se ha formado concurso; y

"7º Que el Sor. Dor. Víctor M. Peñaherrera es el Síndico, y tiene aceptado el cargo.

"A nombre del Sor. Gerente del Banco de la Unión, demandando, pues, en juicio ejecutivo, al Síndico Sor. Dor. Peñaherrera para que pague los ciento cuatro mil ochocientos veintidós sucres. . . .

"No puede revocarse a duda. . . . que no obsta a la vía ejecutiva el no haberse vencido el plazo estipulado en la escritura, porque uno de los efectos de la cesión de bienes es dar derecho al acreedor para exigir inmediatamente al deudor el cumplimiento de las respectivas obligaciones; y dirigiéndose la acción hipotecaria, el acreedor no está obligado, conforme al Art. 2461 del Código civil y 764, nº 7º del Código de enjuiciamiento, a aguardar los resultados del concurso general".

Hé aquí, Excmo. Sor, que la acción se dedujo, no contra Zarama, sino contra la persona ficticia llamada concurso, a la cual aprovechan o perjudican exclusivamente los resultados de los litigios que contra el Síndico se suscitan, exigiéndole obligaciones que, contraídas por el deudor, menoscaban los bienes que éste cedió a los acreedores.

Expedido el auto de pago, el Síndico no alegó excepciones: "En contestación a la demanda deducida contra mí por el Banco de la Unión", dijo, "me limito, por ahora, a manifestar que el título no trae aparejada ejecución. . . . Espero, por tanto, que revocará el auto de pago, y reservo para la vía ordinaria el sostenimiento de las acciones relativas al fondo de la obligación principal y de la accesoria".

La obligación principal consistía, como ya lo hemos visto, en ciento cuatro mil ochocientos veinte sucres; y la accesoria, en las hipotecas constituidas para asegurar el pago de tan ingente suma de dinero.

No podía controvertirse la obligación principal sino alegándose que el crédito del Banco no ascendía a la suma determinada en la escritura pública; pues, lo repito, el Síndico declaró expresamente que no alegaba excepción alguna sobre la extinción de aquélla.

En cuanto a la obligación accesoria, el impugnarla sí que suministraba al Síndico medios de defensa. Asegurábase que el Banco, cuando aceptó las hipotecas, conocía el mal estado de los negocios de Zarama; si el Síndico hubiese justificado ese hecho, el Banco se habría comprendido entre los acreedores de quinta clase, y reducirse su cuantioso crédito a la décima parte. La rescisión de las hipotecas era, pues, la única tabla en que podían salvarse los acreedores que habían naufragado en el proceso de las especulaciones de Zarama.

Por tanto, a la acción pauliana, se refirió el Síndico al ame-

nazar al Banco con la vía ordinaria, en que se discutiría el fondo de la obligación accesoria. Y esa vía ordinaria, anunciada tan luego como se citó al Síndico el auto de pago, era precisamente la concedida por el Art. 709 (518) del Código de enjuiciamientos. ¿Cómo ni suponer que se hablaba de otra vía ordinaria, distinta de la que hubiera obstado a que la sentencia pronunciada en el juicio ejecutivo pasase en autoridad de cosa juzgada? ¿Ni para qué nos la hubiera mencionado el Síndico, a proponerse entablar una vía ordinaria concedida, según se pretende, a los acreedores que nada tenían que ver con el juicio ejecutivo?

II

Confirmada por la Corte Superior la sentencia que en tal juicio pronunció el Sor. Dor. Albán Mestanza, libróse mandamiento de ejecución en 28 de enero de 1890; y el mismo día dijo el Sor. Dor. Peñaherrera: **"Como Síndico del concurso del Sor. Angel Zarama, debo intentar acción ordinaria para impugnar la cuantía y prelación del crédito por el cual me ejecuta el Banco de la Unión. Por tanto, antes de hacer el pago por el cual se me ha requerido, pido que el acreedor rinda la respectiva fianza, en conformidad al Art. 709, inc. 2º, del Código de enjuiciamientos civiles"**.

Refiriéndose el Sor. Dor. Castro a este escrito, dice en la sentencia: **"El Síndico entabló, en 27 de enero de 1890, la acción rescisoria que incumbía a los acreedores. . . ., y no obstante que ya la tenía entablada, anunció, el 28 del mismo mes, que se proponía intentar otra para la impugnación de la cuantía y prelación del crédito demandado. . . . El Síndico hizo, por consiguiente, como tenía necesariamente que hacer, la debida distinción entre lo que podía demandar a nombre del deudor, y lo que había demandado ya en orden al derecho de los acreedores; y como, para la prescripción de las acciones propias del deudor, hay el término peculiar fijado por el ya citado artículo del Código de enjuiciamientos en materia civil, se deduce inequívocamente que la Corte Superior de Quito no ha infringido tal disposición legal, al no aplicarla a un asunto contencioso que nada tenía que ver con ella"**.

Admira, pásma que el Sor. Dor. Castro se fijase en una distinción sutil, que el Síndico nunca ni pensó hacer, y dejase inadvertidos hechos claros, patentes, palmarios, evidéntísimos;

los cuales demuestran que ambas partes procedieron sobre el supuesto de que el juicio conducente a la rescisión de las hipotecas, era el que, según el Síndico, obstaría a que el pago fuese irrevocable.

Cuando el Síndico dijo: "Debo intentar acción ordinaria para impugnar la cuantía y prelación del crédito", ni se fijó, a no dudarlo, en la circunstancia insignificantisima de que ya estuviese deducida aquella acción o la deduciría después; limitóse a manifestar que la sentencia pronunciada en el juicio ejecutivo no surtía efectos irrevocables, por cuanto haría valer los derechos concedidos por el citado Art. 709. Ya se emplease el presente o el pretérito, no alteraba ello la esencia misma de las cosas, pues el Síndico no se propuso sino advertir que le era necesario suscitar juicio sobre la cuantía y prelación del crédito, y que el ejecutante estaba obligado a dar la respectiva fianza.

Si bien el Síndico había hablado de cuantía del crédito, la prelación era lo único importante; porque a subsistir las hipotecas constituidas para seguridad del Banco, poco importaba que se le debiesen ochenta, noventa o ciento cuatro mil sucres. No había otras fincas hipotecadas que Montúfar y Saguanchi, cuyo precio no llegó ni a ochenta mil sucres. De suerte que el Síndico hubiera perdido en vano el tiempo a litigar sobre la cuantía del crédito.

Respecto a la prelación, la rescisión de las hipotecas era el único medio de evitar que el crédito del Banco fuese privilegiado; y eso era a lo que aspiraba el Síndico desde el día mismo en que se le notificó el auto de pago. De ahí que tan luego como el asesor dispuso que se librara mandamiento de ejecución, apresuróse el deudor a demandar al Banco la rescisión de las hipotecas.

III

Las palabras debo seguir juicio ordinario, no tienen, pues, en el presente caso ninguna importancia.

Y si por un instante admitiésemos que hubieran originado dudas, nos las disiparían los actos ejecutados por ambas partes con pleno conocimiento de causa.

Hablando Bastiat de los fenómenos económicos que ejercen mayor influencia en la vida social, afirma que pasan inadvertidos, porque es menester mucha filosofía para juzgar de aquello que vemos diariamente. Esto es aplicable al actual liti-

gio: no se ha visto el curso natural de los acontecimientos jurídicos, y se han buscado causas del todo extrañas.

V. E. sí verá esos acontecimientos, y vistos, el asunto se presenta tan claro, que, como ya lo he observado antes, si hubiera sido ésta una controversia de poca significación, nadie habría ni vacilado al afirmar que el Banco tuvo perfectísimo derecho para solicitar que la vía ordinaria se declarase prescrita.

Permitaseme esta digresión, y volvamos a los méritos del proceso.

Exigida la fianza, decretóse: "Oígame al ejecutante" (fs. 53 vta.); entonces presenté el siguiente escrito: "Tan luego como el Síndico del concurso consigne la suma de dinero materia de la ejecución, o tan luego como se vendan los predios hipotecados, rendirá el acreedor ejecutante la fianza que asegure los resultados del juicio ordinario que, sobre rescisión, **ha promovido el Sor. Dor. Peñaherrera**". No podía explicarme con más claridad. Manifesté al Síndico que sabía a ciencia cierta que se había suscitado el juicio sobre la prelación del crédito; y que estaba pronto a rendir la fianza prescrita por el Art. 709.

"No creo", replicó el Síndico, (fs. 54) "que para rendir la fianza que asegure los resultados del juicio ordinario, deba preceder la consignación del dinero materia de la ejecución o el remate de los predios hipotecados; puesto que, según el Art. 709 del Código de enjuiciamientos civiles, **basta que el deudor solicite aquella fianza**, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. . . . Sea también esta ocasión para hacer presente que no encuentro un motivo razonable para que el Banco quiera que se embarguen nuevamente los antedichos predios. . . . Lo natural y conveniente sería que se lleve adelante el remate ordenado por el juez del concurso; y que su producto se deposite hasta que se resuelva el juicio sobre rescisión de la hipoteca constituida a favor del Banco que ha entablado el Síndico; de lo cual ningún perjuicio le vendría a aquél ya que, mientras no se concluya ese juicio, no puede ser pagado su crédito. . . .".

¿No bastaría tal escrito para evidenciar que ni por un instante pensó nunca el Síndico en distinguir entre el juicio ordinario sobre rescisión de las hipotecas, y otro juicio ordinario sobre cuantía y prelación del crédito cuyo pago se exigió ejecutivamente? ¿No se ve, lo repito, que según el Síndico mismo nada importaba que la vía ordinaria ya estuviese entablada o se entablara después? Aun antes que se constituyese la fianza, ¿no aseveraba el Síndico que el Banco no sería pagado, mientras no se resolviese el juicio concerniente a la rescisión de las hipotecas? ¿Insistirás en que las palabras: "Debo intentar", son tan

decisivas, que aun cuando el Síndico reconoció expresa e inequívocamente que ya se había deducido la acción ordinaria, hemos de proceder sobre el supuesto de que hasta ahora ni principia el juicio previsto por el Art. 709)

Pero continuemos el examen del proceso, en que constan otros hechos todavía más claros y terminantes.

Mandóse oírme con el escrito en que el Síndico se oponía al embargo; y contesté (fs. 56): "No es buena ni para propuesta la pretensión de que el precio se deje en depósito hasta que termine el juicio ordinario sobre rescisión. Rendida la fianza, el acreedor tiene perfectísimo derecho para exigir el pago efectivo; y no lo devolvería sino en el casi imposible evento de que se declarase que la hipoteca se halla en los casos previstos por el Art. 2450 del Código civil".

Y proveyó el juez: "Conforme al Art. 709 del enjuiciamiento civil, el acreedor ejecutante rendirá fianza para percibir el pago; mientras no llegue ese caso, no está obligado a rendirla. Dicho acreedor hipotecario tiene derecho para perseguir el pago sobre los bienes hipotecados; y para este objeto, practicar las diligencias concernientes.

Mas el Síndico insistió en sus pretensiones: "Ningún acreedor particular" (leo a fs. 57) "tiene derecho de ejecutar separadamente al deudor concursado. . . ., sino cuando este privilegio le nace del derecho de hipoteca legalmente constituida. . . . Ahora, pues, las hipotecas constituidas en favor del Banco de la Unión adolecen de nulidad, por estar comprendidas en los casos del Art. 2450 del Código civil; luego esos inmuebles pertenecen también al concurso y sólo éste puede proceder al remate. Así, pues, me opongo, a nombre del concurso, al remate solicitado por el Banco, y pido a U. que reconociendo la invalidez de las hipotecas, con arreglo al sobredicho Art. 2450, se sirva ordenar la acumulación de esta causa a la universal del concurso".

Desechada la pretensión de que el juicio ejecutivo se acumulase al concurso de acreedores, tornó el Síndico a los artículos y las argucias: "El mero hecho", dijo, a fs. 62, "de haberse reservado para la vía ordinaria la acción de nulidad, y el de haber exigido fianza al Banco, no implican renuncia de mi derecho de discutir sobre la nulidad, como incidente de este mismo juicio, que requiere resolución previa. . . . Si U. llevara a efecto el remate de los bienes pendiente la controversia sobre nulidad, la compra tendría que ser nula, si la sentencia declarase la invalidez de la hipoteca y la obligación del Banco de concurrir al concurso de los demás acreedores quirografarios. El perjuicio que de esto se seguiría al concurso es manifiesto; y no se diga que

con la fianza del Banco queda asegurado, porque nadie ignora que en los remates por ejecución mercantil, los bienes pueden enajenarse por la mitad de la tasación o de la retasa. . . . , y como la fianza del acreedor no asegura sino el reembolso de lo que ha percibido en razón de la ejecución, es claro que declara la nulidad de la hipoteca y hecho el reintegro del precio del remate, el concursó habría perdido quizá la mitad del valor de sus bienes. . . . "

Contrapónganse estas expresiones a las palabras: "Debo entablar la vía ordinaria"; y dígasenos de buena fe si puede aceptarse ni por un instante que el Síndico hubiese hecho la distinción entre la vía ordinaria determinada por el Art. 709 y la acción concedida a los acreedores por el Art. 2450 del Código civil.

IV

Merced a la rectitud y energía del Sor. Dor. Albán Mestanza, procedióse a la subasta del valioso fundo de Montúfar. Habiendo satisfecho el rematador sesenta y dos mil sucres el juez dijo: "Previa citación al ejecutado, entréguese al ejecutante el precio consignado". Los Sres. D. Joaquín Gómez de la Torre y D. Manuel Jijón Larrea presentaron entonces esta solicitud: "En virtud de lo prescrito por el Art. 709 del Código de enjuiciamientos, los infrascritos nos constituimos fiadores para responder de todos los resultados del juicio ordinario que, sobre rescisión de hipotecas, ha promovido el Síndico Sor. Dor. Peñaherrera contra el Sor. Gerente del Banco de la Unión".

Los Sres. Gómez de la Torre y Jijón Larrea debieron determinar a punto fijo la obligación principal para cuya seguridad constituían la fianza. Constituida ésta, el Síndico hubo de atender a dos circunstancias: 1^ª Si la fianza que se había rendido era la que aseguraba los resultados del juicio ordinario consecuencia del ejecutivo propuesto por el Banco en virtud de la acción hipotecaria; y 2^ª Si los fiadores eran solventes.

En cuanto a la primera circunstancia, que no podía ser más importante, el Síndico no hizo ninguna observación. ¿Podemos ni suponer, Excmo. Señor, que el Síndico ni hubiese leído el escrito de los fiadores? Y si lo leyó, ¿cabe ni como hipótesis que el Sor. Dor. Peñaherrera no hubiese sabido que en vez de la acción rescisoria concedida por el Art. 2450 del Código civil, deduciría otra, en juicio ordinario, para que la sentencia de cuyo

cumplimiento se trataba no pasase en autoridad de cosa juzgada? Si el juicio que, según ahora se dice, el Síndico se proponía suscitar, era distinto del ordinario que ya se sustanciaba, ¿cómo hubiera aceptado el Síndico una fianza absolutamente nugatoria? Aceptada esa fianza, ¿subsistía la distinción de que nos habla el Sr. Dr. Castro?

Cierto, evidentísimo, pues, que si no hubiese pedido yo que se declarase prescrita la vía ordinaria intentada, nadie ni hubiera pensado en que, resuelto definitivamente el juicio sobre nulidad de las hipotecas, el Síndico tenía aún derecho para exigir al Banco otra fianza y para deducir otra acción ordinaria con el objeto de obstar a que el pago fuese irrevocable. Perdido por el Síndico el juicio sobre rescisión de las hipotecas, ¿en qué consistiría el nuevo juicio sobre la obligación principal y la accesoria? Si vendidas las fincas hipotecadas, todavía hay contra el concurso un saldo de más de treinta mil sures, ¿perdería el Síndico el tiempo en litigar sobre la cuantía del crédito del Banco? Si a éste no le importa ni un ardite que su crédito ascienda a ochenta o a cien mil sures, el litigio debería versar sobre la obligación accesoria. ¿Y qué otra obligación accesoria hay además de la hipoteca, origen de la acción ejecutiva contra el concurso de Zarama?

Pero alegrarán los Ministros de la Corte Superior que como el Síndico litiga ahora a nombre de los acreedores sobre rescisión de la hipoteca, después litigará sobre la misma rescisión a nombre del deudor; porque le es potestativo siempre representar, a su arbitrio, el papel de mandatario del deudor o de los acreedores. Tal argumento, como otros muchos en que se fundan los Ministros, sería tan célebre como el famoso de las quesadillas.

En cuanto a la solvencia de los fiadores, el Síndico presentó el siguiente escrito, cuya claridad deslumbraría a un ciego de nacimiento: "Mal puede, Sor. juez, ordenarse la entrega del producto del remate al ejecutante, sin previa calificación y aprobación de la fianza, ni aprobar ésta, sin oír siquiera al ejecutado, cuyos intereses quiere la ley poner en seguro mediante esa caución. No dudo que los fiadores presentados por el Banco serán hombres de comodidades y fortuna; pero como se trata de un crédito de tanta magnitud, y es deber mío no omitir diligencia para asegurar los intereses que represento, me veo en el caso de exigir que los fiadores acrediten legalmente su solvencia, sin cuyo requisito no podrá entregarse el dinero al Banco".

Si el Síndico se hubiera propuesto seguir otro juicio ordinario distinto del concerniente a la rescisión de las hipotecas, ¿no

hubiera reclamado inmediatamente, expresando que la litis sobre la acción pauliana no interesaba sino a los acreedores; que a ella no podía referirse en ningún caso la fianza; y que ésta debía constituirse para asegurar otro futuro juicio ordinario, que suscitaría cuando el concurso de Zarama pague los ciento cuatro mil sures y los respectivos intereses?

Los Sres. Gómez de la Torre y Jijón Larrea son personas muy acaudaladas; los dos fiadores juntos podían responder de cuatrocientos a quinientos mil sures; pero el Síndico objetó la fianza porque no se había justificado la solvencia, y ni una sola palabra dijo acerca del único punto que debía interesarle, cual era conocer a ciencia cierta qué obligación se había afianzado. Subsistía sin embargo, según la Corte Superior, la distinción hecha por el Síndico cuando dijo: Debo intentar la vía ordinaria!

Acreditada la solvencia de los fiadores, el juzgado decretó: "Acéptase la fianza, y dispónese que se entregue dicha cantidad al Gerente del Banco de la Unión", el cual recibió, en 9 de abril, sesenta y dos mil cuatrocientos sures.

Efectuado el remate de Saguanchí, el Banco de la Unión recibió asimismo el precio. De manera que pasaron de setenta mil sures los recibidos por el Banco en virtud de la fianza de los Sres. Gómez de la Torre y Jijón Larrea.

Ahora bien, ¿cómo cabe ni suponerse que el afanoso, diligentísimo Síndico hubiese mirado impasible que el Banco recibiera aquellas ingentes sumas de dinero, si no hubiesen estado aseguradas con la caución rendida por el acreedor para asegurar los resultados del juicio sobre rescisión de las hipotecas? El Síndico aseveraba que triunfaría en aquel litigio, y por eso ni se acordó del juicio ejecutivo, ni dedujo la acción ordinaria que, según ahora se dice, debía sustanciarse en otro juicio enteramente distinto. Pasaron treinta días sin que se suscitase el nuevo juicio ordinario, pasó un año, pasaron tres; y hasta ahora no dice el Síndico esta boca es mía. Si el juicio rescisorio no hubiese tenido por objeto obstar a los resultados de la acción ejecutiva, ¿hubiera procedido el Síndico con tanta negligencia que dejase prescribir la vía ordinaria? ¿Ni qué provecho conseguiría el Síndico, aunque triunfase en el litigio sobre rescisión de las hipotecas, si la sentencia pronunciada en la causa ejecutiva ha surtido ya efectos irrevocables?

Lo singular es que los Ministros de la Corte Superior creen a puño cerrado, cuando asevera el Síndico que no ha deducido aquella prometida acción ordinaria, porque hasta ahora no se ha efectuado el pago de los ciento cuatro mil patacones íntegros, uno sobre otro, sin faltar ni un solo maravedí. De suerte que

mientras el concurso de Zarama no pague al Banco de la Unión unos treinta y cinco o cuarenta mil suces, a que asciende toda- vía su crédito, no prescribe la vía ordinaria ni el derecho de exi- gir al Banco otra fianza. Bastara este argumento para eviden- ciar que la Corte Superior no estudió el proceso ni las leyes y que se dejó engañar por el Síndico como un niño.

No quisieron ver los Ministros la importancia que en el pre- sente caso tiene la acción real. Según las reglas generales con- cerniente al concurso de acreedores, sólo el juez que lo declara abierto es competente para distribuir entre ellos el precio de los bienes. No se exceptúa de esta regla sino la acción hipotecaria; la cual se dirige, no contra el Síndico mismo, sino contra el res- pectivo inmueble.

Si el Banco de la Unión demandó por ciento cuatro mil su- ces, fué porque no era posible conocer a punto fijo el precio en que se venderían las fincas hipotecadas. Pero en el instan- te mismo en que el Banco lo percibió, concluyóse definitivamen- te el juicio ejecutivo, y se efectuó el pago para cuya eventual devolución fué constituida la fianza. ¿Juzgan acaso los Minis- tros que el acreedor hipotecario podía solicitar el embargo de in- muebles no hipotecados? Y si no lo juzgan, ¿cómo afirman que todavía tiene expedito el Síndico el derecho de suscitar el juicio ordinario previsto por el Art. 709?

V

Si bien ambas partes se acordaron en que la acción pauliana se había deducido en dicho juicio ordinario, afirman los Minis- tros de la Corte Superior que tal acción no pudo ser la que obs- tase a los resultados de la vía ejecutiva; y el Sor. Dor. Castro aduce en la sentencia este fundamento: "La acción concedida por el N^o 1^o del art. 2.450 del Código civil no está, ni puede es- tar comprendida en lo prescrito por el inciso 3^o del Art. 518 del de enjuiciamiento; pues esta última disposición legal se refiere especial y determinadamente al deudor vencido en juicio, en tan- to que la mentada acción concierne al acreedor o acreedores a quienes se hubiese tratado de perjudicar por medio de hipotecas constituidas a sabiendas del mal estado de los negocios del que las ha otorgado".

Nada más peligroso que fijar reglas absolutas; pues se pres- cinde de las excepciones que van presentándose..

Los jurisconsultos romanos que siempre dieron pruebas inequívocas del más buen sentido práctico, enseñan como regla de derecho: *Periculosum est definire*. Peligrosas son, en verdad, las definiciones; porque debiendo resumirse en ellas los principios que en cada materia guían al legislador, cuando erróneas, se deducen de ellas consecuencias inexactas.

Y más peligrosa que una mala definición es la regla general que nos da el Sor. Dor. Castro. Para manifestarlo, es necesario estudiar varios puntos importantísimos cuanto trascendentales, ya porque su resolución se presenta con suma frecuencia, ya porque se comprometen muy valiosos intereses en las controversias que en los concursos de acreedores se suscitan.

El Art. 2447 del Código civil declara que todos los bienes del deudor son a manera de prenda que asegura el cumplimiento de sus obligaciones. Sean cuales fueren los términos que en los diversos códigos se emplean para enunciar ese principio, es tan inconcuso que nadie lo pone en duda. Y de él nace el derecho de exigir el embargo y subasta de los bienes del deudor.

Pero llega un día en que el deudor, desgraciado, imprevisivo o de mala fe, no cuenta con bienes suficientes para satisfacer a todos los acreedores. Como la prenda legal ya no los asegura, es necesario que el Juez calificando cada crédito, distribuya el precio de los bienes.

Tal estado de cosas exige, imperiosa y urgentemente, se dicten providencias conducentes a impedir que el deudor continúe perjudicando a los acreedores por medio de una administración descuidada o fraudulenta. Por eso el art. 2450 del Código civil declara, que son nulos todos los actos ejecutados por el deudor después de la cesión de bienes o de la apertura del concurso; esto es, que el fallido es incapaz de ejecutar actos o celebrar contratos relativos a los mismos bienes; pues el art. 1437 divide la incapacidad en absoluta, relativa y particular; consistiendo esta última en la prohibición impuesta por la ley a ciertas personas para ejecutar ciertos actos: el albacea es incapaz de comprar bienes hereditarios; el curador lo es cuando, sin las respectivas solemnidades, vende los inmuebles del pupilo; el fallido no puede administrar sus bienes. Esta incapacidad no subsiste cuando se prescinde de tal administración; entonces el fallido es persona *sui juris*: si ejerce, por ejemplo, los derechos provenientes de la patria potestad, tiene aptitud para contratar como representante legal de sus hijos.

Cómo el fallido no puede administrar los bienes concursados, la ley determina quién los administra: "Por el hecho de declararse formado el concurso", dice el art. 576 del Código de enjui-

ciamientos, "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 relativo a los bienes del fallido".

Tan terminante disposición, clara como el sol, es lo que no vió el Sor. Dor. Castro.

He aquí, Excmo. Sor., que el Síndico es el representante legal de la masa de acreedores en todos los juicios, ordinarios o ejecutivos, que se susciten exigiéndose el cumplimiento de obligaciones que el deudor contrajo. "Los Síndicos", dice Pardessus, "son a un mismo tiempo representantes de los acreedores y del fallido; siendo administradores de los bienes de la quiebra, deben defenderla no solo contra terceros, sino contra el fallido mismo, si los intereses de la masa lo exigen. . . . Es un principio inconcuso que no debe perderse de vista en esta materia que la masa se sustituye al deudor, y, por consecuencia, responde de todas las obligaciones que él contrajo. . . . Pues que la masa de acreedores se ha sustituido en los derechos del quebrado así como en sus obligaciones, puede ejercer toda acción que al mismo corresponde. Así, puede solicitar la nulidad o rescisión de los contratos que adolezcan de vicio, como dolo, violencia, error, falta de poder de un mandatario. . . ." (*)

Comentando Dalloz el art. 443 del Código de Comercio francés, reformado en 1858, establece, en cuanto a los Síndicos, las siguientes reglas.

"Incumbe a los Síndicos ejercer las acciones propias de la masa de acreedores y las que hubiere intentado el fallido; pues los acreedores de la quiebra, tomados colectivamente, así como el fallido, están representados por los Síndicos, en cuyas manos se concentran todas las acciones que interesan a la masa. Por lo cual, sólo los Síndicos, con exclusión de cualquier acreedor, son hábiles para alegar, a nombre de la masa, las nulidades determinadas en los Arts. 446 y siguientes del Código de Comercio. . . .

"Como los acreedores del fallido están representados por los Síndicos en los litigios que por o contra los Síndicos se suscitan, no pueden impugnar, en calidad de terceristas, las sentencias que en tales litigios se hubieren pronunciado:

"Los Síndicos pueden reclamar a nombre de la masa, contra los privilegios e hipotecas que un acreedor pretende, aunque el fallido no pudiera impugnarlos por su derecho propio:

"Pueden también deducir acciones que interesen a un mis-

(*) Tomo 4º, nos. 1175—1178.

mo tiempo a la masa hipotecaria y quirografaria; pues los Síndicos representan entonces a todos los acreedores, así hipotecarios como quirografarios". (1)

Oigamos a Bravard—Veyriedes: "Como el auto que declara la quiebra quita, ipso jure al fallido la administración de todos sus bienes, inhabilitándole para élla, síguese que es necesario:

1º Reemplazar al quebrado en la administración que no podría continuar él ni momentáneamente, sin peligro de que los bienes se comprometiesen por malversación ú ocultación:

2º No dejar ningún intervalo entre la administración de que se priva al fallido, y la de los administradores que le reemplacen; porque a dejarse algún intervalo, por corto que fuera, los bienes estuvieran como abandonados, y peligraría la prenda de los acreedores por falta de un gerente responsable."

Y al tratar el mismo autor de los efectos que surte la incapacidad del fallido, añade: "El primero de esos efectos, que ni es menester expresar en el auto que declara la quiebra, es el subrogarse los Síndicos al fallido en la defensa de las acciones que se deduzcan después de aquel auto. No menciona la ley sino las acciones contra el fallido, porque son las más numerosas y frecuentes, y porque se multiplican al aproximarse la cesación de los pagos"

Así, el Art. 443, inciso 2º, dice: "Pronunciado el auto de quiebra, toda acción, mueble o inmueble, no puede continuarse o deducirse sino contra los Síndicos". Es claro, en efecto, que inhabilitándose al fallido para la administración de sus bienes, las acciones deben intentarse, no contra él, sino contra los Síndicos, a quienes pasa la administración.

"Otro efecto del auto que declara la quiebra es la suspensión de las ejecuciones contra los bienes del fallido. Esta suspensión se funda en razones de hecho y de derecho. De hecho, pues si declarada la quiebra, cada acreedor pudiese ejecutar individualmente los bienes de la masa, resultarían complicaciones y enormes gastos. De derecho, porque desde el instante de la quiebra, todos los bienes del deudor están destinados al pago de todas las deudas contraídas hasta ese instante; y cada acreedor tiene derecho a una cuota del activo proporcional a la suma por la que figura en el pasivo De ahí proviene que el Art. 534 ha concentrado en manos de los Síndicos el derecho de realizar los bienes". (2)

He demostrado, pues, que el Síndico es el único representan-

(1) Code de commerce, Art. 443, Nos.

(2) T. 5º Pgs. 80, 120, 129.

te legal del deudor y del fallido; y que, en casos como el cuestionado, la dualidad del Síndico no pasa de un ridículo sofisma.

Sólo en casos muy excepcionales los derechos del deudor o los de ciertos acreedores son distintos de los del concurso. "Los Síndicos", dice Dalloz, "no representan a la masa de acreedores sino cuando se trata de intereses generales y comunes a todos, mas no cuando los diversos acreedores tienen intereses contrapuestos". (*)

Evidentísimo que el Sr. Dor. Peñaherrera no se hallaba en ese caso. Al Síndico, representante legal de la masa de acreedores, se le demandó para que, a virtud de la hipoteca constituida en Montúfar y Saguanchi, pagase ciento cuatro mil sures, y el Síndico, representante legal de la masa de acreedores, demandó al Banco de la Unión para que tal hipoteca se rescindiese.

VI

La regla asentada en la sentencia por el Sr. Dr. Castro es certísima, cuando la acción ejecutiva se deduce contra el deudor que tiene la libre administración de sus bienes; el cual no puede alegar que contrató en perjuicio de los acreedores y que por eso las respectivas convenciones adolecen de nulidad. Pero si el Síndico de un Concurso es el ejecutado, y si juzga que el acreedor hipotecario se halla en el caso previsto por el Art. 2450 del Código civil, debe alegar la nulidad, como acción o excepción, para impedir que tal acreedor ejerza el privilegio originado de un derecho real constituido indebidamente.

Vamos, pues, a examinar ante todo la esencia de la acción pauliana.

Cualquiera que haya leído el Libro XLII, T. IX del Digesto, *Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*, conoce a primera vista que sus disposiciones se extractaron en el citado Art. 2450: "Ait Praetor", leo a la ley 1^a "*quae praudationis causa gesta erunt, cumes, qui fraudem non ignoraverit, de his curatorum bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus imsum, qui fraudem fecit servabo.*—Necessario Praetor-hoc edictum proposuist, quo Edicto consuluit creditoribus revocando ea, quaecunque in fraudem eorum alie-

(*) Art. 443. N^o 385.

nata sunt.— Ait ergo Praetor: quae fraudationis causa gesta erunt; haec verba generalia sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem, vel quecunque contractum. Quodeunque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocare, quaecunque fuerit, nam late ista verba patent. Live ergo rem alienavit, sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit”.

Importantísimos son los términos: “De his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit”; pues manifiestan que Ulpiano previó principalmente el caso en que habiendo cedido el deudor los bienes, se ha nombrado, para que los administre, un curador conforme al Título VIII, ley 2ª del propio Libro XLII.

“Para que los actos del deudor sean revocados a petición de los acreedores, “dice Dalloz, “es menester que se hubiesen ejecutado en fraude de sus acreedores; ¿pero cuándo tiene tales actos ese carácter? Evidente que para reconocerlo debe recurrirse al derecho romano, cuyas excepciones se han empleado por los redactores del Código: “quae in fraudem creditorum” Ahora bien, dos elementos constituyen el fraude en derecho romano: el *animus* o el *consilium fraudandi*, la intención de defraudar a los acreedores, y el perjuicio real que el acto fraudulento les causa Para probar el perjuicio, los acreedores deben manifestar que su deudor se halla en insolvencia y además que ella proviene del acto que impugnan. Si el deudor no es insolvente, si no se halla en imposibilidad de pagar, ¿a qué conduce la acción revocatoria? Los acreedores pueden exigir que se les pague con los bienes que componen el patrimonio de su deudor. Que los actos del deudor hayan podido perjudicarlos cuando se ejecutaron, poco importa; pues si el deudor no es insolvente en el momento mismo en que los acreedores los impugnan, no tienen interés, y por lo mismo carecen de acción. De los principios del Derecho romano, se deduce también que la acción revocatoria, como subsidiaria, se concede a los acreedores sólo en caso de insuficiencia de los otros bienes del deudor; que no nace ella sino cuando el deudor cae en insolvencia; que el tercero, perseguido por los acreedores, puede pedir la excusión de los bienes del deudor”. (*)

“Preguntar”, añade Demolombe “qué actos del deudor pueden impugnarse como ejecutados en fraude de los acreedores, es preguntar qué derechos pueden ejercer éstos a nombre del deudor. Porque es evidente que los acreedores no pueden exigir

(*) T. XXXIII, Nos. 965, 966.

se revoquen los actos ejecutados por el deudor, sino cuando fueran hábiles para ejercer después, y siempre a nombre del deudor, los derechos que él había enajenado. El art. 788 enuncia muy bien esa idea al decir: "los acreedores del que renuncia en perjuicio de los derechos de ellos, pueden solicitar que la justicia los autorice para la aceptación de la herencia, a nombre y en lugar del deudor". Entonces ejercen, a no dudarlo, en vez del derecho que el deudor tiene en los bienes enajenados, el que tenía y ha enajenado a causa del fraude. Por tanto, es menester que los acreedores que deducen la acción pauliana en virtud del Art. 1667, justifiquen ante todo, conforme al Art. 1166, que el derecho enajenado por el deudor, como perteneciente a éste, era prenda de los acreedores".

Síguese, pues, Excmo. Sor., que lejos de ser la acción pauliana exótica al concurso de acreedores, se ha concedido precisamente para que se deduzca cuando él se forme; y que entonces llega precisamente el caso de que el Síndico, representante de la masa concursada, investigue si el deudor ha constituido hipotecas para favorecer a uno de los acreedores en perjuicio de los demás.

Si una persona tiene necesidad de tomar a mutuo ingentes sumas de dinero, reconociendo ruinosos intereses, proviene ello casi siempre de que sus bienes están mal administrados. Gozaba de crédito, se le confiaron por eso préstamo sin hipoteca, sobreviene la desconfianza del acreedor, ofrécele éste otros dineros con tal que todos queden asegurados con prendas de valiosos inmuebles, y muchas veces así el deudor como el acreedor conocen que los negocios del primero se hallan en mal estado.

Continúa el deudor por la pendiente resbaladiza de los préstamos a interés, cae en la sima de la insolvencia, vése precisado, para salvar siquiera su persona, a ceder todos sus bienes; y, visto el balance, resulta que los inmuebles, cuyo precio forma los nueve décimos de su haber, están hipotecados. De suerte que a subsistir tales gravámenes, los acreedores de quinta clase no perciben ni un diez por ciento.

Si ejecutado entonces el Síndico, representante legal de la masa concursada, para que pague a uno de los acreedores hipotecarios, conoce que la hipoteca se constituyó en fraude de los demás acreedores, ¿no alegará, como excepción, que la hipoteca es nula, y que el acreedor debe gestionar en el concurso general? Y si el Síndico sabe que no puede justificar el fraude durante el corto término concedido para la prueba en las causas ejecutivas, ¿no exigirá la respectiva fianza, para que, efectuado el pago, se siga juicio ordinario sobre rescisión de las hipo-

tecas? ¿Distinguirse en tal caso entre los papeles que desempeña el Síndico como ejecutado y como demandante?

Supóngase que deducida por el Banco de la Unión la acción real conducente al cobro de los ciento cuatro mil sucres, lejos de presentar el Sr. Dor. Peñaherrera el escrito cuya copia obra a fs. 50, hubiese dicho: "Alego la excepción de que si bien el Sr. Zarama constituyó hipoteca para asegurar el crédito del ejecutante, adolece ella de nulidad, porque fué constituida a sabiendas, en fraude de todos los acreedores. Solicito, pues, que declarándose la rescisión de tal contrato, ordene U. que el Banco intente en el juicio de concurso la acción personal como acreedor de quinta clase.

Alegada la excepción, ¿hubiérala rechazado el juez de oficio, fundándose en que consistía ella en un medio de defensa concedido por la ley, no al deudor, sino a los acreedores?

Talvez se objete que propuesta la excepción, el juez no podría deseoharla de oficio, porque al pronunciar sentencia es cuando debe calificarla. Entonces se presenta otra cuestión. Alegada la nulidad proveniente del fraude en perjuicio de los acreedores, ¿hubiera podido el Banco sostener que tal excepción era inadmisibile, porque el Síndico, como ejecutado, no era hábil para oponer a la acción hipotecaria el fraude imputado al ejecutante? Si el Banco hubiese incurrido en ese error, el Síndico lo habría impugnado con razones poderosísimas.

En efecto, la nulidad se cuenta por el art. 1557 del Código civil entre los medios de extinguir las obligaciones. Aunque la nulidad especial, puntualizada en el Art. 2450, se denomina acción pauliana, no obsta ello a que el Síndico, representante de los acreedores, la alegue como excepción; porque la nulidad, a diferencia de los otros modos de extinguirse las obligaciones, es a un mismo tiempo acción y excepción: todo el que tiene derecho para demandar la nulidad de un acto o contrato, lo tiene también para alegarla como excepción, cuando se le exige el cumplimiento de la obligación nula.

De todo punto arbitraria es la distinción que, en el juicio ejecutivo, quiere establecêrse entre los derechos del concurso y los de los acreedores. Refiriéndonos al caso cuestionado, demandóse al Síndico, no como a representante del deudor, sino como a administrador de los bienes concursados; y aunque el ejecutante dedujo la acción hipotecaria, no altera eso ni en lo más mínimo los resultados del juicio; pues sólo se controvierte si de tales bienes, cedidos por D. Angel Zarama a todas sus acreedores, debe deducirse el precio de las fincas hipotecadas para satisfacer a uno de ellos con perjuicio de todos los demás.

Supóngase también que concedidos los diez días para la justificación de los hechos, el Síndico hubiese probado plenamente que la hipoteca se constituyó en fraude de los acreedores de Zarama. ¿Hubiera desechado el juez, a pesar de la prueba, la excepción de nulidad, fundándose en que el Síndico, como tal, no podía alegar que la hipoteca era nula por haberse constituido en fraude de los acreedores? Evidentísimo que no; porque ninguna ley ni principio alguno prohíbe al Síndico el proponer, en los juicios ejecutivos que contra él se susciten, todas cuantas excepciones pueden obstar el pago.

VII

Formado concurso a los bienes de Zarama, ¿contra quién, insisto en ello, debió deducir el Banco la acción real proveniente de la hipoteca constituida en Montúfar y Saguanchi? No contra el deudor, que era incapaz de administrar sus bienes, sino contra la masa de acreedores representada por el Síndico; contra esa misma masa que después le dió instrucciones para que solicitase la rescisión de las hipotecas.

Y pronunciada la sentencia en el juicio ejecutivo, hubiera surtido ella contra los acreedores efectos irrevocables, a no exigirse que el Banco de la Unión rindiese la respectiva fianza. Si eso es tan evidente como que los tres ángulos de un triángulo valen dos rectos, dedúcese que aunque la acción pauliana fuese del todo ajena al juicio ejecutivo, debe intentarse dentro de los treinta días y continuarse la vía ordinaria sin ninguna interrupción; porque de otra manera el pago sería definitivo. Increíble que este clarísimo punto hubiese pasado desapercibido por la perspicaz vista del Sor. Dor. Castro ¿Con qué objeto se hubiera propuesto la acción pauliana, si la rescisión de las hipotecas no conducía sino a que se revocase el pago hecho al Banco de la Unión?

Discútese, pues, otra importantísima cuanto decisiva cuestión de derecho: los efectos de las sentencias expedidas contra el Síndico de un concurso.

Que la sentencia pronunciada contra el Síndico, ya en juicio ejecutivo, a no intentarse la vía ordinaria dentro de los treinta días, ya en juicio ordinario, surten efectos irrevocables contra todos los acreedores, considerados individual o colectivamente, es un axioma para todos cuantos conocen el significado de los términos forenses.

Permítaseme proponer otro caso. Entablada contra el Síndico demanda ordinaria por los mismos ciento cuatro mil sucses, alega la excepción de pago; deséchase ésta en la sentencia; ejecutoriada, el acreedor sigue juicio ejecutivo; y deseando los acreedores vender las fincas, no a consecuencia de la vía de apremio, sino en virtud de un remate voluntario, suministran al Síndico los fondos suficientes para satisfacer al Banco de la Unión. Recíbelos el Banco, no se le exige fianza, transcurren los treinta días, y juzgando erróneamente el Síndico que la acción pauliana era el medio de obstar al pago, pide la rescisión de las hipotecas, aseverando que se constituyeron en fraude de los acreedores.

Cualquier escribiente algo versado en los asuntos forenses, comprende en el acto que el acreedor alegaría con buen éxito, aun como dilatoria, la excepción de cosa juzgada. Tanto al seguir el juicio ordinario como el ejecutivo, el Banco no se propuso sino cobrar el capital e interés que se le adeudaban; el Síndico, que dedujo la excepción de pago, fué vencido en el juicio, y la sentencia causó ejecutoria. Pasó el acreedor a la vía ejecutiva; conociendo el Síndico que serían infructuosas las sumas de dinero que para oponerse a ella invirtiese, cumplió la obligación; el Banco procedió, en consecuencia, a cancelar las hipotecas; y transcurridos los treinta días, nadie podía oponer al pago ninguna reclamación fundada. La acción pauliana no se refería sino a la nulidad de la obligación accesoria; y al acreedor no le importaba un ardite que tal obligación fuese válida o nula, si tanto el juez como el deudor reconocieron que la obligación principal era eficaz. ¿Con qué objeto deducen los acreedores la acción pauliana? Obstará ella a la cosa juzgada, derecho el más inviolable de todos los que la ley asegura?

Veamos otro ejemplo. Bien sabe V. E. que en las demostraciones son de grande importancia los ejemplos; pues materializan, por decirlo así, los argumentos. Son cuadros en que se pintan con sus mismos colores los objetos cuales son en realidad. Las verdades más abstrusas, que por medio del raciocinio son incomprensibles, se presentan con la mayor claridad cuando el que habla o escribe se vale de un oportuno ejemplo.

Véndeseme un predio antes de la apertura del concurso, inscribese el título, adquiero su dominio, y antes de efectuarse la entrega material, hace el deudor cesión de bienes, comprendiendo en éstos el inmueble vendido. Deduzco, pues, contra el Síndico la respectiva acción exigiéndole que me restituya el predio.

El Síndico alega que el contrato es nulo, bien porque la escritura pública no se otorgó con los requisitos legales, bien

porque hay lesión enorme, bien porque el vendedor fué inducido al contrato por fuerza o dolo.

Sustánciase juicio ordinario; en la sentencia se condena al Síndico a la entrega del predio; confirmado el fallo por la Excelentísima Corte Suprema, deduzco acción ejecutiva, librase el respectivo mandamiento, el alguacil compele al Síndico a entregarme el inmueble, no se me exige fianza y transcurren los treinta días fijados en el Art. 709.

Reúnense en junta los acreedores, acuerdan que se dirija la acción pauliana, dan al Síndico instrucciones, y éste propone la siguiente demanda: "Cuando se suscitó contra mí juicio ejecutivo exigiéndome la entrega de la finca que el deudor concursado había vendido, representé a éste exclusivamente; mas ahora deduzco la acción pauliana concedida a los acreedores para que obtengan la rescisión de todos los actos y contratos fraudulentos que les acarrearán perjuicio; y, a nombre de los propios acreedores reunidos en junta, solicito que declarándose la rescisión del contrato de venta, se les restituya el inmueble".

Acceptaríase, en la sentencia, tal acción?

No se objete que conforme al art. 339 del Código de enjuiciamientos y a los principios que determinan los efectos de la cosa juzgada, no la hay sino cuando el nuevo litigio es entre las mismas personas que antes fueron partes y sobre los mismos puntos controvertidos; y que no habiéndose puesto en tela de juicio la rescisión proveniente del fraude, expedito les queda a los acreedores el derecho de litigar en cuanto a la rescisión.

Cierto, certísimo que aun cuando la acción reivindicatoria se hubiese deducido en juicio ordinario, pudiera litigarse de nuevo sobre la rescisión del contrato de venta celebrado en fraude de los acreedores; porque los dos litigios, aunque entre unas mismas personas, serían del todo distintos: en uno se controvertió la acción real proveniente del dominio; y en el otro, la personal que nace de la nulidad del contrato. Pero ese principio está subordinado a la regla establecida en el art. 518 (709).

VIII

Ruego a V. E. se fije en este punto, que no puede ser más importante ni más trascendental.

Aunque al juicio ejecutivo hubiese precedido uno ordinario, libre es el deudor, o bien para deducir todas las excepciones nacidas después de la sentencia, o bien para suscitar otro juicio

ordinario en que se convierta cualquiera de los puntos no resueltos en el fallo definitivo de cuyo cumplimiento se trata. Pero la ley, sin atentar ni en lo más mínimo a los derechos del ejecutado, le señala un término cortísimo, dentro del cual ha de entablar la nueva demanda que obste a los efectos irrevocables de la sentencia que sirvió de título ejecutivo. Natural y conveniente que el legislador fije un límite a los mismos litigios, para que los derechos queden asegurados definitivamente.

No comportan ninguna excepción las dos siguientes reglas: 1ª La sentencia pronunciada en juicio ordinario ha de cumplirse mediante la vía ejecutiva; y 2ª Pasados los sobredichos treinta días, no puede controvertirse de nuevo el mismo objeto materia del juicio ejecutivo. Entonces no se atiende sino al objeto controvertido y a las partes que en ella intervinieron; pues se prescinde absolutamente de la naturaleza de las acciones que en el nuevo litigio se deducen.

Declárese que estos principios son inexactos, y el juicio ejecutivo es una burla, y el plazo de treinta días, meras palabras; pues no quedarían asegurados los derechos que en el litigio se declararen, sino cuando todas las acciones del deudor contra el acreedor prescribiesen.

Luego, la sentencia de la Corte Superior es tan absurda, que aun cuando fuese cierto que la vía ordinaria intentada por el Síndico era del todo distinta de la concedida por el art. 709, aquélla hubiera prescrito tan luego como transcurrieron los treinta días; porque, como lo hemos manifestado, cualquier juicio que condujese a obstar el pago estaba subordinado a la regla de que la acción se propusiese dentro de los treinta días y continuase sin ninguna interrupción. De otra manera, tendríamos de aceptar, lo repito, la consecuencia de que, cumplida la obligación por el ejecutado, el acreedor no tendría nunca jamás seguridad de que no se le suscitarán después nuevas controversias conducentes a la nulidad de la propia obligación.

Insisto en mis observaciones sobre la cosa juzgada. Ningún principio más fecundo en saludables resultados. Supuesta una buena organización del Poder Judicial, y concedidos a los litigantes los recursos mediante los cuales se controvierta en tres instancias sobre los hechos y el derecho puesto por las partes en tela de juicio; nada más necesario que el fallo pronunciado en última instancia surta efectos irrevocables.

El actor que ha triunfado en el litigio tiene la acción proveniente de la cosa juzgada, y absuelto el reo, puede en cualquier tiempo alegarla como excepción; la cual obsta absolutamente a que de nuevo se controvierta sobre lo decidido en la sentencia definitiva.

Bien conocidos son los casos en que puede alegarse la cosa juzgada. En ambos litigios debe haber unas mismas partes y una misma cuestión de derecho; comprendiéndose en la cuestión de derecho, ya el objeto de la controversia, ya la acción deducida. Si falta cualquiera de tales requisitos, no hay cosa juzgada.

Por lo cual, si exijo que el comprador me restituya un predio, y apoyo mi pretensión en la nulidad proveniente de que fué incapaz cuando celebré el contrato; tengo derecho para reclamar de nuevo el mismo fundo, si la acción que deduzco es la lesión enorme; pues si bien son unas mismas las personas y uno mismo el objeto controvertido, distintas son las acciones.

Estos son los principales fundamentos sobre la importantísima materia de la cosa juzgada, acerca de la cual se fijan reglas tan claras como circunstanciadas en el Libro XLII, T. I. del Digesto, y escribió Savigni su admirable tratado en el Derecho Romano Actual.

La aplicación absoluta de los principios presentaba, lo repito, el gravísimo inconveniente de la inseguridad de los derechos; porque el actor que había triunfado en el litigio se hallaba expuesto durante largos años a que se dedujesen nuevas acciones acerca del mismo objeto controvertido en otra causa, cuya sentencia había pasado en autoridad de cosa juzgada. De ahí el temperamento adoptado por nuestras leyes: los derechos encontrados, como las fuerzas en mecánica, deben dar una resultante, que es un término medio absolutamente necesario para que las dos fuerzas no se destruyan.

Establecióse en primer lugar el derecho de deducir, en el juicio ejecutivo, las excepciones nacidas después de la sentencia.

Obsérvese que las palabras: **excepciones nacidas después de la sentencia**, no son las más propias para expresar el pensamiento del legislador; el cual no quiso decir que las excepciones han de consistir en hechos acaecidos posteriormente a la sentencia. Aquellas palabras significan únicamente que puede alegarse cualquiera excepción no controvertida en el juicio ordinario. Demándase una suma de dinero, opónese la excepción de pago, la cual es rechazada en la sentencia que termina el juicio ordinario. Deducida la acción ejecutiva, podrá el deudor alegar la compensación o novación, aunque hubiesen sido muy anteriores a la demanda misma propuesta en el juicio ordinario.

Sigue a éste la vía ejecutiva, y si juzga el reo que no le conviene alegar en ésta nuevas excepciones, expedito le queda el derecho de suscitar juicio ordinario, en que pueda proponer como acción todo cuanto obste a que la sentencia surta el efecto

de dejar irrevocable el derecho declarado en el primer juicio ordinario. Pero la nueva vía ordinaria está subordinada a dos requisitos esenciales: 1º Que la acción se deduzca dentro de los treinta días subsiguientes al cumplimiento de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo; y 2º Que tal vía se sustancie sin ninguna interrupción, para que el deudor vencido no pueda vejar al acreedor perpetuamente. Si falta cualquiera de estos dos requisitos, la sentencia surte efectos irrevocables, no sólo respecto de la cuestión de derecho resuelta en la sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada, sino también de cualquier otra cuestión que se suscite en el nuevo juicio ordinario o en el ejecutivo cuyo título es la sentencia. En otros términos, transcurridos los treinta días, quedan cerradas las puertas a toda reclamación concerniente al mismo objeto.

Hé aquí, Excmo. Sor., que el art. 709 (518 del Código vigente) surte dos efectos, uno de los cuales es decisivo en el presente caso: 1º Garantiza todos los derechos, concediendo al reo, vencido en juicio ordinario o ejecutivo, la inestimable facultad de seguir otro u otros juicios ordinarios en que deduzca todas las acciones conducentes a recuperar el objeto controvertido en el primitivo juicio; y 2º Impide que sobre el mismo objeto se susciten nuevos litigios después de transcurridos los treinta días.

No se diga que doy al sobredicho artículo mucha más extensión de la que tiene. Si nos fijamos en su tenor literal y su sentido, conoceremos que son clarísimos; y si lo son, no puede el juez desatenderlos a pretexto de consultar su espíritu. "Las sentencias pronunciadas en juicio ejecutivo no causan instancia ni excepción de cosa juzgada para la vía ordinaria, que podrá intentarse dentro del plazo que fija este artículo. ¿De qué vía ordinaria habla el legislador? De todo litigio que pueda obstar a que surta efecto la sentencia pronunciada en el juicio ejecutivo. Ni una sola cláusula, ni una sola palabra que limite la inconmensurable extensión de la vía ordinaria. Todo cuanto el acreedor juzgue conducente a recuperar la cosa controvertida, puede alegarse con tal intento. Si el juicio ordinario ha precedido al ejecutivo, se restringe la vía ordinaria por la excepción de la cosa juzgada; mas no a consecuencia del art. 709, sino de los principios concernientes a la ejecutoria.

Luego, el derecho se refiere, bien a la misma cuestión controvertida, bien a cualquiera otra cuestión. Pero depende, lo repetiré mil veces, de que se cumpla con las condiciones a que el legislador subordina tal derecho.

Como V. E. ha estudiado la ley y es versadísimo en los asun-

tos forenses, conoce que surtiendo el Art. 709 el saludable efecto de asegurar la estabilidad de los derechos, no ocasiona inconvenientes. Deducida la acción en juicio ordinario, el reo tiene pleno conocimiento de las excepciones conducentes a su defensa; y si procede de buena fe, y guiado por un buen jurisconsulto, las alegara todas; porque también al reo le es no sólo útil sino necesario evitar nuevos litigios que le acarreen molestias, gastos y pérdida de tiempo.

Si por cualquier evento no ha propuesto el reo todas las excepciones, y es vencido en el juicio ordinario y en el ejecutivo, tiene expedita, dentro de los treinta días, cualquier acción no controvertida en el primitivo juicio ordinario. ¿Y no serán suficientes treinta días para deducir las nuevas acciones? ¿No sería de lo más anómalo, de lo más absurdo, que seguido un larguísimo pleito sobre nulidad relativa, y dada la posesión del respectivo inmueble, quede todavía el dueño expuesto a otra litis en que se deduzca la acción de nulidad absoluta, que no se extingue sino en el eterno lapso de treinta años? ¿Qué significaría el Art. 709, a interpretársele en el sentido de que los treinta días se conceden sólo para las acciones que ya se hubieren controvertido en el juicio ejecutivo, y que todas las demás pueden intentarse mientras no prescriban?

Tratándose del juicio ordinario, el principio se presenta aun con más claridad. Demándase el pago de un crédito proveniente del contrato de mutuo; el deudor alega compensación; declara el juez en la sentencia que si bien aquél ha justificado créditos contra el demandante, no son compensables; ejecutoriada la sentencia, aparéjase con ella la demanda ejecutiva; el deudor no propone excepciones, y aunque no puede exigir fianza, sí advierte que va a intentar la vía ordinaria. ¿Cuánto tiempo se le concede para entablar la demanda? A no dudarlo, sólo treinta días ¿Qué acciones puede deducir? Cualesquiera otras no controvertidas en el juicio ordinario: podría alegar que se le compelió por la fuerza a extender el pagaré, que cuando recibió el dinero fué menor o estuvo en interdicción por prodigalidad. . . . Evidente que acerca de estos puntos no hay cosa juzgada, porque si bien el litigio es entre las mismas partes y sobre idéntica suma de dinero, la cuestión de derechos es diversa; porque en el primer litigio no se controvertió sino un solo punto: la compensación; y en el otro se trata de la nulidad del mutuo. Pero evidentísimo también que el nuevo litigio ha de suscitarse dentro del improrrogable término de treinta días, porque el único fin que el actor se propone es evitar que el pago sea irrevocable.

IX

Para concluir tan eterno manifiesto, haré presente a V. E. que siendo el recurso de queja mera demanda en que se exige al juez indemnización de los perjuicios provenientes del delito civil cometido cuando se infringe leyes expresas; no se controvierten sino la acción y las excepciones, y que, por lo mismo, es ajeno del actual juicio investigar si efectivamente transcurrieron treinta días sin que el Síndico hiciese gestión alguna conducente a continuar la vía ordinaria.

Mas, a suponerse que V. E. puede entrar a esa investigación, me bastaría reproducir lo expuesto, acerca de tan sencillo punto, en los escritos presentados cuando se controvertió éste ante el juez de comercio y la Corte Superior.

Interpuse el recurso de queja porque la experiencia adquirida en más de veinte años de ejercer la profesión, me ha dado el más inquebrantable convencimiento de que si bien el Tribunal Supremo puede errar cuando aplica la ley, nunca jamás tienen peso alguno en la balanza de la justicia la calidad de las personas ni el puesto que ocupan ni los resultados de la recta e inflexible aplicación de la ley.

Cierto estoy, pues, de que V. E. atendiendo exclusivamente a los méritos del proceso, y pesando con suma atención las razones que ambas partes alegan, se dignará condenar a los Ministros de la Corte de Quito, a indemnizar los perjuicios provenientes de la infracción clara y palmaria del art. 709 del Código de Enjuiciamientos, y en las costas de primera y segunda instancia.

Excmo. Sor.

LUIS F. BORJA.

VII

Juicio seguido por Valentín Núñez contra Rafael Germán, por dinero

1899

NORMAS SOBRE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS, EN ESPECIAL CUANDO ESTABLECEN PLAZOS. — PAGO A DIA DEL PRECIO DE UN REMATE.— PRESCRIPCION DEL DERECHO SOBRE LA CABIDA DE UN INMUEBLE.

Excmo. Señor: (1)

Como es en extremo importante la causa que el concurso abierto a los bienes de Dn. Valentín Núñez sigue contra Dn. Rafael Germán, me permitirá V. E. que la examine ahora en todos sus aspectos, aun repitiendo los argumentos aducidos en primera y segunda instancia.

El litigio que V. E. conoce es uno de los casos raros. Dimittidos los bienes de Dn. Valentín Núñez para el pago de sus acreedores, vendiéronse las valiosas fincas Romerillos y Santa Ana; comprólas don Rafael Germán en el relativamente exiguo precio de veintiséis mil quinientos pesos; no ha pagado has-

(1) Alegato tomado de la Revista Forense, T. 9, N° 63.

ta ahora sino ocho mil, y después de más de catorce años de tranquila posesión, durante los cuales ha percibido todos los frutos, sostiene a capa y espada que todavía no debe satisfacer ni un céntimo.

I

Debemos principiar determinando con exactitud los puntos controvertidos.

"Según consta de la respectiva acta de remate, — dice la demanda, — en 20 de julio de 1880 compró el Sr. Rafael Germán las haciendas Romerillos y Santa Ana, estipulándose principalmente: 1º Que se pagarían por los dos predios veintisiete mil doscientos pesos: mil de contado; siete mil que se entregarían cuando se ordenase el pago a los herederos del Dr. Meneses; diez mil cuando declarada la prelación de créditos en el concurso general, se girasen las respectivas libranzas, reconociéndose entre tanto el interés del seis por ciento anual; y la restante cantidad a mil pesos por año con el interés del tres por ciento anual: 2º Que se entregarían los fundos deslindados sus terrenos y páramos, conforme a la extensión que consta en la última mensura hecha por el Sr. Fidel Sosa, y lo que faltase de esa cabida se pagaría según el valor de tasación. . . ."

La estipulación concerniente al deslinde no significa que el vendedor se hubiese obligado a seguir un juicio con cada uno de los predios limítrofes, sino que se respondería de que el predio tenía la cabida determinada en la mensura que, practicada por el Sr. Fidel Sosa, sirvió de base para la subasta.

Y aunque tal hubiese sido la estipulación, el Sr. Germán, a faltarle terrenos o a no ser los linderos los mismos determinados en el inventario, debió reclamar dentro de un año; pues en ese término prescriben, conforme al artículo 1825 del Código civil, todas las acciones relativas a las faltas que hubiere habido cuando se efectuó la entrega de la cosa vendida. . . .

"Demando, pues, al Sr. Rafael Germán para que satisfaga diez y nueve mil trescientos pesos, los intereses estipulados, hasta el vencimiento de cada plazo y, desde entonces, los intereses legales, que seguirán corriendo hasta la total solución de la deuda."

Aclarada la demanda, el Sr. Germán contestó: "No se han cumplido las obligaciones del vendedor ni verificádose los hechos en virtud de los cuales debían principiar a correr los pla-

zos y los intereses estipulados por el comprador. . . . Digo además que ni aun cuando esos hechos lleguen a verificarse podrá el Sr. Síndico cobrar toda la cantidad que demanda, porque en el precio de los fundos se incluyeron los censos con que estaban gravados."

II

Determinadas las acciones y excepciones, pasemos a examinar el acta de remate, en que se puntualizaron los derechos y obligaciones así del vendedor como del comprador.

"En Quito, a 20 de julio de 1880. . . ." Van a completarse quince años desde el día en que el Síndico del concurso abierto a los bienes del Sr. Núñez tuvo la fatalidad de contratar con Dn. Rafael Germán.

"El Juzgado ordenó que se pregone la última postura. . . . en virtud de la cual ofreció el Sr. Arroyo las dos terceras partes de su avalúo que son veinticuatro mil ochenta pesos. . . ."

No es ocioso examinar las posturas anteriores a aquella según la cual se efectuó el remate; porque las mismas nos dan a conocer a punto fijo el sentido de las bases esenciales del contrato de venta.

"Doy por las haciendas Romerillos y Santa Ana —dijo el Sr. Germán— las dos terceras partes de su avalúo; con las condiciones siguientes; 1^a El censo, a reconocer el que hubiere. De contado mil pesos: siete mil para el pago hipotecario de los herederos del Sr. Dr. Meneses, cuando el Juzgado ordene el pago, debiendo cancelarse el gravamen inmediatamente después de percibida la cantidad: cinco mil pesos dentro de un año con el interés del seis por ciento anual. . . ."

Se ve que desde el principio supo a ciencia cierta Dn. Rafael Germán que los predios estaban hipotecados, y que entonces mismo distinguió las sumas de dinero destinadas a un objeto determinado de las que debían pagarse en épocas fijas.

"Pregonadas por orden del Juzgado las dos posturas precedentes, — continúa el acta, — el Sr. Arroyo presentó la que sigue: Mejoro la postura del Sr. Germán en estos términos: Doy por las haciendas Romerillos, Santa Ana y Callito veinticuatro mil ochenta pesos pago diez mil pesos de pronto contado, los que entregaré en vista de libranzas que haga el Juzgado a mi cargo. . . . La restante cantidad la daré en estos términos: cinco mil pesos dentro de un año con el seis por cien-

to anual, también en vista de las libranzas que gire el Juzgado, según lo dejo indicado ya, el resto a razón de mil pesos anuales con el interés del tres por ciento anual."

Hé aquí una postura muy ventajosa a los acreedores: prométense diez mil pesos de contado, sin más condición que la de destinarse ellos al pago de los acreedores hipotecarios, y la restante cantidad a plazos, los-cuales no dependían sino de que se girasen las respectivas libranzas.

Pregonada esa postura, no podía el juez aceptar ninguna otra que no la mejorase. Para la interpretación de las posturas del Sr. Germán tenemos, pues, de averiguar si efectivamente hubiera habido mejora, aceptándolas en los términos que el mismo señor pretende.

Continuemos el análisis del acta: "Publicada esta postura, el Sr. Germán ofreció por Santa Ana y Romerillos las dos terceras partes de su tasación con diez mil pesos para el pago de los herederos del Sr. Dr. Meneses, pudiendo disponer el Juzgado del sobrante que hubiere de dichos diez mil pesos, y en lo demás con las condiciones de su postura anterior."

La postura del Sr. Germán no mejoraba la otra sino porque en vez de los diez mil pesos de contado, prometidos por el Sr. Arroyo, se pagarían mil también de contado y diez mil dentro de un brevísimo término; pues ya se había expedido sentencia en el concurso abierto a los acreedores hipotecarios. ¿Y cabe sostenerse de buena fe, Excmo. Sr., que el pago de los diez mil pesos dependía de la entrega de los títulos de propiedad y de la medición de los extensísimos predios Romerillos y Santa Ana? Si el Sr. Germán mismo reconoció, lo repito, que las fincas estaban hipotecadas en beneficio de los herederos del Dr. Meneses, ¿cómo puede alegar ni la más cínica mala fe que había derecho para no efectuar ese pago mientras no se cumplieren las condiciones determinadas en la parte final de la postura?

"El Sr. Arroyo hizo la oferta por todos tres fundos de veinticuatro mil ochenta pesos con la mejora del aumento de doscientos pesos en el pronto contado, y en lo demás conforme a las condiciones de su postura anterior, y el Sr. Germán hizo la oferta por Romerillos y Santa Ana aumentando trescientos pesos en el contado."

De suerte que según la última postura, el Sr. Germán debía pagar mil quinientos pesos de contado, y diez mil cuando se girasen las libranzas a favor de los herederos del Dr. Meneses.

"Entonces el Sr. Arroyo ofreció veinticinco mil pesos por los tres fundos con arreglo a su postura última; y el Sr. Germán hizo por todos tres fundos la del tenor siguiente: "Por

los tres fundos doy veintisiete mil pesos: mil pesos al contado: siete mil pesos cuando se ordene el pago a los herederos del Sr. Dr. Meneses: diez mil pesos cuando, declarada la prelación de créditos en el concurso general, se giren las respectivas libranzas, reconociendo entre tanto el interés del seis por ciento anual; reconozco los capitales acensuados, y la restante cantidad a mil pesos por año con el interés del tres por ciento anual. En todo lo demás subsiste mi postura anterior."

El Sr. Arroyo prometía diez mil doscientos pesos de contado: cinco mil dentro de un año con el seis por ciento anual, que no dependía de ninguna condición. El Sr. Germán no daba ya de contado sino mil pesos: siete mil para el pago que en breve se haría a los herederos del Dr. Meneses; y diez mil con el seis por ciento, para los acreedores de cuarta y quinta clase.

Añade el acta de remate: "Pregonada la última postura..... El Sr. Arroyo hizo otra en los mismos términos con el aumento en el pronto contado". El Sr. Arroyo prometió, pues, veintisiete mil pesos: diez mil setecientos pesos de contado; cinco mil dentro de un año con el interés del seis por ciento anual, y la restante cantidad a mil pesos anuales; plazos e intereses que no dependían sino de la entrega de los predios.

Veamos la postura según la cual se determinaron definitivamente las bases esenciales del contrato de venta:

"Por las haciendas denominadas Romerillos, Santa Ana y Callito doy veintisiete mil trescientos pesos de este modo: mil pesos de pronto contado; siete mil pesos que serán entregados cuando se ordene el pago a los herederos del Sr. Dr. Meneses; diez mil pesos cuando, declarada la prelación de créditos en el concurso general, se giren las respectivas libranzas, reconociendo entre tanto el interés del seis por ciento anual: se reconocen los capitales acensuados que tengan los fundos incluyendo en el precio de éstos; la restante cantidad a mil pesos por año con el interés del tres por ciento anual; se pagarán como mejoras las que sean propias de los fundos, con arreglo a la tasación practicada por el perito Sr. Fidel Sosa, debiendo rebajarse las peoras; y éstos se entregarán deslindados sus terrenos y páramos, conforme a la extensión que consta en la última mensura hecha por el expresado Sr. Sosa y lo que faltare de esa cabida se pagará según el valor de la tasación: se entregarán además los títulos de propiedad de cada uno de los fundos, con la obligación de buscar los que falten: los certificados de hipotecas de cada uno de ellos; y los finiquitos del pago de censos, hasta el día de la entrega: una vez que se cumpla con todas las obligaciones expresadas y se haga la entrega material de los

fundos principiarán a correr los plazos y sus intereses, y hasta que se pague todo el precio quedan especialmente hipotecados los mismos fundos."

Comparadas las dos últimas posturas, evidencian el sentido de lo estipulado con el Sr. Germán. Si el pago de los diez mil pesos hubiese dependido de la medición de los predios y si mientras tanto aquella suma no hubiese ganado intereses, ¿cómo se hubiera aceptado la postura del Sr. Germán? ¿Cómo habría admitido ni por un instante el Síndico ni menos el probo, inteligente e ilustrado Sr. Dr. Ribadeneira que en vez de los diez mil doscientos pesos prometidos de contado por el Sr. Arroyo y de los cinco mil dentro de un año, con el interés del seis por ciento, los siete mil destinados a los herederos del Dr. Meneses no fuesen exigibles mientras no terminase la medición de los predios, y que los diez mil quedasen en poder del Sr. Germán sin ganar intereses? ¿Cómo ni suponer que pagando el comprador mil pesos tuviese el derecho de percibir todos los frutos sin satisfacer ni un céntimo de intereses? ¿Juzga acaso el Sr. Germán que trataba con dementes o idiotas, y que por eso pudo engañarlos apoderándose de los fundos sin satisfacer nada en remuneración de los frutos que ha percibido desde el día mismo en que se inscribió el acta de remate?

III.

Conforme a las estipulaciones del contrato de venta, el precio se dividió en cuatro partes del todo diversas:

1^a Mil pesos de contado:

2^a Siete mil pesos que, previa la respectiva libranza, debían pagarse a los herederos del Dr. Meneses:

3^a Diez mil cuando, declarada la prelación de créditos en el concurso general, se girasen las respectivas libranzas, reconociéndose entre tanto el interés del seis por ciento anual; y

4^a La restante cantidad a mil pesos por año con el interés del tres por ciento anual.

Evidentísimo que en cuanto a los mil pesos de contado, no podía presentarse ninguna dificultad.

Tampoco la hubo acerca de los siete mil, pues Dn. Rafael Germán ni pretendió que el pago de ellos dependía de las obligaciones determinadas en la última parte de la postura; pues, antes al contrario, reconoció de la manera más inequívoca que

el pago no dependía sino de la sentencia que declarase los derechos de los acreedores hipotecarios.

Habiendo solicitado el Sr. Germán, en 13 de agosto de 1880, que se le entregasen los predios, al día siguiente presentó Dn. Valentín Núñez (fjs. 52) el escrito que paso a copiar: "Entre las obligaciones que, según consta de la respectiva acta de remate, contrajo el Sr. Rafael Germán al comprar los fundos Romerillos y Santa Ana, se cuenta la de pagar siete mil pesos tan luego como se gire libranza a favor de los herederos del Dr. Meneses. Se giró ya ésta, y sin embargo no cumple el comprador la sobredicha obligación. Me opongo, pues, a que se le entreguen las fincas mientras no satisfaga los siete mil pesos; porque según los artículos 1817 y 1863 del Código civil, el comprador no tiene derecho a exigir la entrega sino cuando ha pagado el precio, y el pago debe verificarse en el tiempo estipulado. . . ."

El Sr. Germán, lejos de negar que hubiese derecho a exigirle los siete mil pesos, se apresuró a consignarlos (en 16 de agosto), por cuanto se había efectuado ya el único suceso de que el pago dependía, esto es, el girarse las libranzas a favor de los herederos del Dr. Meneses.

Si bien no se habían prometido de contado los siete mil pesos, no era el transcurso de un lapso de tiempo lo que hacía exigible el cumplimiento de la obligación, sino un suceso determinado. Seguía concurso particular abierto a los acreedores hipotecarios; estaba ya pronunciada la respectiva sentencia; aquellos tenían derecho a unos siete mil pesos, y, a pagárselos, se había destinado la cantidad puntualizada en la postura del Sr. Germán.

Pueril, ridículo, en sumo grado absurdo hubiera sido el pretexto del Sr. Germán, si hubiese alegado que todavía no se efectuaba la medición de los predios ni se le entregaban los títulos de propiedad; que según la parte final de su postura no corren los plazos mientras no se cumplan tales condiciones, y que, plazo era la época señalada para el pago de los siete mil pesos, por cuanto no ascendió sino a mil la suma prometida de contado.

El Sr. Germán mismo, lo repito, a pesar de su extremá habilidad para interpretar a su favor el acta de remate, ni se atrevió a pretender que se le entregase previa e inmediatamente el predio, y que, recibidos los títulos de propiedad, y liquidaciones de los censualistas, y efectuada la medición, satisfaría los siete mil pesos.

Pues bien, en idéntico caso se hallaban los diez mil a cuyo pago se niega ahora el mismo Dn. Rafael Germán con la más cínica mala fe. Seguía concurso general abierto a los bienes del

Sr. Núñez; ninguno de los acreedores tenía opción al pago mientras no se calificasen sus derechos en sentencia ejecutoria; y como casi todos los bienes dimitidos consistían en las haciendas compradas por Dn. Rafael Germán, nada más natural que al venderse ellas se procurase que los acreedores privilegiados percibieran sus créditos tan luego como éstos se declarasen en tal sentencia.

Nada hubieran ganado los acreedores, si el comprador, en vez de prometer diez y ocho mil pesos en los términos constantes del acta, los hubiese pagado tan luego como se efectuó el remate; porque hubiera sido necesario depositar el dinero hasta que las libranzas se girasen.

La diferencia relativa a la estipulación de intereses en cuanto a los diez mil pesos, mas no a los siete mil se explica muy fácilmente. Bien sabía el Síndico que el concurso abierto a los acreedores hipotecarios se hallaba ya terminado y que nada perderían ellos si se estipulaba que siete mil pesos no ganaran intereses unos pocos días. Acertadísima fue, en efecto, la previsión; pues aun antes de entregarse los predios vendidos se giraron las libranzas a favor de los herederos del Dr. Meneses.

No sucedía lo mismo respecto a los diez mil pesos. Como son conocidas las dilaciones y dificultades de un concurso general, sabíase a ciencia cierta que transcurrirían dos o más años desde el acta de remate hasta la ejecutoria de la sentencia de preferidos. La cordura aconsejaba, pues, que no se aceptasen las proposiciones del Sr. Germán; en cuanto a los diez mil pesos, sino en caso de obligarse a pagar el interés del seis por ciento por todo el tiempo que transcurriese entre la inscripción del acta de remate y la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Prescindiéndose, pues, del lapso más o menos largo de tiempo y de los intereses, no había ni la más mínima diferencia entre las estipulaciones concernientes al pago, ya de los siete, ya de los diez mil pesos. El Sr. Germán mismo lo reconoce; pero alega que no satisfizo los siete mil pesos sino porque estando hipotecadas las fincas, subsistía la acción real mientras no se efectuase el pago.

Tales argucias sugeridas únicamente por la codicia y la mala fe, no pueden alucinar a jueces que conocen sus deberes.

Como ya lo hemos observado, la circunstancia de sustentarse dos recursos, el uno particular y el otro general, indujeron al Sr. Germán a dividir los primeros pagos en tres porciones del todo distintas: la cantidad necesaria para los gastos que, relativos a la subasta, no podían diferirse ni por un instante;

los siete mil pesos destinados a los acreedores hipotecarios, y los diez mil, a los que, según la sentencia, en el concurso general fuesen preferidos. El Síndico aceptó la postura, porque contaba con diez y siete mil pesos para efectuar los pagos el día mismo en que a ellos tuviesen derecho los acreedores.

El Sr. Germán que estaba perfectamente enterado de todo lo concerniente al concurso particular de los acreedores hipotecarios, sabía a ciencia cierta que los herederos del Dr. Meneses, únicos acreedores para cuya seguridad estaban hipotecadas las fincas, no tenían derecho sino a unos siete mil pesos y que ya se había expedido la respectiva sentencia.

Hé aquí las razones que le indujeron al comprador a pagar, sin reclamación alguna, tan luego como se giró la libranza.

Aunque el Sr. Germán hubiese temido que los acreedores hipotecarios le ejecutasen, no hubiera pagado lisa y llanamente a no juzgar que estaba en la obligación de hacerlo; pues hubiera protestado que no lo verificaba sino a fin de libertar las fincas de tan oneroso gravamen, y hubiera exigido que se le abonase el interés legal por todo el tiempo que transcurriese desde el pago anticipado hasta que se cumplieran todas las obligaciones puntualizadas en la última parte de su postura.

Nótese, además, que no siempre es cierto que efectuado un remate subsistan las hipotecas. La regla que garantiza los derechos de los acreedores hipotecarios, consiste en que éstos pueden perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la hubiere adquirido. Pero esa regla comporta la siguiente excepción: la hipoteca se extingue cuando la finca se vende en subasta ordenada por el juez, con citación de los acreedores hipotecarios. Nada más natural que el Síndico hubiese hecho citar a todos los acreedores para proceder a la venta pública de los inmuebles.

Argúyese también que nada significa el escrito del Sr. Núñez, porque, según se dice, carecía éste de derecho para intervenir en el concurso. Tal argumento no es sino una de las espinas de que se agarra el Sr. Germán. Si bien es cierto que el fallido pierde la administración de todos sus bienes, la cual pasa al concurso; es asimismo evidente que él como dueño de los bienes, tiene perfecto derecho para hacer todas las gestiones conducentes a que los acreedores reciban la mayor suma posible de dinero en pago de sus créditos. Aunque la ley concede al deudor desgraciado el derecho de ceder todos sus bienes, y admite ese medio de pago, la misma ley ha determinado los efectos de la cesión, entre los cuales se cuenta el libertar al deudor de todo apremio personal y el beneficio de competencia. Pero

en cuanto al pago mismo, las deudas no se extinguen sino a medida que los acreedores reciban los dineros que de la venta de los bienes provengan. Dedúcese, pues, que es un derecho personalísimo del deudor el proceder a dichas gestiones, tales como oponerse a la entrega de los bienes vendidos mientras el precio no se pague y a la venta misma mientras las posturas no cubran las dos terceras partes del avalúo.

El Sr. Dr. Alejandro Ribadeneira, el probo e ilustradísimo Sr. Ribadeneira, cuya falta deplora siempre el foro ecuatoriano, no rechazó la pretensión del Sr. Núñez, pues al contrario, dijo en el decreto que el Sr. Germán podía exigir la entrega porque ya había satisfecho así los mil pesos de contado como los siete mil para los herederos del Dr. Meneses.

Luego, evidéntísimo que el comprador reconoció de la manera más inequívoca que las obligaciones enumeradas en la última parte de la postura no se referían a los siete mil pesos pagaderos a los acreedores hipotecarios; y, por lo mismo, reconoció que tampoco podían referirse a los diez mil pesos destinados a los acreedores cuya preferencia se declarase en el concurso general.

IV

A suponerse que fuera necesario interpretar el contrato para conocer si aquellas obligaciones también concernían a los siete mil y a los diez mil pesos, deduciremos la misma conclusión.

Según Aubry et Rau, "Es necesario interpretar un contrato en los siguientes casos:

"Cuando los términos que las partes hubieren empleado presenten oscuridad o ambigüedad:

"Cuando, aunque sean claros los términos empleados en su sentido literal, no puede conciliarse con la naturaleza del contrato ni con la intención evidente de las partes:

"En fin, cuando la comparación de dos o más cláusulas del contrato origina dudas sobre el sentido de esas cláusulas:

"Fuera de esos casos no le es permitido al juez, so pretexto de interpretación, alterar el sentido literal de las palabras."

Pues bien, la duda proviene ahora del sentido en que las partes emplean la palabra **plazo**.

Tomada ésta en su acepción técnica, significa la época señalada para el cumplimiento de una obligación. Aplicándose la

definición legal, plazo hubo cuando el Sr. Germán prometió satisfacer siete mil pesos a los herederos del Dr. Meneses; plazo, cuando se prometieron diez mil pesos para los acreedores cuyos derechos se controvertían en el concurso general; plazo, cuando convinieron las partes en que la cantidad restante se pagaría a mil pesos anuales.

Pero si se trata de la interpretación de las convenciones, no hemos de tomar las voces en su acepción técnica, sino en aquella en que las partes las tomaron; la cual se deduce de su intención manifestada evidentemente.

Como lo observamos ya, prescindiéndose de los mil pesos al contado, los contratantes dividieron en dos partes del todo distintas el precio de las haciendas vendidas al Sr. Germán:

1^a La parte cuyo pago dependía, no del transcurso de un lapso de tiempo determinado, sino de un suceso previsto en el acta, esto es, que se declarasen los derechos de los acreedores concursantes; y

2^a Aquella cuyo pago dependía del transcurso de los respectivos años; los cuales comenzaban a correr tan luego como se cumpliesen las obligaciones puntualizadas en la parte final de la postura.

Sabido es que entre nosotros no se acostumbra llamar plazo sino el día fijo en que una obligación debe cumplirse; y conformándose las partes al uso vulgar, no denominaron plazos las épocas indeterminadas. Tratándose de las primeras sumas de dinero, no llamaban su atención sino las sentencias que, pronunciadas, harían exigible el pago de los diez y siete mil pesos.

Consta de autos (fjs. 143—146) que en junio 24 de 1879, es decir, un año antes de celebrarse con el Sr. Germán el contrato de venta, se pronunció la sentencia de primera instancia, declarándose que los únicos acreedores hipotecarios eran los herederos del Dr. Meneses; y que en 16 de junio de 1880 expidió el Tribunal Supremo la sentencia que confirmaba en todas sus partes la de primera instancia. De manera que sabían a punto fijo así el Sr. Germán como el asesor y el Síndico que de un día a otro se girarían las libranzas a favor de los herederos del Dr. Meneses. ¿Cómo ni suponer, Excmo. Sr., que expedida ya la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, hubiesen estipulado las partes que lejos de pagarse a los acreedores hipotecarios cuando las libranzas se girasen, dependería el pago de la entrega y medición de dos predios extensísimos?

Si las libranzas no estaban ya giradas, provenía ello de las dilaciones inherentes a las diligencias judiciales. En 24 de junio se practicó la última notificación con la sentencia del Tri-

bunal Supremo, hubo de bajar la ejecutoria a la Corte Superior, notificarse de nuevo a todas las partes, tasarse las costas; y por eso a mediados de agosto se expidieron las libranzas en beneficio de los acreedores hipotecarios. ¿Cómo ni suponer, insisto en ello, que requerido el Sr. Germán para que pagase los siete mil pesos, hubiera podido alegar con buen éxito la excepción de que aun cuando estaban giradas las libranzas, los acreedores hipotecarios no podían exigir que fuesen cubiertas; porque el Síndico no había cumplido las obligaciones estipuladas en la parte final de las posturas?

En cuanto a las sumas adeudadas a los creedores no hipotecarios, nada más natural que la previsión de que ellos no podían exigir el pago sino después de algunos años que se emplearían en sustanciar y decidir el lento y dilatadísimo juicio de concurso general de acreedores. Efectuado el remate en 20 de julio de 1880, en 14 de febrero de 1881 se pronunció (fjs. 157) la sentencia de preferidos; y en enero 19 de 1885, el auto que se declaró abandonada la segunda instancia, por cuanto los acreedores no habían gestionado durante dos años. Casi cuatro años habían transcurrido desde la venta de los predios hasta que los créditos de los concursantes fueron exigibles; y previéndose tanta demora se estipuló el interés del seis por ciento mientras no se girasen las respectivas libranzas.

Determinadas las sumas de dinero cuya exigibilidad dependía de las mil veces mencionadas sentencias, se pasó a lo concerniente a las que se pagarían en día cierto. Estipuláronse acerca de éstas plazos de a un año, los cuales no principiarían a correr sino desde la fecha en que estuviesen cumplidas todas las obligaciones que el vendedor contrajo.

No cabe desconocerse, Excmo. Sr., que las palabras: "Los plazos no principiarán a correr," evidencian la intención de los contratantes, pues ellas no pueden referirse en manera alguna a los pagos que dependían sólo de los sucesos que en la misma acta se habían previsto.

Comparadas entre sí las estipulaciones relativas a las partes en que el precio estaba dividido, se ve que el plazo determinado para la primera principiaba a correr necesariamente tan luego como se extendió el acta de remate, y expiraba cuando se girasen las respectivas libranzas; mientras que el día inicial de los plazos relativos a la segunda parte dependía del cumplimiento de aquellas obligaciones, y expiraba cada uno al fin de los respectivos años.

¿Cómo hubiera podido principiar a correr el plazo para el pago de los siete mil pesos cuando se cumpliesen las mil veces

mencionadas obligaciones, si las libranzas podían girarse, como en efecto se giraron, mucho antes que los predios estuviesen entregados y medidos? ¿No hubiera sido el mayor de todos los absurdos que el plazo comenzase a correr hacia atrás, es decir desde que los predios estuviesen entregados hasta que las libranzas se girasen?

Alega el Sr. Germán que en el acta de remate se previó que el Síndico emplearía la debida diligencia para que en un breve lapso de tiempo se entregasen los predios y los títulos de propiedad, y que por eso se estipuló que los plazos no principiarían a correr sino desde que las obligaciones se cumpliesen. Pero ese mismo argumento evidencia que eran del todo independientes las estipulaciones relativas, bien a los siete y diez mil pesos destinados al pago de los acreedores, bien a la cantidad que cada año se pagaría.

La intención de las partes se manifiesta, pues, con tanta claridad que sólo los ciegos voluntarios pueden dejar de verla. Y a esa intención es a lo que se atiende especialmente al interpretar-se los contratos.

"La Corte de Casación, —dice Laurent,— reconoce que los tribunales tienen amplias atribuciones cuando se trata de la interpretación. Citemos un caso notable: Una escritura pública de venta de bienes situados en Argelia, determinaba según la costumbre del lugar, una cabida de ciento ochenta yugadas, que son unas mil seiscientas hectáreas; y estipulóse que a faltar la cabida, de la renta estipulada, que eran setecientos veinte francos, se deducirían por cada yugada nueve francos. Cuando el comprador principió a cultivar el inmueble, conoció que no tenía éste, sino una cabida de ochenta yugadas; por lo cual en virtud del contrato pidió la reducción. Después de un largo litigio, la Corte de Aix absolvió al reo. Atendiéndose exclusivamente a los términos del contrato, faltaba una cabida de cien yugadas, y aplicándose literalmente la cláusula que deducía de la renta nueve francos por cada yugada que faltase, se quitaban novecientos francos, esto es, resultaba una venta sin precio.

"Como no era esa la intención de las partes, el contrato adolecía de error. Tomandó nueve francos por unidad del precio de cada yugada, y multiplicándolos por ochenta, resulta exactamente el precio de setecientos veinte francos, que es la renta estipulada en el contrato. Luego, por un error evidente se había determinado una cabida de ciento ochenta yugadas; y eran ochenta las que los contratantes se propusieron determinar.

Rectificado el error, la demanda no surtía ningún efecto, por cuanto la cabida real era por lo menos de ochenta yugadas.

"Interpuesto por los compradores recurso de casación, sostuvieron que la Corte había infringido el artículo 1134 (*) alterando la convención so pretexto de interpretarla. La sentencia que desecha el recurso y los argumentos del procurador del fisco, determinan con claridad así las atribuciones de los tribunales como sus límites en cuanto a la interpretación. El artículo 1134 dice que las convenciones son ley para los contratantes, mas para que esa disposición se infrinja, es menester que el juez, declarando que la intención de las partes fue celebrar cierto contrato, añada que él, como juez, atenta la equidad lo modifica. . . . Entonces puede decirse que el juez sustituye su voluntad a la de las partes, reformando la convención. Pero si el juez se limita a investigar cuál fue el pensamiento de las partes, está en su derecho, y ejerce sus atribuciones.

"¿Por qué es necesaria la interpretación de un contrato? Porque encierra cláusulas contradictorias, que cada una de las partes alega a su favor según el sentido que de ella se desprende; y el juez está llamado a dirimir la controversia proveniente de esa contradicción aparente o real. En el caso propuesto, la cabida que según el contrato tenía el inmueble se hallaba en contradicción con las otras cláusulas; y era necesario optar entre las cláusulas y la cabida. El juez se decidió por aquéllas, y, rectificando la cabida, interpretó el contrato conforme a la intención de las partes.

"La Corte de Casación decidió que según los méritos del proceso era necesario que el juez interpretase el contrato en un sentido en que su ejecución fuese posible. "Por atrevida, —dice la sentencia,— que parezca la interpretación en virtud de la cual se decide que el determinar ciento ochenta yugadas fue un error de redacción, y que las partes se habían propuesto decir ochenta, esa interpretación no contravendría al artículo 1134".

Evidentísimo, pues, que nos hallamos en el caso de interpretar la última cláusula del acta de remate; y aplicando las reglas que acerca de la interpretación de los contratos da el Código civil, no podemos desconocer que todas ellas compelen al juez a declarar que lo estipulado acerca de los plazos no pudo en ningún caso aplicarse a los siete y diez mil pesos destinados a los acreedores concursantes.

Según el artículo 1550 del Código civil, conocida la intención de las partes debe estarse a ella más que a lo literal de las

(*) 1535 del Código ecuatoriano.

palabras. Esta es la principal de todas las reglas de interpretación, porque cuando se trata de las convenciones se investiga siempre la voluntad de las partes. Y si esa voluntad se manifiesta claramente a pesar de los términos, debe prescindirse de éstos para atender a ella exclusivamente.

La L 219, de *verborum significatione*, decía: "inconventionibus contrahentum voluntaten potius quam verba spectari placuit". Y Pothier, refiriéndose a ella, ponía el siguiente ejemplo: Si dado en arriendo un departamento de mi casa, y se renueva el contrato en los siguientes términos: arriendo mi casa por tantos años por el precio determinado en el arrendamiento precedente; ¿podría pretenderse que he arrendado toda la casa? No, porque si bien esos términos, mi casa, en su sentido gramatical significan la casa íntegra y no un departamento, es evidente que nuestra intención ha sido renovar el arriendo del mismo departamento; y esa intención que es indudable, debe prevalecer sobre los términos del contrato.

Ya hemos demostrado Excmo. Sr., que la intención manifestada por las partes es tan evidente que no podría ponerla en duda ni el más pertinaz escéptico.

Según el artículo 1552: "El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de surtir efecto alguno". Y, como lo observó bien el Sr. Dr. Albán Mestanza, ningún efecto surtirían las cláusulas relativas al pago de los siete y diez mil pesos, si él hubiese dependido, no de las sentencias expedidas en el concurso particular y en el general, sino del cumplimiento de la obligación de entregar los predios medidos y deslindados.

Otra regla: "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato". Y que atendiéndose a todas las circunstancias, lo único compatible con la esencia misma del contrato de venta era que los intereses del seis por ciento corriesen desde el instante mismo en que el comprador tenía derecho a los frutos, no puede desconocerlo ninguna persona que proceda de buena fe.

El contrato de venta es esencialmente conmutativo, pues las partes se obligan una a otra consultando recíprocas ventajas.

El vendedor entregaba dos predios valiosos; el comprador tenía el derecho de percibir los frutos desde la inscripción del título; y como no había pagado sino ocho mil pesos, no podía ni concebirse que todo el precio restante quedase improductivo mientras no terminasen la mensura y deslinde de los predios.

Para estimular al vendedor al cumplimiento de las obliga-

ciones accesorias de medir los terrenos y de entregar los títulos de propiedad, bastaba conminarle con la pena de que las sumas pagaderas anualmente no ganarían intereses mientras no se cumplieran tales obligaciones. Sólo unos locos, rematadamente locos, hubieran podido convenir en que, pagados ocho mil pesos, todo el precio restante quedase improductivo, no digo por seis u ocho meses que, con la mayor diligencia y actividad, hubieran podido emplearse en la medición de los predios; pero ni aun por un solo día, porque siendo los intereses el equivalente de los frutos, el Sr. Germán no tenía título alguno para percibir éstos mientras no reconociese aquéllos. El contrato, cual lo interpreta el Sr. Germán, ha degenerado en una verdadera donación, porque en quince años le han producido los fundos al comprador mucho más de lo que vale el predio prescindiéndose de los intereses. Y todavía se pretende, Excmo Sr., que pasarán uno o dos años para que haya derecho a exigir los diez mil pesos y los intereses computados, no desde el día en que se efectuó la tradición legal de los inmuebles sino desde la fecha en que haya una sentencia ejecutoriada que termine el deslinde entre Romerilos y Santa Ana y todos los predios circunvecinos.

Para conocer cuál es la interpretación que más bien cuadra con la naturaleza del contrato, ha de atenderse no sólo a la esencia del mismo, sino también a las circunstancias peculiares de cada convención. Ya hemos observado infinidad de veces, Excmo. Sr., que el Síndico representante legal de los acreedores concursantes, debía atender principalmente a los intereses de sus representados, y asegurar para el pago cantidades exigibles tan luego como se declarasen los derechos de los acreedores. En efecto, tal fué lo estipulado, y así lo reconoció el Sr. Germán mismo al pagar los siete mil pesos a los herederos del Dr. Menses. Luego, al pretender exonerarse de la obligación de pagar los diez mil pesos y los intereses de quince años, procede en abierta pugna con las estipulaciones del contrato y con sus propios actos.

“Las cláusulas de un contrato,—dice el artículo 1554,— se interpretarán unas por ótras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. Otra regla de la mayor importancia. La intención de las partes es en realidad de verdad un todo indivisible. Cada una de las cláusulas es condición de todas las demás: todas ellas juntas manifiestan la común intención de las partes, así como todos los miembros de un animal conspiran a darle vida, movimiento y actividad. Y ya hemos demostrado que las partes dividieron el precio en dos porciones del todo distintas, la una dependiente sólo de un suceso

determinado previsto con la mayor claridad, y la ótra, ya del cumplimiento de ciertas obligaciones, ya del transcurso de un lapso de tiempo.

El mismo artículo 1554 expresa que la aplicación práctica que hubieren hecho las partes sirve también para la interpretación del contrato. Ni podía ser de otra manera. Las partes que han manifestado su común intención son las que mejor pueden juzgar de ella; y los hechos que ejecutan la dan a conocer inequívocamente.

Ahora bien, mil veces hemos observado que el Sr. Germán, lejos de objetar que el Síndico no tenía derecho para exigirle el pago de los siete mil pesos destinados a los herederos del Dr. Meneses, los satisfizo tan luego como se giraron las libranzas; y que en idéntico caso se hallan las estipulaciones concernientes a los diez mil pesos.

El artículo 1556 encierra en fin, dos reglas:

1^a No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor:

2^a Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora a deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

La primera, que no es aplicable sino cuando todas las demás son insuficientes, es consecuencia necesaria de la naturaleza misma de las obligaciones. La libertad es el estado natural del hombre; por lo cual aquéllas no se presumen, y en caso de fundada duda, debe resolverse que la obligación no existe, o limitarla a lo que aparezca claramente. Esa regla no viene, pues, a cuento en el caso actual.

La que sí es decisiva, y bastaría por sí sola para evidenciar que ha llegado el caso de exigir al Sr. Germán los diez mil pesos y sus intereses, es la segunda de las reglas que acabamos de transcribir. El Sr. Germán fue quien redactó sus posturas; el Sr. Germán prometió pagar los siete y los diez mil pesos, cuando se girasen las respectivas libranzas; el Sr. Germán distinguió esos pagos de la suma que debía entregar anualmente; y si tuvo la intención de estipular que aun los plazos relativos a los siete y los diez mil pesos no correrían sino desde el cumplimiento de todas las obligaciones impuestas al Síndico, debió explicarse clara e inequívocamente; advirtiendo que pagados los mil pesos de contado, no satisfaría ni un céntimo de intereses mientras no se le entregasen así medidos los predios como los títulos de propiedad y finiquitos de los censualistas. Sin esa explicación, ¿có-

mo iba ni a suponer el Síndico que la última parte de la postura era un subterfugio para eludir el pago de los intereses correspondientes a los diez mil pesos, y una estratagema para usufructuar predios gratuitamente?

V

Textualmente hemos transcrito la última parte de la postura, de donde deducen así el Alcalde Municipal como la Corte Superior que si bien el demandante tiene derecho para exigir el pago de los diez mil pesos e intereses, no así respecto a los mil pesos anuales.

Aceptando el vendedor aquella postura, se obligó a entregar:

- 1º Medidos los terrenos cuya extensión determinó el pedito Sr. Dn. Fidel Sosa:
- 2º Los títulos de propiedad; y
- 3º Los respectivos certificados de hipotecas y finiquitos de los censualistas.

VI

Principiemos por el examen de los hechos relacionados con la primera de aquellas obligaciones.

Al hablar el Sr. Sosa de la extensión de los predios se expresó en estos términos (fjs. 9—17): "Según las mediciones practicadas por los Sres. José Ariza y Mariano Villalobos tiene Romerillos la extensión de sesenta y cuatro caballerías. . . . , de las cuales se rebajan. . . . una cuadra, dos mil cuatrocientas cincuenta y tres varas cuadradas que el señor Valentín Núñez ha vendido. . . . Según la medición practicada por el Sr. Francisco Gallegos tiene este fundo (Santa Ana) la extensión de veinte y media caballerías. . . . Páramo. Este se halla en un cuerpo con el de la familia Berrezueta, y corresponde a esta hacienda tres acciones. . . . , las que se calculan en trescientas caballerías más o menos, de las cuales se rebajan veinte. . . ."

De manera que el deslinde de que se habló en el acta de remate, se refería precisamente al páramo de Santa Ana; y el vendedor se obligaba a entregar medidas las trescientas caballerías.

En virtud de lo estipulado en el contrato de venta, la mensura de los páramos debió ser simultánea con la entrega de los predios; pues así se deduce de las terminantísimas palabras de la postura: "Estos se entregarán, deslindados sus terrenos y páramos conforme a la extensión que consta de la última mensura hecha por el expresado Sr. Sosa, y lo que faltare de esa cabida se pagará según el valor de la tasación. . . . El Sr. Germán tenía, pues, perfectísimo derecho para exigir que se le entregasen los terrenos medidos; y mientras no principiases las gestiones a ello conducentes, pudo rechazar la recepción de las fincas, y exigir que, habiéndose constituido el vendedor en mora, se le compeliere al cumplimiento de las obligaciones y a la indemnización de todos los perjuicios. Esto era lo único compatible con la buena fe y con las estipulaciones expresadas, claras, terminantísimas del contrato. Pero el comprador que no consultaba a todo trance sino utilidad, procedió de otro modo.

A fjs. 18 vta. obra el escrito en que pidió se le entregasen los predios: "Rafael Germán a Ud. pido se sirva ordenar se me haga la entrega de los fundos Romerillos y Santa Ana , debiendo comisionarse para la entrega a cualesquiera de los jueces parroquiales de Machachi. A fin de que se verifique el cotejo de mejoras y peoras, conforme al acta de remate, nombro perito al Sr. Fidel Sosa; advirtiéndose que por lo que respecta al deslinde de los terrenos y páramos , lo pediré después de hecho el mencionado cotejo".

No tratando, pues, el Sr. Germán sino de entrar inmediatamente en posesión de las fincas compradas, prometió pedir el deslinde estipulado en el acta de remate.

El mismo 13 de agosto, fecha de aquel escrito, el juez se limitó a ordenar la entrega de los predios comisionando para ella a los jueces de Machachi.

Efectuóse la entrega de las fincas sin que le faltase a Dn. Rafael Germán ni una sola paja, por cuanto se le satisfizo el precio de las peoras. Afirma empero el comprador que no recibió los terrenos; esto es, que las casas estaban edificadas en el aire, las sementeras sembradas en el cielo, y los animales pacían en. . . . ¿Y en qué se funda para tales afirmaciones? En el acta de posesión extendida por uno de sus paniaguados, el juez parroquial de Machachi: "En virtud de la comisión. . . . he procedido. . . . a dar la posesión material de los fundos Romerillos y Santa Ana al Sr. Rafael Germán , advirtiéndose que en la posesión no se han comprendido los linderos de dichos fundos, pues habiéndose reservado dicho comprador, en el escrito en que

solicitó la posesión, pedir después el deslinde, ha quedado en esta parte pendiente la diligencia de la tradición.

La tradición pendiente es, por tanto, el único título en que Dn. Rafael funda sus pretensiones al usufructo gratuito de dos predios valiosísimos. La tradición pendiente es el pretexto para litigar y litigar después de quince años de entregados los predios, esto es, una época que basta para consolidar el dominio adquirido mediante un título traslativo y la respectiva inscripción.

El juez parroquial de Machachi no pudo ejercer más atribución que la de entregar el predio. La posesión material, frase bárbara empleada por el Código de enjuiciamientos, no consiste sino en la entrega efectiva de los predios comprados, practicándose el respectivo cotejo de inventarios; el cual sólo se refiere a los accesos que conforme el artículo 559 del Código civil se reputan inmuebles. Nadie ha tenido hasta ahora la peregrina ocurrencia de que al practicarse el cotejo de inventarios, esto es, la comparación de lo vendido con lo entregado, se proceda necesariamente a medir los terrenos y a recorrer los límites, y que a faltar eso no hay en realidad de verdad entrega.

La tradición legal y la posesión se confieren al comprador tan luego como el título se inscribe. Luego, la salvedad que, puesta por el juez Benítez, conceptúa Dn. Rafael como la obra maestra de su sabiduría, no es sino un ridículo pretexto, que si pudiera engañar a los jueces de Lloa o de Archidona, ante el Tribunal Supremo es prueba concluyente de cuán fecundo es el interés en arbitrios vituperables.

No se habían recibido los predios y sin embargo Dn. Rafael aprobaba el cotejo de inventarios; no se habían determinado los linderos y sin puntualizarse éstos no podía inscribirse el acta de remate.

Efectuóse, pues, la tradición legal de los inmuebles, así como la entrega efectiva de los mismos; de lo cual se deducen consecuencias tan trascendentales como decisivas.

VII

La principal de todas las consecuencias consiste en que se extinguió ya, por prescripción, el derecho de exigir la mensura de los terrenos.

Que la prescripción es uno de los puntos actualmente controvertidos, no ha podido desconocerlo ni el mismo Sr. Germán;

el cual se empeña en manifestar, no que el juez carece de competencia para decidirlo, sino que no transcurre aún el año legal, por cuanto no se ha efectuado hasta ahora la sobredicha mensura.

Y si es evidente que la prescripción es uno de los puntos controvertidos, evidente asimismo que ha expirado el plazo dentro del cual debió reclamar el Sr. Germán por la cabida que pudiera faltarle.

"Un predio rústico, — dice el artículo 1822 del Código civil, — puede venderse con relación a su cabida o como una especie o cuerpo cierto.—Se vende con relación a su cabida, siempre que ésta se expresa de cualquier modo en el contrato.....—Es indiferente que se fije un precio total, o que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresa, y del precio de cada medida.— Es asimismo indiferente que se exprese una cabida total o las cabidas de las varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio con tal que de estos datos resulten el precio total y la cabida total."

Si comparamos estas disposiciones con la postura del Sr. Germán, ni por un instante podremos desconocer que el predio se vendió con relación a su cabida; pues el comprador estipuló que se le entregarían los fundos medidos conforme al avalúo del Sr. Sosa, y que a faltar la extensión determinada en la mensura, se le devolvería el respectivo precio.

Ahora bien, el artículo 1823 encierra las reglas concernientes a la reclamación de la cabida determinada en la mensura; el 1824 se refiere al caso en que fijados los linderos, siendo ellos distintos, hay falta de cabida; y el artículo 1825 añade: "Las acciones dadas en los dos artículos precedentes, expiran al cabo de un año contado desde la entrega."

Conocidas son las razones que indujeron al legislador al establecer el brevísimo plazo de un año en que terminase todo cuanto atañe a la entrega de los predios. El comprador diligente, que los recibe, debe proceder en el acto a cerciorarse de si el predio es efectivamente tan extenso como lo manifiesta la respectiva escritura pública; o si los linderos son los mismos que en ella se puntualizan. El plazo de un año es más que suficiente para que el comprador llegue a conocer a ciencia cierta, si ha recibido lo estipulado en el contrato; y si no reclama, sólo él es responsable de su negligencia.

Los términos mismos empleados por el Sr. Germán en su última postura, le advertían que exigiera oportunamente la mensura de los fundos, para conocer si la cabida de que hablaba el Sr. Sosa era o no era exacta; y tanto más necesario era ello cuan-

to al pedir la entrega de los predios se reservó expresamente tal derecho.

Evidentísimo asimismo que la reserva del derecho llevaba consigo la promesa de ejercerlo en tiempo oportuno; pues aunque el Sr. Germán hubiese ignorado que esa acción se extinguía en un año, tal ignorancia no podía favorecerle.

Acaso se alegue que las estipulaciones del acta de remate modificaban lo dispuesto por la ley en cuanto a la tradición de los predios, y que por eso no corría el plazo de un año sino desde que la mensura estuviese terminada.

Pero ese argumento no tiene ninguna significación, si se atiende a la razón poderosísima cuanto decisiva de que todas las reglas concernientes a la prescripción son de derecho público, y no pueden ser modificadas por las partes.

Al comentar Troplong el artículo 1622 del Código francés, idéntico a nuestro artículo 1625, se expresa en estos términos: (*) "Las muy convenientes disposiciones del artículo 1622 deben aplicarse cuando la acción para completar o disminuir el precio nazca ya de los artículos 1616, 1617, 1618, 1619, 1620, 1621"; ya de estipulaciones especiales que las hubieran modificado.

"Es verdad que algunos fallos, distinguiendo entre los dos casos, han resuelto que la prescripción anual no puede aplicarse sino cuando la obligación relativa a la cabida tiene su origen en las disposiciones de la ley, mas no cuando esa obligación se determina por cláusulas especiales y derogatorias. . . . De todo punto insostenible es, a mi ver, tal sistema. Los términos de nuestro artículo son generales y unos mismos son los principios en que se funda el legislador así en el primero como en el segundo caso. No puede aceptarse que por haberse derogado la regla de la vigésima parte, después de veinticinco años se perturben, so pretexto de cabida, posesiones consolidadas con la buena fe, y se susciten controversias casi siempre insolubles; porque la división gradual de las propiedades, el fraccionamiento indefinido de los bienes raíces, los cambios de cerramientos, hacen imposible reconocer los límites antiguos.

"Veamos cuán fútiles son las razones en que se apoya tal jurisprudencia. El artículo 1622, dice, ya por el lugar en que está colocado, ya por la conexión con los artículos precedentes, no se refiere sino al ejercicio del derecho que concede. Eso es cierto, replicaríamos, y eso es precisamente lo que pugna con el sistema contrario. La razón es convincentísima.

(*) Vente, N° 391.

"El artículo 1616 obliga al vendedor a entregar la cabida declarada en el contrato (no se trata de la cosa misma sino de mayor o menor extensión); y esa obligación concede al comprador una acción, consecuencia de la acción *ex empto*.

"Por otra parte si el vendedor está obligado a entregar la cabida, no está obligado a entregar sino esa cabida mismo, y cuando hay exceso, el derecho natural exige que se conceda una acción paralela a la del comprador, esto es, para el aumento de precio.

"En cuanto atañe a los inmuebles, esas dos acciones, la del comprador y la del vendedor, no presuponen una precisión aritmética en la cabida: hay aquí a causa del *summum jus* modificaciones expresadas en el artículo 1616.

"Leyéndose los artículos que siguen al 1616, y que son su complemento y explicación, se ve que esas modificaciones tienen dos orígenes distintos: 1º Las disposiciones de la ley; y 2º Las estipulaciones de las partes.

"Decimos las estipulaciones de las partes, y eso es importante cuanto decisivo; pues el artículo 1619 las iguala a las disposiciones de la ley.

"Pues bien, ¿no se sigue de la referencia de los artículos 1616 y 1619, combinados con las estipulaciones de las partes, que los pactos privados no engendran sino la acción que todos los artículos del Código, desde el 1616 hasta el 1621, conceden para exigir el cumplimiento de las disposiciones de la ley? Cualquiera que sea la causa: ya estipulación, ya precepto del legislador, ¿no es siempre una acción para completar o disminuir el precio o para la resolución del contrato? ¿No se ve que no hay diferencia sino en la extensión, y ninguna en cuanto al derecho mismo? Por tanto, ¿no es siempre aplicable el artículo 1622, ya a causa de la generalidad y precisión de sus términos, ya por el objeto que se propone, ya en fin por su conexión con los artículos 1616 y siguientes, que, en el sistema que establecen, deducen idénticas consecuencias de la previsión del legislador que de la de los contratantes, sin conceder a ésta ninguna preferencia sobre aquélla?

"Evidente, pues, que todas esas distinciones que impugnan son esfuerzos de la arbitrariedad para eludir los preceptos de la ley. Cuando el legislador expresa, en el artículo 1616, que atenuará la severidad muy escrupuloso en el cálculo de la cabida, manifiesta que hay paridad de eficacia y alcance entre las que provienen de la ley, y de la libre voluntad de las partes: todas se declaran, u organizan por los artículos a que se refiere necesariamente el artículo 1622. Luego, lejos de que el caso de estipulaciones especiales derogue el artículo 1622, es menester decidir, al contrario, que esta circunstancia de cláusulas espe-

ciales sobre la cabida es una de las aplicaciones positivas, expresas, claramente previstas, así por los artículos 1616 a 1621, como por el artículo 1622, del cual son inseparablemente correlativas.

"Delvincourt enseña, —añade Dalloz, (*)— que la acción prescribe, no en un año, sino en treinta, cuando en vez de nacer meramente de los artículos 1617 y siguientes, se funda en las convenciones en que las partes han modificado los efectos de esos artículos. Pero esa opinión nos parece inadmisibles, y se ha rechazado por Vazielle, Duranton, Troplong, Duvergier, Marcadé, Massé et Vergé. El artículo 1622, en efecto, se expresa en términos cuya generalidad no comporta la restricción que Delvincourt pretende; y por otra parte, las razones que han inducido al legislador, a fijar un plazo tan corto de prescripción, son aplicables en ambos casos".

"¿Corre la prescripción, —pregunta Laurent, (**)— si el comprador no ha entrado en posesión después que la venta se ha perfeccionado? Debe distinguirse. Si el comprador puede pedir que se le tenga en posesión, el plazo corre contra él aunque de hecho haya un largo intervalo entre la venta y la posesión. . . . Pero cuando la posesión está subordinada al cumplimiento de una condición, el comprador no puede exigir la entrega, y contra él no corre la prescripción.

"La prescripción de año es aplicable cuando las partes han modificado las reglas que da el Código acerca de la cabida. En nuestro concepto es cierta la afirmativa; pues, a pesar de esas modificaciones no varia la esencia de la acción y subsisten las razones en que funda el legislador para fijar un plazo tan corto. . . . Se objeta que cuando las partes han modificado la ley, las acciones no nacen de ésta sino del contrato y que las acciones provenientes de la venta duran treinta años. Eso es argumentar mal: las acciones provenientes de falta o de exceso de cabida nacen siempre de la venta, y la ley se limita a prever lo que las partes hubieren estipulado. Por tanto, nada se altera en cuanto al principio de la acción cuando las partes modifican la ley, y, por ende, la prescripción es inalterable.

"¿Pueden las partes extender el plazo de un año fijado por el artículo 1622? Es evidente que no, pues toda prescripción es de derecho público, y los particulares no pueden modificar sus condiciones. En ese sentido, el artículo 2220 dice que no se puede renunciar de antemano la prescripción, pero la ley permite renunciar la prescripción ya adquirida. Los contratantes

(*) T. XLIII, N° 768.

(**) T. XXIV, Núms. 205—204.

pueden, pues, renunciar el beneficio de la extinción declarada por el artículo 1623 cuando se ha efectuado; pero anticipadamente no pueden prolongar el plazo".

Queda, pues, demostrado que aun cuando las partes se obligaron a entregar medidos los terrenos, tal estipulación no obstaba a que prescribiese la acción en un año, contado desde la entrega efectiva del predio.

Alégase que en febrero de 1882 presentó Dn. Rafael Germán el siguiente escrito (fjs. 55): "Según consta del acta de remate de los fundos Romerillos, Santa Ana y Páramo, no estoy obligado a pagar la parte del precio debido a plazos, ni corren los intereses, mientras no se cumpla con todas las condiciones que consta en dicha acta, una de las cuales y la más importante es la entrega de los terrenos de los citados fundos deslindados, y como, por la falta del deslinde necesario para que se verifique la entrega con arreglo a lo estipulado clara y expresamente en la referida acta, sufrirá perjuicio el concurso, puesto que no podrá recibir la indicada parte del precio, presento a Ud. este escrito para que, con citación del Síndico, se agregue a los autos, a fin de que no se crea después que pretendo demorar el pago injustamente, si me opongo a él cuando quiera tal vez exigírmelo antes de que se practique el deslinde; ya que cuando pedí la tradición material, me reservé expresamente el derecho de que los terrenos se me entreguen previo deslinde, como consta en los mismos autos".

Salta a la vista la mala fe del Sr. Germán. Cuando se trataba de que se le entregasen los predios, se comprometió a pedir, como debía hacerlo, que se procediera al deslinde para conocer si efectivamente tenían los páramos la extensión determinada en el avalúo del Sr. Sosa. Pero después de haber pasado el río, echó al olvido la promesa, y, en vez de solicitar el deslinde, limitóse a pedir, por mera precaución, se recordase al Síndico que los terrenos debían entregarse medidos y deslindados.

El Síndico Dr. Cárdenas contestó: "Cierto que es deber mío entregar deslindados los fundos Romerillos y Santa Ana al rematador Sr. Rafael Germán; pero también es cierto que con este mismo señor nos comprometimos a que se haga el deslinde por el Sr. Fidel Sosa, perito que tasó los sobredichos fundos y que verificó el cotejo de inventarios para la entrega. Que el Sr. Sosa haga el deslinde ha sido cosa del todo imposible, y continuará siéndolo por tiempo indefinido y muy largo; pues que así me lo ha dicho el Sr. Sosa a pesar de mis reiteradas instancias. Así, en virtud de la imposibilidad, . . . nombro para esta diligencia al Comandante José Rivadeneira. . . ."

Si bien es evidente que el Síndico, procediendo con la mayor

negligencia, reconoció una obligación ya prescrita, evidente también que tal reconocimiento no surtió otro efecto que el de interrumpir la prescripción; esto es, que desde entonces volviese a correr el año señalado por la ley para la prescripción.

Si hemos de hablar lisa y llanamente la verdad, el defensor de Dn. Rafael Germán no comprendió el importantísimo punto concerniente a la interrupción de la prescripción, cuando juzgó extemporáneas e impertinentes las observaciones que acerca de él se hicieron en el alegato de primera instancia.

Sea cual fuere la naturaleza de las acciones que de los derechos nacen, la prescripción puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente; y nadie ignora que la interrupción es natural si el deudor reconoce inequívocamente la obligación.

Ahora bien, cuando el Sr. Germán advertía al Síndico que no había cumplido éste la obligación de entregar deslindados los predios, y el Síndico reconocía que eso era cierto, hubo una interrupción meramente natural, porque ni por un instante pretendió el Sr. Germán deducir acción para que se efectuase el deslinde.

Tratándose de la prescripción de las acciones, la ley divide éstas en dos grandes grupos: 1º Acciones que se extinguen en más o menos tiempo, atenta la naturaleza de los derechos mismos prescindíendose de su prueba; y 2º Acciones que se prescriben en cortísimo tiempo porque el legislador juzga que, transcurrido, la prueba es en extremo difícil.

El primer grupo comprende todas las acciones, con excepción de las enumeradas en los artículos 2503 — 2509 del Código civil; las cuales forman el segundo grupo.

En cuanto a las acciones pertenecientes al primer grupo, la interrupción natural surte el efecto de que la prescripción comienza a contarse desde que cesó la causa de la interrupción; mas ella no altera la esencia de la acción ni, por lo mismo, el plazo en que la acción se extingue. Así, por ejemplo, si una de las partes ejecuta un acto del cual se deduce reconocimiento de la nulidad relativa de un contrato; aunque desde entonces se contarían los cuatro años, no pudiera sostener nadie que el reconocimiento surtió el efecto de extender a veinte años el término de la prescripción. De la misma manera, si un individuo escribe a otro que sí le ha despojado, y que por esto tiene éste derecho para deducir la respectiva acción posesoria, volvería a contarse desde entonces el año señalado en el artículo 911 del Código civil; y, transcurrido, quedaría ella prescrita.

Lo mismo se aplica a las acciones concedidas en los artículos 1823 y 1824 del Código civil.

No he hablado sino de la interrupción natural, porque las

reglas concernientes a la interrupción civil depende de la **perempción**. Mientras el litigio continúa sustanciándose, evidéntísimo que la prescripción queda interrumpida; mas, tan luego como transcurren los tres años, y el juez declara la prescripción, las cosas vuelven al mismo estado en que antes se hallaban, y la prescripción se cuenta prescindiéndose de la acción deducida contra el deudor o contra el poseedor.

Por tanto, desde el año 1882, en que el Síndico reconoció la obligación de medir terrenos, volvió a correr la prescripción anual; y por consecuencia, se extinguió ya el derecho de exigir la cabida determinada en el contrato.

Es de notar, Excmo. Sr., que aun en el casi imposible evento de que V. E. decidiera que por falta de los títulos de propiedad no se pudo demandar al Sr. Germán el pago de las sumas a plazos fijos; debería declararse la prescripción, porque ella es uno de los puntos controvertidos, y la ley impone al juez el deber de resolverlos todos en sentencia.

VIII

Como debemos hablar siempre lisa y llanamente la verdad, confesamos que no se han hallado otros títulos de dominio que los que ya obran en autos. Muy natural supusiese el Síndico que el Sr. Núñez, hombre versado en los negocios, conservase en su poder las escrituras públicas que justificasen el dominio de las fincas; pues si bien las leyes de Partida no exigían, para la venta de los bienes raíces, que constase ella de escritura pública; desde antiguo se había establecido entre nosotros la costumbre de extender un instrumento auténtico para hacer constar perpetuamente la propiedad de los inmuebles.

Pero si la obligación de entregar los títulos se vuelve absolutamente imposible porque las partes no pueden crearlos, ello no es motivo suficiente para declarar, como se ha declarado, que el Sr. Germán puede quedarse con las fincas y con el precio.

Como ya hemos observado, el contrato de venta es esencialmente bilateral y comutativo; de manera que ambas partes se obligan mutuamente a dar algo que se mira como el equivalente de lo que reciben.

Los predios se habían avaluado en más de treinta y cuatro mil pesos; el Sr. Germán no prometió satisfacer sino veintiséis mil quinientos, cantidad que, según el acuerdo de las partes, se consideraba como el equivalente exacto de lo que el compra-

don recibía; pues no siendo el avalúo sino una determinación aproximada del precio, la voluntad de las partes es la que lo fija de una manera irrevocable.

Celebrado el contrato, nacen de él dos acciones esencialísimas, conducentes a exigir la entrega de la cosa y el pago del precio.

Prescindiéndose del saneamiento, consecuencia natural de la obligación de entregar, todas las demás son accesorias.

Y aunque la obligación de entregar los títulos de propiedad fuese de tanta importancia, que sin ella las partes no hubieran contratado, esa obligación no desnaturaliza el contrato de venta, quitándole uno de los elementos esenciales: el precio.

De lo cual se deduce que si el comprador juzgase que en realidad de verdad no se ha efectuado la entrega de la finca por falta de los títulos de propiedad que garanticen el dominio, podría exigir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios; mas no que subsistiendo la venta se declare que no debe el precio.

Supóngase que según el acta de remate, hubiera estipulado el Sr. Germán que no pagaba de contado sino mil sures para los gastos de la subasta y todo lo demás dentro de un año, siempre que antes de vencerse el plazo se le entregasen los títulos de propiedad. Supóngase también que dentro del año se rindiese prueba plena de que no existen los títulos de propiedad, porque habiendo consistido éstos en instrumentos privados, perecieron en un incendio. Siendo evidente que no puede cumplirse la obligación de entregar los títulos de propiedad, ¿en qué estado se hallan las partes contratantes? ¿Alegaráse que es **condicional** la obligación de satisfacer el precio, y que no habiéndose cumplido la **condición**, el comprador puede adquirir el dominio sin satisfacer ni un céntimo?

No hemos de confundir nunca la condición, esto es, un suceso que según la mutua voluntad de las partes es futuro e incierto, con los hechos que ellas se obligan a ejecutar en virtud de las estipulaciones expresas del contrato.

Ningún estudiante de jurisprudencia confunde el contrato con las obligaciones que de él nacen. El contrato es el acuerdo de las partes acerca de lo que cada una debe dar, hacer o no hacer. Los contratos en ningún caso son condicionales, pues no se perfeccionan mientras las partes no se acuerdan definitiva e irrevocablemente.

La obligación es la que puede ser condicional, porque las partes la hacen depender de un suceso que, según lo estipulado, puede o no verificarse. Verificado, hay obligación; si no, el contrato no surte ningún efecto.

No ha de confundirse tampoco la **condición resolutoria**, que conforme al artículo 1479 del Código civil ya envuelta en todos los contratos bilaterales para el caso de no cumplirse lo pactado, con la condición suspensiva de que depende la existencia misma de la obligación; pues entre las dos condiciones hay la enorme diferencia de que la segunda obsta a la obligación, mientras que, cumplida la otra, se extinguen las obligaciones del contrato provenientes; o, lo que es lo mismo, mientras la condición resolutoria no se cumpla, la obligación es pura y simple, y de ella se prescinde absolutamente para determinar las consecuencias del contrato.

Concretándonos ya a la estipulación de entregar los títulos de propiedad, ¿cómo alegarse, Excmo. Sr., que el pago del precio dependía de una condición, y que, a faltar ésta, a nada quedaba obligado el comprador? ¿Cómo ni suponer que según la voluntad de las partes, el contrato era aleatorio, y que dependía el monto total del precio de un acontecimiento futuro e incierto, esto es, que si los títulos de propiedad no se entregasen, quedaría reducido el precio a diez y ocho mil pesos? El Sr. Germán mismo ha reconocido mil y mil veces que aun cuando no se le entregasen los títulos de propiedad, adeudó, desde el día en que se efectuó el contrato de venta, los veintiséis mil quinientos pesos fijados como precio, y que sólo la exigibilidad de los ocho mil quinientos últimos se suspende por la falta de los títulos de dominio. Luego, el comprador confiesa que ni por un instante supuso que la obligación de pagar el precio era condicional.

Pero como a cada paso incurre el Sr. Germán en las más palmarias contradicciones, sostiene también que siendo incierto e indeterminado el plazo, porque dependía de la entrega de los títulos de propiedad y de otros sucesos cuya realización podía verificarse en época desconocida, el pago de los ocho mil pesos dependía efectivamente de ciertas condiciones.

El artículo 1071 del Código civil divide los días en cuatro clases, entre las cuales se cuenta el día incierto e indeterminado que consiste en no saberse si ha de llegar ni cuándo, como el día en que una persona se case: Y el artículo 1073 añade: "El día incierto e indeterminado, es siempre una verdadera condición, y se sujeta a las reglas de las condiciones". ¿Será aplicable el artículo al presente caso? Evidentísimo que no; pues hay una muy notable diferencia entre la interpretación de las asignaciones testamentarias y la de los contratos. Aquéllas no dependen sino de la mera voluntad del testador; al paso que sean cuales fueren las palabras empleadas por los contratantes, se ha de atender a la voluntad que ambos hubieren manifestado claramente. Cuando el vendedor estipula que se ha de pagar el pre-

cio el día en que se entreguen los títulos de propiedad, es evidente que en la mente de ambas partes la entrega es un acontecimiento que debe verificarse necesariamente, porque de él depende la existencia misma del contrato. Siendo el precio, lo repetiré mil veces, uno de los elementos esenciales de la venta; si él falta, no hay contrato. Luego, la condición pugna con la voluntad manifestada de común acuerdo por ambas partes.

Para que el plazo se convierta en los contratos en verdadera condición, es menester que las partes den al contrato el carácter de aleatorio, haciendo depender la ganancia o pérdida de un acontecimiento que, según su voluntad, puede o no verificarse. "Le vendo a Ud. el predio A, —dice Pedro,— en veinticuatro mil sucres; no hace sino cinco años que lo poseo; el vendedor no me entregó títulos de propiedad; pero prometió entregármelos. Si cumple su promesa, y los entrego a Ud. me satisfará los veinticuatro mil sucres; mas, si hasta de aquí a ocho años no le doy a Ud. tales títulos, el precio queda reducido a doce mil sucres. Convengo en tal rebaja porque Ud. no podrá defenderse de las acciones reales que contra el predio se deduzcan; pues hemos de estipular expresamente que no me constituyo responsable del saneamiento por "evicción". Acéptase la propuesta, y se extiende la escritura pública. He aquí un contrato que participa de la naturaleza de los aleatorios, pues, según lo estipulado expresamente, varios de sus efectos sólo dependen de una mera casualidad.

Pongamos otro caso. Un padre va a casar a su hija de diez y ocho años, y concierta que el matrimonio se efectuará después de ocho meses. Deseando darle dote de dinero vende un predio en cuarenta mil sucres, estipulando que el precio se pagará en los siguientes plazos: diez mil sucres el día en que se efectúe el proyectado matrimonio, y los treinta mil sucres, a diez mil anuales corriendo estos plazos desde el mismo día del matrimonio. Tres meses después de celebrado el contrato de venta fallece la hija; y, dicho se está que no puede casarse. ¿Si el Sr. Germán fuese el comprador de la finca, pretendería que el contrato fue condicional, y que resultando fallida la condición, no debe ni un céntimo por el precio? Si tal pretendiese, se le opusieran razones convincentísimas: "Tanto Ud. como yo, —dijera el vendedor,— estuvimos ciertos de que el matrimonio se efectuaría precisamente, y no fijamos la fecha del matrimonio sino porque yo necesitaba entonces los primeros diez mil sucres. Lejos de prever Ud. la muerte de mi hija, estubo cierto de que tan luego como sé efectuó el contrato, me debía los cuarenta mil sucres y de que los plazos no obstaban sino a la exigibilidad de la obligación. Ud. supo que aún se había fijado el día.

para el casamiento, y que en ese mismo día debió pagarme, pues ni por un instante juzgamos Ud. y yo que celebráramos un contrato meramente aleatorio”.

Y las mismas razones militarían aun cuando no se hubiese fijado el día del matrimonio. Por lo cual el juez, en atención a las circunstancias, fijaría el plazo, ejerciendo la atribución puntualizada en el artículo 1484 del Código civil.

Queda, pues, demostrado que el Sr. Germán adeuda los ocho mil quinientos pesos con los respectivos intereses; y si los adeuda, la imposibilidad de entregar los títulos de dominio le da derecho, o bien para exigir la resolución del contrato, o bien la indemnización de perjuicios, mas no para quedarse como precio de los títulos, con tan ingente suma de dinero.

IX

Otra de las obligaciones, que según el acta de remate, contrajo el Síndico es la de entregar certificado de hipoteca y finiquito de los censualistas.

Cedidos los bienes de un deudor, todos los acreedores, ya deduzcan acciones personales, ya reales, provenientes de una hipoteca, prenda o censo, tienen de comparecer ante el juez del concurso, general o especial, a exigir el pago de lo que se les deba. Si no lo hacen, se extinguen sus derechos contra los bienes concursados, y no les queda más que la acción personal contra el deudor, para que le pague con los bienes que adquiriera posteriormente.

Y concretándonos a Romerillos y Santa Ana, consta de autos que la sentencia según la cual se declararon los derechos de los concursantes hipotecarios, no reconoció sino el crédito de los herederos del Dr. Meneses, y que, en cuanto a los censualistas se resolvió que no gozaban de privilegio por cuanto los censos no se habían inscrito.

¿Cómo teme, pues, el Sr. Germán que los predios estén gravados con hipotecas constituídas antes de formarse el concurso, y que los censualistas tengan derecho para deducir acciones reales por los réditos vencidos antes de la venta? A toda acción que pudiesen deducir los pretensos acreedores hipotecarios o censualistas, ¿no obstarían absolutamente el auto de formación de concurso, la notificación de éste en la forma legal, y las sentencias en que se declaran los derechos, ya de los acreedores de quinta clase, ya de los privilegiados?

El mismo Sr. Germán confiesa paladinamente, que en el eterno lapso de quince años, nadie ha pretendido exigirle ni un solo céntimo a pretexto de hipotecas o censos constituidos en las dos haciendas.

La regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe se aplica no sólo cuando se investiga la extensión de las obligaciones que de él nacen, sino también cuando se procura conocer la esencia misma de tales obligaciones.

La de entregar certificados de hipotecas o finiquitos de censualistas, consiste en justificarr que no hay contra los predios ninguna acción real proveniente de derechos anteriores a la venta. Y las sentencias expedidas así en el concurso general como en el de los acreedores hipotecarios, justifican plenamente, lo repito, que nadie puede perturbar al Sr. Germán la posesión de los dos predios comprados. Luego, la falta de certificados de hipotecas y de finiquitos de los censualistas, no es sino un pretexto sugerido por la codicia y la mala fe.

Razonar más largamente sobre un punto tan obvio, sería perder en vano el tiempo.

Espero, pues, que V. E. se digne confirmar la sentencia recurrida, en cuanto condena al Sr. Germán al pago de los diez mil pesos y de los intereses del seis por ciento, y la revoque en cuanto le absuelve de la obligación de satisfacer, también con los respectivos intereses, los ocho mil quinientos pesos a plazos anuales.

Espero además que conforme al artículo 395 del Código de enjuiciamientos, V. E. condene al Sr. Germán en las costas de todas tres instancias.

LUIS F. BORJA

VIII

**Causa seguida por la Señora Mercedes Valdivieso contra el
Señor Tomás Cobo, sobre aguas**

1900

EFFECTOS DE LA PARTICION DE UNA
HERENCIA

Excmo. Señor

Como es de grande importancia la causa que sobre propiedad de aguas sigue mi comitente, don César T. Alvarez, contra don Tomás Cobo, voy a examinarla de nuevo en todos sus aspectos.

I

Nada más necesario que determinar con toda exactitud los puntos puestos por las partes en tela de juicio.

"Me presento en legal forma" (leo a la foja 1^a) "demandando al Sr. Tomás Cobo para que el Juzgado se sirva declarar que las aguas del río Blanco y sus afluentes son de la exclusiva propiedad de la Sra. Mercedes Valdivieso, ya POR UN DERECHO HEREDITARIO, ya por conservar bocacaces que dan un derecho preferente, ya porque en juicio contradictorio san sido

declaradas de su exclusiva propiedad; motivo por el cual no puede el Sr. Cobo desviarlas o apropiarse para su provecho, sin grave menoscabo de la propiedad y derechos de la Sra. Valdivieso".

La acción deducida por doña Mercedes Valdivieso, entonces dueño de Llangagua, conduce, pues, a exigir se declare que el Sr. Cobo no puede disponer en manera alguna de las aguas del río Blanco; porque la misma Sra. tiene en ellas un derecho indisputable, fundado en títulos de propiedad, en la ocupación anterior a la del Sr. Cobo, y en una sentencia que, pronunciada por el primer Tribunal de la República, declaró que efectivamente había adquirido aquella Sra., por derecho hereditario, el dominio de tales aguas.

Si bien el Sr. Cobo aparentó que daba una contestación absolutamente negativa, antepuso una afirmación que en el actual litigio es de suma importancia. "La negativa del Dr. Vásconez", dijo al contestar la demanda (fs. 9) "a exhibir los títulos de propiedad sobre las aguas del río Blanco, me ha dado la convicción profunda de que no tenía tales títulos, ni puede tenerlos; toda vez que las aguas que corren por cauces naturales son de uso público. . . . , y ya que el uso que he hecho de una INSIGNIFICANTE CANTIDAD DE ESE GRANDE CAUDAL DE AGUAS lo he hecho con autorización de la ley en el Art. 862 del citado Código. Por tanto niego en absoluto los fundamentos en los que apoya el demandante su acción por creer que las aguas del río Blanco que naturalmente corren por un cauce también natural, sea de la exclusiva propiedad de su poderdante".

La negativa absoluta fué, insisto en ello, mera consecuencia de la afirmación anterior, esto es, que había hecho uso, no de la totalidad ni de la mayor parte de las aguas, sino de una INSIGNIFICANTE PORCIÓN DE LAS MISMAS; lo cual pone en claro que tratándose de la aplicación del Art. 862, a D. Tomás Cobo le incumbe la prueba de que procedió a ocupar las aguas en virtud del propio artículo; y que, rendida esa prueba, no podían en ningún caso los tribunales declararle dueño de las aguas sino en cuanto a la porción de que, según nos dice, ha hecho uso; porción que el mismo D. Tomás califica de INSIGNIFICANTÍSIMA.

Cuando analizamos la acción y las excepciones, hemos de pesar las palabras de la demanda y la contestación como si fuesen diamantes; pues las partes se proponen en esos escritos, que son las bases fundamentales del litigio, determinar con toda exactitud y precisión los puntos controvertidos, para que ellos y sólo ellos sean resueltos en la sentencia. Después de tal afir-

mación, explícita, clara, terminantísima, que no podía suscitar ni la más leve duda, nada importa que el mismo D. Tomás pretendiese, en su alegato, que en vez de haber hecho uso de una insignificante porción de agua, tiene derecho a todas, porque, según dice, tomó posesión de las mismas antes que Dña. Mercedes Valdivieso. ¿Admitiría ahora V. E. el ridículo cuanto absurdo pretexto, sugerido por la más refinada malicia, de que no fue excepción lo expuesto por D. Tomás Cobo al contestar la demanda, afirmando que no había usado sino de una insignificantísima porción de las aguas? ¿Será cierto que ello no fue sino una promesa de D. Tomás Cobo para que se le dejara pasar el río Blanco, y que, pasado, podría revocarla a su arbitrio?

Léase muy atentamente la contestación de D. Tomás Cobo, examínese a la luz de la verdad, reflexiónese en ella con serena calma, y se verá que las dos partes de la contestación se hallan tan íntimamente ligadas, que no pueden separarse sin que se altere su sentido: D. Tomás afirma que no ha tomado posesión sino de una insignificantísima cantidad de agua; que esa posesión se ha efectuado en virtud de los Arts. 584 y 862 del Código civil; y que por eso niega los pretensos derechos de la señora doña Mercedes Valdivieso.

Si D. Tomás hubiese aseverado que por contrato de venta adquirió el dominio de las aguas, y que por eso negaba todos los fundamentos de la demanda, ¿hubiera podido prescindirse en la sentencia de los títulos con que debió justificar D. Tomás el contrato de venta? ¿No hubiera sido de todo punto injurídico y absurdo que después alegase el Sr. Cobo que su contestación se limitó a una negativa absoluta, y que por eso afirmaba que no había comprado tales aguas y que las ocupó en virtud de las leyes que declaran que todos los ríos y demás aguas que corren por cauces naturales son bienes nacionales de uso público?

Supóngase que tan luego como D. Tomás Cobo contestó la demanda, la Sra. Valdivieso hubiese dicho: "En vista de la contestación, expongo que no conviniéndome entrar en los gastos y molestias inherentes a un litigio, accedo a todo cuanto el señor Cobo exige. Afirma este señor que ha tomado posesión de una insignificantísima parte de las aguas del río Blanco, y que hay un considerable sobrante del cual puedo aprovechar yo para el cultivo de la hacienda de Llangagua. Por tanto, dé Ud. señor Juez, por terminado el litigio, y ordene que medidas las aguas que actualmente posee el Sr. Cobo, se conduzcan por el respectivo cauce, declarándose que en lo sucesivo no podrá apropiarse de las demás, porque tengo actualmente cauces para conducir todas las que sobren".

Puesto en conocimiento del Sr. Cobo el escrito de la Sra.

Valdivieso, D. Tomás, ¿qué hubiera podido replicar? No tenía sino dos medios: o bien aceptar en todas sus partes la proposición de la Sra. Valdivieso, o bien denegarse a convenir en ella. Aceptada, terminábase el litigio, y podía conducirse por el cauce LA INSIGNIFICANTE CANTIDAD DE AGUA puntualizada en la contestación.

Y salta a la vista que el reo no hubiera podido denegarse a convenir en la proposición de la Sra. Valdivieso, sino manifestando que procedía con la más incalificable mala fe. "No acepto, hubiera dicho" tal proposición; porque si bien expuse que no poseía sino INSIGNIFICANTE CANTIDAD DE AGUA, ello es una falsedad en que incurri sólo por explorar el campo, y sólo por conocer si en realidad la Sra. Valdivieso tenía títulos. Mentira, pues, que he poseído poquísimas aguas; poseo toda la del río Blanco, tengo derecho a llevarla toda, aunque también afirmé que el río es caudalósísimo, y declare U. en la sentencia que la Sra. Valdivieso no podrá conducir aguas por los cauces que ha hecho construir sino en el evento, muy incierto en verdad, de que yo le deje pasar algunas pajas; y eso por ahora, pues a medida que mis facultades pecuniarias me lo permitan, iré ensanchando más y más el cauce, puesto que en la provincia de Tungurahua el río Blanco puede convertirse en el de la Plata. ¿No es evidéntísimo que a pesar de la oposición del señor Cobo se hubiera dado por terminado el pleito; pues que la Sra. Valdivieso hubiera podido aceptar la contestación como confesión, y exigir que, aplicándose el Art. 276 del Código de enjuiciamientos, se declare concluida la litis y se pronuncie sentencia?

Y como las pruebas que se han rendido no pueden alterar ni en lo más mínimo la esencia de las acciones y excepciones, síguese que subsisten ellas, y que, por tanto, no se ha controvertido sino el derecho del Sr. Cobo a la insignificantísima cantidad de agua que, según lo aseveró, había poseído para el cultivo de su hacienda.

He insistido en este punto, no porque ni por un instante ponga en duda que la Sra. Valdivieso tiene perfectísimo derecho al dominio de todas las aguas del arroyo o riachuelo llamado río Blanco, ya por haberlas adquirido de D. Antonio Valdivieso, ya porque la sentencia expedida por la Excma. Corte Suprema en la causa contra el Sr. Albornoz es un título incontrovertible; sino porque el defensor debe preverlo todo, sin dejar desapercibido nada de lo que pueda conducir al buen éxito, siquiera en parte, del litigio que se le ha encomendado, y que debe sostener con más esmero que si se tratase de sus intereses propios.

II

Examinemos ya el título presentado por D^a Mercedes Valdivieso para justificar el dominio de las aguas del río Blanco.

"En Quito, a 30 de diciembre de 1864. . . ."

Más de veinte años habían transcurrido desde que se adjudicaron a D. Antonio Valdivieso, como accesorios del Llangagua, todas las aguas del río Blanco; y aun prescindiéndose del derecho hereditario, la prescripción habría bastado para la adquisición del dominio; el cual nadie puede disputar ahora a los herederos de D. Antonio Valdivieso. Según el Art. 2479 del Código civil las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente así al Estado como a los particulares. Luego, diez años de posesión y justo título habrían bastado, lo repito, para que la Sra. Valdivieso adquiriese, por prescripción, el dominio de las aguas.

Al principiarse la propia escritura pública se expresó que intervenían menores y, por lo mismo, es evidente que no estando autorizados por el Juez, no podían proceder a la partición sino observándose las respectivas solemnidades; entre las cuales se cuenta la designación de un abogado Partidor. Pero ya lo declaró la misma Corte Suprema, fundándose en leyes claras cuanto terminantísimas, que la partición no adolecía sino de nulidad relativa; la cual no puede ser alegada sino por las personas en cuyo beneficio se ha establecido; esto es, por los menores que no podían intervenir en la partición ni representados por sus guardadores. ¿En qué pudiera fundarse ahora D. Tomás Cobo para alegar la nulidad que, treinta años ha, favorecía a los menores Chiribogas? Increíble, pues, que en el manifiesto de segunda instancia insista el Sr. Dr. Fernández en la anómala, ridícula especie de que la partición no podía surtir efecto porque intervinieron en ella menores.

Continúa la escritura. "Las haciendas de Llangagua, Loma Gorda, Salado, Yachapuchán quedan adjudicadas al Sr. D. Antonio Valdivieso. . . . Los linderos de Cununyacu. . . . son los que van expresados. . . . y constan en los autos de posesión. **TODAS LAS AGUAS DEL RIO BLANCO QUEDAN DE LA EXCLUSIVA PROPIEDAD DEL SEÑOR ANTONIO VALDIVIESO**, incluyéndose en éstas las que quisieron sacar los Sres. Vásconez y Ruiz. Las de los otros linderos son comunes al Sr. Valdivieso y al Sr. Freile, y las otras son del dueño del terreno de donde nacen".

No puede darse un título más incontrovertible. Los herederos de D^a Buenaventura Chiriboga, lejos de transmitir al Sr. Val-

divieso el dominio de las aguas, reconocen que todas las adquirieron a virtud de la sucesión por causa de muerte, y DECLARAN que las adjudican al Sor. Antonio Valdivieso.

Y digo que le reconocieron el dominio, porque, según lo observó antes, la partición, en vez de título traslativo de propiedad, es meramente DECLARATIVO.

Esta aserción fundada en el sistema del Código civil, le ha sorprendido al defensor del Sr. Tomás Cobo "califica el Dr. Borja" (dice a fs. 257 vta.) "el instrumento de adjudicación como título declarativo de dominio y no como traslativo. En este modo de raciocinar. . . . , lo que se nota a primera vista es que ha tratado de confundir las palabras de la ley. . . . por esto es que, pasando como sobre ascuas, no se detiene en el punto que aborda, y trae a relación lo del Código francés. Yo, que soy escrupuloso en examinar. . . . , he visto en el Código civil, Art. 577, que los modos de adquirir el dominio son, entre otros, la sucesión por causa de muerte. Hé aquí que el Dr. Borja ha cometido un grave error. . . . al decir que la partición es un acto puramente declarativo de la propiedad. No Excmo. Señor, es ADQUISITIVO DE DOMINIO, porque así lo CALIFICA LA LEY. . . ."

AMICUS PLATO, SED MAGIS AMICA VERITAS. De todo corazón estimé al Sr. Dr. Fernández, caballero a carta cabal y patricio distinguido, que prestó importantísimos servicios a la causa de la libertad. Pero siempre tuve por cierto que habiéndose ocupado principalmente en la agricultura y los negocios, no tuvo tiempo para el estudio de la vastísima cuanto muy difícil ciencia del Derecho. Y el trozo que acabo de copiar me saca verdadero; pues manifiesta que el Dr. D. Constantino, aunque procuró trabajar esmeradamente el manifiesto en defensa de D. Tomás Cobo, no demostró la verdad porque no conocía el sistema de nuestro Código civil; el cual, siguiendo el del Código francés se aparta absolutamente de las reglas que había aprendido el Sr. Dr. Fernández al estudiar en las aulas a Heinecio y a Sala-Miño.

El Art. 1334, que cité en el alegato de primera instancia, no puede ser más claro, ni más terminante: "cada signatario SE REPUTA HABER SUCEDIDO INMEDIATA Y EXCLUSIVAMENTE AL DIFUNTO, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. Ese artículo es traducción casi literal del Art. 883 del Código francés: "Chaque coheritier est censé avoir succédé seul et immédiatement a tous los effets compris dans son lot, ou á lui échus sur licitation et n' avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession".

Pothier, que fué el guía a quien siguieron los redactores del Código de Napoleón, había enseñado ya esa doctrina. "Según los principios del Derecho Romano", dice, "distintos en esto de los principios de nuestro Derecho, la partición entre coherederos. . . . era una especie de contrato de permuta, por el cual se reputaba haberse cambiado la cuota indivisa que yo tenía en las cosas que te correspondían en tu lote por la cuota que tenías en las cosas que se comprenden en el mío. . . .

"Según ese principio decide Ulpiano, en la Ley VI § VIII D., *Communi Dividundo*, que mi acreedor conserva su hipoteca en la parte que yo tenía antes de la división en las cosas pertenecientes a tu lote; porque reputándose que yo te he dado esa parte y que de mí la adquiriste en la partición, no puedes haberla adquirido sino como yo la poseía y con las hipotecas de mis acreedores.

"Conforme a los principios de nuestro Derecho francés, MUY OPUESTOS A LOS DEL DERECHO ROMANO, la partición no tiene analogía alguna con el contrato de permuta, ni es acto en que los copartícipes ceden algo unos a otros. La partición según nuestros principios, no es sino un acto que determina la parte indeterminada que, antes de la partición, tenía cada coheredero en la masa que se ha dividido, circunscribiéndola a las cosas que corresponden a su lote.

"Antes de la partición cada uno de los copartícipes tenía una cuota en la masa divisible, cuota que es de todo punto incierta e indeterminada respecto a las cosas de que esa parte se compone. Y sólo en virtud de la partición se determinan las cosas que se le asignan: se presupone que tal lote no constó desde el principio sino de esas cosas, y que no comprende nada de lo que corresponde a los otros lotes.

"Por ejemplo, cuando los coherederos dividen los bienes de una sucesión, la partición determina tanto la parte de cada uno de los herederos en las cosas comprendidas en su lote, que cada uno de ellos se reputa haber sucedido al difunto desde el instante de la muerte en la totalidad de dichas cosas, y no haber sucedido en ninguna de las comprendidas en los otros lotes.

"Igualmente, cuando algunos han sido colegatarios de una heredad y después la dividen, se reputa que cada uno es el único legatario de lo comprendido en su lote, y no haber sido legatario de las cosas que forman los demás lotes.

"Lo cual se verifica aunque la partición se efectúe dándose un saldo en dinero o en rentas. Aquel a quien corresponde el lote más valioso, se reputa haber sido heredero o legatario de todo lo que en el lote se comprende, obligándose a pagar un saldo; y se presume que aquel a quien corresponde el lote menos importante, no ha sido heredero o legatario sino de las

cosas en él comprendidas mediante el saldo que la satisfacen sus copartícipes.

"Según estos principios, es evidente que la partición es un acto que no tiene analogía con el contrato de permuta ni con el de venta bien se efectúe con o sin saldo en dinero; porque LA PARTICION NO ES TITULO DE ADQUISICION; propiamente no se adquiere nada por la partición entre los coherederos; y el efecto de la partición se reduce a determinar las cosas a que tenía yo derecho; las cuales eran indeterminadas" (—)

Ni el más pertinaz escéptico pudiera poner en duda que el Art. 863 del Código francés es mero resumen de la doctrina de Pothier, y que el Art. 1334 del Código ecuatoriano, es traducción del Art. 883. Luego, la partición no es TITULO TRASLATIVO sino TITULO DECLARATIVO DE PROPIEDAD" (—)

Ninguna doctrina más generalmente reconocida por todos los comentadores notables del Código de Napoleón.

"El principal efecto de la partición", dice Merlin, "es determinar el lote de cada uno de los coherederos, y restringirlo a los efectos que en él le corresponde; de manera que cada coheredero se reputa haber sucedido al difunto exclusivamente en esos efectos. La partición no debe considerarse, pues, como título de adquisición, según el cual un coheredero adquiere de sus coherederos las porciones indivisas que, antes de ella, tenían en los efectos que le son adjudicados; es un mero ACTO DECLARATIVO de la propiedad de las cosas en que cada coheredero ha sucedido. Hasta la partición, cada coheredero tenía un derecho indiviso en el todo, de manera que todo le pertenecía sin que ninguna parte le perteneciese especialmente; pero como la partición determina lo que debe pertenecer a cada coheredero, fija su propiedad exclusiva y le convierte en propietario absoluto de cuanto se le adjudica.

"El art. 883 DEL CODIGO CIVIL CONFIRMA, DE LA MANERA MAS PRECISA, ESA REGLA DE NUESTRO ANTIGUO DERECHO. . . . (1)

"El principal efecto de la partición", añade Dalloz, "es el determinado por el Art. 883". Y después de copiarlo añade: "Por esa razón la partición se califica por los autores como declarativa y no traslativa de propiedad. En virtud de la regla: LE MORT SAISIT LE VIF, el heredero se reputa propietario de su lote desde el instante en que la sucesión se abre, y la partición no sirve sino para declarar cuál es ese lote. . . . En el Derecho romano la partición se consideraba como una adquisición que

(—) Venté, N° 630.

(1) Partage, § VI.

cada coheredero hacía de las partes indivisas de sus coherederos en los objetos comprendidos en su lote (1).

Oigamos a Laurent. "Según el Derecho Romano, la partición era atributiva o traslativa de propiedad, siendo un título como la permuta o la venta. La partición pone término a la indivisión. ¿Y qué es la indivisión? Si dos herederos poseen proindiviso cierta extensión de terreno, cada uno es propietario proindiviso, esto es, cada uno es dueño de toda la extensión a prorrata de su cuota hereditaria. Pero una propiedad no dividida, que no se refiere a una parte determinada de la finca; por lo cual se refiere a todas las particillas del fundo indiviso. La partición determina la extensión que pertenece a cada uno de los herederos de una manera exclusiva. Pedro, uno de ellos, deja de ser propietario de la parte adjudicada a Pablo, su coheredero, y Pablo no es ya dueño de la parte adjudicada a Pedro. Se efectúa, pues, una permuta de la copropiedad indivisa de todo el fundo por la propiedad dividida de una parte del mismo. Ahora bien, la permuta es un acto traslativo de propiedad; luego la partición es un acto por el cual la propiedad se adjudica o transfiere a cada uno de los coparticipes. En ese sentido, es atributivo o traslativo de propiedad. . . ."

"Según el Derecho francés" (continúa) "la partición no es atributiva de propiedad, sino DECLARATIVA, esto es, se reputa que cada heredero sucede siempre sola e inmediatamente en todos los efectos comprendidos en su lote o adjudicados en licitación, y que no ha tenido nunca el dominio de los otros efectos de la sucesión. Así, el coheredero no adquiere nada de su copartípe, y nada le trasmite; la propiedad indivisa se extingue por la partición como si nunca hubiese habido. Desde la apertura de la sucesión cada copartípe tiene su derecho del difunto mismo o de la ley que le trasmite la propiedad de todos los bienes que forman su lote. La partición se limita a declarar qué bienes son los que han pertenecido siempre al copartípe; y siendo exclusiva la propiedad de cada uno de ellos, ninguno tuvo nunca el dominio de los efectos no comprendidos en su lote (2).

Lo mismo enseñan Demolombe (3), Zachariae (edición de Marsé y Vergé) (4) y de Aubry et Rau, (5) Delvincourt . . . (6).

He demostrado, pues, que el Sr. Dr. Fernández fué quien incurrió en un error tan grave, que no se le disculpara a ningún

(1) Sucesión, N° 2078.

(2) X, 393, 394.

(3) XVIII 254. (4) II. § 392. (5) VI. § 625.. (6) I. P. 51.

estudiante que con mediana inteligencia y aplicación concurre ahora a las clases de Derecho civil.

También incurre el Sr. Dr. Fernández en el garrafalísimo error de confundir la partición con el título traslativo de dominio llamado sucesión por causa de muerte.

Tan luego como falleció Da. Buenaventura Chiriboga, sus herederos adquirieron el dominio y posesión de todos los bienes comprendidos en la herencia; dominio y posesión que se les transmitió por el ministerio de la ley. En ese sentido sí que la sucesión por causa de muerte es modo de adquirir el dominio y un título traslativo; pero la partición, como ya lo hemos visto, se limita a declarar qué bienes correspondieron, a virtud de la sucesión, a cada uno de los copartícipes; y como el citado art. 1334 del Código civil da a la partición efecto retroactivo, cada heredero es dueño absoluto de los bienes adjudicados, desde el instante en que fallece la persona de cuya sucesión se trata, y no ha tenido nunca derecho alguno en los otros bienes de la sucesión".

Hay además la circunstancia tan importante como decisiva de que aun cuando hubiese sido cierto que los herederos de Da. Buenaventura Chiriboga no fueron dueños de las aguas del río Blanco, estaría plenamente justificado el derecho hereditario de Da. Mercedes Valdivieso; la cual sucedió no a Da. Buenaventura Chiriboga, sino a su padre D. Antonio Valdivieso. Y si en la partición de los bienes de Da. Buenaventura Chiriboga se adjudicaron a D. Antonio las aguas íntegras del río Blanco, ¿cómo puede desconocerse que D. Antonio Valdivieso las transmitió a sus herederos?

La especie de que D. Antonio Valdivieso no se las transmitió, porque no se comprendieron ellas en el respectivo inventario, no pasa de un solemne disparate, porque en un fundo se comprenden precisamente todos sus accesorios, ya consten o no consten del inventario. El fundo de Llangagua había permanecido muchos años casi inculto; cuando falleció D. Antonio Valdivieso no se hacía uso sino de una corta porción de las aguas; era menester, para conducir las todas, abrir la respectiva acequia, y por lo mismo los herederos pudieron dejar desapercibido el precio que en 1870 tenían las aguas; porque ellas no aumentarían el valor del fundo sino en caso de que los dueños del mismo emprendiesen en obras costosas para aprovechar de tales aguas. Pero no hay ninguna ley ni principio alguno que declare REX NULLIUS las cosas no comprendidas en un inventario, o que la omisión de las mismas extingue el dominio de todos los accesorios de un fundo. Si, por ejemplo, se descubriese en Llangagua una cantera de piedra pómez, que pudiese dar ingentísima riqueza, sos-

tuviera el señor Cobo que el dueño de aquella hacienda no lo es de la cantera porque no se comprendió ésta en el inventario formado cuando la muerte del Sr. Valdivieso.

Los herederos de D. Antonio tuvieron pleno conocimiento de que a ese señor se le habían adjudicado todas las aguas del río Blanco; que en virtud de la adjudicación, había transmitido el derecho de disponer de ellas a su arbitrio; pero cuando se avaluaron las haciendas ese derecho, es menester confesarlo, no tenía la importancia que ahora tiene. Sabido es que de poco tiempo a esta parte se ha despertado el deseo de apropiarse de las aguas que corren por cauces naturales, para destinarlas, ya al uso de los predios, ya al uso de los habitantes de ciertas comarcas, los cuales las toman en arrendamiento pagando pensiones que hoy forman una verdadera riqueza. El Sr. Cobo mismo tiene las aguas suficientes para el riego de sus predios, y no trata de apoderarse de las del río Blanco sino para especular con ellas dándolas en arrendamiento.

"Bien sabe el ilustrado jurisconsulto que en esta causa interviene como asesor" (añadí en primera instancia) "que desde la promulgación del Código civil la partición, en vez de acto traslativo de propiedad, es meramente declarativo. La posesión de la herencia, dice el art. 710, se transmite por el ministerio de la ley al heredero; de suerte que ni un instante vaca tal posesión. Este principio es mera consecuencia del que estableció el Código francés, tomándolo, no de las leyes romanas. . . . sino de los fueros antiguos (coutumes), que exprimían tal regla con toda precisión diciendo: "Le mort saisit le vif", esto es, el difunto mismo entrega la herencia al heredero, el cual la aprehende inmediatamente".

Ahora bien, el defensor del Sr. Cobo replica, a fojas 258: "Conforme a la ley es aquello de que la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida; mas el doctor Borja al citar el art. 710 del Código civil ha cambiado la frase "se adquiere", con la de "se transmite", que desde luego contiene inmensa diferencia: transmitir, significa una cosa, adquirir, otra muy distinta; pero no quiero entremeterme en discusiones del lenguaje, y sigo con lo principal. Una pregunta se me ocurre: ¿por qué el Sr. Dor. Borja habrá cambiado las palabras en ambos artículos? Yo creo que cuando se citan las leyes deben transcribirse con absoluta exactitud las palabras, a fin de no caer en el feo caso de que le cojan en. . . . descuido, que es tanto más notable cuanto más ilustrada es la persona que trata de alterar el sentido de la ley con el cambio de palabras, puesto que el legislador, al dar leyes, cuida de usar las palabras en su genuino y verdadero sentido".

No puedo dejar desapercibida la imputación de que me he propuesto alterar el sentido de la ley. El abogado se agarra aún de las espinas. Tanto el señor doctor Fernández como el señor doctor Salazar levantaron una polvareda porque refiriéndome al art. 710 del Código civil empleé las palabras SE TRASMITE en vez de SE ADQUIERE.

Obsérvese ante todo que lejos de citar yo textualmente las palabras de la ley, me limitaba a exponerlas como las entendía; y, en mi concepto, aunque varíen las voces, se enunciaban dos ideas del todo idénticas. "La posesión de la herencia SE TRASMITE, por el ministerio de la ley al heredero". ¿Cómo hallar diferencia, y diferencia que pueda influir en los derechos, entre el pensamiento enunciado por el legislador y la idea que acerca del mismo pensamiento me he formado yo? ¿No le es potestativo al jurisconsulto interpretar la ley, aplicándola a los casos concretos de que se trata? El art. 710 emplea la forma pasiva SE ADQUIERE, refiriendo la adquisición al heredero; porque lo importante, al establecer la regla, consistía en determinar quién era el que adquiriría la posesión; mas tratándose de la posesión misma de la herencia y de la manera de efectuarse la entrega de ella, que era lo que a mí me correspondía examinar, no puede ponerse en duda que según el art. 710, la herencia se trasmite por el ministerio de la ley al heredero; porque la ley misma, sin que esté ejecute acto alguno, es la que dá la posesión; pues nadie ignora que la aceptación de la herencia se retrotrae al instante en que fallece la persona de cuya sucesión se trata.

Tan cierto es lo que acabo de exponer, que el art. 677, que en su inciso primero enuncia una idea idéntica a la del art. 710, si bien examinada en otro aspecto, emplea casi los propios términos de que me serví en el alegato: "En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella SE CONFIERE POR EL MINISTERIO DE LA LEY AL HEREDERO". ¿Y qué diferencia esencial hay, en el presente caso, entre conferir la posesión y transmitir la posesión? Los actos de conferir y transmitir no significan que la posesión que tenía el difunto pasa al heredero por el ministerio de la ley, tan luego como la sucesión se abre?

Para convencerse de que no hallaba yo diferencia alguna entre adquirir y transmitir, en cuanto a lo esencial de la disposición de la ley, basta observar que en el párrafo siguiente al anotado, glosado, comentado, objetado y censurado por el Sr. Dr. Fernández, me expreso en estos términos: "De ahí que el Código francés y el chileno, a diferencia de los Códigos romanos y españoles, no reconocen sino los interdictos de conservar y de recu-

perar la posesión; pues que ésta SE ADQUIERE, lo repito, por el ministerio de la ley. De ahí también que según el art. 910 de nuestro Código civil el heredero tiene las mismas acciones posesorias que tendría su antecesor si viviese".

Hablándose de acciones posesorias sí que venía a cuento investigar quién HABIA ADQUIRIDO LA POSESION, y por eso empecé las mismas palabras de que la ley se vale.

La controversia sobre el sentido de las palabras nos ha manifestado, pues, que ya se empleen las de transmitir, conferir, adquirir, la idea esencialmente es una misma, expresada con tanta energía como precisión, lo repetiré mil veces, por los fueros de Francia, especialmente por el de Orleans: "Le mort saisit le vif".

Objétase también que el instrumento de partición no es prueba porque no fué inscrito en el registro del anotador de hipotecas.

Para evitar referencias, casi siempre enojosas, permítaseme copiar, acerca de este punto, lo expuesto en mi alegato de primera instancia. "Inconcuso también el principio declarado por la Excma. Corte Suprema", dije a fs. 243, "esto es, que mientras no se expidió tal Reglamento, no fué necesaria la inscripción.

"A primera vista presenta la cuestión dificultades; pero es clara, en extremo sencilla, a estudiarse con atención las respectivas disposiciones legales.

"Sabido es que el Reglamento que en Colombia se expidió el año 1826, tuvo dos objetos del todo diversos: 1º Crear un impuesto en beneficio del Erario; y 2º Determinar con claridad y precisión todo lo concerniente a la anotación de las hipotecas.

"Las escrituras de venta, donación, arrendamiento, etc., etc., no se inscribían sino para que el Fisco percibiese los respectivos derechos; pues nadie ignora que ni la venta de bienes raíces, ni la donación eran contratos solemnes; y que la tradición se efectuaba por la entrega efectiva, lo cual simbolizaban los rudos escribanos de entonces, haciendo revolver a nuestros inocentes abuelos.

"En cuanto a la hipoteca, solemnidad esencial era la inscripción, mas no en el cantón donde el inmueble estaba situado, sino en cualquiera de los cantones de la República.

"Llegamos ya a la época de transición, esto es, desde el 1º de enero de 1861 hasta el 1º de enero de 1870, en que se promulgó el Reglamento de inscripciones.

"Cualquiera que haya estudiado con mediana atención el Código civil, conoce a ciencia cierta que la inscripción de los instrumentos, públicos o privados, se considera en dos aspectos diversos: como medio de transmitir el dominio de los inmue-

bles; y como solemnidad especial necesaria para la validez de ciertos contratos.

"En el primer caso, las reglas generales de la inscripción se determinan en los arts. 675 y siguientes. Así, por ejemplo, extendida una escritura pública de venta, ¿cómo se efectuaba la tradición desde el 1º de enero de 1861 hasta 1870? Entregándose el inmueble, a no dudarlo. Y para convencerse de ello basta fijarse en los arts. 684 y 685 del citado Código: "El Reglamento de inscripciones determina, en lo demás, los deberes y las funciones del Anotador y la forma y solemnidad de las inscripciones.—Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos y Reglamentos se ordene". ¿Cómo se trasmitía el dominio de los bienes raíces? Efectuándose la inscripción conforme al REGLAMENTO QUE DEBIA EXPEDIRSE. Luego, mientras no hubo tal Reglamento, el dominio no se adquiría sino por la entrega misma del inmueble.

"Mas en cuanto a otras convenciones que como la donación y la hipoteca, no podían surtir ningún efecto mientras no se inscribiese la escritura pública, el legislador se refirió tácitamente al Reglamento de inscripciones vigente desde 1826; porque de otra manera vendríamos a parar en una de las siguientes consecuencias: o bien no había donación ni hipoteca mientras no se promulgase el nuevo Reglamento de inscripciones; o bien se adquirirían los respectivos derechos sin el registro. Y ambas consecuencias son manifiestamente absurdas, porque pugnan con la ley cuyo sentido es tan claro que no origina ni la más leve dificultad.

"Concretándonos a la donación. Conforme el art. 1390, "No valdrá la donación entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el correspondiente registro". Si cuando el sentido de la ley es claro el juez no puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, no cabe desconocerse ni por un instante que la donación, además de los requisitos relativos a la capacidad de las partes y al objeto donado, exigía dos solemnidades esenciales cuya falta la anulaba absolutamente: la escritura pública y la inscripción. Exigiase ésta, insisto en ello, no para la tradición del inmueble, sino como requisito esencial del contrato; de manera que según el citado art. 1390 la donación es a un mismo tiempo contrato solemne y real, porque se perfecciona por la escritura pública y por la tradición del inmueble.

"De bulto se presenta la diferencia, en cuanto a la inscripción, entre las disposiciones concernientes a la venta y a la donación de bienes raíces. En la venta, en la partición y otros actos, el legislador se limita a decir que no son válidos mientras no consten del instrumento, público o privado; al paso que cuando habla de la donación, no le da validez, como acto o contrato, mientras la escritura pública no se inscriba. En la venta, la tradición transfiere el dominio mediante el título; esto es el contrato, perfecto ya en virtud del consentimiento de las partes y de la escritura pública. En la partición, exígesse la inscripción, no para transferirse el dominio, adquirido ya en virtud de la sucesión hereditaria y del acto declarativo en que consten las respectivas adjudicaciones, sino para que en el respectivo registro se anote quién es el propietario actual del inmueble. En la donación, la escritura pública y la inscripción son dos requisitos esenciales para la validez misma del contrato, prescindiéndose de la tradición del dominio.

"He insistido tanto en esta diferencia, porque ella demuestra claramente cuál fué el sistema, que acerca del registro, se estableció tan luego como principió a regir el Código civil. Porque si la donación es acto o contrato reconocido por la ley, síguese que las partes pudieron ejecutarlo o celebrarlo desde el 1º de enero de 1861, y que, otorgada la respectiva escritura pública, debía inscribirse en el registro creado por la referida ley colombiana.

"Lo dicho acerca de la donación es exactamente aplicable a la hipoteca.

"Por tanto, el Código civil dividió los actos o contratos, en cuanto a la inscripción, en dos clases del todo distintas: 1ª Actos o contratos en que se exigía como solemnidad esencial la inscripción; y 2ª Actos o contratos válidos a virtud del consentimiento de las partes. Los de la primera clase debían ser inscritos en el mencionado registro establecido en Colombia desde el año 1826; los de la segunda, transmitían el dominio sin la inscripción.

"Para convencerse de que el Código civil se refirió tácitamente, en cuanto a la primera clase de actos o contratos, al Reglamento de 1826, basta observar que aun cuando se copiaron en aquel Código los arts. 686 y 687 del Código chileno, se omitió, el art. 697, que creaba un registro provisional. Y se omitió, porque, lo repito, había un Reglamento de inscripciones vigente en Colombia desde el año 1826.

"Todos los demás actos o contratos se inscribirían confor-

me al futuro Reglamento; y mientras éste se expidiese, la inscripción no era necesaria ni surtía el efecto de transferir el dominio.

"Se me disculpará de que hubiese hablado acerca de este punto tan largamente; porque él es importantísimo cuanto decisivo en el actual litigio, pues si, como lo dice la sentencia del Tribunal Supremo, en 1864 no fué necesaria la inscripción del instrumento extendido para constancia de la partición de los bienes, síguese que nada fundado puede oponerse al título hereditario, que acredita el dominio de todas las aguas del río Blanco."

Parece que el Sr. Dr. Fernández no tuvo ideas exactas acerca del objeto que se propuso el legislador chileno al disponer que se inscribiesen todos los títulos concernientes a los bienes raíces; y por lo mismo veamos lo que decía D. Manuel Montt, cuando presentó al Congreso de Chile el Proyecto del Código civil. "En cuanto al dominio, uso y goce de los bienes, se han introducido novedades que tienden a importantes y benéficos resultados. Según el Proyecto que os presento, la tradición del dominio de bienes raíces y de los demás derechos reales constituidos en ellos, menos los de servidumbre, deberá hacerse por inscripción en un registro semejante al que ahora existe de hipotecas y censos que se refundirá en él. Se trata, en efecto, de una nueva fusión del régimen hipotecario asociando dos objetos que tienen entre sí un enlace íntimo, o que por mejor decir, se incluyen uno en otro: dar una completa publicidad a las hipotecas, y poner a vista de todos el estado de las fortunas que consisten en posesiones territoriales. . . . La transferencia y trasmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para estos actos corresponde es la inscripción en el registro conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no se transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que dá la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción. En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a

inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos, y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente. Pero como no sólo los actos entre vivos sino las TRASMISIONES HEREDITARIAS están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontestable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial.

"Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse".

Alégase también que debió inscribirse la escritura conforme a una circular pasada por el Ministerio de Hacienda el año 1864. ¡Lo que puede un pleito, Excmo. Sor! Que ante las Cortes de Justicia se citen circulares pasadas por un gobierno que declaraba como principio republicano la insuficiencia de las leyes y la suficiencia del plomo! Esa circular no podía ser obligatoria sino como un reglamento conducente al cobro de los DERECHOS FISCALES QUE SEGUN LA LEY DE 1826 SE EXIGIA PARA LA INSCRIPCION DE LAS ESCRITURAS PUBLICAS. ¿Esa circular de 1864 modificó ni en lo más mínimo los arts. 684 y 685 del Código civil promulgado en 1860? Proponer la cuestión es resolverla; pues nadie ignora que el poder legislativo no reside sino en el congreso.

Pero hay otra disposición de que el Sr. Dr. Fernández no quiso acordarse: "Respecto a la falta de inscripción de los documentos anteriores al 1º de enero de 1870", dice el art. 1027

del Código de enjuiciamientos, "SE OBSERVARA LO QUE DISPONIA EL CODIGO CIVIL DE LA PRIMERA EDICION". Y ese artículo ha venido repitiéndose en todos los Códigos de enjuiciamientos promulgados posteriormente al año 1870; pues él es el art. 1213 de la edición de 1879, 1211 de la de 1882, y 1234 de la de 1887.

Queda, pues, demostrado:

1º Que la partición es título declarativo de la hacienda de Llangagua, comprendiéndose como accesorio las aguas del río Blanco;

2º Que D. Antonio Valdivieso adquirió el dominio de de las mismas aguas por sucesión hereditaria de Da. Buenaventura Chiriboga;

3º Que aún suponiéndose que Da. Buenaventura no hubiese transmitido el dominio de las aguas, a Da. Mercedes Valdivieso le bastaba, como título, la herencia de D. Antonio Valdivieso; pues para manifestar que este señor no las transmitió a sus herederos, sería preciso rendir prueba plena de que las enajenó durante su vida.

III

Examinemos ya la ejecutoria que, expedida por la Excm. Corte Suprema, presentó como prueba la Sra. Valdivieso; y hagamos ante todo la observación importantísima cuanto decisiva de que en el litigio entre aquella Sra y D. Pablo Albornoz se contrvirtieron casi los mismos puntos de hecho exactamente los mismos de derecho que en el actual; porque, según consta a fs. 71, la Sra. Valdivieso demandó al Sr. Albornoz, fundándose en que tenía derecho exclusivo a las aguas del río Blanco POR HABERLAS ADQUIRIDO EN VIRTUD DE UN TITULO INCONTROVERTIBLE; y el Sr. Albornoz alegó, entre otras, las siguientes excepciones: "El río Blanco al que confluyen todas las vertientes y que es lindero de las dos haciendas, puede considerarse como BIENES NACIONALES DE USO PUBLICO, o como común a los propietarios colindantes. En ambos casos he podido tomar esas aguas con perfecto derecho: en el primero POR LA FACULTAD QUE ME CONCEDE EL ART. 862 DEL CODIGO CIVIL, y en el segundo en virtud del art. 823, que me parece, y que realmente es, decisivo en la cuestión que nos ocupa".

Hé aquí, Excmo. Sor, que la Sra Valdivieso ya había alegado el dominio exclusivo de las aguas de la escasa corriente bautizada con el pomposo nombre del río Blanco, y que el Sr. Albornoz, dirigido por un jurisconsulto que merecidamente gozaba de buen crédito, como el Sr. Dr. Nicolás Martínez, sostuvo que prescindiéndose de los títulos en que la Sra. Valdivieso se fundaba, los arts. 862 y 823 del Código civil le daban perfecto derecho para apoderarse de las aguas, cuanto más para mezclarlas con las de la Vaquería.

¿Y qué resolvió entonces la Excm. Corte Suprema? Que la Sra. Valdivieso había justificado plenamente que era dueño de todas las aguas del río Blanco, y que si el Sr. Albornoz podía mezclar con esas aguas las de la Vaquería, se deducía ello de un contrato celebrado entre las mismas partes en el litigio.

El Sr. Cobo pretendió alterar, en segunda instancia, el sentido de la ejecutoria. "Promoviose una litis" (dijo) "entre los Sres. Mercedes Valdivieso y Pablo Albornoz sobre el uso de las aguas del río Blanco, o sea sobre el derecho que creía tener el Sr. Albornoz para conducir las por la acequia que había formado o estaba formando". Estos dos señores representan los derechos y acciones de los Sres. Antonio Valdivieso y Belisario Freile herederos de Da. Buenaventura Chiriboga, y adjudicatarios de parte de los bienes de ésta, reputándose por lo mismo como las personas de dichos adjudicatarios en lo relativo a los fundos donde están situadas las aguas de la disputa, dice el considerando primero de la ejecutoria de la Excm. Corte Suprema.

No ha querido fijarse el Sr. Cobo en que debió atender primeramente a los puntos controvertidos entre los Sres. Da. Mercedes Valdivieso y D. Pablo Albornoz, puntos que consistieron, como ya lo hemos observado, en si las aguas del río Blanco pertenecían exclusivamente al dueño de Llangagua o eran bienes nacionales de uso público. Para comprender bien el verdadero sentido y extensión de una sentencia, hemos de atender primeramente a las acciones y excepciones; porque ellas son las que únicamente se resuelven.

Si bien aun se han puesto comillas para dar a entender que textualmente se transcriben las palabras empleadas por la Excm. Corte Suprema en el primer considerando, se han copiado con inexactitud; pues dicen: "Que Mercedes Valdivieso y Pablo Albornoz HAN SUCEDIDO respectivamente en todos sus derechos y acciones a ANTONIO VALDIVIESO y Belisario Freile, HEREDEROS de Da. Buenaventura Chiriboga, y adjudicatarios de parte de los bienes de ésta; reputándose, por lo mismo,

como las personas de dichos adjudicatarios en todo lo relativo a los fundos donde están las aguas de la disputa".

Compárese serena e imparcialmente el considerando copiado por el Sr. Cobo con el considerando escrito por la Excma. Corte Suprema, y se verá que hay la más enorme diferencia; pues el Tribunal principia por decir que Dña. Mercedes Valdivieso y D. Pablo Alborno SUCEDIERON en todos los derechos y acciones de D. Antonio Valdivieso y D. Belisario Freile. Ahora bien, ¿cómo SUCEDIO Dña. Mercedes Valdivieso a su padre D. Antonio? Como heredera; esto es, se reconoce de un modo tan inequívoco como evidente el derecho hereditario que la Sra. Valdivieso alega en este juicio.

La jurisprudencia y la lógica exigen que la Excma. Corte Suprema determinase a punto fijo los derechos de las partes que en la litis intervenían, porque esos derechos eran los que iban a declararse en la sentencia; pero de ahí no se deduce que sólo se trataba de los derechos entre los dos litigantes; porque ningún derecho es más absoluto que el dominio.

El propio D. Tomás Cobo reconoce, en el alegato de primera instancia, que no cabe controvertirse ahora sobre lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en el litigio entre Dña. Mercedes Valdivieso y D. Pablo Alborno: "Analicemos" (leo a fs. 196 vta.) "en el segundo título de propiedad. Que éste no tenga valor como escritura pública, es otra cosa que no puede revocarse a duda, desde que habiéndolo DECLARADO S. E. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, YA ES UN HECHO PASADO EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA. . . ." He aquí, Excmo. Señor, que D. Tomás Cobo se juzga y sentencia a sí mismo; pues afirma que habiendo fallado la Excma. Corte Suprema uno de los puntos que en este litigio se controvertieron, las partes tienen de aceptar esa resolución como verdad inconcusa.

Y si según D. Tomás Cobo es evidente que el instrumento de adjudicación no es escritura pública porque así lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema, ¿cómo niega que las aguas pertenecen a los dueños de Llangagua en virtud de la MISMA SENTENCIA, CUYOS EFECTOS IRREVOCABLES ACEPTA? ¿Pretende acaso D. Tomás que la sentencia tiene fuerza obligatoria en cuanto a él le favorece, y que nada significa si declara los derechos de aquellos dueños?

Y nótese que cuando la Excma. Corte Suprema resolvió que la partición no constaba de escritura pública, sólo asentó las premisas que le servirían para la decisión del punto controvertido; el cual consistía en si los dueños de Llangagua lo eran de to-

das las aguas del río Blanco, y que por eso D. Pablo Albornoz no podía disponer en manera alguna de una sola gota de las mismas aguas. Se ve, pues, que según D. Tomás Cobo los FUNDAMENTOS de la sentencia pasan en autoridad de cosa juzgada, y debe prescindirse absolutamente de la decisión relativa a las acciones y excepciones puestas por las partes en tela de juicio.

El Sr. Cobo que en su manifiesto de segunda instancia no dejó desapercibida ni una letra ni una coma de lo alegado por mí en la primera instancia, no ha querido examinar el incontestable, poderosísimo argumento de que tratándose del dominio, si se dice que la cosa juzgada no surte efecto sino entre las partes, significa ello que el dominio adquirido por un título deja expeditos los derechos de terceros para presentar otro título de donde se deduzca que el tercero es dueño de los propios bienes materia de la controversia; y que mientras no se presente ese título en que conste de la manera más incontrovertible que el tercero es el dueño de los bienes, la sentencia es título contra todos, porque ella reconoce un derecho real.

Por ignorancia o mala fe el Sr. Cobo desconoce la diferencia tan profunda como esencial entre los derechos personales y los reales. Aquéllos se refieren a dos personas determinadas. El vínculo llamado obligación liga exclusivamente a las partes, y cuando quiera que una de ellas trate de ejercer el derecho correlativo, prescinde el juez de todas las demás personas al decidir si ese derecho puede ejercerse. Mas cuando en la sentencia se declara un derecho real, en la misma se resuelve implícitamente que ella es un título contra todos, mientras no se presente otro título del cual conste plenamente que ese derecho pertenece a distinta persona.

Ahora bien, Dña. Mercedes Valdívieso no aseveró que D. Pablo Albornoz, como sucesor de D. Belisario Freile, había contraído obligaciones, y que a ella le pertenecían los derechos personales correlativos; afirmó sí que en la escritura de partición se había reconocido que los dueños de Llangagua lo eran de todas las aguas del río Blanco; que se le había adjudicado ese fundo con las propias aguas; y que D. Pablo Albornoz, lo mismo que cualquier otra persona, estaba obligado a respetar el dominio, por cuanto de la esencia de los derechos reales se deduce que el dueño de ellos ejerce contra todos el de exigir que esos derechos se respeten.

Luego, como ya lo observamos en el alegato de primera instancia, la ejecutoria de la Excma. Corte Suprema se considera

en dos aspectos del todo diversos: como un fallo judicial y como instrumento público.

Como fallo judicial no surte efecto sino entre las partes, pero exactamente lo mismo sucede con los contratos. Estos no obligan sino a las partes; porque basta el más bronco sentido común para conocer a primera vista que si Pedro se obliga a dar o hacer alguna cosa en beneficio de Juan, ello no confiere a Diego ningún derecho ni puede menoscabar los que pertenecen a su patrimonio. Conocidas son las fuentes de las obligaciones conforme al art. 1427 del Código civil; y fuera de los casos que el mismo artículo enumera taxativamente, nadie puede contraer obligaciones por otros medios.

Però no hemos de incurrir en el absurdo de confundir las obligaciones con la prueba misma de los derechos adquiridos. La sentencia es prueba contra todos de que un tribunal declaró un derecho a favor de una de las partes, así como la escritura pública es prueba plena de que una persona transmitió un derecho a otra; y así la escritura como la sentencia prueban contra todos, porque de otra manera a nada conduciría la sentencia ni la escritura pública extendida para hacer constar un acto o contrato.

El art. 1690 del Código civil entendido en su sentido material, por decirlo así, nos conduce a un absurdo; porque si el instrumento público no prueba sino el hecho de haberse otorgado y su fecha para nada sirve el extenderlo.

Tratándose de los negocios diarios de la vida civil, la escritura pública es uno de los actos más importantes, porque sirve para probar plenamente la adquisición, así de los derechos personales como de los reales.

Aún tratándose de los derechos personales, si bien éstos no se refieren sino a las partes que han contraído las respectivas obligaciones, también surten efecto contra terceros; pues la prenda legal, determinada por el art. 2447 del Código civil, se menoscaba respecto de los demás acreedores.

Cuando una persona contrae una obligación, por el ministerio de la ley sus bienes se constituyen en prenda tácita, que asegura el cumplimiento de la propia obligación. De manera que exigida ésta en juicio, el acreedor tiene perfectísimo derecho para hacer vender los bienes del deudor hasta concurrencia del valor de la misma obligación. Si hay un solo acreedor, éste es el único que adquiere la prenda tácita; y a medida que el deudor contrae nuevas obligaciones, va disminuyéndose la suficiencia de la prenda; la cual puede llegar a ser de todo pun-

to nugatoria. Pedro debe doscientos mil sueres, el precio de sus bienes asciende a diez mil, y, por lo mismo, cada uno de los acreedores no pueden cobrar sino el cinco por ciento de lo que se le adeuda. Fórmase el respectivo concurso, recíbense las pruebas, consisten ellas en instrumentos, públicos o privados, otorgados por el deudor para hacer constar su obligación; y el juez decide en la sentencia que no siendo privilegiado ninguno de los créditos, el precio de los bienes del deudor se distribuya, a prorrata, entre los acreedores. ¿Podrá afirmarse de buena fé que el instrumento presentado por cada uno de los acreedores no ha sido prueba respecto de todos los demás, y que no ha surtido contra ellos plenísimo efecto?

Luego, aún tratándose de los derechos personales, es el más inalficible absurdo sostener que los instrumentos, públicos o privados, no hacen fé sino entre las partes ni merecen crédito sino en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha.

La expresión misma de que haga fé en cuanto al hecho de haberse otorgado, carecería absolutamente de sentido, si por otorgamiento no se entendiese el hacer constar las declaraciones de los contratantes, las cuales prueban contra todos. Admitimos a puño cerrado la expresión de la ley porque muy pocas son las personas que reflexionan, y porque, según la exactísima observación de Rousseau, se necesita mucha filosofía para juzgar con acierto acerca de lo que siempre tenemos a la vista. Desde que llega a nuestras manos el Código civil nos acostumbramos a ver en el art. 1690 que el instrumento público no hace fé sino en cuanto al hecho de haberse otorgado; y no nos fijamos en que ese instrumento valdría tanto como un pliego de papel que no tuviese ni una sola letra, a no atenderse a su contenido, esto es, al acto o contrato para cuya constancia se otorgó.

Y cuando se litiga, por ejemplo, sobre prescripción, nadie pone reparo alguno en admitir como JUSTO TITULO la escritura pública en que consta el contrato de venta; esto es, aceptamos como prueba plena CONTRA TODOS la verdad de las declaraciones hechas por los otorgantes: que el uno compró y vendió el otro; que se estipuló tal o cual precio; que por cuenta de éste se pagó determinada suma de dinero, etc., etc.

Hubiera, pues, la más abierta pugna entre las disposiciones sobre la posesión regular y la prescripción adquisitiva, y el art. 1690 que, según el Sr. Cobo, reduce el instrumento público a un papel tan insignificante, que más valdría no haber perdido el tiempo en escribirlo.

Si bien D. Andrés Bello aceptó, al redactar el Proyecto del

Código chileno, el sistema ecléctico, tomando lo mejor de los Códigos romanos, muchas disposiciones de las leyes españolas, las doctrinas de notables prácticos como Hevia Bolaños, Febrero Gutiérrez; en el tratado de las obligaciones siguió paso a paso el Código francés; pues así nos lo dice el mismo D. Manuel Montt en el ya citado Mensaje.

Y el art. 1319 del Código francés adolece de los mismos defectos que nuestro artículo 1690, esto es, el de confundir, con la más inexplicable ligereza, las obligaciones provenientes del contrato que consta del instrumento público, con la prueba que hace el instrumento: aquéllas se refieren sólo a las partes; y ésta surte efecto contra todos en virtud de la naturaleza misma de la escritura y del objeto a que ésta se destina.

El art. 1319 del Código francés no presenta ya en la práctica inconvenientes, porque todos los comentadores notables están de acuerdo en que su redacción es pésima, y en que es necesario interpretarlo en el sentido de que el instrumento público, si bien no obliga sino a las partes, hace prueba plena contra todos.—Y la redacción del art. 1319 es tanto más censurable cuanto Dumoulin ya había establecido desde antiguo la doctrina seguida por los jurisconsultos y los tribunales franceses; pues al comentar el fuero de París se expresaba en éstos términos: "Et adverte, aut quaeritur quoad veritatem seu probationem rei gestae, sive actus et facti in eo consenti: et plenam fidem facit quoad omnes, nedum inter patronum et clientem, et eorum haereditas vel causam habentes, sed etiam contra QUOSCUMQUE EXTRANEOS: quoniam acta vel quaecumque ecripta publica probant seipsa, id est rei taliter gestae fidem faciunt inter quoscumque. (1)

Pothier, cuyo maestro fué Dumoulin, no se expresó con exactitud al distinguir la fuerza probatoria del instrumento público, ya entre las partes, ya respecto de terceros: "Los instrumentos públicos", dice, "hacen fé principalmente contra las partes" sus herederos y sucesores: hacen fé contra todas estas personas en cuanto a lo dispositivo, esto es, a la convención que consta del instrumento.

"El instrumento prueba contra terceros REM IPSAN, esto es, que la convención que de él consta se ha celebrado. Por ejemplo, el instrumento que justifica el contrato de venta de una heredad prueba aún contra terceros que hubo efectivamente venta

(1) T. I. pág. 101.

de esa heredad celebrada en la fecha que el instrumento expresa. (—)

La distinción entre la fuerza probatoria de la escritura pública respecto de las partes y de terceros, provenía, lo repito, de confundirse las obligaciones mismas, que nacen del contrato, con la prueba de que éste se ajustó; y parece que esa doctrina de Pothier fue el origen de las inexactitudes en que incurrieron los redactores del art. 1319 del Código de Napoleón.

"El instrumento público", dice Dalloz, ¿hace fé respecto de terceros? Atendiéndose al tenor literal del art. 1319, parecería que el instrumento auténtico no hace fé sino entre los contratantes, sus herederos y sucesores. Ese artículo, en efecto, no habla de terceros; de donde pudiera deducirse, que según el legislador, los instrumentos auténticos carecen de fuerza probatoria respecto de terceros. Pero tal proposición es inadmisibile. El testimonio del funcionario es concluyente respecto de TODOS y no sólo respecto de las partes. . . . Si el art. 1319 no menciona los terceros, proviene de que, por una confusión lastimosa, el legislador, al hablar de la fuerza probatoria del instrumento auténtico, se preocupa más del efecto del instrumento, de su carácter ejecutivo, que de fuerza probatoria. Así, es un punto constante que, a pesar de la redacción del art. 1319 generalmente criticada, el instrumento auténtico hace fe respecto a terceros de la misma manera que entre las partes, sus herederos o sucesores, esto es, que los terceros y las partes no pueden disputar la verdad de los hechos que el escribano atestigüe. . . . Pero hay la diferencia entre las partes y los terceros que aquéllas se obligan mas no éstos; de donde se sigue que en cuanto a terceros el instrumento auténtico carece de efecto, ya éste se les oponga, ya pretenda el tercero prevalerse de él: en otros términos, el instrumento auténtico no constituye un TITULO OBLIGATORIO sino entre las partes contratantes, sus herederos o sucesores. (1).

"El problema de la fuerza probatoria de los instrumentos auténticos", añade Laurent", presenta una dificultad proveniente, no de los principios, sino de la mala redacción de la ley. Se pregunta si el instrumento auténtico tiene respecto de terceros la misma fuerza probatoria que entre las partes. En teoría, no hay duda. ¿Por qué merece plena fé el instrumento auténtico? Porque lo autoriza un funcionario público creado por la fe pú-

(—) Obligations, Nos. 735. 738.

(1) Obligations, N° 3077.

blica para dar autenticidad a los instrumentos que las partes quieren, extender en forma auténtica. Esa atribución la ejerce el funcionario público de una manera absoluta en el sentido de que el instrumento que se otorga es auténtico respecto de la sociedad toda; por consiguiente, así respecto de terceros como entre las partes. Ni se comprende cómo pudiera ser de otra manera. ¿Es posible que un instrumento sea auténtico respecto de las partes y que no lo sea en cuanto a terceros? Ello no se comprende, ni se comprendería tampoco la razón de tal diferencia. Los instrumentos auténticos no hacen fé porque los extienden las partes; la hacen porque un funcionario público los otorga a presencia de testigos; los cuales dan fé de lo que ha pasado, de lo que han visto y oído. El fundamento de la prueba plena de los instrumentos públicos es pues un fundamento general, y por tanto la prueba debe ser general y extenderse a todos los que se valen del instrumento o contra quienes a todos se opondrá. Sin embargo el art. 1319 dice al parecer lo contrario; pues se limita a declarar en términos absolutos que el instrumento público hace plena fé de la convención que en él consta, y añade: "Entre las partes contratantes sus herederos y sucesores". Lo cual induciría a juzgar que la fuerza probatoria del instrumento se limita a las partes que en él intervienen, o a sus herederos y sucesores, y que la ley exceptúa a los terceros. ¿Debería concluirse de ahí que el instrumento auténtico no hace fé respecto de terceros ni contra ellos? Eso sería deducir del silencio de la ley, una consecuencia contraria a todo principio, contraria a la esencia misma del instrumento auténtico. Eso es inadmisibles, y nadie lo ha sostenido nunca. . . . No hay razón alguna que pueda justificar la distinción entre la fuerza probatoria del instrumento respecto de las partes, y la fuerza probatoria respecto de terceros. (1).

Veamos la doctrina que Bonnier enseña en su admirable monografía sobre las "PRUEBAS" ¿Respecto de quiénes hace fé el instrumento público? Si nos referimos al tenor literal del art. 1319 del Código civil, parecería que la fé se limita a las partes contratantes y a sus herederos o sucesores. Aquí, es verdad, la palabra sucesores comprende aún a los sucesores a título singular, como un comprador; el cual se halla incontestablemente obligado por todo acto traslativo de propiedad proveniente de su antecesor, cuando ello se comprueba auténticamente. ¿Pero debemos limitarnos a eso, y admitir que el instrumento auténtico

(1) T. XIX. Nº 134.

no lo es en cuanto a terceros no sucesores ni contratantes; que en especial el adquirente que alega la prescripción no puede justificar la venta, y oponer un instrumento auténtico al antiguo propietario, que no es sucesor de las partes contratantes? Tal proposición sería insostenible. Una de las mayores ventajas del carácter público que se atribuye a ciertos funcionarios consiste en que su autorización se refiere a todos, y no solamente a las partes contratantes o sus sucesores. Se puede pues impugnar los términos del Art. 1.319. Ahora bien, ¿será más exacto decir con Pothier, y los que citándole repiten, que el instrumento prueba sólo contra terceros REM IPSAM, esto es, que la convención se ha celebrado? Pero el instrumento no prueba otra cosa contra las partes mismas. La diferencia entre las partes y los terceros consiste en que aquéllas están obligadas, y no lo están sino en virtud de la convención cuya prueba es el instrumento. Tal convención es lo que no puede perjudicar a terceros. Eso es lo que ha querido expresar el art. 1319, que confunde la prueba con los derechos, y que repite inútilmente lo que en el art. 1165 se había expresado con oportunidad, hablando del efecto de las convenciones; las cuales no surten efecto sino entre las partes contratantes, ni perjudican o aprovechan a terceros. Inexacto es, por ende, sostener, o bien que prueba menos en cuanto a éstos que en cuanto a los contratantes. Prueba respecto de todos lo que el notario atestigua en el ejercicio de su cargo, y nada más. . . . La jurisprudencia establece, y no podía dejar de hacerlo, que el instrumento auténtico hace fé respecto de todos, reservando sólo la prueba de fraude.

“Aceptando estas consecuencias, ¿no debemos reconocer que, en cuanto concierne a la constitución del dominio, el instrumento tiene fuerza aún respecto de terceros? La disputa se ha presentado en la práctica relativamente a un instrumento de partición, en que el demandante reivindicador fundaba su derecho de dominio. El reo lo oponía el art. 1165, según el cual las convenciones no surten efecto sino entre las partes contratantes. Conforme a la doctrina de Pothier se juzga constantemente que el art. 1165 no puede oponerse al demandante sino cuando trata de justificar por un título regular la trasmisión del dominio a su favor; el reo no puede impugnar de plano ese título; y no puede combatirlo sino oponiéndole, ya otro título, ya la prescripción. El derecho de propiedad, dice la Corte de Casación, estaría sujeto a continuos embates, si los contratos destinados a justificarlo no tuviesen valor sino respecto de las partes, porque de la imposibilidad de hacer intervenir a terceros en contratos que

no les conciernen, resultaría la imposibilidad de obtener títulos que garanticen la propiedad contra terceros. (1)

Leyendo las doctrinas de estos eminentísimos escritores, se convence uno de que no exageraba Leibnitz al afirmar que el Derecho es una ciencia tan exacta como las matemáticas.

Y tratándose de los derechos reales, todo cuanto se dice del efecto que las escrituras públicas surten respecto de terceros, es aplicable a la sentencia, que es uno de los títulos en que se funda el dominio de los dueños de Llangagua. "Volviendo a la máxima, dice el mismo Bonnier, "actori incumbit onus probandi, no debe deducirse que la prueba rendida por el poseedor en cuanto al dominio, y que constase de la respectiva sentencia, fuese nugatoria. Si después se constituyese actor en cuanto a un tercero, LOS HECHOS RECONOCIDOS EN LA PRIMERA SENTENCIA LE SERVIRIAN DE TITULO". La sentencia que reconoce el derecho real de una persona", dice la Corte de Casación, "CONSTITUYE UN TITULO SUSCEPTIBLE, COMO CUALQUIER OTRO TITULO, DE Oponerse A TODOS POR EL QUE LO HA OBTENIDO. La autoridad de la cosa juzgada se limita, sin duda, por el art. 1351 sólo a las partes, y tal sentencia no podría oponerse a terceros como cosa juzgada. Pero NO DEJA DE SER UN TITULO, y los terceros contra quienes se alega, si pueden impugnarla directamente en virtud de tercería, no pueden obstar a la prueba que resultase de ella, sino RINDIENDO PRUEBA CONTRARIA y justificando ya un derecho de propiedad preferible, ya una posesión anterior legalmente adquisitiva. (2)

He demostrado, pues, Excmo. Sor, que en la sentencia hay que distinguir la cosa juzgada y el título auténtico que justifica el dominio.

Si bien la cosa juzgada no surte ningún efecto contra terceros, es argumento poderosísimo cuando los terceros no han manifestado nada en contra de una sentencia que, expedida por el primer Tribunal de la República, es parte del estudio, de la meditación y de la sabiduría.

En toda sentencia se examinan los hechos puestos por las partes en tela de juicio y las respectivas leyes.

En cuanto a los hechos, la sentencia de la Excmo. Corte Suprema reconoció que Dña. Mercedes Valdivieso había adquirido el dominio por el derecho hereditario; pues en la escritura de partición se adjudicaron las aguas del río Blanco, lo repetiré mil

(1) T. II. 508.

(2) Tomo I. N° 37 ter.

veces, a D. Antonio Valdivieso, y al mismo D. Antonio sucedió Da. Mercedes Valdivieso en todos sus derechos.

Ahora bien, ¿qué prueba ha rendido el señor Cobo para manifestar que su derecho a las aguas es preferente al de la Sra. Valdivieso? La única prueba admisible en este juicio hubiera podido consistir en que D. Tomás Cobo tomó posesión de las aguas antes que los dueños de Llangagua las adjudicaran a D. Antonio Valdivieso; y D. Tomás, lejos de ni pretender tal cosa, lo único que se ha propuesto manifestar es que abrió su cauce antes que Da. Mercedes Valdivieso construyese obras para conducir las sobredichas aguas.

En cuanto a la aplicación de la ley, pocas veces puede verse un fallo más fundado que el expedido por un Salazar, un Portilla y un Nieto. ¿Qué se ha demostrado para impugnar la sentencia? ¿Cuáles son los argumentos de donde se deduce que la Excma. Corte Suprema incurrió entonces en graves errores, y que ahora es menester rectificarlos? ¿Aceptaremos la absurda cuanto peligrosísima teoría de que la Excma Corte Suprema cambia a cada instante de sistema al aplicar la ley, esto es, que si bien los fallos de los tribunales extranjeros se citan, con razón, como fundamento poderosísimo de la manera cómo se aplican las disposiciones legales análogas a las nuestras; los fallos de la Excma. Corte Suprema, llamada a velar por la unidad de la jurisprudencia, no significan nada, absolutamente nada; y que ese tribunal, lejos de asentar sus principios sobre solidísimas bases, construye edificios de baraja, que vienen a tierra al soplo del primer niño que con ellos quiere jugar?

No sostengo que la Excma. Corte Suprema sea infalible, porque no reconozco tal don en ningún ser humano. Pero siempre he tenido el más profundo convencimiento de que la Corte Suprema no puede alterar los principios asentados en sus resoluciones sino cuando se le demuestra que incurrió en error manifestado al aplicar la ley. Y por eso en los largos años de la más constante práctica en el ejercicio de mi profesión, no conozco sino un caso en que la Corte Suprema ha cambiado de principios. Litigábase contra D. Pedro Fermín Cevallos, por una ingente cantidad que adeudaba al Banco de Quito; la agencia del Banco Internacional había sucedido en todos los derechos de aquel establecimiento; el Gerente de la Agencia fué el actor en el juicio; D. Pedro Fermín pidió confesión a D. Aurelio Cañadas, antiguo Gerente del Banco de Quito, y la Corte Suprema se fundó en la confesión de D. Aurelio para absolver a D. Pedro Fermín. No podía ser más palmaria la contravención a todas las leyes y a todos los principios: la confesión de un tercero surtía efecto en-

tre las partes, y siguiéndose de consecuencia en consecuencia, veníamos a caer en un abismo sin fondo. El Tribunal Supremo no vaciló, pues, en retroceder hacia los verdaderos principios de la ciencia, declarando, en otro fallo, que sólo las partes pueden prestar confesión y que la de otra persona no las aprovecha ni perjudica.

En resolución, niéguese estos principios, declárese que el instrumento público, ya se denomine sentencia, ya escritura pública, no surte efecto contra terceros en cuanto a la prueba misma del dominio, y no podrá por menos de declararse que según la legislación ecuatoriana no hay títulos de propiedad, y que ésta queda a merced del primero que en virtud del proverbio: **AUDACES FORTUNA JUVAT**, se proponga buscar aventuras en el campo judicial.

IV

Tratemos ya del último punto controvertido, esto es, si D. Tomás Cobo ha justificado plenamente que él es el dueño de las aguas porque tomó posesión de las mismas antes que la Sra. Valdivieso.

En asuntos de esta naturaleza la principal de las pruebas es la inspección ocular, pues de ella constan plenamente todos los hechos controvertidos.

El acta que obra a fs. 116—121 justifica lo siguiente:

1º Los potreros de Chiquicagua son antiguos, y el agua que ha llevado el Sr. Cobo para regarlos se conduce, no del río Blanco, sino de una quebrada:

2º En el río Blanco se habían construído dos bocacaces y acequias por orden de la Sra. Mercedes Valdivieso para conducir las aguas destinadas al cultivo de Llangagua:

3º "En habiendo llegado al sito del río Blanco" (se lee) "en donde está el bocacaz de la acequia disputada, dijo el actor que la porción de agua de dicha acequia excluye casi toda la cantidad que forma el arroyuelo llamado río Blanco, notándose que la misma **ACEQUIA FORMADA EN TERRENOS DE LLANGAGUA ES DE TAL CAPACIDAD QUE BIEN PUEDE CARGAR TODO EL CAUDAL DE AGUAS DEL RIACHUELO**".

Hé aquí, Excmo Sor., que la insignificantísima porción de agua determinada por el Sr. Cobo al contestar la demanda, se había convertido por obra y gracia de trabajos ejecutados clan-

destinamente y mientras se sustanciaba el juicio sobre dominio de las aguas, en un cauce capaz de conducir las todas.

Este cauce y bocacaz, contruidos clandestinamente en terrenos de Llangagua, no podrían conferir posesión alguna, porque la ley no facultaba a Cobo para principiar trabajos en el predio de Da. Mercedes Valdivieso, sino pagando previa e íntegramente el precio de los terrenos.

Singularísimo es que al mismo tiempo que Cobo sostenía que el río Blanco suministraba aguas suficientes así para su fundo como para el de Da. Mercedes Valdivieso, también aseveraba que construía un cauce por donde pudiera llevar todas las aguas. Tal hecho es un proceso que pone en claro la incalificable mala fé con que Cobo ha procedido en este juicio.

"El Sr. Juez expuso lo siguiente: Que de una parte del nevado de la montaña Carihuairazo, al parecer nace el riachuelo conocido con el nombre de río Blanco; el lugar de los primeros descensos del agua llamada la Moya pertenece según decir de las partes litigantes a la hacienda Cunug-Yacu del Sr. Pablo Albornoz; de allí sigue su curso haciendo línea divisoria, por una hondonada, más o menos profunda de las haciendas Cunug-Yacú, Llangagua, la primera como margen izquierda, y la segunda como derecha; así se encamina hasta el punto donde nace la confluencia de otro riachuelo que se llama río Colorado: unidos así, pasan dejando un buen espacio del curso, como márgenes, terreno de la hacienda Llangagua hasta tras de la casa que se halla en esta misma hacienda, punto hasta el cual se vió. . . . Se encontró el vestigio de un cauce que nace del mismo río Blanco, y se asegura que es mandado trabajar por un Sr. Pérez. . . . Descendiendo se encuentra el bocacaz de la acequia de la citada señora tomada asimismo del dicho río y en propio terreno. . . . Después y muy abajo, cerca del punto de confluencia de los ríos Blanco y Colorado, se halla otro bocacaz. . . ."

Alégase que alguno de los cauces se abandonaron por más de un año; pero el hecho mismo de haber tres cauces manifiesta que ni por un instante se desistió del proyecto de conducir a Llangagua las aguas que en propiedad han pertenecido siempre a los dueños del fundo. A Cobo le incumbía la prueba plena de que había transcurrido más de un año desde que suspendiéndose el trabajo de un cauce, se pasó al de otro.

Si bien el señor Cobo impugnó el informe del perito señor Cisneros, ni se propuso probar el error esencial, único caso en que el informe hubiera perdido su fuerza probatoria.

Procedamos, pues, al examen de tan importante documento. "En el punto D es el bocacaz de la acequia disputada, traba-

jado capaz para conducir todas las aguas del riachuelo sin más que poner un pequeño dique. El cauce tiene setenta centímetros de latitud y la profundidad de ochenta y ocho centímetros, la parte ocupada o que corre el agua tiene cuarenta y cinco centímetros de profundidad. El cauce del río en la parte superior al bocacaz tiene de ancho NOVENTA Y SEIS CENTIMETROS Y DE PROFUNDIDAD SETENTA Y SIETE CENTIMETROS. La acequia conduce poco más o menos una tercera parte de las aguas del riachuelo y las dos siguen el curso del río".

Tenemos en esta parte del informe tres hechos importantes:

1º El bocacaz de la acequia construída por el señor Cobo tiene las dimensiones suficientes para conducir todas las aguas del riachuelo:

2º El cauce del río es de noventa y seis centímetros de ancho y de setenta y siete de profundidad; y

3º Cuando la inspección ocular, la acequia conducía la tercera parte de las aguas, y las dos terceras partes seguían el curso del río.

El primero manifiesta que, como ya lo hemos visto, el Sr. Cobo, contradiciendo a lo aseverado al contestar la demanda, ensanchó clandestinamente el bocacaz y acequia en el tiempo transcurrido hasta la inspección ocular.

Si por un bocacaz de setenta centímetros de latitud y ochenta y ocho de profundidad pueden conducirse todas las aguas del río Blanco, síguese que éste no tiene de río sino el nombre, y que en realidad de verdad no pasa de una VERTIENTE que nace y muere dentro de los límites de una misma heredad.

Bien sabe V. E. que la palabra vertiente ha de emplearse, no en el sentido vulgar, sino en el que le dá el Diccionario de la lengua castellana, según el cual vertiente significa el plano inclinado por donde corren las aguas. El sentido mismo del art. 584 confirma esa aserción: "Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público. Exceptúanse las VERTIENTES que nacen y mueren dentro de los límites de una misma heredad"; esto es, las aguas que principiando a correr en ella desembocan, dentro de la propia heredad, en otra corriente. El vocablo MORIR aplicado a las aguas, no significa sino desembocar una corriente en el mar o en otra corriente: el Misisipi MUERE en el golfo de México; el río Blanco muere en el río Colorado, y dentro de los límites de la hacienda Llangagua. Luego, aun esa circunstancia favorece los indisputables derechos de la Sra. Valdivieso.

El tercer punto del informe es importantísimo; porque aun cuando el bocacaz puede conducir todas las aguas del mil veces mencionado riachuelo, el Sr. Cobo no había ocupado sino la ter-

cera parte; porque para ocupar las otras dos terceras faltaba el respectivo dique o muro. De lo cual se sigue que en el casi imposible evento de que V. E. declarase que el Sr. Cobo tiene derecho a las aguas del río Blanco, ese derecho se limitaría a la insignificantisima porción mencionada en la demanda, o a lo más a la tercera parte conducida, cuando la inspección ocular, por el cauce que, según dice D. Tomás, construyó antes que la Sra. Valdivieso.

Continúa el perito. "En el punto L es un bocacaz mandado trabajar por un Sr. Pérez de orden de la Sra. Mercedes Valdivieso".

"En el punto H y en terrenos de la hacienda Llangagua se encuentra el bocacaz de la acequia de la Sra. Mercedes Valdivieso; bocacaz y cauce bien construido conduce por el cauce gran caudal de agua, como dos molinos más o menos y sigue por el cauce del río como un molino, el trayecto de la acequia tiene un gran espacio corriendo las aguas en un estado natural. Cerca del bocacaz **EL CAUCE SE NOTA SER EL TRABAJO MAS ANTIGUO QUE DE LA ACEQUIA DEL SR. COBO**".

Ni por un instante podemos, pues, revocar a duda que la Sra. Valdivieso hizo abrir el cauce de la acequia antes que el Sr. Cobo y que, prescindiéndose de los indisputables derechos conferidos, ya por la partición extendida entre los herederos de Dña. Buenaventura Chiriboga, ya por sucesión hereditaria del mismo D. Antonio, le hubiera bastado a la Sra. Valdivieso el haber tomado posesión de las aguas antes que el Sr. Cobo, para manifestar que este Sr. ha carecido absolutamente de razón al suscitar este litigio.

"En el punto I cerca de la confluencia de los ríos, hay otro bocacaz mandado trabajar por la Sra. Valdivieso, el cauce tiene noventa centímetros de ancho en una parte al borde del río y ochenta en lo sucesivo, la profundidad setenta centímetros y se prolonga hasta dos metros de alto al costado de la peña formando talud, en la extensión de cinco metros y medio no existe deterioro alguno en el trabajo y se prolonga hasta el desagadero una extensión de treinta y siete metros del bocacaz al desagadero tiene bastante inclinación y de éste se prolonga el cauce una extensión de ochenta y cinco metros por un terreno plano. Este bocacaz y cauce manifiestan ser un trabajo antiguo".

Prueba plenisima de que la Sra. Valdivieso no suspendió las obras necesarias para conducir a su hacienda las aguas del río Blanco, y que el pretense abandono no es sino un mero efugio, un ridículo pretexto.

Los autos pregonan, pues, que sea cual fuere el aspecto en

que se examine la controversia, los derechos de la Sra. Valdivieso no pueden ser disputados por quien respete a la verdad y la justicia.

V

Tengo el más íntimo convencimiento de que V. E., aplicando la ley con inflexible energía, condenará al Sr. Cobo en las costas de todas tres instancias.

La condena en costas, lejos de ser potestativa, es un estrictísimo deber: La Corte Suprema, dice el art. 395 del Código de enjuiciamientos, **CONDENARA EN LAS COSTAS DE TODAS LAS INSTANCIAS CUANDO CONOCIERE QUE HAY MALA FE EN ALGUNA DE LAS PARTES.** ¿Y cómo desconocería V. E. que el Sr. Cobo ha procedido con la más refinada mala fe, pretendiendo apoderarse de aguas, cuyo dominio adquirieron los dueños de Llangagua por un título incontrovertible, que fué reconocido como tal por la misma Corte Suprema? Si se absolviese a Cobo de las costas, equivaldría a decidir que las palabras MALA FE nada significan, y que deben borrarse del Diccionario de la lengua castellana.

Excelentísimo Señor.

LUIS F. BORJA.

IX

Juicio seguido por la Sra. Ascensión Flor Cobo contra el Dr. Adolfo Salcedo Alvarado, sobre reivindicación de una casa

1901

"PROPIEDAD SOBRE EDIFICIO QUE MUJER CASADA CONSTRUYE EN TERRENO MUNICIPAL.—EFECTOS DE LA AUTORIZACION JUDICIAL Y LA AUTORIZACION Y EL MANDATO DEL MARIDO".

EXCMO. SOR.

La causa suscitada por Da. Ascensión Flor Cobo contra el Dr. Dn. Adolfo Salcedo Alvarado es de suma importancia, más que por su cuantía, por los muy trascendentales puntos de derecho que se controvierten.

De los principios que según nuestra legislación adjetiva pueden considerarse como esenciales, el más trascendental de todos, a no dudarlo, consiste en que la sentencia no debe resolver sino los puntos puestos en tela de juicio, esto es, la acción y las excepciones. Tal regla concierne, en realidad, no sólo a la sustanciación del litigio y a las atribuciones que el juez ejerce al decidir una causa determinada, sino principalmente al derecho de defensa garantizado por el Código fundamental: si en la sen-

tencia se decidiesen puntos no controvertidos, el juez atendería a ese derecho, ya que, respecto a lo no controvertido, las partes no fueron citadas ni oídas.

Consecuente el legislador con el principio de que deben emplearse todas las precauciones conducentes a que el juez falle sólo sobre lo controvertido, principia por determinar los requisitos esenciales de la demanda; a la cual es aplicable la profunda expresión del jurisconsulto-filósofo Jeremías Bentham: las palabras comprendidas en ella se han de pesar como diamantes.

En la demanda deduce el actor la acción; y de ahí que nuestro Código de enjuiciamientos enumera de uno en uno dichos requisitos esenciales. La demanda debe comprender. . . . :

3º La cosa, cantidad o hecho que se exija; y

4º La causa, razón o derecho con que se reclama.

Determinadas la cosa controvertida y la causa de la acción, quedan enumerados los puntos que el actor pone en tela de juicio.

El reo deduce en la contestación las excepciones perentorias.

Propuesta la demanda y alegadas las excepciones, hay la litiscontestación. Entonces el juez que previno en el conocimiento de la causa es el único competente; constituye ella como un individuo determinado sujeto a su jurisdicción, y el juez procede a sustanciarla conforme a los respectivos trámites, para decidir sólo sobre la litiscontestación.

Permitame V. E. que le recuerde principios tan triviales, pues ellos bastan para decidir este asunto con pleno conocimiento de causa; por cuanto si es evidente, como lo es en efecto, que la Sra. Flor Cobo propuso la demanda por su derecho propio, mas no a nombre de la sociedad conyugal ni menos de su marido Dn. Darío Pazmiño, síguese que aun en el evento de que constase que la Sra. Flor Cobo fué quien edificó la casa materia de la acción reivindicatoria, V. E. tuviera el estrictísimo deber de absolver de la demanda al Sr. Dr. Salcedo Alvarado. Examinemos ya las acciones, ya las excepciones.

I

"Carlos Monteverde, apoderado de la Sra. Da. Ascensión Flor Cobo" (leo a la foja 1ª) El procurador representa en este juicio, no a la sociedad conyugal formada en virtud del matrimonio de la Sra. Cobo con el Sr. Pazmiño, ni menos a éste, que es el representante legal de aquella sociedad, sino a la Sra. Flor Cobo. . . . ; y, efectivamente, en la escritura pública de

mandato se lee: "Que da y confiere poder general, para que A NOMBRE DE LA OTORGANTE Y REPRESENTANDO SU PERSONA, derechos y acciones, se entienda y gestione en todo asunto o pleito en que tenga parte o interés LA MANDANTE." Luego, a tratarse de un litigio suscitado por la sociedad conyugal contra el Sr. Salcedo Alvarado, el procurador Sr. Monteverde, que intervino en el juicio desde las primeras gestiones, no pudiera ni legitimar su personería; pues el poder no le habilita sino para gestionar en los asuntos personales de la Sra. Flor C.

Si bien basta la cláusula que acabo de copiar, hay otra todavía mas terminante y decisiva: "Le faculta especialmente" (al procurador) "para que entable el juicio respectivo y REIVINDIQUE UNA CASA Y SOLAR DE SU PROPIEDAD, situada en la calle de Febres Cordero, que hace esquina intersección con la calle de la Caridad, que el finado Dr. Alvarado ha dejado indebidamente entre sus bienes como si hubiera sido suya: siendo así que dicha casa fue construída y mandada a fabricar con su propio dinero."

Hé aquí determinada la casa con sus pelos y señales, y facultado expresamente el procurador para que la reivindique como perteneciente, no a D. Darío Pazmiño ni a la sociedad conyugal, SINO SOLO A DOÑA ASCENSION FLOR COBO.

Pretender siquiera que el procurador Monteverde litigó a nombre de D. Darío Pazmiño o de la sociedad conyugal, sería un absurdo que no pudiera anidar ni en el cerebro del loco más reumatado.

Continúa la demanda: "Que en terreno municipal con el dinero de la señora mi representada se levantó el edificio o casa. . . . ; después tuvo la señora que ausentarse. . . . Mas esta ausencia, que fue larga, no sirvió de obstáculo para que. . . se llevara adelante la obra. . . . contando para esto con los arriendos que le producían las tres casas que mi poderdante tenía. . . . ; arriendos que los administró el finado Sr. Dr. Alvarado y con los que pudo este señor atender a los gastos que demanda la continuación de la obra."

Sabiendo extrajudicialmente que los herederos del Dr. Ignacio Alvarado han practicado ya el juicio de división de los bienes que dejara dicho señor., A NOMBRE DE MI REPRESENTADA Sra. Ascensión Flor Cobo propongo ACCION REINVENTICATORIA DE DOMINIO contra el referido Sr. Dr. Salcedo Alvarado, para que restituya la casa."

Por pésima que sea la redacción de tal demanda, me ha sido necesario copiarla casi textualmente, porque de ella se deducen dos circunstancias tan trascendentales como decisivas:

1^a Que la Sra. Flor Cobo aseveró en la demanda que la casa le pertenecía personalmente a ella, por haberla edificado con su dinero propio; y

2^a Que en virtud del dominio que, según la Sra. Cobo, había adquirido por haber edificado aquella casa, deduce contra el Sr. Dr. Salcedo Alvarado acción reivindicatoria.

Veamos las excepciones:

"La casa materia de la demanda fue fabricada en terreno municipal arrendado por el Sr. Salcedo Alvarado. . . . ; por lo que NIEGO EN LO ABSOLUTO LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCION propuesta por la Sra. Flor Cobo.

"Y en el supuesto, no consentido, de que dicha casa hubiese sido edificada con el producto de los inmuebles de la propiedad de la demandante; la demanda no tendría razón de ser, en la forma propuesta; ya que el inmueble del litigio correspondería a la sociedad conyugal formada por el Sr. Darío Pazmiño y Da. Ascensión Flor Cobo y no exclusivamente a ésta".

La primera excepción, absolutamente negativa, es ahora la principal, o más bien dicho, la única.

La excepción absolutamente negativa casi siempre puede alegarse con toda seguridad cuando la acción deducida es la reivindicatoria; al paso que si la acción es personal, esa excepción, en la mayor parte de los casos, es absurda.

Nadie ignora, Excmo. Sor., que los fundamentos esenciales de la acción reivindicatoria son dos:

1^o El actor es EL DUEÑO de la cosa cuya restitución pretende; y

2^o El reo es quien LA POSEE.

Ahora bien, si el actor asevera que él es el dueño de la cosa reivindicada, y que el reo la posee, dedúcese la consecuencia necesaria de que el poseedor, a quien la ley reputa dueño mientras otra persona no justifica serlo, puede limitarse a negar en lo absoluto las pretensiones del demandante; el cual en todo caso debe rendir prueba irrefragable de que él adquirió el dominio.

Deducida la acción reivindicatoria, el reo no alega otra excepción que la negativa sino cuando el actor fue en realidad el verdadero dueño de la cosa, y el reo adquirió el dominio de la misma posteriormente por algún título que, como la prescripción, confiere el dominio al que no fue verdadero dueño.

Como ya lo hemos visto, el Sr. Dr. Salcedo Alvarado alegó, además, la excepción de que la casa, a ser edificada con dinero propio de la señora Flor Cobo, pertenecería a la sociedad conyugal.

Esta segunda excepción no agrega nada, en verdad, a la excepción absolutamente negativa; pues, alegada, el reo se limita

a decir: "El demandante ha declarado que soy poseedor del objeto cuya restitución pretende, esto es, que milita a mi favor la presunción de que soy dueño mientras otra persona no justifique serlo. Pruebe el actor el dominio, y entonces le devolveré el inmueble. La prueba ha de evidenciar que el actor es el dueño de la cosa reivindicada; la prueba debe ser positiva, pues a nada condujera una prueba meramente negativa; no se trata de averiguar si YO NO SOY DUEÑO; para que la acción se rechace, básteme asegurar que según la misma demanda, soy el poseedor. Si el demandante justifica que otra persona es el dueño, ello no me importa ni un ardite; porque, deducida la excepción negativa, no se controvierten propiamente hablando, mis derechos como dueño, sino los que la ley me concede como a poseedor; y de estos derechos se deduce, insisto en ello, que si U. no justifica que es el único dueño de la cosa, subsiste en mi beneficio la presunción legal que, fundada en los más obvios principios de Derecho, declara el art. 688 del Código civil. Nada significa que un tercero sea el dueño; pues cuando el tercero me demande reivindicando el mismo inmueble, entonces alegaré las excepciones conducentes a poner en claro que el dominio del tercero se ha extinguido. Bástame por lo pronto alegar que U. por su derecho propio como el único actor en el litigio, no es dueño de la casa cuya reivindicación pretende".

Hubiera podido agregar el Sr. Dr. Salcedo Alvarado, por vía de argumento, mas no como verdadera excepción, que en nada altera la esencia de la acción reivindicadora que el mismo inmueble pertenezca a otra persona a quien ligan estrechos vínculos con el reivindicador; porque deducida la acción de dominio, y alegada la excepción lisa y llanamente negativa, sólo se controvierte si el dominio pertenece a la persona misma que en el juicio es el demandante. Este afirma, lo repetiré mil veces porque es decisivo, que él es el dueño de la cosa reivindicada, a él le incumbe la prueba plena de su afirmación, y si no presenta títulos irrefragables que acrediten su dominio, el juez tiene el deber estrictísimo de absolver al reo.

Aunque esta doctrina no presenta ninguna dificultad, y menos controviéndose el asunto ante el primer Tribunal de la República, permítame V. E. ejemplos; porque ellos, después de asentada la teoría, tienen la virtud de poner el objeto a la vista de modo que percibiéndose con los sentidos, no pueda confundirse con ningún otro. Si se trata de conocer a un individuo, y en vez de describirle por su edad y otras circunstancias, se le presenta a la persona que por él averigua, nadie ni por un instante pone en duda que ello surtirá plenísimo efecto.

Pues bien, supongamos que Da. Ascensión Flor Cobo, en vez de hallarse casada actualmente con D. Darío Pazmiño, es viuda cuyos hijos legítimos viven bajo su patria potestad; y que deducida la misma acción reivindicatoria origen del presente juicio, alega el reo la propia excepción absolutamente negativa; en el término de prueba se justifica que la cosa reivindicada pertenecía, no a Da. Ascensión, sino a uno de sus hijos legítimos menores de edad. ¿Pudiera sostenerse que el juez ha de condenar al reo a la restitución del inmueble? ¿En qué se fundaría para condenarle? Ya hemos visto, Excmo. Sor., que en la sentencia no se resuelven sino los puntos puestos por las partes en tela de juicio; y ¿dónde consta que en la demanda se aseveró que los hijos legítimos de Da. Ascensión eran los dueños de la casa? Las relaciones de la actora con otras personas que pudieran tener interés en el mismo inmueble, ¿alteran acaso la acción deducida, y los hechos que debían justificarse? ¿Cuál es el hecho que debió probar Da. Ascensión? Que ella era el dueño de la casa cuya reivindicación pretende; y ¿ha cumplido ese deber justificando que uno de sus hijos adquirió por sucesión hereditaria el dominio del inmueble?

Lo mismo sería aplicable al caso en que un guardador reivindicase un inmueble por su derecho propio, y durante la dilación probatoria justificase que el inmueble pertenece a uno de sus pupilos.

Es de observar que contestada la demanda, el asesor mandó oír indebidamente a la actora, y que ésta expuso a fs. 97: "Que el edificio pertenezca exclusivamente a la Sra. Flor Cobo o a la sociedad conyugal SERA UNA DIFERENCIA ENTRE ELLA Y SU ESPOSO CON LA QUE NADA TIENE QUE VER EL SR. DR. SALCEDO ALVARADO".

La aseveración de que el poseedor a quien se demanda la restitución del inmueble reivindicado, nada tiene que ver con la persona demandante, es ocurrencia muy propia de la VENERABLE RUTINA, única consultora, maestra y guía del abogado Guerrero. La ley y los principios nos dicen que la mujer, en cuanto a sus intereses, es muy diversa de la sociedad conyugal y del marido; y deducida la acción reivindicatoria, como ya lo hemos visto, sólo a nombre de la Sra. Flor Cobo, sin mentarse siquiera a la sociedad conyugal ni al marido D. Darío Pazmiño, el reo alegó la excepción lisa y llanamente negativa; la cual impone a la actora el ineludible deber de rendir prueba plena de que ella, mas no ninguna otra persona, es único dueño de la casa cuya restitución pretendía.

Tal alegación del abogado Guerrero no era en realidad de verdad sino un mero argumento, mas no se modificaba en manera alguna la acción deducida en la demanda; pues, a considerarse modificada, hubiera sido absolutamente necesario, so pena de nulidad del proceso, que el juez corriese de nuevo traslado de la demanda modificada.

La acción subsiste, pues, cual se dedujo en la demanda, y la excepción no es en realidad sino la absolutamente negativa; la cual, insisto en ello, surtió tres efectos, que en la presente causa son tan importantes como decisivos:

1º Que a la actora incumbe rendir prueba plena de que ella es el único dueño de la cosa reivindicada:

2º Que a no constar plenamente que la Sra. Flor Cobo es el dueño, el juez tiene el estrictísimo deber de absolver al reo; y

3º Que hemos de prescindir absolutamente de las pruebas de donde pueda deducirse que la sociedad conyugal o el Sr. Pazmiño son dueños de la casa; pues como ni aquélla ni éste han intervenido en el juicio, sus derechos no se controvierten ni les aprovecha o perjudica la sentencia que en esta causa se pronuncie.

II

Pasemos ya al examen de las pruebas rendidas por la Sra. Flor Cobo con el intento de justificar que ella es el dueño de la casa materia del actual litigio.

Guerrero da grande importancia al papel que obra a fs. 101, y que tan candorosamente denomina él instrumento privado: "Conste por el presente que yo Francisco Ronquillo, habiendo contratado como maestro carpintero de ribera con la Sra. Da. Ascensión Flor Cobo" Cualquiera juzgaría que iba a presentarse el documento original del pretense contrato de construcción de la casa. Pero al fin del propio documento se ven unas enormes orejas, que no dejan ninguna duda del disfraz "Declaro que concluído mi contrato, como queda relacionado, LE SOBRO MADERAS que compré con dinero que me dió la señora para continuar la obra. Para su constancia doy el presente recibo en Guayaquil a 27 de junio de 1897". Denomínase, pues, INSTRUMENTO PRIVADO un papel escrito DE MEMORIA, y seguramente dictado por el mismo Guerrero ocho años después. Merece D. Rafaelito patente de invención. Ya no hay los peligros de la prueba testimonial. Todas las DECLA-

RACIONES DE TESTIGOS se han vuelto **INSTRUMENTOS PRIVADOS**. Se toma a una persona, se le hace referir en papel sellado los hechos que ella dice le constan, reconoce la firma judicialmente, y tenemos la prueba escrita que los arts. 1698 y 1699 del Código civil exigen! Tal invención tuviera el mérito de la originalidad, si para algo sirviera; pero cuando se litiga ante jueces que cumplen sus deberes, ellos se han de atener, no a las palabras, sino a la esencia misma de las cosas. Tratándose de pruebas, cada una tiene sus elementos constitutivos esenciales. El instrumento privado es el escrito extendido con el exclusivo objeto de hacer constar un acto o contrato, y se redacta tan luego como el acto o contrato se ejecuta o celebra. El instrumento privado, con excepción de casos peculiarísimos, es siempre original; no se confiere copia sino cuando ya hubiere obrado en un proceso, y, reconocido, se quiere que la compulsas figure en proceso distinto. También faculta la ley para presentar un documento privado y exigir que, dejándose copia, se devuelva el original. Mas, en el presente caso, ni siquiera se ha pretendido que hay copia: se evocan las reminiscencias de lo que pasó hace años; y cuando ya se preparaba el juicio contra el Sr. Salcedo Alvarado, Ronquillo nos cuenta en papel sellado que allá en tiempo de entonces celebró un contrato para construir la obra. ¿No es evidente, Excmo. Sor., que Ronquillo es en este caso un **MERO TESTIGO SINGULAR**, y que su declaración no vale un ardite porque **NO SE ACTUO DEBIDAMENTE?**

Y aunque se hubiera presentado un documento original, en que constase que Ronquillo se obligó a edificar la casa, tal documento nada hubiera significado; pues, según el art. 1693 del Código civil, la fecha de un instrumento privado no se cuenta, respecto de terceros, sino desde que fué presentado en juicio o fué reconocido judicialmente por una de las partes. Si aun presentado el documento original, lo repito, quedaba por averiguarse la certeza de la fecha, **LA DECLARACION ESCRITA de Ronquillo, ¿bastaría para probar contra el DR. SALCEDO ALVARADO QUE LA SRA. FLOR COBO FUE QUIEN EDIFICO LA CASA?**

Según la ley y los principios, la prueba testimonial no es admisible sino en los siguientes casos:

1º Cuando la cuantía del asunto controvertido no pasa de ciento sesenta sures:

2º Cuando se trata de hechos meramente materiales, en que no interviene el elemento jurídico; como si **JUSTIFICADO EL DOMINIO DE UN INMUEBLE**, se presentan testigos pa-

ra probar los hechos de posesión ejecutados por el propietario; y
 3º Cuando hay un principio de prueba por escrito, esto es, un acto que, redactado por la parte a quien se opone, haga verosímil el hecho litigioso.

Y si es evidéntísimo, como efectivamente lo es, que faltan las tres únicas circunstancias en que la prueba testimonial es admisible, síguese que en el presente juicio hemos de prescindir de ella absolutamente.

Consta a fs. 230 vta. que en junio de 1892 confirió la Municipalidad de Guayaquil el título concerniente al contrato de arrendamiento del terreno donde se edificó la casa cuya restitución se pretende. "De conformidad con la Ordenanza de 2 de octubre de 1886 y título que se me ha otorgado, acepto ese terreno. Tal ordenanza encierra, entre otras, las siguientes disposiciones:

"Art. 1º Los terrenos municipales se arrendarán para construir casas u otra clase de edificios destinados a usos permitidos.....
 Art. 4º El Presidente del Concejo ordenará a la comisión de terrenos..... que dé la posesión pedida previa mensura, valúo y señalamiento del lindero..... Art. 19.—El arrendatario que quiera traspasar el título a otra persona; lo pondrá en conocimiento del Presidente del Concejo, quien ordenará se haga la respectiva anotación sin cuyo requisito el traspaso no será válido".

Hé aquí, Excmo. Sor., que conforme a esta ordenanza y al art. 1689 del Código civil, el título conferido por la Municipalidad es INSTRUMENTO PUBLICO; el cual constituye prueba plena del acto o contrato para cuya constancia se extiende. Luego, sólo el Dr. D. Ignacio Alvarado podía edificar en el terreno perteneciente a la Municipalidad, y para traspasar el derecho a otra persona, era menester que lo pusiera en conocimiento de aquella Corporación. ¿No bastaría esa circunstancia para evidenciar que la Sra. Flor Cobo nunca ha tenido derecho alguno en la casa controvertida? ¿Cómo no se fijó la Corte de Guayaquil en ese hecho tan importante como decisivo? Sobre la prueba plena, irrefragable que se desprende del contrato de arrendamiento celebrado por el Dr. Alvarado con la Municipalidad de Guayaquil, ¿prevalecerán los dichos de los testigos?

Mueve a risa el candor de Guerrero en el siguiente trozo del nunca como se debe bien ponderado alegato de primera instancia: "Si hemos de decir la verdad de lo que ocurrió respecto del arrendamiento del solar, el Sr. Ortega tiene que DEFERIR a la exposición que hace su propio testigo el MAESTRO D.

FRANCISCO RONQUILLO, al ser preguntado con el interrogatorio de fs. 149 vta.” Si no se viese escrito tal desatino no se creería que lo dijera una persona que tenga sentido común. ¿Dónde está la ley según la cual la parte que presenta un testigo DEBE DEFERIR a todo cuanto él diga? La parte que presenta un testigo abona su conducta, y, por lo mismo, no puede tacharle por actos anteriores a la declaración. Y digo por actos anteriores, pues por la conducta posterior pudiera muy bien tachársele: por ejemplo, si la parte justifica que fué cohechado por la otra. Pero si la declaración del testigo se halla en pugna con lo que consta de un instrumento público, ¿cómo aseverar que DEBE DEFERIRSE a la declaración? ¿No salta a la vista que Guerrero ha confundido dos cosas que no confundiría ni el estudiante más bisoño, esto es, la idoneidad del testigo como tal y los hechos que el mismo testigo refiere?

Continúa Guerrero: “Dice a fs. 155 y 156 (el maestro D. Francisco Ronquillo): “Que la señora le recomendó que fuese a la Municipalidad y LE SACASE EL TITULO DEL ARRENDAMIENTO del solar que HOY OCUPA LA CASA materia de este juicio. Que con tal objeto el declarante SE ACERCO a la oficina respectiva, y que entonces se le manifestó que no podía accederse al arrendamiento hasta que no fuese cubierto el canon de cuatro años más o menos que se le dijo adeudaba un mangle-ro ocupante de este mismo terreno. Que este particular lo puso en conocimiento de la Sra. Flor Cobo. ; y que el Dr. Alvarado, sabiendo el encargo que llevaba, le dijo que él sacaría el título y que lo dejó que así lo hiciera creyendo que lo obtendría para la Sra. Flor Cobo”. ¿No salta a la vista la patraña de Ronquillo? Según lo manifiesta el testamento del Dr. Alvarado, este señor había emprendido en el lucrativo negocio de edificar casas para alquilarlas, y, consta del mismo título conferido por la Municipalidad que tenía ya otra casa contigua al solar que recibió en arrendamiento.

Y si es un hecho evidentísimo que el Sr. Dr. Alvarado fué el arrendatario del terreno, síguese que conforme a la ordenanza a que se sujetaron las partes cuando el sobredicho contrato de arrendamiento, la Sra. Flor Cobo no hubiera podido edificar para sí la casa sino efectuándose la cesión del título en la forma prescrita por la propia ordenanza.

Bastaría este hecho, tan importante como decisivo, para evidenciar que el Dr. D. Ignacio Alvarado fué quien edificó para sí la casa que la Sra. Flor Cobo quiere reivindicar, aprovechando

do de la circunstancia del todo insignificante, de que ella hubiese alguna vez intervenido en la obra.

Si el comprar materiales, vigilar por la construcción, pagar alguna vez a los trabajadores (sin que consintamos en que este hecho fuese cierto) constituyese prueba del dominio de un edificio, no hubiera sobrestante o arquitecto que no pudiera apropiarse de muchas de las casas que hay en todas las ciudades. Qué pruebas y qué argumentos los de Guerrero, Excmo. Sor! Si no conociese que en realidad la honradez de Guerrero es acrisolada, juzgaría que de propósito ha querido perder el pleito, probando y alegando todo cuanto puede perjudicar a su cliente.

Y para que no se juzgue que exagero, basta fijarse en la siguiente aseveración de su alegato: "Viendo la Sra. Flor Cobo que era sólo una superchería la de que se había servido el Dr. Alvarado para presentarse como donante en esa escritura, en la carta que le dirigió el 7 de enero de 1891, fs. 201, casi a los diez años del otorgamiento de la escritura, hízole presente que era infundado su temor, y que debía declarar con franqueza, como cumple a un hombre de bien, que el dinero fue realmente de la señora y que por lo tanto no existía tal escritura de donación. Para que no se tergiverse el sentido de las palabras de la señora, copio aquí textualmente el pasaje de la citada carta. Dice así: "Ya que viene a tiempo TE diré. . . . que en presencia de alguna desgracia. . . . NO TE APRENSIONES EN DECLARAR QUE LA CASA DEL CHIMBORAZO ES CON MI DINERO, y lo más que creas conveniente, pues temo que después de PERDERTE, también me quitarán lo único que en tamaño desconuelo me sirviera para alimentarme. . . ."

Hablando con la más ingenua franqueza, juzgo que esa carta, copiada textualmente por Guerrero, bastaría para no dejar ni la menor duda de que nunca juzgó la Sra. Flor Cobo que la casa cuya restitución ahora pretende le perteneció durante la vida del Dr. Alvarado; pues tal carta pinta con vivísimos colores el carácter codicioso y desconfiado de la Sra. Flor Cobo. Esta señora tenía en su poder una escritura pública de donación, insinuada e inscrita, que le aseguraba plenamente el dominio de la casa en cuanto a los herederos del Sr. Dr. Alvarado; porque sólo D. Darío Pazmiño hubiera podido reclamar, conforme al art. 131 del Código civil que la donación era nula, fundándose en que su mujer no había podido adquirir a título lucrativo. Pero la Sra. Cobo sabía que el Sr. Pazmiño por decoro no podía entrar en semejantes investigaciones, y sus temores no se referían sino a los herederos del Sr. Dr. Alvarado. Ahora bien, si la

Sra. Flor Cobo hubiese sido el dueño de la casa que ahora reivindica, ¿no hubiera instado, suplicado y aún compelido al Sr. Dr. Alvarado para que le asegurase el dominio de aquella casa? La Sra. Flor Cobo, que vivía en una misma casa con el Dr. Alvarado, ¿podía ignorar que este señor fué quien obtuvo de la Municipalidad el título de arrendamiento? ¿Ignoraba que el mismo Dr. Alvarado era quien pagaba a la Municipalidad todas las pensiones? (según consta a fs. 179) ¿Por qué ni mienta la Sra. Cobo aquella casa en las muchas cartas que escribió al Sr. Dr. Alvarado desde 1890 hasta 1895? En aquellas cartas le habla tan circunstanciadamente de infinidad de cosas que nada significan; le agradece de corazón los mil y mil servicios que el Sr. Dr. Alvarado le prestaba; repite que este señor le remitía con la mayor puntualidad las pensiones de arrendamiento, de las dos casas pertenecientes a la propia señora, y ni una sola palabra de donde pudiera deducirse que la casa se construía por su cuenta, ni una sola indicación conducente a que de algún modo asegurase la propiedad de tal edificio. ¿Prevalecerán sobre todas esas circunstancias, lo repito, los dichos de los testigos que afirman que la Sra. Cobo edificó para sí la propia casa? ¿Significarán algo las pretensas conversaciones en que, según se dice, el Sr. Dr. Alvarado confesaba que la casa se construía por la Sra. Flor Cobo? Todas las aseveraciones de los testigos, ¿no se hallan desmentidas por las mismas cartas de la Sra. Flor Cobo? Bástame la siguiente muestra. En la de julio 16 de 1891 le dice (fs. 205): "ME HABLAS de la mucha pobreza de ese país; lo creo y no es nuevo, y acompañada de epidemias peor, se han reunido dos pestes. Por lo que hace a mí, todo el tiempo es uno, ni compro ni vendo, ni gano ni pierdo. SI MIS CASAS SE ARRIENDAN EN UN REAL GASTARE ESE REAL EN MIS NECESIDADES, Y SI NO DAN NADA IRE A LA CASA DE POBRES. Paciencia". ¿Cómo desconocer, Excmo. Sor., que la Sra. Flor Cobo gastaba todo cuanto producían sus casas? ¿Por qué no hablaba de que las rentas se invertían en edificar la casa cuyo dominio ahora se controvierte?

Si todas estas pruebas fuesen meras presunciones, agregadas a ellas el testamento del Sr. Dr. Alvarado, ¿no hubiera las presunciones graves, precisas y concordantes de que nos habla el art. 1702 del Código civil? El Sr. Dr. Pólit tuvo razón al decir en la sentencia que los autos no dejaban ni la más leve duda de que el Sr. Dr. Alvarado era el dueño de la casa, y sorprende, pasma que el Tribunal de Guayaquil asevere que ella se edificó para la Sra. Flor Cobo.

III

He tratado tan detenidamente de la propiedad del edificio, para que ni por un instante se juzgue que los herederos del Sr. Dr. Alvarado pretenden adueñarse de lo ajeno. Pero, en cuanto a la acción reivindicatoria, hubiera bastado, lo repito, la excepción lisa y llanamente negativa; la cual impuso a la Sra. Flor Cobo la estricta obligación de rendir prueba plena de que ella, mas no la sociedad conyugal ni el Sr. Pazmiño es el dueño de la casa reivindicada.

Si al analizar las pruebas conducentes a la edificación de la casa incurre Guerrero en errores garrafalísimos, en los puntos de derecho manifiesta que merced a su larga práctica, ha olvidado la teoría que aprendió en las aulas.

Como ya lo he demostrado extensamente, basta la demanda para que la Sra. Flor Cobo tenga perdido el pleito; pues en ella afirmó que esta señora, con su dinero propio, construyó la casa, y de ahí dedujo la consecuencia injurídica de que la misma señora, por SU DERECHO PROPIO, podía deducir la acción reivindicatoria (1).

Después se propuso refutar el principio certísimo, aseverado con toda exactitud por el Sr. Dr. Serrano, que se distingue entre la autorización y el mandato.

“¿Qué se entiende por autorización?, pregunta Laurent (2). ¿Consiste en una de esas solemnidades que llamamos instrumentales, y que la ley prescribe para garantizar la libre voluntad de las partes? O es un mero permiso, una aprobación que el marido concede al acto que la mujer pretende ejecutar. . . . Según el antiguo derecho, muchos de los fueros (coutumes) distinguían entre la autorización para comparecer en juicio y la que intervenía en los asuntos extrajudiciales: la primera era un mero permiso, al paso que la otra era una forma solemne, de donde se deducía que debía emplearse la palabra autorizar, término sacramental, que si faltaba no había autorización. Pothier no expresa la razón de esta diferencia. El Código la rechaza; emplea indiferentemente las palabras autorización y permiso, así para los asun-

(1) En la demanda dijo: “Acción reivindicatoria de dominio”. Esas cuatro palabras manifiestan que la rutina se ha apoderado del Dr. Guerrero, y que para nada necesita de la teoría.

(2) III. III. 112.

tos extrajudiciales como para los litigios, y admite expresamente la autorización tácita, la cual excluye toda solemnidad. La teoría del Código es conforme a la esencia de la autorización. Si el marido interviene, es para aprobar lo que la mujer ha ejecutado y no para garantizar la libertad del consentimiento; luego es una aprobación o permiso lo que debe conferir.

"No debe confundirse la AUTORIZACION con el MANDATO. La mujer debe ser autorizada por el marido cuando obra ella por su DERECHO PROPIO cuando ella es la que litiga o la que celebra el contrato. . . . Cuando el marido confiere MANDATO a la mujer, se trata de los derechos y de los intereses de él; él es quien litiga, él quien interviene en el contrato, y él quien contrae la obligación; la mujer mandataria no se obliga, pues no se obliga tampoco ningún otro mandatario. Cuando el marido confiere mandato a la mujer, no necesita autorizarla, o, más bien dicho, no puede efectuarse la autorización; aun cuando el marido emplease esta palabra, habría mandato. La diferencia entre el MANDATO y la AUTORIZACION es ENORME. Según el art. 223, la autorización no puede ser general. . . . al paso que el mandato puede serlo. Cuando la autorización es expresa, el Código prescribe que se confiera por escrito; el mandato no es necesario que sea escrito.

"De todo punto necesario distinguir cuando hay AUTORIZACION y cuando MANDATO. Las palabras no son las que resuelven el problema; es posible que el marido haya empleado la palabra autorización cuando confiere a la mujer verdadero mandato. Debe verse si el acto jurídico concierne a los derechos de la mujer o a los del marido; en el primer caso, la mujer debe ser autorizada, en el segundo, no puede proceder sino en virtud de un mandato. El saber si se trata de los derechos de la mujer o de los derechos del marido, depende de las capitulaciones matrimoniales. Supongamos que los cónyuges han convenido en el régimen de la sociedad conyugal. Evidente que entonces si el marido faculta a la mujer para obrar respecto a sus bienes propios (de él) o a los de la sociedad, hay mandato y no autorización. De ahí se sigue que si la facultad concierne a la administración de los bienes de la mujer, hay también mandato; porque según el régimen de la sociedad conyugal, el marido es quien administra los bienes de la mujer; trátase pues de un derecho del marido, y la mujer no puede ejercerlo sino en virtud de un mandato. Si, al contrario, la facultad concierne a la propiedad de los bienes de la mujer, esa facultad es autorización, porque se trata de derechos de la mujer. Síguese de ahí que para la administración de los bienes de la mujer no hay autorización. Si esa administración

pertenece al marido, la mujer no tiene en ella ningún derecho; de consiguiente no puede proceder sino en virtud de mandato".

Hé aquí, Excmo. Sor., determinada la diferencia esencial entre la autorización y el mandato por uno de los más eminentes juriconsultos del siglo XIX. Guerrero nos dirá que para nada sirven los libros; que con ellos no se pega ni se paga; que se atienden a la rutina. La cita no es por fortuna para Guerrero. El ilustrado Tribunal Supremo sabrá estimarla en lo que vale.

La Sra. Flor Cobo dedujo la acción de dominio en virtud de la autorización judicial, cuya copia se insertó en el poder conferido, en agosto de 1897, a D. Carlos Monteverde. Pero no pareciéndole al mismo Guerrero suficiente aquella autorización, expresó a fs. 97: "Para mayor abundamiento protesta mi representada desde ahora presentar la autorización de su marido o la del juez en subsidio para la acción reivindicatoria que ha propuesto; lo cual desde luego será antes de sentencia".

Veamos la prometida autorización.

Según consta a fs. 144 y 145, D^{ña} Ascensión Flor Cobo solicitó que dos testigos, el SR. MAESTRO RONQUILLO y D. Alberto Guerrero, declarasen si había necesidad de reivindicar la casa; y, recibidas las declaraciones, añadió: "Tengo urgente necesidad de entablar una acción reivindicatoria de dominio de una casa. . . ., construída con mis propios recursos. . . . De conformidad con las disposiciones del art. 801 del Código civil, solicito que mi marido me dé licencia para el expresado juicio o que caso contrario exprese los motivos en que la funde. Como mi marido el Sr. Pazmiño, se halla en Babahoyo. . . . solicito que se depreque a uno de los Sres, Alcaldes Municipales".

He llamado la atención de V. E. a las solicitudes de la Sra. Flor Cobo, porque ellas ponen en claro cómo se ha procedido en cuanto a las pompas autorizaciones judiciales. De todo punto imposible que la Sra. Cobo haya ignorado que el Sr. Pazmiño tiene su domicilio en Babahoyo, donde ejerce el oficio de comisionista honrado y diligente. La Sra. Flor Cobo, sin haber obtenido separación de bienes ni divorcio se ha trasladado a donde lo ha estimado conveniente. Fue a Guayaquil; después estuvo en Ambato; en 1895, en Latacunga, de allí pidió que el juez la autorizara para contratar y comparecer en juicio, pretextando que el Sr. PAZMIÑO ESTABA AUSENTE. Según el art. 68 del Código civil la mujer casada, aunque hubiere obtenido separación de bienes, no tiene otro domicilio que el del marido; y sin embargo cuando la Sra. Flor Cobo se ha autojado de litigar, en vez de pedir permiso ante los jueces de Babahoyo, los únicos competentes en todo, cuanto concierne a los derechos y las obligacio-

nes del Sr. Pazmiño, ha pedido que en Latacunga o en Guayaquil el juez la autorice mediante el respectivo exhorto. El Sr. Pazmiño, hombre de dignidad y de carácter, ha oído las notificaciones como oír llover, y ha dejado que los jueces autoricen a la Sra. Cobo para que litigue cuantas veces le convenga. Esas autorizaciones, ¿surten efecto acerca del Sr. Pazmiño o de la sociedad conyugal? Vamos a verlo.

Tratándose de la autorización judicial concedida a la Sra. Flor Cobo, debemos investigar:

1º Si la autorización modificó la demanda entablada por la Sra. Flor Cobo; y

2º Si a virtud de la misma autorización esta señora pudo reivindicar bienes pertenecientes a la sociedad conyugal o al Sr. Pazmiño.

La primera cuestión es tan clara, que al proponerla queda resuelta. Ya había una autorización judicial para que la Sra. Flor Cobo compareciese en juicio, y en virtud de esa autorización, que legitimó la personería de la propia señora y de su procurador Monteverde, propuso éste con toda claridad la demanda reivindicando bienes que, según se dijo, a la misma señora le pertenecían. En vista de la demanda contestó el traslado mi comitente Dr. D. Adolfo Salcedo Alvarado, y, alegadas las excepciones, la Sra. Flor Cobo ni pensó en modificarla. La litiscontestación se determinó, insisto en ello, por la acción y las excepciones deducidas a fs. 3 y 96. Si la nueva autorización judicial, solicitada por Guerrero tan inepta y extemporáneamente, entrase en cuenta en este litigio, a lo más pudiera decirse que en ningún caso el proceso sería nulo; pero no ha podido surtir el efecto de modificar la demanda; y si la demanda subsistía cual se propuso, ¿cómo se aseveraría en ningún caso que la Sra. Flor Cobo ha rendido prueba plena de que ella, independientemente de los derechos de la sociedad conyugal, es el dueño de la casa reivindicada? Y si no es el dueño, debe absolverse de la demanda al reo.

El otro punto es, si cabe, más claro; porque la autorización, cual se ha conferido por dos veces, no concedió a la Sra. Flor Cobo el derecho de comprometer con sus actos los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, ni menos disponer de ellos suscitando un litigio en que se pronunciara sentencia que respecto a la sociedad conyugal pase en autoridad de cosa juzgada.

La autorización judicial, cuya copia obra a fs. 144, es una de las pruebas más convincentes de que el abogado Guerrero ha procedido sólo por rutina. Si la autorización judicial que obra en el poder fue suficiente para legitimar la personería de la Sra. Flor Cobo, ¿con qué objeto se pedía nueva autorización? ¿No se había

elevado ya el proceso a la Corte Suprema, y no es evidente que si el primer Tribunal de la República no lo declaró nulo, quedaron subsanadas todas las faltas que hubiera podido haber en cuanto a la personería? Luego, la nueva autorización no fue la que habilitó a la Sra. Flor Cobo para comparecer en este litigio; y si nos fijamos en los derechos mismos puestos por las partes en tela de juicio, ¿cómo se pretendería que tal autorización pudo modificar el derecho controvertido? ¿Quién ignora, Excmo. Sor., que los efectos de la sentencia se retrotraen al día mismo de la litiscontestación?

Pero si prescindíendose del clarísimo tenor de la demanda, atendiéramos exclusivamente a las autorizaciones judiciales, ni por un instante pondríamos en duda que la Sra. Flor Cobo carece de derecho para reivindicar bienes que a la sociedad conyugal pertenecen.

Aunque este manifiesto ya es interminable, V. E. me disculpará de que no deje inadvertido ninguno de los puntos conducentes a la defensa del Sr. Dr. Salcedo Alvarado. Si es importantísimo el derecho de defensa nada más delicado que el cargo de defensor. El jurisconsulto que no interviene en las causas sino por oficio, sin otro objeto que ganar un honorario y que mira con fría indiferencia que las partes ganen o pierdan; en mi concepto es tan despreciable como los seres que ejercen los oficios más infames. Debe tener por guía la ley y los eternos principios de justicia, y sin omitir medio lícito y decoroso, ha de sostener a todo trance la verdad, poniéndola a los ojos del juez, bien se refiera ella a los hechos, bien a la aplicación de la ley.

Permítaseme esta breve digresión, y pasemos a ocuparnos en las leyes y principios; los cuales evidencian que el proceder de la Sra. Cobo es hijo de la mala fe, la ignorancia y la codicia.

Conforme a las terminantes disposiciones de nuestro Código civil, en virtud del matrimonio se forma una sociedad conyugal, del todo diversa de los cónyuges individualmente considerados. "Por el hecho del matrimonio, dice el art. 129, "se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título DE LA SOCIEDAD CONYUGAL". Y en el Libro IV, Título XXII, se determina todo lo concerniente a la propia sociedad. "A falta de pacto escrito", añade el art. 1708, "se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título".

Formada la sociedad conyugal, pasa la ley a determinar el haber de la misma. El haber de la sociedad conyugal (art. 1715) se compone. . . . 5º "DE TODOS LOS BIENES QUE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES ADQUIERA DURANTE EL MATRIMONIO A TITULO ONEROSO". Nada más claro ni más terminante que esta disposición. Por el ministerio de la ley todo cuanto los cónyuges adquieran a título oneroso, pertenece a la sociedad conyugal. De manera que si por un instante aceptásemos que la casa edificada en el solar municipal fue con dinero propio de D^a Ascensión Flor Cobo, aquélla pertenecería, no a esta señora, sino a la sociedad conyugal, que es una persona jurídica distinta de cada uno de los socios individualmente considerados.

Y si la casa perteneciera a la sociedad conyugal, ¿cómo podría la Sra. Flor Cobo reivindicarla en virtud de AUTORIZACION DE JUEZ? Las partes no han puesto en duda que subsiste la sociedad conyugal entre la Sra. Cobo y D. Darío Pazmiño; porque el art. 1754 determina taxativamente los únicos casos en que la sociedad conyugal se disuelve. Síguese, pues, que las reglas aplicables al presente caso son las comprendidas en el § III del sobredicho Título XXII, Libro IV: "DE LA ADMINISTRACION ORDINARIA DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL".

Ahora bien, el marido es JEFE DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, y como tal ADMINISTRA LIBREMENTE LOS BIENES SOCIALES Y LOS DE SU MUJER (art. 1739). Si conforme a este artículo son amplísimas las atribuciones que el marido ejerce administrando los bienes sociales y los de la mujer, en cuanto al dominio mismo de los bienes sociales, son igualmente amplios los derechos que el art. 1740 le confiere: "El marido es, respecto de terceros, DUEÑO DE LOS BIENES SOCIALES, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio. De manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales". Si el marido es dueño de los bienes sociales sólo él puede ejercer el derecho de reivindicarlos; pues no puede reivindicar sino el que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o difuciaría de la cosa (art. 884). No viene a cuento ahora la acción publiciana, concedida al que tiene la posesión regular; pues la Sra. Flor Cobo dedujo la ACCION REIVINDICATORIA fundándose en el dominio.

Bastaría esta disposición, cuyo tenor no origina ni la más leve duda, para poner en claro que en el instante mismo en que

la Sra. Flor Cobo dedujo la demanda tenía perdido el pleito. Si la acción reivindicatoria, insisto en ello, no puede ejercer sino el dueño, y si aun en el evento de ser ciertos todos los hechos que la actora afirma, la sociedad conyugal sería el dueño, ¿cómo podría deducirse que puede reivindicar la persona que carece de derecho en los bienes sociales? Y que no tiene derecho la Sra. Flor, lo dice terminantemente el art. 1742 "La mujer por sí sola NO TIENE DERECHO ALGUNO A LOS BIENES SOCIALES DURANTE LA SOCIEDAD". ¿Cómo no vió el juriconsulto Guerrero este artículo que por sí sólo decide el litigio contra la actora? ¿Cómo dedujo la acción de dominio de bienes que, según dice, fueron adquiridos por la Sra. Cobo a título oneroso, si esos bienes pertenecen a la sociedad conyugal, y si en ellos NO TIENE LA MUJER NINGUN DERECHO?

Pero nos alegrará Guerrero que la Sra. Flor Cobo tuvo autorización judicial antes del pleito, en el pleito y después del pleito. ¿Qué efectos surte esa tan decantada autorización judicial? Nos lo explica el mismo art. 1742: "LA AUTORIZACIÓN DEL JUEZ, en su caso, NO SURTE OTROS EFECTOS QUE LOS DECLARADOS EN EL ART. 140, ¿y qué dice el 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 sido autorizada judicialmente, por IMPEDIMENTO ACCIDENTAL del marido en casos urgentes, con tal que PUEDA PRESUMIRSE EL CONSENTIMIENTO DE ESTE".

Dos son, pues, los requisitos que la ley exige para que la autorización judicial surta efectos acerca de los bienes sociales:

1º Que la mujer hubiere sido autorizada judicialmente por IMPEDIMENTO ACCIDENTAL del marido; y

2º Que el caso sea urgente, en que PUEDA PRESUMIRSE EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.

¿Y cómo pudiera aseverarse que concurren ahora esos dos requisitos? El pretense impedimento del Sr. Pazmiño, lejos de accidental, ha sido tan permanente que ha durado más de treinta años. El Sr. Pazmiño ha continuado en Babahoyo, ahí está su domicilio y por consiguiente el de la Sra. Flor Cobo, y esta señora pretende que por haber abandonado el domicilio conyugal, tiene el derecho de exigir que el juez la autorice en donde ella

se antoje de pedir la autorización. Y si los cónyuges se habían separado voluntariamente, sin separación de bienes ni divorcio; si la separación era, según las circunstancias que había entre los dos cónyuges, tan permanente que era de todo punto imposible que se reconciliaran, ¿cómo hubiera podido PRESUMIRSE la autorización del Sr. Pazmiño? ¿Se la hubiera conferido a versar el litigio sobre bienes propios aportados por el mismo señor a la sociedad conyugal? E idénticos de toda identidad son, respecto de terceros, los bienes sociales y los bienes propios del esposo. Si el Sr. Pazmiño no ha reclamado los bienes que la Sra. Flor Cobo ha adquirido a título oneroso durante el matrimonio, proviene ello de motivos de delicadeza y decoro, que son del todo ajenos al dominio del legislador y del juez. Tratándose de los derechos de la familia, en ellos ejercen mucha mayor influencia la moral y las costumbres que las leyes; pero en los litigios se ha de prescindir de la moral y de las costumbres, y el juez no ha de aplicar sino la ley escrita; según la cual el edificio reclamado por la Sra. Cobo se contaría entre los bienes sociales, y la única persona que pudiera reivindicarlo fuera el Sr. Pazmiño como jefe de la misma sociedad.

El inciso 3º del mismo artículo 140 es el que decide este litigio: "Si la mujer hubiere sido autorizada por el juez CONTRA LA VOLUNTAD DEL MARIDO, obligará solamente los 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".

Hé aquí que aun tratándose de meras obligaciones, la autorización judicial no surte efecto en cuanto a los bienes sociales ni a los del marido, y menos pudiera conferir a la mujer el derecho de reivindicar los bienes del marido o los de la sociedad conyugal; esto es, que la mujer autorizada para comparecer en juicio pudiera reivindicar los bienes sociales o los del marido, y que contra el marido pasara en autoridad de cosa juzgada la sentencia pronunciada contra la mujer.

El art. 140 de nuestro Código civil, es casi idéntico al art. 1426 del Código de Napoleón: "Los actos ejecutados por la mujer sin el consentimiento del marido, y aun con autorización judicial, no comprometen los bienes de la sociedad conyugal, sino cuando la mujer contrata como mercadera y ejecuta actos mercantiles".

Pues bien, los más eminentes expositores de aquel Código opinan unánimes que la autorización judicial nunca surte el efecto de comprometer los bienes del marido o los bienes sociales.

La autorización del marido y la de la justicia, dice Vazeille

(1) "surten unos mismos efectos en cuanto a la mujer, y efectos diversos en cuanto al marido. Confiriendo éste autorización, puede obligar así sus bienes propios como los de la sociedad conyugal. Pero las obligaciones contraídas con autorización de la justicia, no comprometen nunca los bienes personales del marido ni el usufructo en los bienes de la mujer".

"El marido", añade Zachariae (2) "no se obliga a terceros con quienes ha contratado o litigado la mujer en virtud de su autorización.

"Esta regla tiene excepciones en los dos casos siguientes:

"a) Cuando los esposos se han casado según el régimen de la sociedad legal o convencional. En esta hipótesis, el marido, en virtud de la autorización que le confirió, debe cumplir las obligaciones contraídas con esa autorización:

"b) Cuando en cualquier otro régimen que el de la sociedad conyugal el acto jurídico o el proceso seguido por la mujer interesa también al marido. . . .

"Los efectos excepcionales que la autorización del marido surte en los dos casos precedentes, no se extienden a la autorización judicial. Esta última no puede, por regla general, oponerse al marido, para que surta respecto de él obligaciones. Importa poco, en este aspecto, que la autorización del juez se haya concedido por haberse denegado el esposo, o a causa de ausencia o incapacidad".

Oigamos a Demolombe (3) "En cuanto a la autorización judicial, la regla consiste en que ella no puede perjudicar al marido. Los actos ejecutados por la mujer, o las sentencias contra ella, no confieren en este caso a terceros ningún derecho para perseguirlo en los bienes de la sociedad conyugal ni en los del marido; aun el usufructo mismo de los bienes de la mujer debe respetarse; y los terceros no tienen acción sino sobre la nuda propiedad.

"Me parece que esta regla es aplicable en todos los casos en que la mujer no procede sino con autorización judicial, sin distinguir si la autorización se le ha conferido negándose el marido o a causa de su incapacidad.

"Es verdad que los arts. 1413 y 1417 no prevén sino la negativa del marido; pero es una mera enunciación. El art. 1426, que se propone asentar el principio, se expresa en los términos MAS ABSOLUTOS. . . ."

Veamos la doctrina de Dalloz (4) "La autorización-de la

(1) II. 357.

(2) V. § 472.

(3) IV. 318. 319.

(4) Mariage. 932.

justicia no tiene, en cuanto al marido, efectos tan extensos como la que él mismo confiere. Por regla general, esa autorización no puede perjudicarlo. Así, las obligaciones que la mujer ha contraído, las sentencias contra la misma después de la autorización, no pueden ejecutarse en los bienes personales del marido ni en los de la sociedad conyugal. Ni aun podía perseguirse los bienes personales de la mujer sino reservándose el usufructo que pertenece al marido, cuando ese usufructo se le concede en las capitulaciones matrimoniales”.

Dígnese, pues, V. E. confirmar la sentencia recurrida, condenando a la actora, por su manifiesta mala fe, en las costas de todas tres instancias.

LUIS F. BORJA

X

Juicio posesorio seguido entre las Señoras Aurora Banchón y Josefa Gonzabay

1902

ACCIONES POSESORIAS.

Excmo. Señor

Aunque insignificante, por su cuantía, el juicio posesorio entre Doña Aurora Bañchón y Doña Josefa Gonzabay, es importantísimo por sus consecuencias; porque la Sra. Gonzabay, viuda, pobre y anciana, quedara reducida a la mendicidad si se la condenase en onerosas costas; y porque los fundamentos de la sentencia recurrida son tan ilegales e injurídicos, que desnaturalizan absolutamente el sistema del Código civil sobre las acciones posesorias.

Ni por un instante puede desconocer este ilustrado Tribunal que las acciones posesorias están sujetas a reglas especiales, ya en cuanto al objeto mismo que las partes se proponen, ya en cuanto a la sustanciación del respectivo juicio, ya en cuanto a las pruebas que deben rendirse.

"LAS ACCIONES POSESORIAS", dice el art. 907 del Código Civil, "tienen por objeto CONSERVAR O RECUPERAR LA POSESION de bienes raíces o de derechos reales constituídos en ellos". Aunque el artículo comprende casi todos los elementos constitutivos esenciales de las acciones pose-

sorias, se omitió uno de ellos en la definición, a saber, que estas acciones versan exclusivamente sobre la POSESION ANUAL. Pero subsanóse la falta en el art. 901: "NO PODRA ENTABLAR ACCION POSESORIA sino el que ha estado EN POSESION tranquila y no interrumpida un AÑO COMPLETO". La regla no puede ser más clara ni más decisiva. Tres son los requisitos que han de concurrir necesariamente para que las acciones posesorias sean eficaces:

- 1º La posesión tranquila;
- 2º La posesión no interrumpida; y
- 3º La posesión anual.

La posesión tranquila consiste en la falta de perturbación.

La posesión no interrumpida, en que ella no se haya controvertido;

Y la posesión anual es necesaria, porque esa posesión es el único objeto de las acciones posesorias.

Después de definir la posesión el art. 688, establece el principio de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. Pero, tratándose de las acciones posesorias, el propio Código ha querido que la presunción de propiedad no nazca sino de la POSESION ANUAL. Deducidas, se litiga sobre la POSESION ANUAL, sin disputarse la propiedad, y todo cuanto no concierne a la misma posesión es ajeno de los juicios en que se sustancian las acciones posesorias. "En los juicios posesorios", dice el art. 914, "no se tomará en cuenta EL DOMINIO que por una u otra parte se alegue". El legislador traza, pues, el límite entre la posesión y la propiedad; facultada para que se controvierta breve y sumariamente sobre la posesión, y, declarada ésta, puede controvertirse en juicio ordinario sobre la propiedad. Si alguna vez se examina en los juicios posesorios lo concerniente al dominio, es sólo cuando él puede suministrar datos concernientes a la posesión. Por eso dice el mismo art. 914: "Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente. Ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos que los que puedan probarse de la misma manera".

Los arts. 907, 909 y 914 dan a conocer el sistema sobre las acciones posesorias; el cual es del todo conforme al Derecho francés: "La propiedad, dice Troplong (1), "es a veces un derecho oscuro. Puede suceder que se controvierta ella entre personas que aleguen respectivamente pretensiones fundadas. Para decidir las es necesario consultar títulos contradictorios, discutir

(1) Prescription. I. 224-226.

diffíciles puntos de derecho, sustanciar litigios largos y molestos. Entre tanto, ¿qué proveer sobre la posesión? ¿Permanecerá vacante? Pero el interés público exige que las tierras se cultiven y que los demás inmuebles no sean improductivos. ¿Quedará la posesión suspensa? Pero la posesión es tan codiciada, que las partes podrían apelar a las violencias, y aún hubiera peligro de efusión de sangre. Es menester, por lo mismo, escogitar un arbitrio acerca de la posesión, prescindiéndose de la propiedad, que es desconocida y disputada; de ahí la intervención de la ley civil para resolver sobre la posesión, hasta que el derecho de propiedad se decida definitivamente. Entonces se puede decir con Ulpiano. *Nihil commune habet proprietatis cum possessione*. Esta distinción, fundada en el orden público, me induce a aseverar que ella no se establece sino en los pueblos que tienen una legislación previsora y adelantada. Lejos de ser un estado normal, es un remedio transitorio a las perturbaciones del derecho de propiedad.

“Pero veamos cómo ha mirado el legislador esta posesión que trata de regularizar. Aun cuando se aplacen las controversias sobre la propiedad, domínale la idea de que la posesión es el atributo del dominio. Fíjase siempre en el dominio; no puede separar la posesión de la causa que la legitima, y dice con Diocleciano: *Etsi proprietatis a possessione separari non possit*. Entonces, ¿qué hace? Como la posesión es el signo de la propiedad, deduce que el poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifique serlo. Quiere que hasta nueva resolución, la posesión sea la propiedad presunta; declara la presunción como vínculo entre la posesión y el dominio. . . .

“Pero no basta un día de posesión para que la presunción de que hablamos sea fundada. Es indudable que una posesión de ayer, no se considere violenta e ilegítima, y hay casos en que surte algunos efectos. Entre un actor que no justifica sus pretensiones y el reo que posee, la ley decide a favor del último, que por lo menos tiene apariencia de derecho. Pero, prescindiéndose de esta hipótesis, la posesión sin título y sin duración no es protegida, y, cuando se pierde, la ley no socorre al poseedor despojado; considera la tenencia como un puro hecho que no lleva consigo la presunción de propiedad; y nada hace para restablecerla. Pero si ha transcurrido un año, y si la posesión es tranquila, pública, continua y a título de propietario, procédese de otra manera. A falta del derecho de propiedad, que es ignorado, lo reemplaza la posesión, y la ley supone que el que ha cultivado un predio, percibido los frutos, gozado de la cosa durante UN AÑO COMPLETO, no hubiera procedido así a no ser dueño. Una presunción de propiedad es inherente a la PO-

SESION ANUAL y a las calidades que la distinguen. EL POSEEDOR ANUAL DEL INMUEBLE tiene lo que en Derecho francés llamamos SAISINE (1), esto es, se presume que es dueño. Luego, la POSESION ANUAL es en derecho, una posesión privilegiada, de que no puede privarse al poseedor; y la garantizan ASI LAS ACCIONES POSESORIAS DE CONSERVAR Y RECUPERAR LA POSESION como la denuncia de obra nueva".

Nada pudiera agregar yo a las enseñanzas del sabio presidente de la Corte de Casación; las cuales son del todo conformes al sistema del Derecho francés sobre las acciones posesorias; sistema aceptado en todas sus partes por el Código chileno.

La Corte Superior ha desconocido el principio inconcuso de que el Código de enjuiciamientos, lejos de alterar el sistema del Código civil, asegura la eficacia de los derechos que aquél declara, crea y garantiza. El Código civil no determina los trámites de los juicios; el Código de enjuiciamientos puntualiza tales trámites, que el juez debe observar estrictamente hasta que la causa se halle en estado de sentencia, y entonces aplica las disposiciones de la ley sustantiva. ¿Cómo prescindir en la sentencia de las disposiciones del Código civil? Así, por ejemplo, según el art. 907 las acciones posesorias se refieren sólo a los bienes raíces; y como el Código de enjuiciamientos no distingue entre los muebles y los inmuebles, ¿deduciríamos que ahora puede haber acción posesoria por carneros o por burros? ¿No se desprende tal anomalía de la sentencia expedida por los Ministros de Guayaquil? Otro caso. Según el art. 908, sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas, no puede haber acción posesoria. Ningún estudiante de jurisprudencia ignora los fundamentos de esa regla. Hemos visto ya que el Código civil establece la presunción de propiedad en beneficio del poseedor anual, y que tal presunción es protegida por las acciones posesorias. Pero si las servidumbres inaparentes o discontinuas no pueden adquirirse sino por título, síguese que la posesión no es en tal caso signo de la propiedad, y que entonces no puede deducirse acción posesoria. La Corte de Guayaquil se tendría, empero, en sus trece; fundándose en que el Código de enjuiciamientos no cuenta entre las excepciones la de que no se concede acción posesoria sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, ampararía en la posesión al que durante un año ha transitado por un inmueble ajeno, y en el juicio petito-

(1) No hay en español una palabra que equivalga a SAISINE.

rio resolviera que ni aun por el tránsito de treinta años se adquiere la servidumbre por prescripción.

Mas V. E. aplicando rectamente las disposiciones del Código civil, declararía que no hay acciones posesorias en cuanto a bienes muebles ni a las cosas que no pueden ganarse por prescripción.

Luego, debe declarar también que no habiendo justificado el actor la posesión anual, no ha tenido derecho para deducir la acción posesoria; pues, lo repetiré mil veces, el juez no examina las excepciones y las pruebas rendidas por el reo, sino cuando el actor ha justificado plenamente los elementos constitutivos de la acción posesoria.

Aun atendándose exclusivamente a las disposiciones del Código de enjuiciamientos, sería absurda la sentencia de la Corte Superior. "El despojado", dice el art. 736, "presentará su demanda relacionando que. . . . ha estado en POSESION MATERIAL DE LA COSA POR UN AÑO CONTINUO Y que ha sido despojado de ella". ¿Serán mera fórmula los términos casi sacramentales que el legislador prescribe al puntualizar los requisitos de la demanda sobre despojo? ¿Cualquiera persona que examine las cosas de buena fe, contestará sin vacilar que en los juicios posesorios al actor le incumbe la prueba plena de los hechos que constituyen la acción, y que, probados, se examinan las excepciones.

Debe probar el actor la POSESION MATERIAL. Bien sabe V. E. que las palabras POSESION MATERIAL, que se emplean impropriamente, conducen a distinguir entre la posesión inscrita y la posesión no inscrita. El Código civil es contradictorio o por lo menos discordante tratándose de los modos de adquirir la posesión. En el § II. Tit. VI, Lib. II leemos (art. 712): "Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el registro del anotador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio". Si nos atuviésemos a ese artículo exclusivamente, deduciríamos que en cuanto a los inmuebles adquiridos después de la vigencia del reglamento de inscripciones, aun la posesión anual no puede probarse sino por medio de la respectiva inscripción. Pero al hablar de las acciones posesorias, el mismo Código añade (art. 916): "Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo el dominio da derecho. . . ." Y tratándose de la prescripción extraordinaria, es todavía más terminante el art. 2492: "Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno". Salta a la vista que a no haber título, tampoco hay inscripción, y que, por ende, tratándose de la prescripción extraordinaria, la posesión de treinta años se prueba conforme al art. 916. De

manera que atendíendose al sistema del Código civil, distinguimos dos especies de posesión: la posesión no inscrita, que consiste en hechos ejecutados con ánimo de señor o dueño; y la posesión inscrita, que no se adquiere mientras no se inscriba el título en el registro del anotador de hipotecas. La posesión no inscrita es la base de las acciones posesorias y de la prescripción extraordinaria; la posesión inscrita surte todos los demás efectos puntualizados en el Código civil, como la adquisición del dominio por la prescripción ordinaria, los derechos declarados a favor de los poseedores de buena fe, tratándose de la reivindicación y de la accesión.

No basta la posesión que el Código de enjuiciamientos denomina material; es necesario, además, que haya durado un año completo. Este es, insisto en ello, el principal de los elementos constitutivos de las acciones posesorias, que se refiere sólo a la posesión anual.

Pues bien, la demanda mismo pone en claro que falta el requisito de la posesión anual. "EN OCTUBRE DEL AÑO PROXIMO PASADO", dice, "Josefa Gonzabay v. de Durán con ánimo de despojarme de la referida Chacra, sorprendiendo al Intendente D. Rafael Caamaño, arrancó el alambre, desclavando las grampas del cerco de guarango y destruyó las plantaciones de sandías y verduras. . . . Sin perjuicio de la acusación, ocurrió a la intendencia de Policía; y el Sr. Caamaño, dando oído a mi justo reclamo, mandó volviera las cosas a su estado anterior, haciendo se me pusiera en posesión del terreno del que había sido despojada por una superchería de la Gonzabay; comisionando para el efecto al ex teniente político de Puná Eduardo Santos. . . . verificándose LA RESTITUCION EN NOVIEMBRE DEL MISMO AÑO. . . . Desde dicha fecha he continuado en quieta y pacífica posesión de la referida Chacra. . . . Parece que Josefa Gonzabay v. de Durán, creyendo haber mejorado de derecho con la destrucción del proceso criminal, ha vuelto a las andadas con mayores bríos; y el domingo, 29 DE SETIEMBRE del año en curso, víspera de San Jerónimo, se ha echado sobre mi Chacra, no sólo quitando el cerco de cajón del lugar en que estaba, levantando otros, unas veinticinco varas dentro del terreno que poseía, y tomando posesión de hecho, sino también rechazando a mi madre, que iba a cercar una parte de dicho terreno. . . ." He copiado casi textualmente tan inimitable demanda, para que no se creyese que de intento me proponía alterarla.

Si aceptásemos por un instante las aseveraciones que la demanda encierra, ¿cómo pudiéramos desconocer que no estuvo la Banchón en posesión tranquila un año completo? ¿No nos

dice que EN NOVIEMBRE le restituyó la posesión el Sr. Caimaña, y que EN SETIEMBRE del año siguiente VOLVIO A DESPOJARLA DOÑA JOSEFA GONZABAY? De ahí que el distinguido jurisconsulto Dr. D. Carlos Carbo Viteri tuvo perfecto derecho para calificar la demanda de injurídica e inepta.

Observamos ya que según el art. 916, regla especialísima sobre la prueba de la posesión anual, debe justificarse la del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo el dominio da derecho. Ahora bien, entre las pruebas rendidas por la querellante no consta ningún hecho de los que al dominio se refieren. Hé aquí las preguntas (fs. 64) que conciernen a la posesión:

4^a Si es cierto que a la muerte de mi esposo Manuel Escalante, CONTINUE YO EN LA POSESION del mencionado terreno por mi propio derecho y en representación de mis hijos legítimos menores de edad, como herederos de aquél:

5^a Si es cierto que MI POSESION AL EXPRESADO TERRENO ha sido continua y sólo fue INTERRUMPIDA en Octubre del año 1884 por Josefa Gonzabay v. de Durán:

6^a Si es cierto que verificada la restitución del terreno por el Juez civil de entonces, CONTINUE EN LA POSESION DE DICHO TERRENO desde noviembre de 1894 hasta el 29 de setiembre de 1895

Y aunque todos los testigos contestan afirmativamente, ¿cómo se puede asseverar ni en burlas, Excmo. Señor, que se ha justificado la POSESION cuyos requisitos determina el citado art. 916?

Sea cual fuere la controversia sobre la posesión, cuando ésta no es inscrita debe probarse justificando los hechos que la constituyen; y de esos hechos deduce el juez el PUNTO DE DERECHO sobre si efectivamente HAY O NO HAY POSESION. El saber si un individuo posee es una noción abstracta, que no está a los alcances de los testigos. ¿Cómo darían éstos razón de que un individuo ha ejercido la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño? Pregúntese aun a las personas más veraces en los negocios si un arrendatario POSEE, y contestarán sin vacilar que sí. E insistiéndose en preguntarles en qué ha consistido la posesión, dirán que el arrendatario ha sembrado y cosechado. Pero de esos hechos deducirá el juez que el arrendador, mas no el arrendatario, ha poseído durante el arrendamiento.

Nada fuera más peligroso que en los juicios posesorios, tan importantes como frecuentes, se estableciera la absurda práctica de que los testigos decidan sobre la posesión anual sin puntualizar los hechos en que ella ha consistido. El art. 916 es efecti-

vamente la salvaguardia de las personas contra quienes a cada paso se deducen inicuas e infames acciones posesorias.

Si se acepta el principio incontrovertible de que al actor le incumbe justificar los **REQUISITOS CONSTITUTIVOS DE LA ACCION POSESORIA**, síguese que aun cuando el reo no alegue la prescripción, el juez debe declararla de oficio.

Uno de los requisitos constitutivos de toda acción es el lapso de tiempo dentro del cual ha debido deducirse. Las acciones ordinarias prescriben en veinte años; las acciones ejecutivas, en diez, y en uno, las acciones posesorias.

Cuando la acción ordinaria es la que se deduce, el juez no puede declarar de oficio la prescripción, y el interesado es quien debe alegarla; pero de ahí no se sigue que la acción civil subsista. Subsiste sí la obligación natural; depende ésta de la conciencia de cada individuo, y la ley no quiere violentarla. Si han transcurrido veinte y dos años desde que se venció el respectivo plazo, y si el reo, lejos de alegar la prescripción, pretende que ha pagado, eso equivale a la renuncia de un derecho adquirido; el juez declara que no se controvierte la prescripción, y que el pago es el único punto puesto en tela de juicio. Pero, alegada y probada la prescripción, el juez declara que por el **MINISTERIO DE LA LEY SE EXTINGUIÓ LA ACCIÓN**, y que el actor **NO HA TENIDO DERECHO PARA DEDUCIRLA**. "Una acción o derecho se dice que prescribe", dice el art. 2474 del Código civil, "cuando se **EXTINGUE POR LA PRESCRIPCIÓN**"; y el art. 2496 añade: "**LA PRESCRIPCIÓN QUE EXTINGUE LAS ACCIONES Y DERECHOS AJENOS**, exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones". ¿Cómo desconocer, Excmo. Señor, que aun tratándose de las obligaciones cuyo cumplimiento se exige en juicio ordinario, el lapso de tiempo es precisamente uno de los requisitos constitutivos de la **ACCION MISMA**; y que cuando el reo alega la prescripción, se limita a recurrir a la ley que ha **EXTINGUIDO LA ACCION**, sin ningún otro acto del reo? ¿No hay una diferencia enorme entre la prescripción y los demás modos de extinguirse las obligaciones, como el pago, la novación, la pérdida de la cosa que se debe?

Y si esto es evidentísimo aun tratándose de la acción ordinaria, ¿qué diremos de la acción ejecutiva y de las acciones posesorias? ¿Cómo ponerse en duda que el juez no puede pronunciar el auto de pago, si la acción ejecutiva está prescrita? Supongamos que nuestro legislador hubiese tenido la peregrina ocurrencia de enumerar taxativamente las excepciones admisibles en el juicio ejecutivo; que, transcurridos doce años desde que se venció el plazo concedido para el cumplimiento de la

obligación, el actor demanda el pago en juicio ejecutivo, y el reo alega que la acción está prescrita. ¿Será en realidad de verdad una excepción la que el deudor deduce? Nada significaría que éste hubiese empleado la voz excepción, porque el juez debe atender, no a las palabras, sino a la esencia misma de las cosas. La excepción de prescripción significa en tal caso: "El actor no pudo proponer demanda ejecutiva, porque la ley no le concede el derecho de exigir ejecutivamente el cumplimiento de la obligación sino dentro de diez años, contados desde que la propia obligación sea exigible; y si el actor no pudo proponer la demanda, si la acción carece absolutamente de eficacia, tampoco usted pudo pronunciar el auto del pago". Tan cierto es que el alegar la prescripción en el juicio ejecutivo no es en realidad de verdad una excepción, que si el Alcalde Municipal, incurriendo en gravísimo error, pronuncia sentencia condenando o absolviendo al ejecutado, la Corte Superior se limitará a declarar la nulidad del proceso, fundándose en que el título no era ejecutivo.

Si pasamos a las acciones posesorias, ¿cómo negar que la posesión anual es el primero de los requisitos constitutivos de la acción? ¿No dice el Código civil que no puede entablar acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo? El art. 911, añade: "Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben en un año completo, contado desde el acto de molestia o de embarazo inferido a ella.— Las que tienen por objeto recuperarla, expiran en un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido". Combinados los arts. 909 y 911 significan que la acción posesoria no es admisible sino cuando concurren dos circunstancias:

1^a Que el actor haya estado en posesión tranquila y no interrumpida durante el último año contado hacia atrás desde el acto de embarazo o de despojo; y

2^a Que la demanda se cite antes de transcurrido el año, desde el propio acto de perturbación o despojo.

Uno de los más seguros criterios de verdad consiste en investigar las consecuencias que de una premisa se siguen; pues si ella nos conduce al abismo llamado absurdo, tal premisa en ningún caso puede ser verdadera. Y si supusiésemos que en los juicios posesorios no es admisible la excepción de que la acción se extinguió por el mero lapso de tiempo, tendríamos de aceptar que en los juicios posesorios se controvierte, no la posesión del último año, sino la posesión de hace diez, quince o veinte años. Supóngase que la Banchón hubiese dicho en la demanda propuesta en 1900: "El año 1890 íntegro estuve en posesión del

predio denominado Chacra; y la Sra. Gonzabay se apoderó del mismo a principios del 91. Queréllome, pues, de despojo para que U. ordene se me restituya la posesión. El juez que está obligado a sustanciar el juicio, y que nada resuelve sino en la sentencia, corre traslado a la otra parte; la cual se limita a decir que habiéndose entablado la demanda el año 1900, está prescrita la acción posesoria. Concedido término para la justificación de los hechos, la Banchón rinde las siguientes pruebas:

1^a Que desde enero de 1890 hasta febrero de 1891 cultivó la finca denominada Chacra y percibió sus frutos; y

2^a Que sin ningún título la Sra. Gonzabay se apoderó del predio en marzo de 1891, y que desde entonces lo conserva en su poder. En vista de la acción deducida el año 1900 y de aquellas singularísimas pruebas, ¿ORDENARIA EL JUEZ LA RESTITUCION DEL INMUEBLE DESPOJADO, fundándose en que INDEBIDAMENTE SE ALEGO LA PRESCRIPCION? ¿Sería compatible la sentencia con el sistema establecido así por el Código civil como por el mismo Código de enjuiciamientos en cuanto a las acciones posesorias?

De todo lo expuesto se deduce, Excmo. Señor, que el juez de primera instancia procedió en estricta justicia al absolver de la demanda a la Sra. Gonzabay; y espero que V. E., revocando el absurdo fallo recurrido, declare inadmisibile la acción posesoria, y condene a la Banchón en las costas de todas tres instancias.

LUIS F. BORJA

XI

**Juicio sobre nulidad del testamento del Sor. Carlos Zambrano
Mancheno**

1905

**SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO
CERRADO.**

Excmo. Señor

Como el Tribunal Supremo va a pronunciar el fallo de primera instancia en la causa sobre nulidad del testamento de Dn. Carlos Zambrano, permítaseme examinar el proceso en todos sus aspectos. (1)

Veamos la demanda:

"En junio de 1891 se redactó una acta que, según se dijo, era la cubierta del testamento cerrado que el octogenario y decrepito Dn. Carlos Zambrano se proponía otorgar.— El señor Carlos Zambrano, leo en tal acta, "de ochenta y cuatro años poco más o menos. . . ." ME ENTREGO A MI EL INFRASCrito ESCRIBANO ESTE PLIEGO CERRADO Y LACRA-

(1) La Corte iba a sentenciar la causa en tercera instancia; mas el doctor Borja dice que en primera, en son de menosprecio, al parecer, de 194 falló de primera y de segunda.—Nota de los Editores.

DO....., EXPRESANDO QUE EN EL SE HALLABA SU TESTAMENTO Y ULTIMA VOLUNTAD, EN PRESENCIA DE CINCO TESTIGOS QUE SE HALLABAN REUNIDOS, VIENDO Y OYENDO AL TESTADOR.....

"A esto se reducen todas las solemnidades que el escribano conceptuó necesarias para la validez del testamento cerrado. Pero ellas dependen de la ley, que las enumera taxativamente; y, a omitirse, aunque sea una sola, el testamento no tiene valor alguno. Ahora bien, comparándose la sobredicha acta con los requisitos puntualizados en el art. 1013, inc. 1º, del Código civil, se observa que se han omitido las siguientes solemnidades: 1ª NO CONSTA QUE EL TESTADOR PRESENTO EL TESTAMENTO ASI AL ESCRIBANO COMO A LOS TESTIGOS: 2ª TAMPOCO CONSTA QUE EL TESTADOR HUBIESE EXPRESADO DE VIVA VOZ QUE EL PLIEGO CONTENIA SU TESTAMENTO: 3ª NI CONSTA QUE LOS TESTIGOS HUBIESEN OIDO Y ENTENDIDO AL TESTADOR al entregar éste el pliego al escribano, expresando que aquél contenía su testamento".

Copiada textualmente la demanda en cuanto se refiere a la omisión de las solemnidades prescritas por la ley para la validez del testamento cerrado, procedamos al examen del art. 1013 del Código civil: "LO QUE CONSTITUYE ESENCIALMENTE EL TESTAMENTO CERRADO ES EL ACTO EN QUE EL TESTADOR PRESENTA AL ESCRIBANO Y TESTIGOS UNA ESCRITURA CERRADA, DECLARANDO DE VIVA VOZ Y DE MANERA QUE EL ESCRIBANO Y TESTIGOS LE VEAN, OIGAN Y ENTIENDAN, QUE EN AQUELLA ESCRITURA SE CONTIENE SU TESTAMENTO". Importantísimas son las palabras con que comienza el art. 1013: "Lo que constituye ESENCIALMENTE el testamento cerrado". ESENCIALMENTE, esto es, aquello que el legislador conceptuó tan necesario, que a faltar cualquiera de las solemnidades que van a puntualizarse, no puede haber testamento cerrado. Nada sería, pues, más absurdo que se pudiera omitir en el testamento las solemnidades que constituyen el testamento mismo, los requisitos que son a manera de una definición clara y precisa del testamento; porque efectivamente LAS CUALIDADES ESENCIALES de una cosa son las que, diferenciándola de todas las demás, sirven para definirla. Así, por ejemplo, un geómetra pudiera decir: "lo que constituye ESENCIALMENTE la circunferencia es el ser una línea curva cerrada, cuyos puntos distan todos igualmente de uno que se llama centro". Qui-

tese cualquiera de estos elementos ESENCIALES, y no habrá circunferencia. De la misma manera, un estudiante de derecho pudiera definir el otorgar testamento cerrado: "El acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, expresando de viva voz, de manera que el escribano y testigos le vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento". ¿No hay una definición exactísima del acto de otorgar el testamento cerrado?

Aun innecesario expresar que no hablamos aquí del testamento cerrado en abstracto; hablamos del testamento cerrado cual lo define el art. 1013 del Código civil; examinándose la validez o nulidad de un acto o convención, el único criterio del juez es la ley misma, porque todas sus atribuciones no consisten sino en aplicarla.

Enumeremos, pues, los elementos esenciales del testamento cerrado prescritos por el citado art. 1013:

1º EL TESTADOR PRESENTA AL ESCRIBANO Y TESTIGOS UNA ESCRITURA CERRADA;

2º DEBE PRESENTARLA DECLARANDO DE VIVA VOZ QUE EN AQUELLA ESCRITURA SE CONTIENE SU TESTAMENTO;

3º EL ESCRIBANO Y LOS TESTIGOS DEBEN VER AL TESTADOR CUANDO HACE LA DECLARACION;

4º DEBEN OIRLE; y

5º DEBEN ENTENDERLE.

De todas estas observaciones se deduce que ante V. E. se controverten ahora los siguientes puntos: 1º Si es necesario que en la cubierta misma del testamento cerrado consten estas solemnidades; 2º Si aun cuando no consten textualmente las palabras que la ley emplea, el contexto del acta de otorgamiento puede manifestar que se observaron las respectivas solemnidades; y 3º Si en la cubierta del testamento otorgado por D. Carlos Zambrano, las hizo constar el escribano actuario.

I

Obsérvese ante todo que según el Código civil, la forma del testamento es tan inseparable de las disposiciones testamentarias, que el legislador enumera una a una todas las solemnidades, y declara, en el art. 1016, que la omisión de cualquiera de ellas acarrea la nulidad del testamento. "La palabra testamen-

to", dice Troplong, (1), "tiene en cuanto a las solemnidades un sentido que no debe perderse de vista. Comprende TODAS LAS PARTES DEL INSTRUMENTO DE DONDE SE DEDUCE LA PRUEBA DE LA ULTIMA VOLUTAD. No sólo es el testimonio de la voluntad del testador; consiste en el CONJUNTO DE LAS SOLEMNIDADES NECESARIAS PARA DAR A ESTA VOLUNTAD UN CARACTER AUTENTICO. De lo cual se deduce que el acto es completo y válido sólo a efectuarse regularmente todo cuanto se exige al testador y se prescribe al notario. En eso es en lo que consiste el otorgamiento". Y al hablar de las solemnidades del testamento abierto dice (2): "No basta que las solemnidades que acabamos de enumerar se hayan observado; es preciso además que LA PRUEBA CONSTE DEL TESTAMENTO MISMO; porque un testamento, esto es, el más solemne de todos los actos de la vida humana debe validarse por sí mismo, sin necesidad de pruebas extrañas. En vano se rendiría la prueba testimonial sobre la observancia de lo prescrito por la ley, si las solemnidades no constasen necesariamente del contexto del acta".

"LAS SOLEMNIDADES TESTAMENTARIAS" añade Merlin (3) "SON, SEGUN LA LEY, EL UNICO MEDIO DE JUSTIFICAR LA VOLUNTAD DEL TESTADOR, Y LA VOLUNTAD DEL TESTADOR, SI CARECE DE ESAS SOLEMNIDADES, NO PUEDE SURTIR NINGUN EFECTO.

"Pero esas solemnidades mismas, ¿cómo pueden justificarse?

"El buen sentido nos dice que no pueden justificarse sino por el testamento, y que en vano se buscaría la prueba fuera del testamento.

"En efecto, ¿qué es un testamento? Es la declaración de la última voluntad de un hombre EN LA FORMA ESTABLECIDA POR LA LEY. *Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis mortem fieri velit*, dice la ley I. *Qui testamento facere possint*. El testamento no existe sino por la PERFECTA OBSERVANCIA DE LAS SOLEMNIDADES QUE LO CONSTITUYEN. No hay testamento cuando faltan esas solemnidades. Buscarlas fuera del testamento, sería deducir la prueba de la nada.

"Así, un testamento abierto no menciona sino que estuvie-

(1) III. 1535.

(2). 1612.

(3). Testament. Sect. II. § I. Art. VI. N. X.

ron presentes, bien un notario y dos testigos, bien sólo dos notarios; cuando el art. 971 del Código civil exige que se otorgue o ante un notario y cuatro testigos o ante dos notarios y dos testigos. En vano se pretendería probar aun por instrumento separado, y extendido inmediatamente después del testamento, que se otorgó éste ante dos notarios y dos testigos o ante un notario y cuatro testigos.

"Así, si un testamento abierto, se halla, tan luego como se concluye, falto de la firma del testador, sin mencionarse la declaración de que no sabía o no podía firmar; no sería oído el que pretendiese probar, rindiendo todas las pruebas imaginables, que la declaración que hace las veces de firma se hizo al notario conforme a la ley, pues tales pruebas serían del todo nugatorias y el testamento se declararía nulo.

"Así, y por la misma razón, si a un testamento ológrafo le falta fecha, aunque se presenten documentos redactados por el mismo testador, de los cuales se deduzca que el testamento se otorgó en tal día, mes y año, los tribunales rechazarían tales pruebas. ¿Y cómo pudiera estimarlas, si la ley quiere que el testamento sea fechado de puño y letra del testador?

"El instrumento mismo debe encerrar la fecha, y no se puede investigarla sino en el testamento mismo".

Nada más terminante que esta doctrina de uno de los más sabios jurisconsultos del siglo XIX.

Pero permítame V. E. citarle otra autoridad no menõs respetable. Oigamos a Dalloz (1). "Una regla general, sancionada en todos los tiempos por la jurisprudencia, consiste en que **LOS TESTAMENTOS DEBEN PROBAR POR SI MISMOS LAS SOLEMNIDADES PUNTUALIZADAS POR LA LEY**, en que no se puede acudir a ninguna prueba externa ni alegar la intención manifestada por el testador. La ordenanza de 1735 prescribe que toda disposición testamentaria conste por escrito, y anula todas las que se hicieren verbalmente, prohibiendo admitir la prueba testimonial. El Código de Napoleón contiene implícitamente el mismo concepto; el art. 893 expresa que nadie puede disponer de sus bienes a título gratuito sino por donación entre vivos o por testamento, en la forma por la ley determinada.

Ahora bien, ninguna de las formas del testamento puede adaptarse a una disposición verbal. . . . La constancia por escrito es necesaria no sólo como prueba sino como solemnidad

(1) *Dispositions entre vifs et testamentaires.* 2510. 2511.

misma de los testamentos. Merlin enseña la propia doctrina, y de ella deduce, con razón, fundándose en una sentencia de 28 de diciembre de 1828, que no se puede admitir principio de prueba por escrito, para interpretar las disposiciones testamentarias. Durantón, Marcadé y Troplong enseñan que es absoluta la necesidad de un acto escrito".

Y al terminar lo relativo a las solemnidades del testamento añade: "Recordemos dos principios cuya aplicación se efectúa diariamente en la materia que nos ocupa: 1º Que el testamento **ADOLECE DE NULIDAD SI NO LLEVA EN SI MISMO EL CUMPLIMIENTO DE TODAS LAS SOLEMNIDADES**; ninguna prueba exterior se admitiría; 2º Que cuando la ley no prescribe fórmulas sacramentales, las expresiones que emplea pueden reemplazarse, en la mención del cumplimiento de las solemnidades, por equivalentes, **SIEMPRE QUE LOS TERMINOS DEL INSTRUMENTO DEMUESTREN, CON TANTA CLARIDAD COMO LOS REEMPLAZADOS, QUE SE OBSERVO PUNTUALMENTE LO PRESCRITO POR LA LEY**".

El Código chileno es, en esta materia, más terminante que el de Napoleón.

"El § II del Tit. 3º del libro 3º de nuestro Código civil, cuyo estudio es la materia del presente trabajo", dice D. Santiago Lazo, (1), "trata de las solemnidades a que está sujeto el testamento solemne otorgado en Chile, y de estas solemnidades, la primera, cual ha podido verse es la que señala el actual art. 1011 que estudiamos; **"EL TESTAMENTO SOLEMNE ES SIEMPRE ESCRITO"**.

(1) "La memoria de prueba que para optar al grado de Licenciado y ciencias políticas ha presentado a la Universidad hace poco el joven abogado D. Santiago Lazo, es el estudio de mayor importancia y el más acabado en su género de los que han llegado a nuestro conocimiento. La materia sobre que versa es de la más alta importancia; las solemnidades del testamento son la garantía que toma la ley para asegurar de que realmente es la expresión de la voluntad del testador; y como el testamento es un acto de tanta frecuencia y tan necesario en la vida social el cabal de los requisitos o solemnidades de que la ley la ha revestido, es sin disputa uno de los asuntos del Derecho civil de mayor utilidad y diremos más bien de más grave necesidad, si se considera además la fuerte sanción con que la ley ha querido garantizar su fiel ejecución; **LA MENOR FALTA EN ESTA MATERIA O BIEN CUALQUIERA OMISION DE LAS SOLEMNIDADES, PRODUCE NULIDAD ABSOLUTA**. (Prólogo de D. Clemente Fabres).

"Ahora bien, ¿cuál será el alcance que deberá darse a esta disposición? Desde luego, menester es atenerse a su tenor literal: **EL TESTAMENTO SOLEMNE ES SIEMPRE ESCRITO; POR CONSIGUIENTE**, según este tenor literal, deberá ser siempre **ESCRITO TODO LO QUE CONSTITUYE EL TESTAMENTO**; pues la disposición no puede ser más clara ni más absoluta: **EL TESTAMENTO ES SIEMPRE ESCRITO** sin que haya restricción ni excepción alguna: cuanto testamento, cuanto sea parte de él deberá ser siempre escrito.

"En consecuencia, para saber el alcance de la disposición del presente artículo, toda la cuestión queda reducida a determinar qué cosa es el testamento, qué es lo que lo constituye, cuáles son sus partes, ya que todo ello deberá ser siempre escrito conforme al artículo que estudiamos.

"El testamento según nos lo define nuestro Código en su art. 999 es **UN ACTO MAS O MENOS SOLEMNE**; en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva". En consecuencia, todo testamento consta de dos partes esenciales: **LA SOLEMNIDADES** a que está sujeto, y las disposiciones del testador: cualquiera de estas dos partes que falte no hay testamento. En consecuencia, también, a ambas partes esenciales es aplicable el art. 1011: **LAS SOLEMNIDADES** forman parte del testamento; luego deben ser **SIEMPRE ESCRITAS**: las disposiciones del testador forman parte del testamento; luego idénticamente deben ser siempre escritas.

"Lo mismo, pues, es menester decir de las solemnidades. Estas son una parte del testamento, y parte tan esencial que la omisión de una sola produce la nulidad del acto (art. 1026); luego **DEBEN CONSTAR DEL MISMO TESTAMENTO**; porque debiendo ser escrito todo testamento solemne, en él sólo debe encerrarse todo lo que lo constituye, pues de otro modo dejaría de ser escriturado precisamente en lo que se refiere a las condiciones primordiales de su existencia; sin que sea admisible prueba alguna extraña que venga a adicionarlo y alterarlo. (arts. 1701, inciso 1º, y 1700, inciso 2º, del Código).

"Por otra parte, las formalidades o solemnidades a que está sujeto el testamento. . . . **SON LA PRUEBA DEL ACTO, Y PRUEBA SOLEMNE O SACRAMENTAL QUE NO PUEDE REEMPLAZARSE POR OTRA**; entre éstas se encuentra la de que el testamento sea siempre escrito; luego la escritura es una prueba sacramental del testamento que no puede reem-

plazarse por otra prueba alguna. Por consiguiente, todo lo que no esté escrito, todo lo que no conste en el testamento mismo, se considera que está sin prueba, y en consecuencia que no ha existido; luego es menester que todas las a que ha debido sujetarse el testamento consten en él; pues, SI NO CONSTAN, SE CONSIDERA QUE NO SE HA CUMPLIDO, Y ENTONCES EL TESTAMENTO ES NULO, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 1026. O, en otros términos, el testamento en que se omite alguna de las solemnidades que la ley le prescribe, es nulo (art. 1026); estas solemnidades, es decir, que se han cumplido, no puede probarse, sino por el testamento mismo, porque el testamento, TODO EL, debe ser siempre escrito, y LO QUE NO ESTE ESCRITO NO ES TESTAMENTO; luego, SI FALTA LA CONSTANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE ALGUNA SOLEMNIDAD, FALTA LA PRUEBA DE ESTA, O FALTA LA SOLEMNIDAD MISMA; porque una solemnidad que no puede probarse se haya cumplido, es como si realmente no se hubiera cumplido: lo que no puede probarse que ha pasado, es como si no hubiera pasado ante la ley. . . .

"El primer principio de interpretación legal que nos fija el Código, en su párrafo especial sobre la interpretación de la ley, es el de su art. 19 que dice: "cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". Ya hemos visto en los números anteriores cómo el tenor de la ley, de la disposición del art. 1011, no puede ser más claro: el testamento, es decir todo lo que lo constituye, todo lo que le es esencial debe ser siempre escrito. En consecuencia, no es posible desentenderse de este tenor literal, so pretexto de consultar su espíritu.

"Sin embargo, nosotros, a mayor abundamiento, vamos a estudiar este espíritu y a manifestar la conformidad de él con el tenor literal de la disposición. Así quedará establecido cómo se conforma estrictamente al tenor y al espíritu de la ley la interpretación que exige que en el testamento quede la constancia escrita del cumplimiento de las solemnidades a que está sujeto; y asimismo, cómo va contra dicho espíritu y contra dicho tenor, la interpretación contraria.

"Ya hemos visto también anteriormente, y hemos insistido en ello, que en el testamento se distinguen claramente dos elementos que lo constituyen, las solemnidades a que está sujeto y las disposiciones que contiene: éstas son las manifestaciones de la voluntad del testador, son su voluntad misma; aquéllas, son las precauciones que toma la ley, en beneficio del mismo testador

y de sus asignatarios testamentarios o abintestato, con el fin de asegurarse de que aquello que, una vez pasados los días del disponente, se quiere hacer aparecer como la expresión de su voluntad, lo fué efectivamente.

"El objeto primordial, el fin único de las solemnidades que se exigen, en los testamentos, es que sirvan de prueba de la voluntad del testador; las solemnidades son, pues, la prueba del testamento.

"Desprovisto un testamento de todas o algunas de sus formalidades, ya hemos visto que es la nada. ¿Pero cómo saber si en un testamento se han cumplido o no esas formalidades? Muerto ya el testador, ¿cómo saber si aquello que se dice su voluntad, lo fué efectivamente? Si se han llenado o no las pruebas sacramentales que exige la ley? —Para ello sólo hay dos caminos; o el exigir que en el testamento mismo quede la constancia de ese cumplimiento, o de admitir que se viniera después a establecer por medio de declaraciones de testigos, la veracidad de este cumplimiento.

"Ahora bien, de todos los medios de prueba, el de la prueba testimonial, que es el que se produce, por medio de testigos, es probablemente el más antiguo y el más usado en el origen de todas las sociedades. Fúndase en nuestra natural inclinación a creer aquello que aseveran nuestros semejantes, así como en la dificultad de procurarnos otras probanzas más seguras. Por eso, a medida que se introduce la desconfianza en la sociedad y se aumentan los medios de hacer constar los actos y contratos de la vida civil, se hace cada día más peligroso este medio de prueba, y más fácil reemplazarlo por otro. Apoyadas en esta doble consideración, tienden las legislaciones modernas a restringir en cuanto es posible este género de demostración tan engañoso como inseguro.

"Fundado en ello y con un exacto criterio, decía el Presidente de la República en su mensaje al Congreso Nacional al someter a su aprobación el proyecto definitivo de nuestro Código: "No hay para qué decirnos la facilidad con que por medio de declaraciones juradas pueden impugnarse y echarse por tierra los más legítimos derechos. Conocida es en las poblaciones inferiores la existencia de una clase infame de hombres que se labran un medio de subsistencia en la prostitución del juramento. Algo tímidas parecerán bajo este punto de vista las disposiciones del proyecto; pero se ha recelado poner trabas a la facilidad de las transacciones y se ha creído más prudente aguardar otra época en que, generalizado por todas partes, el uso de la es-

critura, se pueda sin inconveniente reducir a más estrechos límites la admisibilidad de la prueba verbal”.

“Estas razones que el Presidente de la República hacía valer como fundamento o como explicación de las disposiciones del título DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES, ¿no se ve claro que encuentran la más estricta y clara aplicación en la materia que nos ocupa? ¿No se vé claro cómo las mismas razones sirven también de fundamento a lo dispuesto en art. 1011? Si las solemnidades a que está sujeto un testamento son la prueba sacramental que exige la ley para establecer la voluntad del testador, ¿cómo concebir que iba el Código a dejarlas sometidas a los azares de la prueba testimonial? Si según las mismas palabras de la autoridad colegisladora, palabras que fueron además redactadas por el más ilustre de los autores del Código, D. Andrés Bello, no hay para qué decir la facilidad con que por medio de declaraciones juradas pueden impugnarse y echarse por tierra los más legítimos derechos, ¿cómo concebir que quien esto decía respecto a las pruebas de las obligaciones en general iba a proceder con un distinto criterio tratándose de los testamentos, de estos actos en los cuales nunca será mucho el cuidado y el esmero que gasten los legisladores? Ello naturalmente no podía ser, y por eso vemos consignada como la primera solemnidad a que, so pena de nulidad, (art. 1026) debe someterse todo testamento, la de que DEBA SER EL, TODO EL SIEMPRE ESCRITO: así se aleja ya considerablemente el fundado temor de que, por medio de falsas declaraciones de testigos, se vengan a lastimar los legítimos derechos de las personas que, sin el supuesto testamento, habrían sucedido en los bienes del difunto. Como una transacción, como una concesión únicamente a circunstancias extraordinarias y difíciles, en que sería improbable poder otorgar un testamento solemne u ordinario se permite el testamento verbal por el art. 1035 del Código; y ello con todas las precauciones que fijan los artículos anteriores y siguientes a él.

“En dos ocasiones hemos afirmado e insistido, que las formalidades o solemnidades a que está sujeto el testamento son la prueba de la voluntad del testador. Ahora lo queremos establecer con toda precisión; y al hacerlo añadiremos que dichas solemnidades, no sólo son prueba, sino la PRUEBA ESPECIAL O SACRAMENTAL que determina la ley para justificar la existencia del acto; y es sacramental porque no puede reemplazarse por otra.

“En el lenguaje de nuestro Código civil las palabras FOR-

MA O SOLEMNIDAD son la misma cosa, son idénticas o sinónimas. Así vemos en el art. 17: "La FORMA de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados"; y poco después dice: "La FORMA se refiere a las SOLEMNIDADES EXTERNAS".

"Sabemos ya cómo el art. 999 nos define el testamento diciendo que es un acto MAS O MENOS SOLEMNE &. Después añade el art. 1008: "TESTAMENTO SOLEMNE ES AQUEL EN QUE SE HAN OBSERVADO TODAS LAS SOLEMNIDADES QUE LA LEY ORDINARIAMENTE REQUIERE. El menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley".

"A continuación viene el § 2º del título 3º, libro 3º, que es el que estudiamos, y que consagra el legislador exclusivamente a determinar las solemnidades del testamento solemne otorgado en Chile; y es fácil ver que todas ellas son pruebas de la existencia y regularidad del acto llamado testamento; que sea escrito; que sea presenciado por funcionarios y testigos hábiles; que exprese el testador sus disposiciones al escribano y testigos si el testamento es abierto, y si es cerrado, que les exprese claramente que dentro del pliego que presenta se halla su testamento; que firmen, testador, funcionario y testigos etc. etc. Y concluye este párrafo con el art. 1026 que dice: 'EL TESTAMENTO SOLEMNE ABIERTO O CERRADO, EN QUE SE OMITIERE CUALQUIERA DE LAS FORMALIDADES A QUE DEBA RESPECTIVAMENTE SUJETARSE, SEGUN LOS ARTICULOS PRECEDENTES, NO TENDRA VALOR ALGUNO' Con lo cual se justifica que las solemnidades o formalidades en el testamento son tan sólo la prueba justificativa del acto; FALTANDO ELLAS, EL ACTO QUEDA SIN PRUEBA, y por eso no tiene entonces valor alguno.

"Pero el inciso 2º del mismo art. 1026, lo deja más en claro todavía; dice: 'Con todo, cuando se omite una o más de las designaciones prescritas en el art. 1016, en el inciso 5º del 1023 y en el inciso 2º del 1024, no será por eso nulo el testamento siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigos'. De manera que las designaciones predichas están destinadas a justificar la identidad personal del testador, escribano y testigos, pues que su omisión no anula el testamento tan sólo en el caso en que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano y testigos; y son, en

consecuencia, unas pruebas especiales que ha determinado la ley para justificar esa identidad y la existencia del acto".

Si no me equivoco, el Sor. Lazo demuestra que es de todo punto necesario que las solemnidades consten del testamento mismo con la exactitud con que pudiera demostrarse la verdad de los más inconcusos principios matemáticos: dos y dos son cuatro, los tres ángulos de un triángulo valen dos ángulos rectos, todos los radios de un mismo círculo son iguales.

Me he detenido tanto en manifestar que es necesario que del testamento mismo consten todas las solemnidades prescritas por la ley, porque si eso es exacto, como efectivamente lo es, dedúcese que el testamento de D. Carlos Zambrano adolece de nulidad; pues, como lo veremos ahora, no se observaron sino algunas de las solemnidades prescritas en el art. 1013 del Código civil.

II

Pero se dice que la ley no exige fórmulas sacramentales para que se hagan constar las solemnidades que constituyen el testamento mismo.

Nadie ni ha pretendido que sean necesarias fórmulas sacramentales; el escribano puede emplear, cuando se otorga un testamento, las palabras que conceptúe convenientes, siempre que **ELLAS EXPRESEN CON TODA CLARIDAD EL PENSAMIENTO DEL LEGISLADOR**. En ese caso el problema que tiene de resolver el juez es el siguiente. ¿Constan en el testamento mismo las solemnidades prescritas por la ley, y constan con tanta evidencia que nadie podía ponerlo en duda razonablemente?

Para manifestar cómo ha de procederse cuando se inquiera si se han cumplido las solemnidades prescritas por la ley para la validez del testamento, copiemos de nuevo a Merlin (1):

"El Código civil prescribe, en el art. 972, que el testamento abierto sea escrito por el notario ante quien se otorga.

"¿Pero sería nulo el testamento, si no se menciona expresamente que lo escribió el notario, aunque por otra parte se ha enunciado que el testador se lo dictó, y aunque el heredero abintestato no niegue que lo escribió el notario?

"En 22 de fructidor, año XI, Jacoba Ester Letellier otorga

(1) Testament. Sect. II, § II. Art. 4 Pág. 338.

testamento en Versalles ante el notario Mesnard y cuatro testigos, instituyendo legatario universal a José Antonio Froidefond-Duchatenet.

"Al principiar se dice que la testadora lo dictó a dicho notario, en presencia de dichos testigos, así como sigue; y el otorgamiento termina de esta manera: "Leído el testamento a la testadora por dicho notario, en presencia de dichos testigos, declara haberlo oído y se ratifica en las disposiciones que en él constan. Hecho y otorgado en Versalles en el aposento de la testadora, a donde se transportaron el notario y los testigos, y dictado por la testadora al dicho notario, en presencia de. . . . (Siguen los nombres de los testigos) el año XI de la República, el 22 de fructidor, a las nueve y media de la mañana; y declaró no poder firmar a causa de un ataque de nervios en la mano derecha ocasionado por la enfermedad; interrogada sobre esto por el notario en presencia de los testigos; y dicho notario y testigos firmaron en su presencia el original del testamento".

A primera vista parece que no puede exigirse mayor estrictez en todo cuanto concierne al cumplimiento de las solemnidades prescritas por la ley; y que, comparándose el testamento con el art. 972 del Código de Napoleón, se declararía que tal testamento no discrepaba ni un ápice de las solemnidades puntualizadas por la ley, y que sólo la temeridad y la mala fe podían poner en duda la validez del testamento. Si ante los juzgados del Ecuador se hubiese propuesto demanda sobre nulidad del testamento, se hubiera dicho que si bien el notario no empleó las palabras sacramentales **ESCRIBIR EL TESTAMENTO**, el contexto evidencia que el notario y sólo el notario pudo escribirlo.

Pero veamos cómo se litigó en donde el derecho es una verdadera ciencia, y qué razones expuso el sabio Merlin para convencer a los tribunales.

"Después de la muerte de la señora Letellier", añade, "sus herederos colaterales sostienen que el testamento es nulo, porque no se dice expresamente que lo escribió el notario; no niegan ni confiesan esas circunstancias; pero se fundan en los arts. 972 y 1001 del Código civil.

"En nivoso 29 del año 12 sentencia del tribunal de primera instancia de Versalles, que decide a favor de los actores.

"El Sor. Froidefond-Duchatenet se opone a la sentencia; y en 9 del siguiente sentencia que rechaza la oposición.

"Apelación.

"El 5 de fructidor del mismo año sentencia de la Corte de París, que confirma las dos sentencias.

"Recurso de casación.

"La controversia depende exclusivamente del art. 972 del Código civil", (expuso Merlin representando al Ministerio Público), y veamos qué dice el artículo:

"Si el testamento se otorga ante dos notarios, el testador les dicta, y debe escribirlo uno de los notarios tal como se les ha dictado.

"Si concurre un solo notario, también debe dictarle el testador y escribir el notario.

"En ambos casos, debe leerse al testador en presencia de los testigos.

"Todo lo cual debe mencionarse expresamente.

"Que todo esto se prescribe so pena de nulidad, nadie lo pone en duda; la disposición del art. 1001 es, por otra parte, tan terminante, que en vano se pretendería tergiversarla.

"Sólo se controvierte, pues, si el art. 972 exige que se exprese el hecho de que el testamento fué escrito por el notario. ¿Pero se habla en veras al presentar esa dificultad? ¿Es tan grave ella como lo manifiestan el número y volumen de los escritos publicados en pro y en contra por los jurisconsultos que están discordas?

"¿Qué prescribe el art. 972? Prescribe cuatro solemnidades muy diversas: 1ª Que el testador dicte el testamento; 2ª Que lo escriba el notario; 3ª Que lo lea el testador; 4ª Que los testigos estén presentes cuando la lectura. Pero no bastan estas cuatro solemnidades; es necesaria otra, que se prescribe así para garantía como para prueba de que se observaron las cuatro primeras: todas ellas deben mencionarse expresamente.

"¿De qué exige el legislador mención expresa? De todo. ¿Y qué significa la palabra TODO? ¿No comprende, en su acepción genuina, sino una, dos, tres de las primeras solemnidades prescritas en el cuerpo del artículo? No; las comprende todas; ordena que se mencionen expresamente las cuatro primeras solemnidades; luego, la ley no declara válidos sino los testamentos en que se mencionan expresamente las cuatro primeras solemnidades.

"He aquí toda la controversia.

"Sin embargo se amontonan argumentos sobre argumentos, citas sobre citas, para probar que esa no es la intención de la ley; que la ley no dice lo que parece decir, y que es insultar al legislador atribuirle semejante lenguaje.

"Si la ley fuese menos clara, menos precisa, comprendiéramos cómo jurisprudencias inteligentes han podido tener duda sobre su sentido.

"Pero no es la claridad ni la precisión lo que falta.

"Todo debe mencionarse previamente.

"En eso no hay oscuridad ni anfibiaología.

"Es preciso mencionar expresamente lo que prescribe el art. 972 y como el art. 972 exige que el testamento sea escrito por el notario, es de absoluta necesidad que del testamento conste que el notario fué quien lo escribió. Además, ¿no se funda la ley en muy poderosas razones cuando exige especialmente esa mención expresa? Ya lo hemos dicho, ella conduce a un mismo tiempo a garantizar y probar la observancia de las cuatro solemnidades esenciales puntualizadas en el cuerpo del art. 972, y para ello se prescribe la quinta, que consiste en la mención expresa de todas.

"Así, dos motivos igualmente razonables y perentorios prescriben que los notarios afirmen que ellos mismos escribieron los testamentos.

"Primeramente, los obliga para asegurarse de que en efecto ellos mismos los escribieron; pues fácil es comprender que con esta precaución es naturalmente imposible que la ley se eluda.

"Porque debemos suponer dos casos: o el notario ante quien se otorga el testamento afirma expresamente que lo escribió él mismo, o no lo afirma.

"En el segundo caso, el testamento será nulo, y la ley debe creer que pocos notarios se comprometen, sin motivos razonables, a omitir una solemnidad cuya falta anula el testamento.

"En el primer caso, el testamento no puede anularse sino probándose que el notario no ejecutó lo que afirma; diciendo que escribió él mismo el testamento, lo hizo escribir con otro; y efectivamente la ley no puede presumir que un funcionario público sea tan audaz que consigne en un testamento, en presencia de cuatro testigos, una afirmación de esa naturaleza, si ella no es verdadera; debe creer, al contrario, que esa afirmación es verdadera, por cuanto se ha insertado en el testamento.

"Exige además esa afirmación, porque en su concepto es el único modo legal de probar que los notarios mismos escribieron el testamento. Supóngase, en efecto, que falta esa afirmación, ¿qué prueba se rendiría si en el testamento no consta que lo escribió el notario? No quedaría evidentemente sino lo escrito, pero lo escrito, ¿qué prueba? No prueba sino que ello quedó escrito. ¿De quién es la letra? La letra misma no puede manifes-

tárnoslo. Para conocerla sería necesario ante todo preguntar al heredero a quien el testamento priva de los bienes; y si el heredero declara que no conoce la letra del notario, ¿qué recurso quedaría? No hubiera otro que ordenar la inspección de peritos. Ahora bien, ¿ese medio es seguro para conocer la verdad? Sabemos a ciencia cierta, dice Talon en las conferencias sobre el proyecto de la ordenanza de 1670, "que no puede creerse a puño cerrado el parecer de peritos, cuya ciencia, es conjetural y engañosa".

"Y qué sucederá si el original se pierde? ¿Qué sucederá si se archiva en una de nuestras colonias, si está a mil quinientas, dos mil o cinco mil leguas de la ciudad donde se abre la sucesión o donde el litigio se suscita? En estos casos, que en realidad no son raros, y que la previsión del legislador no ha dejado inadvertidos, ¿cómo se averiguaría qué el notario escribió el testamento? La copia que se presente nada manifestará; y el examen pericial será imposible o de extrema dificultad; necesario entonces, en el sistema del recurrente, que la justicia presuma que el notario cumplió sus deberes. PERO LA JUSTICIA NO PUEDE DECIDIR NADA EN ESTA MATERIA; LA LEY EXIGE QUE SE LE PRESENTEN PRUEBAS AUTÉNTICAS.

"Por demás decir que es necesaria la comprobación por peritos cuando se trata de los testamentos ológrafos. Entonces es necesario acudir a ella. ¿Pero por qué? Porque no había medio, porque o debían abolirse los testamentos ológrafos, o someter la escritura al examen pericial; y entre los dos extremos, el primero hubiera sido menos prudente, pues los testamentos ológrafos son los que corresponden más a la voluntad del testador.

"Pero seguramente no sucede lo mismo con los testamentos nuncupativos; para hacer constar auténticamente la escritura, el legislador tenía un medio muy sencillo: consistía en ordenar que se mencione expresamente que estos testamentos habían sido escritos por los notarios; y si ha empleado ese medio, ¿qué puede alegarse? Ahora bien, que lo ha empleado, nos lo manifiesta la ley: todo se mencionará expresamente.

"Más absurdo todavía objetar que hay solemnidades que dejan huellas y otras que no las dejan; que el dictar el testamento, el leerlo, la presencia de los testigos, son solemnidades fugitivas, y que por eso es necesaria la mención expresa; pero que la escritura subsiste, que es una solemnidad inherente al acto material del testamento, que ella consta en el acta, que por conse-

cuencia prueba por sí misma su cumplimiento, y que la mención expresa, nada añadiría a esa prueba.

"Razonar así equivale, por una parte, a olvidar lo que ya hemos dicho, que si bien la escritura subsiste no indica quién escribió, y que la ley exige no sólo que el testamento sea escrito, sino que lo escriba el notario ante quien se otorgó. Además, se censura a la ley. El legislador no ignoraba que entre las cuatro solemnidades cuya constancia prescribía, sólo tres eran fugitivas; y que de la escritura quedaban huellas permanentes. Sin embargo ha prescrito la mención expresada así de la escritura como de haberse dictado o leído y de la presencia de los testigos.

"¿Qué responden a todo esto los que sostienen el sistema del recurrente? Apenas puede creerse: la última parte del art. 972 dice: "Todo debe mencionarse expresamente", no se refiere sino a las tres solemnidades fugitivas, no atañe a la presencia de los testigos," al dictarse o al leerse.

"Cuando el legislador dice: TODO, ¿no ha querido decir lo que ha dicho? Al decir todo, ¿se refiere sólo a la mayor parte? ¿Sostiénese seriamente tal desatino? ¿Y se emplean argumentos tan pueriles por jurisconsultos serios?

"Concluamos, pues, que según el art. 972 del Código civil, todo notario ante quien se otorga un testamento debe, so pena de nulidad, no sólo escribirlo él mismo, sino también expresar que en cuanto a esa solemnidad, se ha cumplido la ley; y veamos si en el caso actual esa mención se halla en el testamento de la Sra. Letellier.

"SE HA CUMPLIDO", alega el recurrente, "por equivalencia; porque el testamento expresa, al principio y al fin, que la testadora lo dictó al notario; y todo el mundo sabe que la palabra dictar expresa dos actos: el acto de la testadora que expresa su última voluntad y el acto del notario que la escribe.

"Apresurémonos a reconocer con el actor que se puede, en un testamento, REEMPLAZAR POR EXPRESIONES EQUIVALENTES LAS QUE LA LEY EMPLEA PARA PRESCRIBIR CIERTAS SOLEMNIDADES. ¿Pero qué debe entenderse, en esta materia, POR EXPRESIONES EQUIVALENTES? Ricard va a explicárnoslo. "Las solemnidades prescritas por nuestros fueros" dice, "deben cumplirse exactamente y a la letra; lo que no debe entenderse superticiosamente, de manera que la equivalencia no puede nunca aceptarse, así como algunos lo han aseverado; lo cual conduciría a que nuestra jurisprudencia fuese ridícula, falta de razón y sin fundamento. Así, aun- que el fuero de Orleans requiere, en el art. 289, que el tes-

tamento sea dictado y articulado por el testador. . . . , se ha decidido por sentencia de 30 de diciembre de 1604, que un testamento en que el notario ante quien se había otorgado, sólo dijo que se había dictado por el testador, y omitió la palabra ARTICULADO, no dejaba de ser válido; pues la palabra dictado, empleada en el testamento, contenía en sí todo cuanto significa la otra omitida: articulado, porque nadie puede dictar sin que articule al mismo tiempo".

"Pero, por otra parte, el espíritu del derecho foral consistía en considerar esas solemnidades como conducentes a evitar las sorpresas que puede haber en los testamentos. De ahí que las sentencias no admiten la equivalencia SI NO ES IDENTICA, y si lo empleado para cumplir las solemnidades prescritas por el fuero no comprende su intención ADAEQUATE ET IDENTICE. . . ; de manera que si las palabras empleadas en el testamento no tuviesen el mismo valor que las omitidas, y que sin embargo fuesen prescritas por el fuero, y pudiese haber alguna diferencia, el testamento no surtiría efecto, y se declarara nulo. . . .

"M. D' Aguesseau en su carta de 30 de diciembre de 1742 al primer Presidente del Parlamento de Grenoble, establece absolutamente los mismos principios en cuanto a la mención de la lectura (1).

(1) Como Peñaherrera ha citado la obra D' Aguesseau, sin haberla leído ni conocerla siquiera por el forro, se me permitirá traducir la carta íntegra a que se refieren Troplong y Merlin; la cual, a no dudarlo, es para los reos contraproducente.

"Se ha transcrito hace poco al Consejo un recurso de casación (*). . . . contra una sentencia del Parlamento de Grenoble, de 29 de mayo de 1742, según la cual. . . . los jueces han declarado válido un testamento en que el notario ante quien se otorgó no menciona la lectura del testamento al testador, y no expresa sino que él LO PUBLICO en la casa de aquél. Así, la controversia decidida por esta sentencia se reduce a saber si la palabra PUBLICAR comprendía suficientemente, en su sentido, la lectura que debía darse al testador según los arts. 5 y 23 (a) de la última ordenanza sobre los testamentos.

"Por especiosos que fuesen los medios de la recurrente, el consejo del Rey no creyó sin embargo que fuesen tan decisivos que condujeran a revocar tal sentencia, bien porque el punto controvertido ante el Parlamento de Grenoble sobre la acepción de la palabra publicar, pudiera considerarse como una cuestión problemática y susceptible de opiniones varias, de manera que la decisión del Parlamento de Grenoble no manifestase que hubo contravención precisa y clara a la ley; bien porque parecía que en primera instancia se había justificado por el sustituto del Ministerio público que los notarios de Grenoble y de sus contornos, habían empleado, antes y después de la ordenanza de 1735, la palabra PUBLICAR para expresar la lectura que se había dado al testador.

"Esa es la razón que ha prevalecido, a no dudarlo, en el ánimo de los señores del Consejo para rechazar el recurso de casación. Se ha juzgado que el Parlamento de Grenoble se hallaba en mayor aptitud que cualquier otro tribunal para juzgar del sentido que, según el uso de la comarca y el lenguaje de los notarios, se daba a la palabra publicar y se ha temido que anulándose la senten-

(*) Tomo XII. pg. 445.

(a). 5). Lorsque le testateur voudra faire un testament nuncupatif écrit, il en prononcera intelligiblement toutes les dispositions, en pre

"Y qué se deduce de estos principios en cuanto a nuestra controversia? Indudablemente se deduce que sin decir que escribió él mismo el testamento de la Sra. Letellier, si el notario expresó en términos que enunciaran la misma idea, y que pudieran con-

cia del Parlamento, se daría margen a que los herederos abintestato impugnasen muchos testamentos redactados en la misma forma que aquel de que se trataba, y a turbar, por consecuencia, la tranquilidad de las familias por una decisión demasiado literal y demasiado rigorosa.

"Pero al mismo tiempo que se juzgó conveniente que subsistiese la sentencia recurrida, el Consejo acordó que era necesario reformar la expresión impropia que los notarios de Grenoble acostumbraban emplear, y obligarlos a un LENGUAJE MAS CONFORME AL ESPIRITU Y AL TENOR DE LA ORDENANZA.

"Es indudable que la palabra PUBLICAR no significa lo que los notarios deben hacer, para cumplir exactamente la disposición de los arts. 5 y 23 de la ordenanza expedida por el rey el año de 1735 sobre los testamentos; por cuanto esa palabra podría muy bien apropiarse a la lectura que daba el juez en presencia de los testigos y de las partes, cuando se habría el testamento cerrado. Se empleara mejor aun cuando se tratase de la publicación solemne hecha en la audiencia, si el testamento encierra cláusulas fideicomisarias o de sustitución; pero se abusa de ese vocablo aplicándolo a una lectura particular y privada que debe darse al testador para que juzgue si el notario ha comprendido bien su testamento, redactando la última voluntad y para saber si algo debe añadirse o explicarse.

"El término publicación no manifiesta, por otra parte, una lectura relativa a la persona misma del testador, y ordenada directa y principalmente con relación a él. Esa falta era la más esencial del testamento que ha declarado válido el Parlamento de Grenoble, y que, en su rigor, DEBIO DELARARSE NULO, atenta la acepción de la palabra publicar, sin añadir las otras circunstancias de donde pudiera deducirse que según el notario la palabra publicar encerraba la de leer al testador; pero es más seguro para prevenir todas las sentencias arbitrarias y dependientes de varias circunstancias, obligar a los notarios a expresar de

sence au moins de sept temoins y compris le notaire ou tabellion lequel écrira les dites dispositions, a mesure qu'elles seront prononcées par le testateur, après quoi sera fait lecture du testament entier audit testateur, de laquelle lecture il sera fait mention par le dit notaire ou tabellion, et le testament sera signé par le testateur, ensemble par le notaire et par les autres temoins, le tout de suite et sans divertir autres actes, et en cas que le testateur declare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

23). Les testaments, codiciles et autres dispositions de dernière volonté, qui se feront devant una personne publique seront reçus par deux notaires ou tabellions, ou par un notaire ou tabellion, en presence de deux temoins, lesquels notaires ou tabellions, ou l'un d'eux écriront les dernières volontés du testateur telles qu'il leur dictera, et lui en feront ensuite la lecture, de laquelle il sera fait une mention expresse, sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir précisément de ces termes dicté, nommé lu sans suggestion, au autres requis par les coutumes ou statuts; après quoi le dit testaments, codicille ou autre disposition de dernière volonté sera signé par le testateur, ensemble par les deux notaires ou tabellions, ou par le notaire ou tabellion et les deux temoins, et en cas que le testateur declare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

siderarse como perfectamente sinónimos de los empleados por la ley, la solemnidad de la mención expresa de ese hecho debe considerarse cumplida por equivalencia; se deduciría que se observó la ley, si el notario dice que el TESTAMENTO ES INTEGRAMENTE DE SU PUÑO Y LETRA O QUE EL CON SU MANO TRAZO LOS CARACTERES DEL TESTAMENTO.

"Pero también se deduce con la misma evidencia que SI LAS PALABRAS EMPLEADAS POR EL NOTARIO NO COMPRENDEN, como dice Ricard, el espíritu de la ley ADEQUATE ET IDENTICE, que si no tienen, como asimismo dice el propio juriconsulto, igual valor que las que, prescritas por la ley, se han omitido, y que puede haber alguna diferencia, se procede sobre el supuesto de que se ha omitido la mención expresa que requiere la ley, y que el testamento no surtiría efecto.

Ahora bien, las palabras dictadas al notario, repetidas dos veces en el testamento de la Sra. Letellier, ¿expresan ADEQUATE ET IDENTICE la misma idea que inspiraría a cualquiera las palabras escritas por el notario? ¿Tienen el mismo valor que

manera que haga comprender que el testamento mismo se leyó al testador cuando hubo acabado de dictarlo.

"Es verdad que en esta materia no son de rigor términos sacramentales o necesarios según la ley que los ha prescrito so pena de nulidad. El art. 23 de la ordenanza sobre los testamentos se ha expedido, al contrario, para abolir esas fórmulas escrupulosas que se observaban en algunas provincias del reino, y que se han rechazado con razón como una especie de lazo tendido a los notarios y por ellos al testador; pero si nada hay determinado por la ley sobre la forma de la expresión, es necesario a lo menos QUE EL FONDO O LA SUSTANCIA MISMA DEL ACTO SE OBSERVE DE CUALQUIERA MANERA QUE EL NOTARIO JUZGUE CONVENIENTE EXPRESAR; de suerte que parezca claramente que la lectura íntegra de todo el testamento se dió al testador antes que lo firmase.

"Así, QUE EL NOTARIO DIGA QUE HA DADO LECTURA AL TESTAMENTO, O QUE LO HA LEIDO O QUE LO HA RECITADO O REPETIDO PALABRA POR PALABRA AL TESTADOR, todo esto es indiferente, porque de esas expresiones se deduce el cumplimiento de la ley: eso es únicamente lo que exige la ley; la cual sin compeler a los notarios a ninguna fórmula necesaria, les impone sin embargo la obligación de expresar clara e inteligiblemente, con cualesquiera palabras, que todas las disposiciones del testador se han sometido de nuevo a su juicio por la lectura o recitación que se le ha dado exactamente.

"Parece, pues, necesario en lo absoluto que para evitar un lenguaje impropio e imperfecto el Parlamento de Grenoble expida, a petición del Ministerio público, un decreto reglamentario, recordando las disposiciones de los arts. 5, 23 y 47 de la ordenanza de 1735; disponga que esos artículos se cumplirán según su forma o tenor, y que por consecuencia todos los notarios y otros empleados públicos a quienes es permitido otorgar los testamentos, están obligados a leerlos íntegramente al testador y a mencionar esa lectura, en términos que hagan comprender claramente que han cumplido esa solemnidad; lo cual será observado so pena de nulidad, conforme al art. 47 y aun de multa o suspensión contra los notarios. Añadirán por último, que el decreto debe publicarse en todos los lugares donde la ordenanza sobre los testamentos se ha registrado y publicado.

"Espero que la corporación a quien comunicáis esta carta, se preste gusto a conformarse a ella, y que el Ministerio público, a quien también se participará esta carta, se sirva formar un proyecto de su petición para enviármelo. Así podré juzgar mejor de la redacción, la cual será importante en la materia de que se trata".

éstas o puede haber al contrario alguna diferencia entre unas y otras?

¿Qué significa en su genuino sentido la expresión dictar? Significa, según la definición que da el Diccionario de la Academia Francesa, articular palabra por palabra lo que otro escribe al mismo tiempo.

Hagamos dos observaciones:

1^a La definición de la Academia Francesa no es rigurosamente exacta. Puede suceder que una persona dicte y que nadie escriba. Un profesor, por ejemplo, dicta algunas veces a los discípulos temas que éstos no escriben. La Academia se hubiera expresado con más exactitud si hubiese dicho: **DICTAR ES ARTICULAR PALABRA POR PALABRA LO QUE SE DESTINA A QUE OTRA PERSONA ESCRIBA AL MISMO TIEMPO.**

2^a La definición de la Academia Francesa, aun suponiéndose perfectamente exacta, no pudiera favorecer de ninguna manera al recurrente. La Academia Francesa no dice: dictar es articular palabra por palabra lo que escribe al mismo tiempo la persona a quien se dicta. La Academia sólo dice: dictar es articular palabra por palabra lo que otro escribe al mismo tiempo, y bien sabéis, señores, cuán diversas son las expresiones: lo que otro escribe; y lo que escribe la persona a quien se dicta.

"De la definición que da la Academia Francesa se deduce, a no dudarlo, que la palabra dictar expresa dos acciones: la de la persona que dicta y la de la persona que escribe; pero la Academia no ha dicho ni ha querido decir que la persona que escribe sea siempre y necesariamente la persona a quien se dicta; ni ha querido decir que entre la persona que dicta y la persona que escribe no puede haber un tercero a quien se dirige al dictar y que lo haga escribir por un amanuense.

"En la antigua escuela de Derecho de París los profesores DICTABAN cursos a sus discípulos; y, por un abuso muy conocido, no eran los discípulos los que escribían los cursos; los hacían escribir por pendolistas a quienes pagaban.

"Antes que las declaraciones de 24 de marzo de 1545 y 26 de enero de 1751 hubiesen recordado, la primera a los notarios del distrito del Parlamento de Aix; la segunda a los notarios del distrito del Parlamento de Burdeos, la obligación que les imponía la ordenanza de 1535 de escribir ellos mismos los testamentos que otorgaban, todos estos notarios expresaban en los testamentos que los testadores los habían dictado; y sin embargo se usaba que los amanuenses eran los que escribían.

"Seguramente en estos testamentos la palabra dictar no significaba que los notarios mismos habían escrito las disposiciones

de los testadores; ¿y por qué prodigio tuviera, en el testamento de la Sra. Letellier, un significado de mayor extensión?

"Pero dice el recurrente: por lo menos se debe convenir en que, según la acepción más usual, la palabra dictar expresa la acción de escribir la persona a quien se dicta, y que, en la conversación familiar esta frase: hé aquí una carta que acabo de dictar a mi secretario; designa una carta que mi secretario escribió y que yo le dictaba. Ahora bien, ábranse las leyes romanas, y se verá que, para determinar el sentido de las palabras empleadas en el testamento, debemos referirnos al uso más general: NON ENIM EX OPINIONIBUS SINGOLORUM, SED EX COMUNI NOMINA EXAUDIRI DEBENT, dice la ley 7 D. DE SUPPELLECTILE LEGATA.

"Dos réplicas:

"1^ª BASTA QUE LA PALABRA DICTAR NO SIEMPRE EXPRESE LA ACCIÓN DE ESCRIBIR DE PARTE DE LA PERSONA A QUIEN SE DICTA,

"PARA QUE ESA PALABRA NO SEA IDENTICA A LA PALABRA ESCRIBIR; para que según la expresión de Ricard, NO EXPRESE ADEQUATE ET IDENTICE LA MISMA IDEA QUE ESTA ULTIMA PALABRA,

"PARA QUE NO SEA PERFECTA LA SINONIMIA,

"PARA QUE PUEDA HABER ENTRE UNA Y OTRA ALGUNA DIFERENCIA,

"Y POR TANTO PARA QUE NO PUEDA REEMPLAZAR A LA PALABRA ESCRIBIR, QUE SEGUN LA LEY DEBE EMPLEARSE.

"2^a El art. 972 del Código civil evidencia, por su misma redacción, que el legislador no ha dado a la palabra dictar el sentido que se le supondría.

"Si el testamento es otorgado ante dos notarios, les dicta el testador, y debe escribir uno de los notarios, tal como se les ha dictado. En esta primera parte del artículo, el legislador separa claramente la acción de dictar de la acción de escribir: ordena que el testador dicte a dos notarios, y que sólo uno de los dos notarios escriba: reconoce, pues, que se puede dictar a una persona, sin que esa persona escriba al mismo tiempo.

"Si hay un solo notario debe igualmente dictar el testador y escribir el notario. ¿Por qué emplea el legislador, también en esta segunda parte del artículo, las palabras dictar y escribir? ¿Por qué no dice simplemente: si hay un solo notario, de la misma manera se le dictará? ¿Por qué, en vez del artículo le, se emplean cinco palabras: y escrito por el notario? La razón es muy obvia: porque según el legislador, la palabra dictar no expresa la acción de escribir; porque recuerda muy bien el uso

de los notarios de Provenza de declarar, en los testamentos escritos por sus amanuenses, que el testador les había dictado; porque teme que tal uso continúe; porque quiere que los que pretendan continuarlo no tengan razón ni pretexto.

"Permitidme, señores, una suposición que terminará, a no dudarlo, por convencerlos.

"SUPONGAMOS QUE EL TESTAMENTO DE LA SRA. LETELLIER, NO SEA ESCRITO DE PUÑO Y LETRA DEL NOTARIO MESNARD; QUE EL MINISTERIO PUBLICO ACUSA A ESE EMPLEADO POR HABER INCURRIDO EN FALSEDAD ASEVERANDO QUE LO ESCRIBIO EL MISMO; Y QUE, PARA CONVENCERLE DEL CRIMEN DE FALSEDAD, EL MINISTERIO PUBLICO SE LIMITA A DECIR CON EL RECURRENTE: "EL NOTARIO MESNARD HA EXPRESADO EN EL TESTAMENTO QUE LA TESTADORA LE DICTO; Y COMO AL ENUNCIAR QUE LA TESTADORA LE DICTO, SE ENUNCIA EXPLICITA Y NECESARIAMENTE QUE LO ESCRIBIO EL MISMO, EL NOTARIO MESNARD HA INCURRIDO EN EVIDENTISIMA FALSEDAD".

"¿Cómo se defendería el notario Mesnard? Respondiera: si bien he podido extender un instrumento nulo, no hay ni sombra de falsedad. Dije que la testadora me había dictado su testamento; pero a eso me he limitado; no he dicho que yo mismo escribí las últimas disposiciones de la testadora; NO PUEDE LEERSE EN UN INSTRUMENTO SINO LO QUE ENCIERRA; NO SE PUEDE SUPLIR UNA MENCIÓN QUE NO HAY; no puede castigárseme como a reo de falsedad por haber aseverado que la testadora me dictó su testamento, porque aseverando que ella lo dicto, no he aseverado sino un hecho estrictamente verdadero.

"¿Y CUAL SERIA EL JUEZ QUE, OIDAS ESTAS RAZONES, CONDENASE AL SR. MESNARD? ¿CUAL SERIA EL JUEZ QUE NO DECLARARA QUE LA FALSEDAD DE QUE SE ACUSA EL SR. MESNARD NO SE HA COMETIDO?

"Sin embargo, es preciso decirlo, si fuera posible que se anule la sentencia de la Corte de Apelación de París, según la cual al mencionar el notario Mesnard que la testadora le dictó no menciona que él escribió, la nulidad de esa sentencia llevaría consigo necesariamente, en cuanto al Ministerio público, la obligación de investigar si en realidad el notario Mesnard empleó una mano extraña para escribir el testamento de la Sra. Letellier; y si otro lo hubiese escrito, se condenaría al notario Mesnard a las penas impuestas por el crimen de falsedad.

"Y como esa consecuencia sería tan absurda como injusta, preciso reconocer que el principio de que se deriva no es ver-

dadero; que el notario Mesnard no ha consignado en el testamento de la Sra. Letellier la mención expresa de que lo escribió él mismo.

"Sin embargo, el recurrente insiste todavía, y alega otras dos circunstancias que os presenta como equivalentes de la mención expresa.

"Los herederos de la Sra. Letellier, dice, no se atreven a negar que el testamento fué escrito por el notario Mesnard; por otra parte, el testamento mismo prueba, por su tenor literal, que el notario Mesnard es el único que pudo escribirlo.

"Pero ante todo, los herederos de la Sra. Letellier no necesitan para exigir la nulidad del testamento, aseverar que no lo escribió el notario; les basta que el testamento silencie esta circunstancia; ello los faculta a no mencionarla. Y, en general, CUANDO QUIERA QUE SE OMITA UNA MENCION EXIGIDA POR LA LEY, EL TESTAMENTO DEBE ANULARSE SIN EXAMEN ULTERIOR; PORQUE LA LEY, AL EXIGIR ESA MENCION EN EL TESTAMENTO MISMO, PROSCRIBE NECESARIAMENTE CUALQUIERA OTRA MANERA DE PROBAR EL CUMPLIMIENTO DE LA SOLEMNIDAD MENCIONADA Quia consuetudo, dice Dumoulin, sobre el Art. 69 del Fuero de Sens, REQUISIT HAC PROBATIONEM EX IPSOMENT. TESTAMENTO ET HIC NON SUFFICIT HABERI ALLUM DE TUM PRETER FALSA VITANDA ET TERTIUM FACILITATEM; ET ITA JUDICATUM PARISIIS PER ARRESTUM.

"Además, ¿cómo prueba el recurrente que del testamento mismo consta que no pudo escribirlo sino el notario? Porque, dice, según el testamento de la Sra. Letellier, no hubo presentes sino seis personas, cuando la Sra. Letellier dictó las últimas disposiciones, y porque buscando entre estas seis personas cuál es la que ha podido escribir, debe comenzarse por prescindir de la testadora; pues el testamento manifiesta que ella no pudo ni firmar; porque de las otras cinco personas hay cuatro, a saber, los testigos, que según el testamento no estuvieron sino presentes, y porque, en consecuencia, no lo escribieron; porque en una palabra, sólo el notario pudo escribir el testamento.

"Pero de todas estas aserciones sólo hay una que consta en el instrumento. Sí, el instrumento justifica auténticamente que la Sra. Letellier no escribió sus últimas disposiciones.

"Pero, por una parte, no se ha dicho que no hubo sino seis personas presentes; sólo se dice que estuvieron presentes seis personas; lo cual es muy diverso, y no excluye que no hubiera otra persona que hiciera de amanuense.

"Además, aunque el instrumento expresa que los testigos

estuvieron presentes; no prueba, por consecuencia, que uno de los testigos no escribió el testamento.

"Por último, alega el recurrente que la validez del testamento es favorable, y os reproduce todo lo que las leyes romanas nos han trasmitido sobre esta materia.

"¿Pero en qué caso son favorables los testamentos? CUANDO PERFECTAMENTE REGULARES EN SU FORMA, NO SE TRATA SINO DE SABER LO QUE HA DISPUESTO EL TESTADOR. En estos casos, las leyes quieren que las disposiciones dudosas se interpreten en el sentido de que puedan surtir algún efecto, UT MAGIS, VALEANT QUAM PEREANT.

"¿Y se aplica lo mismo cuando hay duda sobre la regularidad del testamento? NO; COMO EL VALOR DEL TESTAMENTO NO PROVIENE SINO DE LAS SOLEMNIDADES, Y COMO LAS SOLEMNIDADES CONSISTEN EN EL CUMPLIMIENTO EXACTO DE LAS FORMAS PRESCRITAS POR LA LEY, A FAVOR DEL HEREDERO LEGITIMO DEBE RESOLVERSE LA DUDA, PORQUE DEL MERO HECHO DE QUE LA FORMA NO SE HA OBSERVADO, SE DESPRENDE LA CONSECUENCIA DE QUE ES INCERTO SI HUBO TESTAMENTO, Y QUE, DADA ESA INCERTIDUMBRE, LA SUCESION NO PUEDE PERTENECER SINO AL HEREDERO LEGITIMO.

"Nótese también que ahora no hay ni sombra de duda razonable. El testamento de la Sra. Letellier no enuncia expresamente que fué escrito por el notario; no encierra, pues, en cuanto a la escritura, la mención expresa que exige el art. 972 del Código civil; el art. 1001 del mismo Código declara la nulidad.

"Por estas consideraciones juzgamos que debe rechazarse el recurso".

Y efectivamente Merlin copia la sentencia en que la Corte de Casación desechó el recurso de nulidad.

Pero se alega que estas doctrinas no son aplicables a nuestro testamento cerrado.

Ante todo obsérvese que el estudio de las legislaciones extranjeras no es provechoso sino cuando nos conduce a conocer a punto fijo el sentido de nuestros Códigos, y a interpretarlos rectamente. Nada más ridículo que esos rábulas ramplones que por no saber traducir copian en francés los artículos del Código de Napoleón y las doctrinas de sus expositores, y los copian como hubiera copiado aquel célebre Perdomo un formulario de Jamin o de Trousseau.

No se pueden comparar dos legislaciones sin conocer a ciencia cierta ambas; porque la comparación envuelve necesari-

riamente el conocimiento exacto de cada uno de los objetos comparados. En la comparación ejerce el entendimiento funciones semejantes a las del raciocinio cuando emplea el silogismo: en aquélla observa las calidades esenciales de cada uno de los objetos y deduce si entre ellos hay semejanza o diferencia; en éste, de dos proposiciones deduce una tercera diversa de las dos.

No ignora este ilustrado Tribunal que antes de la Revolución Francesa las provincias del reino se dividían, en cuanto a la legislación, en dos partes del todo diversas: las regidas por el Derecho romano que se denominaba Derecho escrito, y las que tenían sus fueros propios (coutumes).

Especialmente tratándose de los testamentos, había tanta diversidad en el Derecho foral, que se presentaban las mayores dificultades al declarar la validez o nulidad de cada uno de los testamentos. Para reducirlos a la unidad, Luis XV encomendó al célebre Canciller D' Aguesseau la redacción de una ordenanza; la cual se publicó el año 1735. Hiciéronse innovaciones de suma importancia: aboliéronse los testamentos meramente nuncupativos, ordenándose que no valiera sino el testamento escrito; dividióse el testamento en ológrafo, abierto y cerrado; y, en cuanto al testamento abierto, se prescribía que de haberlo dictador el testador a uno de los notarios o a los dos según los casos, y de haberse leído así al testador como a los testigos, se dejara mención expresa; la cual no era una de las solemnidades del testamento cerrado.— Los redactores del Código de Napoleón siguieron poco más o menos el mismo sistema de la ordenanza de Luis XV; y determinaron, en los arts. 971 a 980, las solemnidades de los testamentos solemnes.

"El testamento por instrumento público" (testamento abierto), dice el art. 971, "es el otorgado ante dos notarios y dos testigos o ante un notario y cuatro testigos".

Art. 972. "Si el testamento se otorga ante dos notarios, el testador les dicta; y uno de los notarios debe escribirlo tal como se le ha dictado.

"Si no hay sino un notario, igualmente el testador le dicta, y escribe el-notario.

"En ambos casos, debe leerse el testamento al testador en presencia de los testigos.

"Todo esto debe mencionarse expresamente".

Art. 976. "Cuando el testador otorga testamento cerrado o secreto, debe firmar sus disposiciones, bien las haya escrito él mismo, bien haya ordenado que otro las escriba. El pliego que contenga sus disposiciones, o el pliego que sirva de cubierta, si la hay, estará cerrado y sellado. El testador lo presentará así

cerrado y sellado al notario y seis testigos a lo menos, o lo hará cerrar y sellar en su presencia; declarará que lo contenido en ese pliego es su testamento escrito y firmado por él, o escrito por otro y firmado por él: el notario extenderá el acta de otorgamiento, que será escrita en el pliego que sirva de cubierta; y esa acta será firmada por el testador y por el notario en junta de los testigos. Todo esto se efectuará en seguida, sin interrupción; y en caso que el testador por un impedimento que sobrevenga después de la firma del testamento no pueda firmar el acta de otorgamiento, se hará mención de la declaración que hubiese hecho, sin que haya necesidad, en este caso, de aumentar el número de testigos".

Como tratándose del testamento abierto prescribía, la ley que todas las solemnidades se han de mencionar expresamente en el testamento mismo, y como no requería esa solemnidad al tratar del testamento cerrado, así los intérpretes del Código de Napoleón como los tribunales establecieron la doctrina de que las solemnidades del testamento abierto se prescribían más estrictamente que las del testamento cerrado.

Veamos ahora las solemnidades necesarias según nuestro Código civil.

Art. 1004. "En el Ecuador el testamento solemne y abierto debe otorgarse ante escribano y tres testigos o ante cinco testigos. . . ."

Art. 1005. "LO QUE CONSTITUYE ESENCIALMENTE EL TESTAMENTO ABIERTO ES EL ACTO EN QUE EL TESTADOR HACE SABEDORES DE SUS DISPOSICIONES AL ESCRIBANO SI LO HUBIESE Y A LOS TESTIGOS".

"El testamento será presenciado en todas sus partes, por el testador, por un mismo escribano si lo hubiere, y por unos mismos testigos.

"En el testamento se expresarán el nombre y apellido del testador; el lugar de su nacimiento. . . .; y el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos.

"Se ajustarán estas designaciones a lo que respectivamente declaren el testador y testigos. Se expresarán asimismo el lugar, día, mes y año del otorgamiento, y el nombre y apellido del escribano si lo hubiere".

Art. 1007. "El testamento abierto podrá haberse escrito anticipadamente.

"Pero sea que el testador lo tenga escrito o sea que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el escribano, si lo hubiere, o, a falta de escribano, por uno de los testigos designados por el testador a este efecto.

"Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista.

y las personas cuya presencia es necesaria oírán todo el tenor de sus disposiciones.

"Terminará el acto por las firmas del testador y testigos y por la del escribano si lo hubiere.

"Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa.

"Si se hallare alguno de los testigos en el mismo caso, otro de ellos firmará por él y a ruego suyo, expresándolo así.

"Art. 1001. El testamento solemne cerrado debe otorgarse ante un escribano y cinco testigos.

"Art. 1012. El que no sepa leer y escribir no podrá otorgar testamento cerrado.

"Art. 1013. LO QUE CONSTITUYE ESPECIALMENTE EL TESTAMENTO CERRADO ES EL ACTO EN QUE EL TESTADOR PRESENTA AL ESCRIBANO Y TESTIGOS UNA ESCRITURA CERRADA, DECLARANDO DE VIVA VOZ Y DE MANERA QUE EL ESCRIBANO Y TESTIGOS LE VEAN, OIGAN Y ENTIENDAN, QUE EN AQUELLA ESCRITURA SE CONTIENE SU TESTAMENTO.

"El testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador.

"La cubierta estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romperla.

"El escribano expresará en la cubierta, bajo el título testamento, la circunstancia de hallarse el testador en sano juicio, el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento.

"Termina el otorgamiento por las firmas del testador y de los testigos y por la firma y signo del escribano sobre la cubierta.

"Durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo escribano y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere".

Comparemos ahora las solemnidades prescritas por cada uno de los Códigos.

Según el Código de Napoleón, si prescindimos del notario y testigos, son solemnidades esenciales del testamento abierto:

1ª Que el testador dicte el testamento, respectivamente, al notario o notarios:

2ª Que el notario escriba el testamento:

3ª Que se lea el testamento al testador y los testigos:

4ª Que de TODAS ESAS SOLEMNIDADES SE HAGA

MENCION EXPRESA:

5ª Que el testamento se firme por el testador:

6^a Que si no sabe o no puede firmar, se mencione expresamente su declaración, expresando la causa:

7^a Que los testigos firmen el testamento.

Según el Código ecuatoriano, son solemnidades del testamento abierto:

1^a Que se exprese el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos:

2^a Que se exprese también el lugar, día, mes y año del otorgamiento, y el nombre y apellido del escribano si lo hubiere:

3^a Que el testamento sea leído en alta voz:

4^a Que mientras el testamento se lee el testador esté a la vista:

5^a Que el escribano y los testigos oigan la lectura del testamento:

6^a Que firmen el escribano y los testigos:

7^a Que si el testador no sabe o no puede firmar, se mencione en el testamento esa circunstancia.

Se ve que si prescindimos del notario y de los testigos, las solemnidades del testamento abierto prescritas por el Código ecuatoriano son más complicadas que las del testamento según el Código de Napoleón, y que se emplean mayores precauciones para cerciorarse de que el testamento es la expresión genuina de la voluntad del testador.

El dictar un testamento íntegro dificulta en extremo el acto de otorgarse. Casi siempre se otorga el testamento después de largas dolencias; el enfermo está débil; carece además de versación para dictar. Según nuestro Código se presenta el testamento ya escrito, para que el escribano lo lea en alta voz, de manera que le oigan, así el testador como los testigos.

Cuando comparamos el testamento cerrado del Código de Napoleón con el testamento cerrado del Código ecuatoriano, no podemos por menos que reconocer que don Andrés Bello, cuyo eclecticismo fue una de sus admirables cualidades distintivas, comprendió perfectamente que al otorgarse testamento cerrado son necesarias nimias precauciones, ya para conocer que el testador expresó su última voluntad en el pliego que presenta al escribano y testigos, ya para que ese pliego no pueda suplantarse por otro.

Según el Código de Napoleón se observan las siguientes solemnidades:

1^a El testador debe firmar el testamento:

2^a Debe presentarlo cerrado y sellado, o hacerlo cerrar y sellar en el acto en que lo presenta:

3^a Declara que lo contenido en el pliego es su testamento escrito y firmado por él, o escrito por otro y firmado por él:

4ª El notario extiende el acta de otorgamiento en el mismo pliego presentado por el testador:

5ª El acta de otorgamiento debe firmarse por el testador, el notario y los testigos:

6ª Debe haber absoluta unidad de acto.

Veamos las solemnidades prescritas por el Código ecuatoriano:

1ª El testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada:

2ª Declara que esa escritura contiene su testamento:

3ª La declaración debe ser de VIVA VOZ:

4ª El escribano y testigos deben ver al testador:

5ª Deben OIRLE:

6ª Deben ENTENDERLE:

7ª El testamento debe estar escrito o a lo menos firmado por el testador:

8ª El sobrescrito o cubierta del testamento estará cerrado o se cerrará exteriormente de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta:

9ª El escribano debe expresar en la cubierta el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos:

10ª Debe expresarse el lugar, día, mes y año del otorgamiento:

11ª Durante el otorgamiento deben estar presentes el testador, un mismo escribano y unos mismos testigos:

12ª Debe haber absoluta unidad de acto.

¿Cómo desconocer, pues, que el art. 1013 del Código ecuatoriano es más claro y más completo que el art. 976 del Código de Napoleón? No se ha omitido, lo repito, ninguno de los medios conducentes a la constancia que el testador presentó el pliego; que manifestó que ese pliego contenía su testamento; que a los testigos no les quedó ni la más leve duda de la declaración del testador, y que en lo sucesivo sería de toda imposibilidad imposible suplantar un testamento por otro.

Don Andrés Bello, que había estudiado profundamente el Código de Napoleón; que en algunos títulos, como en el de las servidumbres y en el de los contratos, donde resplandecen la sencillez y la claridad, se había limitado a copiarlo; que estaba muy familiarizado con las doctrinas de Merlin, a quien cita no sólo en los proyectos del Código civil sino en el Derecho internacional, obra muy anterior a tales proyectos; don Andrés Bello, decimos, sabía a ciencia cierta las dificultades que se habían originado en Francia de que la ley prescribiera, en cuanto a los testamentos abiertos, que todas las solemnidades se mencionasen expresamente, y de que, tratándose del testamento

cerrado sólo se ordenara la redacción de la respectiva acta en la cubierta del testamento; por lo cual se dispuso en el Código chileno, de una manera tan clara como terminante, que se observaran, so pena de nulidad, una a una todas las solemnidades.

Luego, la controversia está reducida a saber si de la cubierta del pretense testamento de don Carlos Zambrano constan las solemnidades prescritas por la ley.

Ni por un instante he afirmado nunca, insisto en ello, que sea necesario emplear fórmulas sacramentales; pero que si lo es que de una manera expresa, indubitable, evidentísima, conste que se observaron las solemnidades prescritas por la ley. Refiriéndose Dalloz a un fallo de la Corte de Casación dice: "Se ha decidido que si la mención expresa de haber presentado el testamento místico el testador al notario, en presencia de los testigos, no se exige, POR LO MENOS ESTA PRESENTACION DEBE RESULTAR, SO PENA DE NULIDAD, DE LAS PALABRAS EMPLEADAS EN EL ACTA DE OTORGAMIENTO. Tal vez haya inexactitud en las palabras mención expresa, empleadas en esta sentencia y en algunas otras; una mención que no es expresa no es mención; pero una mención expresa puede no estar sujeta a una fórmula, a una frase, a palabras sacramentales: lo que importa, lo que debe haber so pena de nulidad, es que de las expresiones del acta se deduzca con certeza que la solemnidad prescrita se ha observado; y sólo eso es lo que ha querido decir la Corte de Casación.

III

Veamos, pues, si en el testamento de don Carlos Zambrano se observaron las solemnidades prescritas en el art. 1013.

Bien comprendo que este manifiesto es en extremo redundante, y que cansará la ilustrada atención de V. E. Pero tratándose de un punto de derecho, que propiamente hablando no se ha decidido todavía por los tribunales de la República, de manera que se forme lo que los franceses llaman JURISPRUDENCIA, se me permitirá emplear todos cuantos medios conduzcan a estudiar el asunto en todo sentido.

Mil y mil veces he observado ante V. E. que el estudio del Derecho, cuando no se efectúa bien, tiene el don especialísimo de trastornar las ideas de los abogados. Qué de dislates se ven a cada paso en las decisiones de los juzgados y cortes superiores! Pregúntese a un pulpero si el vendedor está obligado a recibir billetes en pago de los cominos o de la manteca que venda, y

el pulpero aunque no tenga ni las más remotas nociones de lo que es el crédito, ni haya nunca jamás oído las palabras economía política, contestará sin vacilar: "Yo creo que sólo el oro y la plata, acuñados por el Estado, tienen un valor real y efectivo como moneda. El billete es un papel que por sí mismo no vale nada, y que soy libre para recibirlo o no recibirlo". Sin embargo he leído un auto expedido por un alcalde municipal cuando vivía el nunca como se debe alabado Banco de Quito, declarándose que el vendedor de un inmueble estaba obligado a recibir billetes en pago del precio.

¿Y no es del mismo jaez que el fallo de aquel alcalde municipal la sentencia del Dr. Campuzano; la cual resuelve que por haberse expresado en el testamento que el testador declaró que el pliego cerrado contenía su última voluntad, lo declaró de viva voz, y que habiéndolo declarado de viva voz, los testigos entendieron al testador?

El Marqués de Valdegama, don Juan Donoso Cortés, en su famoso Ensayo dijo que todos los problemas sociales y políticos eran problemas teológicos; y nosotros podemos aseverar, con más fundamento, que todos los problemas jurídicos son problemas filológicos; pues la interpretación de la ley, de los contratos, de los testamentos, no depende sino de la acepción genuina de las voces.

Según el art. 1013 del Código civil, insistió en ello, lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada declarando de VIVA VOZ....."

Veamos si del testamento de don Carlos Zambrano consta la declaración de viva voz.

"El señor Carlos Zambrano me entregó a mí, el infrascrito escribano este pliego cerrado y lacrado, declarando" No censuro el vocablo declarando, porque se trataba exclusivamente de investigar qué decía el testador, y en ese caso declarar y expresar sí son dos términos absolutamente sinónimos. ¿Pero cómo puede deducirse que el señor Zambrano expresó de viva voz? Expresar, según el Diccionario de la Academia, vale decir clara y distintamente lo que uno quiere dar a entender. ¿No se puede expresar clara y distintamente por escrito?

Permítaseme repetir lo que expuse en el manifiesto de segunda instancia: "El mismo art. 1013 del Código civil" leo a fojas 425, "que enumera una a una las solemnidades del testamento cerrado, es en cuanto a las acepciones de EXPRESAR, un foco de luz que deslumbraría a un ciego de nacimiento: "Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto

en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, DECLARANDO DE VIVA VOZ.” Póngase EXPRESANDO en vez de declarando, y se verá que la disposición no se altera ni en lo más mínimo, y que así el DECLARAR como el EXPRESAR no significan la DECLARACION O EXPRESION ORAL, sino porque se han añadido las palabras de VIVA VOZ.

Y si se nos arguyese en contra, nos bastarían copiar el inciso quinto, del propio art. 1013: “El escribano expresará en la cubierta. . . . , la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio. . . .” ¿Nos afirmará el Dr. Campuzano que en la cubierta EXPRESA DE VIVA VOZ el escribano? ¿Habrá quién diga, aunque sea tan argumentador como un sofista y tan cínico como un rábula, que el EXPRESAR del inciso 5º no equivale a escribir? ¿Nos afirmará el Dr. Campuzano que los escribanos ESCRIBEN DE VIVA VOZ? No lo afirmarían ni los escribas ni los fariseos que persiguieron a Jesús porque censuraba a cada instante su infame hipocresía.

“Hay de vosotros, hipócritas fariseos, sepulcros blanqueados!”.

Si el Dr. Campuzano, más excéptico que Pirrón, todavía pusiera en duda el contexto del ya citado inc. 5º, le dijéramos que lea atenta e imparcialmente el art. 1014. “Cuando el testador NO PUDIERE ENTENDER O SER ENTENDIDO DE VIVA VOZ, SOLO PODRA OTORGAR TESTAMENTO CERRADO”. Hé aquí, que en el caso ahora previsto por el legislador, se prescinde absolutamente del LENGUAJE ORAL; porque todo cuanto pasa es ESCRITO. Pues bien, el propio art. 1014 añade: “El testador ESCRIBIRA. . . .” El que tenga orejas para oír oiga. La ley dispone que el testador se limite a escribir; ni una palabra dice de viva voz al otorgar el testamento. “El testador ESCRIBIRA DE SU LETRA, sobre la cubierta, la palabra testamento. . . . , y hará del mismo modo la designación de su persona, EXPRESANDO a lo menos su nombre, apellido y domicilio”. Válgame Dios, qué EXPRESANDO el del art. 1014! ¿Tornará a sostener el Dr. Campuzano que ese EXPRESAR ES DE VIVA VOZ? ¿No es evidentísimo que el Dr. Campuzano no ha leído hasta ahora los arts. 1013 y 1014 del Código civil?

Tampoco ha leído ni la primera página de la Gramática de Bello. “Siendo la lengua el medio de que se valen los hombres para comunicarse unos a otros cuanto saben, piensan y sienten, no puede menos de ser grande la utilidad de la Gramática, ya para hablar de manera que se comprenda bien lo que decimos (sea de viva voz o por escrito), ya para fijar con exactitud

el sentido de lo que otros han dicho; lo cual abraza nada menos que la acertada enunciación y la genuina interpretación de las leyes, de los contratos, de los TESTAMENTOS, de los libros, de la correspondencia escrita; objetos en que se interesa cuanto hay de más precioso y más importante en la vida social". Basta un soplo de Don Andrés para que se venga a tierra el edificio de baraja levantado por el Dr. Campuzano! ¿No nos enseña el sabio filólogo que podemos decir de viva voz o por escrito? ¿No emplean en esa acepción el verbo decir los sabios y los ignorantes, las clases elevadas y el pueblo, pues ninguna voz más usual que DECIR? Encuentra un carpintero a otro y le dice: "¿Has sabido de tu mujer? —ME ESCRIBIO por el correo de la semana pasada.— ¿Y qué te dice? Que está bien y que vendrá pronto". ¿No hablarán de la misma manera los más remilgados puristas? ¿Y a quién se le ocurriría la especie de que la mujer del carpintero DIJO DE VIVA VOZ, EN CARTA, que estaba bien y que vendría pronto? No se le ocurriera sino al Dr. Campuzano; pues como lo dijo Bentham (no de viva voz sino en libro), la jurisprudencia mal estudiada trastorna el cerebro. "Estuve en el tribunal del Banco del Rey" (vuelve a decir en su libro) "y entró un hombre a quien se tenía por asesinado; y los jueces perseguían con el mayor encarnizamiento a los pretensos reos. Aquí me tenéis vivo y efectivo, dijo a los jueces (a los jueces sí les dijo de viva voz) y reclamo por el sobreseimiento de la causa criminal. No podemos creerle a Ud. que está vivo (contestaron) porque Ud. ha entrado a la sala de la audiencia sin permiso del ujier". ¿No se repiten todos los días estas escenas? ¿No se han repetido ahora mismo en el fundamento del Sr. Dr. Campuzano? El doctor ha dicho durante su vida mil y mil veces: "Escribí por el último correo a un amigo diciéndole. . . ." Y sin embargo ahora nos lo afirma a pies juntillas que no se puede decir SINO DE VIVA VOZ.

La viva voz es en este caso absolutamente necesaria, ya porque el legislador quiso cerciorarse de que el testador podía hablar; pues muchas veces los testamentos se otorgan cuando está al llegar el instante en que el moribundo exhala el último suspiro, ya porque es una solemnidad prescrita por la ley, y cuando la ley ordena, si bien el expositor debe investigar las razones que para ello hubiere habido, cuando no las halla la ley no deja de ser obligatoria al juez. La viva voz es un requisito que ha de constar del testamento mismo, y si bien no son necesarios términos sacramentales, se ha de deducir sin esfuerzo alguno del tenor mismo. Viva voz, según el citado Diccionario significa: "Expresión oral, por contraposición a la escrita"; y por lo mismo para reemplazar las sencillísimas palabras viva voz, son ne-

cesarias perifrasis que embrollan y oscurecen el sentido: expresó en lenguaje oral, expresó verbalmente etc. etc.

Si el juez declara que el expresar lleva consigo el expresar de viva voz, se arroga atribución de corregir la ley, declarando que no es necesaria una de las solemnidades prescritas por el legislador. Si se resuelve en una sentencia que no es necesario que en el testamento conste que el testador expresó de viva voz; ¿por qué no se declararía también que no es necesario que el testador y los testigos firmen el testamento? Siguiéndose la lógica de atenerse a meras deducciones, ¿por qué no se diría que si el escribano, funcionario público que merece fe de todo cuanto asevera, afirmó que habian estado presentes los testigos, es una solemnidad que nada significa la falta de una o más firmas?

Lo propio es aplicable a la otra parte del testamento: el escribano dijo: "EXPRESANDO" (el testador) "que en él se hallaba su testamento y última voluntad, EN PRESENCIA DE CINCO TESTIGOS QUE SE HALLARON REUNIDOS, VIENDO Y OYENDO AL TESTADOR". Del ver y oír deduce el Dr. Campuzano que consta el entender. Volvamos a la ley: "DECLARANDO DE VIVA VOZ DE MANERA QUE EL ESCRIBANO Y TESTIGOS LE VEAN, OIGAN Y ENTIENDAN. . . ." Alégase como argumento concluyente que habiendo concurrido los testigos y constando que vieron y oyeron al testador, y habiéndose aseverado que los testigos eran idóneos, se deduce que entendieron al testador, porque no había para ello ningún obstáculo.

Volvamos al manifiesto de segunda instancia. Ante todo, dije a fs. 426, el fundamento tercero del Dr. Campuzano, si es que puede denominarse fundamento una serie de los más extravagantes adfesios, vuelve a poner en claro que ni siquiera ha leído el art. 1013 del Código civil. Tornemos a copiar las disposiciones concernientes al testamento cerrado: "El testamento solemne cerrado", dice el art. 1011, "debe otorgarse ante un escribano y CINCO TESTIGOS". Ese art. se refiere implícitamente al 1002, que enumera uno a uno los testigos inhábiles, y añade que dos a lo menos deben estar domiciliados en el cantón donde se otorgue el testamento, y uno a lo menos debe saber leer y escribir, cuando concurren sólo tres testigos, y dos cuando concurren cinco. Luego, en todos los casos en que la ley habla de testigos se presume que deben ser idóneos, esto es, que no han de tener ninguna de las inhabilidades enumeradas en el art. 1002 y que concurren en ellos los requisitos legales.

"Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado", añade el art. 1013, "es el acto en que el testador presenta al es-

cribano y testigos una escritura cerrada, DECLARANDO DE VIVA VOZ Y DE MANERA QUE EL ESCRIBANO Y TESTIGOS LE VEAN, OIGAN Y ENTIENDAN, que en aquella escritura se contiene su testamento'. Nada más claro, perspicuo, terminante. Conócese que quien redactó esa disposición sabía a ciencia cierta que las palabras de la ley se pesan como diamantes. Un niño de diez años que lea correctamente y que piense, comprende ese artículo sin que en su ánimo se susciten dudas ni cavilaciones. Evidentísimo es el contexto de la ley, y si lo es, en ningún caso puede desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Absurdo y aun ridículo que el Dr. Campuzano se proponga corregir y aumentar, componer y descomponer, alternar e invertir el contexto de una ley que expresa con tanta claridad y precisión el pensamiento del legislador.

Todos cuantos no sean ciegos voluntarios verán que según el inc. 1º del art. 1013 las solemnidades que constituyen esencialmente el testamento cerrado son:

1ª Que el testador presente al escribano y testigos una escritura cerrada;

2ª Que declare de viva voz que en aquella escritura se contiene su testamento;

3ª Que el escribano y testigos vean y oigan al testador; y

4ª Que el escribano y testigos le entiendan.

¿No presupone el artículo, insisto en ello, que los TESTIGOS SON IDONEOS? Lo presupone necesariamente; porque la idoneidad de los testigos es uno de los requisitos esenciales de todo testamento, salvo los casos de habilidad putativa enumerados en el art. 1003. Pues bien, a pesar de presuponerse la IDONEIDAD DE LOS TESTIGOS, el legislador determina como requisitos del todo diversos el que los TESTIGOS VEAN Y OIGAN y el que los testigos ENTIENDAN; porque diga lo que dijere el teólogo Dr. Campuzano, el oír puede ser un acto meramente MATERIAL que no lleva consigo entender lo que se oye. Habla Pedro a Juan algunas palabras que llegan a los oídos de éste, y el primero dice: "¿Por qué no me contestas?" Porque aun cuando TE OIGO NO TE ENTIENDO. ¿Quién pudiera sostener que Juan ha dicho un desatino? Sólo el Dr. Campuzano.

Veamos otro caso. Hay en una posada dos habitaciones contiguas, separadas por un grueso tabique. En una de ellas ha pasado la noche Diego; por la mañana entra un amigo de éste y le dice: ¿Has dormido bien? Qué he de dormir, si toda la noche he oído hablar en la pieza contigua. ¿Y qué decían? —NO ALCANCE A DISTINGUIR LO QUE DECÍAN; SE

OIAN VOCES, PERO NO PODIA ENTENDERSE LO QUE HABLABAN. Este sencillísimo diálogo, que puede repetirse todos los días y todas las horas, ¿no es una refutación de la disertación sobre la audición y la intelección? ¿No sabe todo el que habla castellano que las palabras VER Y OIR no llevan consigo la idea de fijarse en lo que se ha visto y de entender lo que se ha OIDO? El rico idioma castellano, ¿no tiene voces para expresar los actos de los sentidos y los actos del entendimiento? Ve a una persona el que fija en ella los ojos; la MIRA cuando la ha visto de manera que pueda distinguirla después, o que por lo menos ha procurado cerciorarse de quién era esa persona. OYE un individuo cuando las ondas sonoras llegan a sus oídos; ESCUCHA cuando ha comprendido las palabras que llegaron a sus oídos. Sólo la SEUDO TEOLOGIA confunde entre oír y escuchar.

Pero aún suponiendo por un instante que según la acepción usual de las voces, OIR llevase consigo ENTENDER, ¿cómo pudiera desconocerse que según la ley debe constar del testamento mismo que ADEMÁS DE OIR SE ENTENDIO? ¿Y dónde consta que los testigos entendieron al Sr. Zambrano?

Vuelvo a llamar la atención de este ilustrado Tribunal a la circunstancia de que aun cuando el ver y el oír los testigos idóneos llevase consigo el entender, el legislador ordenó que del testamento constase que los testigos ENTENDIERON al testador, pues quiso cerciorarse de una circunstancia de que depende precisamente la validez del testamento. Las argucias de Peñaherrera y del Dr. Campuzano equivalen a sostener que se pudiera suprimir del art. 1013 la palabra entiendan sin que el artículo se altere ni en lo más mínimo; que el art. 1013 cuya redacción desespera por su perspicuidad, encierra un ridículo ripio en la palabra ENTIENDAN; por cierto presuponiéndose que los testigos, además de idóneos, ven y oyen al testador, sin que haya razón alguna para que cierren los ojos y se tapen los oídos, síguese que le entienden.

Pero don Andrés Bello, que no era leguleyo con pujos de jurisconsulto y que era filólogo eminentísimo, conocía perfectamente que de parte del testador las solemnidades del testamento cerrado se reducían a unas poquísimas palabras: "Presento este pliego cerrado, y declaro que él contiene mi testamento". ¿No era necesario que los testigos VEAN al testador cuando presentaba el pliego cerrado, y que le OIGAN y ENTIENDAN cuando pronunció las palabras de viva voz? Debían verle para evitar que otra persona hable imitando su voz; debían OIRLE porque el oír es correlativo de la declaración de VIVA VOZ, debían ENTENDERLE, para evitar que se expre-

sara en términos ininteligibles o que se limitara a balbucear ciertas palabras. Supóngase que el escribano, muy acostumbrado a tratar al testador, entendió perfectamente las palabras que el mismo testador pronunciaba, pero que los testigos que oyeron las voces no las entendieron porque eran absolutamente confusas. ¿No es cierto que el escribano hablaba la verdad cuando afirmaba que los testigos vieron y oyeron al testador, y que sin embargo el testamento era evidentemente nulo? El escribano es el que da razón de que los testigos oyeron al testador; pero silencia el acto intelectual de que le ENTENDIERON. ¿Cómo nos consta que se cumplió esa solemnidad y que los testigos ejecutaron el acto intelectual de entender? ¿No es cierto que el Juez no tiene evidencia de que se cumplieron estrictamente las pocas cuanto esencialísimas solemnidades prescritas por el inciso primero del art. 1013?

¿Dónde están esos términos cuya equivalencia sea tan exacta que expriman el mismo pensamiento del legislador? Cómo se escandalizaría Peñaherrera de que Merlin, uno de los más eminentes jurisconsultos del siglo XIX, sostuyese, no como defensor, sino llevando la voz del Ministerio público, que cuando el notario aseveró que la señora Letellier le había DICTADO A EL EL TESTAMENTO, NO CONSTABA QUE EL MISMO NOTARIO LE HUBIESE ESCRITO. Según la ley hubiera argumentado Peñaherrera a MERLIN, el notario concurre para escribir el testamento, y como de éste consta que la testadora se lo dictó, síguese que lo escribió el notario; porque no consta que nadie hubiese impedido que el notario cumpliera un deber que la ley le imponía. Qué argumentos los de Peñaherrera! Cuando los leo recuerdo el de aquel que hacía cavar para buscar un tesoro, y que oyendo el sonido de la barra que chocaba contra una tabla, dijo sin vacilar: O ES PLATA O ES BIHUELA.

IV

Como el manifiesto ha sido interminable, permítame V. E. un resumen de los principios que, según las leyes y la doctrina de los expositores, son inconcusos en materia de testamentos:

1º El testamento solemne es siempre escrito:

2º LAS SOLEMNIDADES HAN DE CONSTAR TODAS DEL TESTAMENTO MISMO:

3º No puede aceptarse la prueba testimonial para justificar las disposiciones del testador ni para justificar que se observaron las respectivas solemnidades:

4º SI DEL CONTEXTO DEL TESTAMENTO SE DEDUCE QUE FALTA ALGUNA DE LAS SOLEMNIDADES, EL TESTAMENTO ADOLECE DE NULIDAD.

Ahora bien, según el art. 1013 deben constar del testamento las siguientes solemnidades:

1ª El testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada:

2ª Les declara que esa escritura encierra su testamento:

3ª La declaración debe ser de VIVA VOZ:

4ª El escribano y testigos deben ver al testador:

5ª Deben oírle:

6ª Deben ENTENDERLE.

Y como del testamento de D. Carlos Zambrano no consta que el testador presentó el pliego al escribano y los testigos, ni que la declaración fue de VIVA VOZ, ni que el escribano y los testigos ENTENDIERON al testador, síguese que el testamento adolece de nulidad, y que V. E. debe revocar la sentencia recurrida, condenando a los reos a la devolución de los bienes hereditarios, y a las demás prestaciones puntualizadas en los arts. 898, 899 y 900 del Código civil.

Otros sí: Reproduzco el manifiesto de primera instancia.

LUIS F. BORJA

XII

Juicio seguido por el Síndico de la Municipalidad de Cuenca
contra Tomás Ugalde, por aguas.

1909

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE AGUAS
URBANAS PERTENECIENTES AL MUNICIPIO.

EXCMO. SEÑOR.

En la controversia entre la Municipalidad de Cuenca y mi comitente, Don Tomás Ugalde, se trata de importantes puntos de derecho, que deben resolverse por el Tribunal Supremo, aplicándose las leyes que garantizan el dominio de las aguas, e influyen directamente en la prosperidad del Estado.

Una de las más florecientes naciones de Italia, Cerdeña, expidió por primera vez leyes sobre la servidumbre de acueducto, y desde entonces progresaron tanto la agricultura y la industria fabril, que poco a poco todas las demás naciones la han imitado. Bien sabe V. E. que en el Ecuador desde 1837 se expidieron las propias leyes sobre servidumbre de acueducto; que merced a ellas principió a desarrollarse la agricultura, y que la agricultura y la industria de lo interior de la República no se deben sino a las acertadísimas disposiciones del Código civil en todo cuanto concierne a la servidumbre de acueducto.

Pero todas esas disposiciones fueran nugatorias si las leyes

no garantizaran el dominio de las aguas que por el respectivo cauce artificial se conducen, y si los Tribunales no aplicaran esas leyes acertadamente, declarando los derechos adquiridos por los particulares.

Permítaseme esta breve introducción, acaso no del todo extemporánea, y pasemos a examinar en todos sus aspectos los importantísimos puntos controvertidos.

I

Copiando el Procurador Síndico, Dr. Arteaga, un oficio del Presidente de la Municipalidad de Cuenca, añadió en la demanda (foja 1^a): "Por esto y porque el Sr. Tomás Ugalde ha ocupado, sin medida, las aguas de la calle en referencia, haciéndolas servir en los menesteres de su casa y en industrias y en fábrica de destilación de licores que tiene en la misma casa; pido que U. mande que el indicado señor pague la suma de dos pesos mensuales, es decir un sucre sesenta centavos, por cada paja de agua ocupada desde el ocho de marzo de mil ochocientos ochenta y tres".

"Hace más de cuarenta y dos años", contestó el Sr. Ugalde a fs. 2, "a que soy dueño y poseedor, por el título de compra y venta, de la casa indicada en la demanda, y, durante tan dilatado lapso de tiempo, he hecho uso sin violencia, clandestinidad e interrupción algunas de las aguas no potables que descienden por la acequia pública de la "calle de la Pola".—No es esto sólo, Sr. Alcalde, sino que mis antecesores en el dominio de la que hoy es mi casa han ocupado también y hecho uso de tales aguas, por muchos años; de forma que, uniendo la posesión de aquellos a la propia mía, según garantía legal a la cual me acojo, nadie puede sujetar a duda que, dadas las circunstancias puntualizadas y mi buena fé, obra y viene de lleno a mi favor no solamente la prescripción ordinaria sino también la extraordinaria, que las invoco como excepciones, una en subsidio de otra".

Y después de puntualizar algunos hechos que corroboran la larguísima posesión del Sr. Ugalde, dijo al concluir: "Por lo expuesto. . . ., solicito a U. se sirva repulsar la demanda, ora por cuanto yo no debo cosa alguna a la Municipalidad, por pacto expreso ni tácito, delito ni cuasidelito, ora porque en virtud de las prescripciones ordinaria y extraordinaria de dominio, a

las cuales me he acogido, no hay razón para que se me quiera cobrar cosa alguna por el ejercicio de un derecho que lo he ejercitado desde tiempo inmemorial, de una manera quieta y pacífica, a vista y paciencia del Ilustre Concejo Municipal de este Cantón, cuya casa consistorial no dista ciento veinte metros de la mía".

Hé aquí, Excmo. Sr., la acción y las excepciones.

El Procurador Síndico asevera que habiéndose expedido una ordenanza sobre impuestos que gravan las aguas de las acequias de Cuenca, tiene derecho para exigir al Sr. Ugalde el correspondiente a los diez años transcurridos desde que se expidió la ordenanza sobre arrendamiento de las aguas municipales.

Mil y mil veces he observado ante V. E. que las palabras influyen poderosamente aun en el ánimo de personas ilustradas. Porque el Procurador Síndico se antojó de calificar de contribución de aguas el contrato de arrendamiento de las mismas, el Dr. Muñoz Vernaza le creyó a puño cerrado, y de ahí dedujo la singularísima doctrina de que el derecho de las municipalidades para gravar con impuestos a los habitantes del común era imprescriptible. Muy cómodo no ocuparse en analizar los hechos y el derecho cuales son, para deducir las verdaderas consecuencias legales. Entre las contribuciones y los contratos hay una distancia inconmensurable. Las contribuciones son obligatorias a todos. En las directas se toma como base el capital; en las indirectas se grava el consumo; y de unas y de otras nadie puede exonerarse. Mas si la Municipalidad exige pensión o renta a las personas a quienes concede el uso de las aguas o de las tierras, hay un contrato de arrendamiento absolutamente idéntico al que celebran los particulares que conceden el uso de aguas o de tierras cuyo dominio les pertenece.

El que necesita aguas municipales presenta una solicitud redactada poco más o menos en estos términos. —Señor Presidente—. Soy propietario de cinco hectáreas de terreno; y como carezco de aguas propias para cultivarlas, pido se me conceda el uso de tres pajas, mediante la pensión puntualizada en la respectiva ordenanza.— El Presidente decreta; el perito coloca la luz por donde pasen las tres pajas de agua, y el dueño del terreno obtiene de ellas un beneficio por lo menos el décuplo de lo que paga a la Municipalidad. ¿Puede denominarse eso en ningún pueblo culto contribución?

Y si es más claro que la luz del día que se trata de un mero arrendamiento, síguese que la Municipalidad es dueño de las aguas, y que ellas, como bienes no comprendidos entre los que

están fuera del comercio, pueden enajenarse o adquirirse por prescripción.

Pero se dirá que hay una ordenanza que determina la renta que ha de pagarse por el uso de las aguas, y que por ende tal renta es una contribución. La consecuencia no pudiera ser más absurda. La ordenanza que fija la pensión no se expide sino para que la municipalidad sepa de antemano cuánto puede producirle el arrendamiento de las aguas, y para que los arrendatarios sepan a qué atenerse.

Sabido es que en la provincia del Tungurahua el Sr. D. Constantino Fernández y otros industriosos propietarios han abierto costosísimas ecequias, que conducen ingentes volúmenes de agua, destinados exclusivamente al arrendamiento. Estériles arenales se han transformado como por encanto en muy buenos alfalfares y en dehesas donde pacen infinidad de bueyes, vacas y caballos. ¿Cómo se efectúa el arrendamiento de esas aguas? Determinándose anticipadamente la renta por cada paja de agua. ¿Diremos por eso que los propietarios de las aguas imponen una contribución a los agricultores de aquella provincia? ¿Deduciremos también que esas aguas gravadas con un impuesto tan sui géneris no están en el comercio, y que no podrán adquirirlas por prescripción ni aun los agricultores que las han empleado como dueños durante treinta años sin pagar ninguna renta? ¿No serán tampoco susceptibles de enajenación? ¿Y qué diferencia hay entre las aguas municipales y las pertenecientes a particulares? Nadie puede desconocer que las solemnidades prescritas para la enajenación no influyen en manera alguna en que los bienes mismos se hallen o no se hallen en el comercio; porque los requisitos puntualizados para la enajenación de los bienes municipales, de menores, de mujeres casadas, se refieren, no a los bienes mismos, sino a la incapacidad de los propietarios. El predio A pertenece al Concejo Municipal de Cuenca, obsérvanse los requisitos que deben preceder a la enajenación, y véndese en subasta. Lo compra Juan, ¿y qué transformación ha experimentado el predio? Como predio es el mismo que ayer hoy; luego el predio ha permanecido siempre en el comercio; y salta a la vista que todo cuanto se dice de los predios es aplicable a las aguas municipales.

De manera que procedieron erróneamente así el Procurador Síndico como el Dr. Muñoz Vernaza cuando aseveraron que se trataba de exigir al Sr. Ugalde una contribución, y que por eso era inaceptable la excepción de que las acciones de la Municipalidad se hallaban prescritas.

Las excepciones, como ya lo hemos visto, consistieron en la prescripción ordinaria y, a falta de ésta, en la extraordinaria. Pasma que en los fallos de primera y de segunda instancia ni se mentara la prescripción del dominio mismo, como si las aguas no estuvieran en el comercio. Según el art. 824 del Código civil, las aguas que corren por un cauce artificial pertenecen al que ha construido el cauce con los requisitos legales. Y estas aguas que se conducen por el cauce artificial, ¿no pueden adquirirse por alguno de los modos puntualizados en el art. 577 del Código civil? ¿No cuenta el art. 691 la prescripción entre los títulos constitutivos de dominio? ¿No es cierto que tan luego como llega la media noche del último día del respectivo plazo, el que ha poseído una cosa llega a ser dueño de ella por el ministerio de la ley? No obsta a ello en manera alguna el art. 2475, según el cual el que quiere aprovecharse de la prescripción debe alegarla. Bien sabe V. E. los motivos con que se funda esta disposición. En la prescripción, sea adquisitiva del dominio, sea la que se refiere a la extinción de los derechos y acciones, influyen mucho la honra y la conciencia. Un individuo posee un predio durante treinta años; pero aun transcurrido ese tiempo conoce que el propietario se halló en la absoluta imposibilidad de reclamar; y, propuesta la demanda con los títulos que acreditan el dominio, se convence de que debe devolver el predio ajeno. ¿No debía dejar la ley en cada caso especial a la voluntad del individuo el alegar o no alegar la prescripción? Pero, una vez alegada, el juez se limita a declarar en la sentencia que por el ministerio de la ley se adquirió el dominio en virtud de la posesión continuada cierto número de años, así como declara que en virtud del título translativo llamado venta, la tradición transfirió el dominio de otro inmueble.

Supóngase por un instante que en una de las escrituras presentadas por el Sr. Ugalde constase esta cláusula: "La casa se vende con dos pajas de agua cuyo dominio pertenece al dueño de la misma; pues de títulos antiquísimos consta que hace más de cuarenta años se abrió en la calle el respectivo acueducto con permiso de la Municipalidad, y desde entonces se han poseído las aguas pacíficamente, sin que nadie impidiese que el dueño de la casa las empleara en los respectivos menesteres". ¿La escritura pública no sería un título suficiente para adquirir el dominio de las aguas por prescripción ordinaria, aunque no se pudiese probar que la Municipalidad concedió el permiso? ¿No dice el art. 778 del Código civil que la posesión del suce-

¿no se prescinde absolutamente de todos los vicios de que pudieron adolecer los títulos anteriores?

Luego, evidente de toda evidencia que el Sr. Ugalde tuvo perfectísimo derecho para alegar cualquiera de las dos especies de prescripción; y que los jueces debieron limitarse a examinar si se había rendido prueba plena de los requisitos constitutivos de la prescripción.

Salta a la vista, que la circunstancia de que, empleadas las aguas por el Sr. Ugalde, vuelven al mismo cauce municipal, no obsta en manera alguna a la posesión ni a la prescripción. No ignora el ilustrado Tribunal Supremo que las aguas son bienes raíces *sui generis*, que se consideran siempre con relación al lecho que las encierra o al cauce por donde se conducen.

Las aguas mientras permanecen en el mar son bienes pertenecientes a la humanidad entera, y de ahí que el Derecho internacional público y los Códigos de muchas naciones encierran el precepto de que la alta mar no es susceptible de dominio ni apropiación. Si antes hubo acerca de esto alguna dificultad, desapareció ella cuando el inmortal Grocio escribió su obra *Mare Liberum*.

Las aguas que corren por los ríos y demás cauces naturales, son, según el art. 587 de nuestro Código civil, bienes nacionales de uso público, pero el mismo Código concede a los particulares el derecho de conducir las propias aguas por un cauce artificial para los menesteres de la agricultura y de la industria; y desde entonces el dominio de ellas pertenece, como lo dice el art. 824, al que con los requisitos legales haya construido el cauce. Pero las aguas que por un cauce se conducen no permanecen en un mismo lugar; ellas en virtud de una ley natural e inalterable, corren buscando el nivel; y las mismas aguas que hoy riegan el predio A, mañana riegan el predio B, y después de pocos días llegan al receptáculo formado por la naturaleza. De manera que el agua, renovándose sin cesar, sirve sucesivamente a muchas personas, y cada una de ellas tiene el dominio de la porción que emplea en el respectivo uso. El Sr. Ugalde no necesita de la insignificante cantidad de agua que se le disputa sino para el riego de un pequeño jardín y para la elaboración de aguardiente, y por eso vuelven las aguas al mismo cauce municipal.

Además, adquirido el dominio de las aguas, el Sr. Ugalde podía emplearlas como lo estimase conveniente; era un acto de mera facultad el volverlas o no volverlas al cauce municipal.

Pero aun concediéndose que el Sr. Ugalde tuviese la estricta obligación de restituir las aguas al sobredicho cauce, ello no obstaría en manera alguna a la adquisición de los respectivos derechos por prescripción.

Si supusiésemos que el Sr. Ugalde no fuese dueño exclusivo de las aguas, se dedujera que adquirió por prescripción la servidumbre de usarlas.

El Ministro que al fallar en segunda instancia, salvó el voto, se acercaba a la verdad al hablar del derecho de uso; pero incurrió en un error garrafalísimo al afirmar que tal derecho puede ser según nuestras leyes permanente.

Nadie ignora que según el sistema de nuestro Código civil los derechos reales de usufructo, uso y habitación, son limitaciones del dominio, porque el dominio pleno se divide en dos partes del todo diversas: la nuda propiedad y el usufructo, el uso o la habitación. Pero esas limitaciones del dominio no pueden ser perpetuas; antes al contrario la ley prescribe expresamente que transcurrido cierto tiempo la nuda propiedad se consolida con los otros derechos reales, y vuelve el dominio a su ser primitivo.

El Ministro de Cuenca debió observar que en este caso podía haberse constituido una servidumbre; pues concurren los requisitos esenciales de la constitución de ese derecho real.

Permítame V. E. un ejemplo. Por el predio A, perteneciente a Juan, pasa un acueducto artificial formado por Diego para el cultivo de otro predio; y los dos propietarios otorgan una escritura pública redactada en los siguientes términos: "Diego ha convenido con Juan en que del agua que pasa por el acueducto artificial tome Juan cuarenta pajas para formar diez hectáreas de pastos; pero con la condición precisa de que a la salida del predio de Diego vuelva el sobrante de las aguas al mismo cauce artificial construído por Juan".

Ni por un instante pudiera revocar a duda nadie que se ha celebrado un contrato válido; pues la voluntad de los particulares no tiene otro límite que las prohibiciones de la ley; ¿y qué ley prohíbe que el dueño de un predio conceda el goce de cierta porción de aguas para que el dueño de otro predio forme dehesas y restituya el sobrante de las aguas al primitivo acueducto? Nadie afirmaría ni en burlas que alguna ley lo prohíbe. Como las estipulaciones son válidas, debiéramos determinar qué contrato es el celebrado. No hubo venta de la porción de agua; porque la esencia de la venta consiste, por lo regular, en obligarse a transmitir el dominio por un precio determinado, y

digo por lo regular, pues también pueden venderse otros derechos reales, como la herencia, usufructo, uso, habitación. Pero es evidentísimo que no se trata de ninguno de esos derechos: no del de herencia, porque ello está a la vista del más miope; no de usufructo, uso o habitación, porque, como ya lo hemos observado, no se conceden ellos sino por cierto tiempo, y, transcurrido éste, se extinguen consolidándose con la nuda propiedad.

Luego, si las partes han estipulado expresamente que Diego empleará siempre las aguas en el uso de su predio, síguese que se ha constituido una servidumbre. La esencia de ésta consiste en un gravamen impuesto en un predio para utilidad de otro predio de distinto dueño; y el art. 876 del Código civil nos dice que cada cual puede gravar su predio con las servidumbres que estime convenientes, con tal que no se dañe al ornato público, ni se contravenga a las leyes. Luego, Juan impone una servidumbre en su predio, cuando concede a Diego el derecho de emplear permanentemente parte de las aguas. Se ha constituido una servidumbre continua y aparente; y la escritura pública surtiría el efecto necesario de que entre los dos predios haya la relación de que el uno sea el dominante, y el otro el sirviente.

Y si la servidumbre continua y aparente puede establecerse por título, también puede ganarse por prescripción. Volvamos al mismo caso ya propuesto. Diego construye un acueducto por donde toma las aguas de Juan; las emplea en la formación de diez hectáreas de dehesas, y, empleadas, las restituye al mismo cauce perteneciente a Juan. Pasan veinte años del mismo uso continuo y no interrumpido, y entonces Juan se antoja de demandar a Diego para que le pague pensiones de arrendamiento de las aguas, fundándose en que las mismas aguas arrienda a otras personas. ¿No podrá Diego alegar la prescripción?

Y nótese la importantísima cuanto decisiva circunstancia de que en tal caso nada le importaría a Diego se declarase que adquirió, o bien el dominio de las aguas, o bien la servidumbre de emplearlas en las dehesas; pues él no exige sino que se declare su derecho cual lo ha ejercitado durante más de treinta años.

Tan cierto es que el derecho de usar de las aguas conduciéndolas por una acequia, puede considerarse como una servidumbre, que así opina Dalloz (1), y así lo ha resuelto un Tribunal

(1) *Servitudes*. 1118.

de Francia. "Una acequia de agua", dice aquel autor, "que se manifiesta por obras aparentes, ¿constituye una servidumbre continua o discontinua? Se ha deducido, con razón, que una toma de agua en una acequia debe considerarse como servidumbre continua y aparente, y puede, por lo mismo, adquirirse por prescripción, aunque sea necesario para el ejercicio de esta servidumbre, levantar o bajar una compuerta, según las necesidades del predio dominante". Y cita en su apoyo la siguiente sentencia de la Corte de Pau: "Considerando que las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título o por la posesión de treinta años; considerando que según el art. 678 del Código civil las servidumbres continuas son aquellas cuyo uso puede ser continuo sin necesidad del hecho actual del hombre; que según este artículo y los mismos principios, las acequias de agua se cuentan entre estas servidumbres; bien corran sin interrupción, bien su uso sea alternativo. . . . ; considerando que resulta de la información de testigos que más de treinta años antes del litigio se había colocado una compuerta en la acequia de que se trata, de orden y a expensas del Sr. Lapeyre, para conducir a sus prados las aguas de Luchez; que consta además que había gozado de esta corriente de agua más de treinta años del litigio; que se ha resuelto con razón en la primera instancia que Casaubou había adquirido esta servidumbre; resuelve que la Sra. Lapeyre tiene derecho de gozar de la servidumbre de que se trata, conforme al antiguo modo de usarla".

Según lo dispuesto en el art. 641 del Código de Napoleón, el propietario de un terreno lo es también de las aguas que en él nacen, y puede disponer de ellas como le convenga. El art. 643 establece una excepción a esta regla: "El propietario de la fuente no puede cambiar el curso, cuando provee ella a los habitantes de un común o aldea el agua que le es necesaria; pero si los habitantes no han adquirido o prescrito el uso, el propietario puede reclamar una indemnización; la cual se determina por peritos".

Y Demolombe, comentando este artículo, añade (1): "Como el interés público es causa de expropiación, más razonable todavía que motive una simple **SERVIDUMBRE**.

"Pero la disposición del art. 643 tiene de singular y de notable que **CONSTITUYE LA SERVIDUMBRE** de derecho en beneficio del común o aldea, sin necesidad de emplear las formalidades de la expropiación por causa de la utilidad pública".

(1) I. 90.

Hé aquí, Excmo. Señor, que tan eminente jurisconsulto no vacila al afirmar que el derecho que tienen los habitantes de una población para emplear en sus menesteres domésticos las aguas pertenecientes al propietario de un predio es una mera SERVIDUMBRE.

El propio escritor, al tratar de los caracteres distintivos de las servidumbres; se expresa en estos términos (1): "No siempre es fácil distinguir. . . . en una hipótesis determinada, si el derecho que se ha ejercido es el de servidumbre o el de dominio. . . ."

Luego, bien se considere el derecho del Sr. Ugalde como dominio de la porción de agua que ha empleado más de cuarenta años, bien como servidumbre continua y aparente, es evidéntísimo que tal derecho se ha adquirido por prescripción.

Acaso se diga que habiéndose deducido, como excepción perentoria, la prescripción de dominio, no pudiera decidirse en la sentencia que por prescripción se adquirió una servidumbre.

Bien sabe el ilustrado Tribunal Supremo que cuando se exige un derecho cierto, aunque la sentencia no puede conceder más de aquello que se controvierte, sí puede conceder un derecho de menor importancia.

Permítaseme transcribir lo que expuse acerca de este punto en mis ESTUDIOS SOBRE EL CODIGO CIVIL CHILENO (2): "Con frecuencia sucede que propuesta la demanda, alegadas las excepciones, y rendidas las pruebas, el juez no acepta en su totalidad ni la acción ni las excepciones, sino que cumpliendo con el deber de decidir según lo alegado y probado, condena al reo a una prestación menor de la puntualizada. Así, por ejemplo, fundándose el actor en un contrato de mutuo, exige al reo el pago de mil pesos y los intereses estipulados; el reo alega compensación, y en el término de prueba justifica plenamente que tiene contra el actor un crédito líquido y de plazo cumplido por quinientos pesos. ¿Qué resolvería el juez? Que es legal la compensación; pero que no extinguiéndose el crédito demandado sino hasta concurrencia de las mutuas deudas, el reo tiene de satisfacer los quinientos pesos que todavía debe.

"De la misma manera, si el actor reivindica cien hectáreas de terreno, y prueba el dominio de sesenta, el juez condenará al reo a la restitución de las sesenta hectáreas.

"De lo cual se deduce que el juez, en virtud de sus atribu-

(1) II. 693.

(2) I. 20.

ciones, no tiene otro límite para condenar al reo que el **MAXIMUM** de las pretensiones puntualizadas por el actor en la demanda. Cuando éste exige el pago de diez mil pesos, ello significa que el reo está obligado a pagar los diez mil pesos mismos, o cualquiera de las cantidades que, comprendidas entre uno y diez mil, se justifiquen.

"Sabido es que según la jurisprudencia formularia de los romanos, si la acción tenía **CERTA INTENTIO**, el juez, **IUDEX**, debía aceptar la demanda íntegramente, aunque en parte estuviere fundada; pues la fórmula **SI PARET CONDEMNA**. no le dejaba sino una de las dos alternativas.

"Abolido el sistema formulario de los romanos, establecióse el procedimiento que se aceptó por los Estados modernos, el juez no está obligado sino a no conceder más de lo pedido, y tiene amplias facultades para calificar las pruebas, y condenar al reo a una prestación mucho menor, absolviéndole de lo demás".

Pues bien, demándanse al Sr. Ugalde las pensiones de arrendamiento; alégase la prescripción de dominio, y si resulta que aun cuando no es dueño de las aguas, ha adquirido por prescripción la servidumbre de usarlas, ¿no debería declararse adquirida la servidumbre?

El dominio es el derecho real por excelencia. Según el art. 720 del Código civil, ese derecho puede ser limitado de varios modos:

1º Por haberse de pasar a otra persona en virtud de una condición:

2º Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación, a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenezcan a otra; y

3º Por las servidumbres.

Luego, cuando afirmo que soy dueño, afirmo implícitamente que tengo el pleno dominio de una cosa, o por lo menos cualquiera de los derechos reales que son limitaciones del dominio. Si reivindico el dominio pleno, y resulta probado el usufructo, ¿no deberá declararse el usufructo en la sentencia?

Obsérvese, en fin, que no he hablado de la servidumbre sino porque, como lo enseña Demolombe, en muchos casos es difícil distinguir entre el dominio y la servidumbre; y pudiera ser que el Tribunal Supremo se incline a juzgar que la servidumbre es lo adquirido por prescripción.

II

Pasemos a las pruebas. La testimonial no puede ser más concluyente. Los testigos que contestan el interrogatorio que obra a fs. 5 declaran sobre los siguientes hechos:

1º Que hace mucho más de treinta años el Sr. Ugalde ha usado de parte de las aguas que descienden por la acequia que corre por la calle de la Pola, empleándolas, ya para regar el jardín de la casa situada en la calle de Boyacá, ya en la fábrica de destilación que tiene en la misma casa:

2º Que las aguas se conducen por la casa de los señores Antonio Vásquez (la cual fué de Doña Juana Lozano), por la del presbítero D. Víctor González Novillo y pasan a la calle por la de los herederos de D. Manuel Antonio Ordóñez:

3º Que las propias aguas se han empleado no sólo por el Sr. Ugalde sino también por el antecesor en el dominio de la propia casa.

A fs. 50 consta que el Sr. Ugalde siguió juicio de despojo. En setiembre 14 de 1870 se querelló contra Doña Juana Lozano porque le impedía el ejercicio de la servidumbre del acueducto: "DE TIEMPO IMMEMORIAL", decía, "los predecesores dueños de mi casa, y yo desde ahora NUEVE AÑOS hemos sido poseedores pacíficos de la servidumbre de una acequia que teniendo su bocatoma cerca de la esquina de San Francisco, atraviesa por las casas. . . . En tan dilatado tiempo que soy dueño y poseedor de mi referida casa. . . . nadie se ha atrevido a impedirme siquiera, mucho menos a obstruirme el uso continuo que he hecho del acueducto mencionado. . . ."

Tan indisputable era el derecho del Sr. Ugalde, que la Lozano se vió obligada a transigir reconociéndolo; y entre las cláusulas de la transacción se cuenta la siguiente:

"Que la Sra. Lozano dejará expedito, como lo ha estado antes, el cauce que conduce el agua para la casa del Sr. Ugalde; cauce que pasa por el patio de la casa de la Lozano";

Insisto en observar, Excmo. Señor, que la transacción se efectuó el año 1870, esto es que desde entonces hasta que se propuso la demanda contra el Sr. Ugalde habían transcurrido más de treinta y dos años.

También consta, a fs. 11, que el año 1884 D. Tomás Ugalde se querelló de despojo contra D. Manuel Antonio Ordóñez, porque le impedía el uso de las aguas; y, a fs. 12, que el litigio terminó por transacción, cuyas bases no pueden ser más termi-

nantes: "El Sr. Dr. Ordóñez", dice la primera, "reconoce el derecho que le asiste al Sr. Ugalde en la servidumbre que se disputa, en cuya virtud seguirá recibiendo las aguas que se conducen por el acueducto existente, es decir no sólo las aguas lluvias, sino también las que el Sr. Ugalde toma de la acequia pública. . . ."

Nadie ignora que la transacción surte los efectos de la cosa juzgada, esto es, que la ley procede sobre el supuesto de que los mismos litigantes son los que pronuncian la sentencia en que se declaran los derechos que a cada uno corresponden. De manera que la transacción constituye un título incontrovertible no sólo respecto de los contratantes mismos sino respecto de todos.

No se diga que la sentencia no surte efecto sino acerca de las partes: "La sentencia que declara un derecho *in rem*", dice Bonnier, "es título que equivale a un instrumento auténtico aun en cuanto a los que no han sido parte en el juicio, y constituye respeto de ellos **PRUEBA PLENA**, a menos que los mismos justifiquen lo contrario". Y la Corte de Casación en fallo pronunciado el 22 de mayo de 1855, decía: "La sentencia que declara un derecho real **CONSTITUYE TITULO**, que, como cualquier otro, puede oponerse contra todos por el que lo obtuvo. Ciertamente que según el art. 1351 la autoridad de cosa juzgada se limita a las partes que intervinieron en el juicio, y que la sentencia no pasa respecto de terceros en autoridad de cosa juzgada; pero no deja de ser verdadero título, y los terceros contra quienes éste se presenta no pueden impugnar la prueba que resulta de ella sino rindiendo prueba en contrario, que justifique un derecho preferente o la posesión anterior legalmente adquirida".

Esta importantísima distinción es conforme a la naturaleza misma de las cosas. La sentencia debe considerarse en dos aspectos del todo diversos: como **decisión** que termina el litigio; y como **prueba** del derecho real declarado por el juez. En el primero, la sentencia no surte efecto sino entre las partes, y no puede alegarse la excepción de cosa juzgada sino contra la que pretende impugnar tal sentencia. En calidad de **prueba**, es **instrumento auténtico** que merece tanta fe como la escritura pública. Ahora bien, la escritura pública constituye prueba plena **contra todos**; pues las leyes y los autores según los cuales la escritura no surte efecto en cuanto a terceros, confunden dos cosas muy distintas, a saber, el **TITULO MISMO DE PROPIEDAD**, que no se extiende sino para que pruebe siempre **contra todos**; y los **EFFECTOS DE LA CONVENCION**, que no aprovechan ni perjudican sino a los contratantes".

Evidentísimo, por tanto, que bastarían las transacciones para evidenciar que desde el año 1870, por lo menos, el Sr. Ugalde ha poseído las aguas cuyo dominio le disputa ahora la Municipalidad sin fundarse en ninguna razón, en ninguna ley, en ningún principio.

III

Si es evidentísimo que el Sr. Ugalde ha poseído las aguas por más de treinta años, síguese que ha adquirido por prescripción el dominio de ellas o la servidumbre de usarlas.

Desgraciadísimo ha estado el Dr. Muñoz Vernaza en los fundamentos escritos en los renglones que él denomina sentencia: "La demanda", dice en uno de ellos, "no se refiere al derecho de usar las aguas, para que se alegara la prescripción por ese uso". He leído y he releído mil y mil veces este fundamento para convencerme de que lo hubiese escrito un hombre inteligente como el asesor. Según ya lo he observado, la demanda se reduce a exigir al Sr. Ugalde un sucre sesenta centavos mensuales por cada paja de agua que ha usado desde el año 1883. ¿No tenía el Sr. Ugalde perfectísimo derecho para alegar, como excepción perentoria, todo cuanto extinguiere la acción deducida? ¿Y qué excepción más perentoria que la prescripción?

Sin alterar ni en lo más mínimo la demanda, el Procurador Síndico hubiera podido redactarla en los siguientes términos: "El Sr. Ugalde no es dueño de las aguas que emplea en su casa en un alambique donde elabora aguardiente y en regar un jardín; y como la Municipalidad, en virtud del dominio de las mismas aguas ha impuesto la contribución (ya hemos visto que no es contribución) de un sucre sesenta centavos mensuales por cada paja de aquellas aguas; díguese U. condenarle al pago de la suma a que ascienda el propio impuesto por todo el tiempo que el Sr. Ugalde ha usado las aguas arbitrariamente". ¿Y qué contestó el Sr. Ugalde? "La Municipalidad carece de derecho para exigirme la renta que ella denomina contribución; porque soy dueño de las aguas que empleo en mi casa, y el dueño no está obligado a satisfacer contribución o renta para usar aquello cuyo dominio le pertenece. He adquirido el dominio de las aguas por prescripción ordinaria, y las alego para que U. se sirva declararla en la sentencia". Tal excepción no sólo era legal, sino absolutamente necesaria;

pues como no puede negarse que todas las aguas de las acequias de Cuenca son bienes municipales, y que el Sr. Ugalde no las ha comprado al Concejo, síguese que no pudo adquirir el dominio sino por prescripción, bien la ordinaria, si el Sr. Ugalde, compradas las aguas a un tercero, las hubiese poseído con buena fe durante diez años, bien la extraordinaria, si las hubiese poseído durante treinta años aun sin título, porque el art. 2492 presume entonces de derecho la buena fe.

La Corte de Cuenca no procedió con más acierto que el Dr. Muñoz Vernaza, y para manifestarlo examinemos los fundamentos aducidos:

1º Que estas aguas (las de la acequia de donde las conduce el Sr. Ugalde) pertenecen a la Municipalidad, porque son conducidas por un acueducto costado por ella.

Este fundamento encierra una verdad más grande que un templo. Para manifestar la Corte que la Municipalidad es dueño de las aguas le hubiera bastado citar el art. 824 del Código civil: "Las aguas que corren por cauce artificial construido a costa ajena, pertenecen exclusivamente al que con los requisitos legales haya construido el cauce". ¿Quién le disputa a la Municipalidad de Cuenca el dominio de estas aguas? Nadie se lo disputa; y en cuanto al Sr. Ugalde, lejos de disputárselo, alega que ellas son bienes municipales, y que estos bienes, como los pertenecientes a la Nación, como los fiscales, como los de las iglesias, como los de los particulares, están sujetos a las reglas que rigen la prescripción. El art. 2479 del Código civil, fundándose en que la prescripción es el único medio eficaz de evitar litigios, y el único medio eficaz de garantizar el derecho de propiedad, el cual estaría siempre expuesto si fuese potestativo al primitivo dueño rastrear su origen; ha sujetado a unas mismas reglas todas las prescripciones.

Supóngase que se dan a mutuo veinte mil sucos; que el deudor efectúe el pago; que transcurren desde entonces más de veinte años, y que el fisco exigiese la respectiva contribución. ¿No pudiera alegarse con buen éxito la prescripción que ha extinguido las acciones del fisco? ¿Sostendríase ni en burlas que aun cuando el fisco no cobre la contribución durante ochenta o cien años, en cualquier tiempo pudiera exigir el impuesto con los respectivos intereses? ¿Qué juez no declarara la prescripción aplicando los arts. 2479 y 2497 del citado Código?

Si el Estado es dueño de un predio, y si el arrendatario de éste, dándose de dueño, lo enajena a terceros, que en virtud de justo título, lo poseen de buena fe durante diez años continuos,

¿el comprador no adquirirá el dominio por prescripción? Si lo adquiere, síguese que es un solemnísimo desatino el aseverar que no están en el comercio los bienes fiscales y los municipales; y si no lo adquiere, dedúcese que no es cierta la regla establecida en el tantas veces citado art. 2479 del Código civil, esto es, que todas las personas, naturales o jurídicas, y entre éstas aun las de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, se rigen por unas mismas reglas en cuanto a la prescripción.

Segundo fundamento. "Que el Municipio de Cuenca ha tenido pleno derecho para imponer la pensión creada en la ordenanza de 8 de mayo de 1883 (copiada a fs. 48 del primer cuaderno) en favor de sus rentas y en contra de los particulares que conduzcan dicho líquido por acueductos propios".

Ya hemos manifestado que la ordenanza sobre aguas, lejos de imponer una contribución, se limita a anunciar que da en arrendamiento las aguas municipales; que, por lo mismo, la ordenanza en vez de perjudicar los derechos del Sr. Ugalde, pone en claro que las aguas municipales, como todas las aguas, son susceptibles de arrendarse o venderse, y que aun cuando fuese un mero impuesto el que establece la ordenanza, ello no obstaría en manera alguna a la adquisición de las aguas por haberlas poseído más de treinta años, sin pagar contribución ni reconocer derecho alguno en cuanto a las aguas a que la posesión se refiere.

3º "Que esta ordenanza en su artículo 4º, excepciona el pago del impuesto a los que hayan usado del agua por más de treinta años en los barrios distantes de la plaza mayor; excepción que no puede aprovechar al Sr. Ugalde, porque ha probado que la casa que tiene el regadío se halla muy cerca de la plaza".

Este fundamento es del todo ajeno al presente juicio, y manifiesta que la Corte de Cuenca se vió en graves dificultades para completar los fundamentos de su sentencia, que son cinco.

4º Que aquella ordenanza tiene fuerza de ley, y al que se crea perjudicado le asiste el derecho de ocurrir a la autoridad competente, en virtud del art. 45 de la Ley de Régimen Municipal, para hacer que se reforme en la parte que le sea desfavorable.

Tampoco atañe en nada al presente juicio el que la ordenanza tenga fuerza de ley, y que los perjudicados deban limitarse a exigir de la Corte Suprema que declare la nulidad de las ordenanzas ilegales. Nadie disputa a la Municipalidad el dere-

cho de arrendar sus bienes o de imponer contribuciones. La controversia versa exclusivamente sobre la prescripción de las aguas que el Sr. Ugalde ha empleado en su casa. Expedida la ordenanza municipal sobre arrendamiento de las aguas, ella no perjudicó a nadie, porque lejos de compeler a los habitantes del cantón a tomar en arrendamiento las aguas municipales, no concedía el goce de ellas sino al que las solicitaba mediante la respectiva pensión. ¿Quién hubiera podido incurrir en el desatino de solicitar de la Corte Suprema que declarase nula la ordenanza? Menos podía perjudicar ella al Sr. Ugalde, porque, expedida la ordenanza en 1883, continuó él gozando de las aguas como dueño absoluto hasta el año 1903, en que el Concejo se antojó de exigirle la pensión impuesta a todos los arrendatarios.

El proceder mismo del Concejo Municipal ponía en claro que no se juzgaba con derecho para exigir al Sr. Ugalde como a todos la pensión relativa a las aguas. Celebrado el contrato de arrendamiento, la pensión se comprende entre las rentas municipales, y el arrendador tiene derecho para exigir el pago por medio de la jurisdicción coactiva. Pero la Municipalidad dispuso que se suscitara contra el Sr. Ugalde un juicio ordinario sobre el pago de las sumas de dinero que, según se pretendía, adeudaba como simple arrendatario de las aguas. Deducidas en la demanda todas las acciones que el Procurador Síndico conceptuó conducentes a la consecución de los derechos de la Municipalidad, ¿no podía el Sr. Ugalde deducir todas las excepciones que obstasen a lo reclamado por el actor? Y la excepción no consistió ni podía consistir en que la ordenanza municipal era nula, sino en que el Sr. Ugalde no estaba comprendido en las disposiciones que el Concejo Municipal había dictado; pues lejos de ser un contribuyente o un arrendatario obligado a pagar impuesto o renta, era dueño absoluto de las aguas en la respectiva porción, así como la Municipalidad lo era de las demás. Si en esto consiste, lo repetiré mil veces, la controversia, ¿qué significa ahora la Ley de Régimen Municipal, ni el derecho de imponer contribuciones, ni la Constitución, ni las facultades que concede ésta al Tribunal Supremo para decidir las controversias entre las municipalidades y los particulares, si alegan éstos que las ordenanzas contravienen a leyes expresas?

Hace Dips al Hombre
Bienes infinitos;
Cuando pitos flautas,
Cuando flautas pitos.

En las dos sentencias se ha disertado sobre derecho administrativo y derecho municipal, sobre contribuciones, sobre lo imprescriptible de la facultad de imponerlas, y ni una palabra se ha dicho para decidir las excepciones alegadas con tanta claridad por el Sr. Ugalde. "He adquirido por prescripción ordinaria o extraordinaria, el dominio de las aguas o la servidumbre de usarlas, declare U. que soy dueño de la porción que he empleado en el riego de mi huerta y el servicio del alambique, donde elaboro aguardiente; y que, como dueño, no estoy obligado a pagar la renta que la Municipalidad denomina contribución".

Queda, pues, íntegra la controversia para que la resuelva el Tribunal Supremo. ¿Y cómo pondría V. E. en duda la adquisición del dominio por prescripción extraordinaria, si los autos pregonan que el Sr. Ugalde ha poseído las aguas más de cuarenta años sin que nadie le interrumpiese, aunque su casa no dista sino unos doscientos metros del edificio donde el Concejo Municipal ejerce sus funciones? Bastábale al Sr. Ugalde la prueba de que el año 61 poseía las aguas y las posee ahora, porque la ley presume la posesión en tiempo intermedio. ¿Y qué es lo que el Sr. Ugalde ha adquirido en virtud de la prescripción extraordinaria? Una cortísima cantidad de agua, que, empleada en los menesteres de su casa, vuelve a la misma acequia que la Municipalidad destina al aseo de la ciudad de Cuenca.

Luego, la excepción de prescripción era la única que debió deducir el Sr. Ugalde para oponerse a las pretensiones del Procurador Síndico, excepción que debió ser examinada y resuelta atendándose a la esencia misma del derecho cuya adquisición se había efectuado; sin entrar en distinciones del todo ajenas al asunto controvertido.

Porque el ilustrado Tribunal Supremo sabe a ciencia cierta que las municipalidades se consideran en dos aspectos del todo distintos:

1º Como una corporación compuesta de funcionarios públicos a quienes atribuyen la Constitución y las leyes el cumplimiento de deberes de grande importancia; y

2º Como personas jurídicas que pueden ejercer derechos y contraer obligaciones civiles.

En el primer aspecto las municipalidades son absolutamente necesarias para la administración seccional. La policía, el ornato, la higiene, la provisión de agua, en una palabra, todo cuanto atañe a cada sección territorial determinada, se encomienda a las municipalidades. Basta leer la inmortal obra de

Tocqueville, Democracia de América, para comprender que el portentoso adelanto de los Estados Unidos se debe a la admirable organización de los Concejos municipales.

Pero cuando se trata meramente de los derechos civiles que la Municipalidad pueda ejercer, como el dominio; cuando se le exige el cumplimiento de obligaciones o se deduce contra ella cualquier acción real, entonces se prescinde absolutamente de su carácter administrativo, y se atiende sólo a la aplicación de la ley civil.

La lastimosa confusión del juez de primera instancia y la Corte Superior de Cuenca en cuanto a los dos caracteres de las municipalidades, tan fáciles de distinguirse, es lo que ha originado los absurdos fallos expedidos contra el Sr. Ugalde.

Supóngase por un instante que por las calles de Cuenca, y por un acueducto perfectamente cerrado, se hubiesen conducido aguas pertenecientes a Pedro, y que el Sr. Ugalde hubiese empleado en su casa la misma porción que ahora le disputa la Municipalidad. "El Sr. Ugalde, dice Pedro en la demanda, "ha empleado hace mucho tiempo mis aguas en los menesteres de su casa, y como desde el año 1887 doy en arrendamiento las propias aguas, por un sucre sesenta centavos mensuales cada paja, le demando por las pensiones de diez y seis años".—"No le disputo a U.", contesta el Sr. Ugalde, "la propiedad de las aguas que conduce por la acequia, ni menos el derecho de arrendarlas por una pensión determinada. Pero no le debo a U. ni un ardite, porque he adquirido por prescripción el dominio de las aguas, que por más de cuarenta años he empleado en los menesteres de mi casa. Alego, pues la prescripción extraordinaria y sírvase U. declararla".

¿Cómo desconocer que se trata exclusivamente de la prescripción? ¿No sería un desatino que el juez resolviese en la sentencia que del dominio nace el derecho de exigir pensiones de arrendamiento, y que ese derecho es imprescriptible? ¿Quién le disputa al dueño el derecho de arrendar las aguas cuya propiedad le pertenece? De lo único que se trata es de saber si se han poseído las aguas durante treinta años, y si esa posesión es un título tan incontrovertible como si el propietario hubiese vendido cierta porción de agua por escritura pública.

Veamos otro caso muy análogo. El propietario A es dueño de trescientas hectáreas de terreno; cultiva él personalmente las doscientas hectáreas, y las ciento arrienda a muchos individuos pobres, que le pagan por cada una cierta pensión de antemano determinada. Sin conocerse cómo se apropió Juan de diez hectáreas de terreno, resulta que las ha poseído más de treinta años,

ejerciendo actos inequívocos de dominio; cada año ha cultivado el suelo formando sementeras; en otra parte tiene pastos donde mantiene sus animales. El propietario del terreno los recorre todos, los compara con los límites puntualizados en las respectivas escrituras públicas y se cerciora de que fue propietario del terreno cuya posesión le corresponde ahora a Juan. Lejos de deducir la acción reivindicatoria, se propone demandarle por las pensiones de arrendamiento durante los treinta años. "Según consta de la tarifa que he publicado por la imprenta para que la conozcan todos mis arrendatarios", dice en la demanda, "se me ha satisfecho la pensión de diez sucres anuales por el arrendamiento de cada hectárea de terreno; y como Juan no me la ha pagado durante treinta años, condénele U., Señor juez, a satisfacerme tres mil sucres" — "De todo punto falso", contesta el reo, "que adeude yo ni un centavo al actor. Como lo justificaré oportunamente, he poseído las diez hectáreas de terreno más de treinta años; el art. 2492 del Código civil declara que para la prescripción extraordinaria no es menester ningún título; y que la ley misma presume de derecho la buena fe. Luego, opongo la prescripción extraordinaria, y lejos de deber a mi pretense acreedor, exijo que en la sentencia declare U. que he adquirido el dominio por prescripción". ¿Cómo pudiera nadie poner en duda ni un sólo instante, que no se controvierte sino la prescripción alegada por el reo; pues, justificada, se extinguiría la acción para exigir los arrendamientos del terreno, y se declararía, que en lo sucesivo no puede pretender derecho alguno en el terreno cuyo dominio ya no le pertenece? Nada fuera más ilegal, anómalo, absurdo, que el juez resolviera en la sentencia: "Como no se ha deducido la acción reivindicatoria, no puede discutirse ahora sobre el dominio del terreno cuya posesión ha probado Juan. Constando de autos que según títulos incontrovertibles el actor es el único dueño de las trescientas hectáreas de terreno, y desprendiéndose del dominio el derecho de dar en arrendamiento, se deduce que Juan está obligado a pagar los tres mil sucres que el actor le exige en la demanda".

¿Cómo desconocería ninguna persona que tuviese las más elementales nociones de derecho que la sentencia contraviene a uno de los principios más fundamentales de todos los que el Código de enjuiciamientos encierra, a saber, que el juez debe fallar sobre todos los puntos controvertidos? ¿Cómo pudiera dejar de ver ni un ciego de nacimiento que se alegó como excepción la prescripción extraordinaria? ¿Dónde está la ley que determine taxativamente las únicas excepciones que puedan alegarse cuan-

do se demandan pensiones de arrendamiento? Antes al contrario, la ley y los más inconcusos principios de Derecho pregonan que el reo es libre para deducir todas cuantas excepciones conduzcan a extinguir el derecho que el actor exige en la demanda.

Y si estas verdades son tan inconcusas que nadie pudiera ponerlas en duda en un litigio entre dos personas particulares, ellas no se alteran en lo más mínimo porque la persona jurídica llamada Municipalidad de Cuenca sea quien demande el pago de las pensiones de arrendamiento; pues, insisto en ello, tratándose de los meros derechos civiles, hemos de prescindir absolutamente de la corporación de derecho público que ejerce importantísimas atribuciones en el cantón, y no hemos de ver sino la persona jurídica cuyas pretensiones se han puesto en tela de juicio. Tratándose del dominio y de la prescripción, unas mismas leyes rigen a las personas jurídicas llamadas Nación, Fisco, Municipalidades, Iglesias, sociedades industriales & &; y las propias leyes se aplican también a los particulares que tienen la libre administración de sus bienes.

Espero, pues, que V. E. se digne declarar la prescripción, condenando al Procurador Síndico de Cuenca, por su palmaria temeridad y mala fe, en las costas de todas tres instancias.

LUIS F. BORJA

XIII

Juicio seguido por la Municipalidad de Loja contra Lautaro Vélez, por obra nueva.

1909

JURISDICCION Y COMPETENCIA.—NATURALEZA MIXTA,—SUMARIA Y ORDINARIA—, DEL JUICIO DE OBRA NUEVA QUE SE HALLABA ESTABLECIDO EN 1909.

Señores Ministros:

En el juicio suscitado por el Procurador Síndico de Loja contra D. Lautaro Vélez, debemos examinar detenidamente tres puntos:

- 1º—Las acciones y las excepciones;
- 2º—Las pruebas; y
- 3º—La resolución de la Corte Superior.

I

Puntualiza el actor en la demanda el origen del derecho reclamado, y añade: "Siendo la obra del Sr. Vélez sumamente embarazosa y perjudicial al ejercicio de la servidumbre adquirida por el Concejo, y, por lo mismo, una obra de aquellas que

tienen el carácter de denunciables según el art. 922 del Código civil. . . . , vengo. . . . a demandar al Sr. Vélez por la construcción de dicha obra, a fin de que tramitado el juicio de obra nueva, se sirva U. expedir la orden para que el Sr. Vélez suspenda inmediatamente sus trabajos DEJANDO LIBRE EL EJERCICIO DE LA SERVIDUMBRE".

Luego, lo esencial de la demanda consiste en exigir que el Sr. Vélez deje expedito el ejercicio de la servidumbre de acueducto, para que el Concejo Municipal lleve las aguas pertenecientes al público en virtud de los trabajos ejecutados por el mismo Concejo.

La suspensión de la obra no es sino un trámite de la causa; el cual no puede influir en la resolución sobre los derechos controvertidos.

Citado el Sr. Vélez, contestó a fs. 9: "Que SON FALSOS LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA, en la que se invoca un derecho también falso. . . ."

Limitase el reo a negar los fundamentos de la demanda; NO ALEGA QUE ES IMPROCEDENTE LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA. Desde ahora ruego a los Señores Ministros atiendan muy especialmente a los puntos controvertidos; pues por no haberse fijado en ellos la Corte de Loja expidió una resolución injurídica y absurda.

Practicada la inspección ocular, el juzgado pronunció, a fs. 59, el siguiente auto: "De lo expuesto por las partes en sus últimos informes. . . . , se viene en conocimiento de que ellos son una ampliación o complemento de los alegatos que hicieron durante la inspección ocular. Por tanto, y como es llegado el caso de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 750 del Código de enjuiciamiento civiles, se ordena, que si las partes, después de examinada el acta no se pusieren de acuerdo respecto al asunto materia del juicio, presenten sus exposiciones manifestando o determinando de un modo explícito LOS PUNTOS DE DESACUERDO, para que ellos sirvan de materia al JUICIO ORDINARIO que debe sustanciarse".

Importantísimo es tal auto, porque pone término al juicio sumario, conducente a determinar la naturaleza de la obra denunciada, y a impedir que continúe. Esos trámites son en realidad de verdades diligencias preparatorias para el JUICIO ORDINARIO, que debe seguirse si, practicada la inspección, las partes no llegan a un acuerdo.

Terminada la primitiva sustanciación, de todo punto necesario, pues, que las partes enumeren una a una las acciones y excepciones, que se resolverán en la sentencia, y eso es lo que ordenó el Alcalde en el sobredicho auto.

Entonces el Procurador Síndico reprodujo, a fs. 67, la demanda, y agregó que en el inesperado evento de declararse la nulidad de la escritura pública según la cual se constituyó la servidumbre de acueducto en el predio de D. Lautaro Vélez, alegaba subsidiariamente la PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE LA SERVIDUMBRE Y DE LAS AGUAS por cuanto concurrían los requisitos legales para ello necesarios.

Y el defensor del Sr. Vélez propuso (fs. 72) las excepciones, que nos recuerdan el epígrafe de uno de los cuentos de Don Francisco de Quevedo: "DE TODAS LAS COSAS Y OTRAS MUCHAS MAS".

Pero como se controvierten todas las excepciones, nos resignamos a examinar las propuestas por el Sr. Vélez:

1ª—"La Sra. Teresa Burneo y D. Juan B. Sánchez no han sido nunca dueños de Jericó, para poder constituir la servidumbre alegada por el Concejo:

2ª—"La escritura otorgada en 2 de agosto de 1881 es nula:

3ª—"Niego que el Concejo haya ejecutado jamás, por sí, por medio de agentes de una empresa o de contrato, ningún trabajo, sea el de apertura de la acequia que hoy reclama, sea en su conservación":

4ª—"El proyecto de llevar agua abundante y limpia al barrio de San José desde donde pudiera proveerse a todas las fuentes públicas de esa ciudad se quedó en la mente" (perfectamente):

5ª—"Por demás desatinada es la afirmación de que el derecho (imaginario) de servidumbre ha venido ejercitándose a nombre del Concejo":

6ª—"Se falta a la verdad cuando . . . se afirma que la Municipalidad ha poseído de una manera pacífica por medio de sus vecinos y moradores de San José el derecho adquirido por la escritura de 1881":

8ª—"Si hay DOMINIO ABSOLUTO sobre las aguas del referido acueducto, ese es de mi REPRESENTADO":

9ª—"Jericó es propiedad de mi comitente, en su terreno pudo ensanchar y ahondar el acueducto:

10ª—"Jericó no puede soportar más de una servidumbre de acueducto:

11ª—"Repito que una servidumbre de acueducto no se adquiere, mejor dicho, constituye ni conserva sino mediante labores de apertura, reparaciones, limpias y trabajos que manifiesten la posesión del derecho:

12ª—"Bajo muchos otros conceptos, no ha podido operarse la prescripción a favor de nadie".

Hé aquí una docena de excepciones, y le agradecemos al Dr. Palacios que no nos haya ensartado una GRUESA. Lo notable es que entre tantas excepciones, de todo color y de todo tamaño, no hubiese dicho esta boca es mía en cuanto a la improcedencia de la acción, buscada con tanta habilidad por los Ministros en los arenales de Loja.

Porque no podemos perder de vista ni por un instante que la Corte Superior no tuvo jurisdicción sino para decidir las acciones y las excepciones deducidas por las partes en virtud del auto expedido a fs. 59.

En resolución, las acciones deducidas por el Procurador Síndico consisten en exigir se declare:

1º—Que la servidumbre de acueducto se constituyó en virtud de la escritura pública cuya copia obra a fs. 6:

2º—Que el dominio de las aguas pertenece al Concejo por haber construído las obras necesarias para conducirlas:

3º—Que a no ser suficientes esos títulos, la servidumbre y el dominio de las aguas se hubiera adquirido por prescripción; y

4º—Que D. Lautaro Vélez no puede obstar al ejercicio de la servidumbre ni disponer de las aguas.

Las excepciones se reducen a sostener que no se constituyó la servidumbre de acueducto, y que el Concejo Municipal no es dueño de las aguas.

Ahora bien, ningún principio más inconcuso, una de las bases fundamentales en la sustanciación de los juicios, que el juez no puede resolver sino los puntos controvertidos, porque sólo a ellos se extiende la COMPETENCIA.

Nunca debe perderse de vista la diferencia entre la jurisdicción y el fuero. La jurisdicción consiste en la potestad de administrar justicia, la cual se confiere al juez tan luego como acepta el cargo conforme a la Constitución. El fuero es la jurisdicción para conocer en una causa determinada, esto es, para sustanciarla y decidir SOLO LOS PUNTOS que en ella se controvierten. Dedúcese, por ejemplo, la acción reivindicatoria:

"Pedro posee el fundo A, "dice el actor; "ese fundo me pertenece porque lo adquirí como heredero de mi padre. Si bien es cierto que vendí a Pedro el mismo fundo, tal contrato adolece de nulidad, porque apenas tenía yo quince años cuando la venta, y el comprador abusó indignamente de mi inexperiencia, para satisfacerme el precio, y ganármelo poco a poco al juego".—"Cierto", contesta el reo, "que Juan fué menor cuando me vendió el predio de cuya reivindicación se trata; pero, cumplidos veintiún años, recibió parte del precio que yo le adeudaba; lo cual envuelve ratificación tácita del contrato.

Tenemos planteado con toda claridad el único problema que el juez debe resolver y que no consiste sino en la RATIFICACION TACITA, alegada por el reo como única excepción perentoria. ¿No es evidentísimo que la competencia del juez está limitada a resolver el único punto controvertido? En el término de prueba no justifica el reo la ratificación tácita, y, antes al contrario, consta del proceso plenamente que todo el precio fue pagado al actor antes que cumpliera veintiún años. Pero conociendo el reo que su ridícula intentona había tenido mal éxito, justifica que el poseedor actual del fundo materia de la reivindicación es Diego; y en el alegato se expresa en estos términos: "Absuélvame U. de la demanda; pues aun cuando no he justificado la excepción, sí consta plenamente que yo no soy actual poseedor; y según el art. 886 del Código civil, contra el actual poseedor se concede la acción de dominio". Salta a la vista que el juez NO SERIA COMPETENTE para decidir LA NUEVA EXCEPCION, del todo extemporánea, alegada por el reo. ¿Cómo pudiera absolver de la demanda al reo, fundándose en que ha justificado plenamente que él no es el poseedor del predio cuya restitución pretende el demandante? Si bien la posesión del reo es uno de los elementos constitutivos de la acción de dominio, no puede resolverse acerca de él en la sentencia, sino cuando se alega como excepción.

II

Pasemos al examen de las pruebas.

A fs. 6 obra la escritura pública según la cual se constituyó la servidumbre: "En la ciudad de Loja, a los dos días del mes de agosto de 1881, se presentaron los Sres. Teresa Burneo, José María Arias, Juan Sánchez y José María Lequerica"

Y nótese la importantísima circunstancia de que D. José María Lequerica, al contestar la segunda de las preguntas que obran a fs. 19, afirma: "Que es cierto y le consta en virtud de que EL DECLARANTE FUE UNO DE LOS PROPIETARIOS QUE CEDIO AL CONCEJO EL TERRENO NECESARIO PARA QUE SE CONSTRUYERA LA ACEQUIA O ACUEDUCTO que expresa la pregunta".

Continúa la escritura: "Que cediendo a las insinuaciones de la Ilustre Municipalidad relativas al permiso de TRANSITO DE AGUA por sus respectivos fundos denominados Tejar, Cua-

dra de los Chorrillos y Pucará para los menesteres de la población, concedían gustosos la constitución de servidumbre de acueducto sobre las fincas relacionadas".

¿Cómo puede ponerse en duda que se constituyó la servidumbre de acueductos? ¿Qué ha objetado el Sr. Vélez contra tal constitución? La nulidad de la escritura, por falta de pretenso documentos habilitantes. Pero no se ha tomado en consideración que el Código de enjuiciamientos vigente cuando se otorgó la escritura no exigía se agregasen a ella los documentos habilitantes, ni menos que, según consta a continuación de la escritura, expresamente se autorizó al Procurador Síndico para que procediera a otorgarla obteniendo la constitución de la servidumbre.

Alega también el Dr. Palacios que la escritura pública no fue inscrita, lo cual manifiesta que la ciencia tan alardeada por aquel DOCTOR, no es sino palacios de baraja. ¿Para qué se hubiera inscrito lo ESCRITO cuando se constituyó la servidumbre? ¿Para que se efectuase la tradición? Pero tal tradición se halla sujeta a una regla especialísima, puntualizada en el art. 689 del Código civil: "LA TRADICIÓN DE UN DERECHO DE SERVIDUMBRE SE EFECTUARA POR ESCRITURA PUBLICA EN QUE EL TRADENTE EXPRESE CONSTITUIRLO, Y EL ADQUIRENTE ACEPTARLO". Exigir la inscripción para que se transfiera la propiedad de servidumbre es un error tan craso como el en que incurren los escribanos rurales cuando extienden actas para hacer constar que el comprador adquirió el dominio porque tiró piedras, arrancó hierbas, se revolcó en el suelo.

Y lo singular es que aun cuando la escritura adoleciese de nulidad, ello en nada influiría en la adquisición de la servidumbre.

A primera vista pudieran parecer contradictorios los arts. 873 y 874 con el 1791, inciso 2º del Código civil:

"Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por título, o por prescripción de diez años, contados como para la adquisición del dominio de los fundos". "EL TITULO CONSTITUTIVO DE SERVIDUMBRE puede suplirse por el reconocimiento expreso del predio del dueño sirviente.

"La venta de los bienes raíces, servidumbres y censos, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública. . . ."

El último artículo es, a no dudarlo, especialísimo al contrato de venta; y entonces no se constituye la servidumbre sino cuando en la respectiva escritura pública constan los requisitos esenciales constitutivos del contrato.

La inspección ocular practicada en primera instancia no tiene, a decir verdad, mucha significación, porque el juez no describió lo que había visto. Pero los peritos determinaron, en su informe (fs. 45), los siguientes puntos:

1º El Sr. Vélez había ensanchado la acequia que conduce el agua:

2º El mismo señor ha construido un estanque para recoger las aguas destinadas a dar movimiento a sus máquinas; y

3º Del propio estanque se conducen las aguas por una acequia al establecimiento industrial.

La misma inspección ocular practicada por los Ministros de Loja justifica plenamente que las obras ejecutadas por D. Lautaro Vélez obstan al libre ejercicio de la servidumbre de acueducto: "Constituidos en el punto de la obra nueva materia del litigio", leemos a fs. 31 del segundo cuerpo, "examinaron ésta y dijeron los señores Ministros que habían observado lo siguiente: 1º El estanque está situado al borde mismo de la acequia que lleva las aguas al barrio de San José en la ciudad: 2º HAY UNA SOLA ACEQUIA, POR LA CUAL SE CONDUCEN LAS AGUAS QUE VAN AL BARRIO INDICADO Y LAS QUE SIRVEN PARA DAR MOVIMIENTO A LOS MOLINOS DEL SEÑOR VELEZ. . . . ; 4º A la distancia de treinta y dos metros, del tanque aguas arriba, existe una compuerta, la que sirve para dar salida a las aguas sobrantes. . . . ; y 5º HAY VESTIGIOS MANIFIESTOS DE QUE HA SIDO ENSANCHADA LA ACEQUIA TANTO DEL TANQUE PARA ARRIBA COMO DEL TANQUE PARA ABAJO".

Luego, es evidente de toda evidencia que el Sr. Vélez procedió, de la manera más arbitraria, a construir obras que impidiesen el libre ejercicio de la servidumbre de acueducto.

Y es de notar que la inspección practicada por la Corte de Loja pugna con el fallo de la misma Corte: "Las circunstancias de hallarse construido el tanque al borde mismo de la acequia, de haberse abierto un canal algunos metros más arriba del tanque, para desviar el agua, y de existir una sangradera más abajo del tanque, circunstancias que constan todas puntualizadas en el escrito de demanda y el informe de los peritos (fs. 45 del primer cuerpo), manifiestan que es ABSOLUTA LA EXCLUSIÓN DEL CONCEJO EN EL DERECHO CUESTIONADO. . . SI LOS ACTOS QUE HAN DADO MARGEN A LA ACCIÓN DEDUCIDA CONSTITUIAN DESPOJO, MAL HA PODIDO VENTILARSE DICHA ACCIÓN COMO DE OBRA NUEVA".

¿Cómo se concilia lo aseverado por los Ministros en el acta de inspección ocular con lo escrito en los renglones que llaman fundamentos? ¿No dicen los mismos Ministros que ellos vie-

ron con sus propios ojos que las obras construídas por el Sr. Vélez no impedían de un modo absoluto el uso de las aguas? Luego, según la inspección ocular no hubo despojo, y la acción que debió deducirse fue la de obra nueva, para que se dejase expedito el ejercicio de la servidumbre de acueducto. Limitámonos por ahora a examinar los hechos que constan del proceso; después discutiremos el importantísimo punto de derecho resuelto por la Corte de Loja, a saber, si aun en el caso de que hubiese habido en realidad despojo, no quedaba al arbitrio del Procurador Síndico deducir la denuncia de obra nueva o la acción posesoria.

La prueba testimonial no puede ser más concluyente, y basta para poner en claro la mala fe del Sr. Vélez.

A fs. 19 se presentó el siguiente interrogatorio:

2^a "Digan si es cierto y les consta que desde el año de 1881, los moradores de San José, a nombre del Concejo, han hecho uso constante del agua que corre por el acueducto que tienen a la vista y sobre el cual versa la presente disputa:

3^a "Que en esta virtud han hecho anualmente la limpieza del acueducto desde que se construyó sin que en ese trabajo hayan sido molestados por ninguno de los dueños de los predios por donde atraviesa dicha acequia:

4^a "Que el Concejo desde que se abrió esta toma de agua no ha sufrido más interrupción en su uso que la que ha causado el Sr. Vélez con la construcción de un tanque en el borde del referido acueducto:

5^a "Que esta obra se construyó en los meses de agosto, setiembre y octubre de este año, y con tal motivo se desviaron las aguas en su totalidad, dejando totalmente seco el cauce".

Y contestan afirmativamente los testigos Andrés Duarte, Francisco Piedra, Agustín Vaca, Hilario Reyes, Juan Morillo (fs. 20), José Campos, Emilio Samaniego, Agustín Lozano, Mariano Ramón (fs. 21), Miguel Ortega, Javier Aguirre (fs. 99), Fernando E. Palacios, Manuel Rivera (fs. 100), JOSE MARIA LEQUERICA (fs. 101), Elías Ochoa, Doctor Eliseo Alvarez (fs. 102), Pedro Ordóñez (fs. 103), Benjamín Sandoval, Vicente Riofrío, Agustín Jaramillo (fs. 104), Antonio Jiménez y Pedro Jaramillo (fs. 105).

Y digo que estas declaraciones bastarían para poner en claro la mala fe del Sr. Vélez, porque ellas justifican plenamente, ya la constitución de la servidumbre, ya el ejercicio de la misma, ya la prescripción alegada en subsidio por el actor.

Tratándose de las pruebas, uno de los puntos más trascendentales consiste en la incalificable aseveración de que el canónigo Dr. Castillo fue quien, por su derecho propio, hizo cons-

truir las obras necesarias para la conducción de las aguas a los barrios de San José y San Sebastián.

Debemos observar ante todo que cuando litiga el Concejo Municipal, representado por el Procurador Síndico, se considera esa corporación en dos aspectos del todo diversos:

1º Como litigante que en cuanto a la sustanciación y decisión de las causas está sujeto a las respectivas leyes; y

2º Como persona jurídica de derecho público, cuyos miembros son-FUNCIONARIOS que ejercen las atribuciones puntualizadas en la Constitución y en la Ley de Régimen Municipal.

En este segundo aspecto, las actas de los Concejos constituyen prueba plena, porque son instrumentos públicos autorizados por el respectivo funcionario en el carácter de tal. Luego, los hechos aseverados en las actas prueban contra todos IN REM IPSAN, y tales hechos no se pueden poner en tela de juicio sino probándose la FALSEDAD de las mismas actas.

Previas estas observaciones, que acaso no sean del todo temporáneas, pasemos a examinar los oficios del canónigo Doctor Castillo y las respectivas actas.

A fs. 95 vta. leemos: "Loja, 15 de julio de 1881" La fecha no puede ser más importante. Entonces se proyectaba ya proveer de agua a la población, y para llevar a cabo las respectivas obras se constituyó la servidumbre de acueducto en 2 de agosto del mismo año, según consta de la escritura pública cuya copia obra a fs. 6.

Continúa el oficio del Dr. Castillo: "Los pobladores de las nuevas calles en las cercanías de San José desean favorecer a la casa de ejercicios de esta ciudad cooperando con su trabajo personal a proporcionarle el agua que tanto necesita, y HABIENDO SABIDO QUE LA ILUSTRE CORPORACION QUE U. DIGNAMENTE PRESIDE PROYECTA EMPRENDER EN LA MISMA OBRA, EN BENEFICIO DE ESTA CIUDAD, me han encargado dirija a U. la presente, haciéndole saber la resolución en que se hallan de trabajar, para que si lo tuviese a bien el Ilustre Concejo, SE LOS OCUPE EN LA EMPRESA; con la condición precisa de que se le deje libre de todo gravamen el tanto de un atener de agua que es lo único que se necesita para la referida casa, y para subvenir a las necesidades de los peticionarios. . . ."

Hé aquí desmentidas todas las argucias del Sr. Vélez. El Dr. Castillo se propone cooperar a la obra en que IBA A EMPRENDER EL CONCEJO MUNICIPAL, y la cooperación no era meramente gratuita, pues exigía que se le asegurase la propiedad del agua destinada a los menesteres domésticos de la casa de ejercicios.

Decisiva es el acta de 18 de noviembre de 1881 (fs. 96): "Abierta con la asistencia de los Señores Concejeros Presidente. . . . VICENTE LAUTARO VELEZ. . . ." Vemos el rostro mismo, la figura misma, la perspectiva misma, la misma imagen, la misma efigie, no del Bachiller Sansón Carrasco, sino de DON VICENTE LAUTARO VELEZ, que, como Concejal, concurría a la sesión para tratar de todo lo concerniente a las aguas cuyos derechos niega hoy al mismísimo Concejo.

Continúa el acta: "En seguida considerando el Ilustre Concejo que felizmente SE HABÍA LLEVADO A CABO LA APERTURA DE LA ACEQUIA DEL AGUA DEL PUCARA, con mucha economía de los fondos municipales, y en el menor tiempo posible, debido esto a la ESPONTANEIDAD Y ENTUSIASMO DE LOS POBLADORES DEL NUEVO BARRIO DE SAN JOSE QUE SE HAN PRESTADO PARA ESTE TRABAJO, resolvió que el Señor Jefe Político ordene el inmediato pago de los QUINIENTOS PESOS OFRECIDOS AL REPRESENTANTE DE ELLOS: SEÑOR DEAN ARSENIO CASTILLO en la sesión de 15 de setiembre último, y que el Señor Procurador Municipal, en nombre del I. Concejo, mande extender una escritura que debe ser aceptada por el Señor Deán y el Síndico de San José, concediendo a perpetuidad un atenor de agua de seis centímetros de diámetro, a favor de la Casa de San José y de los pobladores del barrio de este nombre, para que puedan gozar y disponer de esta agua como a bien tuvieren, debiendo tomarla desde el punto donde se haga la distribución de ella para la población".

Nada más concluyente. Habiéndose aceptado por el Concejo Municipal la propuesta del Doctor Castillo, los moradores del barrio de San José procedieron con toda actividad a construir la acequia, y ésta se hallaba concluida en noviembre del propio año de 1881. Muy natural que el Concejo, además de asegurar la propiedad del agua que pasara por una luz de seis centímetros de diámetro, remunerase siquiera con quinientos pesos el trabajo de los sobredichos moradores; por lo cual ordenó al Procurador Síndico dictase las providencias conducentes al pago de aquella suma de dinero.

En el acta de 9 de febrero de 1882 (fs. 96 vta) leemos: "El Señor Deán Doctor Arsenio Castillo pide que se dicten las providencias convenientes para que se satisfagan cuanto antes los quinientos pesos ofrecidos por el I. Concejo a los obreros que se han empleado en el trabajo de la acequia que conduce el agua del río Zamora a San José: que se celebre una nueva escritura pública concediendo un atenor de agua, libre de todo

gravamen, a la casa de ejercicios y a los nuevos pobladores de San José".

Alega el Sr. Vélez que no consta se hubiesen pagado los quinientos pesos a los moradores del barrio de San José. Pero prescinde de dos circunstancias decisivas:

1^a Que el pago debió hacerse por el tesorero, y que el instrumento extendido para hacerlo constar hubo de remitirse con la cuenta al respectivo tribunal; y

2^a Que aun suponiéndose, sin consentirlo, que el pago no se hubiese efectuado, ello en nada atañe al Sr. Vélez. Al Concejo de Loja le incumbía justificar sólo la construcción de la obra. Prueba del todo impertinente hubiera sido la relativa al pago de los quinientos pesos, y de ahí que el Procurador Síndico no exigió se remitiese exhorto al Tribunal de Cuentas para que confiriera copia de la carta de pago.

De todo lo expuesto se deduce:

1^o Que consta plenamente la constitución de la servidumbre de acueducto:

2^o Que asimismo hay prueba plena de que el Concejo Municipal, por sí o por sus agentes, construyó las obras necesarias para conducir el agua:

3^o Que las aguas han corrido desde entonces hasta que el Sr. Vélez impidió su curso construyendo el estanque para llevarlas a su establecimiento industrial; y

4^o Que no había transcurrido un año desde que el Sr. Vélez construyó el estanque hasta que el Procurador Síndico de Loja denunció la obra nueva.

III

Pero la Corte Superior, lejos de resolver los puntos controvertidos, incurrió en el desatino de dar lecciones de Derecho sobre la distinción entre la denuncia de obra nueva y la acción posesoria de despojo.

Tratándose de las acciones que nacen, bien del dominio, bien de la posesión, Don Andrés Bello no aceptó el sistema del Código civil francés, sino el de las leyes romanas y españolas. Determinó en su PROYECTO las bases fundamentales de la acción reivindicatoria y de las acciones conducentes a conservar o recuperar la posesión. Pero, como era natural, nada dijo acerca de la esencia misma de los juicios en que se sustanciarían y decidirían las demandas relativas al dominio o a la posesión.

En extremo injurídico, y aun absurdo en sumo grado, fuera deducir de las reglas del Código civil sobre la acción reivindicatoria o sobre las acciones posesorias la naturaleza de los juicios en que esas acciones se controvierten. Así, en cuanto a la acción reivindicatoria tenemos la regla fundamental de que ella se concede al dueño contra el actual poseedor; y conforme al Código de enjuiciamientos la acción se propone en juicio ordinario, esto es, el juicio en que se observan trámites lentos y complicados, que habilitan al juez para fallar con pleno conocimiento de causa.

Según nuestras leyes adjetivas la sustanciación del juicio depende de la acción, y el juez, examinadas las pruebas en la sentencia, resuelve si la demanda o la contestación es o no fundada; sin que le sea potestativo absolver al reo cuando la acción se ha justificado, aunque otra acción hubiera sido más jurídica. Por ejemplo, el poseedor anual es despojado, y en vez de seguir juicio posesorio, demanda la reivindicación para que declarándosele dueño se condene al poseedor a restituir el dominio. Sustanciase la causa, el actor justifica plenamente así el dominio como la usurpación del poseedor; y viéndose éste perdido, escribe en el alegato la siguiente argumentación: "Si el actor tuviese contra mí algún derecho, éste consistiría en exigir que se le restituya la posesión. Dentro del año subsiguiente al despojo, la acción posesoria es la expedita, la eficaz, la que origina menos gastos y menos pérdida de tiempo. El abogado que defiende al actor es un ignorante, y tan ignorante que en vez de abogado es un miserable rábula. Absuélvame, pues, de la demanda y déjele al actor el derecho a salvo para que en otro juicio, del todo distinto del actual, deduzca la acción posesoria". "En cuanto a mi ignorancia y a las injurias que U. me irroga", contesta el actor, "no vienen ahora a cuento. U. imita al pavo de la fábula, que a volar se desafió con el cuervo. Tanta certeza tuve de triunfar en el juicio sobre reivindicación, que me propuse seguir de una vez un largo litigio para no dejarle a U. ni pretexto de molestarme con la acción reivindicatoria. Ya que U. no ha respetado mis títulos de propiedad, quiero agregarles la cosa juzgada. Y si supusiéramos que me equivoqué al deducir la acción de dominio, ahora sólo se investiga si ella es o no fundada". ¿Hubiera juez que acepte las argucias del reo, le absuelva de la demanda y compela al actor a deducir la acción posesoria?

En cuanto a las acciones posesorias, D. Andrés Bello enumeró asimismo las reglas fundamentales: conducen esas acciones a conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituídos en ellos; no pueden promoverse

sobre las cosas cuyo dominio no se adquiere por prescripción; no son admisibles sino a constar que el actor ha poseído un año completo, y prescriben en un año.

¿Bastan estas reglas para determinar a punto fijo los trámites del juicio en que se sustancian las acciones posesorias? Es evidente que no. Litigándose sobre la posesión anual, el Código de enjuiciamientos debió establecer trámites brevísimos para que el poseedor perturbado o despojado consiga que se le ampare en la posesión o se le restituya. Ahora bien, supongamos otro caso. Efectuado el despojo, el poseedor, lejos de entablar acción posesoria, sigue un juicio ordinario para que se condene al reo a restituir la posesión. "Soy poseedor", dice el demandante, "y Pedro me ha usurpado la posesión de la manera más injusta. Demándole, en juicio ordinario, para que se le condene a restituírme la posesión". — "Niego que el demandante ha sido poseedor", contesta Pedro, "la acción es injurídica, y absuélvame U. de la demanda". Sustánciase el juicio ordinario; el actor prueba plenamente así la posesión como el despojo, y exige que se pronuncie sentencia condenando al reo a restituírsele. "No ha probado el actor", dice Pedro en el alegato, "que él ha poseído la cosa, y aunque lo hubiese probado, debe U. absolverme de la injurídica demanda, porque debió exigirse en juicio posesorio la restitución de la cosa" — "No se trata ahora", replica el actor, "de saber qué acción debí deducir. La posesión, prescindiendo de las acciones posesorias, es un derecho preciosísimo, y uno de ellos es el de entablar la acción reivindicatoria, denominada en el Derecho Romano PUBLICIANA. Yo he probado la posesión y eso me basta. Nuestras leyes distinguen con toda claridad entre la posesión anual, que se ampara o recupera por las acciones posesorias, y el derecho mismo de posesión. Sobre ese derecho he litigado y sobre ese derecho debe resolver U. en la sentencia". ¿Quién pusiera en duda ni por un instante que el juez debe condenar al reo a restituír la posesión?

El título siguiente a las acciones posesorias es: DE ALGUNAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES. "El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir en el suelo de que está en posesión". (Art. 921). Nada más claro ni más terminante. Concédese acción para que el poseedor denuncie la obra nueva que se está construyendo en el suelo que ha poseído; pero no se determinan los trámites del juicio que debe sustanciarse en virtud de la denuncia de la obra. ¿Cómo ponerse en duda que esa obra nueva puede acarrear PERTURBACION EN LA POSESION o aun EXCLUSION ABSOLUTA DE ELLA? Empero, el poseedor es quien delibera, con la más absoluta libertad, si le conviene

DENUNCIAR LA OBRA NUEVA, o deducir ACCION POSESORIA PARA CONSERVAR O RECUPERAR LA POSESION. Según la acción que se deduzca se sustanciará el juicio, y el juez pronunciará sentencia calificando las pruebas, no de la acción que debió deducirse, sino de lo que efectivamente se hubiese deducido.

Veamos el art. 922, inciso 1º, que es el aplicable al presente caso: "SON OBRAS NUEVAS DENUNCIABLES LAS QUE CONSTRUIDAS EN EL PREDIO SIRVIENTE EMBAÑAZAN EL GOCE DE UNA SERVIDUMBRE CONSTITUIDA EN EL".

Cuando el sentido de la ley es claro, el juez no puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. ¿Y cómo puede poner nadie ni por un instante en duda que es clarísimo el tenor literal del inciso 1º que acabo de copiar? Aunque en muchos casos, como el actual, la obra construida en el predio sirviente lleva consigo un despojo, queda al arbitrio del actor denunciar la obra que obsta al ejercicio de la respectiva servidumbre: denunciada, el juez tiene el deber estrictísimo, insisto en ello, de sustanciar el juicio conforme a los trámites legales, y de pronunciar sentencia calificando las pruebas pertinentes a la acción deducida.

¿Y cuál es la sustanciación del juicio sobre denuncia de obra nueva? "En las denuncias de obra nueva expresadas en los arts. 921 y 922 del Código civil, el juez dispondrá, a solicitud del querellante, que se suspenda inmediatamente el trabajo y procederá. . . . a la correspondiente inspección ocular. . . ." (art. 752 del Código de enjuiciamientos).

Sólo en esto consiste lo sumario del juicio sobre denuncia de obra nueva, el cual se comprende entre los denominados MIXTOS, porque pueden convertirse en ordinarios: practícase inspección ocular, el juez examina la obra, extiéndese acta; si las partes llegan a un acuerdo, queda terminado el juicio, si no, es aplicable el art. 755: "SI NO SE PUSIEREN DE ACUERDO DESPUES DE EXAMINADA EL ACTA, EL JUEZ SUSTANCIARA EL JUICIO ORDINARIO, PRINCIPIANDO POR RECIBIR LA CAUSA A PRUEBA".

Evidente de toda evidencia que según nuestro Código de enjuiciamientos la denuncia de obra nueva no es juicio posesorio.

El epígrafe de la Sec. XII, Tít. II, Lib. II del Código de enjuiciamientos es: "De los juicios posesorios". El § 1º trata de la posesión efectiva de los bienes hereditarios; el 2º De la conservación de la posesión; el 3º De la recuperación; y el 4º De las disposiciones comunes.

Después de darse todas las reglas sobre los juicios posesorios, pasa el legislador a las concernientes a los juicios especiales de obra nueva y de obra vieja; y se sustancia casi siempre un juicio ordinario, porque muy rara vez se ponen las partes de acuerdo; tal juicio, como el de apeo y deslinde, son más difíciles y más complicados que los meros juicios ordinarios, porque preceden a ellos diligencias que muy bien hubieran podido omitirse.

No ignoro que según las leyes romanas y las de Partida, la denuncia de obra nueva era una verdadera acción posesoria, un interdicto prohibitorio, que no conducía sino a impedir que continuase la obra nueva; y, suspensa, quedaba al arbitrio del actor deducir, en otro juicio, la respectiva acción. Pero la reforma de las leyes corresponde al legislador; mas no al juez, el cual debe limitarse a aplicarlas como estén escritas.

Y acaso para dar a este juicio el carácter mixto que tiene ahora, se atendió a las enseñanzas de uno de los más notables jurisconsultos del siglo XIX: "Si en vez de fundar mi demanda en la posesión anual, que puede faltarme aunque sea yo propietario", dice Troplong (1), "la fundo en el DERECHO DE PROPIEDAD Y EN TITULOS, mi denuncia de OBRA NUEVA SERA PETITORIA, y, como me interesa impedir en el acto la continuación del trabajo que me perjudica, me dirigiré al Presidente del Tribunal para que ordene provisionalmente, sin resolver sobre el derecho mismo, la suspensión de la obra nueva. . . . O bien se podrá seguir otro curso, entablándose una demanda petitoria, y se pedirá incidentalmente la suspensión de los trabajos. Este procedimiento se comprende en lo dispuesto por los arts. 134 y 137 del Código de procedimiento civil. En efecto, ¿puede suponerse que en tal caso se demande ante el juez de paz? Porque la demanda sobre suspensión, lejos de fundarse en la posesión, se funda en el derecho de propiedad: NO SE TRATA, PUES, DE ACCION POSESORIA ni son aplicables los arts. 3 y 23 del citado Código. . . . En resumen, la denuncia de obra nueva, tomándola en su verdadero sentido, es una medida de precaución, una simple prohibición de construir, que unas veces se refiere a la POSESION y otra a la PROPIEDAD, y que, según los casos, puede proponerse ante el juez que conoce en las acciones posesorias, o ante el juez que conoce en los juicios petitorios. Decir que por sí misma es esencialmente ACCION POSESORIA, ES UNA EXAGERACION, Y POR CONSIGUIENTE UN ERROR. . . ."

Si el Código de enjuiciamientos dispone que las controvert-

(1) Prescription. I. 318. 323.

sias provenientes de la denuncia de obra nueva se sustancien en juicio ordinario, dedúcese, lógica y jurídicamente, que el juez puede resolver todo cuanto concierna al derecho mismo puesto en tela de juicio así en la demanda como en la contestación.

Según ya lo hemos visto la controversia entre el Concejo Municipal de Loja y D. Lautaro Vélez se resume en cuatro palabras:

El actor afirma que en el predio de D. Lautaro se constituyó la servidumbre de acueducto, y que el reo ha construido obras que obstan al ejercicio de tal servidumbre.

D. Lautaro contesta que la servidumbre no se ha constituido legalmente; que el Concejo Municipal no es el dueño de las aguas, por cuanto no fue él quien abrió la acequia para conducir las, y que, por lo mismo, el propio D. Lautaro no ha podido disponer libremente de ellas para dar movimiento a las máquinas que ha plantado.

Rendidas las pruebas conducentes a justificar, ya la demanda, ya la contestación, ¿cómo puede el juez inhibirse de resolver los puntos controvertidos?

Si se entabla un juicio posesorio sumarísimo, como el de conservar o el de recuperar la posesión, y el actor, lejos de limitarse a justificar la posesión anual, prueba el dominio, el juez tiene de absolver al reo, porque faltan los elementos constitutivos de la acción posesoria; los cuales se reducen a dos:

1º—La posesión anual; y

2º—La perturbación o el despojo.

Estos son los elementos constitutivos de la acción, prescindiéndose de las excepciones, y el juez debe examinar de oficio si se han justificado, y a no justificarse, absuelve al reo.

Lo cual manifiesta que entre los juicios posesorios y el juicio ejecutivo hay mucha analogía en cuanto a los elementos esenciales, que han de concurrir para que la acción sea legal, prescindiendo, lo repito, de las excepciones conducentes a la extinción del derecho reclamado.

En el juicio ejecutivo son asimismo dos los elementos esenciales de la acción:

1º—Un título que constituya prueba plena; y

2º—Que la obligación sea líquida y de plazo cumplido.

Si falta alguno de los dos elementos, el juez no puede sustanciar el juicio ejecutivo, y, si lo sustancia, los tribunales lo declaran nulo.

Al paso que en los juicios posesorios el juez resuelve en la sentencia si concurren o no concurren los dos elementos constitutivos.

Salta a la vista la razón de la diferencia entre los dos casos:

El juicio ejecutivo tiene principalmente por objeto emplear la fuerza pública para compeler al deudor al cumplimiento de una obligación que consta plenamente. Si el deudor no deduce excepciones, el juez pronuncia sentencia, ordenando que se proceda al embargo y venta de los respectivos bienes.

En los juicios posesorios el juez resuelve en la sentencia si se ha justificado la posesión anual, y si debe amparar al actor o condenar al reo a la restitución.

Pero así los juicios posesorios como el ejecutivo son casos del todo excepcionales; y nada más cierto en jurisprudencia que la excepción confirma la regla general.

Cuando se ha sustanciado el juicio ordinario, el juez examina en la sentencia, no los elementos constitutivos de la acción deducida, sino las pruebas que se han rendido para justificar, en el respectivo caso, bien la acción, bien las excepciones.

Porque no debe perderse nunca de vista la importantísima circunstancia de que en los juicios ordinarios no se justifican nunca a un mismo tiempo la acción y las excepciones, sino aquella o éstas.

Si el reo se limita a negar los fundamentos de la acción, la prueba le incumbe al actor; si el reo sostiene que la obligación se ha extinguido, a éste le incumbe la prueba.

En el litigio que va a resolver el primer Tribunal de la República, las partes rindieron, lo repetiré mil veces, todas las pruebas conducentes a justificar los derechos mismos puestos por ellas en tela de juicio; y el absolver de la demanda al reo porque, según dice la Corte de Loja, hay una exclusión absoluta en el uso de las aguas, es un subterfugio que apenas si sería tolerable en la pluma de un rábula desvergonzado. Si a causa de las obras construídas por el Sr. Vélez hay una exclusión absoluta de las aguas; si es evidente que ellas pertenecen al Concejo Municipal de Loja; si en virtud de las acciones y excepciones propuestas después de terminada la sustanciación del juicio sumario se controvierten así la constitución de la servidumbre como el dominio mismo de las aguas, ¿por qué no se condena al temerario reo a restituir las aguas y a dejar expedito el ejercicio de la servidumbre de acueducto?

Nada más ilegal e injurídico, como opuesto a las más elementales nociones de justicia universal, que no resolver sobre las dos acciones en realidad de verdad petitorias, concernientes a la servidumbre de acueducto y al dominio de las aguas, y de jar expedito un derecho a salvo para que las partes vuelvan a las andadas, litigando sobre lo mismo que ya se ha litigado.

Porque no debemos dejar inadvertida la decisiva circunstancia de que ya no pudiera entablarse la acción de despojo tan hábilmente descubierta por la Corte de Loja; pues la prescripción no se interrumpió a causa de la denuncia de obra nueva, y por lo mismo se ha extinguido toda acción posesoria. Extinguida, ¿qué acciones pudieran deducirse? En virtud de la naturaleza misma de las cosas, se deduciría la acción petitoria para que se declare la existencia de la servidumbre de acueducto y la acción reivindicatoria sobre el dominio de las aguas usurpadas por el Sr. Vélez. ¿Y no se dedujeron ya esas acciones en el actual juicio? Ni aun en la jurisprudencia formularia de los romanos, cuando era necesario que el pretor determinase a ciencia cierta el nombre de la acción y cuando para absolver al reo bastaban las palabras: *NON PROBASTI*, hubiera sido intolerable la sentencia de la Corte de Loja, por cuanto el Procurador Síndico enumeró con toda claridad y exactitud las acciones que aquella Corte echa de menos, y el defensor del Sr. Vélez alegó excepciones conducentes a la extinción de los derechos reclamados en el juicio petitorio.

De todo lo cual se deduce:

1^o—Que en el juicio suscitado por el Procurador Síndico de Loja contra D. Lautaro Vélez se controvierte la constitución de la servidumbre de acueducto y el dominio de las aguas;

2^o Que el actor ha justificado plenamente las acciones; y

3^o—Que, por lo mismo, el Tribunal Supremo debe revocar la sentencia recurrida, condenando al reo a dejar expedito el ejercicio de la servidumbre, a restituír las aguas, y a indemnizar todos los perjuicios.

Y como el Sr. Vélez ha litigado con temeridad y mala fe, debe también condenársele en las costas de todas tres instancias.

LUIS F. BORJA.

XIV

Juicio seguido por José Mariano y Rosario María Orbe contra Mercedes López v. de Endara, por nulidad de venta.

1912

LA RESTITUCION EXIGIDA A CAUSA DE NULIDAD, RESCISION O RESOLUCION DE UN CONTRATO, NO REQUIERE PRUEBA DEL DOMINIO DE LA COSA DEMANDADA.

Señores Ministros:

Si bien me sorprendió en extremo la sentencia dictada por el probo e ilustrado jurisconsulto Dr. D. Leonidas Batallas en el juicio contra Doña Mercedes López sobre nulidad de venta; muy natural me pareció la de la Corte Superior, pues estoy acostumbrado a leer los renglones que candorosamente bautiza de fallos, interlocutorios o definitivos.

Si se lee la demanda atentamente, no puede desconocerse que se reduce a exigir que declarándose la nulidad del contrato de venta, se condene a Doña Mercedes López a RESTITUIR LAS DOS SEPTIMAS PARTES DE LA COSA VENDIDA.

Y la nulidad se funda en que siendo los demandantes menores cuando el contrato, no los representó un guardador, ni menos se efectuó en subasta conforme al art. 384 del Código civil.

Las demandas no son alegatos; en ellas se determinan exclusivamente la acción y sus fundamentos sin entrar en explicaciones que, si las hay, no alteran la esencia misma de la demanda. La propuesta contra la Sra. López se hubiera podido redactar en los siguientes términos sin que nada le sobrara ni faltase: "Según consta de la respectiva escritura pública, vendimos a Doña Mercedes López la casa-quinta denominada San Sebastián. Como fuimos siete los vendedores, cada uno vendió la séptima parte; y como dos de ellos no habían cumplido veintinueve años, fueron incapaces para celebrar el contrato. Exigimos, pues, que declarándolo nulo, se condene a la compradora a restituir las dos séptimas partes".

Las siguientes palabras de la demanda no alteran la naturaleza de la acción: "Como los condueños del predio éramos siete, cada uno vendió a la Sra. López de Endara la respectiva cuota". Ni por un instante cabe desconocerse que se escribieron, no como fundamento del dominio, sino con el exclusivo objeto de puntualizar con toda exactitud las restituciones mutuas: Doña Mercedes López estaba obligada a devolver las dos séptimas partes del predio vendido, y los vendedores, las dos séptimas partes del precio. La palabra condueño no se empleó sino para evitar la repetición de dos análogas diciéndose: Como los VENDEDORES del predio éramos siete, cada uno VENDIO a la Señora López de Endara la respectiva cuota. Ni en el sistema formulario de los romanos se hubiera escrito en la sentencia: NON PROBASTI, porque en vez de expresarse VENDEDORES se había dicho CONDUENOS.

Evidentísimo, incuestionable, que hay la más enorme diferencia entre el Código civil y el Código de enjuiciamientos. El primero declara, crea o extingue los derechos; el segundo puntualiza todo lo concerniente a los juicios. Concretándonos al presente caso, aunque el Código civil declara que las restituciones mutuas son consecuencia necesaria de la nulidad, conforme al Código de enjuiciamientos ha de exigirse expresamente en la demanda que se declare nulo el contrato, y que se condene al reo a las respectivas restituciones.

¿Qué se propone el actor cuando deduce la acción de nulidad? Que ambas partes sean restituidas al mismo estado en que se hallaban antes de celebrar el contrato nulo. Esa es la consecuencia lógica, que se desprende necesariamente de la nulidad, porque el contrato nulo no puede surtir ningún efecto.

Pasma que el Sr. Dr. Batallas no hubiese meditado en que a un mismo tiempo declaraba el contrato NULO y VALIDO: "La acción deducida a fs. primera" (leemos a fs. 111) "comprende la NULIDAD DE LA VENTA DE LAS DOS SEPTI-

MAS PARTES DE LA CASA-QUINTA SAN SEBASTIAN, Y LA RESTITUCION MUTUA DE LAS COSAS QUE LOS CONTRATANTES HUBIEREN RECIBIDO EN VIRTUD O POR CONSECUENCIA DE DICHO CONTRATO. En cuanto a lo primero, los instrumentos fs. 36 y 39 comprueban que los Sres. José Mariano y Rosario Orbes FUERON MENORES DE EDAD, CUANDO VENDIERON LAS DOS SEPTIMAS PARTES DE LA CASA-QUINTA SAN SEBASTIAN a la Sra. Mercedes López viuda de Endara. ATENTA LA CALIDAD DE LOS VENDEDORES, UN GUARDADOR DEBIO REPRESENTARLOS EN LA VENTA, Y ESTA EFECTUARSE PREVIA DECISION JUDICIAL Y EN PUBLICA SUBASTA, de acuerdo con los arts. 383, 384 y 429 del Código civil, que si exigen semejantes requisitos, no es sino para proteger los intereses de los menores y completar la capacidad que les falta".

Estos fundamentos son del todo conformes a la ley y a los principios. Si consta de autos que los vendedores fueron incapaces, y que no intervino su representante legal, síguese que el contrato adolece de nulidad relativa. ¿Y cuál es la consecuencia de la nulidad? Nos lo dice el inciso 1º del art. 1677: "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, DA A LAS PARTES DERECHO PARA SER RESTITUIDAS AL MISMO ESTADO EN QUE SE HALLARIAN ANTES DE EJECUTAR EL ACTO O CELEBRAR EL CONTRATO"; Y SI LAS PARTES TIENEN ESE DERECHO, EL JUEZ DEBE DECLARARLO.

Pero el Sor. Dor. Batallas, lejos de deducir las consecuencias necesarias de la nulidad, incurre en la más palmaria cuanto inexplicable contradicción: Si bien el contrato es nulo, las partes no tienen derecho para ser restituidas al estado en que se hallarían antes de celebrado. En otros términos, el contrato es nulo, pero surte todos los efectos del contrato de venta, o el contrato es a un mismo tiempo NULO Y VALIDO: nulo porque lo celebraron personas incapaces; válido porque Doña Mercedes López, lejos de restituir el inmueble comprado tiene perfecto derecho para conservarlo en su poder en virtud del mismo contrato de venta.

Si la venta adolece de nulidad, ¿cómo puede prescindirse de los efectos que la nulidad surte? El defensor de Doña Mercedes López aseveró, en el alegato, que sólo las personas que compraron al Dr. Pinto el predio San Sebastián fueron los vendedores del mismo predio a la Sra. López. Pero tal aseveración está desmentida por la misma escritura pública, en la cual se expresa clara y terminantemente que los vendedores fueron siete, y que Doña Mercedes López aceptó el contrato que con

los siete había celebrado. En virtud de tan claras estipulaciones el Sr. Dr. Batallas no pudo por menos que reconocer en la sentencia que los demandantes en este juicio intervinieron como vendedores, y que la venta de las dos séptimas partes adolecía de nulidad.

Los actores no debieron justificar sino la venta misma, pues si bastan la escritura pública y las respectivas partidas de bautismo para poner en claro la nulidad del contrato, ¿a qué conducía la prueba del dominio?

Ni por un instante supongo que el primer Tribunal de la República establezca la doctrina absurda de que litigándose sobre la nulidad de los contratos y las restituciones mutuas que son consecuencia de la nulidad, el actor, para obtenerlas, deba rendir prueba plena del dominio.

Como ya lo observé a fs. 137 hay tanta diferencia entre la acción de nulidad y la reivindicatoria, que un ciego de nacimiento las distinguiría al tacto.

La acción de nulidad es meramente personal. Nuestro Código civil, siguiendo el sistema de las leyes romanas y españolas y separándose absolutamente del derecho francés, distingue dos cosas para la adquisición del dominio:

1^a—El título; y

2^a—La tradición.

El título llamado contrato de venta no produce sino obligaciones. Cuando las partes son capaces, el contrato se perfecciona tan luego como han convenido en la cosa y en el precio, y si el contrato es solemne, debe además extenderse la escritura pública. Si el contrato adolece de nulidad no se controvierten sino las obligaciones.

Declarada la nulidad en sentencia, el actor pudiera proponer de nuevo acción contra el mismo reo: "Ha pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia que declaró la nulidad del contrato de venta; y como según el art. 1677 del Código civil tengo derecho para que las cosas se restituyan al estado en que se hallaban antes de celebrar el contrato, solicito se compela al comprador a devolverme la cosa vendida". Si el comprador opusiese la excepción de que el vendedor no es dueño, el demandante la combatiría de la manera más victoriosa: Es un principio tan fundamental e inconcuso que cuando una ley encierra disposiciones generales y disposiciones especiales que entre sí pugnan, prevalecen las disposiciones especiales; porque si el legislador dicta estas últimas, tiene a la vista, por decirlo así, un individuo determinado a quien se refiere, prescindiendo de todos los demás. ¿Y cuál es en el presente caso la disposición especialísima? El art. 1677. Las restituciones mutuas son con-

secuencia natural y necesaria de la nulidad del contrato, sin atenderse a los derechos reales provenientes de la tradición. Que declarado nulo un contrato las cosas deben restituirse al estado en que se hallaban, puede demostrarse como cualquiera de las verdades en geometría, porque nada más cierto que la enseñanza de Leibnitz: LA JURISPRUDENCIA ES CIENCIA TAN EXACTA COMO LAS MATEMATICAS. Si definimos bien la línea recta y la circunferencia, dedúcese que tal línea es la más corta de todas cuantas pueden trazarse de un punto a otro, y que todos los radios o todos los diámetros son iguales. Asimismo si sabemos en qué consiste la nulidad, dedúcese que el contrato nulo se tiene por no celebrado, y que las partes no han contraído obligaciones.

El principio fundamental en materia de obligaciones es el puntualizado en el art. 1435 del Código civil: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

- "1º Que sea legalmente capaz:
- "2º Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio:
- "3º Que recaiga sobre un objeto lícito:
- "4º Que tenga una causa lícita".

Cuando falta alguno de estos requisitos, no hay acto o declaración de voluntad, y de ahí que según el art. 1671, "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes".

Ahora bien, si no hay contrato, ¿cómo puede surtir efecto lo que no ha existido? ¿No es más claro que la luz del día que las partes deben ser restituidas al mismo estado en que se hallaban antes de celebrarse el contrato nulo?

En mi larga práctica profesional he visto, y lo he repetido mil veces, que los principios de jurisprudencia mal comprendidos conducen a los abogados a errores en que no incurriera ningún hombre en cuyo cerebro haya siquiera una chispa de ese fuego divino que se llama razón. Pregúntese a un carpintero, que tenga buen sentido: ¿Será obligatorio recibir, como dinero, billetes de un banco? Y contestará sin vacilar: el billete no es sino una obligación de pagar cierta suma en numerario. Ud. me la debe, y ¿cómo puede Ud. obligarme a que yo acepte por mi deudor a un banco? Plantéese también el actual problema a un carpintero que sea algún tanto versado en los negocios: ¿menor vende un predio; el juez declara nulo el contrato; ¿pue-

de el comprador quedarse con el predio a pretexto de que el menor no fué dueño? Yo no sé, contestaría el carpintero, a qué conduce averiguar si el menor era dueño del predio. Si no hubo contrato, porque el menor no pudo vender, el comprador no tiene derecho para quedarse con el predio; debe devolverlo sin entrar en averiguaciones, que no pasan de quisquillas abogadiles.

Y lo que dice el carpintero de buen sentido, lo repite el art 1677 del Código civil, y lo enseñan los más eminentes juriscultos antiguos y modernos.

No quiero fatigar la ilustrada atención de la Corte Suprema citando las leyes romanas y las doctrinas de sus expositores. Básteme copiar lo expuesto por insignes intérpretes del Código de Napoleón.

Los célebres anotadores de Zachariae, Aubry y Rau, dicen (1): "Declarada en sentencia la nulidad o la rescisión, restitúyense las cosas al mismo estado en que se hallaban antes de contraerse la obligación anulada o rescindida.

"Como el Código no encierra principios generales sobre los efectos de la acción de nulidad o la rescisoria, deben determinarse ellos según la regla: QUOD NULLUM EST, NULLUM PRODUCIT EFECTUM".

Y nótese que si el Código de Napoleón no encierra ninguna regla clara y exacta sobre los efectos que surte la sentencia según la cual es nulo un contrato; Don Andrés Bello, con su acostumbrado eclecticismo, acudió a las leyes romanas para reparar la omisión en que habían incurrido los redactores del Código civil francés. El art. 1677 tantas veces citado (1687 del Código chileno), ¿no es un foco de luz que alumbrá a todos cuantos no sean ciegos voluntarios? ¿Cómo entrar en distinciones que la ley no establece? ¿Cómo privar a las partes de un derecho que la ley les concede?

"El art. 1117", añade Toullier (2) "considera como sinónimas las palabras nulidad y rescisión, o por lo menos tienen la misma fuerza en esta materia; porque, en efecto, cuando el juez declara la rescisión del acto nulo por un vicio intrínseco, que se oponía a la perfección del contrato, la rescisión surte los mismos efectos que la nulidad declarada por la ley.

"Se refiere a la época en que el acto se ha ejecutado.

"Extínguese todo lo que se ha hecho después, y ambas partes son restituidas al mismo estado en que se hallarían si el acto no hubiese existido. Así, los juriscultos romanos definían la constitución, *Reidintegrandae rei seu causae actio*".

(1) IV. § 336.

(2) VII. 543.

Oigamos a Laurent: (1) "Procédese sobre el supuesto de que la obligación nula nunca se ha contraído. Todos los autores aceptan este principio, aunque en la ley no esté escrito. Razón más para investigar su fundamento. Cítase el art. 1183, según el cual la condición resolutoria revoca la obligación cuando se cumple, y restituye las cosas al mismo estado en que se hallarían si la obligación no se hubiera contraído. Si bien es cierto que la nulidad surte el mismo efecto que la resolución, no debe confundirse el principio en que se funda la resolución con el que origina la nulidad. Declárase la nulidad a causa de un vicio del contrato, y si la parte alega ese vicio, el juez sentencia la nulidad; y el mismo vicio es lo que explica el efecto de la nulidad. UN CONTRATO VICIADO y, como tal, nulo, no surte ningún efecto; el legislador no podía sancionar una convención que reprueba y anula. CIERTO QUE EL JUEZ DEBE INTERVENIR PARA DECLARAR LA NULIDAD; pero, anulado el contrato, NO SURTE NINGUN EFECTO.

"Si el contrato anulado no se ha puesto en ejecución, el efecto de la nulidad es muy sencillo. No hay contrato; luego no hay obligación, ni acreedor ni deudor. Pero si el contrato se ha ejecutado, las partes deben ser RESTITUIDAS AL MISMO ESTADO EN QUE SE HALLARIAN SI LA OBLIGACION NO HUBIESE EXISTIDO; CADA UNA DE ELLAS DEBE DEVOLVER LO QUE HA RECIBIDO EN VIRTUD DEL CONTRATO. SI SE ANULA UNA VENTA, EL COMPRADOR DEBE RESTITUIR LA COSA Y EL VENDEDOR EL PRECIO. . . ."

Hé aquí, Señores Ministros, que en jurisprudencia es inconcuso, evidente, indiscutible el principio de que, declarada la nulidad, las cosas se restituyen al estado en que se hallaban antes de celebrarse el contrato nulo.

Si el contrato de venta es el que se ha celebrado, el comprador devuelve la cosa, y el vendedor el precio; pues por el ministerio de la ley la nulidad tiene efecto retroactivo. Y digo por el MINISTERIO DE LA LEY, pues las restituciones mutuas puntualizadas en el art. 1677 provienen, no del contrato, sino de la ley misma; la cual, consultando la equidad, no permite que una de las partes se enriquezca en perjuicio de la otra.

Según el art. 1427 del Código civil una de las fuentes de las obligaciones es la ley misma; la cual en ciertos casos concede derechos a una persona e impone a otra las obligaciones correlativas. Así como el art. 1427 expresa que nace sólo de la ley la obligación impuesta al padre de suministrar al hijo ali-

(1) XIX. 61, 62.

mentos, hubiera podido decir que también nace de la ley la obligación impuesta a cada una de las partes de restituir a la otra lo que hubiere recibido en virtud de un contrato nulo. Esa obligación es meramente personal; no se trata de ningún derecho real ni menos de la reivindicación, para que se investigue si el vendedor es efectivamente dueño y tiene derecho para ejercer la acción reivindicatoria. Tan aplicables son en este caso las reglas concernientes a la reivindicación como las leyes del Celeste Imperio.

La sentencia de la Corte Superior encierra un argumento tan peregrino, que es necesario leerlo mil veces para convencerse de que lo hubiese escrito una trinidad de ministros: "Tampoco se ha probado la menor edad de los actores al tiempo de la venta, porque LAS PARTIDAS de fs. 36, SOLO DEMUESTRAN QUE FUERON BAUTIZADOS". Tal argumento nos induce a dudar si lo fueron los señores Ministros, pues no les han puesto sal en la mollera. Mientras no se estableció el REGISTRO DEL ESTADO CIVIL, las partidas de bautismo constituían prueba plena de la edad. Nadie ignora que el Concilio de Trento prescribió a los párrocos que extendiesen esas partidas, y que investigasen si habían transcurrido algunos días desde el nacimiento hasta el bautismo. Por lo cual, a omitirse el día del nacimiento, debía presumirse de derecho que había transcurrido poquísimo tiempo desde el nacimiento hasta que el niño fué presentado en la pila bautismal. Nuestros padres y abuelos fueron estrictísimos en cuanto a bautismo, aun poniendo en peligro la salud del niño, que pasaba del vientre materno a la iglesia parroquial. De ahí que según el art. 295 del Código civil, "la edad se probará por la respectiva PARTIDA de nacimiento o BAUTISMO". ¿Cómo han podido ignorar los Sres. Ministros esta disposición, que anda en boca de cualquier sacristán y de todas las cocineras? *Risum teneatis, amici!*

Esta parte de la sentencia es la única que merecía comentario especial, porque basta ella para evidenciar que después de haber estado dormido, el proceso más tiempo que los siete durmientes, los Señores Ministros lo despertaron estando ellos soñolientos.

Tan inconsulta es la sentencia del Sr. Dr. Batallas, que aun cuando fuese cierto que una de las acciones deducidas fué la reivindicatoria, debió aceptarse por el juez.

Si bien las leyes romanas distinguían con toda claridad las dos acciones, la reivindicatoria y la publiciana, el Código civil las confundió en una sola. Después de expresar, en el art. 884, que la acción de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, añade, en el art. 885: "Se concede la misma ac-

ción, aunque no se pruebe el dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción". "Pero no valdrá, ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posee con igual o mejor derecho".

Y es evidéntísimo que los demandantes fueron por lo menos poseedores, y que Doña Mercedes López no tiene ningún título, porque no lo es el contrato nulo.

Doña Mercedes López aceptó como título de propiedad de todos los vendedores la escritura otorgada cuando compraron el predio al Dr. Pinto: "Que el Sr. Elías Orbe", leemos a fs. 39, "por sí y como apoderado de su madre la Sra. Felisa Orbe, y de sus hermanos Carlos, Gabriel, Mariano, Isabel y Rosario Orbe, cuyo poder se acompaña, vende y enajena, perpetuamente a la Sra. Doña Mercedes López viuda de Endara la casa y quinta denominada San Sebastián que adquirieron por compra al Sr. Dr. Nicolás Pinto, en 29 de abril de 1890, la que se entrega a la compradora". Y ahora objeta Doña Mercedes López la escritura que recibió como título de propiedad!

Si examinamos con ánimo desprevenido la escritura pública otorgada cuando el Dr. Pinto vendió el predio San Sebastián, no podremos desconocer que los demandantes intervinieron como compradores.

Cuando se interpretan los contratos, la regla fundamental es la puntualizada en el art. 1550 del Código civil: "Conocida la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". Esa regla es del todo diversa de la que se nos da cuando se trata de interpretar la ley; pues si el tenor de ésta es claro, no debe desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Salta a la vista la razón de la diferencia. Procédese sobre el supuesto de que el legislador conoce bien su idioma, y que ha precedido a la ley la discusión ilustrada. Al paso que los contratantes son muchas veces personas que ignoran así el Derecho como las más elementales nociones de gramática. ¿Cómo atenerse exclusivamente al tenor literal de las cláusulas de un contrato, prescindiéndose de lo que las partes se propusieron? Si las escrituras públicas son las que se interpretan, todavía más peligroso atenerse sólo a su tenor literal. Aun los escribanos de las capitales de provincia son en extremo descuidados en la redacción, y observan, no siquiera los formularios de Febrero, sino los de los rudos escribanos que vinieron a Sudamérica con los Pizarros y los Almagros. ¿Y qué diremos de los escribanos rurales? ¿No son casi siempre sus escrituras como un fárrago indescifrable? ¿No se les puede preguntar con Irisarri: ¿Qué dijistéis, santos varones, cuando dijistéis lo que dijistéis?

Ahora bien, si en algunos puntos de la escritura cuya copia obra a fs. 54 se dice que los compradores fueron exclusivamente D. Joaquín y D. Carlos Orbe, en cuanto a los demás hermanos tenemos la cláusula tercera: "Los compradores confiesan que esta adquisición la hacen con su dinero y de sus cinco hermanos menores llamados Elías, Isabel, Gabriel, Mariano y Rosario Orbe CON QUIENES TIENEN IGUAL DERECHO EN LA FINCA COMPRADA....." Procedieron, pues, en representación de los menores a quienes pertenecía el predio; y ellos tenían el derecho de exigir el cumplimiento de lo estipulado.

Consta plenamente que todos los vendedores poseían el predio cuando se efectuó la venta, pues así lo acreditan la escritura según la cual se dió la quinta San Sebastián en arrendamiento a Don Agustín Espinosa de los Monteros y los testigos que declararon según el respectivo interrogatorio.

Espero, pues, que el primer Tribunal de la República revoque el inconsulto fallo recurrido, condenando a Doña Mercedes López, por su manifiesta mala fe, en las costas de todas tres instancias.

LUIS F. BORJA

XV

Juicio seguido por Adela y Domitila Ochoa, Arsenio y Rodolfo Valverde contra Celso A. Cobos, por falsedad de testamento de Juana Cobos.

LA PRUEBA DE TESTIGOS SOBRE
LA FALSEDAD DE UN TESTAMENTO.

1912

Señores Ministros

Pocas veces puede presentarse un litigio de más trascendencia que el suscitado contra don Celso Ochoa sobre falsedad del testamento de doña Juaná Cobos, que si aceptásemos la errónea, absurda, peligrosísima doctrina inventada por los jueces de primera y de segunda instancia, la validez o nulidad de un testamento y aun el contenido del mismo dependería de la prueba testimonial, proscrita absolutamente por la ley cuando quiera que se trata de materia tan importante. Ningún derecho más individual, por decirlo así, que el de testar: el testador ejerce, dentro de ciertos límites, el poder legislativo distribuyendo sus bienes para cuando él ya no exista. Así como es de todo punto necesario que se observen estrictamente las respectivas solemnidades, porque ellas garantizan la libre voluntad del testador, asimismo lo es que, otorgado en forma el testamento, no se invalide sino en los casos determinados por la ley taxativamente. El primer Tribunal de la República tiene, permítaseme observárselo, el ineludible deber de estudiar con esmero así el proceso-

como las leyes, para decidir una controversia que atañe, más que a don Celso Ochoa, a todos cuantos disponen de sus bienes dejándolos a los herederos testamentarios.

Prevía esta introducción, acaso no del todo nugatoria, pase-mos a examinar la controversia en todos sus aspectos; y princi-piemos por la demanda.

"Que el testamento que se dice ha sido de mi finada madre", —leo a fs. 9—, "es FALSO porque después de su otorga-miento se han añadido cláusulas que no las contenía y HECHO FIGURAR DISPOSICIONES QUE TAMPOCO LAS HIZO LA TESTADORA. . . . para cometer la falsedad, AÑADIENDO CLAUSULAS Y DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS que no existieron al tiempo de su otorgamiento, por no haberlas dic-tado ni hecho la testadora, se ha usado del medio de CAMBIAR LAS HOJAS UNA Y DOS, haciéndolas copiar con la misma letra sí, pero con diversa tinta, para poder INTERCALAR la cláusula diez, en la que se hace dejar al señor Celso A. Ochoa la cuarta de libre disposición, que jamás le dejó la testa-dora. . . . Y LA CLAUSULA OCTAVA, ASI COMO OTRAS, ya que se HAN ALTERADO EN SU TOTALIDAD LAS HO-JAS UNA Y DOS DEL ENUNCIADO TESTAMENTO; de ma-nera que en el cambio de esas hojas, se han redactado cláusulas distintas de las que constaba en el verdadero testamento, del cual no ha quedado sino la última hoja, como se ve de la diver-sidad de la tinta usada en esta última hoja, que es con la que se escribió el verdadero testamento".

En resumen asevérase que el testamento es falso porque, otorgado, se HAN AÑADIDO CLAUSULAS NO COMPREN-DIDAS EN EL TESTAMENTO ORIGINAL.

Como don Celso Ochoa se limitó, en la contestación, a negar la pretensa falsedad, dedúcese que al actor le incumbe probarla plenamente, esto es, que las dos hojas de papel donde se escri-bió el testamento original fueron SUSTITUIDAS POR OTRAS DOS HOJAS escritas por el mismo amanuense.

Cuando se trata de la falsedad de un instrumento público, la principal de las pruebas consiste en el examen del instrumento mismo, porque nada más conforme a la naturaleza de las cosas que la falsedad deje señales patentes, evidéntísimas. De ahí que según el art. 183 del Código de enjuiciamientos, "si se deman-dare la falsedad de un instrumento público, el juez procederá a COMPARAR LA COPIA CON EL ORIGINAL, y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales"; y de ahí que el Alcalde Municipal principió por extender el acta concernien-te al examen del testamento: "En la ciudad de Cuenca, a treinta de julio de mil novecientos ocho. . . ." Nótese que la fecha

de la inspección ocular y de las declaraciones de los testigos es importantísima; pues habían transcurrido QUINCE MESES DESDE LA DEL TESTAMENTO HASTA LAS PRIMERAS DILIGENCIAS; y sin embargo los testigos RECUERDAN TODOS LOS PORMENORES SIN QUE SE LES HUBIESE OLVIDADO NI LA MAS MINIMA CIRCUNSTANCIA! Limito-me por ahora a esta brevísima observación.

Continúa el acta: "Se constituyó (el alcalde) conmigo el escribano actuario. . . . con el objeto de verificar la exactitud o confrontación del testamento original otorgado por la finada señora Juana Cobos, ante el Juez civil segundo de la parroquia de Quingeo, señor Lizardo Toral, EN VEINTICUATRO DE ABRIL DE MIL NOVECIENTOS SIETE. . . .; y verificando tal confrontación se leyó íntegramente comparando el original con dicha copia, y se encontró que estaba conforme la compulsula con el testamento protocolizado. . . ."

Hé aquí, señores Ministros, que la copia es absolutamente idéntica al original y que no hay NI EL MAS LEVE INDICIO DE QUE NADA SE HUBIESE AÑADIDO. . . .

Volvamos al acta: "Se observó también por el juzgado, que al parecer todo EL TEXTO DEL TESTAMENTO ORIGINAL ES DE UN MISMA LETRA Y TINTA. Se notó que las dos primeras fojas del instrumento original están escritas en papel del sello de cuarta clase, correspondiente al bienio de 1907 y 1908 y que la última, esto es la tercera se ha escrito en papel común (ministro rayado)" El Alcalde Municipal observó dos circunstancias decisivas:

1^a Que todo el testamento es de una misma letra; y

2^a Que el propio testamento se ha escrito con una sola tinta.

Esta inspección ocular constituye prueba plena, porque uno de los principales criterios de la verdad son los sentidos. El juez vio con sus propios ojos que las tres hojas de papel se habían escrito de una misma tinta, y tenemos de creer lo que él asevera. No se necesitan conocimientos especiales para observar la tinta de un papel escrito. Como nos enseña con tanta exactitud Bonnier, los peritos son a manera de lentes de aumento mediante los cuales puede el juez distinguir lo que no podía ver con la simple vista; y en el presente caso le bastaban al juez los ojos para leer lo escrito.

Pasemos a las declaraciones de testigos, y veamos ante todo si la prueba testimonial es debidamente actuada. Según el art. 230 del Código de enjuiciamientos, "Toda declaración deberá recibirse después de explicar al testigo la gravedad del juramento y las penas del perjurio, y de hacerle jurar en la forma si-

guiente: ¿Juráis a Dios, por esta señal de la cruz, decir verdad en todo lo que supieréis y fueréis preguntado? —El testigo haciendo la cruz con la mano derecha, contestará: Juro". Nada más claro ni más terminante. La ley prescribe fórmulas sacramentales, que deben observarse como garantía de la veracidad del testigo. Impone al juez el estrictísimo deber de explicarle la gravedad del juramento y las penas del perjurio, y le prescribe cómo ha de recibir el juramento. "En seguida", añade el art. 231, "el juez advertirá al testigo la obligación que tiene de responder con verdad, exactitud y claridad; y le preguntará, ante todo, si tiene algún impedimento de los indicados en el art. 218, DE TODO ESTO SE PONDRÁ CONSTANCIA EN LOS AUTOS". Pues bien, veamos cómo se recibieron las declaraciones de los testigos: "En la ciudad de Cuenca, a once de agosto de 1908, ante el señor doctor Moisés Arteaga, Alcalde Municipal tercero, JURAMENTADO el señor Remigio Vásquez, EXAMINADO CON ARREGLO AL INTERROGATORIO de fs. 5, dijo". ¿Podrá aseverarse, señores Ministros, que se ha observado lo prescrito por los arts. 231 y 232 del Código de enjuiciamientos? No se alegue que en muchas declaraciones no se observa lo prescrito por la ley; pues tal corruptela; lejos de militar a favor de las declaraciones en que se contraviene a los preceptos legales, es un motivo poderosísimo para que el primer Tribunal de la República, arrancando de raíz las prácticas viciosas, vele por la buena administración de justicia. "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella", nos dice el art. 2º del Código civil. Y si aun entre particulares la práctica que éstos observan no surte el efecto de alterar las disposiciones de derecho público; menos pueden los jueces CONTRAVENIR A LA LEY POR COSTUMBRE para que los litigantes pretendan que esa contravención les confiere derechos.

Luego, evidente de toda evidencia que el Tribunal Supremo tiene de prescindir de la prueba testimonial rendida por la actora.

Bastaría lo expuesto para dar por concluída la expresión de agravios. Pero como debo examinar todo cuanto pueda contribuir a la resolución de la controversia, voy a ocuparme en la misma prueba testimonial.

La segunda de las preguntas que obran a fojas 5 dice: "Si es cierto que el testamento se escribió con una misma tinta desde el principio hasta el fin".

El juez párroquial ante quien se otorgó el testamento contesta: "Que es cierta la pregunta".

Los tres testigos instrumentales también contestan afirmativamente.

Esta circunstancia en nada influye, pues de la inspección ocular consta asimismo que el testamento original está escrito con una misma tinta desde el principio hasta el fin. Sorprende circunstancia tan insignificante. El testamento abierto casi nunca se escribe en presencia de los testigos. "Lo que constituye esencialmente el testamento abierto es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al escribano, si lo hubiere, y a los testigos" (art. 1005) y por eso el art. 1007 añade: "El testamento abierto podrá haberse escrito anticipadamente. Pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el escribano, si lo hubiere, o a falta de escribano, por uno de los testigos designados por el testador a este efecto". Esto es lo que constituye el testamento abierto; y por lo mismo los testigos no pueden dar razón de la tinta que empleó el testador o el respectivo funcionario. Estaba reservado para esta causa, que se contará entre las célebres, que se investigue hasta la tinta, y que de esa tinta se quiera deducir la falsedad del testamento. No se han fijado los del interrogatorio que una misma tinta puede parecer diversa según el papel que se emplee. Las dos primeras hojas del testamento se escribieron en papel sellado, y la última en papel de pésima calidad que se usa en las parroquias rurales; papel que se envejece y aja con la mayor facilidad, y que influye en que no pueda conocerse a ciencia cierta la calidad de la tinta que se ha empleado al escribir.

Pregunta tercera: "Si es cierto que dicho testamento, después de terminado y firmado, sólo constó de dos hojas".

Lizardo Toral: "Que el declarante en calidad de juez civil de la parroquia de Quingeo, autorizó el testamento de la señora María Juana Cobos, pero que NO RECUERDA SI FUERON DOS O TRES HOJAS que tenía el referido testamento; pero que posteriormente ha visto en la escribanía del señor Abelardo E. Ariza y que tiene tres fojas".

Teófilo Murillo: "Que no recuerda el número de fojas en que se escribió el testamento de la señora María Juana Cobos".

Remigio Vásquez: "Que no recuerda si el testamento se escribió en dos o más fojas".

Singularísimo es que los mismos testigos que sin vacilar dan razón de la tinta, no se hubieran fijado en otra circunstancia mucho más importante, a saber, el número de hojas que componían el testamento. Siendo ellas sólo tres, era natural que se hubiesen fijado al leerse el testamento, pero después echaron al olvido esta circunstancia. Tal olvido pudiera indicar imparcialidad en los testigos; pero si examinamos las cosas como son, se

deduce que estuvieron ya preparados para rendir la declaración. No tuvieron entonces el testamento a la vista, y por eso no se atrevieron a decir si las hojas eran dos o tres. Tan cierto es esto, que Toral al principio expuso que no recordaba el número de hojas.

Pregunta cuarta: "Si es cierto que la señora María Juana Cobos, en su testamento a que se refiere la primera pregunta, no le dejó al señor Celso A. Ochoa, la cuarta de libre disposición, ni cosa alguna; y antes por el contrario manifestó la testadora, por repetidas veces, que no le dejaba nada al señor Ochoa porque le había perjudicado mucho".

Lizardo Toral: "Que es cierta la pregunta; pues que el declarante estuvo al otorgamiento del testamento desde el principio hasta el fin, nada menos que fué quien leyó dicho testamento en altas voces, para que lo oyera la testadora que era un tanto sorda, y que lo leyó el declarante por recomendación del juez; quien por falta de voz alta, no podía hacerse entender".

Análoga a esta pregunta es la 5^a de las que obran a fojas 24: "Que por lo expuesto, el testamento cuya copia consta en autos, no es el de la señora María Juana Cobos, porque contiene disposiciones diversas de aquellas que ordenó".

Copiemos la respuesta. Remigio Vásquez: "Que respecto del contenido de la cláusula octava de la copia del testamento que obra en autos, no fué la señora Cobos quien la dictó personalmente, sino que el señor don Celso Ochoa, entregó un papel escrito al juez que autorizaba el testamento, diciéndole que en él se contenía un arreglo hecho con su abuela para que se dictara aquella cláusula; pero que, leída una parte del testamento a la señora Cobos, puesto que ésta **NO QUISO QUE SE LEYERA TODO**, dijo que su testamento estaba bien hecho; y que no hizo oposición ni reparo alguno al contenido de dicha cláusula: tocante a la novena, expresó el declarante que élla no existía en el testamento suscrito por la señora Cobos, que tampoco hubo en dicho testamento el contenido de la cláusula décima: que, tocante a la undécima cláusula nada dijo la señora Cobos respecto de la deducción de las dos cuartas que ahora se ha hecho constar: que no recuerda si en el testamento de la señora Juana Cobos se dictó la cláusula décima cuarta; y que todas las demás cláusulas del testamento que se le ha leído al declarante, existían en el testamento de la señora Cobos y que fueron dictadas por élla".

Nótese primeramente que tratándose del contenido de las cláusulas testamentarias, es de todo punto inadmisibile la prueba testimonial. En el caso cuestionado parece que la mano de la prevención, de la parcialidad, del odio, de la ignorancia ha guia-

do a los testigos y a los jueces. Lejos de justificarse la agregación material de las dos hojas del testamento, la pretensa falsedad se deduce de las aseveraciones en que testigos del campo, gente ruda, ignorante, que apenas si saben deletrear y apenas si escriben en cinco minutos su nombre y apellido, pueden, sin vacilar, repetir el contenido de un testamento que se había otorgado quince meses antes de recibirse las declaraciones.

Según el art. 1001 del Código civil, "El testamento solemne es siempre escrito". Hé aquí el principio fundamental en materia de testamento. Cuando se trata de un testamento solemne tiene de prescindirse absolutamente de la prueba testimonial, ya para justificar que se observaron las solemnidades legales, ya para determinar a punto fijo cuáles fueron las disposiciones testamentarias. En materia de solemnidades y de prueba el testamento está sujeto a reglas especialísimas, sin que le sean aplicables las concernientes a las pruebas de las obligaciones.

Aun tratándose de estas últimas pruebas, tenemos reglas estrictísimas de los arts. 1698 y 1699: "No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por otro escrito. Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos pesos. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma.

La prohibición de la prueba testimonial se funda principalmente, no en el tenor de que los testigos sean cohechados, sino en la falibilidad de la memoria y en la circunstancia psicológica, deducida de la naturaleza misma del entendimiento humano, de que el testigo, cuando piensa referir lo que ha visto u oído, se limita a exponer su juicio.

La falibilidad de la memoria conduce a incurrir, sin pensarlo ni saberlo, en los más graves errores. Si bien el profundo jurista-consulto-filósofo Jeremías Bentham asevera, con razón, que nadie olvida ciertos sucesos, como la época en que murieron sus padres, cuando acaeció un terremoto, eso no es aplicable a los acontecimientos complicados que exigen grande atención y memoria felicísima. Se ha celebrado un contrato de venta de bienes raíces en presencia de testigos: determinanse el precio, el plazo para satisfacerlo, la extensión y linderos de la finca, cuándo debe efectuarse la entrega. Transcurren dos años, suscítase litigio, óyese a los testigos. ¿Habrà alguno que pueda recordar a ciencia cierta todas las circunstancias del contrato?

En la prueba testimonial influye en extremo la cultura del testigo. Presencian un mismo suceso cuatro individuos, dos inteligentes e ilustrados, y los otros dos rústicos aldeanos, que tienen el alma por vía de sal para no podrirse. ¿Referirán de idéntica manera el suceso, si desde entonces han transcurrido cuatro o seis años? Luego si se reflexiona en todos los inconvenientes de la prueba testimonial, su inadmisibilidad se presenta al entendimiento con la claridad de los axiomas.

La prueba testimonial para justificar los hechos que los jurisconsultos llaman materiales, es un mal necesario, porque el hombre se ve en la durísima precisión, o bien de no justificar en ningún caso esos hechos, o bien de aceptar el testimonio de sus semejantes. Y preciso es confesar que el mal se atenúa en extremo atendiendo a que esos hechos materiales son claros y evidentes, sujetos exclusivamente a los sentidos: un terremoto, huracán, incendio, si el poseedor sembró y cosechó, si empleó las aguas en regar sus dehesas. Pero cuando se trata de HECHOS JURIDICOS complicadísimos, como los contratos, que aun redactados por escrito empleándose nimia diligencia, su interpretación origina a veces dificultades insuperables; acudir a la prueba testimonial sería acto de locura, inexplicable en el legislador.

Si todo lo expuesto es evidéntísimo cuando se trata de probar las convenciones, ¿qué diremos de los testamentos? Casi siempre transcurre breve tiempo desde que el contrato se ajusta hasta que se suscitan dificultades sobre el cumplimiento de las obligaciones que de él nacen; al paso que sucede con mucha frecuencia que desde el testamento hasta la muerte del testador, pasan largos años y aun largos lustros. El hombre prudente y avisado otorga su testamento cuando sus facultades intelectuales se hallan en pleno vigor, y no es raro que cuando la muerte le asalta han fallecido ya todos los testigos que presenciaron su testamento. Lo cual evidencia que el legislador ha procedido sobre el supuesto, reconocido por la ley y por los más eminentes jurisconsultos, de que el testamento mismo es la prueba irrefragable, ya de las solemnidades prescritas por la ley como garantía de la libre voluntad del testador, ya de las disposiciones concernientes a todos los bienes. Cuando la herencia es cuantiosa, cuando el testador entra en pormenores sobre la distribución de los bienes, no es raro que un testamento comprenda hasta cuarenta y aun cincuenta cláusulas. Léese el testamento en presencia del testador y de los testigos, no para que los testigos recuerden las cláusulas testamentarias, sino para que en el acto mismo de otorgarse el testamento se cercioren de que lo leído es la genuina expresión de la voluntad del testador. ¿Pue-

de ocurrírsele a ningún ser humano, no destituido de un destello de esa luz divina que se llama razón, que pueda preguntarse a los testigos instrumentales si el testador dictó tales o cuales cláusulas, y exigir que ellas se inserten en el testamento para que ellas se cumplan como suplemento de la voluntad del testador, la que no se hizo constar fielmente cuando la respectiva lectura? Si eso fuera ilegal, anómalo, en sumo grado absurdo, también lo sería el suprimir algunas cláusulas testamentarias a pretexto de que no se hallaban en el testamento. Porque la actual singularísima controversia consiste en que se deduce la falsedad del testamento de los dichos de los testigos, que sin siquiera haber oído la lectura del testamento, porque efectivamente no se leyó, afirman que había cláusulas del todo distintas de las que se han insertado en el testamento que obra en autos.

La falsedad de cualquier instrumento público consiste en alteración esencial de lo material del acto, ya porque un instrumento se hubiese sustituido a otro, o porque se hubiesen añadido palabras o cláusulas; y ni por uno ni por otro puede revocarse a duda que a quien alega la falsedad del testamento es a quien incumbe justificarla plenamente. Ahora bien, si prescindimos de los dichos de los testigos, porque no merecen crédito, ¿dónde consta la falsedad? Lejos de constar, hay prueba evidéntísima de que los testigos han incurrido en las más garrafales equivocaciones, como lo manifiestan las siguientes decisivas circunstancias:

1^a La parte esencial del testamento abierto, que es aquella en que el juez da fe de que se observaron las respectivas solemnidades, se halla intacta, y es la original, porque ni se ha pretendido que se hubiesen suplantado las firmas del juez y testigos:

2^a El testamento cual se autorizó, se componía de tres hojas, dos en papel sellado y una en papel simple, y las actas de las inspecciones oculares evidencian que el testamento protocolizado se halla en las mismas tres hojas de papel:

3^a Todo el testamento es de una misma letra:

4^a La tinta es una misma la de todo el contexto de lo escrito. Así lo conceptúan los alcaldes que practicaron las respectivas inspecciones, y aun cuando uno de los peritos opina lo contrario, eso nada significa, porque para conocer, insisto en ello, si es una misma la tinta de todo el documento, basta tener ojos sin necesitarse conocimientos especiales en caligrafía:

5^a Léanse una a una atentamente todas las cláusulas del testamento, y se verá que el lenguaje y el estilo de todas ellas son unos mismos, sin la más mínima diferencia:

6^a El testamento encierra el mismo número de cláusulas que el original; pues ni se ha pretendido probar que es mayor

el número de las cláusulas que comprende el testamento protocolizado:

7ª Para efectuar la falsedad que se imputa a don Celso Ochoa era necesario sustituir cláusulas nugatorias con otras en que se dispusiera de los bienes de la testadora en la forma que los testigos determinan; y el más somero examen de las cláusulas del testamento evidencia que no se apeló a ese arbitrio, el único que hubiera podido surtir el efecto de que hubiese espacio para las falsedades imputadas a don Celso. Léase el eterno encabezamiento que hubiera podido suprimirse sin que se echase de menos; la cláusula primera y la segunda nada significan; la tercera se hubiera podido redactar con más claridad en dos renglones; copiemos la cláusula quinta, que según los testigos fue añadida por don Celso Ochoa: "Item declaro que además de los haberes que me correspondieron en la memoria de mi recordado esposo, adquirí, por herencia a mi finado hijo Manuel, unos terrenos en los fundos de Cochapamba y Tugur, y adquirí el haber hereditario de mi hija Genoveva, en permuta con una casa que yo poseía en el barrio de la Merced de la ciudad de Cuenca, habiendo quedado yo debiéndole cuatrocientos pesos sencillos y una parte de interest, cuyas sumas quiero que se le paguen en terrenos de mi fundo de Cochapamba". Esa cláusula, que se supone añadida, tiene en la copia que el escribano confirió en letra menuda, doce renglones largos. ¿En qué espacio pudieron escribirse esos doce renglones, dejando subsistente la tercera hoja de papel simple? ¿No hay absoluta imposibilidad física? ¿No dicen las inspecciones oculares que todo el testamento se había escrito de una misma letra? La determinación: UNA MISMA LETRA significa no sólo que una misma mano trazó todos los caracteres, sino también que no hay diferencia alguna en el tamaño de la letra de las tres hojas que forman el testamento. Si hubiese habido alguna diferencia, necesariamente se hubiera hecho constar en las actas que se redactaron cuando las inspecciones que por tres veces solicitaron los actores.

Merece también que copiemos las cláusulas 8ª, 9ª, y 10ª, que se suponen suplantadas: "Item declaro que debo a mis nietos Celso A. Ochoa y Juana Villavicencio, una cantidad que, como legado, les dejó mi fallecido esposo, según consta de su testamento, y quiero que en descargo de mi conciencia, se les dé aquella suma, con el interés del uno por ciento mensual, desde la fecha del fallecimiento de mi esposo, pago que se le hará a mi nieto Celso en terrenos de mi fundo de Trabana. Novena. Item declaro que asimismo uso de la libertad que me concede la ley y en atención a que debo servicios a mi hija Genoveva, ya que a los otros herederos he obsequiado algunos objetos, me-

joro a dicha mi hija Genoveva, con la cuarta de mejoras que se le dará en mi fundo de Cochapamba. Décima. Item declaro los servicios que me ha prestado, le dejo la cuarta parte de mis bienes, llamada cuarta de libre disposición, la misma que se le entregará en terrenos de mi fundo de Cochapamba, cuya designación la hago en ejercicio del derecho que me concede la ley".

Hé aquí, señores Ministros, otros veintitrés renglones añadidos sin disminuirse el tamaño de la letra ni aumentarse espacio en el papel. Un prodigio que no tiene semejante en los ANALES DE LA HECHICERÍA. Si fuese cierto, don Celso correría peligro de que en Cuenca le quemén por haber hecho pacto con el diablo. Los hechizados, los hipnotizados (comó ahora se dice) son los jueces de primera y de segunda instancia, que creen a puño cerrado los dichos de cuatro patanes de la parroquia de Quingeo, sin examinar la verdad, sin apelar a la sana crítica, sin fijarse en los principios sobre la naturaleza de la prueba, sin recapacitar en las consecuencias que se deducen de admitir la prueba testimonial, ya para conocer la voluntad del testador, ya para suprimir cláusulas testamentarias, supresión que acarrea la supresión del testamento.

Tan importante es el actual litigio, que si la Corte Suprema aceptase las doctrinas (si doctrinas pueden llamarse tan garrafales errores) de los fallos de primera y de segunda instancia, casi quedaría abolido entre nosotros el derecho de testar. Todos los días se suscitan en el foro litigios escandalosos sobre los testamentos; y si creyésemos como verdad infalible todo cuanto dicen los testigos acerca de las cláusulas testamentarias que se han quitado o añadido, los pretensos herederos ab intestato no vacilarían en acudir a todos los medios que sugiere la mala fe y la codicia para que los testigos instrumentales afirmen que el testamento, abierto otorgado ante un juez parroquial y protocolizado ante escribano, es muy diverso del testamento que en realidad se otorgó. Extiéndese el testamento, queda en poder del juez parroquial dos o tres años, fallece el testador, protocolízase el testamento, en que ni se menciona a los parientes dentro del cuarto grado y se instituye heredero a un individuo para con quien el testador tenía deberes de gratitud. Qué escándalo! exclaman los parientes dentro del cuarto grado. El amigo del testador ha suplantado un testamento, o por lo menos ha cambiado las cláusulas concernientes a la institución de heredero. Cierito que nuestro pariente dejaba a su amigo un legado de diez mil sures; pero nosotros somos los herederos instituidos en el testamento. Diga el juez parroquial de Mocha y los testigos Pedro Lobo, Juan Toro y Diego León si es cierto

que recuerdan perfectamente una a una todas las cláusulas testamentarias; que el testador instituyó herederos a sus parientes dentro del cuarto grado; que a su amigo sólo le nombró para albacea, y le dejó el sobredicho legado; que asignaba al hospital tres mil sures; que debía a Juan Palomeque el Zurdo tres mil al interés del diez por ciento; que en fin el testamento primitivo, escrito en cinco pliegos, comprendía cincuenta y una cláusulas; que esas cincuenta y un cláusulas estaban en los cuatro primeros pliegos; que en el último no ha quedado sino la constancia de que se observaron las solemnidades legales, y que el testamento fue suscrito por el testador y los testigos y autorizado por el juez parroquial. Los testigos sin vacilar contestan afirmativamente todas estas preguntas; y practicada la inspección ocular del testamento, no hay ni la más leve huella de la falsedad. Qué hábil el amigo infiel a quien se confirió el cargo de albacea! El testamento es escrito por el mismo amanuense que redactó el primitivo; el número de cláusulas corresponde perfectamente al de la cláusula que comienza en el pliego quinto; no hay diferencia alguna en el lenguaje. ¿Será falso ese testamento? Los jueces que en realidad lo sean, ¿no declararían que los pretensos herederos ab intestato son los que han acudido al infame arbitrio de cohechar testigos que afirmen todo cuanto se les pregunte aunque se halle en contradicción con las leyes morales e intelectuales, que son tan inmutables como las leyes físicas? ¿No conocerían los jueces a primera vista que la falsedad del testamento no pasa de una necia y absurda invención sugerida por la codicia de los parientes del testador; los cuales se juzgan autorizados para impedir a todo trance que los herederos testamentarios sucedan en los bienes que les corresponden en virtud de la ley misma?

Al presente caso es aplicable la distinción, fundada en la naturaleza misma de las cosas, establecida por las leyes penales: el cuerpo del delito, y las pruebas concernientes a la criminalidad del acusado. Cuando la infracción deja señales, el cuerpo del delito consiste en el hecho material, y si al juez no le consta ese hecho no puede ni sustanciar juicio contra el acusado, menos todavía pronunciar contra él sentencia condenatoria. "Pedro ha muerto a Juan", se le dice al juez; "y como concurren las circunstancias de premeditación y alevosía, acúsole del crimen de asesinato". Y el juez decreta: "procédase al examen del cadáver, diligencia que practicarán los facultativos A y B, en presencia del infrascrito". Citado el acusador dice: "Es de toda imposibilidad imposible proceder al examen del cadáver, porque se emplearon todas las precauciones conducentes a que el cadáver desapareciese. Supo Pedro que Juan venía

de Imbabura por el páramo de Mojanda, asaltóle con otros individuos, asesinóle a puñaladas, y los tres autores del crimen llevaron el cadáver a un lugar remotísimo donde lo redujeron a cenizas. A pretexto de observarse un trámite legal, va a dejar Ud. impune el asesinato más atroz". Oído el defensor de Pedro, replica: "Claro y terminante es el Código de enjuiciamientos en lo criminal cuando dispone que mientras no esté comprobado el cuerpo del delito, no puede continuar el juicio criminal; y según la regla 1ª del art. 18 del Código civil, el juez no debe desatender el tenor literal de la ley a pretexto de consultar su espíritu. Por otra parte el Código de enjuiciamientos criminales se funda en los más inconcusos principios sobre las pruebas, al exigir que necesariamente se justifique el cuerpo del delito. Cuando se trata de asesinato hay, por decirlo así, dos partes del todo distintas: el cadáver mismo de la víctima; y las pruebas concernientes a la criminalidad del acusado. La lógica y la jurisprudencia exigen de consuno que el juez vea el cadáver para proceder a la sustanciación del juicio. Aseverar que el cadáver se ha reducido a cenizas es una ridícula petición de principio, que da por probado el mismo asesinato que se investiga. La prueba testimonial es la más peligrosa y la más falible de todas las pruebas, y para justificar la muerte misma de una persona no puede apelarse a otra prueba que a los sentidos del juez". Ese argumento que carecería de réplica en lo criminal, es aplicable, mutatis mutandis, al juicio sobre falsedad del testamento de doña Juana Cobos. ¿Dónde está la falsedad que pudiéramos llamar material, y que tiene de SERVIR DE BASE PARA LA RESOLUCION DE LA CAUSA? Como ya lo hemos visto, la hoja que pudiéramos denominar instrumento auténtico es la misma que suscribieron los testigos y autorizó el juez parroquial. En las otras dos hojas, cuya suplantación se pretende, no hay ni el más leve indicio, y se apela al arbitrio, que de puro ilegal es absurdo, de acudir a la memoria de los testigos para que ellos repitan el contenido del pretense primitivo testamento, y comparen sus cláusulas con las que actualmente existen. ¿Y qué resulta de la comparación? Que las hojas que se suponen suplantadas pregonan que lo único falso es la suplantación; porque, en resumen, los testigos aseveran a pies juntillas que se han aumentado veintiocho o treinta renglones, que ellos se han añadido al sobredicho testamento, conservando el número de cláusulas, sin aumentar los renglones de papel sellado, sin disminuir el tamaño de la letra. Luego, la única comparación que debemos hacer es la de la prueba de testigos con la prueba plena, evidente, convincentísima que resulta de las tres inspecciones oculares.

No merecen ni el más somero análisis las sentencias de primera y de segunda instancia, porque lejos de fundarse en la ley y en los principios, se fundan en el garrafalísimo error de creer a puño cerrado todo cuanto dicen los testigos.

El primer Tribunal de la República tiene en esta causa, más que en ninguna otra, el estrictísimo deber de estudiar la ley y los principios para expedir un fallo que forme jurisprudencia en materia tan delicada como importante. Tratándose de los testamentos es absolutamente necesario huir de dos extremos: 1º Declarar válidos aquellos en que no se hubieren observado una a una las solemnidades prescritas por la ley; y 2º Admitir la prueba testimonial para justificar, ya las solemnidades que no constan del testamento mismo, ya las disposiciones testamentarias.

Los dos errores son en extremo peligrosos porque desquician el sistema tan sabiamente establecido por la ley en materia de testamentos. Si prescindimos del testamento verbal, inconcebible, absurdo en el Código chileno, redactado por el eclecticismo de Bello, en tal Código resplandecen la jurisprudencia y la filosofía en todo cuanto concierne al testamento. Pero exige meditación y estudio para comprender bien cada una de las disposiciones que forman un conjunto indivisible. El art. 1001 principia por asentar la regla de que el testamento solemne es siempre escrito, excluyendo en lo absoluto la prueba testimonial; y el art. 1016 declara que el testamento solemne, abierto o cerrado, en que no se hubieren observado las solemnidades prescritas por la ley, no tendrá valor alguno. Hé aquí las dos bases que sustentan todo el edificio, bases conformes a la naturaleza misma del testamento, el acto más importante y más trascendental de todos cuantos ejecuta el individuo. El testamento mismo es la única prueba de las solemnidades y de las disposiciones del testador; y así como no se puede acudir a la memoria de los testigos para suplir lo que al testamento falta, de la misma manera se ha de prescindir de los dichos de los testigos cuando se pretende que en el testamento hay alteraciones que no constan sino de los mismos dichos.

Señores Ministros.

LUIS F. BORJA.

XVI

ALEGATO EN JUICIO MILITAR

Consejo de Guerra seguido contra los Generales Plutarco Bowen y Juan M. Triviño.

1895

LOS CONSEJOS DE GUERRA COMO TRIBUNALES DE HECHO O DE DEHECHO, SEGUN EL CODIGO MILITAR QUE REGIA EN 1895.— JURISDICCION PECULIAR DE CADA UNO DE ELLOS.

El Dr. Borja había dedicado, con preferencia, su actividad de abogado defensor, a las causas civiles, en especial, a las que se ventilaban ante la Corte Suprema de Justicia, en las que, durante largas épocas, casi no había ninguna en que él no interviniese en pro de algunas de las partes interesadas.

Sin embargo, ciertas circunstancias conexas con su altísima y patriótica figuración en el campo de la política, fueron sin duda las que le determinaron a defender a dos Generales del ejército liberal que intervinieron en la transformación política del 5 de junio de 1895, acusados, entonces, de una aspiración que pudiese invadir la suprema autoridad del Jefe del Gobierno.

En el Consejo de guerra en que se vió esa causa, los debates fueron orales; mas el Dr. Borja tuvo por conveniente presentar por escrito algunas alegaciones de carácter técnico que

constituían, apenas, un fragmento de su defensa total diluida en el curso del proceso y, sobre todo, en los debates.

"El Sr. Dr. Borja leyó el siguiente manifiesto, con breves ampliaciones hechas verbalmente", dice la reseña publicada en el folleto de donde se ha tomado el texto que hoy se publica; en su condición de trabajo especial que no pertenece al número de los presentados en orden cronológico ante la Corte Suprema, como los quince precedentes.

Dice así:

Sr. Presidente:

La causa contra los señores General don Juan M. Triviño y General Plutarco Bowen es de las más trascendentales que pueden presentarse, no sólo porque compromete la honra y la libertad de dos militares beneméritos, que sin tregua ni descanso han combatido contra la tiranía, y que acaban de alcanzar en los campos de batalla las más espléndidas victorias; sino también porque da arma a nuestros feroces y empecinados enemigos. En efecto, si del proceso constase que los Generales Triviño y Bowen habían atentado contra la seguridad interior de la República, se nos diría que en el Partido Liberal existe un germen de inmoralidad y corrupción que en breve lo destruyera; pues los individuos mismos llamados a trabajar por su constante estabilidad eran los primeros en promover los desórdenes y la anarquía.

Mas, por fortuna, no se han cometido tales crímenes.

El General Triviño ha luchado incesantemente desde que el Ecuador cayó en las garras de ese infame traficante con la honra ecuatoriana; propúsose siempre elevar al primer puesto de la República al caudillo del Partido Radical, cuyos merecimientos conocía como su confidente y amigo íntimo. ¿Y cabe en los límites de lo posible que al día siguiente de la victoria, cuando todavía humea la sangre derramada en los campos de batalla, cuando se oye aún los gemidos de las víctimas y el estertor de la agonía, se proponga derrocar el mismo gobierno que ayer no más se formó a costa de tan cruentos sacrificios? ¿Qué motivo plausible le hubiera inducido a ello al General Triviño? ¿Se ha propuesto acaso apoderarse del mando de la República? Nadie, ni ha pensado en decirlo. ¿Ha estado de acuerdo con los héroes de la "Esmeralda" y el "Cotopaxi", para restituir a la República la negra e infame tiranía que no volverá nunca? El imaginarlo siquiera es un desatino que raya en locura.

Y en cuanto al intrépido General Bowen, sus hechos están pregonando que son falsas todas las imputaciones de la perversidad y la calumnia.

Pasemos ya al proceso mismo, y examinemos ante todo el último decreto expedido por el Sr. Coronel Morales.

El juzgamiento, sea en materia civil o criminal, presupone necesariamente la preexistencia de leyes que determinen, ya la ritualidad del juicio, ya los derechos de las partes.

Tan cierto es ello, que entre las garantías enumeradas en el Código fundamental se cuenta la siguiente, que constituye uno de los primeros derechos sociales del ciudadano: "Nadie puede ser puesto fuera de la protección de las leyes, ni distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por leyes que no sean anteriores al delito".

De lo cual se deduce que aun cuando el Sr. Coronel Morales se refiere a una orden del Jefe Supremo, al prescribir que se juzgue en Consejo de guerra verbal a los Sres. Generales Triviño y Bowen, tal orden no altera ni en lo más mínimo las leyes vigentes cuando principió el juicio.

Si bien esto es obvio y perentorio, he debido apuntarlo, porque así lo exigen el método y el orden en la defensa.

Cuando el Sr. Coronel Morales dispuso que se juzgase en Consejo de guerra verbal el crimen de traición, reclamé de la irregularidad que ello encerraba; y de ahí provino que en el último decreto se declaró terminantemente que ese crimen no era una de las infracciones acusadas.

"Examinado el proceso detenidamente y apreciado el valor de las declaraciones recibidas por el juez fiscal", dice el Sr. Coronel Morales, "se comprende que los procesados Bowen y Triviño deben ser juzgados en Consejo de guerra verbal. . . ."

Anómala es, a no dudarlo, esta parte del decreto; porque si se dispuso que se reuniese un Consejo de guerra verbal, sólo ante él pudo recibirse declaraciones de testigos; y pasma que inquisitorialmente se hubiesen practicado diligencias, sin ponerlas en conocimiento de los acusados.

La determinación de las infracciones materia de un juicio criminal, debe provenir de la notoriedad de los hechos, o de los datos que el juez hubiese recogido sólo para sí; mas no de las pruebas que precedan al enjuiciamiento mismo.

Aunque se alegue que los testigos se ratificaron ante el Consejo de guerra, no obsta ello a lo anómalo y arbitrario del proceder del Sr. Coronel Morales; pues los testigos de la indagación inquisitorial debieron limitarse a repetir lo ya dicho, so pena de caer en perjurio o por lo menos en contradicción.

Que en otro tiempo se apelase a tales arbitrios, nada más

natural, porque ellos eran consecuencia del sistema de infame corrupción implantado como base de gobierno. Mas ahora, cuando deben arrancarse de raíz todas las corruptelas y todos los abusos, y establecerse la honradez así en lo económico como en lo administrativo, no podemos tolerar ni por un instante esas diligencias inquisitoriales.

Ha dicho ya el Sr. Dr. Terán que tal práctica está autorizada por Colón y Febrero. Mas ello no pasa de una evasiva, pues las doctrinas de los escritores, por autorizadas que sean, nada significan cuando pugnan con leyes expresas, claras, terminantísimas.

El Consejo de guerra, compuesto de militares probos, que no escuchan sino los dictados de la ley y de su conciencia, tiene, pues, que prescindir absolutamente de todas cuantas diligencias se practicaron sin citarse a los Generales Triviño y Bowen.

"Los procesados", añade el decreto, "deben ser juzgados en Consejo de guerra verbal, por insubordinación, rebelión y motín, infracciones con las cuales se ha pretendido atentar contra la seguridad interior de la República". De acuerdo, pues, con el art. 1º—T. IV del Tratado IX, y arts. 159, 178 y 181 del Título único del Tratado VIII del Código Militar.

Hé aquí perfectamente puntualizadas las infracciones que se imputan a los Sres. Generales Triviño y Bowen.

Pero antes de examinar los artículos citados por el Sr. Coronel Morales, fijémoslos en dos puntos de suma importancia.

1º—Que el Consejo de guerra procede, no como tribunal de hecho, sino como tribunal de derecho el cual debe aplicar estrictamente la ley escrita; y

2º—Que tratándose de pruebas, la ley aplicable es el Código de enjuiciamientos en lo criminal.

El Tratado IX del Código Militar encierra disposiciones que evidencian el primero de aquellos puntos.

El art. II del Tratado I prescribe que concluido el sumario, el juez fiscal lo eleve al Comandante General, y que si de las actuaciones resulta semiplena probanza o indicios vehementes, la causa se eleve a proceso; lo cual significa que si se pronunciase el auto motivado, debe fundarse éste en las leyes que determinen cuando hay semiplena probanza o indicios vehementes.

El art. 54, uno de los incorporados en el Título que trata del modo de proceder en los Consejos de guerra verbales, ordena, entre otras cosas, que si uno de los vocales, al votar, estimare dudosa la materia, o que no hay BASTANTES PRUEBAS para condenarle, puede votar que se tomen otras informaciones.

Hé aquí, Sr. Presidente, que el vocal debe atenerse, no meramente al dictamen de su conciencia, sino a la ley que da reglas para la calificación de las pruebas.

"Si el Presidente viere", añade el art. 55, "que algún vocal en su voto se separa de LO QUE PRESCRIBE EL CODIGO MILITAR, le mandará que lo motive y funde por escrito". Disposición que fuera de todo punto absurda, si el vocal, para dar su voto, pudiera atenerse sólo a su profunda convicción.

Más terminante es, si cabe, el art. 59, otro de los incorporados en el Título IV; pues declara que no puede votarse por la pena de muerte, sino cuando haya PLENA CONCLUYENTE DE LA INFRACCION.

Hay otro artículo que bastaría para disipar cualesquiera dudas, si las hubiese. Al tratarse del Consejo de guerra extraordinario, esto es, de aquel en que se juzga a los militares por infracciones comunes, dice el art. 3º—: "Las causas expresadas se sustanciarán como queda dispuesto en este Código PARA LOS SEGUNDOS POR CRIMENES MILITARES, SALVO LAS MODIFICACIONES SIGUIENTES. . . . : 3ª — LOS VOCALES DE DICHO CONSEJO DECIDIRAN ÉSTAS CAUSAS EN CALIDAD DE JUECES DE HECHO".

No puede deslindarse con más claridad las dos especies de los tribunales militares: TRIBUNALES DE HECHO, llamados a la estricta aplicación de la ley; y TRIBUNALES DE HECHO que expiden su veredicto consultando sólo la convicción proveniente de los datos que durante el juicio se han recogido.

El Título VII del mismo tratado encierra disposiciones en la más abierta pugna con la teoría de que el Consejo de guerra es tribunal de hecho; pues que prescribe que las cortes marciales expidan en segunda instancia el respectivo fallo.

No cabe ni como aventurada suposición que aquellas cortes se conviertan en jurados, ni menos que pronuncien sentencia revocando la del Consejo de guerra que no se ha fundado, según se pretende, sino en su íntima convicción.

No se diga que los Consejos de guerra verbales son tribunales de hecho y que los otros son de derecho. La distinción entre unos y otros Consejos no proviene sino de las infracciones que en ellos se juzgan y de la mayor o menor amplitud en los trámites del juicio.

Sabido es que los tribunales de hecho expiden, no sentencia, sino veredicto; y sólo al hablarse del Consejo de guerra extraordinario, prescribe la ley que éste se limite a declarar en su veredicto el hecho, y que el auditor de guerra pronuncie la sentencia imponiéndole la pena establecida por la ley.

Permítaseme que haya insistido tanto sobre un punto tan obvio, porque en el presente caso es absolutamente decisivo.

Nada más frecuente en épocas como la actual, en que las pasiones políticas se hallan en efervescencia, que se propalen ciertas noticias por la calumnia; que se difunden ellas instantáneamente como transmitidas por el hilo telegráfico; que todos las crean a puño cerrado sin investigar en qué se fundan los rumores y que aun las personas más sensatas den entero crédito a todo cuanto oyen repetir mil y mil veces. Los tribunales de hecho, compuestos de hombres como todos se dejan impresionar por los rumores populares, y ello influye, a no dudarlo, en el veredicto que se expida.

El otro punto, esto es, el de la aplicación de las disposiciones legales relativas a las pruebas, no es menos clara. El Código Militar menciona pruebas, habla de las plenas y semiplenas; pero no da acerca de ellas regla ninguna, porque ya en el Código de enjuiciamientos en lo criminal se hallan esas reglas circunstanciadas.

El art. 50 determina las únicas pruebas admisibles en juicio; el 54 fija las reglas sobre la prueba testimonial; el art. 60 nos habla de la prueba instrumental; y los arts. 87 a 90 determinan todo lo concerniente a la correspondencia epistolar.

Pasemos ya a las infracciones puntualizadas; y fijémonos en los artículos que el Sr. Coronel Morales cita en su decreto.

El art. 151 encierra tres partes:

1^a Todo militar que no obedeciere una orden que tenga relación con el servicio, o la traspasare o modificare arbitrariamente, será castigado como reo de desobediencia simple, siempre que el hecho sea de tal naturaleza que no pueda comprometer la disciplina ni la seguridad del ejército:

2^a Si el hecho puede comprometer la disciplina o la seguridad del ejército, y se ejecutare en tiempo de paz, se impondrá al culpado la pena de tres meses a dos años de prisión; y si en tiempo de guerra, la de cuatro meses a dos años; y

3^a Si la desobediencia hubiere causado un daño considerable al servicio, y la infracción se ha cometido en tiempo de paz, la pena será la prisión de dos a cinco años, y en el de guerra, la reclusión de ocho a doce años, pudiendo imponerse aún la pena de muerte.

Al General Bowen se le imputa que desobedeció a una orden dada por el Sr. General Alfaro desde Corinto.

No se ha probado la desobediencia, ni probada, constituiría infracción; porque el Jefe Supremo no ha ejercido el mando en la República sino cuando vino al Ecuador.

También se dice que el General Bowen se negó a obedecer una orden del Jefe civil y militar Sr. Robles para que reuniese un Consejo de militares, que determinara cómo debía procederse a las operaciones bélicas.

Cuando don Reinaldo Flores salió de Guayaquil, el General Bowen mandaba como jefe a Babahoyo; fue con sus tropas a Guayaquil y no podía como Comandante del ejército, considerarse como subordinado del Jefe civil y militar.

No se ha probado tampoco que el General Bowen recibió orden escrita de Sr. Robles ni un acto de desobediencia.

El General Bowen debió tener pleno conocimiento de las circunstancias del ejército y que entonces no convenía una reunión de militares; la cual hubiera podido suscitar desacuerdos o desavenencias.

Mientras el General Alfaro no llegó a Guayaquil, no hubo en la República gobierno, y los Jefes civiles y militares de cada provincia, de cada cantón, no podían expedir sino las órdenes concernientes a la policía y la administración de la respectiva sección territorial; mas no las importantísimas concernientes a la organización de todo el ejército que iba a combatir contra la Camarilla presidida por don Lucio Salazar.

El principal acto de insubordinación imputado al Sr. General Triviño consiste en que se opuso a que los dos batallones del Daule formaran uno sólo.

Preguntado el Sr. Comandante Monteverde: qué órdenes dió al declarante el Sr. General Triviño cuando se trataba de formar aquel batallón, contestó, que la orden fue de que todos se negaran a cumplirla.

Tal declaración carece de valor legal, porque debió presentarse dos testigos que tuviesen conocimiento de la orden, o ésta por escrito.

Extraño es que siendo más de quinientos los oficiales y soldados que componen los dos batallones, sólo el Comandante Monteverde tuviere conocimiento de la oposición del Sr. General Triviño.

El dicho del Comandante Monteverde está desmentido así por el proceder del mismo General Triviño, como por los actos ejecutados por los dos batallones.

Consta plenamente del proceso que desde su llegada aquí, el General Triviño no fué ni una sola vez al cuartel de los dos batallones del Daule. Si hubiese pretendido influir el General Triviño en que los dos batallones no diesen cumplimiento a la orden, ¿no hubiera pasado personalmente al cuartel a dictar las providencias conducentes a que la oposición se verificare? ¿Dónde consta que el Sr. General Triviño hubiese tenido ni la más mí-

nima parté en el descontento que hubo en el cuartel, cuando se dispuso que se formara de los dos batallones uno sólo?

Y a decir verdad, la declaración del Sr. Comandante Monteverde es la única semiplena prueba que contra el General Triviño se ha rendido.

LUIS F. BORJA

Tomado del opúsculo que se intitula: "Proceso del Consejo de Guerra seguido contra los Generales Plutarco Bowen y Juan M. Triviño.—Guayaquil,—Imprenta de "El Tiempo".—Plaza de Rocafuerte Nos. 8 y 9.—1895."

INDICE

PROLOGO	VII
---------------	-----

ALEGATOS

I Depósito judicial del precio, en el contrato de compraventa	3
II Efectos de la acumulación de autos en el caso de concurso de acreedores	11
III La acción resolutoria en el contrato de compraventa	19
IV Prescripción de las acciones por obra nueva.—Posesión inscrita o material para las mismas	25
V Nulidad de escrituras y contratos.—Ejecutoria y cosa juzgada.—Demanda oscura	37
VI La sentencia ejecutiva y la autoridad de cosa juzgada.—Personería del Síndico y del deudor en caso de concurso de acreedores.—La acción pauliana	83
VII Normas sobre la interpretación de los contratos, en especial cuando establecen plazos.—Pago a día del precio de un remate.—Prescripción del derecho sobre la cabida de un inmueble	109
VIII Efectos de la partición de una herencia	141
IX Propiedad sobre edificio que mujer casada construye en terreno municipal.—Efectos de la autorización judicial y la autorización y el mandato del marido	175
X Acciones posesorias	197

XI	Solemnidades del testamento cerrado	207
XII	Prescripción adquisitiva de aguas urbanas pertenecientes al Municipio	247
XIII	Jurisdicción y competencia.—Naturaleza mixta, —sumaria y ordinaria—, del juicio de obra nueva que se hallaba establecido en 1909	269
XIV	La restitución exigida a causa de nulidad, rescisión y resolución de un contrato, no requiere prueba del dominio de la cosa demandada	287
XV	La prueba de testigos sobre la falsedad de un testamento	297
XVI	Los Consejos de Guerra como Tribunales de Hecho o de Derecho, según el Código Militar que regía en 1895.—Jurisdicción peculiar de cada uno de ellos	311

ACABOSE DE IMPRIMIR ESTE LIBRO EN QUITO,
EN LOS TALLERES GRAFICOS NACIONALES,
A VEINTE DIAS DE FEBRERO DE MIL
NOVÉCIENTOS CUARENTA Y
CINCO AÑOS.

— ° —