

Derecho Procesal Civil (*)

(SEGUNDO CURSO)

(Continuación)

CAPITULO XXVI

EJECUCION PARA EL PAGO DE DEUDAS DE DINERO

- 1.—La demanda. 2.—Su tramitación. 3.—Etapas del juicio: a) primera etapa: la apreciación del recaudo; el auto de pago; b) segunda etapa: debate sobre la cuestión de fondo. 4.—Actitudes del ejecutado: a) el ejecutado paga; b) el ejecutado se opone; contenido de la oposición; el caso de la oposición en las letras, libranzas, vales y cheques; las probanzas; c) el ejecutado no paga ni se opone. 5.—Sentencia. 6.—Ejecución sin recaudo. 7.—Ampliación de la ejecución para el cobro de deudas que se devengan en períodos sucesivos. 8.—La rebeldía en el juicio ejecutivo. 9.—Costas. 10.—Intereses. 11.—Segunda instancia y recurso de nulidad. 12.—Juicio contradictorio.

1.—Conforme al art. 599 C. P. C. se puede demandar ejecutivamente el pago de deudas de dinero, la entrega de cosas muebles y el cumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer. Trátándose del cobro de deudas de dinero pueden presentarse dos casos: 1º—que la deuda conste en moneda nacional circulante; y 2º—que conste en moneda extranjera o que no circula.

En el primer caso la cuestión no tiene dificultad; sólo hay que insistir en que la deuda sea por cantidad líquida y superior a doscientos soles (661). El Código dice que se entiende por cantidad líquida, no sólo la que actualmente tiene esta calidad sino la que puede reducirse a cifras determinadas mediante simples ope-

(*) Véase los Nos. II y III del Año XII de esta Revista.

raciones aritméticas basadas en los datos que suministra el título ejecutivo.

En el segundo caso, el acreedor reducirá la deuda a moneda nacional, bajo su responsabilidad, en el mismo escrito de demanda (1249 C. C.). Esta reducción no tiene más objeto que facilitar el despacho de la ejecución por la cantidad líquida que resulte, pudiendo ser contradicha por el deudor y rectificada por peritos o de otro modo, en la estación respectiva (608) o sea en la estación probatoria o en el momento en que el deudor quiere pagar, pero duda de la exactitud de la operación practicada por el acreedor o la objeto.

La demanda contendrá los requisitos que señala el art. 306 con los datos que mencionamos en los párrafos anteriores y a ella se adjuntará el recaudo.

2.—En la tramitación del juicio ejecutivo hay dos estaciones: una, en la que sólo es objeto de apreciación y por tanto de decisión judicial el título presentado como recaudo; y otra, en la que ya se puede discutir la obligación demandada.

a.—Presentada la demanda para el pago de una deuda de dinero hay un conocimiento que llamaremos superficial, que se realiza inóida la parte ejecutada. Sólo se examina la observancia de las formalidades de la ley, en la confección del recaudo y el contenido o la obligación y su exigibilidad. Este conocimiento o examen puede determinar alguna de estas actitudes: 1.º—que el juez deniegue la ejecución (sin que pueda dar otro trámite a la demanda), bien porque el recaudo no contiene obligación exigible ejecutivamente, porque las formalidades de ley no están cumplidas o porque ha prescrito la acción; y 2.º—que ampare la ejecución y dicte auto de pago.

En el primer caso, el actor tiene dos recursos: el de reposición para ver si el juez modifica su criterio y dicta auto de pago; y el de apelación contra el auto originario que deniega la ejecución y contra el que deniega la reposición, para que la Corte Superior revise la resolución del juez. Con estas solicitudes y proveídos no se cita ni se oye al demandado que aún no es parte en el juicio (606, 2, p.). La apelación debe concederse en ambos efectos y la Corte resuelve también con sólo la intervención del demandante. Hay recurso de nulidad si se confirma el auto de primera instancia y lo permite la cuantía de la deuda (607), esto es, si se cobra más de 500 soles.

En el segundo caso, es decir cuando procede la ejecución, el

juez ordenará que el deudor pague la suma demandada dentro del siguiente día, o que en caso contrario se trabé embargo en bienes que basten al pago de la deuda y costas (606). Esta amenaza de embargo forma parte integrante del auto que expide el juez llamado auto de pago y no precisa que el ejecutante lo pida.

El ejecutado no puede reclamar del auto de pago y ante el juez que lo expidió en ninguna forma, es decir no tiene como el actor o ejecutante el recurso de reposición para que el juez por sí mismo, lo deje sin efecto en mérito de lo que dispone el art. 1078. La ley sólo le permite el recurso de apelación (611). La apelación se concede en ambos efectos; y la Corte Superior absolverá el grado por el simple mérito de los recaudos acompañados a la demanda.

Hay lugar a recurso de nulidad contra el auto que confirma o revoca el de primera instancia, si lo permite la cuantía de la ejecución.

Como se ve, en esta estación del juicio no se discute la cuestión de fondo. Sólo es objeto de apreciación la parte externa, formal del recaudo.

En esta misma estación puede presentarse el siguiente caso: que interpuesta demanda ejecutiva tanto el juez como la Corte Superior denieguen la ejecución y que la Corte Suprema declarando que hay nulidad en la resolución de vista y reformándola, revoque la de primera instancia, dictando auto de pago. El expediente regresa a primera instancia para notificar el auto de pago. El ejecutado, conforme a la disposición últimamente citada ¿puede apelar de dicho auto de pago? ¿puede interponerse recurso de nulidad para que vuelva a conocer la Suprema? La ley nada dice. Si se tiene en cuenta que la resolución de la Corte Suprema constituye una ejecutoria, es indudable que contra lo dispuesto por ella, no procede ya recurso de apelación.

Con la apreciación del recaudo que puede terminar denegándose la ejecución o dictándose auto de pago, termina la primera estación del juicio ejecutivo.

b.—Notificado el deudor con el auto de pago, puede apelar de él, llevando a la Corte Superior la apreciación del recaudo, porque puede anotar alguna deficiencia u omisión de formalidades en el título, no apreciadas por el juez. Puede aún, si la cuantía lo permite, llevar el asunto a la Corte Suprema. Pero una vez ejecutoriado el auto de pago o una vez vencido el término para ape-

lar de él o para interponer, en su caso, recurso de nulidad, no puede adoptar sino alguna de las tres siguientes actitudes:

a).—El ejecutado paga. En lo que se refiere al pago, puede presentarse alguno de estos dos casos: 1º—que el ejecutado cancele la obligación, sin observación ni reserva alguna. En este caso se entrega al ejecutante la suma reclamada y queda terminado el juicio (609); 2º—que el ejecutado manifieste que va a consignar la suma reclamada, para evitar el embargo (610); que se reserva el derecho de discutir la obligación en la vía ordinaria y que si el ejecutante quiere retirar el dinero consignado, la entrega se le haga bajo fianza. Este recurso puede ejercitarse dentro de seis días de notificado el auto de pago. En este supuesto el juez procederá a expedir sentencia y en ella ordenará se otorgue la fianza solicitada (662 1ª p.). Pero esta forma de pago impone al solicitante de la fianza, la obligación de interponer la demanda ordinaria dentro de 15 días contados desde que se le notifica la sentencia, si no es apelada, o desde que quede ejecutoriada. El calificativo de “ejecutoriada” que la ley da a la sentencia expedida en juicio ejecutivo, significa que ella, la sentencia, queda consagrada por una resolución de la Corte Superior o de la Corte Suprema, pero esto no quiere decir que produzca efectos definitivos e inamovibles de cosa juzgada sino después de seis meses (1083).

Vencido el plazo de 15 días sin haberse interpuesto la demanda que prometió iniciar el consignante, se ejecuta el fallo sin necesidad de fianza o se cancela la que se hubiese prestado (662 2ª p.).

Esta disposición se explica como una concesión que la ley hace al ejecutado para que actúe dentro de sus posibilidades. Si cree que es imposible acreditar dentro del juicio ejecutivo las afirmaciones que va a formular, mejor es que se ahorre una tramitación inútil para él, y se ahorre gastos igualmente innecesarios y que reserve sus alegaciones para el juicio ordinario. En el juicio ordinario procurará comprobar una oposición que no pudo justificarla en el juicio ejecutivo.

b).—El ejecutado se opone.—La oposición puede formularla, bien empozado en la Caja de Depósitos y Consignaciones ya trabado, o bien sin dicha consignación, en cuyo caso el embargo trabado a solicitud del ejecutante debe subsistir; pero la oposición debe interponerse dentro de seis días de notificado el

auto de pago o de ejecutoriado este auto, si es que ha sido apelado (661).

Contenido en la oposición.—El C. de P. C. inspirándose en legislaciones liberales tolerantes, como la uruguaya, permite al ejecutado al oponerse al auto de pago, deducir todas las excepciones que puedan beneficiarlo (663) ya sean dilatorias o sean perentorias, pero precisando los hechos que las fundamentan y señalando las normas legales que las apoyan. Puede también en el mismo recurso deducir la nulidad o falsedad de la obligación, o del título o documento en el que conste, lo que importa la afirmación de la existencia de un delito. Puede reclamar de la “plus petición” o del exceso en la reducción autorizada al ejecutante en el art. 608 del C. de P. C. (663 2º p.). Lo único que no puede es interponer reconvencción. La razón de esta tolerancia es sencilla. Si el ejecutado puede probar dentro de este juicio los hechos que alega, no hay razón para limitar su defensa.

Oposición en las letras, libranzas, vales, cheques.—Es de advertir que esta amplitud de defensa que la ley concede al ejecutado cuando se trata del cobro de deudas de dinero en general, se limita cuando se trata del cobro del importe de letras de cambio, libranzas, órdenes para la entrega de frutos, vales o cheques. En estos casos no es posible deducir otras excepciones que las de jurisdicción y personería y las que se apoyen en las leyes especiales relativas a cada uno de estos títulos, o en las relaciones personales del opositor con el ejecutante (664). (70). Según de la Plaza, esta restricción obedece a que para la letra es problema de vida o muerte determinar si para oponerse a su pago, pueden alegarse excepciones que no se funden en la letra misma (71).

No obstante esta restricción nos parece que no hay inconveniente para deducir las demás que se enumeran en el título de excepciones dilatorias, si es que ellas tienen por objeto la determinación del ejecutante, del ejecutado y la corrección de la tramitación seguida, requisitos éstos de carácter fundamental para que haya juicio ejecutivo.

En la frase “excepciones” que se apoyan en leyes especiales sobre esta clase de “títulos o en sus relaciones personales con el demandante” se comprenden, entre otras la *caducidad* que es la presentación de un cheque o de una letra, para su cobro o acepta-

(70) R. J. P. 1946 p. 21.—Ejr. agosto 1945.

(71) Ob. cit. t. II p. 538.

ción, respectivamente, fuera del término que la ley fija para esto. La prescripción es el transcurso del término dentro del que el obligado al pago de una letra o de otro instrumento de crédito, queda libre por este solo hecho de la obligación contraída. Puede también interponerse la excepción de *compensación*, de *carencia de causa* para obligarse, de *pago total o parcial*, de *condonación* o de cualquier otra. Puede aún plantearse la *falsedad* o *insubsistencia* de la obligación, cuidándose al interponer alguna de estas alegaciones, de observar contra quien se hace valer tales recursos; esto es, si es contra el propio girador de la letra o contra un tercero a quien se le ha hecho el endose correspondiente. En el primer caso, la defensa debe ser amplia. Aquí no está de por medio el interés de tercero. En el segundo caso esa amplitud se restringe porque los terceros que reciben las letras, cheques, no tienen cómo formarse concepto de que se trata de documentos basados en el favor, o conseguidos por la fuerza o sujetos a determinadas estipulaciones. Estos documentos se transmiten en forma rápida de plaza a plaza y de persona a persona, y perderían la confianza que tienen conquistada en el comercio, si se tolerara contra los tenedores de buena fé, todas las excepciones que se permiten contra los giradores (72).

De otro lado, el problema de si la letra es un negocio abstracto o si es un negocio que tiene causa, parece resuelto por nuestro C. de C. en sus arts. 437 y 448. Conforme al primero no es necesario que la letra de cambio indique cómo se ha recibido o debe recibirse su importe, o la causa por qué se gira, ni que se opere por su medio un transporte de valores de plaza a plaza. Conforme al segundo, para que la aceptación sea válida, basta que el aceptante firme con su nombre y apellido.

Al recibir el juez la oposición del ejecutado en los términos expuestos, debe sustanciarla corriendo traslado al ejecutante por tres días (665). En este caso puede suceder que el demandante conteste la oposición o que no absuelva dicho trámite. Llenada la formalidad de contestar o dándose por absuelto el trámite, el juez debe ver si entre las excepciones propuestas por el ejecutado, figura la de jurisdicción, pues en tal caso la controversia sobre la cuestión principal se suspende y sólo es objeto de prueba la referida excepción de jurisdicción (665). El término de prueba para la excepción es el que toca a los incidentes o sea diez días.

(72) R. J. P. 1944 p. 50 E. S. de 25 de abril de 1944.

No es demás advertir que las pruebas deben concretarse a la excepción de jurisdicción y no a las demás excepciones que se hubieran propuesto, ni a la cuestión de fondo ya que, como queda dicho, el juicio principal queda paralizado para discutirse y resolverse únicamente y en forma previa la competencia del juez.

Al resolverse la excepción de jurisdicción, puede serlo en alguno de estos sentidos: bien declarando fundada la excepción, o bien denegándola. En el primer caso, establecida la incompetencia del juez, ya porque el auto quedó consentido o fue ejecutoriado, se suspende la ejecución (666 1ª p.) y el ejecutante debe apersonarse ante el juez llamado por la ley. Pero para que el ejecutado no disponga de sus bienes y burle a su acreedor, a pesar de la suspensión del juicio, queda vigente la medida de embargo, sin necesidad de fianza, por el término de diez días que se cuentan desde que quede ejecutoriado el auto que admite la excepción. Dentro de este plazo, el ejecutante debe renovar su acción ante el juez competente.

La suspensión de la ejecución, deja a la vez sin efecto el embargo trabado cuando la excepción se funda en la falta de jurisdicción nacional (666 2ª p.).

En el segundo caso, tan pronto queda consentida o ejecutoriada la resolución que rechaza la excepción propuesta (667) el juez recibe la oposición o sea la causa principal a prueba por el término de veinte días (665).

Las probanzas.—El término de prueba es común y tiene dos periodos: el de ofrecimiento y el de actuación de las pruebas. Se admiten únicamente las que se ofrezcan dentro de los primeros ocho días; pero conforme a los principios sobre prueba establecidos para el juicio ordinario, aceptada la que ofrece una parte el octavo día, puede la otra ofrecer dentro del día siguiente al de la notificación del decreto que la admite, la que crea conveniente (669).

En el juicio ejecutivo se pueden emplear los medios probatorios señalados para el juicio ordinario, pero su actuación debe tener lugar dentro de los veinte días sin que se pueda conceder el término de la distancia. En caso de mediar algún impedimento que la parte interesada no pueda remover o si por oposición del otro litigante no se actúan las pruebas dentro de este término, puede solicitarse que el juez conceda un breve plazo no mayor de cinco días para que puedan practicarse las diligencias pendientes (670-352).

Los incidentes que se promuevan respecto a pruebas, no interrumpen el término probatorio y se deben sustanciar en cuaderno separado (671-362).

c).—El ejecutado no paga ni se opone.—La actitud del ejecutado al no oponerse a la ejecución ni verificar el pago, puede significar que ha llegado a un acuerdo con el ejecutante para suspender la tramitación del juicio, o puede también revelar su propósito de estar a lo que el juez resuelva. Por eso la ley dispone que, en estos casos, solo a petición del ejecutante y después de vencido el plazo de seis días que la ley concede al ejecutado para formular oposición sin que esta se haya producido, el juez pronuncie sentencia (673).

5.—Vencido el término probatorio, las pruebas producidas se pondrán de manifiesto en la escribanía durante dos días para que las partes puedan examinarlas y formular por escrito las alegaciones o atingencias que tengan por conveniente (672) y vencido dicho plazo (673) el juez pronunciará sentencia dentro del término de seis días (674).

La sentencia en el juicio ejecutivo tiene las mismas partes que la del juicio ordinario. No precisa repetirlas. Pero en ella pueden presentarse alguno de los siguientes casos:

1º—Que la demanda sea rechazada por el solo mérito de las excepciones dilatorias. En este caso, el ejecutante puede renovar su demanda con arreglo a ley, toda vez que la cuestión de fondo, no ha sido resuelta, sino las cuestiones (excepciones) que impiden tratar de ella (680). Por esta razón no puede haber juicio contradictorio. La cuestión principal no ha sido resuelta.

2º—Que se rechacen las excepciones y se mande pagar la misma cantidad reclamada, o como se pone, mande llevar adelante la ejecución. En este caso, además del pago de la deuda, queda el ejecutado con la obligación de pagar todas las costas, sin que el juez pueda eximirle en este pago (675). Por eso en la sentencia, el juez en forma expresa debe hacer tal declaración (1253-1254 C. c.).

3º—Que la sentencia mande adelantar ejecución por cantidad menor que la demandada, en virtud de la defensa hecha por el ejecutado. En este caso el ejecutado queda exento del pago de las costas causadas hasta que se ejecutorie la sentencia; pero son de su cargo, las posteriores. La razón es clara. El deudor que se opone a la ejecución, alegando que debe menos de lo que se le exige, no puede ser condenado al pago de costas producidas al demos-

trar la exactitud de su oposición. Pero si una vez ejecutoriada la sentencia, obstaculiza el cumplimiento de ella, debe pagar lo que cueste su infundada articulación (676); y

4°—Que el juez declare infundada en todas sus partes la demanda (677). En este caso son de cargo del ejecutante todas las costas del juicio y queda sin efecto el embargo. Por este inclusive, tendrá la obligación de indemnizar daños y perjuicios (243).

6.—Ya hemos dicho que hay casos en que es posible iniciar acción ejecutiva, sin recaudo alguno y esto tiene lugar cuando se trata de cobrar la merced conductiva. En tal caso, cualquiera que sea la forma en que esté celebrado el contrato de locación y conducción, procede ejecutivamente el cobro de la merced conductiva, con la afirmación expresa que el ejecutante debe hacer en el recurso de demanda de que el arrendatario ocupa actualmente el bien (598). En esta disposición se ve una doble finalidad de la ley: de un lado conseguir en estos contratos tan generalizados, que el cobro de los arrendamientos se haga en forma breve, evitándose el recurrir al largo y dispendioso juicio ordinario; en segundo lugar, facilitar el cobro, sin necesidad de presentar documento alguno, toda vez que el contrato de locación y conducción puede celebrarse no sólo por escrito sino con frecuencia, verbalmente. En estas condiciones obligar al demandante a presentar título ejecutivo sería obligarle a un imposible. Por eso es que se ha dejado la acción de cobro de arrendamientos a la seriedad y honestidad del que la interpone con la simple afirmación de que el demandado ocupa actualmente el bien. Esto mismo hace ver la diferencia entre el título ejecutivo y el documento que lo contiene. Aquel es un derecho que la ley ampara sin necesidad de que conste en un documento.

Si persona inescrupulosa abusa de esta facultad que la ley concede a los verdaderos locadores y sin que medie contrato de locación interpone demanda de cobro de arrendamientos y afirma que el que ocupa la casa es su arrendatario o que la persona a la que demanda ocupa la casa, sin ocuparla; es decir, si falsamente se coloca en una situación jurídica que no existe, hay para él una sanción que establece el art. 678 y que consiste en multar al ejecutante en favor del ejecutado, en una cantidad igual al doble de la cantidad indebidamente reclamada. Por estas mismas razones este tipo de acción ejecutiva sólo existe mientras el inquilino deudor ocupa el bien arrendado. Si el conductor se ha mu-

dado debiendo la merced conductiva, esa deuda no se puede cobrar en vía ejecutiva.

7.—En las ejecuciones por deudas que se devengan en períodos sucesivos, puede ampliarse la ejecución a pedido del ejecutante, por las armadas causadas o devengadas después de la interposición de la demanda. En este caso, se consideran comunes a la ampliación, los trámites que han precedido (653). Esta clase de ejecución se refiere al cobro de arrendamientos o al pago de una deuda que debe ser amortizada en armadas. Eso sí, una vez que se verifica el pago de la cantidad que fija la sentencia, las pensiones que se devengan después, serán materia de un juicio nuevo. (653 2º p.).

8.—En realidad, en el juicio ejecutivo no tiene por qué presentarse el caso de la rebeldía del demandado y que en tal concepto sea preciso seguir el juicio. La rebeldía supone que hay una interrogación que no se ha contestado, supone una omisión para contestar algún punto dudoso o absolver un trámite. En el juicio ejecutivo el ejecutado nada tiene que manifestar al juez en forma obligatoria. No tiene que llenar ningún trámite. El auto de pago es un mandato; no es un interrogatorio. Por eso es que nuestro Código de Procedimientos Civiles no admite esta figura procesal sino en dos casos: 1º—Cuando el ejecutante teme que el ejecutado se ausente y pide al juez que le haga notificar para que constituya apoderado o señale domicilio y el futuro demandado no lo hace: y 2º—Cuando hallándose ausente se le notifica igualmente para que nombre apoderado o designe domicilio y tampoco cumple lo ordenado. En estos casos la ley dispone que se notifique al ejecutado el auto de pago, el que manda seguir el juicio en rebeldía y la sentencia (682).

9.—En cuanto al cobro de costas en el juicio ejecutivo hay que distinguir los siguientes casos: 1º que el ejecutado pague la deuda dentro del plazo ordenado por el juez o sea antes de trabarse el embargo definitivo; 2º—que se oponga a la ejecución; y 3º—que ni pague ni se oponga.

En el primer caso, el deudor no está obligado a pagar costas. La razón es clara. Ha cumplido simple y llanamente el mandato del juez y dentro del plazo señalado. No ha formulado articulación, ni resulta vencido. Y esta regla rige aún en el caso de haberse solicitado y trabado embargo preventivo, porque esta medida es una simple precaución del ejecutante, una diligencia que se realiza sin que el ejecutado sea advertido de su realización

(659) y estas precauciones del ejecutante no pueden ser sufragadas por el ejecutado. Además si se permitiera el cobro de costas por la simple realización del embargo preventivo, aunque el deudor pague dentro del plazo fijado por el juez, todo ejecutante pediría embargo preventivo. En cambio si el ejecutado no paga dentro del término de ley y por esto se traba embargo definitivo en alguno de sus bienes, está obligado a dicho pago, porque la simple medida de embargo definitivo es ya una sanción derivada del incumplimiento del auto de pago.

En el segundo caso o sea cuando el ejecutado se opone, ya sea consignado para evitar el embargo o sin dicha consignación, el cobro de costas está subordinado al resultado del juicio. Si el opositor gana la oposición, será el ejecutante el obligado a tal pago; (675) pero si se declara infundada la oposición el ejecutado en forma expresa tiene que ser condenado al pago de costas.

Cuando el ejecutado no paga ni se opone, igualmente está obligado al pago de costas (673-676).

10.—No obstante que el ejecutado, para evitar el embargo, consigna la suma reclamada para formular oposición contra el auto de pago, está obligado a pagar intereses si su oposición se desestima. Lo mismo en el caso tercero que hemos citado. Pero naturalmente esta obligación existe cuando se reclama en la demanda. Si no hay intereses pactados, se regulan a razón del 5% al año conforme al art. 1325 del C. c.

11.—Cuando hay apelación de la sentencia de primera instancia, al ingresar el expediente a la Corte Superior el proveído que se dicta es igual que el que hemos mencionado para el juicio sumario, o sea "autos con citación y a la tabla". Esto quiere decir que la Sala pide el expediente haciendo saber qué Vocales van a conocer del juicio y ordena que se anote en la relación de causas expeditas para ser resueltas (1108).

En segunda instancia se pueden admitir excepciones no deducidas ante el juez de primera instancia, siempre que estén apoyadas en prueba escrita, pero no hay estación probatoria (681). Los documentos que se presenten pueden ser objeto de tacha (406); pero en este caso, la tacha se tramitará como incidente.

La sentencia de la Corte Superior puede ser objeto de recurso de nulidad, si es que la cuantía de la causa así lo permite. Al ingresar la causa a la Corte Suprema, la Sala respectiva (es la Primera Sala excepto la ejecución por cobro de arrendamientos que toca conocer a la Segunda Sala conforme a la ley 7564) dis-

pone que se entreguen los autos a los procuradores de las partes por el término de seis días para cada uno (1130). Sea que las partes expresen los agravios que les infiere la sentencia, o vencido el término indicado sin que tales recursos se hayan presentado, se pasarán los autos al Fiscal. Con su dictamen la causa se manda poner en tabla quedando en estado de ser resuelta por la Corte, tan pronto el presidente de la Sala lo designe.

12.—Conforme al art. 1083 del C. p. c. las sentencias recaídas en esta clase de juicios, pueden ser contradichas en vía ordinaria. Ya hemos explicado el por qué de esta disposición cuando tratamos de la consignación o pago bajo fianza dentro de este juicio.

CAPITULO XXVII

EL EMBARGO EN EL JUICIO EJECUTIVO

- 1.—Su objeto. 2.—Clases de embargo. 3.—Cómo se hace constar: el cuaderno de embargo. 4.—Diligencia inmediata al embargo. 5.—El embargo no se puede impedir. 6.—El embargo puede levantarse. 7.—Sobre qué bienes puede recaer. 8.—Bienes inembargables. 9.—Excepciones a alguna de estas prohibiciones. 10.—Formas de embargo: a) el depósito; b) la retención; c) la intervención; d) la inscripción en el registro de inmuebles; e) la administración. 11.—Derechos del ejecutante. 12.—Derechos del deudor. 13.—Derechos del interventor y del depositario. 14.—Obligaciones del depositario. 15.—Obligaciones del interventor. 16.—Remoción de depositarios e interventores. 17.—Reembargo. 18.—Responsabilidad por las resultas del embargo. 19.—Transformación del embargo preventivo.

1.—El embargo "constituye una garantía patrimonial que nos asegura *in genere*, la satisfacción de unas responsabilidades que pretendemos exigir" (73); sirve para hacer cumplir una sentencia o para impedir que la que se expida después en sentido favorable al actor resulte a la postre ilusoria, porque el deudor distrajo u ocultó sus bienes o la cosa demandada. Con esta medida se persigue, en consecuencia, la aprehensión de los bienes del deudor.

En el juicio ejecutivo, el embargo constituye su peculiaridad. Esto no quiere decir que sea un trámite ineludible de la ejecución porque por tal diligencia se persigue únicamente proporcionar seguridad a los derechos que reclama el demandante que pueden ser

(73) De la Plaza. ob. cit. T. I pág. 67.

burlados por pactos del deudor; y éste puede dejar de solicitarla o hacer que se ejecute en cualquier momento. Sin perder este carácter de medida voluntaria transitoria y cauteladora, a veces resulta superflua. Tal sucede cuando el deudor paga.

El juez que encuentra mérito para expedir auto de pago, aún sin que el ejecutante lo solicite, debe disponer en el mismo auto que si el ejecutado no paga la suma reclamada dentro del siguiente día a la notificación, el escribano proceda a trabar embargo en los bienes del deudor que cubran la deuda, intereses y costas. De acuerdo con esto, para que proceda la medida de embargo en el juicio ejecutivo es preciso la presentación de título o documento que acredite la existencia de la obligación.

Por lo que queda expuesto, el embargo no es una medida ineludible dentro del juicio ejecutivo. Iniciado el juicio ejecutivo puede continuarse por sus trámites, sin necesidad de acudir a la medida de embargo. El ejecutante puede escoger el momento o la oportunidad para que la medida se ejecute (658).

2.—El embargo puede ser preventivo o definitivo y en ambos casos debe figurar en cuaderno propio, separado.

El embargo preventivo se lleva a afecto, sin previa citación ni audiencia al deudor (236); el definitivo, previo un requerimiento. Cuando se solicita embargo preventivo debe precisarse por el acreedor los bienes en los que va a recaer la medida, para que el juez pueda decretarla (236); en el definitivo, esa designación puede hacerse verbalmente o por escrito después de decretada la medida, y la verbal hasta en el acto mismo del embargo (616). El primero debe solicitarse en forma especial y separada de la demanda (246). El segundo no necesita ser solicitado cuando se trata del juicio ejecutivo, ya que el juez al dictar auto de pago (606) debe a la vez disponer que si no se cumple su mandato, se proceda al embargo por el escribano, sin necesidad de mandamiento especial; y la medida debe realizarla también en cuaderno separado (612). Se diferencian asimismo, en que el embargo preventivo lo puede decretar cualquier juez (224), mientras que el definitivo no lo puede decretar sino el juez de la causa. Si de los bienes, rentas o derechos que se embargan está conociendo otro juez, se comunicará a éste el embargo para su ejecución (225).

3.—Cuando se trata de un embargo preventivo, el cuaderno se inicia con la solicitud respectiva y la providencia que accede a ella. Luego se hace constar la realización de dicha diligencia en un acta en la que se expresará el día y hora en que se practica, los

bienes que son objeto de ella (654), la persona que queda a cargo de ellos (655) y termina con la firma del depositario, el escribano y los interesados presentes (656).

Si el embargo es definitivo, el cuaderno se iniciará con la copia del auto de solvendo en cuya segunda parte va la frase de "si no se cumple, proceda el escribano a embargar bienes que cubran la suma reclamada y costas", o sea ya el mandato de embargo que debe realizarse para el pago que el mismo auto se señala. Se copia también las notificaciones del auto de pago (613) para acreditar que el ejecutado ha estado enterado del mandato de pago y que ha dejado pasar el plazo sin darle cumplimiento. A continuación vendrá el acta en la que conste el embargo con los datos expuestos para la misma diligencia en el embargo preventivo.

4.—Una vez realizado el embargo, ya sea en forma preventiva o en forma definitiva, el escribano hará saber al ejecutado la realización de la diligencia (240, 660). La razón de este mandato se halla en que el auto que ordena el embargo es susceptible de apelación y de oposición. Y para que el ejecutado pueda ejercitar tales recursos debe notificársele su realización. No creemos demás hacer presente que tales recursos sólo pueden proveerse con posterioridad a la realización de la diligencia. Nunca antes (614).

5.—Mientras no esté ejecutada la medida de embargo, el juez no puede admitir ningún recurso que tienda a entorpecerlo (246-614), salvo que el ejecutado ejecute el pago o haga la consignación a que se refieren los arts. 609 y 610. Esta prohibición es tan absoluta que no sólo se refiere a dificultades dentro del cuaderno de embargo, sino también a las que pudieran producirse en el expediente principal, con el objeto de impedir que se forme el cuaderno de embargo. Por eso el art. 613 dispone que el cuaderno de embargo se forme, no obstante los recursos que se interpongan en el principal, inclusive la apelación y la competencia.

6.—En cualquier estado del juicio, el ejecutado puede hacer cesar el embargo que pesa sobre sus bienes, haciendo la consignación indicada en el art. 610 (615). En este caso la medida de embargo recae sobre la cantidad empozada que debe ser igual a aquella por la que se realizó el embargo.

7.—La regla general es que todos los bienes del deudor, que se hallen en el comercio de los hombres, son susceptibles de embargo. Pero no se pueden embargar indistintamente. La ley dispone un orden para la medida. Por eso dice de preferencia los dados en hipoteca o prenda. Luego los muebles, inmuebles, dere-

chos y acciones (612); pero entre estos bienes hay algunos que la ley prohíbe embargar.

8.—En unos casos por razones de orden social, en otros por cuestiones de decoro, la ley no permite embargar determinados bienes. Los enumera el art. 617. Ellos son:

1º—Las cosas públicas y las destinadas al culto.

Si estas cosas no están en el comercio de los hombres, ni pueden enajenarse, carece de objeto el que puedan embargarse.

2º—Los sepulcros si no es que se reclama el precio de la venta o construcción de los mausoleos.

El anterior comentario es aplicable a este caso. Pero conviene anotar que la ley no se refiere al ataúd, sino a las construcciones llamadas mausoleos. Sin embargo para mantener incólume el derecho del constructor que pone material y mano de obra y cuyo contrato en tal caso es de compra-venta, deja a salvo su derecho para pedir la rescisión del contrato y cobrar, en su caso, la construcción hecha.

3º—El lecho cotidiano, los vestidos, muebles y utensilios de uso indispensable del deudor, su cónyuge e hijos.

Esta disposición se explica por sí sola. Si el interés del acreedor puede llevarle a desposeer a su deudor de su patrimonio, ese interés no puede ir más allá de ciertos límites que razones de humanidad y de compasión ante la desgracia imponen, para no embargar aquello que es indispensable para la vida del deudor y de su familia. Esto tiene su manifestación más clara en el art. 1138 del C. c. Por lo mismo, todo lo que es lujo, comodidad, confort, que no constituye el menaje indispensable de una casa, puede embargarse.

4º—Las dos terceras partes de los emolumentos, sueldos y renta de los funcionarios y empleados de toda clase y de los beneficiados, aunque haya pacto en contrario; pero puede embargarse una de las dos terceras partes, sólo por deudas provenientes de pensiones alimenticias, cuando la tercera de libre disposición está ya embargada por un acreedor de distinto orden.

Esta disposición que permitía embargar una tercera parte de los sueldos de funcionarios y empleados de toda clase y por obligaciones de cualquier naturaleza, está modificada por la ley 2760 que en su art. 1º, segunda parte, no permite el embargo de los sueldos de los empleados públicos, ni los salarios de los obreros, artesanos y jornaleros, sino por deudas alimenticias y hasta la tercera parte.

En mérito de esta disposición se hizo un distinguo entre los empleados públicos y particulares, que en realidad, no tiene razón de ser. Se dice que los empleados públicos pueden distraer su atención, si sus acreedores les retienen parte de su sueldo y que tal distracción es perjudicial al Estado y a las Instituciones públicas donde trabajan. Esta misma puede ser la situación de un empleado particular a quien no hay porque colocar en situación inferior a la del servidor del Estado. De otro lado la protección exagerada al empleado público lo coloca en una situación difícil ya que por la inembargabilidad de sus sueldos, se le priva de todo crédito. Estas disposiciones tienen sin embargo, una nota fundamental y es que permiten el embargo por pensiones alimenticias, ya que no es humano pensar que mientras el empleado, al amparo de la ley, goce de su sueldo, sus familiares no dispongan de lo necesario para alimentarse.

5º.—Los instrumentos y útiles necesarios para la enseñanza o el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que el deudor esté dedicado.

Esta disposición igualmente se explica porque no debe dificultarse e impedirse a una persona que ha orientado sus actividades en determinado sentido, a que busque su sustento y el de su familia, precisamente sin sus instrumentos de trabajo. Con este criterio se dió el Decreto-ley 6903 que declara inembargables los camiones y autos de plaza, cuando son manejados por sus mismos propietarios.

6º.—Los animales, máquinas e instrumentos indispensables al ejecutado para el ejercicio de la agricultura, minería u otra industria a que esté consagrado.

La razón expuesta en el precedente inciso es aplicable a esta disposición. Pero fuera de lo comprendido en esta disposición o sea aquellos objetos o semovientes que no son indispensables en las labores ordinarias, procede la medida de embargo.

7º.—La máquina, aparejos, vituallas, armamentos y pertrechos de las naves.

Esos instrumentos constituyen un todo cuyas partes no se pueden embargar, por que en tal caso la nave resultaría inservible, privada de alguna parte fundamental.

8º.—Los libros de los jueces, profesores y demás personas que ejercen profesiones liberales o literarias y de los estudiantes y que sean necesarios para el ejercicio de su profesión o aprendizaje.

Las razones que dejamos expuestas, son también aplicables a estos casos. Pero debe tenerse en cuenta que esta prohibición se refiere a libros absolutamente necesarios, no a todos los que pertenezcan a estas personas, ya que ello importaría un privilegio en favor de un determinado grupo de la sociedad.

9.º—El uniforme de los funcionarios y empleados públicos en ejercicio.

De acuerdo con esto, los que no están en servicio, no están amparados por esta disposición, y su vestuario, al igual que cualquier otro bien, puede ser embargado.

10.—Las armas, caballos, uniformes y equipos de los militares en actual servicio.

Esta disposición se explica por si misma y guarda perfecta relación con lo que dispone el art. 664 del C. de J. M.

11.—Las condecoraciones acordadas por la Nación al ejecutado o sus antepasados por los servicios públicos que hubiesen prestado.

Estas distinciones representan o simbolizan la gratitud del país a quienes le dieron lustre y reputación, prestigio e importancia. En este concepto no es posible ni decoroso que tales distinciones puedan ser objeto de medidas de la naturaleza del embargo. Por esta misma razón, el dispositivo que estudiamos sólo ampara al que las recibió o a sus deudos. De ninguna manera a los coleccionistas.

12.—Los bienes destinados a un servicio público o comunal que no pueda paralizarse sin perjuicio del tráfico o de la higiene, como ferrocarriles, empresas de agua potable o desagües de las ciudades, cementerios, mercados y otros semejantes; pero puede embargarse la renta líquida que produzcan en forma de intervención.

La salubridad pública, el interés social, justifican esta disposición. Ellos no pueden interrumpirse por el simple interés de un particular, pero en defensa del interés del particular, se autoriza el embargo en forma de intervención.

13.—Los derechos de uso y habitación.

El uso y la habitación, considerados por el C. c. como derechos reales, se constituyen en favor de determinadas personas y no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación según el art. 954 del C. c. No pueden transmitirse. Se establecen para satisfacer las necesidades del beneficiado o de su familia. Si no pueden transferirse, carece de objeto su embargo.

14.—Las pensiones de alimentos y de montepío y la renta vitalicia, si el que la constituyó a título gratuito, dispuso al tiempo de otorgarla, que no estaría sujeta a embargo, o cuando se haya constituido para alimentos; pero pueden ser embargadas por deuda alimenticia, y en este caso sólo en la tercera parte.

Esta disposición está modificada por la ley 2760 en cuyo artículo 1º, primera parte, se dispone que no pueden embargarse las pensiones de montepío, sino por deudas alimenticias y sólo hasta la cuarta parte; y las de jubilación, indefinida y cesantía o retiro, sólo hasta la tercera parte, por deudas de la misma naturaleza.

15.—La suma que se deba pagar a los empresarios de obras públicas durante la ejecución de los trabajos.

El Estado o las corporaciones públicas suelen entregar dinero a particulares para que realicen determinados trabajos. Como ese dinero está destinado a una obra de interés general, no puede servir para pagar deudas particulares del empresario. Si esta incorrección se permitiera, los trabajos dejarían de realizarse y se tendría el absurdo de un interés privado superando a un interés público.

16.—Los demás bienes que leyes especiales prohíben embargar.

En esta disposición se hallan comprendidos entre otros las indemnizaciones por accidentes de trabajo (ley 1378) excepto un tercio por obligaciones alimenticias; los beneficios de la ley del empleado (ley 4916 y ampliatorias) con la misma excepción; el predio constituido en hogar de familia (art. 469 y 470 del C. c.) los inmuebles que se compran por mensualidades, conforme a la ley de 14 de noviembre de 1900; las entregas que las sociedades de auxilios mutuos hacen a sus asociados (ley 2244); los depósitos de ahorros (ley 5854); las casas para empleados y obreros (ley 6619); el avío agrícola (ley 9576), etc.

9.—La inembargabilidad que respecto a ciertos bienes establece el art. 617 que acabamos de estudiar no es absoluta. Hay casos que la misma ley se encarga de enumerar, en los cuales es lícito el embargo. Por ejemplo cuando se trata de cobrar la integridad o el saldo de precio de los bienes que se mencionan en los incisos 5º, 6º, 8º, 9º y 10º del artículo citado, la medida es procedente, como una confirmación del principio establecido por el art. 1387 del C. c. derogado (segunda parte).

También son embargables los bienes que se mencionan en los incisos 6 y 7 cuando han sido designados conjuntamente, con las

tierras, minas, establecimientos o naves, o están especialmente afectos al crédito. (618).

Lo son igualmente los mencionados en el inc. 15 en las ejecuciones que tienden a cobrar lo que se adeuda a los artífices u obreros por sus emolumentos o salarios insolutos, o a los proveedores, por los materiales o artículos suministrados para la construcción de las obras a que esa disposición se contrae (618 2ª p.).

Entre los mismos acreedores privilegiados, la ley comprende a los alimentarios cuyos derechos prevalecen siempre sobre cualesquiera otros, ya sean auténticos o provengan de artificios del deudor. Por eso el art. 619 dispone que la venta o cesión que el deudor hiciera en todo o en parte de sus sueldos o rentas de que disfruta, no impide a sus acreedores por pensiones alimenticias, ejecutar la tercera parte de los mismos sueldos o rentas conforme al inc. 4º del art. 617. Esto quiere decir que la cesión o venta hecha por el deudor, se tiene por no realizada en cuanto perjudique o afecte los derechos de estos acreedores.

10.—Es indudable que las medidas de cautela que la ley autoriza establecer sobre el patrimonio del deudor, tienen que variar según la naturaleza de los bienes sobre los que se establezcan. Nuestra ley establece las siguientes:

a).—Depósito.—Así se llama esta medida cuando recae sobre bienes muebles y sobre inmuebles urbanos o derechos sobre éstos (621-639).—La palabra muebles comprende el dinero, alhajas, títulos de crédito (819 y 820 C. c.). Cuando se embargan bienes muebles es requisito esencial de la diligencia, el inventario de los mismos, como un medio de identificarlos y distinguirlos (655). Al terminar la diligencia de inventarios se entregan al depositario, quien debe firmar la diligencia (656).

En principio, el acreedor no tiene libertad para designar depositario para determinados bienes muebles. El art. 621 quiere que el depósito se haga conforme a la ley 53 de 11 de febrero de 1905 que crea la Caja de Depósitos y Consignaciones. En el art. 3º de dicha ley se dispone lo que sigue: "Los depósitos judiciales en dinero y valores mobiliarios cualquiera que sea el juicio y las circunstancias en que se ordenan, así como los administrativos, se harán en las oficinas de la Caja de Depósitos y Consignaciones, y a falta de ésta en la de los representantes designados por la misma Caja bajo su responsabilidad exclusiva". Luego será depositaria en esta clase de bienes, únicamente la Caja de Depósitos y

Consignaciones y a falta de ella, la persona de responsabilidad que designe el juez.

El Decreto-ley No. 7159 de 23 de mayo de 1931, conocido con el nombre de "Ley de Bancos", dispone en su art. 94, que los Bancos que conforme a dicha ley sean autorizados para desempeñar comisiones de confianza, podrán ser nombrados depositarios o interventores de bienes embargados, cuando el depósito no deba hacerse en la Caja de Depósitos y Consignaciones.

Los bienes muebles no comprendidos en las anteriores disposiciones, se entregarán al depositario que el acreedor designe.

Los sueldos, pensiones, rentas, frutos devengados o por devengarse (622) y cualquiera otro crédito se pueden embargar bien en forma de depósito o sea disponiendo que el que debe pagarlos, los entregue al depositario nombrado; o bien en forma de retención, o sea disponiendo igualmente que el mismo pagador los conserve a orden del juez, pero apercibiéndole con un doble pago, si es que desobedece (622). La elección de la forma en que debe decretarse este tipo de embargo, toca al acreedor.

b).—Retención.—De lo que queda expuesto resulta que hay una diferencia sustancial entre depósito y retención. El depósito es un contrato real, por el que una persona recibe de otra alguna cosa para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida el depositante. Este contrato se perfecciona por la tradición efectiva o presunta de la cosa depositada. La no devolución de la cosa trae al depositario la obligación civil de abonar su valor, así como también los intereses, costas, daños y perjuicios. Igualmente le trae responsabilidad penal.

La retención es una obligación que judicialmente se impone a determinada persona para que los pagos o entregas que deba hacer al deudor del que solicita la retención, los reserve a disposición del juez, ya que no extingue su obligación si paga al acreedor después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique (1242 C. c.). Por este mandato de retención, el notificado no modifica su relación jurídica con el deudor. Ella subsiste en toda su integridad y tal como está constituida. Por eso es que su obligación de entregar la cosa retenida sólo existe desde que le sea exigible y en el modo y forma en que éste (el deudor) le exigiría (624). La simple orden de retención no transforma pues su relación contractual en un contrato de depósito, más gravoso y de mayores responsabilidades que el que seguramente tiene. Tan cierto es esto que la ley, como única sanción por la desobediencia al

mandato de retener una determinada suma, sólo le impone la obligación de pagar otra vez, si a pesar de la orden pagó al deudor. Nada más. Aquí claramente se ve la diferencia que hay entre depósito y retención.

Sin embargo, la retención puede convertirse en depósito, pero por voluntad expresa del retenedor; es decir, si manifiesta su resolución de constituirse en depositario. Para esto, el embargante debe pedir al juez que autorice al escribano para recibir el dicho del notificado (140) y para que inserte en el acta de la diligencia de embargo, la exposición que dicho notificado haga sobre la condición, monto o estado del crédito, cosa o pensión, y puede exigírsele en dicho acto la exhibición del último recibo (657). Sólo entonces el retenedor queda constituido en depositario (623).

c).—Intervención.—El embargo de fundos rústicos, minas, naves, o establecimientos industriales se denomina intervención, y es interventor la persona que el acreedor designe (633-646). El interventor es un vigilante de los actos del administrador.

d).—La inscripción en el Registro de Inmuebles.—No obstante que el embargo de inmuebles urbanos se hace en forma de depósito y el de inmuebles rústicos en forma de intervención, la ley (646) faculta omitir, a solicitud del acreedor, el depósito o la intervención, en el embargo de inmuebles, cuando tal diligencia se limita a los bienes mismos con exclusión de sus productos. El embargo trabado en esta forma se inscribe en el Registro de Inmuebles y así queda asegurada la eficacia de la medida.

No obstante lo que queda dicho, el nombramiento de depositario o interventor es siempre necesario, no tanto para recaudar frutos o vigilar y asegurar productos, sino para conservar los bienes embargados en el estado en que están, toda vez que pueden ser objeto de daño o menoscabo por el propio deudor.

e).—Hay casos en los cuales la intervención impuesta sobre un inmueble rústico o en un establecimiento, no es lo suficientemente eficaz, por las dificultades o tropiezos que el deudor pone al interventor en el cumplimiento de su misión. La persistencia de esta conducta después de un requerimiento, faculta al juez a convertir al interventor en administrador. Esto quiere decir que ya no es un simple observador del negocio, vigilante de la contabilidad y recaudador de los ingresos, sino que va a desempeñar un papel más importante dirigiendo la marcha del negocio. Para esto se saca al deudor de la dirección del bien embargado. Como es

fácil comprender, en esta forma de embargo hay mayores responsabilidades en el encargado de hacer efectiva la medida decretada.

II.—Una vez realizada la diligencia de embargo (1223 inc. 4º C. c.) el acreedor está facultado por la ley, para procurar que tal medida responda al fin para el que ha sido dictada. Es así como puede solicitar al juez que aperciba al ejecutado, si éste o quien lo representa, opone resistencia a la colocación de la intervención u obstáculos al ejercicio regular de las funciones del interventor; y si persiste en esta actitud, se puede pedir que se le separe de la cosa embargada, debiendo asumir entonces el interventor, el carácter y atribuciones de un administrador (637). Estas dificultades que suele poner el ejecutado no son raras. Al contrario. Abusando de que la autoridad no siempre puede ejercer una inmediata vigilancia, trata de burlar la medida. Por eso hay que procurar impedir que tales actitudes prosperen con menoscabo del respeto que merecen los mandatos judiciales.

El ejecutante está igualmente facultado para pedir la división y partición de un bien en el que el deudor es propietario proindiviso, pero sólo en el tiempo y forma en que éste podría hacerlo (639).

Cuando se embargan los derechos que el deudor tiene en una sociedad, puede el acreedor vigilar la administración y contabilidad de la compañía y formular las reclamaciones a que hubiere lugar en interés del ejecutado, en los mismos términos y oportunidad en que pudiera éste hacerlo. Si la sociedad no está formada por acciones, puede también el ejecutante oponerse al acuerdo de los socios que tienda a prorrogar la duración de la compañía. Esta oposición produce el efecto de suspender, respecto del ejecutado, los resultados de ese acuerdo, pero siempre que se formalice la oposición dentro de quince días de inscrita la prórroga en el Registro Mercantil (640).

El ejecutante puede pedir también al juez que se vendan los bienes expuestos a corrupción o deterioro, pero con las formalidades de ley. El precio que se obtenga, será depositado (629). Igualmente puede solicitar autorización para que se vendan los semovientes embargados, cuando sea necesario. El juez oír a las partes y sólo cuando ninguno manifieste su propósito de conservarlos sin gravamen para el otro, ordenará la subasta.

Pero el ejecutante no sólo debe procurar la efectividad del embargo, sino también que los bienes embargados sirvan para cubrir el monto de la obligación que reclama. Por eso se le autori-

za (650) a solicitar mejora de embargo, aunque los bienes embargados se hallen esencialmente afectos al crédito. Esta solicitud se sustancia y resuelve como incidente (652).

El hecho de haber recaído el embargo en bienes de difícil realización o la interposición de cualquier tercería sobre los bienes embargados, da motivo suficiente para la mejora (650 2º p.).

12.—El deudor o ejecutado tiene como principal derecho el reclamar de todo embargo excesivo. Entonces debe solicitar su reducción a los bienes que basten a cubrir la deuda y costas (651).

Cuando se embarga la casas en que vive el deudor, éste no está obligado a pagar merced conductiva por la parte que ocupa al realizarse la medida (626), porque con el embargo el ejecutado no pierde su derecho de propiedad, para considerársele como arrendatario.

El ejecutado puede también solicitar la venta de los bienes expuestos a corrupción o deterioro o de los semovientes, en la forma ya expuesta al tratar de los derechos del ejecutante.

El reclamo que pueda formular con motivo del levantamiento del embargo sobre bienes que son inembargables, así como la reducción del embargo, se sustancian como incidentes (652).

Siempre que se produzca acuerdo entre ejecutante y ejecutado en cuanto al modo de administrar los bienes embargados, se observará este acuerdo (638).

13.—Los que desempeñan el cargo de depositarios o interventores, tienen derecho a una retribución que se consigna en la ley No. 9012 que contiene el nuevo arancel de derechos judiciales.

14.—Los depositarios están sujetos a las obligaciones que les impone el C. c. y el C. de p. c., excepción hecha de la Caja de Depósitos y Consignaciones que se rige por la ley especial (74) de su creación (627). Es así como el depositario que tiene en su poder títulos de crédito, debe hacer cuanto esté a su alcance para que no se menoscabe ni altere el derecho que el título representa, pudiendo ejercitar todas las acciones y recursos que la ley concede para hacer efectivo el crédito (628). Por consiguiente puede cobrar los dividendos de las acciones, puede recibir el importe de ellas en el caso de liquidación, y puede comparecer por razón de ellas en juicio como parte demandante, sin que sea necesaria autorización judicial. (628).

(74) Ver No. 10 párrafo a).

Cuando el embargo recae en finca urbana y sus rentas, o sobre éstas solamente, el depositario tiene el carácter de administrador y se le permite:

1º.—Arrendar por duración indeterminada y en renta no menor de la que rinde la finca al tiempo de trabarse el embargo. Para arrendarla en precio inferior, debe recabar autorización judicial;

2º.—Cobrar los arrendamientos, procediendo en su caso contra los inquilinos morosos, con arreglo a ley;

3º.—Hacer los gastos ordinarios como pago de contribuciones y los de mera conservación y aseo;

4º.—Hacer los gastos de reparación, pero solicitando previamente licencia del juez, para cuyo fin debe acompañar el respectivo presupuesto; y

5º.—Pagar, previa autorización judicial, los réditos de los censos y gravámenes que pesan sobre la finca (631).

Cuando el depositario solicita autorización para hacer reparaciones, el juez debe hacer citar a las partes y al depositario a una junta que se verificará dentro de tres días, para que aquellas, en vista de los documentos que se acompañan, resuelvan si se autoriza o no el gasto. No habiendo acuerdo, el juez hará los esclarecimientos necesarios y resolverá lo conveniente (632).

Cuando se embarga el derecho que el ejecutado tiene en bienes que posee pro-indiviso, debe recibir los productos correspondientes al deudor (639).

El depositario de dinero, valores o en general de bienes muebles, está obligado a presentarlos al día siguiente del requerimiento que se le hace con tal fin, más el término de la distancia, pudiendo ser compelido a ello con apremio de detención, sin perjuicio de la ejecución en sus bienes, para hacer efectiva su responsabilidad (644).

Por último, los depositarios están obligados a rendir cuenta siempre que se les pida o cuando cesen en el ejercicio del cargo (641 1, p.).

15.—El interventor tiene funciones a la vez de vigilante y de recaudador. Es así que debe:

1º.—Inspeccionar el manejo de la negociación, sin interrumpir las labores en la cosa embargada;

2º.—Vigilar la conservación de todas las especies;

3º.—Llevar razón de ingresos y egresos; y

4º.—Recaudar los productos, proporcionando los fondos necesarios para los gastos reclamados por la marcha regular y ordinaria de la negociación (634).

Si el interventor advierte que la intervención es improductiva o sólo deja pérdidas dará noticia de esto al juez, a fin de que observando el procedimiento indicado en el art. anterior, adopte las providencias convenientes; pudiendo aún decretar la clausura del establecimiento o cosa sujeta a intervención, convirtiendo la intervención en depósito (636).

Está obligado también a rendir cuenta, siempre que se le pida o cuando cese en el ejercicio del cargo (641 1ª p.).

En cada trimestre debe presentar un estado de ingresos y egresos, con determinación del saldo líquido que exista en su poder. Al juez toca fijar los fondos que deban quedar en manos del interventor para los gastos necesarios, mandando depositar el sobrante (641 2ª p.).

Por último, el interventor está obligado a presentar al día siguiente de ser notificado, el dinero o valores que tenga en su poder. Puede ser compelido a ello bajo pena de detención, sin perjuicio de hacer efectivos sobre sus bienes, la correspondiente responsabilidad civil (644).

16.—No obstante que los depositarios e interventores, son nombrados a indicación del ejecutante, y no obstante que hay responsabilidad solidaria entre ambos por las resultas de la administración o intervención, la ley permite separarlos a solicitud de cualquiera de los interesados. Por ejemplo cuando no presenta el estado o no rinde cuentas, después de un requerimiento o cuando se desaprueba su cuenta. También pueden solicitar su remoción cuando se le comprueba malversación, abuso o infracción de los deberes propios de su cargo (643).

17.—El Código faculta embargar bienes que ya lo están, en garantía de otra obligación. Pero hay que entender esta medida, no como la ocupación simultánea de un bien por dos acreedores, sino como la sujeción de dicho bien a dos embargos que, en principio, deben hacerse efectivos, en el orden en que han sido trabados. Por eso el art. 647 establece que “si se embargan bienes que ya lo están, en seguridad de otro crédito, la nueva diligencia se estima como reembargo, en cuyo caso el derecho del segundo embargante, se hará efectiva en el sobrante que resulte después de pagado el que embargó primero, salvo que se resuelva otra cosa en el juicio correspondiente”.

De acuerdo con esta disposición, el reembolso no excluye el juicio de preferencia ni, por lo mismo, la posibilidad de que el crédito del reembargante, se declare preferente. La razón es explicable. Un deudor que ve la inminencia de un embargo, puede simular un débito y su titulado acreedor adelantarse al acreedor legítimo con una medida de embargo. El acreedor legítimo necesita entonces un recurso adecuado que nuestra legislación le otorga.

Uno de los medios que la ley concede al acreedor, en este caso y también en el de embargo por crédito auténtico, es exigir que el primer embargo se constituya con arreglo a ley. El reembargante tiene derecho a vigilar la pronta y legítima realización de los bienes y prevenir cualquier colusión o abuso que le perjudique (646). Su derecho no es una simple expectativa.

Si se declara preferente el derecho del reembargante, puede éste pedir la sustitución del depositario o interventor y ejercitar las acciones o recursos legales a que haya lugar para depurar y hacer efectiva la responsabilidad del acreedor embargante y de sus depositarios o interventores, por las consecuencias del embargo (649).

18.—Los acreedores son responsables por las consecuencias del embargo trabado a su solicitud, no sólo en el caso de que dicha medida recaiga en bienes que la ley prohíbe embargar (620) sino también por las faltas del depositario o interventor nombrado a su solicitud (645).

19.—Casi siempre el acreedor, simultáneamente con la presentación de su demanda, pide embargo preventivo en bienes de su deudor. En este caso conviene tener en cuenta que “por el embargo preventivo quedan simplemente sujetos los bienes en depósito o intervención, hasta que se decrete como trámite definitivo en el procedimiento que corresponda, o se resuelva sobre la legalidad de la acción. En el primer caso no es necesario repetir la diligencia” (239). En consecuencia, si al segundo día de notificado el auto de pago, el deudor no ha cumplido con lo dispuesto en dicho auto, el ejecutante debe pedir que se transforme el embargo preventivo en definitivo, sin repetir la diligencia.

CAPITULO XXVIII

CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

- 1.—Casos.
- 2.—Tasación y venta de los bienes embargados.
- 3.—Caso en que no hay tasación por peritos.
- 4.—Providencia que ordena la ta-

sación. 5.—El peritaje. 6.—La tasación no puede ser objetada. 7.—Remate. 8.—Remate ante el juez de la causa. 9.—Remate por un martillero. 10.—Remate ante jueces comisionados. 11.—Cómo se anuncia el remate. 12.—Contenido de los avisos. 13.—Los jueces y el remate. 14.—Aprobación del remate. 15.—Falta de postores; nuevos remates. 16.—Diligencias posteriores al remate. 17.—La escritura; su contenido. 18.—Cancelación de gravámenes. 19.—Se puede librar el bien del remate.

1.—Cuando la sentencia que manda llevar adelante la ejecución hasta cubrir la suma que en ella se expresa queda consentida, bien porque las partes no apelaron o queda ejecutoriada, esto es, resuelta en la Corte Superior o Suprema, en forma favorable al ejecutante, precisa darle cumplimiento. La sentencia que ordena el pago puede cumplirse en alguna de estas formas: 1º) pagando la deuda con el dinero embargado (712); 2º) pagando la deuda con el precio obtenido al subastar el bien embargado (713); y 3º) adjudicando en pago, al acreedor, el bien embargado (719).

En el primer caso se paga la deuda liquidando los intereses o liquidando también la deuda misma, en el caso de que se haya devengado en plazos sucesivos, o cuando se hayan hecho amortizaciones. Esta liquidación se pone en conocimiento de las partes, quienes en el acto de la notificación, o a más tardar al día siguiente, deben expresar su aprobación o desaprobación (714). Vencido el plazo, el juez sin más trámite aprobará o mandará rectificar la liquidación. En seguida ordenará el pago.

Satisfecha la deuda se procederá a la regulación de costas (715). Las costas son los gastos que hacen las partes conforme a ley, en un asunto judicial y se explican porque la justicia es retribuida. Se distinguen las procesales de las personales. Las primeras son las causadas en la formación del expediente y corresponden a servicios que deben abonarse conforme al Arancel de Derechos Judiciales. Las segundas se refieren a los honorarios de los abogados que han intervenido en el juicio. Esta regulación casi nunca representa una justa apreciación de los servicios profesionales, siempre mal remunerados cuando no regateados.

En el segundo caso, hay que proceder a la tasación y venta de los bienes embargados; y cuando el precio esté ya consignado se podrá dar cumplimiento a la sentencia. Pero para hacer el pago al ejecutante, éste debe presentar un certificado que acredite que no pesa sobre el bien vendido, embargo o hipoteca anteriores al suyo, cuando lo vendido es inmueble, naves o derechos sobre

ellos. Si existe uno u otro, continuará en depósito el importe de los créditos, citándose a los acreedores y se pagará al demandante con la diferencia. Cuando sea preciso hacer liquidación, el escribano es el encargado de realizarla, previo mandato del juez (714).

Una vez que la obligación y los intereses estén pagados, se procederá a tasar las costas (715) como en el caso anterior. Si después de estos pagos hay sobrante se le entregará al ejecutado. Pero antes de tal entrega el ejecutado debe presentar un certificado que establezca que no hay gravámenes sobre el bien subastado (645).

Si el remate se ha realizado en virtud de títulos al portador que tienen hipoteca sobre la cosa vendida, y si existen otros títulos con igual derecho, se prorrateará entre todos el precio del bien subastado, entregándose al ejecutante su parte y manteniéndose en depósito la de los demás, a quienes hay que citar por el periódico (717).

En cualquiera de estos casos el subastador o nuevo dueño puede pedir la cancelación de las hipotecas y embargos que gravan el bien adquirido (718), porque él compra el bien libre de toda responsabilidad.

En el tercer caso que estamos estudiando, esto es cuando el bien se adjudica en pago al ejecutante y cuando no ha habido remate por falta de postores, la adjudicación se realizará por el valor que ha servido de base a la última convocatoria (719). En este caso la adjudicación no modifica ni perjudica los derechos de quienes tienen hipotecas o embargos anteriores a los derechos del ejecutante (720).

2.—La determinación del valor del bien embargado, es fundamental. Constituye una garantía para el deudor y es una cuestión de orden público. Tan lo es, que no puede renunciarse por pacto alguno, el cumplimiento de este trámite

3.—Sólo se omite la tasación por peritos en dos casos: 1º.—cuando lo embargado son valores al portador, emitidos legalmente (683); y 2º.—cuando las partes de común acuerdo, fijan dicho valor (686).

El primer caso parece que fuera un desmentido a la regla enunciada. Sin embargo, no lo es. Los "efectos públicos" o valores al portador emitidos legalmente, son objeto de compra-venta en la Bolsa Comercial. En esta institución esos efectos tienen cada día, determinado valor, regulado por la oferta y la demanda que públicamente se produce. Por lo mismo la tasación, el valor

de los efectos, se determina precisamente en público. No es necesario, entonces, realizar una diligencia especial que a lo mejor resulta modificada en forma favorable o adversa, por la cotización del día, cotización que, por lo demás, se publica en el Boletín de la Bolsa. Por eso la venta se hace sin determinación previa del precio por peritos, mediante un agente de bolsa o corredor de comercio que el juez designa (683) si es que las partes no lo designan de común acuerdo.

El agente designado realiza la operación de venta en forma pública, en rueda de agentes. La anota en su libro para constatar en cualquier instante que el precio obtenido es igual al que contiene el Boletín de la Bolsa correspondiente a dicho día y con esta constancia pone a disposición del juez, el precio obtenido.

En el segundo caso la tasación resulta hecha por los propios interesados, quienes tienen libertad para disponer de sus bienes y darles el valor que quieran. La valorización así realizada puede resultar exajerada, pero esto a nadie perjudica. Cuando el precio es elevado, nadie se presenta como postor. Si es diminuto, la concurrencia de postores hace subir el valor.

4.—La tasación debe realizarse por dos peritos nombrados por el juez a quienes se les fija, en el mismo decreto, plazo para presentar su operación (684). Cuando se trata de valorizar inmuebles, la tasación debe hacerse separadamente (701). Cuando se refiere a minas, hay que proceder conforme al art. 198 del C. de minas.

5.—En el Reglamento del Cuerpo Técnico de Tasaciones se fijan las reglas que los peritos deben observar al llenar su cometido.

Al realizar el peritaje puede suceder: 1º—que los dos peritos estén de acuerdo en la valorización; 2º—que haya discrepancia entre ellos y que la diferencia en el valor asignado por cada uno al bien, objeto de la tasación, no exceda de la quinta parte de la valorización menor; y 3º—que la discrepancia sea tal, que la diferencia entre ambas valorizaciones exceda de dicho quinto.

En el primer caso el juez se limita a aprobar la operación (685 1ª p.) ordenando a la vez la venta en subasta pública (689).

En el segundo caso, se tomará el término medio de ambas operaciones y ese término medio será el valor (685 2ª p.).

En el tercer caso, el juez nombrará un tercer perito (685 2ª p.). Al presentar su dictamen el tercer perito puede suceder: 1º—que adhiera a la opinión de alguno de los discordantes. En este

caso, el bien tendrá como valor el fijado por los peritos que así concuerdan; 2º—que el tercer perito se pronuncie por un término medio de las valorizaciones realizadas. También en este caso, predominará la opinión del tercero, debiendo el juez aprobar la operación realizada; y 3º—puede el tercer perito discrepar a la vez de la opinión de los primeramente nombrados. En este caso se tendrá como precio, el término medio entre la valorización presentada por el tercer perito y la anterior que más se le aproxime (686).

6.—La tasación hecha conforme a las reglas que preceden no puede ser objetada en ninguna forma (687) porque el valor que dan los peritos, es sólo una base, una orientación para el remate, pero a él no se van a someter los compradores. Además el detalle con que es tratado este asunto por nuestra ley, nos lleva a la conclusión de que el valor obtenido con arreglo a ella, si no es el verdadero, al menos es el que más se aproxima, para orientar a los subastadores.

7.—Hecha la tasación pericial en la forma ya expuesta, o fijado el valor del bien por los propios interesados, el juez aprobará la pericia y ordenará la venta de los bienes en subasta pública, señalando lugar, día y hora para realizar la diligencia (689). Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de inmuebles, la venta debe hacerse individualmente y la de los muebles puede hacerse también individualmente o en conjunto (693). Si el juez no va a realizar en su despacho la subasta, designará el funcionario correspondiente, siendo de advertir que la ley permite la designación de martillero por acuerdo de partes (691).

8.—Ante el juez de la causa se rematarán: 1º—los inmuebles que estén en su jurisdicción; 2º—las naves; 3º—las alhajas; 4º—los valores cuando no tienen cotización o cuando no hay en el lugar agentes de cambio y bolsa, ni corredores de comercio (690); y 5º—las especies que se hallen fuera de su jurisdicción, cuando la parte lo solicite y siempre que medien razones graves que el juez sabrá apreciar.

9.—Ante un martillero se venden los bienes muebles (691) que están en la jurisdicción territorial del juez y las especies del mismo carácter que se hallen fuera (692).

10.—Ante un juez comisionado de primera instancia se venden los inmuebles que están fuera de la jurisdicción del juez de la causa (692) y los muebles que están en la misma situación, cuando no hay martilleros (693).

11.—El remate debe ser una diligencia pública y para ello precisa anunciarla, siendo prohibido omitir los avisos ni aún por acuerdo de partes (697). El número de días que hay que anunciar el remate varía según se trate de vender bienes muebles o inmuebles. La venta de los primeros se anuncia por seis días mediante un periódico y la de los inmuebles por veinte días en la misma forma (694). Ahora si los bienes que se van a vender por el juez de la causa, están fuera de su jurisdicción territorial, se anunciará también el remate en el lugar donde se halla dicho bien, en la misma forma y por el mismo tiempo.

Sin perjuicio de lo que queda expuesto, cuando se venden bienes urbanos, se pondrá carteles en lugar visible del bien; y cuando es venta al martillo, se anunciará también por carteles en el lugar en que deba realizarse (695).

Cuando el remate es de naves se anunciará la subasta en un diario del puerto (696) en donde ésta se halle y por un plazo no menor de veinte días (592 2º, 3º C. de c.).

Cuando el remate es de minas (711) hay que anunciar la subasta no sólo en la forma expuesta, sino también por carteles (199 y 200 C. de m.).

12.—Cualquiera que sea la clase de los bienes, objeto de la subasta, los avisos que se publiquen anunciando el remate deben contener:

1º).—Los nombres del ejecutante y del ejecutado;

2º).—Los bienes que se han de vender y el lugar donde se hallan;

3º).—Los gravámenes conocidos a que están sujetos;

4º).—El valor de la tasación y base de la subasta;

5º).—El lugar, día y hora del remate y nombre del funcionario ante quien ha de verificarse;

6º).—El monto del depósito a que se refiere el inc. 1º del art. 702.

El aviso concluirá con la fecha en que se confecciona y la firma del martillero, juez de paz o escribano (698).

13.—Hay pautas a las que los jueces deben ceñir sus actos al realizar el remate. Así, no deben admitir posturas inferiores a las dos terceras partes del valor de la tasación (702 inc. 1) ni a quien no deposite el 6% de la tasación excepto al ejecutante, quien para ser postor no necesita hacer ese depósito (702 inc. 2). La propuesta de compra que se haga debe formularse sin condición alguna y para pagar el precio al contado (702 inc. 3).

En el día y hora designados para el remate, se da principio a la diligencia, leyéndose por el escribano y repitiéndose en alta voz por el portero del juzgado que hace de pregonero, la relación de los bienes que se van a vender y las condiciones de la subasta. Luego se anuncian las posturas que sucesivamente se hagan (702 inc. 4) dentro del plazo no menor de una hora; y cuando ya el juez estime conveniente cerrar el remate (lo que se hará después de una hora) se notificará tal propósito con la frase "se apercibe el remate". Efectivamente, tal orden se ejecuta cuando el juez considera que ya no se va a mejorar la última postura (702 inc. 5).

Clausurado el remate se comunica al público el precio obtenido y el nombre del subastador cuya aceptación se consigna en el acta respectiva que debe ser firmada por el juez, el subastador, las partes que concurran y el escribano.

A los postores que no obtuvieran la buena pro, se les devuelve su depósito, no así el del que ha obtenido el remate cuyo depósito queda, por si no cumple con oblar el precio, para proceder a un nuevo remate (702 incs. 5, 6 y 7).

14.—La ley hace en seguida esta declaración: que "el remate se considera aprobado con la suscripción del acta". Esta declaración sirve para los casos de retracto, a fin de contar el plazo para interponerle; y sobre todo porque sólo después de esta formalidad y de pagarse el precio, es que se entrega el bien al subastador.

15.—Si en el día y hora fijados para la diligencia del remate no hay postores, se hace sentar una constancia por el actuario y se pide una segunda oportunidad para la subasta, pero en ella se tendrá como valor del bien, el primitivo con deducción de un quince por ciento (709). Si en la nueva oportunidad tampoco hay postores se convocará a un tercer remate y así sucesivamente, hasta realizar la venta. Pero en cada remate se hará el castigo del 15% sobre la cantidad que quedó como precio del bien después del castigo anterior; y la venta no se hará jamás por menos de las dos terceras partes del valor de la última tasación (700).

Todas las subastas se anunciarán y celebrarán en la misma forma que la primera pero el número de avisos tanto para la segunda como para las posteriores convocatorias, será sólo de seis días si se trata de inmuebles y naves y de tres para los muebles (710).

16.—Formada el acta, el juez ordenará de oficio que el comprador consigne dentro de un día, el precio del remate. Una vez realizada la consignación ordenará que se le entregue los bienes subastados si son cosas muebles rematadas ante él, o se le otorgue la escritura correspondiente, en caso de ser naves u otros inmuebles (703 1ª p.).

Si el subastador no consigna el precio, sea un tercero o el propio ejecutante, se procede a un nuevo remate (707) en la forma ya expuesta, siendo el comprador responsable de los daños y perjuicios que con este motivo cause. La responsabilidad se hace efectiva sobre el depósito; y, si hay sobrante, se aplica a fondos de justicia.

17.—Cancelado el precio por el subastador o hecha la compensación del precio con lo que el ejecutante cobra, cuando éste ha obtenido la buena pro o ha pedido la adjudicación, si se trata de inmuebles, se le otorga la escritura respectiva como ya queda dicho. Si el subastador ha hecho el remate para otra persona (705) debe expresarlo hasta el momento en que se otorga la escritura. Esto se llama en algunas legislaciones "Cesión del remate". Si el dueño de los bienes no otorga la escritura dentro del segundo día, la otorgará el juez en su rebeldía a solicitud del interesado (703).

En la escritura deben insertarse forzosamente determinadas piezas del expediente y voluntariamente, las que a su costa pida el subastador (704). Así se principia por hacer un resumen de los antecedentes del juicio, lo que se ha ordenado en la sentencia que le pone fin y cómo al ejecutarse la sentencia, se ha realizado el remate en el que ha sido favorecido el subastador. Se hará constar en su caso, si la escritura la firma el deudor o el juez en su rebeldía. Luego se pide que se inserte el auto que ordena la tasación, su aprobación y el auto que ordena el remate, la diligencia de entrega del precio y el auto que manda extender la escritura. También las demás piezas que el comprador designe, pero a su costa. El comprador entra en posesión del bien, en mérito de una solicitud que es una incidencia del juicio ejecutivo.

18.—Consignado el precio por el subastador, debe pedir también que se cancelen las inscripciones de hipotecas que graven el bien adquirido (718) porque él ha adquirido el bien sin gravámenes. El precio pagado, servirá hasta donde alcãnce para pagar dichos gravámenes, pero en los partes al Registro, debe expresarse la aplicación dada al precio del remate.

19.—Hasta el momento de comenzar el remate puede el deudor salvar sus bienes de la venta, pagando al acreedor el monto de la deuda y las costas (699). La razón de este precepto se halla en que el juicio tiene por fin el pago de la deuda y el remate es sólo para conseguir dicho pago. Si el ejecutado cumple lo primero, carece de objeto rematarle sus bienes.

CAPITULO XXIX

EJECUCION PARA LA ENTREGA DE COSAS MUEBLES

1.—Obligaciones de dar. 2.—La demanda; tramitación del juicio. 3.—Valorización de la cosa demandada. 4.—El embargo.

1.—La entrega de una cosa viene a ser la esencia de una obligación de dar. La entrega puede referirse a cosas muebles o inmuebles. En vía ejecutiva sólo pueden exigirse las primeras por las razones expuestas al tratar de las reglas comunes a los juicios ejecutivos.

Para la entrega de cosas muebles puede referirse a cosa cierta, determinada o a cosas inciertas, indeterminadas. El primer caso, que contempla el art. 1171 del C. c. no ofrece duda alguna, y únicamente cuando no puede cumplirse esta obligación se la reemplaza por la de indemnizar daños y perjuicios (1176 C. c.). El segundo, lo consigna el art. 1178 del mismo cuerpo de leyes y para que la obligación sea exigible, debe estar precisada cuando menos en especie y cantidad.

Procede ejecutivamente la entrega de cosas muebles, porque en las obligaciones de dar, hay que distinguir la simple prestación del consentimiento que sirve para perfeccionar el contrato, del cumplimiento mismo del contrato o sea la entrega. Así en el contrato consensual de venta, el contrato queda perfeccionado por el acuerdo de las partes respecto de la cosa y el precio, pero sólo se considera cumplido con el pago del precio y la tradición de la cosa o sea su pase de manos o poder del deudor a manos del acreedor. Por eso cuando el contrato tiene por objeto la entrega de cosas y el obligado no cumple con hacer dicha entrega, la ley faculta al que debe recibirlas, a solicitar que se le ponga en posesión de ellas —manu militari— y sólo —repetimos— cuando sean muebles. Tal es la explicación del art. 721.

2.—La tramitación que se da a la acción para conseguir la entrega de cosas muebles en vía ejecutiva, no difiere en sustancia de la señalada para la ejecución para el cobro de deudas de dinero y así lo establece el art. 741. Cumplida la medida precautoria de la que trataremos en el § 3 que no es obligatoria antes del juicio, se presenta la demanda solicitando la entrega de la cosa o su valor cuya forma de determinación trataremos luego. El juez hace el estudio y apreciación del recaudo, como para la ejecución por deudas de dinero y si cree precedente la acción, ordena que el ejecutado haga la entrega dentro de un día o que en caso contrario se trabé embargo por la misma cosa o en su defecto en bienes que basten a representar su valor y costas (721).

Todos los recursos que la ley permite tanto al ejecutante como al ejecutado en la ejecución por deudas de dinero, son procedentes también en estas ejecuciones. Por lo mismo el auto de entrega es apelable (727) y según su cuantía puede llegar a conocimiento de la Corte Suprema. Dentro de seis días de notificado el auto de entrega o de ejecutoriado éste, si es que hubo apelación, puede el ejecutado oponerse al auto que ordena la entrega, en la misma forma y haciendo valer los mismos recursos que la ley establece para oponerse a la ejecución por cobro de deudas de dinero (728). La oposición en este juicio se sustancia como la que se formula en el juicio ejecutivo sobre pago de soles y se observan iguales trámites hasta conseguir la sentencia.

La sentencia en la ejecución para entrega de cosa mueble, es apelable; y el expediente puede ir hasta la Corte Suprema, si la cuantía de la causa lo permite.

El cumplimiento de la sentencia que manda llevar adelante la ejecución se realiza entregando la cosa mueble reclamada o pagando su valor.

En el punto relativo a costas se observarán las reglas ya expuestas en la ejecución para el cobro de dinero.

3.—Teniendo este juicio por fin la entrega de cosas muebles, debe procurarse la aprehensión del bien antes de emplazarse con la demanda al deudor, mediante una solicitud de embargo. Pero esto no excluye la posibilidad de dejar de solicitar tal medida o de solicitarla en cualquier momento en el curso del juicio.

Cuando no es posible embargar la misma cosa, bien porque el deudor la ha ocultado o por cualquier otra razón, es posible so-

licitar el embargo de bienes equivalentes al valor de la cosa reclamada y costas. De aquí que es fundamental fijar dicho valor. Pero esta operación de valorizar la cosa mueble puede ser anterior al juicio para asegurar una más fácil y rápida acción o realizarse dentro del juicio. Lo prudente es que tal cosa se haga antes de interponerse la demanda (725), pero tal valorización no tiene más objeto que determinar la cantidad por la que se debe pedir el embargo. Por lo mismo, las partes pueden contradecirla en la estación correspondiente.

Cuando la valorización es anterior al juicio, no debe citarse al deudor (722).

En la valorización, pueden presentarse tres casos:

1.º.—Que se trate de especies que se pueden contar, pesar y medir;

2.º.—Que se trate de efectos públicos de comercio y otros valores cotizables; y

3.º.—De cualquier otra clase de muebles.

En el primer caso las especies se valorizarán según el precio medio que tuvieran en el mercado, en el lugar y tiempo en que se ejercite la acción (722). Esta valorización la hará un perito nombrado por el juez a solicitud del acreedor y sin citación contraria. En el segundo caso se acreditará la equivalencia en dinero, con la certificación de la Bolsa Mercantil o de la Cámara de Comercio y en su defecto en la forma indicada en el artículo anterior. (723).

En el tercer caso hay que ver si es posible la valorización, sin tener a la vista la cosa mueble, o si el examen de esta es indispensable para dicha valorización. En el supuesto de que la valorización sea posible sin examinar o ver la cosa que se va a reclamar, se procede como en el primer caso. Pero si tal operación no es posible sin el examen el juez determinará prudencialmente la suma que baste a asegurar la responsabilidad demandada (724).

4.—En esta clase de juicios el embargo es la nota característica, precisamente para asegurar el bien que se reclama; y es mejor solicitarlo en forma preventiva o sea antes de notificarse el auto de entrega. También puede ser definitivo si no se cumple dicho mandato o auto de entrega (726).

Cuando el embargo recae en la misma cosa demandada, una vez que la sentencia quede consentida o ejecutoriada, se entregará al ejecutante (729).

CAPITULO XXX

CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER

- 1.—Naturaleza de estas obligaciones. 2.—Procedimiento ejecutivo para —exijirlas. 3.—Procedimiento posterior a la sentencia. 4.—Caso de ejecución por un tercero. 5.—Caso de indemnización. 6.—Formalización de contratos, suscripción de documentos. 7.—El embargo.

1.—Ya queda dicho que toda obligación consiste, en dar, hacer o no hacer, o sea que una prestación se resuelve en alguna de estas tres modalidades. Pero ellas se pueden a la vez, reducir a dos: una acción y una omisión. Conforme a nuestro C. c. no se confunden las obligaciones de dar con las de hacer. Al contrario existen sendos capítulos para cada una de ellas; y con relación a las obligaciones de hacer se dispone: "el obligado a hacer alguna cosa, o a practicar un servicio, debe ejecutar la prestación en un tiempo adecuado, y del modo en que fué la intención de las partes. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fué mal ejecutado" (1182). Pero si el deudor se ha obligado a un trabajo o servicio personal o a realizar una obra, es decir, cuando esa obligación tiene por objeto un acto o una serie de actos, la ejecución forzosa es casi siempre imposible. Por algo se dice "NEMO POTEST PRAECISE COGI AD FACTUM" (no se puede compeler al deudor a que haga lo mismo que ha prometido hacer, o se abstenga de aquello que se ha obligado a no hacer). Este principio general de derecho también lo consigna nuestro C. c. en el art. 1186 cuando faculta al juez a emplear medios de compulsión permitidos, siempre que ellos no lleguen a la violencia.

La ejecución por fuerza demandaría el empleo de medios de violencia contrarios a la libertad individual y además, la obra así realizada, resultaría defectuosa. Pero si un contratante puede rehusar la ejecución personal de estas obligaciones, no puede eludir las responsabilidades pecuniarias correspondientes. Por eso toda obligación de hacer, se resuelve o se traduce al fin, en una indemnización de los daños y perjuicios, sin necesidad que el acreedor pruebe la culpa o dolo de su deudor, porque el interés privado del acreedor, tiene casi siempre un valor pecuniario. Esto no impide, naturalmente que el deudor puede acreditar su irresponsabilidad.

Pero en las obligaciones de hacer hay que distinguir las personales o sea las inherentes a la persona y que solo las puede realizar el propio deudor, de las que se llaman impersonales o sea que pueden ser cumplidas por cualquiera. Las primeras, aunque se exijan ejecutivamente, no se pueden conseguir sin el consentimiento del deudor. Por eso cuando el sometimiento no se produce, lo único que se le puede exigir es la indemnización de daños y perjuicios (1185 C. c.). Las segundas, o sea las impersonales, pueden ser cumplidas por un tercero (1187 C. c.) o traducirse también en una indemnización de daños y perjuicios.

Las obligaciones de no hacer, tienen la misma particularidad y se resuelven, como las anteriores, en indemnización de daños y perjuicios. El C. c. consigna al respecto (1189 y 1190) que "si el hecho fuese practicado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiera ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor" y "si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho de pedir los daños y perjuicios que le causare la ejecución de lo practicado". El C. p. c. en armonía con estos principios dispone en su artículo 730 que la demanda relativa al cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, cuando consta en instrumento ejecutivo (75) se traduce en un mandato para cumplir la obligación en un plazo no mayor de quince días ni menor de tres, o en caso contrario deben embargarse bienes del deudor "que basten a cubrir su responsabilidad y costas". El carácter de este mandato se precisa en el art. 736 que establece que "sólo se puede exigir del demandado la ejecución forzada de la obligación de hacer, cuando para ello no haya de emplearse violencia contra su persona".

Con estos antecedentes se puede decir que en estas ejecuciones hay que distinguir los siguientes casos: 1.º—si se puede exigir del deudor el cumplimiento de su obligación sin que sea necesario emplear violencia contra su persona; 2.º—que no se pueda tal cosa. En este supuesto hay que ver si la obligación puede ser ejecutada por cualquiera a expensas del deudor; y 3.º—si la obligación no puede ser ejecutada tampoco por un tercero. En este último caso y además, cuando el ejecutante lo prefiera, se procederá a la indemnización de perjuicios.

(75) R. J. P. Ej. pág. 28 año 1943.

2.—Tanto en la ejecución para el cumplimiento de obligaciones de hacer como de no hacer, rigen las disposiciones relativas a las ejecuciones para el pago de deudas, en cuanto sean aplicables y no se opongan a lo establecido en el capítulo respectivo (741). Por lo mismo, interpuesta la demanda si el juez no la ampara, el ejecutante podrá reclamar de la denegatoria de la ejecución. Si se dicta auto ordenando el cumplimiento de la obligación, el ejecutado podrá: a) cumplir el mandato; b) apelar del referido auto, o formular oposición si es que no apela, o si éste resulta ejecutoriado (734) todo dentro de los plazos fijados para la ejecución por cobro de deudas y aunque el término designado para el cumplimiento de la obligación sea mayor. También podrá abstenerse de todo recurso, no hacer nada.

En el primer supuesto o sea cuando el ejecutado acata el mandato del juez, cumpliendo la obligación que se le demanda, se llena el propósito del juicio. Conviene anotar que el término que se fija en el auto que manda cumplir la obligación, es para dar principio al trabajo, cuando no se puede realizar en dicho plazo (751).

En el segundo supuesto (734) la oposición se interpone dentro del sexto día y se tramita como en la ejecución por cobro de dinero, hasta que se expida sentencia. Si el ejecutado no cumple la obligación dentro del término señalado en el auto, o si comenzada la obra no la continúa o abandona, dando con esto motivo a un requerimiento, el juez ordenará la traba del embargo (732).

3.—Terminado el juicio por sentencia favorable en estado de cumplirse, tasados los bienes embargados y aprobada dicha tasación, toca al ejecutante escoger entre la ejecución de lo convenido o la destrucción de lo hecho por un tercero y a costa del ejecutado, o la indemnización de los daños y perjuicios (735). La determinación del ejecutante se pone en conocimiento del ejecutado y transcurridos dos días, el juez resuelve lo conveniente (735 2a. p.)

4.—Si se dispone que un tercero ejecute lo convenido o destruya lo hecho el juez pedirá propuestas cerradas bajo las bases y empleando la forma de publicidad que tenga a bien señalar (737); y una vez que acepte la oferta más conveniente, ordenará la venta de los bienes embargados para el pago de la obra. Estos trabajos pueden ser vigilados por el ejecutante quien puede pedir que el juez dicte las providencias que tiendan a la mejor ejecución de la obra en el todo o en la parte que adeude conforme a los términos del contrato (737 2a. p.).

5.—Cuando el ejecutante prefiere y el juez así lo dispone, la indemnización de perjuicios, se procederá a acreditar dichos perjuicios y a fijar su valor en un incidente. Luego se rematarán los bienes embargados para pagar la indemnización (738). Según una ejecutoria Suprema de 1944, lo que se resuelve en este incidente puede ir a la Corte Suprema.

6.—En este mismo capítulo, el Código trata de las obligaciones de hacer que tengan por objeto formalizar un contrato o suscribir un instrumento o a extender y autorizar letras, vales o escrituras públicas y dispone que una vez que termine el juicio por sentencia, el juez practique el acto que toca al ejecutado, en rebeldía de éste (740 2a. p.).

En estos casos el embargo debe limitarse a cubrir las posibles costas. Si hay perjuicios por la demora, puede el ejecutante acudir a la vía ordinaria para reclamarlos, porque en este procedimiento solo se ha tratado de dar cumplimiento a una obligación que representa una formalidad. Si hubieran perjuicios por el retardo de este tipo de obligaciones aplicando el art. 296 del C. p. c. hay que acudir a la vía ordinaria.

7.—El embargo tiene por fin asegurar el cumplimiento de una obligación judicialmente reclamada. Por lo mismo su monto dependerá del valor fijado a la obra al celebrarse el contrato (733). Si en el documento en el que consta el contrato no se llegó a fijar valor, se procede conforme a lo dispuesto en el art. 722 C. p. c. es decir, como para la entrega de cosas muebles y siempre que en este supuesto, la obra pueda ser realizada por un tercero, o que la obligación de no hacer se convierta en la de destruir la obra hecha.

CAPITULO XXXI

TERCERIAS

- 1.—Concepto. 2.—Clases de tercerías. 3.—Caracteres comunes a las tercerías. 4.—No se puede ejercitar sino una tercería. 5.—Competencia. 6.—Partes en el juicio de tercería. 7.—Oportunidad para interponer una tercería. 8.—La tercería excluyente y sus clases. 9.—Demanda y trámites a que puede estar sujeta: a) la tercería en su tramitación propia o sea en una etapa; b) la tercería ventilada en juicio ordinario o sea en dos etapas. 10.—La sentencia. Apelación. Recurso de nulidad. 11.—Efectos de la tercería excluyente. 12.—Derechos del tercerista de dominio. 13.—La tercería de pago y sus clases. 14.—Tramitación. 15.—Acumulación. 16.—Sentencia y recursos contra ella.

- 17.—Efectos de la interposición de la tercería de pago preferente.
18.—Efectos de la interposición de una tercería de igual derecho.
19.—Casos de connivencia.

1.—Las providencias que expide un juez como resultado de la definición de una controversia, no sólo son obligatorias para quienes figuran como sujetos de esta relación, sino también para todos los miembros de la colectividad. Pero este principio es exacto siempre que tales providencias no perjudiquen a miembros de la colectividad extraños al pleito, bien entendido que el perjuicio no debe ser de mero hecho, sino un perjuicio jurídico.

Hay perjuicio jurídico cuando la providencia niega, desconoce o pospone el derecho de los terceros extraños al litigio. Esto sucede principalmente cuando al decretarse una medida destinada a ejecutar una sentencia, a solventar un auto de pago (embargo definitivo) o a asegurar las resultas de un juicio (embargo preventivo), el juez a petición del acreedor decreta embargo sobre bienes que se afirma son del deudor, no estando facultado para averiguar si es exacto el dominio atribuido.

En estos casos la ley con oportunas instituciones, en mayoría de origen germánico, tutela los derechos de esos terceros y sienta el principio que quien se encuentra en una posición jurídica incompatible con la dictada por un juez en una contienda entre otras personas, puede defender su posición propia, puede oponerse "a esta inmisión obrando como actor ejercitante de la acción de tercería" (76) para no resultar definitivamente perjudicado con dicha providencia. En unos casos el tercero ostenta un derecho incompatible con la medida decretada; en otros, sólo un interés preferente o igual al que ella ampara. Las acciones que con este motivo se ejercitan se denominan *tercerías* y gracias a ellas, una persona que no es parte en el juicio puede intervenir en él y sólo para discutir derechos sobre el bien embargado.

De acuerdo con lo expuesto, puede decirse que la tercería es una acción (reclamación) que formula un tercero alegando dominio sobre la cosa embargada u otro derecho incompatible con el remate, o pretendiendo que su crédito se pague preferentemente o en concurrencia con el del embargante.

2.—De esta definición resulta: 1.º—que la tercería se origina con motivo de la realización de un embargo decretado en

(76) Goldschmidt. ob. cit. pág. 591.

cualquier juicio. Nunca antes. Por eso el art. 742 establece: "trabado un embargo, aunque sea preventivo, puede salir tercera persona formulando oposición"; y 2.º—que según el derecho que se ejercita la tercería puede ser excluyente, cuando el tercero alega propiedad o algún otro derecho incompatible con el remate; y tercería de pago cuando tiene por objeto conseguir que el opositor se haga pago de su crédito, antes que el del embargante o en concurrencia con él.

La tercería excluyente puede ser a su vez de dominio, cuando se alega propiedad sobre el bien embargado o simplemente excluyente cuando el tercerista invoca un derecho incompatible con el remate p. ej. el anticrecista. De aquí que toda tercería de dominio es excluyente, pero no toda tercería excluyente es de dominio.

La tercería de pago, puede ser de mejor derecho o derecho preferente y de igual derecho llamada también coadyuvante (743).

3.—Es carácter común a estas acciones que sólo puede interponerlas un extraño al juicio, nunca el heredero del deudor ni del deudor mancomunado, ni reunirse en una misma persona las calidades de ejecutado y tercerista.

La intervención en un pleito como representante de otro (padre, tutor, curador, marido, administrador, mandatario, etc) no priva a dicha persona de su calidad de tercero y de su correspondiente derecho a formular una tercería. Pero al ejercitar en estos casos una tercería no debe proponer bajo la apariencia de derechos personales cuestiones que propuso o pudo proponer en su actividad de representante. Lo mismo en el caso de litigar por derecho propio y se embarguen bienes de personas cuya representación ejerce.

Puede suceder también que se haya citado en juicio a una persona con una calidad que no le corresponde p. ej. como tutor, sin serlo. En este caso aunque la providencia le haya sido regularmente notificada, por considerarle interesado en el juicio, puede presentarse como tercerista si tiene motivo para ello.

4.—La ley no permite que la tercería constituya un recurso al que se pueda recurrir para crear dificultades al embargante en procedimientos sucesivos. El derecho es uno. O se es propietario o se es acreedor. Si se ejercita tercería de dominio y la sentencia le es desfavorable, no puede luego iniciar una tercería de pago como acreedor. Por eso el art. 762 establece que "no se permite

segunda tercería fundada en título o derecho que ha poseído el que la interpone al tiempo de entablar la primera”

5.—Conforme a Manresa y Navarro, comentarista del C. de Enjuiciamientos de España la tercería es una incidencia del juicio ejecutivo. En nuestra legislación procesal civil, este concepto no es rigurosamente exacto porque los embargos no se decretan únicamente en las ejecuciones. Pero esa apreciación sirve para establecer que la tercería es una incidencia del procedimiento en el que se decretó el embargo. Por lo mismo es competente para conocer de la tercería, el juez que conoce del juicio en el que se trabó el embargo (744).

El principio expuesto tiene una excepción: cuando el embargo se decreta por un juez instructor o por el juez del Trabajo y tal medida origina una tercería. En tal caso esta acción no debe ser sustanciada ni resuelta por dichos jueces, sino por la primera instancia en lo civil, porque los instructores y los jueces del Trabajo, no tienen competencia para conocer de cuestiones de la naturaleza de las tercerías.

Sin perjuicio de lo expuesto, el art. 745 se pone en el caso de que el juez que decretó el embargo con motivo de la tercería, sea recusado o se excuse. En este caso la tercería pasa a conocimiento de otro juez lo mismo que el expediente principal y, al contrario.

6.—De acuerdo con lo que queda expuesto deben figurar como partes en la tercería los litigantes del juicio que la origina, mas el opositor o tercerista. Este figura como demandante y aquellos como demandados (746).

7.—La acción de tercería no puede ejercitarse sino dentro de cierto término que principia con la realización del embargo, nunca antes, y termina según su naturaleza. Así cuando se trata de una tercería excluyente, la oportunidad para interponerla termina en el instante en que se aprueba la subasta o se adjudica el bien al acreedor (747). En la tercería de pago, el plazo para interponerla se vence en el momento en que se hace al acreedor el pago demandado (756). Por lo mismo, después de la realización del remate, de la adjudicación del bien al acreedor o del pago al demandante, ya no será posible reclamar la propiedad o el derecho incompatible con el remate como tercería excluyente, ni el pago hecho, como tercería de pago. Podrá intentarse cualquier otra acción, pero no la de tercería.

8.—Ya queda dicho que la tercería es excluyente cuando el tercero u opositor, alega propiedad o algún otro derecho sobre los bienes embargados incompatible con el remate (743). Por ella el tercerista persigue el levantamiento del embargo.

La primera parte de la disposición legal citada no necesita mayor explicación. Una persona que por una disposición judicial recibe un perjuicio jurídico consistente en el embargo de un bien que es exclusivamente suyo, mediante la tercería reclama de la medida dictada para conseguir el levantamiento del embargo.

No sucede lo mismo cuando analizamos la frase "algún otro derecho sobre los bienes embargados incompatible con el remate". ¿Cuáles son esos derechos incompatibles con el remate? ¿De qué clase de actos y contratos emanan tales derechos? La Exposición de Motivos del Código sólo se refiere al acreedor anticrético quien según su contrato tiene derecho a ocupar el bien y hacer suyos los frutos del mismo. Si el bien sujeto a anticresis fuera subastada, el tercero que adquiere el dominio tiene derecho a percibir los frutos de lo que adquiere. Esta situación es incompatible con la del anticresista. Por eso la ley faculta en este caso la tercería excluyente.

Otro caso sería el del acreedor por pensiones alimenticias que para asegurar su derecho ha conseguido una hipoteca judicial sobre determinado bien, bien que luego se embarga para sacarlo a remate. Como la garantía hipotecaria tiene que subsistir mientras la obligación no termine, lo que sucede en los casos que la ley señala, no es posible privar a este de esa garantía mediante un embargo y remate. Hay ejecutoria suprema sobre el particular (77).

El usufructuario puede también ejercitar la acción de tercería excluyente si se intenta subastar el dominio integral del bien.

Como se ve en la frase últimamente transcrita del art. 743 sólo se exige que con el embargo y posible remate se produzca una situación incompatible con el derecho del opositor.

9.—Si la tercería es una acción distinta de aquella en la que incide el embargo hay que interponerla con los requisitos propios de toda demanda (306) y con ella debe presentarse el instrumento que acredite el derecho que se invoca. La presentación del título es de tal manera importante que si no se acompaña a la demanda, la tercería excluyente que de por sí tiene una tramitación

(77) Ver juicio de alimentos.

breve, tiene que tramitarse como juicio ordinario. Por eso y sólo por razón de método podemos decir que la tercería excluyente tiene una tramitación breve, que le es propia, cuando los títulos presentados con la demanda, después de oír a los demandados, determina al juez a levantar el embargo que es precisamente lo que se persigue por esta tercería; o hay que ventilarla por los trámites del juicio ordinario, cuando el tercerista no acompaña títulos o estos no acreditan plenamente el derecho que se alega.

a).—La tercería por sus trámites exclusivos.—Presentada la demanda de tercería excluyente sustentada con prueba instrumental, el juez corre traslado por diez días para el que pidió el embargo y luego, por otros diez días para el ejecutado. Esta sustanciación breve, difiere de todas las que hemos estudiado. Al término de ella el juez mandará levantar el embargo y entregar los bienes al tercerista, si el instrumento presentado califica su propiedad (749). Tal disposición es una sentencia. Esta sustanciación se refiere no solo a la tercería en que se alega dominio, sino también a cualesquiera otras en que se pide el levantamiento o cuando menos la limitación del embargo (755).

Hay que advertir que la regla que consigna el art. 310 en el sentido de que la demanda debe notificarse al demandado en persona, no rige en las tercerías, porque conforme al art. 748 la notificación con la demanda se entiende con el apoderado que tiene constituido en el juicio que se ha trabado embargo.

Igualmente merece anotarse como una particularidad del juicio de tercería que si en el juicio ejecutivo en el que se trabó el embargo el ejecutado ha sido declarado rebelde, en la tercería debe seguir con el mismo carácter (763).

Como se ve la tramitación que toca al juicio de tercería excluyente cuya demanda está debidamente acreditada, es brevísima y sencilla. En ella no son admisibles excepciones ni articulaciones.

b).—La tercería excluyente que se tramita en juicio ordinario.—Si el juez después de escuchar al ejecutante y al ejecutado y examinar la titulación del tercerista conforme al art. 749 encuentra que el instrumento no califica debidamente la propiedad del opositor, o si con la demanda no se ha acompañado el instrumento que acredita el derecho que se invoca, pondrá la causa en estado de producir probanzas por diez días prorrogables. Esto quiere decir que el juicio se ordinariza. La razón es clara. La ley en lugar de rechazar la acción en el trámite breve que hemos expues-

to, da al tercerista otra oportunidad para acreditar mejor su derecho (750). El auto que ordinariza la causa es apelable en ambos efectos. Si la Corte Superior al absolver el grado encuentra suficientes los documentos presentados procederá como lo establece el art. 749; pero si confirma el auto, la tercería se sigue ventilando como juicio ordinario.

10.—La sentencia puede declarar fundada la demanda del tercerista o mediante un auto recibir la causa a prueba. En este segundo supuesto precisa actuar probanzas distintas de aquellas que fueron apreciadas al ordinarizarse la causa. En tal caso la sentencia mandará levantar el embargo y entregar el bien al demandante o denegará la acción.

Contra la sentencia que expida el juez hay recursos de apelación y también de nulidad si el valor del bien lo permite.

Si mientras se sustancia la tercería excluyente, hay que proceder a la venta de los bienes embargados por presentarse el caso de que trata el art. 752 y el tercerista gana el juicio, tiene derecho al valor de la cosa y a la indemnización de los perjuicios, los cuales deben apreciarse y acreditarse en la forma prescrita para los incidentes (753).

Si el tercerista pierde el juicio está sujeto a las reglas establecidas para los que pierden una acción en vía ordinaria.

11.—Cuando se interpone una tercería alegando derecho de propiedad, debe suspenderse el remate de los bienes embargados mientras no se decida sobre su propiedad (751). Pero esta regla no es absoluta. Si la ejecución se funda en título inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble y la tercería no se apoya en instrumentos igualmente inscritos, los bienes se sacarán siempre a remate. La misma regla se observará cuando se trata de los bienes indicados en el art. 629. Ahora, rematados los bienes en el primer caso, el acreedor será pagado bajo fianza; y en el segundo, se depositará el precio hasta que se expida sentencia definitiva (752).

12.—Como al decretarse el embargo los jueces no tienen a la mano ningún documento que establezca que el bien que se va a embargar es propiedad del deudor o ejecutado y se limitan a acceder a la medida por la simple afirmación que hace el solicitante, hay personas que en forma inescrupulosa, gracias a esta facilidad, solicitan medidas de embargo sobre determinados bienes a sabiendas que dichos bienes son de terceros con el propósito de percibir los frutos mientras se sustancie la tercería. Cuando es-

ta termina en forma favorable al tercerista, no hay cómo conseguir la devolución del dinero recaudado mediante este incorrecto proceder. Por eso la ley autoriza al tercerista a pedir la suspensión o el levantamiento del embargo consignado el importe del crédito reclamado por el acreedor y el valor probable de las costas de la ejecución y de la tercería (754). Gracias a esta autorización el propietario tercerista, aunque inmovilizando un capital, evitará que dichas personas, se aprovechen de los frutos de su propiedad. En cambio si el tercerista pierde el juicio, el acreedor se hará pago con la suma consignada.

13.—Hemos dicho que en la tercería de pago se puede invocar bien un derecho preferente al del embargante o igual al de él. En el primer caso la tercería puede apoyarse en un instrumento o no tener ese recaudo. En el segundo caso la tercería debe forzosamente apoyarse en instrumento público o en acciones o títulos emitidos por compañías anónimas o por instituciones legalmente autorizadas para ello (758).

14.—En la sustanciación de estas tercerías debe observarse la tramitación prescrita para el juicio ordinario (759), diferenciándose así de la tercería excluyente que como hemos visto tiene tramitación propia y muy breve.

15.—Las tercerías de pago, ya sean preferentes o coadyuvantes, pueden ser interpuestas por varias personas cuando se trata de sociedades o de comerciantes. En este caso la ley permite acumularlas ante el juez competente para que se pronuncie sobre todas ellas, en una sola sentencia (761).

16.—Si el juez declara fundada la demanda, debe establecer también las preferencias o prorrateos del caso, con arreglo a las disposiciones comunes. La aplicación de la Ley procesal de Quiebras en este punto, no parece pertinente toda vez que esa es una ley específica y para el caso concreto de quiebra.

Contra esta sentencia hay recursos de apelación y de nulidad, si la cuantía de la causa lo permite.

17.—Cuando la tercería es de preferencia y se apoya en instrumento ejecutivo, la ejecución debe seguirse hasta la venta de los bienes embargados y depósito del precio. Este depósito continuará hasta que se pronuncie sentencia en la tercería (757 1a. p.). Si la tercería de preferencia no se apoya en instrumento ejecutivo, la ejecución debe continuar hasta que el acreedor sea pagado, pero bajo fianza (757 2a. p.).

18.—La tercería de igual derecho no puede interponerse

sino cuando está apoyada en instrumento público o en acciones a títulos legalmente emitidos. Una vez interpuesta no se suspende la sustanciación del juicio en el que se ha decretado el embargo, sino que este debe continuar hasta el remate del bien embargado, pero el importe de la subasta debe depositarse hasta que la referida tercería quede resuelta.

19.—Casi siempre los deudores con el propósito de eludir o retardar el cumplimiento de sus obligaciones de pago, consiguen personas que se presten a reclamar del embargo o de las formas de pago, mediante las tercerías que hemos analizado. Esta connivencia del ejecutado con el tercerista puede motivar a petición del ejecutante, formulada al contestar la tercería, una multa de doscientos a dos mil soles (764) sin perjuicio de la responsabilidad criminal a que hubiere lugar.

CAPITULO XXXII

JUICIO ARBITRAL (78)

- 1.—Arbitraje y sus clases. 2.—Ventajas del arbitraje. 3.—Antigüedad de esta institución. 4.—Capacidad para comprometer. 5.—Objeto del compromiso. 6.—Cuestiones que no pueden someterse a arbitraje. 7.—Quiénes pueden ser árbitros; clases de árbitros. 8.—Designación de árbitros y su número. 9.—Forma del compromiso y lo que debe contener. 10.—Cláusula compromisoria. 11.—Diligencias posteriores al compromiso. 12.—Procedimiento arbitral. 13.—Cómo se instruyen los árbitros. 14.—El laudo. Oportunidad para expedirlo. Sus requisitos. 15.—Impugnación del laudo expedido por los árbitros de derecho. 16.—Laudos apelables no obstante pacto en contrario. 17.—Impugnación del laudo expedido por árbitros arbitradores. 18.—Segunda instancia en el juicio arbitral. 19.—Ejecución del laudo. 20.—Cesación del compromiso. 21.—Recusación y renuncia de los árbitros. 22.—Sanciones en caso de incumplimiento.

1.—En el título correspondiente a este epígrafe encontramos dos instituciones o modalidades de arbitraje: La de los árbitros propiamente dichos y la de los amigables componedores. Los

(78) En este juicio hay algunos términos de significación especial que precisa conocer. Ellos son:

Compromiso que según Fábregas (Procedimientos Judiciales p. 208) deriva de *cumpromettere* (prometer todos juntos; estar a la sentencia que los árbitros dicten). Es un contrato por el que dos o más personas someten la decisión de una cuestión jurídica surgida entre ellos a particulares. Estos particulares se llaman árbitros.

Arbitraje, viene a ser la jurisdicción conferida a los árbitros mediante el compromiso.

Laudo o sentencia arbitral, es la resolución que se expide en este procedimiento.

primeros fallan como cualquier juez de derecho, aquilatando lo alegado y probado. Por eso deben ser abogados y se les llama también *árbitros juris*. Los segundos resuelven con arreglo a su leal saber y entender sin sujeción a normas legales, sean procesales o sustantivas. Actúan mas con criterio de equidad que de derecho estricto. Se les llama también árbitros arbitradores. No necesitan título alguno para desempeñar el cargo.

Para muchos comentaristas la institución del arbitraje vive fuera del marco del proceso civil y actúa en el llamado de la jurisdicción voluntaria, explicando así el que algunas legislaciones no se ocupen de ella. Nuestro C. p. c. contiene disposiciones sobre el juicio arbitral estableciendo garantías para que en la práctica se desenvuelva normalmente y delimitándolo frente al proceso ordinario.

2.—La facultad de pactar estos compromisos es consecuencia lógica del derecho que tienen los particulares para obligarse y disponer de sus cosas. Sin embargo este derecho no es absoluto.

La competencia para conocer de un juicio depende del objeto que se discute y de su apreciación económica. La determinación de esta competencia está fundada en principios de orden público. Por eso la ley distribuye lo contencioso civil entre autoridades judiciales de diversa jerarquía y funciones (jueces de paz, jueces de primera instancia, jueces del trabajo). Esta competencia por razón de materia o del valor de la cosa no la pueden derogar los particulares ni por pacto expreso (40 2a. p. C. p. c.) porque es principio fundamental de derecho que los pactos no derogan leyes que se refieren al orden público. Pero si no se puede derogar la competencia de las autoridades judiciales, es posible sustraer la decisión de la cuestión jurídica surgida, al conocimiento de dichas autoridades y diferirlas a personas privadas, escogidas o elegidas libremente.

En este sentido no puede negarse las ventajas del arbitraje. Gracias a él, los litigantes tienen jueces a su elección en quienes depositan toda su confianza. Hay mas; para determinados asuntos o negocios, mediante el arbitraje se puede designar jueces mas técnicos y competentes que los ordinarios. Por último estos juicios son sencillos y poco onerosos, como lo veremos despues.

3.—Históricamente el arbitraje es una institución muy antigua. Su origen se confunde con el de la sociedad. Seguramente fué la primera forma de los juicios civiles. La emplearon los patriarcas, entre los hebreos, los hindúes; los griegos; los romanos. También

la aplicaron los bárbaros que invadieron el imperio Romano. La Iglesia en la Edad Media gracias al compromiso, tuvo a su cargo gran parte de la administración de justicia en materia civil.

En la Edad Moderna cuando los reyes procuraron concentrar en sus manos la suma de los poderes, no vieron con buenos ojos dicha institución y procuraron por todos los medios, impedirla o restringirla.

La Revolución Francesa reacciona contra esta tendencia y su Asamblea Constituyente llega a declarar que el compromiso es el modo mas racional y oportuno de poner término a los litigios de los particulares. Más tarde la Convención llegó a establecer para diversas cuestiones el arbitraje forzoso. Desgraciadamente los árbitros públicos (magistrados permanentes) se mostraron incapaces para su misión. Elegidos por asambleas políticas resultaron con frecuencia ignorantes, apasionados y representantes del partido que les había llevado al cargo.

En las legislaciones actuales, partiendo del principio de que la facultad de comprometer es un derecho inherente a la persona, se autoriza y reglamenta el arbitraje aunque variando la forma de estructurarlo.

En nuestro C. p. c. se determinan quienes pueden comprometer, qué cuestiones pueden ser materia de compromiso; en qué forma debe constar el compromiso, quienes pueden ser árbitros, cómo deben instruirse los árbitros; la forma de dictar la sentencia, de impugnarla o de ejecutarla y los casos de cesación del compromiso.

4.—Para la validez del compromiso basta la capacidad para contratar. Por eso el art. 550 dispone que pueden pactar arbitraje: 1.º—los que tienen capacidad para obligarse; 2.º—la mujer casada con autorización de su marido y sin ella en los casos de los arts. 22 y 24. Pero este precepto está modificado por los arts. 172, 178, 190 y 207 del C. c. que concede a la mujer la libre disposición de sus bienes y la mera administración de los comunes en ciertos casos; 3.º—los padres que ejercen la patria potestad de sus hijos menores o incapaces, respecto de los bienes de éstos.

Con relación a esta última disposición hay que recalcar la diferencia que hay entre transacción y compromiso. Por la primera las partes ponen fin a la litis comenzada o evitan la que iba promoverse. Por la segunda se entrega la resolución de la litis a ciertos árbitros particulares. En la transacción cada parte sacrifica algo de sus pretensiones y adquiere, en cambio ciertas venta-

jas; en el compromiso cada parte mantiene sus pretensiones sobre la integridad del objeto que se controvierte, exponiéndose a ganar o perder todo. En la transacción las partes conocen de antemano los efectos del acto que realizan, la naturaleza y límite de los sacrificios a que se someten y la utilidad que en compensación reciben; en el compromiso los contratantes solo persiguen una decisión aún desconocida e ignoran los efectos del convenio que estipulan. Precisamente por esto parece que comprometer es mas que transigir. Pero si se tiene en cuenta que la transacción es una efectiva enajenación de los derechos y el compromiso solo es una enajenación eventual, porque cada contratante espera triunfar en el laudo, parece que transigir es más grave que comprometer. Lo sustancial es que ambas figuras jurídicas difieren y que el inciso que mencionamos al no establecer para cada contrato los mismos requisitos que para la eficacia de la transacción, está estableciendo esa diferencia cosa que también se advierte en el art. 10 C. p. c. porque la facultad para transigir es una, y otra la de pactar compromiso.

5.—Siendo el compromiso un contrato, su objeto no puede dejar de ser cierto y posible. Lo primero significa que debe ser determinado por lo menos en especie; lo segundo, que debe versar sobre cosas que están en el comercio. El Código declara que toda controversia, sea o no materia de un juicio (548) puede someterse a la decisión de uno o mas árbitros.

6.—Aunque en principio el compromiso, al igual que los demás contratos, es en si amplio y parece que puede referirse a toda clase de cuestiones, el art. 549 enumera los asuntos que no pueden ser sometidos a arbitraje. Ellos son: 1.º—los que versan sobre el estado y la capacidad civil de las personas, disposición que se explica porque entre los derechos inalienables que no están en el comercio, figuran el estado y la capacidad de las personas. Estos derechos los tutela la ley en forma específica y en mérito de principios de orden público. De allí que los particulares no pueden, mediante convenios, dejar sin efecto esas garantías; 2.º—las cuestiones relativas a bienes del Estado, Municipalidades y demás instituciones de carácter oficial. Esta disposición se explica por si; y 3.º—aquellas en que están interesadas la moral y buenas costumbres. Esta disposición es muy amplia. En ella se comprende la filiación, la paternidad, la obligación de prestar alimentos.

7.—El árbitro es un particular que por gozar de la confian-

za de los compromitentes es llamado por estos a resolver una controversia.

No todos pueden desempeñar este cargo. Conforme a la 2a. parte del art. 551 el nombramiento debe recaer siempre en varones, peruanos o extranjeros, mayores de 25 años, que estén en pleno ejercicio de los derechos civiles. Estos requisitos son comunes a toda clase de árbitros; pero cuando se pacta un arbitraje juris, el árbitro además, debe ser letrado.

En esta enumeración de requisitos se observan dos cuestiones importantes: la capacidad para ser árbitros que se concede a los extranjeros; y la incapacidad para tal cargo que se fija a las mujeres y a las personas *sui juris* comprendidas entre los 21 años en que se adquiere la capacidad civil y los 25 que se exige para ser árbitro. En el primer punto algunos sostienen que la jurisdicción del árbitro importa el ejercicio de un derecho político, que por lo mismo, los extranjeros no pueden ser árbitros. Pero si se tiene en cuenta que hasta las sentencias que expiden los Tribunales extranjeros pueden ejecutarse, previo el cumplimiento de determinados requisitos, no parece procedente excluir a los extranjeros del papel de árbitros.

Lo que no parece fundada es la disposición que establece la incapacidad absoluta de la mujer y la de los hombres de 21 a 25 años. Si conforme al C. c. estas personas pueden ser mandatarias, no hay razón seria para excluirlas, máxime si gozan de la confianza de quienes quieren nombrarlos. También pueden haber abogados de menos de 25 años y no obstante su preparación, por este precepto no pueden desempeñar el cargo.

Fuera de estas incapacidades para ser árbitros no existen otras, y pueden ser designadas para el cargo los magistrados permanentes, pero no como tales sino como simples ciudadanos.

Ya queda dicho que los árbitros pueden ser de dos clases: de derecho y amigables compondores. Los primeros son verdaderos jueces y por eso deben ser abogados. Los amigables compondores hacen una justicia patriarcal. Fallan según su leal saber y entender, con arreglo a su conciencia. Observan este antiguo precepto: "verdad sabida, buena fe guardada".

8.—La designación de los árbitros toca hacerla a las partes, de común acuerdo (551). Pero si renuncian (556) y no hay acuerdo en los interesados para reemplazarlos, o se trata de designar a un árbitro dirimente (567-551), tal designación puede ser hecha por el juez. Esta designación debe recaer en un tercero,

distinto de las partes contratantes, ya que el cargo de juez es incompatible con el de parte; Esta incompatibilidad es muy distinta de incapacidad.

La organización de un tribunal arbitral, en lo que a número de sus miembros se refiere, se parece a la de los tribunales ordinarios. Su número debe ser siempre impar (548) para evitar los inconvenientes que surgen en la práctica, cuando algún árbitro en vez de conducirse como juez imparcial, se presenta como defensor del litigante que le ha designado y así se dividen en dos campos con igual número de votos.

9.—El compromiso es eminentemente formal. Bajo pena de nulidad debe constar en escritura pública, salvo que haya juicio pendiente, en cuyo caso se hará constar en un recurso al juez con legalización de firmas (552).

De esta disposición se desprende que es condición esencial para la validez del compromiso su otorgamiento por escrito y en las dos únicas formas señaladas. En este sentido el documento es no sólo el medio de probar la existencia del compromiso, sino el compromiso mismo.

El compromiso debe contener bajo pena de nulidad (553):

1.º—Los nombres de los otorgantes y también los de los árbitros;

2.º—La cuestión o cuestiones que se someten al fallo arbitral;

3.º—La estipulación de una multa que deberá pagar la parte que deje de cumplir algún acto indispensable para la realización del compromiso, como por ej., si se trata de examinar documentos u oír a las partes y alguna de ellas se resiste a cumplir lo acordado, retardando o imposibilitando la expedición del laudo.

Fuera de estos requisitos que no puedan dejar de consignarse bajo pena de nulidad, hay otros igualmente importantes. Tales son: el plazo para que los árbitros expidan el laudo y el lugar donde debe seguirse el juicio. Sobre estos requisitos la ley dispone, respectivamente, que cuando no se consigna plazo para la resolución se entenderá que este es de tres meses; si no se fija lugar para seguir el juicio, será aquel donde ha sido otorgado el compromiso (554); y en cuanto al procedimiento para conocer el problema, si las partes no lo señalan será fijado por los árbitros.

10.—Hemos dicho que el arbitraje nace mediante el compromiso. Pero el art. 556 trata del compromiso no en la forma es-

tudiada, sino de un pacto que obliga a formalizarlo después. Este pacto constituye la llamada *cláusula compromisoria* que difiere sustancialmente del compromiso.

En efecto; el compromiso es un convenio que entrega a los árbitros la decisión de una cuestión ya surgida al tiempo de estipularlo. La cláusula compromisoria es el anexo de un contrato que se refiere a cuestiones que aún no han surgido, que son futuras y eventuales, esto es, que pueden surgir o no.

El compromiso subsiste por sí mismo. La cláusula compromisoria subsiste como parte de otro contrato.

En el compromiso la litis hay que determinarla por lo menos en especie en el momento de pactarla bajo pena de nulidad. En cambio en la cláusula compromisoria, no se puede determinar la controversia porque la litis no ha surgido todavía y no se sabe lo que puede ser objeto de discusión.

Con estos antecedentes el artículo que se estudia es perfectamente explicable. Si se ha convenido que en el caso de surgir un conflicto o problema, dicho conflicto debe ser resuelto mediante arbitraje, al presentarse tal evento, las partes deben cumplir lo pactado y proceder a firmar el compromiso con los requisitos y formalidades ya expuestos.

Si una de las partes que pactaron la cláusula compromisoria, al surgir la litis, no consigue que la otra concorra a otorgar el compromiso, se presentará al juez pidiendo haga notificar al remiso para que cumpla lo estipulado o para que el juez lo haga en su rebeldía. Si pasan diez días del requerimiento y la resistencia continúa, el juez otorgará el compromiso (556 1ª, p.). En este caso la intervención judicial no se reduce a la firma del compromiso sino que debe fijar la cuestión que debe ser resuelta y designar los árbitros.

11.—Ya se trate de un arbitraje juris o del de amigables compondores, el juicio arbitral sólo surge cuando los árbitros aceptan el cargo. Por eso otorgado el compromiso, debe ser presentado a los árbitros para que acepten el cargo. La respuesta de cada uno se hace constar en acta que firman el árbitro y el escribano (555), después de la última aceptación se procederá a nombrar el escribano (559); y si son tres o más los árbitros, nombrarán su presidente (557).

12.—La innegable ventaja del arbitraje consiste en sustituir los trámites complicados y dispendiosos de los procedimientos judiciales, con un procedimiento sencillo, breve, que las partes o

los árbitros fijan. El art. 560 dispone esto mismo y solo en lo que no se ha previsto, se observarán las reglas del juicio ordinario.

El tribunal debe funcionar con la concurrencia de todos sus miembros, salvo que en el compromiso se haya estipulado que la sustanciación se haga concurriendo la mayoría; pero ya sea que se exija la totalidad de los árbitros o simplemente la mayoría para que funcione válidamente, el Tribunal puede delegar en uno o más de sus miembros, la práctica de determinadas diligencias (558 2a. p.).

Las providencias y autos que se expidan durante la tramitación se dictarán por mayoría absoluta si deben intervenir todos o sólo por los concurrentes si no es necesaria la intervención de todos conforme al art. 558 (564) siendo de advertir que contra estas resoluciones no hay otro recurso que el de reposición, ante los mismos árbitros (564 2a. p.).

13.—En el juicio arbitral los jueces proceden de oficio (561) o sea que impera el principio inquisitivo y en esto se distingue de los demás procedimientos civiles que se siguen ante los jueces comunes, procedimientos en los que predomina el principio dispositivo. El mayor interés de los árbitros debe consistir en conseguir los elementos de convicción es decir, en actuar las pruebas con toda oportunidad para poder expedir el laudo dentro del plazo pactado o el legal.

Ahora bien; las pruebas pueden estar en el lugar del juicio o fuera de él. En el primer caso se actúan como ante el mismo tribunal; pero si entre las pruebas figura la testimonial y algún testigo se resiste a comparecer ante el Tribunal arbitral, éste pasará el interrogatorio al juez para que reciba la declaración haciendo uso de los apremios de ley (563).

Si hay diligencias que deben practicarse fuera del lugar del juicio los árbitros se dirigirán al juez, por oficio, insertando las piezas respectivas a fin de que éste comisione a la autoridad correspondiente (562).

14.—En este juicio el laudo debe expedirse dentro del plazo señalado en el compromiso o en el de tres meses que es el que la ley fija en caso de omisión. Este plazo es prorrogable por convenio de partes hecho constar en recurso con firmas legalizadas. La no resolución dentro de estos plazos hace a los árbitros responsables por los daños y perjuicios que con su demora ocasionen a las partes (577).

Cuando se trata de un arbitraje juris el laudo debe contener las mismas formalidades y requisitos que las sentencias que expiden los jueces comunes. En él los hechos y las citas serán exactos y puntuales; se resolverán todos y únicamente los puntos controvertidos; se apoyará en el mérito del proceso y de la ley precisándose con claridad lo que se manda o decide (1074).

Al confeccionarse el laudo hay que tener presente que es causal de apelación y nulidad (571 inc. 3) su expedición sin la concurrencia de todos los árbitros. Esto se debe a que la conferencia, el debate personal de todos ellos, es una garantía para los comprometidos quienes confían en su capacidad y probidad. Si alguno no concurre a la votación, la confianza desaparece invalidándose el laudo firmado por los demás.

En la formación del laudo se distinguen por consiguiente tres momentos: 1.º—la discusión entre los árbitros; 2.º—la votación; y 3.º—la redacción y firma de lo que deciden (sea) por unanimidad, por mayoría o el voto aislado de cada uno. Estos tres momentos figuran así: El primero en el artículo últimamente citado, el segundo en el art. 565 2a. p. y el tercero en el art. 182 de la L. O. P. J. En esto nuestra legislación es avanzada. Exige la deliberación conjunta de los árbitros.

En el laudo al igual que en la sentencia, basta la mayoría de votos para formar resolución. No precisa la unanimidad. Como el número de árbitros es impar, hay la posibilidad de un acuerdo en mayoría. Esa mayoría expide el laudo (565). Esto no excluye el que puedan haber tantas opiniones como árbitros o que estén en mayoría en algunos puntos y en los demás no. En cualquiera de estos casos pasa el expediente al que debe dirimir la discordia (565 2a. p.).

La designación del dirimente la hacen las partes si ya no lo está en el compromiso; pero si no se ponen de acuerdo esa designación la hace el juez a solicitud de cualquiera de los interesados.

El dirimente debe expedir el fallo en el término de un mes a partir de la aceptación del cargo, si es que las partes no le fijan otro plazo. Si no lo hace será compelido por el juez a petición de cualquiera de los interesados y con multa de cien a quinientos soles que se le impondrán con intervalos de (ocho) días, hasta que expida el fallo (569). En este caso no rige la regla del art. 566 C. p. c.

15.—Si los árbitros juris deben resolver conforme a derecho, lógicamente los laudos pueden ser impugnados en la misma forma que la ley permite reclamar de las resoluciones de los jueces ordinarios (570), porque puede haber mala apreciación del hecho o equivocada aplicación de la ley. Pero este principio no es absoluto. Como el arbitraje es el resultado de un acuerdo entre litigantes, ellos pueden convenir también en que el laudo no sea apelable o que para interponer este recurso se pague previamente una multa. Las condiciones, excepciones y otras taxativas son las que rigen (574). Si el laudo es inapelable por pacto o por disposición de la ley, se equipara en sus efectos a las sentencias pronunciadas en grado de apelación.

16.—No obstante pacto en contrario los laudos pueden ser apelados y aún interponerse recurso de nulidad contra ellos si se alega (571):

1.º—Falta o nulidad del compromiso. Y es que conforme al art. 576 C. p. c. (1285 C. c.), se presume que en todo contrato bilateral hay condición resolutoria tácita y que ella se produce cuando una de las partes falta a la obligación que le concierne. Al presentarse la condición resolutoria falta la jurisdicción de los árbitros y con ella desaparece la base para el laudo. Lo mismo sucede cuando el compromiso, origen del arbitraje es nulo.

2.º—Cuando se afirma que ha intervenido en el pronunciamiento del fallo quien no fué nombrado árbitro o carece de los requisitos prescritos en el art. 551. Si el que falla no es árbitro no puede practicar un acto propio de una jurisdicción que no tiene. Si no reúne las condiciones que la ley exige para desempeñar el cargo, su nombramiento no tiene eficacia, porque viola requisitos ineludibles, establecidos en la ley y basados en principios de orden público.

3.º—El haberse expedido el fallo sin la concurrencia que prescribe el art. 565. Ya de esto se ha tratado.

4.º—El haber fallado los árbitros fuera del término señalado por el art. 566. La jurisdicción arbitral tiene un término fatal a cuyo vencimiento acaba el arbitraje. Luego el laudo expedido fuera de este término es una resolución sin jurisdicción.

5.º—El haberse fallado sobre punto no comprometido. El compromiso atribuye, especifica y determina la jurisdicción de los árbitros. Todo lo que excede de esos límites es nulo. Este principio rige en materia civil (1085, inc. 9).

6.º—En contener el fallo extremos contradictorios. La contradicción racionalmente es inaceptable. Por eso su existencia quita al laudo su valor.

7.º—En haberse omitido la resolución de alguno de los puntos objeto del compromiso. Esto constituye una infracción del acuerdo que tiende a poner fin a las diferencias enumeradas en el compromiso.

8.º—En haberse faltado a algún trámite esencial del procedimiento conforme a los arts. 1085 y 1086 a no ser que esté especialmente suprimido. La inobservancia de las reglas fijadas por los compromitentes, constituye violación del compromiso que es el fundamento de la jurisdicción de los árbitros.

Cuando se hubiere pactado el pago de una multa para interponer los recursos de apelación o nulidad y se alega para interponer tales recursos alguno de los hechos que quedan mencionados, se depositará la multa hasta la sentencia final (574 ul).

17.—En principio cuando el laudo es de amigables componedores, no hay recurso de apelación ni de nulidad, porque a ellos se les pide resolución de acuerdo con su criterio. Pero proceden tales recursos si se alega (575) alguno de los hechos que consigna el art. 571.

18.—La Corte Superior de la que depende el juez de primera instancia del lugar donde se ha seguido el juicio (582-581) es competente para conocer de la apelación del laudo: pero absuelve el grado sin sustanciación alguna y por el sólo mérito de los autos (575). Si la Corte cree que el fundamento alegado para apelar es exacto, se limita a declarar la nulidad del laudo mandando que los árbitros procedan a nuevo pronunciamiento (572). Esta disposición se justifica por sí misma. Si por el arbitraje se retira de los jueces y tribunales comunes el conocimiento de un asunto, una resolución revocatoria significaría conocer del pleito contra la voluntad de las partes. Por eso se dispone que se limite a declarar la insubsistencia. Si la Corte aprueba el laudo en realidad, nada resuelve. Ya la resolución está pronunciada.

19.—En algunos países para que el laudo adquiriera fuerza de ley como la sentencia de los jueces ordinarios, necesita un acto especial de autorización (Francia, Italia), que se llama *exequatur*. Entre nosotros esto no se exige. Expedido el laudo, las partes voluntariamente pueden cumplirlo. En caso contrario hay que acudir al juez de primera instancia llamado por la ley

que tiene facultad de solicitar la fuerza pública para ejecutar los fallos (1153). Los árbitros tienen jurisdicción para conocer y resolver pero no el *imperium* o sea la facultad de imponer.

20.—La forma ordinaria de dar término al compromiso es mediante el laudo. Pero hay también otras causas que unas veces dependen de la voluntad de las partes y otras veces son ajenas a dicha voluntad.

Están entre las primeras:

La voluntad unánime de los otorgantes del compromiso mediante escritura o por escrito al juez con legalización de firmas (580 10.) poniendo fin a la controversia mediante una transacción o revocando pura y simplemente el nombramiento de los árbitros.

La omisión por alguna de las partes de algún acto indispensable para realizar el compromiso. Pero para que este incumplimiento sirva de base a la cesación del compromiso debe estar precedido de un requerimiento (576) para que la omisión se subsane dentro de tres días.

La recusación fundada de un árbitro, salvo que el compromiso estipule que faltando uno o varios árbitros, los otros podrán apreciar y decidir o que se haya previsto la subrogación de los árbitros que falten, o en fin que se trate de la cláusula compromisoria ya estudiada.

Puede cesar también el compromiso pero por causas ajenas a la voluntad de las partes:

En caso de muerte de los árbitros o su ausencia por más de tres meses, por su negativa a aceptar el cargo o haberse librado contra alguno de ellos mandato de prisión (580, inc. 3); salvo que haya alguna estipulación especial sobre esto, o que se haya acordado poner fin a la controversia, siempre mediante arbitraje. Entonces se procede conforme al art. 556.

Vencimiento del término fijado por las partes para la expedición del laudo (566) sin que este se haya pronunciado.

También cesa por los principios generales de Derecho como p. ej., cuando por caso fortuito perece la cosa o cuando se reúne en la misma persona la calidad de actor y demandado (consolidación).

21.—Como los árbitros son elegidos por las partes se presume que los compromitentes conocían las causas de recusación y que al designarlos renunciaron al derecho de recusarlos. La

confianza puesta en ellos desvirtúa todo motivo de recusación (95). Por eso sólo se permite la recusación por causas sobrevinientes. Pero si los árbitros los nombra la autoridad judicial, la recusación es procedente por causas anteriores o posteriores al nombramiento.

La recusación se interpone ante el mismo árbitro. Si la acepta termina su intervención. Si la considera infundada la remite al juez del lugar con un informe para que la sustancie como incidente, siendo el término de prueba sólo ocho días (97).

El árbitro puede excusarse o renunciar. Hay lo primero cuando no desea intervenir. Hay lo segundo cuando no quiere seguir en el cargo. En principio aceptado el cargo no se puede renunciar, salvo los casos que contempla el art. 578. La excusa se formula al ser notificado por el escribano de la designación. La renuncia se presenta al juez de primera instancia que la sustancia como recusación (579).

22.—Los que celebran un compromiso y los que aceptan ser árbitros celebran un contrato en el que hay obligaciones para cada uno. Si no se cumplen se procede en la forma que señala el art. 576, cuando se trata de compromitentes y conforme al art. 577 y al 569, cuando se trata de incumplimiento de los árbitros.

CAPITULO XXXIII

PROCEDIMIENTOS NO CONTENCIOSOS

1.—Su concepto.

1.—El Poder Judicial tiene como principal función solucionar las dificultades que en el orden jurídico suelen presentarse entre particulares y, se dice, principal función porque hay casos en los que interviene según Mattiolo "para proteger ciertos intereses, para dar fuerza y eficacia jurídica o determinados actos realizados voluntariamente por una o varias personas, para completar la capacidad imperfecta de sus autores y para testimoniar solemnemente la existencia legal de dichos actos" (79). Esto es lo que nuestro C. p. c. llama "Procedimientos No Contenciosos", y que en doctrina se denomina jurisdicción voluntaria o jurisdic-

(79) Instituciones de Derecho Procesal Civil t. I pág. 6.

ción graciosa que tradicionalmente se ha considerado como distinta de jurisdicción contenciosa.

Se ha sostenido que la jurisdicción contenciosa existe cuando hay oposición, controversia entre las partes y que la jurisdicción no contenciosa se presenta cuando en ella intervienen personas que no tienen intereses encontrados. Pero este razonamiento no siempre está de acuerdo con la realidad. La demanda planteada en vía ordinaria para obtener una prestación, puede ser aceptada por el demandado que se allana a ella. Este acuerdo no significa que esta intervención judicial sea procedimiento no contencioso. Al contrario es perfectamente contencioso. A la inversa. Dos o más personas pueden pretender que se les declare herederos de otra que ha fallecido. Sostienen puntos de vista diferentes en el procedimiento respectivo. Por esto no se va a decir que la intervención del juez es contenciosa.

Quien sabe lo que distingue el procedimiento contencioso del no contencioso, consiste en que el primero una parte solicita algo en contra del otro. Puede esta allanarse, pero en la sentencia el juez reconoce el derecho invocado por el demandante. En el procedimiento contencioso, el juez en los casos que la ley le enumera, la precisa, interviene bien para formar relaciones jurídicas concretas (nombramiento de administrador, de curador) o para constatar algo (adopción, interdicción) o para solemnizar un acto (inventarios). En estos casos el juez interviene para constatar o llenar formalidades que la misma ley se encarga de enumerar. Estas intervenciones formales de los jueces se agrupan en el capítulo denominado *Procedimientos No Contenciosos*.

CAPITULO XXXIV

INVENTARIOS

- 1.—Casos en que es obligatorio o facultativo este procedimiento. 2.—Competencia. 3.—Quién puede solicitar los inventarios. 4.—Cómo se realizan. 5.—Oposición. 6.—Inclusión indebida de bienes en el inventario.

1.—Conforme a nuestra legislación la facción de inventarios en unos casos es obligatoria e ineludible y en otros casos meramente facultativo. El C. c. (arts. 734-30-937-86-503), la Ley Procesal de Quiebras (27-11-154 a 157) y el C. de p. c. (1215) deter-

minan los casos en que esas diligencias son ineludibles o simplemente facultativas.

2.—Los inventarios se solicitan ante un juez de primera instancia que es el del lugar donde se hallan los bienes. El juez puede comisionar para la diligencia a un juez de paz (1187 y 1190); pero si algún interesado solicita su concurrencia, debe intervenir personalmente el de primera instancia.

3.—El Código no determina la persona que debe solicitar esta medida. Se limita a establecer que “en los casos en que la ley prescribe o autoriza la facción de inventarios” es decir cuando obliga o faculta, se procederá a su realización. Luego el que está obligado a realizarla o el que tenga interés en la diligencia, puede solicitarla.

4.—Presentada la solicitud el juez señalará día y hora para la diligencia (1185), mandará citar a los interesados conocidos que se hallen en el lugar y a la persona que debe recibir los bienes cuidando que trascurren cuando menos tres días entre la citación y la diligencia misma.

En la oportunidad fijada se da principio a la diligencia haciéndose constar en acta, el lugar, día, mes y año en que comienza el inventario (1188). Luego se enumeran todos los bienes con la mayor claridad y precisión, señalándose respecto de los inmuebles su situación y en cuanto sea posible sus linderos. Cuando se trata de muebles se debe determinar su número y especie. Si hay libros de contabilidad, hay que hacer constar su número, clase y estado, poniéndose en cada uno de ellos, a continuación de la última partida una nota que establezca las fojas escritas, nota que firmará el juez, el escribano y el que recibe los bienes. Se pondrán las observaciones que hagan los interesados y al terminar la diligencia firmarán el acta el juez, el solicitante, el escribano y los demás interesados. Si hay entrega de los bienes a un depositario se hará constar también éste hecho.

Si la diligencia no termina en un día, continuará en los sucesivos poniéndose así en el acta y sin necesidad de nuevas citaciones (1188 2a. p.).

Realizada la diligencia de inventarios el juez, a petición de parte, ordenará que se ponga de manifiesto en la oficina del actuario durante diez días (1191). En este estado del expediente pueden presentarse alguno de estos casos: 1.º—Que los interesa-

dos no hagan observación a la diligencia; 2.º—Que afirmen que se han omitido bienes; y 3.º—Que persona extraña o un interesado digan que se ha incluido en el inventario indebidamente algún bien.

En el primer caso, vencidos los diez días el juez aprueba el inventario y ordena su protocolización (1191). En el segundo caso hará una investigación en el mismo expediente y en la forma establecida para los incidentes (1192), sobre los bienes que faltan. En el tercer caso se procederá conforme al párrafo 6 de este capítulo.

Si se solicita la valorización de los bienes inventariados, se nombrarán peritos (1194) en la forma establecida por los arts. 684 a 687 de. C. p. c. y 159 L. P. Q. en su caso.

5.—La solicitud de inventarios puede ser objeto de oposición. Este recurso que debe presentarse dentro de tercero día de notificado el proveído que ordena su realización, no suspende por ningún motivo la diligencia (1186). Se tramita como incidente y si al resolverse en forma favorable al opositor ya los inventarios están hechos responderá el que los solicitó de costas, daños y perjuicios (1186 2a. p.).

6.—El inventario no es título. No crea derechos. Luego la inclusión en él de bienes pertenecientes o poseídos por terceros no perjudica los derechos de estas personas. El dueño o poseedor deben limitarse a dejar constancia de su situación, pero sin pedir nada respecto del bien indebidamente inventariado ya que tal inclusión no les perjudica (1193). Pero si el tercero solicita p. ej. exclusión del bien inventariado alegando propiedad, hay que tramitar su acción en vía ordinaria. Así lo tiene establecido la Corte Suprema en reiteradas ejecutorias.

CAPITULO XXXV

ADMINISTRACION DE BIENES COMUNES

1.—Cuándo procede. 2.—Competencia. 3.—Procedimiento. 4.—Facultades del administrador. 5.—Obligaciones. 6.—Derechos de los interesados. 7.—Oposición a la solicitud.

1.—Cuando varias personas tienen derecho de propiedad sobre un bien o sobre varios bienes el acuerdo privado de ellos se traduce en la designación de un administrador. Si no hay acuer-

do, cualquiera de los interesados puede solicitar la administración judicial de los mismos (1195), pudiendo según los casos designarse uno o más administradores (1200).

2.—Es competente para conocer de este procedimiento cualquier juez de primera instancia, prefiriéndose al del lugar donde se hallan los bienes (45) porque esto no es juicio. Si el pedido surge en el juicio de partición, conocerá en dicho pedido, el juez que conoce del juicio (1196).

3.—Presentada la solicitud para nombrar administrador, el juez convocará a los interesados que residen en el lugar y a los apoderados de los que están fuera, para que en una junta deliberen sobre la manera de administrar los bienes y sobre la persona o personas que deben encargarse de dicha administración. Esta junta se reunirá dentro de los ocho días siguientes a la convocatoria. En ella el juez tiene un papel formal: se limita a presidirla, porque los mismos interesados deben acordar la forma y condiciones de la medida solicitada (1197).

El día designado para la junta puede suceder: 1.º—Que concurren todos los interesados; y 2.º—Que no concurren todos. En el primer caso los interesados pueden llegar a un acuerdo nombrando administrador y fijando las condiciones de la administración; o puede ser que no lleguen a ningún acuerdo. Habiendo acuerdo (1198) el problema queda resuelto. En caso contrario el juez procederá en la siguiente forma:

1.º—Nombrará administrador al cónyuge sobreviviente, al interesado que tenga mayor participación en los bienes, a uno de los que tiene igual participación o a cualquiera de los interesados en el orden indicado y siempre que a su juicio el designado reúna condiciones para el buen desempeño del cargo;

2.º—Si las personas indicadas no reúnen las condiciones expresadas, nombrará administrador a un extraño.

El auto en que el juez nombra administrador es apelable en el efecto devolutivo (1199).

En el segundo caso o sea cuando no concurren todos los interesados, se hace una nueva convocatoria para el tercer día siguiente a la notificación bajo apercibimiento de que los no concurrentes queden obligados a pasar por lo que acuerden los asistentes, siempre que estos representen más de la mitad del valor de los bienes (1197, 2a. p.).

Si en la segunda convocatoria no hay el quórum anterior-

mente expuesto o no se llega a ningún acuerdo, el juez hará la designación en la forma ya expuesta.

Para que la administración produzca efecto contra tercero debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble (906 C. c.).

4.—El administrador designado por los interesados o nombrado por el juez tiene facultades precisas. Así:

Puede vender los frutos que recolecte;

Puede arrendar por tiempo indeterminado las fincas rústicas y urbanas;

Puede hacer reparaciones ordinarias en las fincas que administra;

Puede pagar las cargas y pensiones a que estén sujetas (203).

Para los actos no comprendidos en la enumeración anterior, el administrador debe pedir al juez que reúna en junta a los interesados (1204) observando las reglas establecidas en el art. 1197. Los interesados son los que deben pronunciarse sobre la solicitud del administrador. Si no se ponen de acuerdo el juez, previas las investigaciones que juzgue necesarias, concederá o no la autorización solicitada por el administrador (1204 2a. p.).

Además de las facultades enumeradas, el administrador tiene personería (1206) para comparecer en los juicios que se relacionen con los actos practicados o los contratos celebrados en ejercicio de la administración.

5.—El administrador tiene también obligaciones que cumplir, pudiendo ser removido del cargo si no las cumple. Así el dinero que reciba como renta o por cualquier otro concepto lo depositará en el establecimiento fijado al efecto, previa deducción de la suma necesaria para los gastos inherentes a la administración (1205).

Debe rendir cuenta documentada en los plazos que el juez le señale, los que serán proporcionados a la importancia y condiciones del caudal, sin que en ningún caso excedan de seis meses (1207).

Debe rendir cuenta final de su administración al renunciar o ser separado del cargo, pero esta acción debe entenderse no con los interesados, sino con el nuevo administrador (1208) disposición que realmente no se justifica porque nadie controla mejor que el propio dueño. Sólo al terminar la administración se rendirá cuenta general de ella, entendiéndose el procedimiento con los interesados (1209).

6.—Durante la administración los interesados pueden acordar la distribución de la renta en proporción a sus derechos y en las oportunidades que ellos mismos fijen. A falta de ese acuerdo el juez la fijará (1202).

Los interesados pueden igualmente solicitar la remoción del administrador, si invocan y llegan a acreditar abuso o descuido en el ejercicio del cargo, colusión con alguno de los interesados o con un tercero para aprovecharse de la administración. La solicitud se sustancia en cuaderno separado y si el juez la ampara, subrogará al administrador aunque haya apelación (1210).

Los interesados pueden también pedir que se modifique la administración judicial. El pedido se tramita en la forma expuesta para nombrar administrador (1211).

7.—Procede oponerse al pedido para nombrar administrador de bienes. La oposición se sustancia como excepción dilatoria (1201) o sea que paraliza la tramitación del pedido para reunir la junta.

CAPITULO XXXVI

DECLARATORIA DE HEREDEROS

- 1.—Cuándo procede. 2.—Quien puede solicitarla. 3.—Competencia. 4.—Procedimiento para conseguirla. 5.—Casos que pueden presentarse durante la tramitación. 6.—Recurso para contradecir el auto.

1.—La muerte de una persona no extingue sus derechos y obligaciones. Hay quien o quienes continúan su personalidad jurídica. Estos continuadores se designan en testamento o por auto que expide el juez llamado auto de declaratoria de herederos.

La sucesión intestada, ab intestato o legítima, que de todos estos modos se denomina, se opera en virtud de la ley sin que haya emisión o declaración de voluntad por parte de la persona de cuya sucesión se trata. La ley ejerce en el Derecho "una función supletiva de la voluntad del *de cujus*" (80). Esta sucesión tiene como fundamento la afección presunta del difunto, se dice que depende de la voluntad tácita del que ha fallecido que la ley presume.

Pero no se vaya a creer que sólo hay declaratoria de herederos cuando no hay testamento. Ella tiene lugar en los siguientes casos:

(80) Calixto Valverde.—Tratado de Derecho civil, t. V pág. 379.

1.º—Naturalmente cuando no hay testamento;

2.º—Cuando hay testamento pero no hay herederos instituidos y en él, el testador no ha dispuesto de todos sus bienes en legados (758 C. c.);

3.º—Cuando el testamento ha sido declarado nulo o falso, en cuyo caso al solicitarse la declaratoria de herederos se acompañará la sentencia ejecutoriada en la que conste esa declaración de nulidad o falsedad (1223);

4.º—Cuando el heredero nombrado en testamento falleció antes que el testador. En este caso debe exhibirse el testamento y la partida de defunción del instituido. Con todo la solicitud se pondrá en conocimiento de los herederos de éste último y si no se oponen dentro del sexto día de la notificación, se procederá con arreglo a los artículos 1214 y siguientes del C. p. c. Si se formula oposición se ventilará ésta en vía o procedimiento ordinario (1224);

5.º—Cuando el heredero instituido en testamento renuncia la herencia. En este caso debe presentarse el testamento y la renuncia del heredero. Luego se cita al heredero y se procede como en el anterior acápite (1225). Esta renuncia es sin perjuicio del derecho que conceden a los acreedores o al síndico de quiebras, el art. 678 del C. c. y el 52 de la L. P. Q. respectivamente; y

6.º—Cuando ha caducado la institución de herederos (1226). En este caso debe exhibirse el testamento y los instrumentos que comprueban la caducidad. El juez manda poner la solicitud en conocimiento de los herederos instituidos observando en lo demás lo establecido en el art. 1224. (Ver arts. 752 y 753 del C. c.).

2.—Conforme al art. 1212 la declaratoria de herederos abintestato pueden presentarla los presuntos herederos, sus acreedores o los del finado y en general, quien tenga interés en esa declaración. El recurso en el que se formule la solicitud debe expresar el nombre y domicilio de los presuntos herederos y con él se acompañará la partida de defunción del finado (1213).

3.—Aunque la declaratoria de herederos no es procedimiento contencioso, no puede ser iniciada ante cualquier juez sino ante el del lugar donde el finado tuvo su último domicilio en el territorio nacional, o en su defecto donde esté la mayor parte de sus bienes (47). Esta disposición se explica porque en el último domicilio que tuvo el finado puede haber dejado vinculaciones

o parientes que así tendrían oportunidad de enterarse de la solicitud. Si la solicitud se presentara ante cualquier juez dejarían de conocerla quienes pueden tener interés en ella.

4.—Presentada la solicitud el juez la mandará poner en conocimiento de los presuntos herederos que residen en el lugar; hará citar al cónyuge sobreviviente, si lo hay; a la Beneficencia y al Agente Fiscal. También hará que se notifique a todos los notarios del lugar del juicio para que digan si en sus respectivos registros el finado otorgó testamento (1214). Por último ordenará que la solicitud se anuncie por periódicos durante quince días, dando cuenta del fallecimiento y llamando a los que se crean con derecho a la herencia. Si el finado hubiera sido extranjero, se comunicará el auto al funcionario consular de la nación de origen (1214 2da. p.).

Los pretendientes a la herencia presentarán los documentos que justifiquen su derecho, documentos que se agregarán al expediente con citación de los interesados (1217). Con este motivo se pueden hacer impugnaciones a los documentos presentados, pero tales impugnaciones no se sustancian, ya que se trata de un procedimiento no contencioso.

Los ejemplares del diario que contienen los anuncios (primero y último) se agregan a los autos con un recurso y, después, se pide que lo actuado se remita al Agente Fiscal para que dicamine.

Expuesta la opinión del Ministerio Fiscal el Juez expedirá auto declarando herederos a quienes hayan acreditado su derecho con prueba instrumental o resolviendo que tal declaración se haga en vía ordinaria (1218).

Si nadie se hubiera presentado reclamando la herencia, el juez declarará vacante (773 C. c.) y luego declarará heredera a la Beneficencia del lugar y a falta de ésta a la de la Capital de la República. (774).

El cónyuge puede optar por el usufructo en lugar de ser declarado heredero (766), al igual que los hijos.

5.—Cuando se pide la declaratoria de herederos es porque no se tiene noticia de la existencia de testamento. La ley impone al notario ante quien se otorga un testamento, la obligación de poner este hecho en conocimiento de los herederos, si le son conocidos, tan pronto sepa que ha fallecido el testador. La falta de tal aviso puede traerle responsabilidad por los daños y perjuicios consiguientes (1227).

Si por no conocer a los herederos no puede dar el aviso, apenas reciba la notificación mencionada en el párrafo anterior, cumplirá dicha obligación manifestando al juez en qué fecha se otorgó el testamento y si fué en escritura pública o en pliego cerrado. Si no lo hace incurre en multa de S/o. 100.00 a 500.00 sin perjuicio de la responsabilidad por los daños y perjuicios que su silencio ocasione (1220).

También tercera persona que no sea notario puede presentarse al juez dando ese aviso. Debe exponer el lugar en que se halla si es en escritura pública o protocolizado y debe pedir un plazo para exhibirlo. El juez accederá a la solicitud, siempre que otorgue garantía suficiente para responder por las costas, daños y perjuicios que se causen y por la multa de cien a quinientos soles que se le impondrá si es que no llega a presentar el testamento. Si se presenta el testamento y hay heredero instituido se corrá el procedimiento (1221).

6.—El auto de declaratoria de herederos puede ser apelado y hay también recurso de nulidad contra él y los que se crean agravados con la resolución que pone fin al procedimiento pueden pedir en el primer caso del art. 1218 que el heredero declarado preste fianza para las resultas del juicio contradictorio (1001) (81). Esta fianza se otorga antes que el favorecido tome posesión de los bienes. Pero si pasan 30 días desde el otorgamiento de la fianza, sin que se interponga el juicio contradictorio, se manda cancelar esa garantía.

El juicio contradictorio de que trata el art. 1083 C. p. c. debe interponerse, fuera del caso expuesto, dentro de seis meses. (82).

CAPITULO XXXVII

APERTURA DE TESTAMENTOS CERRADOS

1.—El testamento cerrado. 2.—Juez competente para disponer la apertura. 3.—Quien puede solicitarla. 4.—Procedimiento. 5.—Casos que pueden presentarse. 6.—Resolución. 7.—Tachas al testamento cerrado. 8.—Administración de bienes. 9.—Comprobación de testamentos privados y verbales.

1.—Según Calixto Valverde "el testamento es el instrumento que mayores ventajas ofrece para disponer de determi-

(81) R. J. P. año 1943 pág. 33.

(82) R. J. P. año 1943 pág. 26.

nadas cosas, pues el hombre pensando en la muerte, olvidando todos los rencores y pasiones, se convierte en juez de la familia y de sí mismo para ordenar todo aquello que responda a las imperiosas y sagradas determinaciones de su conciencia; por eso nada hay más respetable ni nada debe cumplirse con más solicitud que lo mandado por los testadores" (83). Esta clara apreciación del testamento en general, es más pertinente con relación al testamento cerrado llamado así porque el ordenamiento que hace el testador no es conocido sino por él mismo.

Mientras el Código del 52 definía el testamento cerrado, el actual se limita a enumerar las solemnidades para su otorgamiento incluyendo entre ellas una disposición de la ley de 28 de setiembre de 1888 (689). El Código dispone que "los notarios que autoricen testamentos cerrados remitirán al registro un parte que textualmente contenga la cubierta autorizada" (1060 C. c.).

Para solicitar la apertura y protocolización de un testamento cerrado debe presentarse al juez junto con el sobre que lo contiene, la partida de defunción del testador y la constancia de estar registrado en la forma expuesta (1228).

2.—El juez competente para intervenir en este procedimiento es el del lugar donde se registró el testamento (1229).

3.—Tienen derecho a pedir la apertura y protocolización del testamento los que se crean instituidos herederos o legatarios, los acreedores del testador o de los herederos y, en general, cuantas personas manifiesten tener interés en el testamento (1230).

4.—Presentada la solicitud, la partida de defunción y el sobre, el juez mandará comparecer a los testigos que suscriben la cubierta y al notario que la autorizó. Dispondrá que se cite al cónyuge sobreviviente si lo hay, a los parientes del testador dentro del cuarto grado que se hallen en el lugar y sean conocidos y al Agente Fiscal. Si el testador tiene otorgado un testamento anterior, se citará también al heredero o herederos instituidos en él, si están presentes (1231).

5.—El primer caso que puede presentarse será el de la presentación de la totalidad de los testigos, del notario y los interesados (1232), el día y hora señalados por el juez. En dicha oportunidad y en presencia de los interesados que asistan, el juez

(83) Ob. cit. t. V, pág. 311.

examinará individualmente a los testigos, previo juramento, sobre los siguientes hechos:

1.º—Si el pliego que se le presenta es el mismo que entregó el testador al notario y si nota alguna alteración en las cerraduras o sellos;

2.º—Si son sus firmas las que están escritas en la cubierta y en caso de que alguno hizo firmar a otro en su nombre, si es cierto el hecho y quien lo practicó;

3.º—Si todos juntos y en un sólo acto, vieron que el testador entregó el pliego al notario y le oyeron decir que el papel que entregaba contenía su testamento; y

4.º—Si el testador estaba en su sano juicio.

Recibidas todas las declaraciones el juez abrirá el pliego, estampará el sello del juzgado en cada una de sus hojas, firmará con los interesados, testigos y notario a continuación de la última hoja escrita y ordenará que el pliego se agregue al expediente.

Si el pliego está escrito en idioma distinto del castellano, se hará su correspondiente traducción por el intérprete que el juez designe.

Si al comenzar la diligencia el juez observa que la cubierta del testamento está deteriorada o están desprendidos los sellos que se le hubieran puesto, de manera que haya sido posible el cambio de pliego, resolverá que valga como testamento ológrafo si reúne las condiciones que se puntualizan en el art. 694 C. c. (693 C. c.).

2do. caso.—El segundo caso puede presentarse cuando alguno de los testigos no puede comparecer al Juzgado. Entonces el juez debe constituirse a su domicilio recibiendo la declaración en acta especial (1234).

3er. caso.—Que haya muerto alguno o todos los testigos o que se halle ausente una minoría, es decir dos o menos. En cualquiera de estas situaciones se abona la firma de los que faltan mediante una información que acredite: a) que los testigos estuvieron presentes en el lugar y al tiempo en que el testador manifestó su voluntad; y b) que las firmas son las que ellos usaban. Sólo después de recibirse esta información, el juez puede dictar resolución (1237).

4to. caso.—Que la mayoría de los testigos se halle fuera del lugar. El Juez procederá entonces como en el supuesto anterior, pero cuidará de abrir el pliego de manera que se conserve ínte-

gra la cubierta en la parte en que se hallan las suscripciones y los sellos para que sean examinados y reconocidos por los testigos ausentes tan pronto como sea posible (1238). Cuando haya sido examinada la mayoría de los testigos o trascurra un año sin que sea posible hacerlo, el juez procederá conforme al art. 1236.

5to. caso.—Que el notario que autorizó la cubierta haya fallecido o está fuera del lugar. Entonces el juez ordenará el cotejo de la firma que aparece en el sobre con la que debe existir en la copia de la cubierta en el registro del mismo notario (1240).

6to. caso.—Que los testigos estén en desacuerdo entre sí o en desacuerdo con el notario sobre los puntos indicados en el art. 1232 o que las diligencias prevenidas en los arts. 1237 y 1240 no den resultado satisfactorio. En tal supuesto el juez ordenará que la causa se tramite en vía ordinaria (1241).

6.—Si de las diligencias practicadas en los casos 1º al 5º resulta que el testamento fué otorgado con las solemnidades prescritas por la ley, el juez expedirá auto declarando que lo que se lee en el pliego es la última voluntad del finado y dispondrá, a la vez, que se protocolice el expediente (1236).

7.—Los interesados en la herencia pueden tachar el testamento alegando su nulidad o falsedad. Esta acción la harán valer en vía ordinaria sin que ella suspenda el procedimiento que queda descrito. Sólo se exige al juez que al ordenar la protocolización exprese que es sin perjuicio de lo que se resuelva en el juicio promovido.

El notario hará constar esta reserva en la diligencia de protocolización y en los testimonios que expida (1242).

8.—Calculando las dificultades que pueden presentarse durante este procedimiento, dificultades que quedan estudiadas, la ley permite que mientras la protocolización se realice y se establezca quien es el heredero, se proceda al nombramiento de un administrador de los bienes materia de la sucesión, observándose las reglas establecidas para la seguridad de herencia (1239).

9.—El C. p. c. de acuerdo con el código civil del 52, señala los trámites que hay que seguir para que el testamento privado o el verbal se comprueben y protocolicen. El actual código nada dice de ésto. Implanta el testamento ológrafo y el de urgencia otorgado por un navegante ante el capitán del buque. El art. 1823 del C. c. explica lo que hay, resultando sin objeto ocuparse del procedimiento que corresponde al epígrafe.

CAPITULO XXXVIII

PROTOCOLIZACION DEL TESTAMENTO OLOGRAFO Y DEL OTORGADO ANTE UN CAPITAN DE BUQUE

- 1.—El testamento ológrafo. Solicitud de protocolización. 2.—Procedimiento. 3.—Testamento otorgado ante el capitán de un buque.

1.—El C. c. faculta al juez que interviene en la apertura de un testamento cerrado a disponer que valga como testamento ológrafo, si presenta en su cubierta indicios de haber sido violentado y si además, reúne los requisitos que le son propios. Esos requisitos son que esté escrito de puño y letra del testador, que tenga fecha en letras y firma puesta por él, pudiendo otorgarse en sobre cerrado o en pliego abierto (694).

Por esto el testamento ológrafo se parece al testamento cerrado porque en ambos se ignoran sus disposiciones; pero se diferencian en que habiendo testamento cerrado, este otorgamiento consta en el Registro de testamentos, mientras que tratándose del testamento ológrafo, no se exige esta formalidad y su existencia sólo es conocida por el testador. Esto mismo hace que en el testamento ológrafo haya más libertad de disposición. Ahora desde el punto de vista práctico el testamento cerrado ofrece mayores garantías que el ológrafo porque este puede extraviarse o falsearse.

Para que el testamento ológrafo surta efectos legales debe comprobarse y protocolizarse. Para esto la solicitud respectiva debe presentarse dentro del plazo de dos años contados desde el día del fallecimiento del testador. No obstante este largo plazo la ley dispone que cualquier persona que conserve un testamento de esta naturaleza, debe presentarlo al juez haciendo saber esta circunstancia tan pronto muera el testador.

2.—La solicitud debe ir acompañada de la partida de defunción y del pliego testamentario. Si está en sobre cerrado el juez señalará fecha para la diligencia de apertura. En esa oportunidad abrirá la cubierta, rubricará todas las fojas y ordenará que se compruebe la autenticidad de la letra y firma mediante cotejo. Si no hay elementos para esta diligencia, basta la información de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador quienes establecerán dicha autenticidad.

Una vez cumplidas estas formalidades el juez ordenará la protocolización (695 C. c.) y mandará pasar partes al Registro de Testamentos, con los datos del caso (1062 C. c.). El juez y el notario que no cumplan con lo prescrito en este último artículo, responderán de los daños y perjuicios que ocasionen con su omisión (1064).

En este procedimiento se observará, en cuanto sea aplicable, lo dispuesto para la apertura de testamentos cerrados (696).

3.—Los navegantes en caso de urgencia pueden otorgar testamento ante el capitán y dos testigos; pero este testamento sólo vale si es que su otorgante muere durante el viaje o a lo más treinta días después de su llegada a un puerto. La protocolización debe pedirse dentro de dos años contados desde el fallecimiento del testador (698) y observando las reglas relativas a los testamentos ológrafos.

CAPITULO XXXIX

SEGURIDAD DE HERENCIA O CURATELA DE BIENES

1.—En qué consiste esta medida. 2.—Cuándo y a solicitud de quién se decreta. 3.—Medidas de seguridad cuando no hay herederos. 4.—Medidas de seguridad cuando hay herederos. 5.—Competencia. 6.—Facultades del administrador o curador cuando no hay herederos. 7.—Estos bienes no pueden venderse. 8.—Facultades del administrador cuando hay herederos. 9.—Cuándo termina la seguridad. 10.—Albacea dativo. 11.—Defensor de herencia.

1.—La seguridad de herencia es una medida que tiene por objeto atender al cuidado y conservación de los bienes dejados por una persona a su fallecimiento y hasta que sus herederos tomen posesión de los mismos. Tal cuidado se encarga a un administrador que los recibe bajo inventario al que el C. c. llama curador de bienes (592—1.º).

2.—La medida de seguridad de herencia puede ordenarse bien de oficio, bien a solicitud de parte.

Procede de oficio en los siguientes casos:

1.º—Cuando no se tiene noticia de la existencia de herederos instituidos o parientes en línea recta o colaterales dentro del cuarto grado, es decir, cuando los derechos sucesorios son inciertos (592 1º C. c.);

2º.—Cuando habiendo herederos instituídos, uno o más de ellos están fuera del lugar sin representación en él o son menores o incapaces que no se hallan bajo la autoridad de sus padres, tutores o curadores, respectivamente

3º.—Cuando por falta de testamento la herencia corresponde a los herederos legales y uno o más de estos se encuentran en los casos del inciso anterior, siempre que en el lugar no haya parientes más próximos (1252).

Esta medida puede decretarla el juez de oficio ya porque directamente tome conocimiento de haberse presentado alguno de los casos enumerados; bien cuando el dueño de una casa en que ocurre un fallecimiento o cualquier persona en cuya compañía ha vivido el que ha fallecido, le comunica tales situaciones, verbalmente o por escrito (1253).

La medida de seguridad de herencia procede a petición de parte cuando la solicita alguno de los herederos instituídos en testamento o declarados judicialmente, la persona que ha solicitado se le declare heredero abintestato, el legatario de parte alícuota, el albacea, el cónyuge sobreviviente y los acreedores del difunto o de los herederos, siempre que sus créditos reúnan las condiciones exigidas en el art. 227 del C. p. c. (1254-1259).

Como se ve puede haber seguridad de herencia existiendo herederos instituídos y seguridad también cuando no se conoce a los herederos.

3.—Cuando no hay herederos las medidas de seguridad consistirán en depositar el dinero, documentos, alhajas, libros, cosas de valor y objetos susceptibles de ocultación en la Caja de Depósitos y Consignaciones y, en su defecto, en persona de responsabilidad que el juez designe; y en adoptar respecto de las fincas y demás bienes, las precauciones necesarias (1256 1ª p.). Inventariados los bienes se pondrán bajo la administración de la persona que el juez designe, la que procederá en el cargo conforme a las reglas de los arts. 1261 a 1266 (1260).

4.—Cuando hay herederos, no hay reglas fijas que aplicar. El juez según las circunstancias adoptará las medidas convenientes (1256 2ª p.) teniendo en cuenta que conforme al art. 1267 cuando hay herederos, la administración de la herencia debe sujetarse a lo dispuesto para la administración de bienes comunes.

5.—Las medidas de seguridad deben tomarse por el juez del lugar del fallecimiento y por cualesquiera otros de los lugares

donde existan bienes pertenecientes a la sucesión. Pero una vez ejecutadas estas medidas quedará expedita la jurisdicción del juez que sea competente, a quien se le remitirán las diligencias practicadas (1257).

Si se ha solicitado la protocolización del testamento o la declaración de herederos, las medidas que estudiamos se decretarán, respectivamente, por estos jueces. En defecto de ellos por el juez del último domicilio del finado en el territorio nacional y si no lo ha tenido en el país, por el del lugar donde está la mayor parte de los bienes (1271).

6.—Cuando no hay herederos el administrador tiene las siguientes facultades:

1º.—Tiene la personería de la sucesión en los juicios que encuentre promovidos y en los que se promuevan excepto en los relativos a la declaración de herederos y protocolización o nulidad del testamento. Sus facultades son las que determina el art. 27; pero no podrá entablar demandas sin autorización del juez que le nombró, salvo las de cobranza de arrendamientos, desahucio y demás relativas a actos o contratos de mera administración (1261 C. p. c. y 597 y 598 C. c.).

2º.—Puede hacer en las fincas que administre las reparaciones ordinarias, corrientes; pero para toda obra extraordinaria dará aviso al juez quien previo reconocimiento pericial y presentación de presupuesto, podrá autorizarlas si las estima indispensables (1262). Pagará también las cargas y pensiones ordinarias (1203 2ª p.).

3º.—Puede celebrar contratos de arrendamientos por tiempo indeterminado sobre fincas rústicas y urbanas. Pero cuando se trata de fijar una merced conductiva inferior a la que se ha estado cobrando, o cuando trate de arrendar establecimientos fabriles o industriales, el administrador deberá recabar autorización judicial (1263-1203 1ª p.).

4º.—Puede vender los frutos que recolecte (1203).

5º.—El dinero que reciba por cualquier concepto lo depositará en cualquier establecimiento público destinado al efecto, previa deducción de lo necesario para gastos y atenciones de la administración (1205).

6º.—Rendirá cuenta documentada en los plazos que el juez le señale, los que serán proporcionados a la importancia y proporciones del caudal, sin que en ningún caso excedan de seis meses (1207).

7º.—Conforme al art. 599 C. c. el juez al nombrar curador de bienes puede señalarle facultades y obligaciones especiales.

8º.—Al terminar la administración presentará la cuenta general entendiéndose el procedimiento para su aprobación con los interesados en los bienes (1209).

7.—Las medidas que la ley autoriza para conservar los bienes de una persona que ha fallecido son incompatibles con todo acto de transferencia de dominio. El administrador no puede vender los bienes que tiene a su cargo; sin embargo cuando tal medida sea necesaria para el pago de algunas deudas u otros gastos urgentes de la herencia y cuando se trata de bienes susceptibles de deterioro o de difícil y costosa conservación el juez, a pedido del administrador y previo dictamen del Ministerio Fiscal, ordenará la venta en la forma establecida en el capítulo de juicio ejecutivo (1265 y 1266).

8.—Cuando hay herederos las medidas de seguridad se rigen por las reglas de la administración de bienes comunes (1267). Por consiguiente el administrador que se nombre en estos casos tendrá los derechos y obligaciones expuestos al tratar de dicho procedimiento.

9.—La seguridad de herencia termina cuando desaparece el motivo que dió lugar al procedimiento decretado de oficio. Pero si se ha dictado a petición de parte terminará cuando todos los interesados lo soliciten (1268 C. p. c. 610 C. c.).

10.—El Código Civil faculta al juez nombrar albacea dativo cuando no hay testamento o cuando el designado ha muerto (744 y 745). Pero este albacea solo tiene la personería de la sucesión cuando no hay herederos instituídos y se trata de defender la validez del testamento. En este caso el albacea se sujetará a lo que dispone el art. 1261 del C. p. c.

11.—Hay casos en los que, lo que interesa no es cuidar los bienes del que ha fallecido, sino atender a la representación de su herencia en juicio. El juez está facultado para nombrar un defensor a petición de cualquiera persona que tenga interés en que se provea dicha representación. El procedimiento que hay que seguir se reduce a que el juez mande publicar avisos en el diario durante quince días, anunciando que se procederá a ese nombramiento si dentro del término de las publicaciones no se presenta testamento en escritura pública o protocolizado que contenga institución de herederos o el auto de declaratoria de herederos o el nombramiento de administrador hecho en seguridad de heren-

cia conforme al art. 1260 (1270). Si se presenta alguno de estos documentos la acción se entenderá con la persona o personas que en ellos figuran; pero si no se hace esa presentación, el juez constatando haberse hecho las publicaciones ordenadas, hará el nombramiento de defensor de la herencia.

CAPITULO XL

GUARDA DE BIENES DEL AUSENTE

- 1.—Cuándo procede. 2.—Competencia. 3.—Quién puede solicitarla. 4.—La solicitud y su tramitación. 5.—Oposición. 6.—Obligaciones y responsabilidad del curador de bienes.

1.—El actual C. c. se ocupa de esta institución bajo el rubro de "Curatela de bienes" y en el art. 590 dispone: "cuando una persona se ausentare o hubiere desaparecido de su domicilio ignorándose su paradero y sin dejar mandatario que administre sus bienes, se procederá a la curatela de éstos observándose lo dispuesto en los arts. 559 y 563. A falta de las personas llamadas por los arts. citados, ejercerá la curatela la que designe el juez". Este concepto se precisa en el art. 1272 del C. p. c. en lo que se refiere al tiempo durante el cual no se tiene noticias. Dice así: "se declarará ausente y se nombrará guardador a la persona que se ha separado o desaparecido de su domicilio o residencia y de cuya existencia no se tiene noticia durante un año a lo menos".

2.—Conforme al C. p. c. es juez competente para declarar la ausencia el del lugar del último domicilio o residencia del ausente o el de aquel en que se encuentren sus bienes (1274); pero el C. c. circunscribe esta competencia estableciendo que "la curatela será instituída por el juez del lugar donde hayan sido administrados la mayor parte de los bienes"; luego ya no hay elección.

3.—La ley es amplia en lo que se refiere a las personas que pueden solicitar la declaración de ausencia. Por eso permite que cualquiera, sea o no pariente del ausente (1273) la solicite, lo mismo que al consejo de familia (635 C. c.) y al Ministerio Fiscal.

4.—La solicitud debe reunir determinados requisitos que son fundamentales para apreciar su procedencia. Así debe refe-

rirse: 1º.—a la época en que tuvo lugar la separación o desaparición y al tiempo corrido desde las últimas noticias que se tuvieron del ausente: 2º.—si éste dejó o no apoderado, cónyuge, hijos o padres; 3º.—si existen bienes o derechos del ausente en abandono (1275); y 4º.—si debe nombrarse uno o varios curadores de bienes (695 C. c.)

La solicitud debe anunciarse según la ley No. 6607 que modifica los arts. 160 y 1276 C. p. c. durante 20 días aún en la capital de la República, sea cual fuere el lugar donde se siga el procedimiento. Sin perjuicio de estas publicaciones se hará conocer la solicitud al apoderado, cónyuge, hijos o padres del ausente que tengan residencia conocida en el país. (1277 C. p. c.).

Hechas las notificaciones y publicaciones que quedan prescritas, el juez recibirá la prueba que ofrezca el solicitante pudiendo por su parte ordenar los esclarecimientos que crea necesarios (1278).

Recibida la información que acredita la exactitud de los fundamentos de la petición el juez declarará la ausencia y luego (1281) designará la persona o personas que deben encargarse (595 C. c.) de la curatela de los bienes del ausente siguiendo el orden indicado en los arts. 55 y 563 del C. c. que modifican el art. 1282 del C. p. c.

5.—Si cualquiera puede pedir la curatela de bienes del ausente, no todos pueden oponerse a tal solicitud. El art. 1279 concede el ejercicio de tal recurso únicamente al apoderado general, la cónyuge, los hijos, los padres y el ministerio fiscal, porque en realidad nada puede justificar el que un extraño se oponga al cuidado de unos bienes. La oposición debe sustanciarse como incidente (1280).

6.—La persona designada para desempeñar la curatela de bienes de un ausente está sujeta a las obligaciones y responsabilidades que el C. c. establece para los curadores de bienes, salvo la prestación de fianza (1283); y el juez al hacer el nombramiento, puede señalarle sus facultades y obligaciones todo según las circunstancias y conforme a lo establecido para los tutores (599 C. c.)

Los curadores de bienes no pueden ejercer otros actos que los de administración, custodia y conservación de los bienes y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Todo lo que no estuviere comprendido en esta regla deberá ser

autorizado por el juez si es que se le comprueba su necesidad o utilidad (596 C. c.).

Los curadores tienen personería en juicio representando al ausente y las personas que tengan reclamos que formular los dirigirán contra el curador (597 C. c.).

La curatela de bienes del ausente termina cuando se da a los herederos el goce de los derechos de sucesión por haber transcurrido diez años desde que se tuvieron las últimas noticias del ausente o el tiempo suficiente para que cumpla la edad de ochenta años (610 C. p. c.).

CAPITULO XLI

POSESION DE BIENES DEL AUSENTE

1.—Quién puede pedirla. 2.—Cuándo procede. 3.—Competencia. 4.—Procedimiento. 5.—Oposición.

1.—La curatela de bienes que queda expuesta en el anterior capítulo, no puede durar indefinidamente. En determinadas condiciones se permite a quienes se crean con derecho a la herencia del ausente a pedir la posesión de los bienes que ha dejado (1284). Los arts. 611 y 612 del C. c. precisan los casos en que tal petición procede.

2.—Conforme al C. p. c. la posesión de bienes del ausente puede ser de dos clases: provisional y definitiva (1287). Pero el C. c. las refunde y establece que la curatela cesa cuando los bienes se entregan a los herederos por haber transcurrido diez años desde que se tuvieron las últimas noticias del ausente o el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de ochenta años (611 C. c.) o solo tres si es que la desaparición se hubiera producido en circunstancias constitutivas de peligro de muerte (612 C. c.). Esta entrega la pueden solicitar los que acrediten la calidad de herederos del ausente.

3.—Es competente para conocer de esta solicitud el juez del lugar en que se encuentran los bienes (1285 C. p. c. y 594 C. c.).

4.—El solicitante se presentará al juez pidiendo la posesión y ofreciendo acreditar: 1º.—que han transcurrido más de diez años de las últimas noticias; y 2º.—su calidad de heredero.

Esta solicitud se tramita con arreglo al procedimiento establecido para nombrar curador de bienes de un ausente (1085),

esto es, se anuncia la solicitud por 20 días, se cita a quienes pueden tener derecho sobre los bienes y se recibe la información que ofrezca el solicitante (1276 al 1278). Luego se oye al Ministerio fiscal y el juez resuelve. La resolución debe inscribirse en el Registro Personal (1269 2º C. c.).

5.—Los que se crean con derecho a los bienes del ausente pueden formular oposición a la solicitud. La oposición puede también formularla el ministerio fiscal (1285 2ª p.).

CAPITULO XLII

SANEAMIENTO DE INMUEBLES

1.—Cuándo procede. 2.—Competencia. 3.—Contenido de la solicitud. 4.—Tramitación. 5.—Oposición. 6.—Extinción de hipotecas.

1.—Los bienes que se hallen afectos a cargas como censos consignativos, capellanías y demás gravámenes perpetuos y que además se hallen inscritos en el Registro de la P. I. pueden liberarse de tales gravámenes siguiendo el procedimiento que se estudia en este título. Pero este procedimiento no se aplica a toda clase de inmuebles, sino únicamente a los inscritos en el Registro de la P. I. (1288) y la solicitud puede referirse a todos los gravámenes o a uno determinado (1295). Es un procedimiento que se funda en la prescripción.

2.—El conocimiento toca al juez del lugar donde se halla el inmueble (1288).

3.—La solicitud debe ir acompañada del certificado literal de la primera inscripción de dominio y de todas las traslaciones de él. Los títulos deben referirse a 30 años, pudiendo el juez ordenar documentos más antiguos, cuya existencia sea conocida (1289). Si se tiene en cuenta que el actual C. c. reduce el término de la prescripción inmemorial a 30 años, ningún juez debe ordenar títulos que sobrepasen a ese tiempo.

4.—La solicitud se pone en conocimiento de las personas e instituciones que según los títulos tienen o han tenido el goce de los gravámenes indicados en el art. 1288 que no aparecen extinguidos. En la misma providencia se mandará publicar la solicitud durante 20 días por periódicos o carteles en el lugar donde se sigue el procedimiento, por el periódico de la capital del departamento y además por el de la Capital de la República (1290).

No habiendo oposición ni aún habiendo vencido el término de las publicaciones, el juez oirá al ministerio fiscal y luego declarará libre el inmueble de censos consignativos y reservativos, capellanías y gravámenes perpetuos y elevará la sentencia en consulta a la Corte Superior. Si ésta la aprueba, se ordenará la inscripción en el R. P. I. (1292).

Esta resolución extingue definitivamente todos los gravámenes perpétuos, con excepción de aquellos que en cualquier instante y antes de la aprobación de la sentencia se hayan inscrito en el R. P. I. (1293).

5.—Durante o después de la publicación de avisos, pero antes que el juez resuelva, puede formularse oposición por quien crea que su censo no está prescrito o que alegue que las pensiones censíticas han sido pagadas. En este caso el juez dispondrá que la causa se tramite por la vía ordinaria (1291). Cada oposición no puede referirse sino a un determinado gravamen. Por lo mismo el juez puede declarar libre el inmueble de los gravámenes que no hubieran sido materia de oposición (1294).

6.—El C. c. establece la extinción de la inscripción de hipotecas (1049) y de restricciones y limitaciones en las facultades del propietario, derivados de contratos, testamentos y sentencias, así como de las demandas anotadas a los 30 años de la fecha de la inscripción, si no han sido renovados.

CAPITULO XLIII

TITULOS SUPLETORIOS

1.—Cuándo se solicitan. 2.—Competencia. 3.—La solicitud y su tramitación. 4.—Oposición. 5.—Títulos de posesión. 6.—Los títulos supletorios y el Registro de la Propiedad Inmueble. 7.—La ley 6648.

1.—El art. 1296 del C. p. c. establece que "el propietario del un inmueble que no tiene documentos comprobativos de su dominio, puede solicitar la formación de títulos supletorios para así poder acreditar su propiedad". Luego esta solicitud corresponde únicamente a quien considerándose propietario de un inmueble, sin observación de nadie, no tiene sin embargo documentos comprobatorios de su dominio. El C. c. autoriza este procedimiento en el art. 872.

2.—La solicitud debe presentarse al juez del lugar donde se halla el bien (1296).

3.—La solicitud, además de los requisitos propios de toda demanda se referirá al tiempo que dura la posesión del solicitante y de sus causantes, al modo como adquirió el inmueble. Mencionará los propietarios de los fundos colindantes y ofrecerá acreditar la posesión por 30 años conforme al art. 871 del C. c. Acompañará los recibos de contribución predial y un plano del inmueble levantado por un ingeniero o agrimensor diplomado en el que se determine la ubicación, área y linderos (1296).

El juez mandará que la solicitud se ponga en conocimiento de la persona de quien el solicitante adquirió el inmueble o de sus herederos que residen en el lugar, del agente fiscal, de los colindantes y de los condóminos si los hay y ordenará el reconocimiento del plano. En la misma providencia mandará que la solicitud se anuncie por veinte días según la ley 6607 (1297).

Hechas las publicaciones si no hay oposición el juez recibirá las declaraciones, admitirá la prueba instrumental que se presente y ordenará que la autoridad competente certifique respecto de quienes han figurado como dueños del inmueble en la matrícula de contribución predial durante los últimos 30 años (1299).

Los testigos de la información deben ser no menos de tres ni más de cinco, vecinos del lugar en que está el inmueble y mayores de cuarenta años (1298). Ellos deben declarar acerca del tiempo que el solicitante y sus causantes poseen el inmueble y el título de esa posesión (1300). Después de estas diligencias oírán al Ministerio Fiscal. Si de ellas resulta que el demandante y sus antecesores han poseído el inmueble por treinta años o más según el art. 871 del C. c. declarará que lo actuado es título supletorio y mandará que se protocolice el expediente (1301).

Algunos sostienen que por haber en este procedimiento alegaciones y prueba, se trata de un juicio declarativo de dominio; pero conforme al sentido de nuestra ley, este procedimiento especial no tiene otro objeto que habilitar de título posesorio o de dominio al que no lo tiene, sin que la resolución declare ningún derecho.

4.—Si antes de expedirse resolución alguien se opone a la solicitud, se seguirá el juicio en vía ordinaria (1302) si es que la oposición se refiere a la integridad del bien, pero si ella se refiere a solo parte del inmueble se darán títulos supletorios de la parte no disputada si es que tal cosa se solicita, concretándose el juicio ordinario a lo que es objeto de la oposición (1303).

5.—Se puede también solicitar la, formación de títulos de posesión si es que esta no alcanza a 30 años para pedir títulos de propiedad. La solicitud se tramita con arreglo a las disposiciones anteriormente expuestas (1304).

6.—Los títulos supletorios sean de propiedad o simplemente de posesión, se inscriben en el Registro de la Propiedad Inmueble y tal inscripción produce respecto de terceros, los mismos efectos que cualquier otro título debidamente inscrito (1305 C. p. c. y 1044, 1045 y 1046 del C. c.).

7.—La ley No. 6648 es del 14 de diciembre de 1926. Tiene por fin subsanar vacíos en la titulación de inmuebles rústicos, respecto de su área o hacer desaparecer disconformidades entre el área que aparece en la titulación de dichos bienes y su extensión efectiva; pero no sirve para cambiar los linderos de un fundo como con gran facilidad y siempre en daño del Estado, se ha hecho.

El procedimiento que ella establece es muy sencillo, pero a la vez no deja de llamar la atención por su hermetismo para amparar derechos de terceros.

Conforme a ella cuando el propietario de un inmueble rústico observa que en sus títulos hay linderos pero no aparece fijada la extensión superficial o constata que el área fijada en los títulos no coincide con la que figura en sus títulos, se presenta el juez de primera instancia del lugar donde se halla el bien acompañando el plano de dicho bien levantado por un ingeniero o agrimensor diplomado el que debe proceder con la más estricta lealtad ya que se establece no solo responsabilidad civil sino hasta penal por cualquier mala operación que realice. En su operación hará ver las disconformidades que se observan. En la solicitud se señalará a los colindantes.

Presentada la solicitud se manda poner en conocimiento de los colindantes y se publican edictos en el centro poblado en cuya jurisdicción se halla el bien durante 30 días. Llenadas estas formalidades el juez entrega lo actuado al solicitante.

Con motivo de las publicaciones y notificaciones alguien puede alegar derechos sobre lo que es materia del procedimiento, en todo o en parte, pero el art. 5º prohíbe al juez recibir ningún recurso bajo responsabilidad. Si se presenta debe desglosarse y devolverse al presentante. Si dentro de 30 días de las publicaciones no se inicia por el tercero, un juicio ordinario reclamando los terrenos comprendidos en el plano queda perfeccionado el título.

lo. Pero no hay que olvidar que una cosa es el título y otra la propiedad.

CAPITULO XLIV

PROTOCOLIZACION DE INSTRUMENTOS IMPERFECTOS

1.—El documento imperfecto. 2.—Competencia. 3.—Quién puede pedir.
4.—Tramitación. 5.—Oposición.

1.—En nuestro sistema procesal se distingue el documento imperfecto, del documento privado. Aquel puede protocolizarse, el segundo no.

2.—La protocolización de los documentos extendidos ante juez de paz a falta de notario se pide ante el juez de la provincia donde otorgó el instrumento, debiendo acompañarse el original y los documentos que acreditan haber pasado por la Caja de Depósitos y Consignaciones — D. de R. (1306).

3.—La ley no dice quien puede solicitar la protocolización. Debe ser cualquiera de los que figuren como parte, pero ello no excluye la posibilidad de que la solicite un tercero "con citación de los otorgantes" como textualmente lo dispone el art. 1307. De acuerdo con el sentido de esta frase, si uno de los otorgantes ha muerto, la protocolización no procede. La citación no puede entenderse con los herederos sino "con los otorgantes".

4.—La solicitud de protocolización se presenta al juez acompañando el instrumento original. Si éste encuentra que el documento está otorgado con las formalidades de ley ordenará que se protocolice *dentro* (parece que fuera *después*) del tercero día, previa citación de los otorgantes. Si los documentos no reúnen los requisitos exigidos, denegará la petición (1307).

5.—Dentro de tercero día de notificada la solicitud de protocolización puede formularse oposición, pero la oposición no puede fundarse sino en alguna de estas dos razones: la nulidad o la falsedad del documento (1308). Cualquiera otra alegación no debe ser tomada en cuenta. El juez suspende en tal caso el mandato de protocolización y dispone que se siga juicio ordinario para discutir el valor del documento.

CAPITULO XLV

DISCERNIMIENTO DEL CARGO DE TUTOR

- 1.—Tutores y curadores. 2.—Discernimiento del cargo de tutor; quiénes pueden solicitarlo. 3.—Competencia. 4.—La solicitud y su tramitación. 5.—Designación de curadores. 6.—Discernimiento del cargo de curador y su tramitación. 7.—Garantías de los curadores.

1.—El C. de p. c. siguiendo las normas establecidas por el C. c. del 52, establece un nombre común para el que tiene a su cargo menores y para el que cuida mayores incapaces y, como consecuencia, un solo procedimiento para discernir tal cargo. El nuevo C. c. establece tutores para los menores de edad y curadores para los incapaces mayores de edad. Concordando las disposiciones de este último cuerpo de leyes con las de C. p. c. veamos el procedimiento en cada caso.

2.—Conforme al art. 1309 del C. p. c. todo tutor de un menor antes de ejercer sus funciones (395 2ª p. 418 3ª p. 421 C. c.) debe discernir el cargo. De aquí parece deducirse que la solicitud de discernimiento sólo toca formularla al propio tutor. El C. c. reproduce esta obligación (487), pero dispone, a la vez, que si el tutor es negligente en el cumplimiento de esta obligación, puede ordenarle el juez de oficio, a solicitud de algún pariente, del ministerio fiscal o de cualquiera del pueblo.

3.—La solicitud se presenta ante el juez del lugar donde se halla el menor.

4.—La solicitud contendrá una exposición de las razones por las que se pide el discernimiento del cargo (parentesco, designación judicial, nombramiento) enumerará los bienes y su valor, la renta durante un año, las utilidades de la empresa que pudiera tener durante el mismo tiempo y en su caso, ofrecerá la fianza respectiva (500 C. c.). Con la solicitud presentará el inventario judicial de los bienes (503 C. c.) seguido con intervención del menor si tiene 16 años. Si la tutoría la va a desempeñar una mujer casada debe presentarse además el consentimiento del marido (491 C. c.).

Presentada la solicitud el juez pedirá dictamen al ministerio fiscal quien debe pronunciarse sobre todo respecto de la fianza.

za (499 C. c.) siguiendo las reglas que señala el art. 500 C. c. Puede aceptar la fianza ofrecida o solicitar se mejore. Según este dictamen el juez aprobará o mandará mejorar la fianza ofrecida (1310). El juez es responsable de los perjuicios que sufra el menor por no haber exigido al tutor la garantía correspondiente conforme a ley (501 C. c.).

Aprobada la fianza que podrá aumentarse o disminuirse durante la tutela (534 C. c.) el tutor comparecerá al juzgado a prometer que guardará bien y fielmente la persona y bienes del menor y en ese momento debe declarar si es acreedor del menor y a cuanto asciende su crédito (502 C. c.) bajo pena de perderlo. Esta diligencia se hará constar en acta (1311, 1312); y luego se manda protocolizar el expediente y que se inscriba en el Registro Personal (1069 80)

El tutor dativo debe ser ratificado cada dos años por el consejo de familia (484 C. c.).

5.—La designación de curador puede hacerla el padre del incapaz (562), el consejo de familia (563-664 inc. 1 C. c.) y la establece la ley (559), pero esta designación está subordinada a la regla del 556 C. c. según la que no se puede designar curador de un incapaz, sino después de declarada su interdicción.

6.—No hay procedimiento especial para el discernimiento del cargo de curador, institución de nuevo nombre en el C. c. pero en el art. 558 de este cuerpo de leyes se dispone que se apliquen a la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones que el mismo código establece, inclusive la garantía (500 C. c.).

7.—Las obligaciones y las responsabilidades de los curadores varían según su naturaleza. Cuando la curatela corresponde a los padres se considera al incapaz como sujeto a patria potestad. Por eso dichos curadores y los demás legítimos están exentos de la obligación de garantizar su administración a no ser que el consejo de familia se lo exija (567-565 C. c.) y lo mismo sucede con los cónyuges (564). En los demás casos los curadores están obligados a afianzar su administración, debiendo el juez fijar la extensión y límites de la curatela (571).

El discernimiento del cargo de curador debe inscribirse en el Registro Personal (1069 inc. 8).

CAPITULO XLVI

ADOPCION

1.—Sus clases. 2.—Competencia. 3.—Quién la solicita y procedimiento para realizarla. 4.—Oposición. 5.—Impugnación y revocación de la adopción.

1.—Según de la Plaza consiste en la intervención de los organismos del Estado en el estado de las personas sobre la base de la conformidad de las partes (84). Sin esta intervención, ese estado familiar no se constituye válidamente.

El C. c. establece la adopción plena (*ad rogatio* en el derecho clásico) (332) y la menos plena (*adoptio minus plena*) (328). Por la primera el adoptado adquiere la calidad de hijo legítimo del adoptante. Por la segunda, la adopción puede limitarse a la obligación de alimentar, educar y dar al menor una carrera u oficio. Esta sólo procede cuando el adoptado es menor de quince años (345).

2.—Es juez competente el del lugar donde están los futuros adoptante y adoptado.

3.—La persona que quiera adoptar a otra se presentará al juez acompañando su partida de nacimiento y la del presunto adoptado (1313) para demostrar así que reúne los requisitos 1º 2º del art. 326 y 345 del C. c. o sea que es mayor de cincuenta años y que excede en 18 años al futuro adoptado. En el caso de adopción menos plena que el menor no tiene 15 años, debe dejar constancia que no tiene descendientes con derecho a heredar.

Si el tutor es el que desea adoptar a la persona sujeta a tutela el procedimiento no procede sino después que esta haya cumplido 21 años, que esté aprobada la cuenta final del cargo y satisfecho el alcance que resulte de ella. Sin este último requisito tampoco puede adoptar el curador del incapaz (330 C. c. y 1315 C. p. c.).

Presentada la solicitud el juez ordenará que el adoptante comparezca a ratificar su voluntad de adoptar (1314) y a jurar que no le comprende ninguno de los impedimentos señalados en el C. c. (326 3 §). En la misma forma prestará consentimiento el

(84) Ob. cit. t. II pág. 711.

adoptado si es mayor de edad. Si está en minoría, también prestará consentimiento si es mayor de 14 años (326 § 5) y además sus padres si estos ejercen la patria potestad y el cónyuge del adoptante (526 § 4). Si el presunto adoptante no tiene padres y es menor de 18 años o incapaz, debe oírse respectivamente al tutor o al curador, al consejo de familia y al ministerio fiscal (326 § 7-346 C. c.) (1316 C. p. c.). Si el consejo conviene en la adopción y el guardador no se opone dentro de tercero día el juez declarará haber o no lugar a la adopción (1317).

Declarada la procedencia de la adopción el juez ordenará el inventario y la tasación de los bienes del adoptado (331 C. c.) si éste es menor de edad, mandará protocolizar el expediente, que se inscriba en el Registro Personal (1069 § 6 C. c.) y también en el Registro de Estado Civil al margen de la partida de nacimiento (343 C. c.).

4.—Si alguien formula oposición se sustancia esta por los trámites establecidos para los incidentes (1318). Si la oposición la formula el consejo de familia, este debe nombrar un defensor, cargo que puede recaer en el tutor o curador en su caso (1319).

5.—El C. c. permite en el art. 341 que el menor o el incapaz impugne la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la desaparición de su incapacidad. No habiendo procedimiento fijado para tramitar la acción hay que recurrir a la vía ordinaria (296 C. p. c.).

El mismo procedimiento se seguirá si el adoptante o el adoptado, por razones que la ley señala, solicitan la revocación de la adopción (342 C. c.). La resolución revocatoria debe inscribirse en el Registro de Estado Civil (343).

CAPITULO XLVII

INSCRIPCION Y RECTIFICACION DE PARTIDAS DE LOS REGISTROS DE ESTADO CIVIL

- 1.—Cómo se realiza. 2.—Competencia. 3.—Quiénes piden la inscripción de las partidas de nacimiento, las de matrimonio, las de defunción.
- 4.—Contenido de la solicitud y trámite que hay que seguir. 5.—Oposición. 6.—Rectificación de partidas.

1.—No siempre se cumple la disposición de la ley que obliga a inscribir el hecho del nacimiento, el matrimonio o la muerte de una persona dentro del plazo fijado para tal fin. Vencido ese

plazo la inscripción solo es posible por mandato judicial, previas las formalidades de que trata este capítulo.

Sucede también que al sentarse una partida se incurre en algún equívoco. Como la ley prohíbe hacer rectificaciones, adiciones o alteraciones (32 C. c.) que no sea en mérito de un mandato judicial, precisa observar las mismas formalidades para modificar el error o salvar la omisión.

2.—Es juez competente el del lugar donde debió hacerse la inscripción (1321).

3.—La inscripción de la partida de nacimiento de un menor de edad puede solicitarla el padre o la madre y sólo a falta de esto cualquiera de los parientes hasta el cuarto grado. Pero si la persona cuyo nacimiento se trata de inscribir es mayor de edad, únicamente ella puede pedir la inscripción. Si ha fallecido pueden solicitarla sus parientes hasta el cuarto grado (1323).

La inscripción del matrimonio puede pedirla cualquiera de los cónyuges y si ambos o uno de ellos ha fallecido, tal solicitud puede formularla cualquier pariente dentro del cuarto grado (1322). (85).

Cualquiera de los parientes dentro del cuarto grado de la persona que ha fallecido, puede solicitar la inscripción de la defunción de éste (1324).

4.—El contenido de la solicitud varía según el hecho que se trata de inscribir, pero en cada caso deben ponerse los datos que son dispensables en tales partidas (1321).

Una vez que se presenta la solicitud el juez ordena que su contenido se anuncie durante ocho días en el periódico con citación del agente fiscal. Si se trata de inscribir un matrimonio se citará al cónyuge que no lo ha solicitado (1325). Terminadas las publicaciones y hecha la notificación del caso, el juez recibirá la prueba que ofrezca el solicitante para acreditar los hechos expuestos en su primer recurso y las que pida el ministerio fiscal. Con el dictamen de éste el juez resolverá ordenando la inscripción o rechazándola.

5.—La solicitud de inscripción puede ser objeto de oposición (86); pero tal recurso sólo toca a quienes demuestren tener interés en la inscripción. Esto quiere decir que hasta los no parientes, si es que tienen interés en la inscripción, pueden oponerse a ella. La oposición no puede basarse sino en alguna de las siguientes

(85) R. J. P. 1943 pág. 36.

(86) R. J. P. 1946 pág. 533.

tes alegaciones: falsedad del hecho; falsedad de la fecha en que tuvo lugar el hecho; falsedad de los nombres de los interesados o de sus padres (1327). No puede haber oposición cuando solicitan la inscripción del nacimiento el padre y la madre excepto sobre la fecha y datos. Las oposiciones que no se funden en los casos previstos serán desestimadas porque la limitación es taxativa.

La oposición no se tramita inmediatamente. Hay que esperar que se actúen las pruebas de que trata el art. 1326. Sólo entonces se sustancia con traslado a las personas que han iniciado el procedimiento. Luego se oye al ministerio fiscal y el juez mandará hacer la inscripción si la oposición no está apoyada en documentos públicos o si estos no desvirtúan las pruebas actuadas. En caso contrario mandará seguir juicio ordinario suspendiéndose entre tanto la inscripción (1328).

Si se formula oposición a la inscripción del matrimonio por quien manifiesta no haber contraído el matrimonio que se trata de inscribir y no se presenta documento público que acredite la realización del acto, se suspenderá la inscripción y se seguirá juicio ordinario (1329).

6.—Si las partidas están incritas, pero tienen datos equivocados, puede solicitarse su rectificación observando los trámites que quedan establecidos (1330).

CAPITULO XLVIII

INTERDICCION DE INCAPACES

1.—A que casos se refiere este procedimiento. 2.—Competencia. 3.—Quien puede pedirla. 4.—Tramitación. 5.—Nombramiento de curador. 6.—Oposición. 7.—La curatela y la modificación de sus límites. 8.—Rehabilitación.

1.—Las causas que determinan la interdicción de una persona mayor de edad, pueden ser fácilmente apreciadas como cuando se trata de vicios de la inteligencia o ser de más difícil apreciación como p. ej., cuando se trata de un pródigo. En el primer caso (555 § 1 y 2 del C. c.) la incapacidad es un hecho que puede establecerse por la observación del juez y a lo más con un dictamen de facultativos. En el segundo caso (555 § 3 a 7) hay que recurrir a innumerables pruebas. Por eso para establecer la incapacidad del primer grupo el procedimiento es breve. En cambio para la interdicción de los del segundo grupo hay que

acudir al juicio ordinario (1336). En este capítulo sólo se señala el procedimiento para declarar la incapacidad de los del primer grupo.

2.—Es juez competente el del lugar donde se halla el loco o fatuo (1331).

3.—Pueden pedir la interdicción judicial del incapaz, su cónyuge (574), sus parientes y el ministerio fiscal. Esta disposición llena un vacío del C. p. c. que nada establece al respecto.

4.—Presentada la solicitud el juez hará comparecer a la persona cuya interdicción se pide. Examinará su estado mental por sí sólo o por peritos facultativos (1332-1333) y si encuentra motivo y a la vez urgencia de privarle de sus derechos civiles nombrará un curador provisional para sus bienes como también lo dispone el art. 557 del C. c.

El nombramiento recaerá en la persona llamada por la ley para continuar el ejercicio de la patria potestad o en la que deba desempeñar la curatela y en su defecto en la que designe el juez (1332).

Practicada por el mismo juez la diligencia investigatoria, recibirá la información que se ofrezca como dictamen pericial, oirá al padre o en su defecto a la madre y a falta de ambos al consejo de familia y resolverá previo dictamen del ministerio fiscal si procede o no la interdicción (1333). Al declarar la interdicción fijará la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad del interdicto (571 C. c.).

Declarada la interdicción y designado el curador este discernirá el cargo.

5.— El C. c. determina a las personas a las que corresponde la curatela y señala el orden en que deben ser llamadas. Pone en primer lugar al cónyuge no separado judicialmente; segundo, a los padres, tercero, a los descendientes, prefiriéndose a los más próximos ante los remotos y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decidirá el juez oyendo al consejo de familia; cuarto, a los abuelos y demás ascendientes regulándose la designación conforme a la disposición anterior (559). Estas personas son las llamadas obligatoriamente a desempeñar el cargo y ni los padres pueden dejar de tomarlas en cuenta al hacer la designación en testamento (562).

A falta de curadores legítimos o testamentarios la curatela corresponde a la persona que el consejo de familia designe (563). En esta forma se ha modificado el artículo 1332.

6.—Pueden oponerse a la interdicción del loco o fatuo, los que tienen derecho a solicitarla. La oposición se sustancia en la forma establecida para los incidentes (1334).

7.—El juez al declarar la interdicción debe fijar los límites de la curatela (571); pero puede suceder que durante el funcionamiento de la misma, se observe la necesidad de ampliarla. En tal caso el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción (572).

8.—Para la rehabilitación de una persona declarada en estado de interdicción, se practicarán las diligencias anteriormente expuestas (1335).

CAPITULO XLIX

LICENCIA PARA ENAJENAR U OBLIGAR BIENES DE MENORES E INCAPACES

- 1.—Objeto de este procedimiento. 2.—Licencia solicitada por los padres. 3.—Licencia solicitada por tutores o curadores. 4.—Oposición.

1.—Este título trata del procedimiento que hay que seguir para enajenar u obligar bienes de menores o incapaces. No se refiere a la transacción ni a ningún otro contrato.

El menor puede estar sujeto a patria potestad o a tutela; y tanto el menor como el incapaz pueden estar sometidos, respectivamente, a tutela o curatela legítima, a tutela o curatela testamentaria y a tutela o curatela dativa. En cada caso hay que seguir el procedimiento que la ley señala (1337).

2.—El padre que administra los bienes de sus hijos menores (413-1690-1716 C. civ.) y que necesita, en interés del menor, enajenarlos o gravarlos, se presentará al juez con el instrumento que acredite su carácter y señalará el bien que pretenden enajenar u obligar, debiendo luego acreditar la necesidad o utilidad del contrato (1336). La solicitud se manda poner en conocimiento del Ministerio fiscal.

La necesidad o la utilidad que la ley quiere que se acredite, puede ser demostrada con prueba testimonial y en tal caso los testigos deben ser cinco y mayores de 30 años (1339). Recibida la información se oye al agente fiscal y el juez resuelve (1341). Si accede al pedido ordenará se inscriba en el Registro de la P. I. (1042 § 10).

Este procedimiento se observa cuando el padre administra los bienes del incapaz.

3.—Cuando el menor está bajo tutela y el incapaz bajo curatela que no sea de sus padres, el que administra sus bienes presentará al juez el instrumento que acredite el carácter que invoca (520) e indicará los bienes que pretende enajenar u obligar ofreciendo pruebas sobre la necesidad o utilidad del contrato (1338 C. p. c. y 524 C. c.). Pero el señalamiento de los bienes que deben enajenarse o gravarse toca al consejo de familia (644 § 9 C. c.).

El juez manda poner la solicitud en conocimiento del Ministerio fiscal y dispone que el consejo de familia informe al respecto y nombre un defensor con citación de quien se seguirá el procedimiento (1340). Si el menor tuviera 16 años también se le oirá, si fuera posible, antes de prestar su consentimiento en los casos de los arts. 520 y 522 (523) casos que se refieren al menor sin padres.

Después de tres días de notificadas estas personas sin que hayan formulado oposición el juez recibirá la información ofrecida, oirá al agente fiscal y luego resolverá (1341).

Cuando la resolución que autoriza vender el bien del menor o del incapaz quede consentida, se procederá a su tasación y remate en la forma prescrita para el caso en el juicio ejecutivo (1342). Pero si los bienes son de escaso valor, el juez puede autorizar la venta fuera de subasta (525 C. c.).

Para controlar el cumplimiento de la autorización judicial, se dispone que el juez examine la minuta del contrato poniendo su rúbrica y el sello del juzgado al margen de cada una de sus páginas. La minuta y escritura correspondiente se firmará por quien solicitó la licencia (1343)

4.—La solicitud de licencia para enajenar u obligar bienes de menores o de incapaces puede ser objeto de oposición la que se sustancia en la forma establecida para los incidentes (1341).

APENDICE

JUICIOS DE NULIDAD DE MATRIMONIO Y DE SEPARACION
EN EL FUERO ECLESIASTICO

- 1.—Principios generales. 2.—Organización de los Tribunales Eclesiásticos. 3.—Causas de nulidad del matrimonio religioso. 4.—Causas de la separación de cuerpos. 5.—Procedimiento común para la nulidad del matrimonio y para la separación. 6.—Particularidades de algunas acciones de nulidad.

1.—El C. c. pone la formación de la familia bajo el control del Estado. Por eso en su art. 127 declara que para reclamar los efectos civiles del matrimonio es necesario presentar la correspondiente partida de Registro Civil. Pero al estructurar en esta forma el matrimonio, el mismo Código hace expresa salvedad que respeta las convicciones religiosas (282) en lo que a esto se refiere.

De acuerdo con los anteriores principios el único matrimonio que vale para la ley y por eso produce efectos civiles, es el matrimonio civil. Ahora bien; en mérito de ese respeto a las creencias religiosas puede ser que algunas personas contraigan únicamente matrimonio religioso y que con tal motivo se les presente el problema de la nulidad de tal matrimonio o crean precedente su separación siempre de acuerdo con los principios del Derecho Canónico. Estas acciones las tendrá que ventilar ante el fuero eclesiástico aunque también las resoluciones que en ellos se produzcan, no tienen efectos civiles.

El estudio de la organización de los Juzgados y Tribunales que ejercen jurisdicción eclesiástica en el Perú lleva a distinguir la jurisdicción de los Tribunales del orbe católico, de la que tienen los Jueces y Tribunales de cada país. Entre los primeros están la Rota Romana y la Signatura Apostólica. Entre los segundos, los Tribunales Regionales como son los Obispos y Arzobispos.

Son Tribunales de jurisdicción eclesiástica en el Perú en jerarquía ascendente el Obispado y Arzobispado.

2.—En materia eclesiástica es Juez de Primera Instancia el Ordinario (Obispo) llamado así por que ejerce la jurisdicción

eclesiástica ordinaria, bien por sí mismo o mediante un oficial. Lo corriente es esto último; pero el Obispo es el Juez propio y a él toca la jurisdicción que abarca a todos los feligreses en su demarcación eclesiástica. El Oficial debe ser clérigo de orden sagrada, licenciado o doctor de Derecho Canónico. En algunos lugares se les llama *provisor*.

En las causas matrimoniales la Primera Instancia corresponde a un Tribunal colegiado compuesto de tres jueces o sea el Oficial (mandatario del Obispo) y dos jueces sinodales (también nombrados por el Obispo) que deben turnarse para integrar el tribunal. Los acuerdos se adoptan por mayoría de votos.

Intervienen además en los procesos de Primera Instancia, los siguientes funcionarios:

El *Auditor* que prepara y encausa las labores del Tribunal y se designa para cada causa.

El *Relator* que resume por escrito los puntos de vista de cada litigante y redacta la sentencia.

El *Notario* que es el actuario, escribe y firma las citaciones, da fé de las actuaciones judiciales, recibe declaraciones etc.

El *Promotor* que es el representante del interés público en las contenciones que afectan a la sociedad.

El *defensor del vínculo* que en representación del mismo interés defiende el vínculo matrimonial. Pueden reunirse ambos cargos en una misma persona y en las causas matrimoniales debe presenciar el examen de las partes, la declaración de los testigos y la actuación de los peritos, siendo nulas dichas diligencias si para ellas no se le cita.

Segunda Instancia.—Las causas que van en apelación son del conocimiento del Tribunal Metropolitano que viene a ser el segundo grado de la jerarquía de la jurisdicción eclesiástica. El Arzobispo es superior jerárquico de los obispos sufragáneos, pero es a la vez Obispo en su Diócesis. Por eso si el Metropolitano ha conocido de la causa en Primera Instancia, el Tribunal de apelación será el Ordinario próximo y a falta de éste el Metropolitano vecino. En el Perú las causas tramitadas en Primera Instancia en los obispados de provincias van en apelación al Metropolitano o sea al Arzobispo de Lima; y las causas sustanciadas por éste, en Primera Instancia, van en apelación al de Arequipa.

El Tribunal de Segunda Instancia se integra como en de Primera Instancia.

Tercera Instancia.—La Tercera Instancia la forman los Tribunales de la Sede Apostólica que son: la Rota Romana y la Signatura Eclesiástica. El primero es el Tribunal de apelación y el segundo el Supremo Tribunal.

3.—El “Codex Juris Canonici” de Benedicto XV, que fué promulgado por Constitución Providentísima de 27 de mayo de 1917 empezó a regir el 19 de mayo de 1918 y constituye el Derecho vigente.

Las Cánones referentes al derecho matrimonial proclaman como principio la indisolubilidad del matrimonio (Cánon 1118). Pero este principio tiene excepciones como en el caso del matrimonio rato, no consumado, anulable por dispensa pontificia; el caso del matrimonio consumado entre no bautizados que puede anularse en virtud del privilegio paulino o sea cuando uno de los cónyuges se hace cristiano. En estos casos la nulidad significa disolución del vínculo. Además se admite con bastante laxitud de interpretación la nulidad de matrimonio ya por falta de consentimiento, ya por defecto de forma o ya por impedimento dirimente.

Aún para la Iglesia el matrimonio es un contrato consensual (Cánon 1012) para cuya validez es indispensable el consentimiento prestado sin error, fuerza ni miedo.

La forma exige que el matrimonio lo celebre el Párroco o el Ordinario o un sacerdote delegado por cualquiera de los dos (1094).

Son impedimentos dirimentes (1068 a 1080):

1.º—la edad inferior a 16 años en el hombre y 14 en la mujer;

2.º—la impotencia, antecedente y perpetua, absoluta o relativa, conocida o desconocida por el otro cónyuge.

3.º—el ligamen o sea la exigencia de un matrimonio anterior;

4.º—la disparidad de cultos;

5.º—el orden superior;

6.º—la profesión religiosa;

7.º—el rapto entre raptor y raptada a no ser que consienta en el matrimonio después de volver al lugar libre y seguro;

8.º—el crimen proveniente de adulterio con promesa o intención de matrimonio;

9.º—el parentesco de consanguinidad en línea recta y colateral hasta el tercer grado;

10.—el parentesco espiritual entre bautizante y bautizado;

11.—el parentesco legal como la adopción;

4.—En lo que se refiere al divorcio la Iglesia sólo admite el relativo (separación de lecho, mesa y habitación) y son causales: grave peligro para el alma o el cuerpo; el adulterio, salvo complicidad o perdón expreso o tácito del otro contrayente (1029). También es causal de separación, el incurrirse en secta acatólica o la vida criminal o infame.

5.—La demanda se denomina "*libellus conventionis*" y debe contener los mismos requisitos que la demanda ante el fuero común o sea Juez al que se dirige, nombre y domicilio del demandante, nombre y domicilio del demandado, la petición misma y su fundamento (1706-1710).

Presentada la demanda el Juez debe examinar su propia competencia. Si la acepta, mandará citar a las partes a un comparendo. Si declara su incompetencia, la hace saber al demandante quien puede apelar dentro de diez días.

El comparendo decretado es para provocar una conciliación. La demanda se hará saber al demandado, dejándole una copia de ésta y la indicación del día y la hora en que debe comparecer. Si no es encontrado, se dejará a su familia, a su servicio o se le emplazará por edictos. Si la conciliación se produce queda terminado el juicio.

Contestación.—Fracasada la conciliación el demandado debe absolver el trámite y con su respuesta queda limitado el objeto del litigio que luego no puede modificarse. En la contestación puede reconvenirse.

Pruebas.—Las pruebas corresponden al que afirma y deben referirse a hechos, no a cuestiones de derecho. Son los siguientes:

Confesión, que prueba plenamente contra el que la presta;

Testigos, cuyo número puede limitar el Juez no pudiendo declarar los impúberes, imbeciles y suspectos (incapacitados o impedidos) por parentesco, dependencia, amistad o enemistad. Las disposiciones al respecto son casi iguales a las de la ley civil;

Los informes *periciales* que son obligatorios en las causas en que se alegue impotencia, no consumación de matrimonio o enfermedad mental.

La inspección ocular.

La documental distinguiéndose los documentos en públicos y privados; y

El *juramento* de partes que puede ser *supletorio* si va a suplir la insuficiencia de otra prueba; *estimatorio*, para que el perjudicado fije los daños que ha sufrido y *descisorio*, que pone fin al juicio y que no se acepta en las causas no susceptibles de transacción.

Incidentes.—El Juez tiene facultad para ordenar la formación de incidentes o para rechazar las peticiones que tiendan a formarlos. Los principales versan sobre excepciones, tachas a testigos, prueba documental, etc., y se resuelven ya en vía sumaria o en la sentencia con la causa principal.

Sentencia.—Actuadas las pruebas se declara conclusa la causa y se entra a la estación de los alegatos con facultad de réplica por una sola vez. También se puede informar verbalmente ante el Juez.

La sentencia puede declarar fundada la demanda o ser absolutoria si las pruebas son insuficientes.

Recursos.—Cuando la sentencia declara fundada la demanda, el defensor del vínculo debe apelar de ella. Si la sentencia es confirmada, el ulterior recurso es potestativo.

También pueden interponerse contra la sentencia de Primera Instancia, fuera del recurso de apelación que se hace valer dentro de diez días sin descontar los feriados, el de nulidad, el de restitución *integrum* y el de oposición de tercero.

La nulidad puede ser insanable como cuando se alega incompetencia o sanable cuando se trata de una omisión susceptible de salvarse. Ambas se interponen dentro de tres meses y el mismo Juez las resuelve.

El recurso de restitución *in integrum* tiende a reparar el daño causado por una sentencia injusta. Lo resuelve el mismo Juez y sólo se admite cuando no se puede acudir al superior.

6.—La demanda de nulidad de matrimonio sólo puede plantearla el cónyuge no culpable y el promotor si el impedimento es público. Los parientes consanguíneos pueden denunciar la nulidad al Ordinario o al Promotor (C. 1971).

1.—Cuando se solicita dispensa pontificia por tratarse de un matrimonio rato la demanda formulada por uno de los cónyuges se dirige al Papa (C. 1973). Ella origina una instrucción que la practica el Ordinario, quien mediante el Párroco intentará la reconciliación de los cónyuges. Si esta no se consigue, el Párroco eleva al Ordinario un historial (informe) respecto del matrimo-

nio. El Ordinario nombra un Juez, un Notario y un defensor del vínculo para instruir el proceso y una vez concluido se remite a la Sagrada Congregación para que lo resuelva.

En estos juicios pueden ser testigos los consanguíneos y afines. Cuando se alega impotencia o no consumación, se aceptan los testigos llamados de sétima mano, parientes o vecinos de buena reputación, pero que por sí solos no constituyen prueba plena. Es preciso el examen de uno o de los dos cónyuges por peritos, no pudiendo desempeñar el cargo los que los han examinado privadamente. Sólo pueden intervenir como testigos. El hombre será examinado por dos médicos. La mujer por dos obstetrices, a no ser que la misma mujer o el Ordinario prefieran dos médicos quienes harán el examen en presencia de una matrona honesta (C. 1979). La inspección de la mujer se hará separadamente por cada perito.

El dictamen de las obstetrices puede ser sometido a la crítica de un médico.

Hay también intervención pericial si se alega demencia de un cónyuge.

Terminado el expediente se remite a la Santa Sede.

2.—Hay otro procedimiento de nulidad de matrimonio cuando se presenta documento cierto y auténtico que acredite la existencia de impedimento no dispensado.

En este caso el Ordinario cita a comparendo y oyendo al defensor del vínculo, sumariamente declara la nulidad.

El defensor del vínculo puede apelar. El Tribunal Superior, también sumariamente puede confirmar la sentencia o disponer se siga proceso ordinario.

La sentencia que declara la nulidad del matrimonio nunca tiene fuerza de cosa juzgada en este fuero.

MANUEL SÁNCHEZ PALACIOS.