



**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**  
**Y CIENCIAS SOCIALES**

**COSTAS PROCESALES Y SU FORMA DE GARANTIA**  
**A TRAVES DE LA FIANZA DE COSTAS EN LA LEY**  
**PROCESAL CIVIL SALVADOREÑA**

**TESIS DOCTORAL**  
**PRESENTADA POR**  
**CARLOS RAMON ALVARADO MARTINEZ**

**PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE**  
**DOCTOR EN**  
**JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**1987**



**SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA**

T  
212  
A 4720

85.2

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10112572

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES.

COSTAS PROCESALES Y SU FORMA DE GARANTIA  
A TRAVES DE LA FIANZA DE COSTAS EN LA LEY  
PROCESAL CIVIL SALVADOREÑA.

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

CARLOS RAMON ALVARADO MARTINEZ

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

1987

San Salvador

El Salvador.

Centro América.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR.

Rector:

Ing. Luis Argueta Antillón.

Srio. Gral.

Ing. René Mauricio Mejía Méndez.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES.

Decano:

Dr. Oscar de Jesús Zamora.

Srio.

Lic. Mateo Alvarez Guzmán.

TRIBUNAL EXAMINADOR DE TESIS:

Presidente:

Dr. Jorge Armando Angel Calderón.

Primer Vocal:

Dr. Carlos Amílcar Amaya.

Segundo Vocal:

Dr. Ismael Castillo Panameño.

ASESOR DE TESIS:

Dr. Román Gilberto Zúniga.

DEDICO ESTA TESIS:

A la memoria de mis padres:

Juan Ramón Alvarado Escobar

Michaela M. v. de Alvarado.

A la memoria de mi esposa :

Ann L. Tennant de Alvarado.

Con infinito cariño, a mis hijos:

Carlos Enrique  
Lidia Geraldina  
Ileana Patricia  
Cinthya de los Angeles  
Juan Carlos Ramón  
Ana Lilian.

Con fraternal estima, a mis hermanas y esposos:

Wilbur Sluder  
Maura Lydia Alvarado de Sluder  
  
Federico Muñoz Angulo  
Margarita Alvarado de Muñoz A.  
  
Benjamín Guzmán  
Argelia Alvarado de Guzmán.

Dedico este trabajo académico, como testimonio de gratitud a quienes considero los profesores más notables que tuve en la Facultad de Derecho; maestros dotados de innegable capacidad pedagógica, poseedores de una gran cultura jurídica y de prestigio en las distintas ramas que integran las ciencias jurídicas, algunos de ellos ya fallecidos, pero todos merecedores de reconocido honor:

Dr. Jorge Castro Peña.

Dr. José Antonio Rodríguez Porth.

Dr. Manuel Castro Ramírez, hijo.

Dr. Manuel Arrieta Gallegos.

Dr. Héctor Enrique Jiménez p.

Dr. Max Patricio Brannon.

Dr. Ricardo Mena Valenzuela.

Dr. Adolfo Oscar Miranda.

Dr. Feliciano Avelar.

Dr. Roberto Lara Velado.

Quiero hacer una mención especial para el maestro inspirador de los estudios sobre Derecho Procesal Civil:

Dr. Francisco Arrieta Gallegos.

Finalmente, dedico este trabajo a la memoria de:

Dr. Roberto Rodríguez, el maestro insigne en los procedimientos judiciales civiles.

y

Dr. José Guillermo Orellana Osorio, el amigo y compañero, sacrificado en un Estado de Derecho.

Hago extensiva esta dedicatoria a todos los estimables miembros del CIRCULO MAGICO SALVADOREÑO.

Con mucho respeto a los venerables miembros del CENTRO UNIVERSAL DE INVESTIGACION SOBRE LA ENERGIA PSIQUICA, relación de la ANDRA RESEARCH UNIVERSITY DE LA INDIA.

Un escalafón de los aspectos afectivos no implica preferencia alguna, porque en la amistad no se concibe, sino que obedece únicamente a la necesidad de un orden. Así es como con especial estima dedico también esta obra a todas aquellas personas - que generosamente me han concedido el inmenso honor de su amistad:

Dr. René Fortín Mañana, culto abogado y un fiel postulante de las virtudes cívicas y morales heredadas de su inolvidable padre.

Dr. Orlando Antonio Avilés Moreno y Luz Batista Mena de Avilés, estimables esposos formadores de una ejemplar y digna unión matrimonial.

Dr. Oscar Alfredo Santamaría y María Teresa Menéndez de Santamaría, cultas y distinguidas personas.

Dr. Carlos Guerra, profesional del derecho muy apreciado en el círculo de sus amistades.

D. Luis Orlando Mena, estimado Gran Maestro de la Magia, y su dignísima y fina esposa, doña María Elsa Orellana de Mena.

Dr. Mario Flores Hidalgo, el antiguo compañero de estudios universitarios, al mismo tiempo, un fino y distinguido amigo.

Dr. Raúl Angel Calderón, abogado que en su afán de publicitar el carácter científico del derecho, cumple el ideal del procesalista argentino, Hugo Alsina.

Lic. Francisco G. D. Yúdice, cuya amistad se acrecienta en el tiempo.

Dr. José J. Figueroa, señora e hijos, el compañero de estudios de ha muchos lustros; un leal y sincero amigo.

Dr. Carlos Escamilla y Daysi de Escamilla, apreciables esposos de especial afecto.

Dr. Rafael Ernesto Castillo H., mi compañero de primaria en el Liceo Salvadoreño, un estimadísimo amigo, hoy lejos de esta tierra.

Dr. Gilberto Asturias, el amigo entusiasta que nos ha brindado - en todo momento su generosa y franca amistad.

Arq. Ernesto Morán G., y doña Marta Eugenia de Morán, con muchísimo aprecio a tan estimables esposos.

Dr. Fernando Melara Brito, señora e hijos, con especial estima y afecto.

Dr. Carlos A. Zelaya y su apreciable esposa, doña Elsa Marroquín de Zelaya, e hijos, con muchísimo aprecio.

Lic. Julio César De Paz Rosales, un estimado y distinguido amigo.

D. José Jaime García, apreciable amigo y compañero.

Lic. Jorge González Campo, distinguido abogado de la República de Guatemala; un estimado y apreciado amigo y compañero de estudios.

Dr. Mario Paz Coto, excelentísimo padre de familia y un apreciado amigo.

Dr. Horacio Casco E., apreciable amigo que también se encuentra - lejos de esta tierra y de su propia patria.

Y, finalmente, con muchísimo aprecio y especial cariño a todas - las que fueron mis compañeras de labores en el Juzgado Quinto de lo Civil y Primero de lo Civil, de este Distrito Judicial:

Lucy Pietropaolo, Zoila Esperanza Castro, Mercedes Cantó, doña Sonia de Trigueros, Concepción Blanco y doña María Teresa Martínez - de Barahona.

## REFLEXIONES SOBRE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.-

Debido a que autores de renombre han consagrado su pensamiento jurídico en cuestiones pertenecientes a la ciencia del Derecho Procesal con tanta autoridad, que la lógica del rigor científico impregna todos y cada uno de los postulados expuestos o tratados, y, reconociendo, además, la intensidad del esfuerzo intelectual y su extensión, forzosamente se debe considerar, en términos generales, que toda nueva empresa que tiende a fructificar en una obra de literatura jurídica, por lo menos en el medio nuestro, la mayoría de las veces resultará la repetición y sintetización de conceptos, temas, análisis y conclusiones ya expuestos y por ende conocidos. De manera que, no será extraño que en el desarrollo del tema que encabeza el presente trabajo de tesis, sea inocultable el auxilio de fuentes trascendentes de algunos ilustres autores del Derecho Procesal Civil.

Nos dispensará la práctica de la evidencia del recurso mencionado, no la carencia de orientaciones profesionales adquiridas en las cátedras atendidas, sino la transición a la etapa profesional de la especialización en el conocimiento científico; sin embargo, mi atrevimiento, motivado por las investigaciones que se pueden considerar como audaces especulaciones orientadas a la pretensión de renovación de conceptos tradicionales, me ha conducido a la exposición y desarrollo de nuevos puntos de vista, que también serán advertidos a la conclusión de la empresa a que nos hemos avocado; posición, que debe

rá, en definitiva, considerarse con la mayor benignidad posible, pues, en todo caso, representará un homenaje a todos aquellos cultores de la disciplina científica que es el Derecho Procesal Civil, quienes nos han legado su esfuerzo intelectual en el inmenso afán de cultivar e intensificar la vivencia de las ciencias jurídicas, contribuyendo así a un mejoramiento de la JUSTICIA.

Si la JUSTICIA es una tendencia de la humanidad como búsqueda intensa del equilibrio social, (1), pues, es realización para todos los ciudadanos, exigida y defendida por éstos, se obtiene a través de su medio particular, el PROCESO, regulado por el Derecho Procesal para que aquélla tenga su debida repercusión en la vida jurídica. Y el ciudadano se enfrentará con naturalidad al hacer jurídico del Estado en la administración de justicia, cuando los estadios del Derecho estén plenamente desarrollados y plasmados en un sistema de instituciones procesales que determinen para él una seguridad absoluta en todos sus lógicos atributos como ente dotado de derecho y obligaciones. Tales instituciones deberán fundamentar en el ciudadano plena confianza en que la obtención de la justicia, que puede demandar en ciertas circunstancias, sea un algo tangible y positivo; en suma, un sistema institucional que le fije los términos de la integración de su persona al núcleo social que es el campus de lo jurídico. Pero, la concepción de un buen sistema institucional procesal, no debe ser considerado aislado de un orden normativo de leyes sustantivas, cuyo ajuste constante de-

mandan las realidades sociales, porque de lo contrario existiría solución de continuidad a una vinculación necesaria, forzosa e imprescindible.

No debe dejarse de admitir aquella idea, que en el fondo encierra cierta verdad, expresada en el sentido ético de que no importan malos Códigos siempre que se cuente con buenos jueces (2). Pero, en otra posición, de contenido no tan difícil ni menos cierto, es acertado expresar la necesidad de que hayan mejores sistemas legales, sustantivos y procesales, así como también mejores jueces. Y, ya que nos hemos acercado a esta conceptuación que, como un nuevo elemento de carácter subjetivo, integrado a los otros citados, debemos referirnos a la sustancia ética y al grado de profesionalidad que se necesita para calificar el alcance de la apreciación vertida. Y, ese término de buenos jueces —y oportuno es aclarar— no es una calificación muy estrecha, pues, se incluyen, incuestionablemente, todos los integrantes del Organó Judicial. De manera que con una magistral integración de este órgano y un buen sistema de leyes procesales y sustantivas, se tendría la consecuencia ineluctable de la garantía plena en la administración de justicia. Para evitar herir susceptibilidades con el empleo de los términos, al sustituir el concepto mencionado, mejor se dirá "buenos funcionarios del Organó Judicial" y ello implicará, en primer lugar, buenos hombres, como racionalmente debe entenderse. Y, como categoría especial de los profesionales de las Ciencias Jurídicas, hombres compenetrados de su noble y elevada misión e inmersos en los fun-

damentos del derecho; convencidos plenamente de que es el instrumento mejor para la paz en las relaciones humanas. Hombres que en ningún momento y bajo ninguna circunstancia puedan ser - los protagonistas del drama que representa la conflictiva entre la JUSTICIA y los intereses bastardos; hombres que a conciencia deberán constituírse en bastiones de dignidad e integridad y que en cierto momento sepan afrontar con entereza el estado crítico del derecho y del Estado mismo. Todo este conjunto de ideas encuentra su apropiada concretización en la cita oportuna de las palabras del maestro de maestros, don Eduardo J. Couture: "TODOS LOS DERECHOS DESFALLECEN, AUN AQUELLOS ESTAMPADOS EN LAS LEYES MAS SABIAS, SI EL DIA EN QUE EL JUEZ HA DE APRECIAR LA PRUEBA O REALIZAR EL ACTO DE VALORACION JURIDICA, QUE SIGNIFICA ESCOGER LA NORMA APLICABLE, NO SE HALLA A LA ALTURA DE SU MISION" (3).

En otros países es frecuente el análisis de la problemática del derecho, la administración de justicia y de la sociedad, para concluir en que existen graves notas que son indicios de los momentos críticos que se avecinan o que son una patente realidad. En la actualidad es enorme y constante el temor de que en un determinado momento se alteren los términos del respeto y la recta aplicación de las leyes, así como de las instituciones tradicionales. No en balde la experiencia de otros países justifica ese temor, ya que en esos medios, cuando se ha permitido docilmente que la politización del Organo Judicial se de, sólo se ha podido esperar, como lógicas consecuencias, las

más grandes aberraciones jurídicas que se han consolidado en atentados a los sagrados derechos políticos, económicos e individuales.

Desde el año de mil novecientos treinta y cinco, en América Latina ya se habla de la crisis de los estudios universitarios; se continúa hablando luego de la crisis del Derecho; y, tal vez no estará lejana la posibilidad en que también se hable de la crisis del Organó judicial como un antecedente a la consideración de la crisis del Estado en sus concepciones tradicionales, sin embargo, es imprescindible recurrir a los valedores de la lógica y de la razón, pues, antes de que llegue ese día es necesario recordar la dignidad, la integridad ética de los funcionarios judiciales; la noble firmeza de sus convicciones y el pleno conocimiento de sus deberes para oponerse a la embestida de los intereses influídos y determinados por el factor político que siempre intentará sustentar de soslayo un estado de ilegalidad y de pseudojuridicidad. De manera, que si estos basamentos y lógicos atributos fueren decreciendo o desapareciendo, surgirán inevitablemente posturas complacientes que desborándose peligrosamente por los márgenes del servilismo, favorecerán el interés único que anima e impregna el factor político con detrimento de la JUSTICIA y en demérito de los hombres que tienen el sagrado deber de impartirla.

Existen autores que recomiendan que cuando el honor de las personas que integran el Organó Judicial sufra afrenta inmerecidamente, criticadas sus actuaciones con malediccias

hasta llegar a los riesgos de la injuria, de la calumnia y falsas acusaciones, primeramente, se conllevarán con espíritu reflexivo y ánimo sereno, pues, a ello está obligado como hombre que es, en su más profundo significado intelectual y moral, sin perjuicio de que por la vía adecuada se exijan las satisfacciones morales pertinentes, no perjudicándose o extraviándose así el ánimo recto del buen juzgador. Pero ¿Qué ocurrirá en la templanza y buen juicio del funcionario judicial "presionado" por el factor político cuya trama influencia todos los Organos del Estado? Solo evitando la intromisión o la influencia del factor mencionado en la integración del Organo Judicial se puede, en gran parte, resolver esta delicada situación. En otras palabras, la ingerencia de ese terrible factor en el orden instrínseco del Organismo Judicial ocasionará su funcionamiento anómalo con la seguridad de que desaparecerá la garantía de la imparcialidad, sanidad y rectitud suficientes, ya que en tal condición se estará involucrando la condición moral, social y económica de los hombres que tienen en sus manos y a quienes se ha confiado, como ya se dijo, el sagrado deber de la administración de justicia. Si no desaparece ese ingerencismo peligroso existirá, sin lugar a dudas, una verdadera crisis moral en el máximo organismo encargado de velar por la recta aplicación de las leyes con evidente peligro de una indebida aplicación del Derecho, lo que transformaría a éste de un fenómeno sociológico a un accidente antisocial. Por lo expuesto, es necesario propugnar con vehemencia la promulgación de disposiciones que regulen la incorporación al Organo Judicial de los miembros a in-

## VII

tegrarlo; la determinación de garantías ciertas para los funcionarios del mismo, por ejemplo, la inamovilidad y el correspondiente escalafón; la asignación de mejores emolumentos en el orden económico que sea honroso para el juez o el magistrado que lo perciba. Finalmente, debe exigirse el respeto y la consagración del principio de la independencia, de la indelegabilidad de los poderes y - las funciones que componen y se desarrollan en la estructura del Estado, porque así, en definitiva, el funcionario que tenga asegurada su independencia en la actuación que le es propia al cargo - desempeñado, sin más restricciones que las específicas de su propio deber funcional; garantizada su estabilidad profesional y seguro de la justa compensación económica a la dedicación en la carrera que ha seleccionado, se convertirá en bastión de lucha contra la arbitrariedad y de fundamento a la verdadera aplicación - del derecho que es la vivencia de la JUSTICIA. Finalmente, homologando la función de la Universidad como el instituto cultural formador de abogados, estimo que muchas de las reflexiones precedentes tendrían su concretización real en la creación de un Instituto especializado para la formación de jueces quienes en el futuro llegarán a escalar más altas magistraturas. De manera que, siempre existirá el motivo necesario que obligue a la intensidad, al ahondamiento de las dimensiones para el estudio y la comprensión del Derecho y la sintetización del Organó Judicial como conceptos y elementos inseparables. De las anteriores reflexiones concluimos, pues, en que es importante la selección de los miembros del Organó Judicial, porque en definitiva, como afirma el maestro Cou

ture: "SERA BUENA LA INTEGRACION SI SE HAN ELEGIDO HOMBRES BUENOS; SERA MALA SI SE AUTORIZA ELEGIR HOMBRES MALOS, FALSOS, VENALES O COMPROMETIDOS POLITICAMENTE, PORQUE EN ESTE CASO YA NO SERA INDEPENDIENTE Y NO SERVIRIA A LA JUSTICIA POR SI MISMA".(4)

---

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- 1.- Tratado General de Filosofía del Derecho, pág., 220. Luis Recasens Siches. Editorial Porrúa, S.A. México (1959).
- 2.- Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I, pág., 85. Eduardo J. Couture. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires. Argentina.(1978).
- 3.- Ibid., pág., 95. Eduardo J. Couture.
- 4.- Ibid., pág., 85. Eduardo J. Couture.

## C A P I T U L O     I

LOS RESULTADOS DEL PROCESO CIVIL.- LA SENTENCIA.- LO PRINCIPAL -  
CUESTIONADO EN EL PROCESO RESUELTO EN LA SENTENCIA DEFINITIVA Y  
ESPECIFICAMENTE SOBRE LA CONDENA EN COSTAS.-

Entramos "in promptu" al estudio del medio al -  
que hicimos ya referencia al reflexionar sobre la realización de  
la JUSTICIA, o sea, el proceso civil como una de sus formas parti-  
culares de revelación --aunque sea en una referencia muy breve, -  
pues, las condiciones de este trabajo así lo demandan-- orientan-  
do especialmente la exposición a los resultados del mismo. Esto es,  
se centrará la atención al proceso civil exclusivamente como el -  
antecedente necesario al desarrollo y análisis de la institución  
denominada costas procesales, las que son en parte resultado o re-  
sultante de aquél, sin perjuicio de la relación que necesariamen-  
te y sin duda alguna exige la institución de la fianza trasladada  
a la esfera del derecho procesal civil.

En las diferentes etapas de todo proceso civil  
se encuentran lo que los procesalistas denominan actos procesales  
(1), entendiéndose que son aquéllos "actos jurídicos emanados de  
las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terce-  
ros ligados al proceso por una vinculación que permite la ley, sus-  
ceptibles de crear, modificar o extinguir efectos procesales". Aun-  
que la esencia de estos actos procesales es la misma del concep-  
tuado en forma genérica como acto jurídico, el elemento, la esen-  
cia de aquéllos radica en que se refieren directa o indirectamen-  
te al proceso; o sea, contienen un elemento que no existe en las

demás especies de actos jurídicos. En otros términos, el proceso está compuesto por un conjunto de actos realizados por las partes, el juez y los terceros, vinculados en orden sucesivo, de tal forma que cada uno de ellos es consecuencia de los precedentes y al mismo tiempo constituye un antecedente del que le sigue (2). A la preclusión de una etapa procesal ocurre la etapa subsiguiente en una secuencia lógica establecida y determinada por la ley de observancia forzosa: Así, la admisión de una demanda es el antecedente del emplazamiento y, éste, a su vez, el antecedente de la contestación del demandado proponiendo su defensa si así lo quiere hacer, etc. Tal secuencia lógica no puede ser alterada arbitrariamente, porque de lo contrario se incurriría en el quebrantamiento de las formas procesales y en tales circunstancias, se daría el caso preciso de un atentado al derecho de audiencia, un desconocimiento a la garantía constitucional —no sólo facultad procesal— para no ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio, que involucra lo que en la doctrina del derecho procesal se conoce como el principio de la igualdad procesal.

No hay que perder de vista que, aunque tales actos procesales en sí revisten individualidad, pues, aparentemente son independientes y autónomos porque se realizan en forma aislada y sucesiva, existe una plena y definida vinculación que evidencia un orden de procedimiento que indefectiblemente conduce a la observancia de otro principio que en forma doctrinal se denomina el principio de preclusión. Salvo casos excepcionales existe cierta alteración a este orden procesal, pero todo siempre conce-

bido dentro de los lineamientos permitidos por la ley, aunque en definitiva es evidente la integración a un todo, que es el proceso civil, de todos estos actos procesales.

No hay duda alguna, ni se discute sobre que la búsqueda, la persecución de finalidades es concomitante a la actividad humana, y, trasladada esta idea, enfocando la actividad que los particulares y el juez desarrollan en el proceso, nos encontramos en que también ésta tiende a un fin, que a primera vista, se afirma, es la definición de la certeza en la disputa que determina una garantía jurídica (3), puesto que así se ha consolidado una pretensión en una auténtica realidad jurídica. Esta finalidad es la concreción de la función jurisdiccional, pues, es su expresión real; definitivamente, es la justificación del proceso mismo. "Id est" nada menos la sentencia: La resolución más importante en el proceso que como finalidad es la que da unidad y vinculación a todos los actos que le son previos (4). En determinado sentido, referido a lo puramente material, orgánico o estructural, la sentencia es el primer resultado del proceso, pero la utilización de tales términos que expresan la idea de la sentencia como finalidad de la actividad de las partes y del juez, no debe conducir a considerar que aquélla es una parte separada del todo (5). Afianzada esta aclaración y reiterando conceptos dados, se afirma que el desarrollo, el desenvolvimiento de trámites procesales subsiguientes al acto inicial del proceso conducen a la etapa final que inquestionablemente constituye la obligación y facultad del juzgador de formular una declaración solemne que dirime la cuestión so

metida a su conocimiento y decisión, que al mismo tiempo es expresión pura de la soberanía del Estado. O sea, que la sentencia no es más que el resultado del desarrollo de las distintas actividades de las partes y del juez, en concordancia con las reglas dictadas o contenidas en las leyes procesales. En ese sentido debe conceptuarse la expresión de que la sentencia es finalidad del proceso, aunque bastante restringido nos permite la primera exposición en el conjunto.

Es sumamente delicada la posición en que se ubica quien toca el tema de la sentencia, lo cual se evidencia al recordar la siguiente acotación: "Que la naturaleza de la función jurisdiccional y la de los elementos que integran su contenido, explican la importancia del tema de la sentencia y el que se conveniga en afirmar que su doctrina compendia en sí toda la del procedimiento; e incluso que su estudio puede significar, en último término, el de toda la teoría general del derecho procesal" (6). Por ello es que la determinación de los temas centrales para el presente trabajo académico, dispensará el no profundizar el punto relativo a la sentencia, sin embargo, el encadenamiento en la exposición nos permitirá una escueta referencia a ese acto jurídico procesal emanado del agente de la jurisdicción por el cual, en definitiva, se decide la causa controvertida sometida a su conocimiento y decisión, que se constituye en el modo normal, la manera regular señalada por la ley, para que concluya el proceso (7).

La Ley Primera, Título Vigésimo Segundo, parte tercera de Las Siete Partidas, nos legó la siguiente definición :

"La decisión legítima del juez sobre la causa controvertida en su tribunal" (8). Por su parte, don Joaquín Escrich, comentando tal definición, afirma que se llama así porque la palabra sentencia - procede del vocablo latino *s e n t i e n d o*, ya que el juez declara lo que siente, según lo que resulta del proceso (9). La evolución del pensamiento jurídico en materia procesal se ha apartado de una primigenia y simple concepción psicológica o anímica como contenido de la declaración más solemne e importante que existe en el proceso (10). Sentencia, dice Manresa y Navarro, es el acto solemne que pone fin a la contienda judicial, decidiendo sobre las pretensiones que han sido el objeto del pleito (11). Es un concepto algo más depurado que el primero y que contiene el enunciado de lo que posteriormente se postuló como el acto de trámite que pone fin a la relación jurídico-procesal, que se coordina perfectamente con el pensamiento del autor italiano Francesco Carnelutti cuando sostiene que "La sentencia definitiva es la que cierra el proceso en una de sus fases, distinguiéndose de las interlocutorias en que éstas se pronuncian en el curso del proceso sin terminarlo" (12).

Una de las definiciones, que por cierto ha tenido muchos aceptantes, es la formulada por el procesalista italiano Ugo Rocco, que aparece en la página doscientos setenta y nueve de su obra "Derecho Procesal Civil", quien afirma que "La sentencia es el acto, por el cual el Estado, a través del Órgano jurisdiccional destinado a tal fin, al aplicar la norma al caso concreto, declara qué tutela jurídica concede el derecho objetivo

a un interés determinado"(13). Se aprecian en tal definición elementos más determinantes y precisos, pues, en la misma se habla ya del ejercicio pleno de la soberanía del Estado plasmado en la función jurisdiccional como actividad propia, especial e indelegable de un órgano del Estado, que al actuar formulando una sentencia definitiva se concreta a declarar la tutela de un interés particular, jurídicamente protegido por las mismas normas dictadas por aquél.

Posteriormente, cuando los expositores del derecho procesal fueron influenciados por los nuevos enfoques sobre la naturaleza del derecho de acción, se formularon definiciones más modernas, como la de Jaime Guasp, español, por ejemplo: "Sentencia es el acto del órgano jurisdiccional en que éste emite su opinión sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo, y en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión, satisfaciéndola en todo caso"(14).

Las definiciones más elaboradas hacen énfasis en que la sentencia es acto de la función jurisdiccional, en forma indiscutible, como se podrá apreciar claramente al hacer enseguida referencia a su naturaleza. Esa extensa gama de las concepciones doctrinarias permite considerar el notable paralelismo entre los tratadistas al pronunciarse en el sentido de indicar -- que la sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia, emanado de un órgano especializado y de carácter exclusivista en el -- ejercicio del conocimiento y de desarrollo de la función jurisdiccional del Estado; por medio de la sentencia se decide la cues—

ción principal ventilada en el proceso o algunos de los puntos de carácter material o procesal que hayan surgido durante la tramitación, tales las excepciones perentorias, ineptitud de la demanda, inoponibilidad de la acción, plus-petitio, etcétera; todo en el ejercicio legítimo de una función soberana cuya existencia es innegable en todo sentido. Así, pues, formado un proceso —sin olvidar que estamos ubicados en el campo del derecho procesal civil— obedeciendo al impulso procesal de un particular, desarrolladas todas las actividades indicadas por la ley procesal, se concluirá aquél con la emisión solemne de un juicio sobre la pretensión de la parte actora o de la parte demandada; de manera que la sentencia, que es el juicio a que se hace referencia, tendrá una forzosa e ineludible concordancia con aquellas pretensiones y su contenido se referirá a la alegada por el actor o bien a la de la parte demandada si ésta la hubiere vertido en el proceso, pues, si la sentencia no se concretiza a las cuestiones esenciales que han dado lugar al litigio, expuestas en la demanda, o las contenidas en la defensa del demandado en forma de excepciones o defensas procesales, no se podría en definitiva eliminar la incertidumbre sobre la garantía de un determinado bien jurídico y, no habiendo lugar a la determinación de la certeza del derecho no se había podido ejercitar válidamente la función jurisdiccional como expresión de la soberanía del Estado.

Con perjuicio de la amplitud que merece el importante tema de la sentencia, pero obligados a la más estricta concisión, haremos referencia a las principales teorías relativas

a la manera como se forma o genera la sentencia que cierra un proceso: Aunque en la actualidad ha ido perdiendo adeptos la tradicional concepción expuesta por Alfredo Rocco (15), que consideró a la sentencia como la consecuencia de un juicio lógico, de un silogismo jurídico, que resulta de concebir como premisa mayor a la norma legal, como premisa menor el caso concreto objeto del litigio y como conclusión la norma de conducta que se ha deducido y - que resulta aplicable al caso concreto, es conveniente citarla. Las modernas investigaciones, aunque reconociendo la vivencia de una lógica que le es particular a la sentencia, tratan de demostrar que ésta no es un simple y puro silogismo, concepto éste último plenamente admitido por Rocco, quien lo considera como algo esencial y característico de la institución. A este respecto es interesante destacar cierta tendencia que pretende complementar la anterior tesis, conceptuada por Ugo Rocco, quien llega a sostener que la sentencia no es solo un juicio lógico, sino que también un acto de la voluntad del juez; no sólo es una actividad puramente de un proceso teórico sino una decisión volitiva concretizada, proveniente del titular del órgano jurisdiccional. Sin embargo, se ha objetado esta tesis en cuanto a no considerar admisible lo relativo al aspecto volitivo del titular, pero reconociéndole siempre la existencia de un proceso lógico. Se rechaza la tesis complementaria únicamente en cuanto a que no existe voluntad individualizada proveniente del titular del órgano, concluyéndose en - que el contenido de la sentencia no es más que la voluntad o el "querer" de la ley.

Habiendo citado al tratadista Jaime Guasp en - páginas anteriores (16), es oportuno examinar la concepción vertida por éste. Sostiene el citado comentarista español, que en toda sentencia existen dos elementos integrantes y fundamentales, a saber: a) Una operación mental o juicio lógico del juez o tribunal; y b) Un acto de voluntad. El primero consiste en la comparación de la pretensión de la parte con la norma o conjunto de normas y que constituyen el derecho objetivo para decidir de dicha comparación la conformidad o disconformidad de la petición de la primera con las consecuencias señaladas en el segundo. Esta operación lógica no es más que el silogismo jurídico. Agrega, que además de aquel proceso mental, génesis de la sentencia, existe la convicción del juzgador que es un elemento psicológico, no sujeta a reglas fijadas a priori, pero que está determinada por impresiones, creencias o simples actos de voluntad. Para Guasp, la sentencia tiene una extensión más profunda que la del solo juicio lógico, es además producto de la volición.

Ejercitada la facultad jurídica atribuída únicamente al actor, plasmada en una demanda, siendo indiferente en principio la verdad o irrealdad del contenido de la pretensión, el órgano jurisdiccional a quien se sujeta material y jurídicamente su conocimiento, procederá a cumplir un deber también jurídico y así, ejercitando su función, a la demanda iniciadora del proceso le dará su trámite correspondiente, el que indica la ley, para el efecto de formar o configurar una relación jurídico-procesal entre el actor, el demandado y el funcionario judicial. Esta rela

ción estará estructurada con toda certeza cuando a la etapa inicial del proceso se integre la parte demandada también ejercitando sus facultades procesales. La relación jurídico-procesal en su aspecto activo estará representada por las facultades legales de las partes frente a los órganos encargados de la jurisdicción y en su aspecto pasivo, por el deber jurisdiccional de tales órganos. Como dicha relación es compleja, pues, no se agota en una sola vinculación normativa, se sucederán toda una serie de situaciones que no son más que otras tantas relaciones de derecho que en suma son las integrantes del proceso civil. Examinados los elementos más destacados del proceso en su fase declarativa, los autores los reducen a tres (17): La demanda, la defensa y la sentencia, siendo ésta la cuestión que por ahora más interesa, puesto que los primeros tienden, lógicamente, a ese fin, la producción de la sentencia o, lo que es igual, a que el órgano jurisdiccional aplique el derecho objetivo al caso singular cuestionado para el esclarecimiento de una situación jurídica incierta o controvertida. El ejercicio de las facultades procesales del actor como de la parte demandada se verifica en un paralelismo teleológico, que tiende a producir u obligar al órgano jurisdiccional a realizar su función específica.

Esa función específica, ese deber concreto del órgano jurisdiccional no es más que el pronunciamiento solemne de la sentencia, que implica también el término de la serie de actos procesales precedentes que le han permitido en sus respectivas preclusiones evidenciarse en la vida de lo jurídico, pero que, co-

mo función y ejercicio del poder soberano del Estado, en primer lugar —según sostiene Blondeau en su memoria "L'autorité de la loi", leída en 1841— debe fundarse exclusivamente en la ley, pero superada esta concepción como método propio de la Escuela Exegética, deberá fundarse principalmente en la ley, en el derecho objetivo y en su defecto en.....(18). Que en términos más singulares, significa que la controversia sometida a conocimiento y decisión de un tribunal debe ser resuelta jurídicamente. La mejor demostración de la anterior aserción se aprecia cuando el juzgador aplicando la ley decide, declarando la certeza de la pretensión del actor o la desestima, afirmando así la seguridad del orden jurídico, todo por medio de una sentencia que, en su estructura tal acto procesal o jurisdiccional mejor dicho, se integra, así: La primera parte, la expositiva, que se refiere a la identificación de las partes, del proceso mismo y al resumen de la controversia; la segunda parte, se refiere a los considerandos, que son las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento y motivación al fallo; y la tercera parte, la dispositiva o resolutive, que contiene la decisión del asunto cuestionado o controvertido, que puede ser favorable a la pretensión del actor o totalmente contrario a éste, y, además contiene la declaración precisa y directa del responsable de la satisfacción del pago de las costas procesales. El juzgador está obligado a aplicar la ley no puede evadir la sujeción al orden jurídico y éste le preceptúa que al pronunciar la sentencia que dirime la cuestión principal discutida en el proceso, al mismo tiempo actualice la norma jurídico-pro

cesal relativa a la condena en costas, aunque esta cuestión no ha ya sido controvertida por las partes en ninguna de las etapas del proceso. De lo anterior podemos extraer una conclusión evidente y consiste en que no hay duda alguna que la condena al pago de las costas procesales es uno, entre varios, de los efectos jurídicos de la sentencia. Algunos comentaristas compendian esta cuestión considerándolo como efecto de carácter económico del proceso (19), pero ello no obsta para considerar que la sentencia "per se" sea el título constitutivo de las costas procesales como más adelante se demostrará.

---

#### NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- 1 .- Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Pág., 83. Eduardo J. Couture. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires. Argentina .- Edición de 1978.
- 2 .- Fundamento del Derecho Procesal Civil, pág., 6. Eduardo J. - Couture. Ediciones DEPALMA, S.A., Buenos Aires. Argentina.- Edición de 1977.
- 3 .- Tratado General de Filosofía del Derecho, pags., 8 y 226. - Luis Recasens Siches. Editorial Porrúa, S.A., México (1959).
- 4 .- Derecho Procesal Civil. Tomo I, pág., 510, tercera edición.- Jaime Guasp. Editorial Centro de Estudios Constitucionales . Madrid, España (1968).
- 5 .- Derecho Procesal Civil, pág., 293, José Castillo Larrañaga y Rafael DE PINA. Editorial Porrúa, S.A. México (1955).
- 6 .- La sentencia civil, pág., 13. Alfredo Rocco, traducción de - Mariano Ovejero. Editorial Stylo, México, D.F., (1944).
- 7 .- Diccionario de Derecho Procesal Civil, pág., 685; quinta edición. Eduardo Pallarés. México (1966).
- 8 .- Ibid., pág., 685. Eduardo Pallarés.
- 9 .- Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Tomo IV, página

509. Joaquín Escrich. Editorial Temis. Bogota, Colombia. Edición de 1977.
- 10.- Derecho Procesal Civil. Tomo I, pág., 510, 3ª Edición (1968) Jaime Guasp. Editorial Centro de Estudios Constitucionales . Madrid, ESPAÑA.
- 11.- Ibid., pág., 685. Eduardo Pallarés.
- 12.- Sistema del Derecho Procesal. Tomo II, pág., 354. Francisco Carnelutti. Editorial Uthea. Buenos Aires, Argentina (1944).
- 13.- Derecho Procesal Civil, pág., 279. Ugo Rocco. Editorial Porrúa Hermanos y Cía. México, D.F. (1939).
- 14.- Ibid., pág., 527. Jaime Guasp.
- 15.- Ibid., pág., 13. Alfredo Rocco.
- 16.- Ibid., tomo II, pág., 511. Jaime Guasp.
- 17.- El Proceso Civil, pág., 321. Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina (1957).
- 18.- Revista Judicial de la C. S. de J.
- 19.- Derecho Procesal Civil. Tomo I, pág., 784. Mario Aguirre Godoy. Editorial Universitaria de Guatemala (1975).

## C A P I T U L O      I I

LAS COSTAS PROCESALES EN MATERIA PROCESAL CIVIL.- DETERMINACION -  
DE LA NATURALEZA DE LAS COSTAS PROCESALES.-

En el capítulo anterior, después de breves consideraciones a los actos previos a la sentencia y a la naturaleza de esta institución, concluimos en que ésta decide con trascendencia jurídica la cuestión de fondo objeto material del proceso, sometida a conocimiento, para decisión, del órgano jurisdiccional, siendo aquélla la peculiar significación e importancia de este acto procesal y que, al mismo tiempo declara la existencia de la obligación de satisfacer las costas procesales condenando al pago de las mismas. No se puede cuestionar jamás que el principal efecto de la sentencia es el de producir cosa juzgada en relación a - la cuestión debatida en el proceso según la concepción de la antigua teoría, todavía válida en la actualidad, aunque se enfrente - al severo planteamiento de la nueva tendencia, muy original por - cierto, que pretende estudiar la institución de la cosa juzgada - dentro de los efectos que son propios, no de la sentencia en sí, sino del proceso mismo y, de igual manera pretende, en una forma por demás novedosa, estudiar las costas procesales dentro de los efectos económicos del proceso.

En principio, respetando el historicismo jurídico en referencia, se puede afirmar que la sentencia es la fuente de las costas procesales en forma completa, sin embargo, antes de entrar al análisis del aspecto sustancial de las costas procesales, es conveniente identificar la fuente directa de las mismas.

Aun con una vaga noción acerca de las costas ,  
—las que por razón de método en la exposición, todavía no las -  
conceptuaremos— (1), nos adentramos en la cuestión de distinguir  
entre las costas procesales completas y las costas procesales par-  
ciales (2). Las primeras citadas son aquéllas que están en fun-  
ción originadas por el desarrollo total del proceso civil, es de-  
cir cuando el mismo se ha desenvuelto con toda la plenitud de la  
instancia, lo que inmediatamente da idea acerca de las llamadas -  
costas procesales parciales, que solamente tienen referencia a de-  
terminados trámites o partes del mismo proceso sin llegar, desde  
luego, al pleno desenvolvimiento de éste, cuya determinación le-  
gal tiene su consignación debida, por regla general, en los con-  
venios transaccionales cuya naturaleza es de origen extrajudicial.  
Así, por ejemplo, como ocurre en el caso de que por voluntad de -  
la parte demandada se accede al pago de lo reclamado antes del -  
pronunciamiento de la sentencia de condena, pago que indudablemen-  
te precipitará el sobreseimiento en el proceso de la acción ejecu-  
tiva; otro caso, es el que ocurre debido al incumplimiento del de-  
ber procesal de no continuar con el procedimiento judicial, que -  
acarrea la deserción del actor con las consecuencias legales per-  
tinentes. Lo anterior, a forma de disquisición, es más bien acla-  
ración necesaria para concebir en mejor forma el desarrollo del -  
problema de la identificación de la fuente de las costas procesa-  
les en materia procesal civil.

De lo expuesto se puede sostener que existen -  
dos situaciones en que el obligado a pagar las costas procesales

podría encontrarse: La primera, cuando existe una condena directa en la sentencia que indica su satisfacción; y la otra, al ocurrir la situación que condiciona la existencia del pago de la obligación de costas parciales, pero en el fondo, ya se trate de costas procesales completas o parciales no existe más que una obligación, la que constituye un derecho subjetivo para el acreedor y un pasivo para el obligado a su pago. Se está, pues, frente a una obligación neta y perfectamente definida y no está demás acudir al auxilio de la teoría de las obligaciones que permitirá aclarar o definir lo tratado. En esta teoría se sostiene que las obligaciones contractuales tienen su fuente inmediata en los contratos y como fuente mediata se tiene la ley (3). La existencia de una obligación contractual implica admitir que se ha generado porque se celebró un contrato, esto, tratándose de obligaciones contractuales o convencionales. De igual manera se diría que las costas procesales tienen su fuente inmediata en la sentencia y la mediata en la ley procesal que establece y regula la institución; pero, la amplitud de la aseveración no nos resuelve satisfactoriamente la situación relativa al pago de las costas parciales, de las que ya se explicó antes, en este capítulo, son originadas sin haber sentencia, pero que es preciso satisfacer legalmente. De manera que, si bien es cierto que la sentencia definitiva resuelve el caso principal cuestionado y contiene también la condena en costas, lo que en realidad se está dando es la actualización del contenido de la fuente legal, único e indiscutible origen de las costas; y a lo que los tratadistas se refieren, cuando afirman que uno de -

los efectos de la sentencia definitiva son las costas procesales, es a la posibilidad del ejercicio del derecho nacido de la norma que estatuye la condena en costas para poder reclamar éstas. Corroborando lo anterior y darle mayor validez a la tesis sustentada o expuesta que afirma que la ley procesal es la única e indiscutible fuente de las costas procesales (4), se enfocará el problema que se plantea cuando el actor, al ejercitar su derecho de acción en la demanda dirigida al órgano jurisdiccional no reclama específicamente la condena al pago de las costas. ¿Será lícito que el juzgador no se pronuncie por la condena en las costas simplemente porque el actor omitió la petición concreta? Se sabe que la demanda contiene el ejercicio de una acción judicial compuesta de dos elementos o partes: Uno referido al planteamiento del interés o el derecho lesionado; y el otro, a la reclamación en términos concretos. De manera que el juzgador en virtud del principio procesal de congruencia deberá fallar estricta y específicamente sobre lo cuestionado, pudiendo, en principio apreciarse, que antes de promover la demanda el demandado no está siendo deudor de las costas procesales al actor, o viceversa; luego, podría argüirse que el juzgador no está obligado a fallar sobre la condena en costas cuyo pago omitió reclamar el actor en su demanda, o la parte demandada en la actuación de su defensa. A lo anterior se opone la consideración de que, en primer lugar, el pago de las costas procesales es una obligación que nace única y exclusivamente de la ley procesal, como ya se expresó. En segundo lugar, el juez está obligado a darle aplicación a la ley procesal en forma indiscuti-

ble, lo que se está indicando en el mismo sistema legal en varias disposiciones, por ejemplo, una de ellas le indica al funcionario que los trámites no penden de su arbitrio, lo que en el fondo involucra o quiere decir que las reglas técnicas dictadas para la tramitación de los juicios son de aplicación inexcusable para el juzgador; en consecuencia, aunque la parte demandante no haya concretado o especificado su reclamación en este aspecto de las costas procesales, ante la existencia de una disposición procesal como es la contenida en el artículo 439 de nuestro Código de Procedimientos Civiles, que prescribe: "Todo demandante que no pruebe su acción en Primera Instancia o que la abandone, será condenado en costas. Será también condenado en costas el demandado que no pruebe su excepción, o que, no oponiendo ninguna, fuere condenado a lo principal, y el contumaz contra quien se pronuncie la sentencia. Si de la causa aparece que una de las partes no sólo no probó su acción o excepción, sino que obró de malicia o que aquélla es inepta, será además condenado en los daños y perjuicios. Si la demanda versare entre ascendientes o descendientes, hermanos o cónyuges, no habrá condenación especial de costas, y lo mismo tendrá lugar cuando ambas partes sucumbieren en algunos puntos de la demanda". El juez, indefectiblemente, declarará la condena en costas al pronunciar la sentencia definitiva en el solo cumplimiento del deber jurídico que se le ha preceptuado. Sin perjuicio de la integridad del principio de congruencia en materia procesal civil y siendo mandato expreso de la ley la condena en costas en todas las hipótesis en ella indicadas, podría llegarse a sostener, que

en el problema discutido se encuentra una excepción al principio procesal citado, aunque lo real y cierto es que siempre existirá congruencia entre lo pretendido, o sea, lo cuestionado en el proceso y el fallo que dirime la cuestión.

Conforme al método expositivo que se ha adoptado, hasta el presente no se ha vertido concepto alguno sobre lo que son las costas procesales en sí, pero sí se ha hecho referencia a que es un efecto económico del proceso, de la sentencia mejor dicho. Entonces, si las costas procesales implican la existencia de una obligación de contenido eminentemente económico o crematístico ¿Cómo es posible conciliar esta institución, reglamentada por las leyes secundarias, con el principio de la gratuidad en la administración de justicia consagrado en el artículo 85 de la Constitución Política derogada y que también está contemplado en la vigente?

Cada uno de los órganos que ejercen el Poder estatal realiza una función que le es típica, aunque por la complejidad de las actividades estatales no le sea absolutamente exclusiva —hasta cierto punto, como lo vamos a demostrar—. Tales funciones, son: la legislativa, la ejecutiva y la función que consiste en la actividad por medio de la cual el Estado administra justicia. La administración de justicia por parte de la entidad estatal a través de los órganos correspondientes, no es más que la prestación de un servicio público, de más categoría si se quiere, que la prestación del servicio público de aguas, etc. Pero, no debe olvidarse que tratándose de la prestación de un servicio

por parte del Estado o de una entidad administrativa descentralizada o una corporación exígesse una contraprestación del usuario o beneficiario del servicio, y en el caso de la administración de justicia, debido a la existencia de la disposición constitucional citada, aquélla debe ser gratuita, lo que significa no exigir una contraprestación pecuniaria al particular que demanda la actuación del organismo judicial correspondiente. Para aclarar la presunta contradicción entre el principio constitucional citado y la doctrina expuesta acerca de los efectos económicos de la sentencia, en el orden de su armonización interpretativa, se tiene que hacer referencia al todavía vigente —para vergüenza del gremio de abogados— estatuto tarifario de los gastos procesales y honorarios por cartulación, promulgado el día catorce de marzo de mil novecientos seis, publicado en el D. O. número ciento trece, Tomo número sesenta, de fecha dieciséis de mayo de mil novecientos seis, denominado impropriamente "Arancel Judicial". En dicha ley, conforme al artículo 1º del Título I, de las Disposiciones Preliminares, claramente se establece "que los derechos de actuación de las oficinas y dependencias del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo, serán los determinados expresamente por dicha ley arancelaria". En igual tenor están redactados los artículos subsiguientes, pero lo que más llama la atención es el Título II, de los derechos de actuación de ciertos funcionarios judiciales, con su Sección Primera de los asuntos civiles; la Sección Segunda, de los asuntos criminales; Sección Tercera, derechos de actuación de los Jueces de Paz; y la Sección Cuarta, disposiciones comunes a las tres seccio

nes anteriores. En cada una de estas secciones, a excepción de la última citada, se establece o determina la cuantía que los funcionarios judiciales de Paz, de Primera Instancia, magistrados y con jueces, en asuntos civiles o criminales, para el caso, tenían la facultad de exigir como derechos de actuación judicial. Así, en materia civil la parte actora estaba obligada al pago en referencia al pronunciarse sentencia, "sin perjuicio del derecho que le correspondía contra la parte demandada, si ésta hubiese sido condenada en costas". Sin embargo, tales disposiciones han sido tácitamente derogadas al establecerse constitucionalmente que la administración de justicia será siempre gratuita; o sea, lo que el legislador quiso con la vigencia de tal principio no es hacer desaparecer los efectos económicos del proceso, sino que se concretó a aplicar medidas de sanidad judicial procurando evitar que los funcionarios del Organo Judicial nominados en dicha ley percibieran emolumentos de los particulares interesados en la litis y que mejor lo percibieran en forma de salario fijo del erario nacional. Se ocasionaron dos circunstancias, la primera, que el funcionario judicial en concepto de salario tendría derecho a percibir un canon fijo proveniente o pagado por el Estado; y la segunda, que el particular interesado en el litigio no estaría obligado a reconocer pago alguno, bajo ningún concepto, cuando demandase la intervención de los órganos judiciales. Por un lado se trato de evitar que el interés por los "derechos de actuación" a percibir por el funcionario judicial lo involucraran en una manifiesta posición de parcialidad; y, por otro lado, se estableció un canon fijo pa-

ra las distintas clases de funcionarios del organismo judicial. Es evidente que tal medida de sanidad judicial trató o procuró evitar la venalidad judicial, pero tan laudable intención del legislador salvadoreño no previó el caso de que al permitirse la cartulación a los funcionarios del Organó Judicial, podría configurarse la inmoralidad de un litigante o de su procurador al encomendarle trabajos notariales al funcionario que está conociendo de un proceso en que se discuten intereses de aquél, puesto que la ley de la materia no lo prohíbe, con el único objeto de parcializar el ánimo del juzgador en un claro detrimento de la administración de justicia; aunque es lógico reconocer, que si la autorización para cartular le fuera suprimida al que ejerciere cargo alguno en el Organó Judicial, es necesario compensarle con una retribución salarial honrosa que vaya acorde con la investidura judicial que ejercita, retribución que realmente constituya la garantía económica del presente y su seguridad efectiva en el futuro.

Pero, apartándonos de la anterior disquisición, volvemos a la clarificación de la cuestión planteada por la interrogante. En cierta época, el particular abogado a un conflicto procesal estaba obligado a satisfacer las exigencias pecuniarias o gastos administrativos demandados por la estructuración de un organismo compuesto de elementos personales y materiales; sin embargo, el atinado principio constitucional de la gratuidad en la administración de justicia no es más que una medida de política judicial y de higiene social al tenor de la apreciación del autor Carnelutti, puesto que se aleja la idea crítica de que la majes—

tuosa aplicación de la ley pueda ser comparada a la prestación de cualesquier otro servicio público, además de desterrar la idea de que la natural equidad del funcionario judicial pueda desaparecer al influjo de generosos estipendios suministrados por algún interesado en la deformación del proceso. Reitérase, pues, que la disposición constitucional citada en virtud de su supremacía jurídica ha venido a derogar la parte relacionada del Arancel Judicial; pero este principio constitucional no es del todo absoluto ya que existen gastos necesarios del proceso que pesan sobre los litigantes de los cuales no puede hacerse cargo el Estado, aunque sí se ha concebido una situación bien clara y definida, consistente en que el principio mencionado de la gratuidad de la administración de justicia, se entenderá en el sentido únicamente de que los particulares litigantes no están obligados a aportar emolumentos monetarios para sufragar el sueldo de los funcionarios judiciales, interpretación que no contraría la realidad, ya que en el hacer estatal de la administración de justicia las partes litigantes necesariamente tienen que soportar gastos de tiempo, energía, concentración de actividades, los que todos, sin excepción, pueden reducirse a términos económicos.

Conformes con la explicación o explicaciones anteriores, interesa ahora discutir la cuestión de los efectos económicos del proceso, o sea, concretamente, conocer o determinar qué son los gastos del proceso. En sentido lato, gastos del proceso son todos aquéllos que se hacen para obtener la actuación del derecho; pero el concepto de costas procesales se reduce a los

gastos N E C E S A R I O S que son consecuencia directa de las exigencias del proceso y cada legislación se encarga de imputarlos y de tasarlos atendiendo a las diferentes concepciones que al respecto ha elaborado la doctrina (5).

Ubicados en la cuestión de las costas procesales, la primera interrogante que surge es relativa a su fundamento. A primera vista aparece, que el particular victorioso en un proceso ha tenido incuestionablemente que sufragar gastos necesarios para el restablecimiento de un derecho quebrantado y entonces es lógico considerar y por demás apreciar equitativamente, que el culpable o el motivador de tal alteración de la normalidad racional y legal sea obligado al reembolso o resarcimiento; por el otro lado, existe un imperativo moral de sancionar una conducta transgresora, hasta cierto punto una conducta antisocial, como es la de incumplir o resistirse al cumplimiento de la ley en perjuicio del interés ajeno. Pero, es importante y no puede ni se debe confundir —motivado por lo inmediatamente expuesto— la comprensión del concepto de las costas procesales como uno de los efectos económicos del proceso con el pago de multas, devolución de frutos o indemnización de daños y perjuicios, que son las consecuencias de acciones autónomas y devienen del derecho que se hace valer en juicio y no de otra causa.

Es evidente y ello hay que tomarlo en cuenta, que el vencido en un proceso y por acaso, condenado al pago de las costas procesales —pues, no en todos los casos existe condena en costas al perdidoso en un proceso—, observó una conducta -

transgresora de la ley, lo cual no debe ser considerado como una verdad apodíctica, ya que el vencido en un proceso puede que no haya sido realmente culpable, ya que existen varios motivos por el cual se puede perder en un litigio, lo que equivale a afirmar que en un proceso, en definitiva, se puede resultar perdedor..... pero no por falta de razón (6).

Ahorabien, respondiendo a la indagación mencionada, es procedente examinar los sistemas legales que históricamente han servido para fundamentar el instituto de las costas procesales.

A) TEORIA DE LAS COSTAS COMO PENA (7). En un principio se consideró que las costas procesales eran una pena o sanción punitiva contra el litigante que demandado era vencido en el juicio, presumiéndose que su culpabilidad había causado un daño injusto; o, que habiendo demandado habría sucumbido a sus pretensiones por razón de su mala fe, considerándose esta actuación como la promoción de un juicio injustificadamente, con temeridad y sin ninguna razón. Tal tesis cayó en descrédito, pues, se le objetó, concretamente y con mucho acierto, que la utilización del medio procesal, como es el proceso, para demandar la actuación del órgano jurisdiccional, el que ha sido establecido por la ley, no podría concebirse sólo como la utilización de un medio para un daño injusto, que por serlo haya de ser resarcido. Tal tesis entra en pugna o contrariaba la verdadera naturaleza del principio de la legalidad de las formas procesales y el carácter ético del proceso en sí, que es toda una verdadera institución procesal, la

esencia misma del derecho procesal. La anterior tesis, hasta cierto punto, obliga a distinguir o a restringirse a los casos de condena en costas a los de actuación dolosa de un particular; o sea, en el supuesto de que el perdidoso de buena fe en un proceso debía satisfacer el pago de las costas procesales, no era valedero el criterio de invocar como fundamento de aquéllas el dolo y por lo tanto no podía considerárseles como una sanción de carácter penal. Además, la utilización del proceso como el instituto necesario para demandar la intervención judicial, no es una conducta punitiva, sino que acción con acomodamiento perfectamente legal.

El tratadista Leo Rosemberg guarda cierto paralelismo con la conceptualización de Carnelutti al referirse este autor a las costas procesales como una medida de higiene social, pero, para el primero de los nominados el fundamento de la institución radica en el deber de reembolsar las costas en la gestión procesal sin éxito, agregando, que ello rige para la actividad del actor vencido cuya demanda infundada dio lugar a la condena en costas, y no menos para el demandado que pudo impedir la deuda de las costas si no hubiese dado ocasión a la demanda fundada, sobre todo porque, desde el punto de vista de la política jurídica, la perspectiva de tener que soportar las costas tiene por finalidad alejar la gestión procesal sin perspectivas favorables o arriesgadas (8). Como el deber de costas no es la consecuencia de una culpa, no puede ser una pena o deber de indemnización de daños por haber actuado en un proceso en forma subjetivamente anti-jurídica. En general, no es un deber de indemnización de daños, si

no solamente de gastos; y tal condena ni siquiera los comprende - todos, sino únicamente los N E C E S A R I O S. Tampoco es una de las consecuencias del derecho privado que pueda existir entre las partes, ya que esta relación no es necesaria.

B) TEORIA DE LA CULPA (9). La influencia de - las teorías del derecho civil sirvieron de fundamento para estruc- turar la teoría de la culpa en relación a la institución de las - costas procesales. La responsabilidad civil contractual como ex- tracontractual ha constituido uno de los capítulos más importan- tes del derecho civil. Se considera correcto que toda persona es- tá en la obligación de poner la mayor atención o cuidado en todas sus actividades del diario vivir, ya que hasta los más corrientes hechos o simples hechos pueden comprometer la responsabilidad de su autor si, al realizarlos, ha incurrido en una negligencia o una simple falta de cuidado que haya causado un daño o perjuicio a - otro. Lo medular de este problema radica en saber, cuando un daño ha sido ocasionado, quién debe soportar el perjuicio, bien sea el actor o su víctima; resuelta esa cuestión, es decir, determinada la entidad que resulte o permita que se le atribuya responsabili- dad en la reparación del daño, viene la cuestión de cómo o bajo - que condiciones deberá hacerlo. Las condiciones, tradicionalmente exigidas para que se comprometa la responsabilidad civil de una - persona, son: Un daño o perjuicio, culpa y la relación de causalid- dad entre estos dos extremos. Finalmente, podemos generalizar los antecedentes, así: Todas las pérdidas y todos los daños —directos o consecuenciales— que pueden sobrevenir por el hecho de alguna

persona, por ligereza, imprudencia, ignorancia de lo que se deba saber, o por otras culpas semejantes, por leves que puedan ser, deben ser reparadas por aquél cuya imprudencia o culpa haya causado tales daños o pérdidas.

Jaime Guasp, sostiene que la teoría de la culpa o negligencia "se apoya en el principio general de que todo daño que una persona hace a otra culposamente deberá ser objeto de la correspondiente sanción" (10). La jurisprudencia española ha aceptado como fundamento de su posición la teoría en desarrollo, para lo cual se apoya en el artículo 1902 del Código Civil Español.

El profesor Prieto Castro, también español, admite que la condena en costas sólo es posible fundamentarla en la teoría de la culpa, ya que si existe el principio de que debe otorgarse justicia al que la pide y el derecho que se le retribuye al victorioso debe ser integral, sin menoscabo del mismo, por lo que si no se le reintegran los dispendios hechos para la litis la justicia otorgada no sería apropiadamente concedida; incluso, en el caso de que existiera una voluntad maliciosa del litigante vencido, que en otros términos es una conducta dolosa por existir con conocimiento de mala fe, se entraría a la comprensión de la teoría de la culpa por la aplicación del principio de que al dolo hay que equipararlo a la culpa lata (11).

Las críticas formuladas contra esta teoría radican en la enorme inseguridad que arroja, ya que al generalizarse en la exposición deja cada caso particular sometido a una apreciación de hecho y por esa razón es muy difícil que pueda ser cen

surada en Casación. Además, existen casos en que la parte vencida no haya sido culpable o negligente, entonces al aplicarle la responsabilidad derivada de la culpa, se estaría en un contrasentido porque al haber litigado con razón, sin culpa o negligencia, se le obligaría a soportar gastos injustamente.

De la crítica expuesta se establece que las anteriores teorías, por tener puntos débiles en el contenido de su planteamiento y, que esencialmente radican, en la primera de las teorías citadas en la necesidad de analizar en el caso concreto - la temeridad del litigante; y, con respecto a la segunda, en que hay casos en que no puede atribuirse culpa a aquéllos que comparecen en juicio por alguna razón que radicalmente aleje la existencia de ésta. Un aspecto muy interesante que pueden confrontar o cuestionar las anteriores teorías lo ofrece el contenido del artículo 439 Pr., C., en su parte final, cuando prescribe que "si la demanda versare entre ascendientes o descendientes, hermanos o cónyuges, no habrá condena especial de costas, y lo mismo tendrá lugar cuando ambas partes sucumbieren en algunos puntos de la demanda". Por razones de carácter ético el legislador consideró, atendiendo al parentesco, que no hubiera declaratoria contra el vencido para obligarlo al pago de las costas, sin embargo, no escapará que la malicia, la conducta dolosa o negligente puede darse en los conflictos legales entre parientes o cónyuges, sobre todo en los casos de éstos últimos que se convierten en verdaderos y encarnizados enemigos en los procesos de divorcio. Si las teorías citadas conservaran su validez, estos casos citados estarían compren-

didados y las mismas tendrían su autoridad.

C) TEORIA DEL HECHO OBJETIVO DEL VENCIMIENTO (13). Se hizo necesario buscar nuevos enfoques para la fundamentación de las costas procesales y entonces surgió otra teoría —no tan llena de complicaciones como las anteriores— la del hecho objetivo del vencimiento, en la cual la determinación de la condena en costas surge por la simple absolución o condena. El que pierda un proceso, por ese solo hecho será condenado en costas, alejando de por sí el difícil problema de investigar singularmente el dolo o culpa en cada caso concreto.

La teoría enunciada es la posición doctrinaria aceptada por la mayoría de los autores; así, Chiovenda acepta que el fundamento de la condena en costas "es el hecho objetivo de la derrota (13) y la justificación de esta institución está en que la actuación de la ley no debe representar un empobrecimiento o disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar, ya que el Estado tiene interés en que se actualice el derecho sin daño de ningún tipo para quien lo invoca con razón. Se agrega a lo anterior, que no hay derrota sino cuando existe una declaración de derecho, esto es, cuando se haya actuado la ley a favor de una parte en contra de la otra; por ésto, el concepto de derrota es estrictamente conexo con el pronunciamiento sobre la demanda.

En sección anterior se expuso que para Carnelutti la condena en costas es una medida de higiene social, puesto que una condena de ese tipo puede contener un sin número de actividades procesales que por ser infundadas desembocarán, indudable

mente, en un vencimiento al impetrante. Además, dicho autor sostiene: "La administración de justicia es un servicio público y para determinar quien debe soportar los gastos pueden tomarse solamente dos ideas: interés y causa". Esta última solución es la que acepta, pero al mismo tiempo se pregunta ¿Cuál de las dos partes es la que da origen al proceso? Responde, así: La parte que no tiene razón. Carnelutti afirma que la responsabilidad de la parte en cuanto a las costas, es una responsabilidad objetiva (14).

En conclusión, queda admitida la validez de la teoría últimamente expuesta, aceptando como lógica consecuencia que la parte vencida en juicio debe soportar el pago de las costas y. aplicándola a nuestro sistema legal podemos afirmar que dicha teoría inspira la institución de las costas; sin embargo, débese tomar en cuenta la particularidad de que, fuera de lo que son verdaderamente las costas procesales, al analizarse la conducta empleada en el desarrollo de la pretensión de una de las partes resultare que ésta obró de mala fe o es maliciosa, debe también ser obligada al pago de los daños y perjuicios. En ese solo aspecto encaja la prescripción legal en la teoría civil de la responsabilidad culposa.

Algunos autores citan legislaciones con normas que modifican lo axiomático de la condena en costas, en el sentido de conceder facultad al juzgador para eximir al vencido, total o parcialmente, de la condena en costas cuando haya litigado con evidente buena fe; cuando la demanda o contrademanda comprendan pretensiones exageradas; cuando el fallo acoja solamente parte de

las peticiones fundamentales de la demanda o de la contrademanda, o admita defensas de importancia invocadas por el vencido; y cuando haya vencimiento recíproco o allanamiento. Y, finalmente, en el caso de cuando el funcionario judicial exima al vencido del pago de las costas procesales, porque éstas se causaron en diligencias que aquél calificó de ociosas o innecesarias. Expuesto lo anterior, podemos afirmar y sostener que en nuestro sistema procesal tiene reconocimiento la posición del tratadista Reimundin, al afirmar: "En nuestra opinión, "vencimiento" y "condena" son conceptos que pueden ser coincidentes pero no equivalentes, desde que puede haber vencimiento que no lleve aparejado fatalmente la condena" (15).

En nuestro sistema procesal es evidente la obligación prescriptiva al juez de que, por el solo hecho objetivo del vencimiento de una de las partes litigantes está obligado a condenar especialmente al pago de las costas procesales, salvo las excepciones respecto al parentesco y cuando se haya fracasado en algunos puntos invocados en la pretensión, situación última que implica una verdadera compensación en las costas. Las razones que tuvo el legislador salvadoreño respecto al litigio entre parientes, ascendientes-descendientes, hermanos y entre cónyuges, son consideraciones de orden ético. Pero, también tal fundamento pudo haberse extendido a relaciones de socios, entre los que generalmente existen fuertes vinculaciones afectivas, de confianza e intimidad amistosa, tal lo que ocurre en las sociedades colectivas, y que son los lazos que unen más entrañablemente a las par-

tes contratantes que frecuentemente están en contacto y que se acrecientan con el tiempo, por lo que el legislador debió haber hecho singular apreciación del caso con la debida ponderación. Lo mismo puede afirmarse en las relaciones entre tutores y pupilos que entraña una condición o relación similar a la que existe entre padre e hijo. Sin embargo, la razón fundamental para no haberse considerado con relevancia para incluirla en las exenciones obedece a que haría obligatorio extender éstas a todas las demás contrataciones en que también existieran esas condiciones subjetivas, tornándose en reducidos los casos de la condena en costas con el evidente peligro de su desaparecimiento como institución procesal que en el fondo involucra un verdadero y real aspecto de la equidad.

El legislador salvadoreño no es preciso, hasta cierto punto, en la redacción de la aplicación de la regla sobre las exenciones en la condena de costas tratándose de un litigio entre parientes. Por ejemplo, no discriminó entre ascendientes legítimos e ilegítimos, tampoco lo hizo en el caso de los ascendientes en línea recta o colateral, de ahí que, para la correcta aplicación de la regla en referencia es necesario relacionar los artículos 27, 28 y 39 del Código Civil. Ahora bien, estudiemos esta particular condición que nos presenta, por ejemplo, el caso de un litigio en que los extremos de la relación jurídico-procesal sean dos sociedades colectivas, formadas o integradas una, por solo ascendientes, y la otra entidad por puros descendientes de aquéllos. ¿Será posible invocarle al juez que, aunque la legislación de la

nateria considera como entidades distintas de los socios a las -- personas morales, que existen vínculos de parentesco que no pueden desconocerse, ni pueden desaparecer por el hecho de haberse -- formado o integrado una sociedad? Si se quiere ser más objetivo , se puede substituir el caso propuesto en el sentido de enfocar -- teóricamente a una padre litigando contra una sociedad colectiva integrada por su cónyuge y sus hijos legítimos. Naturalmente que con una fría aplicación de la ley, la exención de la condena en costas no se podría declarar, considerando que las partes litigantes son las entidades morales entre las cuales no existe ningún -- parentesco, pero es lógico admitir que los beneficios o los per-- juicios derivados de la sentencia a pronunciarse causarán un bien o un daño a los intereses de aquéllos que están ligados por vínculos de sangre.

A vía de disquisición sobre la cuestión de la litis entre ascendientes-descendientes como condición para la exención de la condena en costas, vamos a suponer el caso de un padre que ni siquiera ha reconocido como natural a un hijo suyo pero -- que le demanda en reclamación de un legado. Como no es posible aportar en juicio la prueba instrumental pertinente para estable-- cer la calidad de ascendiente y descendiente, respectivamente. ¿Se rá posible que se pueda aportar prueba testimonial para estable-- cer la condición del parentesco? No será posible, pues, el ejercicio de la acción para reclamar el legado se desenvuelve en un juicio singular ejecutivo que tiene por objeto constreñir al pago al demandado, por lo tanto, no es permitido, procesalmente, que se --

aporte prueba que involucre un estado civil por medio de testigos, ya que la declaratoria de esta vinculación familiar procederá de un proceso completamente distinto al procedimiento ejecutivo; o sea, no sería una prueba pertinente para el caso. En conclusión se afirma, pues, que la ley no está refiriéndose como fundamento de la exención al hecho biológico que ha originado la maternidad o partenidad, según el caso, sino a la prueba de un parentesco en marcado en lo jurídico, y, mientras ésto no exista probado en autos, indefectiblemente, la condena en costas deberá decretarse, to do de acuerdo al principio "quod non est in actis, non est in mun do", o sea, que lo que no consta en el proceso, es como que no existiera. Pero, la singularidad del caso último que hemos esbozado radica en el hecho, posible por cierto, de que el padre demandante haga mención expresa que el demandado es su hijo, porque en este caso, aun tratándose de un juicio singular ejecutivo, se ha operado el reconocimiento de hijo natural que está regulado por el artículo 280, numeral cuarto, del Código Civil y en este caso procede la exención de las costas procesales.

Otra situación que, por lo frecuente en los tribunales salvadoreños, es preciso considerar para determinar fi nalmente si está comprendida, o en una ampliación de conceptos se puede extender a ella el artículo 439 Pr., C. Se trata de las demandas en juicio civil ordinario en que se acumulan las acciones de reconocimiento forzoso de hijo natural y de alimentos cóngruos contra la sucesión del padre o madre obligados a aquélla presta— ción. Ocurrirá que cuando el pretendido hijo natural obtenga sen-

tencia favorable a su pretensión se declarará exenta del pago de costas procesales a la sucesión demandada; pero si el demandante fracasa en sus pretensiones será lógicamente condenado al pago de las mismas. Es tan claro lo anterior que no ofrece problema alguno, pero la situación se torna polémica cuando el representante de la sucesión demandada es un extraño y triunfa en sus pretensiones el demandante que reclamó su estado civil de hijo natural y su derecho al pago de alimentos cóngruos. En este caso me atrevo a sostener que tampoco habrá condena en costas por la aplicación de la regla que prescribe que el heredero, extraño o no, forma -- una sola persona con el causante, por lo que, en virtud de esa ficción jurídica se estima que el alimentario está demandando a su ascendiente. Además, no sería justo que por el incumplimiento de una obligación o de un deber jurídico por parte del causante, se grave con la obligación de pagar costas al heredero que nada tuvo que ver con aquélla conducta hasta cierto punto culpable del de cujus.

Considero conveniente reiterar que las anteriores disquisiciones se han formulado debido a la forma genérica empleada por el legislador y entonces ha sido necesario recurrir a la problemática de casos singulares para comprender el alcance de la disposición legal. De manera que en el desarrollo de tal plan, veamos ahora qué ocurre con la citada disposición en lo referente a la exención de la especial condena en costas tratándose de una litis o un litigio entre hermanos. ¿Se hallará comprendido en la exención el caso de un hijo adoptivo que litiga contra los hijos

legítimos del padre adoptante o contra otro hijo adoptivo del adoptante común? Debemos considerar primero que el Código de Procedimientos Civiles es una legislación promulgada con mucha antelación al estatuto legal denominado Ley de Adopción, de fecha dieciséis de Noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, lo que nos obliga o permite hacer un poco de historia legislativa patria y, así es como nos remontamos al año de mil ochocientos sesenta, en que se cierra ese ciclo vacilante de adaptación y se suspende la dependencia del auxilio de la legislación española, ya que en ese preciso momento se comenzó a dictar o a legislar nuestros propios códigos; pero, yendo un poco antes de nuestra auténtica legislación, encontramos que la institución de la adopción existía perfectamente reglamentada en las leyes españolas y por lo tanto, como en el derecho indiano y a la época de la proclamación de la Independencia Patria se declararon vigentes todas las leyes españolas, es permitido afirmar que desde tiempos inmemoriales existe vigente tal institución en nuestro medio. Por otra parte, en el primer Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas, publicado en mil ochocientos cincuenta y siete, se encuentran dos pruebas irrefutables de la existencia legal de aquélla institución familiar: El texto del Capítulo Primero del Título Sexto, dice, así: "CAPITULO PRIMERO. MODO DE PROCEDER EN LA ADOPCION Y EN LA ABROGACION". O sea, que procesalmente se estaba regulando el medio para llevar a cabo una adopción y es sabido que si no existe la institución no es lógico dictar reglas procesales para un efecto inócuo. El citado código estaba dotado de una parte complementaria,

denominada Código de Fórmulas y allí, precisamente, se encuentra el texto del Capítulo Tercero que se refiere a ESCRITURAS CORRESPONDIENTES A LA ADOPCION, EMANCIPACION, PUPILAJE, APRENDIZ Y RECONOCIMIENTO DE UN HIJO NATURAL, constituyendo otro dato de carácter histórico-jurídico que nos ilustra bastante en relación al caso planteado, concluyendo en que al promulgarse la regla de la exención de las costas procesales en los litigios entre hermanos ya existía la institución de la adopción hasta el grado que cuando se dio la vigencia del primer Código Civil Salvadoreño, con fecha veintitrés de Agosto de mil ochocientos cincuenta y nueve, esta institución fue incorporada a su texto.

Ahora bien, enfocado el texto de la actual ley de adopción en los artículos pertinentes, encontramos "que el vínculo legal de familia que nace de la adopción comprende UNICAMENTE a adoptante, adoptado y descendientes consanguíneos de este último en línea recta", "El adoptado será considerado como hijo del adoptante", "La adopción no produce más vinculaciones jurídicas - que las que expresamente indica esta ley", "El hijo adoptivo continuará formando parte de su familia consanguínea y conservará en ella todos sus derechos y obligaciones", "La obligación alimenticia es recíproca entre el adoptante y el hijo adoptivo", "En la sucesión intestada del adoptante, el hijo adoptivo será considerado como hijo legítimo", "en lo relativo a las incapacidades o indignidades para suceder, y, en general, en todo lo referente a las inhabilidades o prohibiciones legales, se considerará que entre adoptante y el hijo adoptivo existe la relación de padre a hi

jo legítimo". Con lo anteriormente citado, a primera vista salta la fundamentación de la adopción consistente en conceder un beneficio a una persona extraña, para que separándola de un núcleo familiar consanguíneo que le es propio se integre a una nueva y distinta entidad familiar con igualdad de derechos, facultades y obligaciones, hasta cierto punto como los hijos legítimos o naturales del padre adoptivo. Luego, podemos preguntarnos ¿Podrá aplicarse el principio que reza "ahí donde existe la misma razón se aplicará la misma disposición"?

Los artículos de la ley de adopción que se han relacionado o citado en extracto nos dan un nuevo enfoque para la respuesta satisfactoria al problema de interpretación planteado. El hijo adoptivo será considerado como hijo legítimo del adoptante únicamente en problemas sucesorales, de manera que, en el caso de iniciarse un litigio por cuestiones de indignidad o incapacidad para suceder, sí cabe aplicar la regla de las exenciones en la condena en costas, pero no en cualesquier otro litigio planteado, por ejemplo, entre los hijos legítimos del adoptante y el hijo adoptivo. Me parecen abundantes las razones para el caso: El hacer referencia a la historia de nuestro régimen jurídico fue con el objeto de hacer notar que a la promulgación del Código de Procedimientos Civiles y Criminales no era una cuestión desconocida la existencia de la institución de la adopción y por lo tanto debió haberse aclarado el texto de la regla en estudio, sin embargo no se hizo; y en los estadios actuales del régimen legal de la adopción encontramos que el legislador ha determinado la existen-

cia de vinculaciones familiares únicamente entre el padre adoptante y el hijo adoptivo, al grado de quedar excluido de la prestación de alimentos, facultad que no podrá hacerla valer ni está obligado a ello en relación a los demás hijos legítimos que pudiere tener su padre adoptivo. Parece no muy equitativa la posición concluyente, sin embargo, no lo es menos del todo el fondo o fundamento de la regla de la exención de la condena en costas en los casos consignados en la parte final del artículo 439 Pr., C., a excepción del caso en que ambas partes litigantes sucumban en algunos puntos, planteándose así lo que en doctrina se conoce o denomina la compensación de las costas procesales. Decimos que, si el fundamento de la regla de la exención obedece a la existencia de un elemento ético que no alienta a agravar más los litigios entre parientes y cónyuges con la condena especial de costas, tal elemento ético desaparece con el planteamiento del litigio mismo, ya que un proceso se inicia precisamente para reclamar por la violación de un derecho o facultad desconocido por los mismos parientes, quienes en razón de su vinculación están obligados a un mayor acatamiento o respeto al derecho del otro, de ahí que, es más equitativo que tratándose de esos litigios no exista la regla de la exención en la condena de costas.

Para dar término a la problemática que plantea el contenido de la parte final del artículo 439 Pr., C., una cuestión más, que se considera también importante discutir: La disposición prescribe —como ya se expresó en párrafos anteriores— la exención de la condena en costas entre los cónyuges, en los liti-

gios que se dieran entre éstos, por ejemplo, cuando hay reclamación de alimentos, que de por sí ya está expresamente indicado en la ley, en forma de regla general, no procederá en sentido favorable la petición de rendir fianza. No obstante la importancia doctrinaria que implica diferenciar la inexistencia, la nulidad absoluta o la nulidad relativa de un acto jurídico, especialmente en las dos primeras entidades jurídicas y cuya discusión doctrinaria ha sido aportada esencialmente por los autores franceses, quienes sustentan la existencia de dos efectos completamente distintos: La inexistencia y la nulidad absoluta. Para el solo efecto de nuestro particular interés nos circunscribimos a la legislación salvadoreña en el sentido de considerar y solo referirnos a la nulidad absoluta en el caso de un matrimonio, regulada en los artículos 162 y siguientes del Código Civil, en relación al artículo 1551 del mismo cuerpo de leyes, de manera que, en el caso de un matrimonio aquejado de nulidad, al momento de sentenciar el juzgador podrá hacer la siguiente consideración crítica: Si el matrimonio, cuya declaratoria de nulidad absoluta se le ha solicitado judicialmente, es un acto que no va a producir o no ha producido efectos jurídicos válidos entre los contrayentes o en relación a terceros, y por ende, aquéllos va a ser considerados como si nunca fueron cónyuges, entonces, de acuerdo a la regla del artículo 439 Pr., C., se tendría que condenar en costas. A la conclusión que se arriba se le puede criticar en que es demasiado restrictiva, porque se debe de tomar en cuenta que los efectos de la nulidad absoluta solo empiezan a tener eficacia después de pronuncia-

da la sentencia y no antes; luego, en el momento de iniciarse el proceso que demanda la nulidad de aquel acto es eminente o indiscutible que existen dos personas indefectiblemente ligadas por un vínculo matrimonial, no obstante que éste será afectado definitivamente por la sentencia, vinculación que en determinado momento, de no existir o de no pronunciarse la sentencia que declare la nulidad puede llegar a producir efectos con trascendencia de validez jurídica. Así las cosas, el juzgador está obligado a admitir, ante la inminente declaratoria de la nulidad absoluta de un matrimonio afectado de tal vicio, la existencia de un litigio que versa entre cónyuges y por lo tanto tiene vigencia la regla de la exención de la condena en costas.

En nuestro sistema procesal la condena en costas es una prescripción procesal ineludible para el juez que sentencia, condena que la formula en términos genéricos o abstractos, puesto que no determina o fija cuantía de la indemnización en razón de las costas, pero que, posteriormente a la sentencia se pueden concretizar mediante la utilización del procedimiento conocido como visación de planilla de costas procesales. En legislaciones de otros países la norma de la condena en costas está atemperada en su rigidez debido a que al juez se le conceden facultades para eximir al vencido, total o parcialmente, en la condena de costas, así: Primero, cuando haya litigado con evidente buena fe; segundo, cuando la demanda o contrademanda hayan comprendido pretensiones exageradas; tercero, cuando el fallo acoja solamente parte de las peticiones fundamentales de la demanda o de la con—

trademanda o admita defensas de importancia invocadas por el vencido; y, quinto, cuando haya vencimiento recíproco o allanamiento. Asimismo, el juez podrá, igualmente, eximir del pago de costas al vencido cuando éstas se hubieren causado en diligencias que el juez califique de ociosas o innecesarias (16). En concordancia o aplicación a nuestro sistema procedimentalista solamente encontramos homologadas las circunstancias tercera y quinta de las citadas, y, en cuanto a la mala o fuenta fe con que se litigó queda referida únicamente a la condena de los daños y perjuicios, pero sin relevancia alguna para la condena en costas exclusivamente. Todas las demás circunstancias enumeradas son desconocidas en nuestro medio.

Sostengo que en relación a la doctrina que clasifica las costas procesales en facultativas, obligatorias y legales, nuestro sistema procesal sólo tiene concordancia con las dos últimas, más no con la primera que consiste en que la condena en costas se deja al criterio o apreciación del juez cuando concurren ciertas y determinadas circunstancias previstas en la ley de las cuales se hizo reiterada relación en párrafos anteriores. De manera que las otras dos clases sí son reconocidas en nuestra legislación, siendo la segunda la consagrada en la parte primera del artículo 439 Pr., C., o sea, que la ley misma fija expresamente los casos en que la condena es obligada; y son legales las costas que la ley impone con fines sancionatorios, como en el caso en el que se impute su pago al funcionario judicial cuando se declara haber lugar a la declaratoria de nulidad por vicios de procedi—

miento en algún trámite judicial y se ordena su consiguiente reposición. Véase al efecto el texto del artículo 1125 Pr., C.

Resulta obvio en la apreciación de la naturaleza de las costas procesales, que éstas sean comprensibles en los conceptos de cargas o deberes pecuniarios de las partes, y, aunque el concepto de carga es debatido porque, gramaticalmente, es el menos apropiado ante la significación jurídico-procesal que se le ha otorgado, porque da la idea que impone algún peso, tributo o gravamen, su admisión o utilización en la concepción del acto procesal ha permitido delimitar con claridad la situación de los sujetos en el proceso. Así, pues, desarrollando esos aspectos se tiene que los jueces están imbuídos de obligaciones, deberes y facultades, puesto que para cumplir con su función es necesario e ineludible que no se abstengan de cumplir con lo prescrito por la ley procesal, so pena de incurrir en responsabilidad. Las partes, en cambio, tienen cargas, las que sólo a ellas les corresponde como incumbencia propia y sólo sobre ellas pesan, sin olvidar que toda carga tiene por contenido un acto procesal, y en tanto éste es en sí declaración de voluntad, aquélla es la actividad que lo ejecuta. Es indudable que entre los deberes y cargas pecuniarias de las partes en todo proceso, uno de ellos es la de proveer y satisfacer los gastos de las actuaciones judiciales que realicen o que soliciten; y aquéllas que, ordenadas de oficio, resulten en provecho suyo; pero tales gastos sólo serán reconocidos en su pago cuando se dicte la sentencia que involucre o contenga la condena pertinente contra la parte obligada a la satisfacción pecuniaria

de aquéllos y, en ese aspecto es constitutiva la naturaleza de la sentencia.

Con relación a la naturaleza jurídica de las indicadas costas procesales, es necesario dilucidar si tal materia pertenece, bien al derecho civil o al derecho procesal. Acudiendo al auxilio de la última de las teorías expuestas, se concluye en que la materia pertenece a la esfera del derecho procesal puesto que en nuestro sistema procesalista la condena en costas es dictada en atención al hecho objetivo del vencimiento, con independencia del concepto de culpa, pero ello no implica la no existencia de la responsabilidad puramente civil derivada de esta condena objetiva y ésta solo puede ser catalogada y determinada de acuerdo y con base en las normas del derecho civil, lo que conduce a la consideración de que las costas procesales no son más que obligaciones civiles de carácter legal. Y como un complemento de lo anterior, sostenemos que no obstante el contenido de la obligación en sí de pagar las costas procesales, no es válido o lícito el pacto que antes del litigio pudieren haber celebrado las partes litigantes relativo a no pagar costas procesales o quedar eximido de las mismas con vista a un futuro proceso, porque la ley procesal, como ya antes se expuso, es la fuente de las costas, no es supletoria de la voluntad de las partes y en este campo no tiene incidencia el principio de la autonomía de la voluntad. Las partes no pueden anticipadamente modificar la eficacia jurídica de una decisión judicial y tal criterio también es extensivo al pacto anticipado al litigio de pagar las costas procesales en caso -

de resultar absuelto de pagar las mismas. Tales pactos carecen de validez y no son obligatorios a los signatarios ni pueden tener - respetabilidad legal. Sin embargo, en oposición a la postura últimamente mencionada se trae a cuentas al profesor Manuel De La Plaza (17), quien se expresa, así: "En relación con el problema de - la imposición de costas que en este apartado estudiamos, está también el relativo a determinar si es lícito fijar anticipadamente y por convenio quién ha de pechar con su pago en la hipótesis del litigio. La doctrina patria parece inclinarse a una solución afirmativa (últimamente Guasp y Gutiérrez Alviz), y es reiteradísima la jurisprudencia patria que así lo declara (Sentencia de 13 de - Abril de 1885, 9 de Marzo de 1892, 20 de Marzo de 1895, 13 de Febrero de 1911, 19 de Diciembre de 1927, 22 de Marzo de 1928 y 7 de Diciembre de 1942). En esta última, por todos, se dice que, si se mejante pacto no es admisible, cuando la ley regula la imposición, porque no cabe reputar válido el que contradiga o de alguna manera modifique la solución legal, no existe obstáculo, en los demás casos, para estimar válida la estipulación en cuya virtud un contratante asume la responsabilidad de satisfacer los gastos judiciales en caso de incumplimiento o cumplimiento inadecuado de obligaciones contraídas, estipulación —se añade— que vincula a las - partes y, planteada la contienda, el juzgador, que al no tenerlo en cuenta, infringe los artículos 1255, 1278 y 1091 del Código Civil".

Aunque la doctrina citada no deja de tener cierta fuerza de convicción, parece difícil de concertar la viabili--

dad de ese pacto con el principio de autoridad del juez y con la concepción de las costas como título constitutivo que por obra su ya y solo en consideración al resultado del proceso puede tener eficacia. A lo que se agrega, en un aspecto crítico, que la invocación de preceptos legales del derecho privado no puede tener eficacia jurídica que altere una institución de carácter procesal como son las costas, en virtud del carácter publicista del derecho procesal. Además, resulta absurdo que al no existir el título constitutivo de la obligación de pagar las costas, en el supuesto de una sentencia absolutoria, se pueda reclamar a través de un proceso ordinario invocando pacto de sometimiento a la satisfacción de las costas aun cuando no hubiere condena a las mismas, ya que se reclamaría la actualización de una institución procesal cu yo contenido no se concretizó a la vida jurídica.

Es indudable que las partes litigantes tienen que incurrir en una serie de gastos cuando están involucradas en un proceso civil, sin embargo, en esa compleja trama no todos los gastos deben ser considerados como costas. Ya antes se ha expresado que la calificación de gastos necesarios son los únicos que entran en la comprensión del concepto y éstos están expresamente determinados por la ley, en su objetividad y en su cuantía, la cual no depende de las partes aunque estén conscientes de su monto, que efectiva o realmente sea exacto y cierto.

En legislaciones foráneas (18) son gastos reembolsables, o sea costas procesales estrictamente, los que se citan para efectos netamente comparativos: El valor del papel sella

do y timbres fiscales, los honorarios del abogado director, de los notarios, procuradores, expertos o peritos, depositarios e interventores, los causados por embargos, despachos, edictos, publicaciones, certificaciones, inventarios, las inscripciones en los registros y la indemnización a los testigos por el tiempo que hubieren invertido y los gastos de viaje. Las diligencias judiciales no causan gastos a menos que sean por motivo de viaje, pago de vehículos, de transporte o de comunicaciones; compra de sustancias para la averiguación de un hecho tratándose de un peritaje. Ahora bien, la legislación salvadoreña considera como gastos del proceso reembolsables o costas procesales, los siguientes: Art. 1257 - Pr. C., "Cuando haya condenación en costas, se entienden que son las procesales, sin que se comprendan las personales, sino cuando se mandan resarcir los daños y perjuicios. En las procesales sólo se pagan las que la parte victoriosa cubrió o debió cubrir con arreglo a arancel, pero no cuando nada ha erogado, como cuando ella misma hace sus escritos o se los han formado de gracia. Se presume de derecho que la parte ha formado sus escritos o que se los han hecho de gracia, siempre que no conste en ellos la firma del abogado que los ha firmado y la suma que ha devengado por ellos. Si la parte fuere abogado y dirigiere por sí el juicio, tendrá derecho para cobrar sus honorarios conforme a arancel".

La letra del artículo transcrito contiene la garantía para la parte condenada en costas, en un claro sentido de la equidad de no estar obligada al pago de costas cuando la parte victoriosa no hizo gasto alguno en el juicio. De manera que la e-

fectividad para el cobro de las costas procesales, no obstante su declaratoria judicial, estará supeditada a la condición de haberse materializado un gasto y el ejemplo que a continuación cita dicho artículo persiste en su vigencia no obstante la reforma del artículo 104 Pr., C., que exige la firma de abogado director para toda petición en juicio o diligencias escritas, reforma que, dicho sea de paso, no es más que la exposición restringida de la condición del legislador salvadoreño, quien parece más imbuído en su desideratum político que no en la técnica legislativa que debiera impregnar todo su hacer. Así, la redacción de la reforma citada es incompleta y peca por falta de precisión, porque en juicio y diligencias escritas hay peticiones formuladas por el propio funcionario judicial, por ejemplo, en el caso de la acumulación de autos, que no pueden llevar jamás firma de abogado director; y, otro caso, sería el que la práctica judicial restringe de hecho suministrado por la disposición legal que permite o concede la facultad a las partes litigantes de cusar rebeldías de palabra, usando del procedimiento oral. De lo dicho se infiere que no es tan cierto - que toda petición en juicio y diligencias escritas tengan que llevar firma de abogado director, sin embargo, no debe considerarse que la primera circunstancia sea una situación excepcional al artículo 104 Pr., C., puesto que no reúne los requisitos como tal y, además, la intención del legislador sólo era referirse a las peticiones formuladas por escrito por las partes litigantes, conclusión a que se arriba cuando se estudia la historia de la reforma.

Concluída la digresión anterior, volvemos a la cuestión mencionada, que el ejemplo citado por el Código está vigente y no derogado por el Art. 104 Pr., C., reformado. Véase, que de conformidad al artículo citado toda petición hecha por las partes, por escrito, es necesario que lleve el requisito de la firma y sello de abogado director para que el tribunal se vea obligado a proveer necesariamente, sobre todo si la petición está fundada legalmente, y para que se considere la misma en el rubro de las costas es indispensable que se exprese en dicho escrito o que se haga constar en el mismo que aquél profesional del derecho ha devengado honorarios por la dirección, constancia que la práctica admite que se haga utilizando los términos "Honorarios de ley, juró". De no aparecer esta expresión, tal dirección profesional se entiende ha sido dada de gratis y entonces no se causan costas de conformidad al Arancel Judicial.

Por la íntima relación que guarda la Ley del Arancel Judicial, de fecha catorce de marzo de mil novecientos seis, con la cuestión de las costas procesales, vamos a hacer una breve alusión a la misma. Ya se expresó algo acerca de la impropiedad en la denominación debido a que en dicho cuerpo legal se contemplan también disposiciones para la fijación de los honorarios devengados por los notarios, quienes desde luego no practican ninguna actividad judicial de carácter contencioso en el ejercicio del notariado.

El contenido de los Títulos I, "De las disposiciones preliminares"; II, Sección Primera, "De los derechos de ac

tuación de ciertos funcionarios judiciales; Sección Segunda, asuntos criminales; Sección Tercera, derechos de actuación de los jueces de paz; Sección Cuarta, disposiciones comunes a las tres secciones anteriores", se refiere a la fijación y tasación de honorarios devengados por las oficinas y dependencias del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo, hoy Organos; los honorarios de los Jueces de Paz en asuntos civiles y criminales; de los magistrados suplentes y conjueces; de los árbitros y arbitradores y de los secretarios de actuación, así como al tiempo en que tales honorarios deben ser cobrados. Tales disposiciones, a excepción de la relativa a honorarios de los árbitros y arbitradores, contenidas en los títulos mencionados, están tácitamente derogadas por la Constitución Política que establece el principio de la gratuidad en la administración de justicia y, además, porque tales derechos de oficina y honorarios de jueces, magistrados y secretarios son pagados por el Estado. De manera que la parte relativa a estos derechos de oficina y honorarios de funcionarios judiciales, que también menciona el artículo 1257 Pr., C., está tácitamente derogada.

El artículo veinte del Título III de la citada ley, establece una garantía a favor de la parte obligada al pago de las costas procesales, en el sentido de que no puede ser constreñida a pagar más de la cantidad tasada por el Arancel Judicial, no encontrándose sujeta al pacto sobre honorarios profesionales - que hubiese celebrado la parte victoriosa con su correspondiente abogado o procurador, pacto que bien pudiese exceder en su cuantía a la tarifa del arancel. Las restantes disposiciones de este

Título fijan los honorarios a devengarse por la dirección profesional y facturación de escritos en toda clase de negocios, ya sea del orden civil, penal o contencioso-administrativo, así como los honorarios por tiempo de trabajo para el arreglo o discusión de un asunto no iniciado judicialmente (Art. 30 L., del Arancel Judicial), o en caso de arreglo o transacción. En cambio, el artículo siguiente regula lo relativo a honorarios por consultas oficiales, cobrándose la vista del asunto, o sea el expediente, y el dictamen a emitirse. Estos honorarios también son considerados como costas procesales, pues, son gastos necesarios para la prosecución del proceso.

El título IV, "DE los Procuradores", establece los honorarios que se devengarán por el profesional del derecho que interviene en cualquier proceso o procedimiento como mandatario judicial del interesado en el negocio o asunto judicial, lo que implica, a diferencia de la dirección del abogado, una actividad de mayor envergadura que está compuesta o integrada de gestiones judiciales efectivas para la prosecución del litigio, sin embargo, el legislador no estableció una justa proporción en los honorarios, pues, asignó mayor cuantía a la dirección del abogado, quien no está obligado a intervenir en el proceso, y no al procurador apersonado en el pleito, quien se obliga a ejecutar una actividad determinante e importante en el proceso.

El Título VI contiene varias secciones, referidas a los derechos de los peritos, curadores especiales, depositarios, ejecutores de embargos, pregoneros y mozos de servicio. Como

en los tribunales de la república laboran únicamente personas con nombramientos del respectivo funcionario judicial y por consiguiente son pagados sus sueldos con fondos propios del Estado, no cabe considerar aplicables las disposiciones relativas a honorarios por pregoneros y de los mozos de servicio. Tratándose de pregones en remates judiciales éstos son verificados por empleados adscritos al tribunal y todo comparendo, como especie de acto de documentación, es verificado por el secretario de actuaciones o el secretario notificador, pero en la práctica judicial se liquidan honorarios por pregoneros.

En el Título VII, "Disposiciones Generales", el artículo sesenta del Arancel Judicial regula la forma procesal para solicitar del funcionario judicial competente la tasación o de terminación de la cuantía, que en concepto de costas judiciales se tiene derecho a reclamar. Semejante disposición, por técnica procesal debió estar consignada en el Código de Procedimientos Civiles, pero la razón de tal anomalía obedece a que la citada ley fue promulgada con posterioridad al Código en vigencia; e indiscutiblemente, por la indiferencia del legislador salvadoreño para acoger las modernas corrientes del derecho procesal y la carencia de nociones sobre técnica procesal no se ha contemplado una reforma adecuada. Aquí es conveniente consignar una atinada observación con relación al artículo 1257 Pr., C., y consiste en que el Código de Procedimientos no es el cuerpo adecuado para consignar lo que debe entenderse por costas, las que deben estar contempladas o reguladas en la Ley del Arancel de Costas y Honorarios de Cartu

lación. Para obtener la tasación de las costas es necesario que se presente, junto con la solicitud que inicia el procedimiento, una planilla que contenga todas las costas procesales a que fue condenada a pagar la parte vencida en la contienda, entendiéndose por tales —según aparece en la citada ley— "las comprendidas en el inciso segundo del artículo 1257 Pr., C., ya transcrito, y, además, los derechos que corresponden a los jueces ejecutores de embargos, pregoneros, valor de los avisos judiciales, indemnización de testigos, etcétera". De manera que al relacionar y analizar tales disposiciones se concluye en que su enunciado no es taxativo, no obstante su forma imperativa, pues, el artículo 60 del Arancel Judicial complementa el artículo 1257 Pr. C., así, si se considera necesario para el proceso el cumplimentar un decreto de embargo, publicar un aviso judicial e indemnizar algún testigo, estos gastos, sin duda alguna también son costas procesales. La palabra "etcétera" con que remata el párrafo primero del artículo últimamente citado de la Ley del Arancel Judicial, implica que existen otros gastos de igual entidad que los primeros mencionados y que se entiende también son costas procesales, por ejemplo, los derechos que se pagan al solicitar información al Registro de la Propiedad Raíz acerca de la situación jurídica de un inmueble a subastarse, los derechos que se pagan por una anotación preventiva, los derechos pagados para la legalización de firmas en documentos emanados del extranjero, la suma pagada por la adquisición o el arriendo de sustancias o aparatos indispensables para que los peritos emitan un dictamen; y, para terminar, el pago del impuesto in

directo, alcabala y los impuestos fiscales y municipales en los casos de venta en pública subasta. Si bien es cierto que la declaración de un testigo es necesario que sea vertida en juicio, sobre todo cuando hace fe, debido a que si éste está en posesión de una verdad que ha de motivar una decisión judicial, el testigo debe entonces cumplir con un deber cívico y ético al mismo tiempo, luego parece más adecuada la consideración de que la indemnización que se le pague no sean costas procesales sino costas personales. No es aconsejable dentro de una buena técnica legislativa utilizar vocablos o términos de un amplio contenido genérico como es el caso del "etcétera" con que se concluye el artículo relacionado.

Visto lo anterior, veamos ahora el concepto jurídico de costas procesales. El Diccionario de Derecho Procesal Civil, obra del Licenciado Eduardo Pallarés (19), define las costas procesales, así: "Por costas se entienden los gastos que es necesario hacer para iniciar, tramitar y concluir un juicio. Han de tener una relación directa con el proceso, de tal manera que sin ellos no pueda éste legalmente concluirse".

Por su parte, el conocido y destacado abogado salvadoreño, doctor René Padilla y Velasco, padre, en su tesis de doctorado que lleva el título de "Apuntes de Derecho Procesal Civil Salvadoreño" (20), dice: "Las costas son los gastos que una parte está obligada a pagar a otra en virtud de la relación jurídico-procesal; mientras que los honorarios de los abogados, cuando éstos los demandan de sus clientes, son obligaciones que provienen de una relación puramente civil, o sea el contrato de mandato!"

Y, como conclusión a las definiciones sobre las costas, la última: "Costas procesales, son los gastos pecuniarios necesarios para ejercitar el derecho de acción o para exceptuarse del mismo, a los que está obligado a reembolsar, conforme a arancel, la parte que específicamente resultare condenada a pagarlos o que los hubiere causado". Esta última definición hace énfasis en que no todo gasto, tenga o no relación directa o inmediata con el proceso, va a ser reembolsado, así, por ejemplo, el gasto de tiempo necesario para asistir a una audiencia del proceso es algo necesario para el fin del mismo, pero no reducible a tarifa pecuniaria.

En nuestro sistema procesal los casos de la condena en costas, se reducen a los siguientes: 1º.- Cuando el actor o demandante no prueba su acción; 2º.- Cuando el actor abandonare su acción; 3º.- Cuando el reo no prueba su excepción; 4º.- Cuando el demandado sea condenado en lo principal; y, 5º.- Cuando el reo sea declarado contumaz y el actor, por su parte, prueba su acción. En todos estos casos, quienes deben pagar las costas son las partes, en sentido material, no sus apoderados o representantes en el juicio; es decir, el poderdante, tampoco el curador del interdicto ni el representante legal de la persona jurídica están obligados al pago. Sin embargo, nuestra legislación contempla estas otras situaciones de cuando las costas son pagadas por elementos distintos a las partes: a) Cuando se interpone recurso de Casación y se declara no haber lugar al recurso, de conformidad al artículo 23 de la Ley de Casación se condenará al abogado que firmó el

escrito al pago de las costas procesales, y al recurrente al pago de los daños y perjuicios a que hubiere lugar; b) De conformidad al artículo 958 Pr. C., las Corporaciones o Instituciones oficiales, que según el artículo citado gozan del beneficio de pobreza sin necesidad de previa declaratoria judicial, serán o no condenadas al pago de las costas, daños y perjuicios según las reglas generales, pero si la demanda o la oposición fuesen notoriamente injustas a juicio del juez o tribunal que pronuncie la sentencia, se dejará a aquéllos su derecho a salvo para que puedan reclamar contra las personas que hubieren acordado o autorizado la promoción o aceptación del litigio. Tal regla es aplicable también a todas las Instituciones autónomas o semiautónomas del Estado, lo mismo que al Ministerio Público y al Estado, sólo que la condena en costas, daños y perjuicios dictada en contra de éste o aquéllas es ilusorio hacerla efectiva de conformidad a cierto famoso decreto - vigente en nuestro medio que constituye una aberrante creación legislativa.

Como tiene relación con lo tratado, cítase nuevamente a Pallarés (21), quien dice: "El representante de la parte puede ser condenado cuando, por su dolo o culpa, se hayan causado las costas, porque nadie puede aprovecharse de su propio dolo y se es responsable de los actos culposos", responsabilidad - que sólo puede reclamarse mediante el procedimiento legal adecuado, invocando exceso o incumplimiento del mandato conferido; y, c) Es el caso cuando se procede a la reposición de un proceso por la culpa del funcionario judicial; lo mismo ocurre en el caso de co-

meterse el delito de prevaricato al dictarse una sentencia ilegal, si ésta lo hubiere sido por interés personal o por soborno. Nada más lógico y justo. Si la reposición del proceso es factible, el funcionario judicial pagará solo las costas, de lo contrario, pagará éstas y además los daños y perjuicios como lo dispone el artículo 1095 Pr. C., en su parte final.

Para hacer efectiva la condena en costas, según el procedimiento prescrito por la Ley del Arancel Judicial en los artículos 59, 60 y 62 es necesario que la parte victoriosa promueva diligencias judiciales ante el mismo funcionario que pronunció la sentencia ejecutoriada, solicitando el visto bueno de la planilla de costas, y el tribunal para visarla podrá pedir a los tribunales inferiores las piezas que no tuviere a la vista (situación que pareciere una avocación a juicios no pendientes en el tribunal que hace esa solicitud, pero que no viene al caso discutir). Se debe oír previamente por tercero día a la parte obligada al pago de las costas y con su contestación o sin ella, el tribunal pondrá el Vº Bº a la planilla presentada, reduciendo a su valor legal aquellas de las partidas en que hubiere honorarios o derechos en forma excesiva, o sea, más allá de lo tasado en la ley. Obtenida la visación de la planilla de costas el titular de las mismas podrá reclamar ejecutivamente a la parte que las ha causado, y también contra la contraria, si se presentare aneja a la certificación de la sentencia ejecutoriada que contiene la condena específica al pago. Es necesario hacer constar que en el procedimiento de visación de una planilla de costas no es permisible más recur-

so que el de responsabilidad, pero considero aceptable que en el caso de un error de cifras o números se pueda solicitar su rectificación o enmienda, ya que a mi criterio tal petición no involucra un recurso.

Cuando fueren varias las partes, en sentido material, las costas procesales deberán ser pagadas a prorrata entre los varios colitigantes vencidos y no en forma solidaria (22), pero en el caso de que uno de ellos pague la totalidad de las costas, indiscutiblemente que se subrogará en los derechos del victorioso para reclamar a los restantes el pago del exceso a su cuota debida. La situación de los litisconsorte se encuentra contemplada en la base de que actúan independientemente; consideración hecha por la doctrina y la legislación comparada y por consiguiente la condena en costas se reparte entre todos por cabeza, a menos que la ley estatuya expresamente la solidaridad pasiva, como sucede en la Argentina y en la República de Guatemala (23). Tratándose de la situación contraria, en la hipótesis de que uno solo de los litisconsorte sea el que haya hecho las expensas necesarias para el litigio y los otros demandados hayan adoptado una actitud pasiva, resulta evidente, si el actor que les demandó no prueba su acción y es condenado al pago de las costas, todos los litisconsortes demandados tendrán derecho a reclamar el pago de éstas, pero como solo uno de ellos asumió la carga económica para hacer triunfar la tesis de la defensa, es decir, se hizo cargo de manejar el negocio judicial del pleito en el que todos estaban interesados, en un claro concepto de la equidad, en la consideración de un ges

tor de negocios podrá reclamarles a los codemandados, en la proporción necesaria, el resarcimiento en los gastos hechos con ocasión del juicio y que corrieron o fueron pagados por su sola cuenta.

Ya que se menciona la parte relativa a la forma en que se hace efectiva la condena en costas, véase la problemática que presenta el siguiente caso: Supóngase que el acreedor demanda únicamente a su deudor principal más no a su fiador, con el resultado de que la sentencia condena a aquél al pago de lo principal y a las costas procesales. Si resultare al final del proceso, o mejor dicho, en la etapa de la ejecución de la sentencia que el deudor principal es totalmente insolvente, no importando el porqué ¿Podrá el acreedor demandar al fiador exigiéndole el pago de lo principal y las costas a que fue condenado su fiado? El acreedor solamente podrá exigir del fiador el pago de la obligación principal, pero no podrá hacerle ninguna reclamación de costas a que fue condenado el fiado porque en el juicio incoado contra el afianzado no fue parte oída y vencida y por consiguiente los efectos económicos y accesorios de la sentencia no le afectan. De manera que en el caso de ser demandado el fiador para el pago de las costas a que ha sido condenado el deudor principal, podrá el fiador alegar inoponibilidad de la acción misma, únicamente en cuanto a éstas, porque en cuanto a su situación del cumplimiento de la obligación principal, ésta es inobjetable.

La legislación salvadoreña, en lo relativo a la condena en costas, está consagrando la autoridad de la tercera de las teorías expuestas que fundamentan la institución en estu-

dio. En nuestro medio basta el hecho objetivo de la condena en lo principal, el fracaso o deserción de la acción para que se pronuncie aquella condena, principio que no permite la aplicación más que de un criterio objetivo y no subjetivo y, excepcionalmente se entrará a la consideración de un criterio de tal naturaleza y consagrado en la ley, en lo relativo a la condena accesoria de los daños y perjuicios a que también se refiere la letra del artículo 439 Pr., C., ya citado, y que no es más que una sanción especial como acertadamente lo expresa el profesor Ricardo Reimundin (24), que se impone al litigante que obra temerariamente y de forma patente e indubitable, como dice nuestra legislación "maliciosamente", o bien, cuando la demanda es inepta. Aunque en la actualidad es discutible la existencia de malicia en una demanda calificada de inepta por una sentencia definitiva, puesto que la ineptitud, en principio obedece a la carencia o equivocación de conocimientos elementales de carácter técnico jurídico, pero no a mala fe que consiste en la conciencia, en el actuar a sabiendas, de una injusticia, de un no tener razón en forma dolosa; pero, siendo la demanda el instrumento adecuado y eficaz para ejercitar el derecho de acción, ésta sólo puede ser elaborada por un profesional del derecho, tal vez con la mejor de las intenciones y con sanidad pero con un concepto equivocado o erróneo en materia legal, sin embargo, la ley no discrimina y puede que, con mucha razón, califique o presuma malicia en el resultado de alguien que está obligado a conocer la vivencia de los casos jurídicos con exactitud técnica y a conciencia. Siguiendo los lineamientos ya reconocidos ,

tratándose de la condena en daños y perjuicios en los casos de malicia o de una demanda inepta, naturalmente que se aplicará un total criterio subjetivo, pues, así es la naturaleza del elemento que condiciona esta particular clase de condena.

Se deduce entonces que la condena en costas procesales es algo completamente distinto de la condena en daños y perjuicios; la primera condena puede existir sin que se pronuncie la segunda y le podríamos denominar responsabilidad normal por el simple hecho del vencimiento (criterio objetivo); en cambio, a la otra condena, responsabilidad agravada de la parte vencida que ha actuado en el proceso con evidente mala fe o culpa grave (aplicación del criterio subjetivo). Los daños y perjuicios de que trata la ley como un tipo especial de condena, no son los mismos que se mencionan en los artículos 1426 al 1430 C. C., que regulan los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento de las obligaciones y que tienen carácter extra-procesal a diferencia de los primeros mencionados y que están plasmados en el daño emergente y el lucro cesante que la parte acreedora soporta en su patrimonio directa o indirectamente a consecuencia del incumplimiento culpable del deudor en la obligación convenida. Los daños y perjuicios como condena especial en materia procesal, establecidos fehacientemente pueden ser determinados en la sentencia que resuelve la questión principal señalándose su cuantía sin necesidad de visación de planilla alguna. En el caso de que se haya dictado condena en abstracto de daños y perjuicios, se tendrá que promover por separado el correspondiente proceso que determinan los artículos 960

al 963 del Código de Procedimientos Civiles.

Finalmente, no hay duda alguna en cuanto a que las costas constituyen una obligación procesal cuyo título constitutivo se origina en la sentencia, de ahí que puedan cobrarse por la vía ejecutiva y, como ya se dijo, la sentencia que contiene la condena especial de costas posee, en este sentido, carácter de - constitutiva al mismo tiempo que de condena. Se afirma lo anterior por cuanto la sentencia que comprende la condena especial de costas no precisamente declara un derecho preexistente, sino que, en el momento mismo de dictarse —jurídicamente, se entiende— constituye un derecho provisto, concomitantemente, de ejecutoriedad. De acuerdo a la anterior doctrina se tiene que, es procesalmente inadecuado el que la citada ley del Arancel Judicial en su artículo 61 atribuya fuerza ejecutiva a la planilla de costas debidamente visada por la autoridad judicial, puesto que este acto judicial tiene por objeto llenar el requisito de la acción ejecutiva, que es la determinación o liquidación de la obligación a reclamarse, pero lo que da vida jurídica a la citada obligación de pagar las costas procesales no es más que la sentencia y entonces sólo debiera atribuírsele fuerza ejecutiva a la ejecutoria extendida del título constitutivo de la obligación del pago de las costas procesales, debiéndose anexar a la demanda las diligencias de visación de planilla, porque en éstas se ha reducido a términos concretos aquélla condena en abstracto, es decir, estas diligencias existen en función de la sentencia de condena y no al revés.

---

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- 1 .- Tratado de Política Laboral y Social. Tomo I, pág., 13. 3ª E edición. Guillermo Cabanellas De Torres-Luis Alcalá Zamora y Castillo. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina. (1982).
- 2 .- Derecho Procesal Civil. Tomo I, pág., 262. Mario Aguirre Godoy. Editorial Universitaria de Guatemala (1973).
- 3 .- Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo XI, pág., 20. Luis Claro Solar. Imprenta Nascimento. Santiago de Chile (1937).
- 4 .- Apuntes de Derecho Procesal Civil. Ricardo Mena Valenzuela . Cátedra de 1958.
- 5 .- Ibid., tomo I, pág., 830. Mario Aguirre Godoy.
- 6 .- Ibid., tomo I, pág., 831. Mario Aguirre Godoy.
- 7 .- Derecho Procesal. Tomo I, pág., 389. Jaime Guasp. (1961).
- 8 .- Derecho Procesal. Tomo I, págs., 481-482. Leo Rosemberg.
- 9 .- Ibid. Tomo I, pág., 589. Jaime Guasp.
- 10.- Ibid., pág. 589. Tomo I. Jaime Guasp.
- 11.- Derecho Procesal. Tomo II, pág., 701. Prieto Castro. España. (1965).
- 12.- Ibid., páginas 832-835. Mario Aguirre Godoy.
- 13.- Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo III, pág., 355, Giuseppe Chiovenda.
- 14.- Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II, págs., 11 y 112. Francesco Carnelutti.
- 15.- Ibid., pág., 835. Mario Aguirre Godoy.
- 16.- Ibid., págs., 838, 839, 840 y 841. Mario Aguirre Godoy.
- 17.- Guía de estudios sobre Derecho Procesal Civil II, pág., 4, Dr. Francisco Arrieta Gallegos. Publicación de la Facultad de Derecho (1976).
- 18.- Ibid., pág., 830. Mario Aguirre Godoy.
- 19.- Diccionario de Derecho Procesal Civil, pág., 192. Eduardo Pa

llarés. Editorial Porrúa, S.A. México (1966).

- 20.- Apuntes de Derecho Procesal Civil Salvadoreño. Tomo I., página 210. René Padilla y Velasco p., Editorial Universitaria, (1949).
- 21.- Ibid., pág., 193. Eduardo Pallarés.
- 22.- Ibid., Tomo I, pág., 847. Mario Aguirre Godoy.
- 23.- Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo III. Pág., 562-563. Hugo Alsina. Buenos Aires, Argentina.
- 24.- Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág., 248 y sigts. Ricardo Reimundín. Buenos Aires, Argentina.

## C A P I T U L O     I I I

GARANTIA DEL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES.- LA FIANZA Y SU DESARROLLO EN MATERIA CIVIL.- LA NATURALEZA DE LA FIANZA EN MATERIA PROCESAL CIVIL COMO MEDIO DE ASEGURAR EL PAGO DE LA CONDENA EN COSTAS.-

Como antecedente al presente capítulo y al siguiente —procurando conservar la lógica secuencia en la exposición— se han vertido acotaciones sobre la naturaleza de la institución denominada costas procesales y se arribó a la conclusión de que en las mismas sólo existen, en definitiva, intereses pecuniarios; se les identificó plenamente como compensaciones de índole económica que surgen con motivo o a consecuencia de un proceso. Los gastos necesarios que hacen las partes y que deben satisfacer por la promoción de un procedimiento judicial una vez inconcusa la fuente inmediata o material de que dimanen, constituyen un derecho de crédito para la parte victoriosa y un pasivo para el vencido y condenado al pago consiguiente y esta afirmación nos proyecta a la conexión con el problema jurídico práctico de la efectividad o de la certeza que tal obligación —reembolsar los gastos judiciales— será realmente cumplida por el obligado y percibida efectivamente por la parte victoriosa en el litigio. Es incuestionable que la obligación a que se viene haciendo referencia es una consecuencia contenida implícitamente en la norma procesal que el juzgador aplicó al caso concreto, de manera que su satisfacción es realmente un problema objetivo de igual naturaleza al caso principal cuestionado y por ende, su imperiosa realización -

está en el orden de darle sentido y fin, no solo al proceso, sino que también al derecho. Considerando, que si la institución de las costas procesales está íntimamente ligada a la institución de la sentencia judicial y del proceso mismo, no debe extrañarnos esta concatenación porque todas las instituciones de un ordenamiento jurídico o regimen jurídico procesal se entrecruzan o imbrican mutuamente formando un todo organizado y lógico, de ahí que relacionemos la seguridad en el pago de las costas procesales con la institución denominada fianza de costas, vigente en nuestro sistema procedimentalista. Pero ¿Existirá alguna diferencia formal o material entre la fianza para asegurar el pago de las costas procesales y el contrato accesorio, regulado por el derecho civil, denominado simplemente fianza? Se debe sistematizar la exposición para contestar tal interrogante, por ello es necesario hacer referencia en forma somera al contrato de fianza en materia civil y , luego hacer las consideraciones pertinentes de los efectos o consecuencias de la fianza en materia procesal, ya que aquéllos están inextricablemente enlazados con el fin de las normas procesivas, o sea, con el propósito de las mismas. Esta indagación nos permitirá vislumbrar la filosofía que inspira la institución de la fianza procesal que tiende a garantizar la efectividad del pago de las costas procesales, que en un plano de estricta identificación no es más que la fianza que debe rendir el actor a quien la autoridad judicial le ha ordenado en el proceso que cumpla con tal obligación, alejándonos así de la concepción de cualesquier otra fianza que se otorga en casos y fines distintos.

Históricamente las garantías personales se desarrollaron primeramente. En efecto, en las sociedades poco desarrolladas, en las que las relaciones de negocios estaban restringidas, frecuentemente al círculo de las familias componentes del grupo, o de la tribu, era natural recurrir a las garantías personales y ello en razón de que, primeramente, conociendo el acreedor al deudor y a los fiadores ofrecidos podía juzgar de su solvencia y de la confianza que merecían. En segundo lugar, porque siendo la solidaridad familiar muy grande, fácilmente se encontraban fiadores (1).

Con el tiempo desapareció la preponderancia de las garantías personales y se buscaron otras garantías de mayor seguridad, las garantías reales.

En oposición a las garantías reales, que hacen residir la seguridad del acreedor en la afectación de un bien en garantía de un crédito, las garantías personales residían su seguridad en la pluralidad de los deudores y esta condición se realizó en varias formas: La solidaridad, la indivisibilidad, la delegación imperfecta. Sin embargo, solamente nos limitaremos al estudio de la fianza que es el tipo de las garantías personales.

¿Qué es la fianza en términos generales? (2) Desde el principio importa prevenir una confusión, que puede originarse o derivarse de la "caución" consistente en dinero o valores muebles entregados en garantía del cumplimiento de obligaciones, ya que en el idioma Francés y en el lenguaje corriente se le denomina fianza, pero que de ninguna manera es una fianza, aunque ge-

nere garantía o seguridad. La fianza, en el verdadero sentido de la palabra, es el contrato accesorio por medio del cual una persona, llamada fiador, se compromete en favor del acreedor de una obligación determinada, a cumplir ésta, si el deudor principal no la cumple por sí mismo.

La fianza puede tener tres fuentes (3):

a) La convención en la que se acuerda de parte del deudor a presentar la fianza que el acreedor le solicita en la negociación;

b) La disposición legal que establece los casos en que debe rendirse, pero sin que medie decisión judicial;

c) La sentencia por la cual el tribunal prevé que el litigante deberá otorgar una fianza. Por ejemplo, cuando el juez ordena el cumplimiento provisional de una resolución, a pesar de haber sido recurrida, caso que normalmente existe en nuestra legislación.

Indudable es que, según los casos, la obligación de otorgar la fianza proviene de la convención, de la ley o de una decisión judicial, pero cualquiera que sea la fuente de la obligación impuesta al deudor principal, de otorgar aquélla, la obligación de los fiadores siempre es de naturaleza convencional. Si el fiador se obliga en favor del obligado a rendir fianza, se debe a que ha aceptado ser fiador; la fuente de su obligación es convencional, pues, entra en juego su propia voluntad.

Para nuestro objetivo, es conveniente recordar los caracteres del contrato de fianza para un mejor enfoque de re

lación. La fianza es un contrato consensual, pues, no está sometido a ninguna formalidad, ni de redacción, ni de prueba, esto en el campo estrictamente civil. Sí, es preciso que haya una manifestación expresa de parte del fiador para obligarse, ya que su voluntad de obligarse debe resultar claramente del acto, lo que indica, lógicamente, que la constitución de la fianza no puede presumirse jamás.

La fianza es un contrato unilateral. Únicamente el fiador se obliga para con el acreedor principal, soslayando, por ser innecesario discutir, el caso de la fianza en que media remuneración para el fiador por el servicio prestado.

Y, finalmente, como tercera característica se dice que la fianza es un contrato gratuito o de beneficencia, carácter que debe tomarse con la reserva del caso tratándose de las fianzas que otorgan las instituciones del sistema bancario. Pero, en cuanto a relaciones en la esfera de lo civil esta gratuidad indiscutiblemente que pertenece a la naturaleza de la fianza.

En el plano de la consición que desarrollamos, enfoquemos ahora las condiciones del contrato de fianza:

I) Se necesita que exista una obligación susceptible de ser afianzada, no propia del fiador sino ajena, puesto que la obligación de éste es accesoria y existirá solamente si la obligación principal es válida. A guisa de ampliación, se dice: Que para la formación del contrato de fianza es necesario, pues, que la obligación principal sea o permita ser afianzada. En principio toda obligación puede ser afianzada, ya que poco importa

que se trate de una obligación a plazo, condicional o eventual. En estos casos la obligación del fiador adquiere las mismas modalidades que la obligación principal; y, finalmente, como dato curioso, debe consignarse que no existe ningún impedimento legal para que la obligación del fiador, a su vez, sea afianzada.

II) Como segunda condición, los autores mencionan la existencia de un fiador que reúna ciertos requisitos (4), tales como: a) Capacidad para obligarse. O sea, que sólo el individuo capaz de contraer obligaciones válidas puede ser fiador; así, no lo podrá ser un menor o un demente; b) El fiador debe ser solvente.

Los lineamientos anteriores a grandes rasgos nos permiten columbrar a la fianza como una auténtica garantía de que la obligación afianzada se va a cumplir para plena satisfacción del acreedor y, para ser más exactos, veámos cómo nuestra legislación civil define la fianza: "Una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte si el deudor principal no la cumple". Así definida la citada garantía encontramos que la seguridad del acreedor, reiteramos, consistirá en que éste va a tener afectado no únicamente el patrimonio del deudor principal, sino también el patrimonio del o los fiadores; o sea, en otros términos, que el acreedor también, en forma adicional, va a tener otro derecho de prenda general sobre el patrimonio del fiador o los fiadores.

Es también conveniente recordar que en la fian-

za, como garantía personal no se toma en consideración bienes determinados, pues, es un factor subjetivo y no objetivo o material el que influye en su estructuración y le imprime su carácter propio; además, que la misma es un contrato cualesquiera que sea su fuente.

Si relacionamos el concepto dado y los demás perfiles doctrinarios del contrato de fianza con los conceptos vertidos en el Capítulo precedente, es incuestionable afirmar que el contrato de fianza trasladado del campo del derecho civil al procesal cumple la finalidad que le es propia a su naturaleza; no se puede sostener, sin equivocarse lamentablemente, que sean instituciones distintas la fianza en materia civil y la fianza en materia procesal civil, pues, se trata de la misma figura contractual civil proyectando su funcionalidad en el campo procesal. Efectivamente, cuando el funcionario judicial ha prevenido al actor rendir fianza para garantía del pago de las costas procesales, daños y perjuicios, éste está constreñido a presentar en el juicio el contrato pertinente en el que conste que un tercero, ajeno a las partes en la relación jurídico-procesal, se constituye fiador o es garante de la satisfacción de las costas, daños y perjuicios en que pudiere ser condenado el fiado, que no es otro más que el actor. De manera que, igual que en la vida del campo civil, en materia procesal encontraremos: Un deudor principal, que de acuerdo a nuestro sistema procedimental, no es otro más que la parte actora proponente de una demanda; una obligación principal, futura o condicinnal, consistente en el pago o cumplimiento de la con

dena en costas, daños y perjuicios: y, el fiador, el tercero que contractualmente se obliga en forma adicional o accesoria a responder por la satisfacción plena de la obligación principal a que pudiere ser condenado el actor.

De lo anterior se puede deducir que la obligación impuesta al actor de rendir fianza está en función de garantizar el pago de las costas procesales, daños y perjuicios al demandado si resultare victorioso en el proceso; la exigencia de tal obligación procesal está en relación directa y teleológica con las costas procesales, daños y perjuicios, únicamente, no debiendo confundirse esta filosofía por la circunstancia de que el incidente de fianza paralice el proceso o retarde la discusión de la cuestión principal, sobre todo en materia civil, y, al grado que en el caso de la falta de cumplimiento o de acatamiento a lo ordenado perentoriamente por el juez, puede ocasionar la deserción de la acción con toda la secuela lamentable en perjuicio del actor como sanción a su falta de actividad procesal. El hecho de que se paralice momentáneamente el proceso mientras se desenvuelve o tramita el incidente de la fianza hasta culminar con el acto judicial de su aprobación, en su caso, cual si se tratara de la existencia de una excepción dilatoria (conforme a los lineamientos de la doctrina tradicional clásica), o la declaratoria de deserción de la acción cuando el actor no cumple con la obligación de afianzar, casi podría inducir a suponer la existencia de una excepción perentoria, pero la realidad es que se trata únicamente de cuestiones circunstanciales procesales, porque de acuerdo a la doctrina del

derecho procesal la facultad de peticionar a la autoridad judicial que conoce de una demanda para que el actor cumpla con la obligación que garantice el reembolso satisfactorio de los gastos judiciales, daños y perjuicios, por su definida estructura no reúne los elementos procesales que son propios de las excepciones dilatorias o perentorias, ni mucho menos se identifica en su finalidad procesal.

---

#### NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- 1 .- Derecho Civil. Garantías Accesorias, pág., 302. G. Marty. Traducción de José M<sup>a</sup> Cajica Jr. Publicaciones de la Universidad de Puebla, México (1952).
- 2 .- Ibid., pág., 303. G. Marty.
- 3 .- Ibid., pág., 305. G. Marty.
- 4 .- Ibid., pág., 307. G. Marty.

## C A P I T U L O IV.

MECANICA RESPECTO A LA PETICION DE RENDICION DE FIANZA; SU PROCE-  
DIBILIDAD; SU REALIZACION JURIDICO-PROCESAL Y LAS FORMAS SUSTITU-  
TIVAS DE LA OBLIGACION.

El desarrollo del presente Capítulo no es más -  
que la exégesis de los artículos 18 y 19 del Código de Procedimien-  
tos Civiles, los que transcribimos a continuación:

Art. 18.- "Todo demandante puede ser obligado, a  
petición del demandado, hecha al contestar la demanda, a dar fian-  
za de pagar las costas, daños y perjuicios en que pueda ser conde-  
nado. El que fuere pobre de solemnidad probada no estará obligado  
a dar la fianza indicada".

"Tampoco está obligado a rendirla: el actor en  
juicio ejecutivo; el que solicitare obtener el beneficio de pobre-  
za; el que demandare alimentos; y aquel o aquellos a quienes repre-  
sente en juicio el Procurador General de Pobres, por sí o por me-  
dio de sus Agentes Auxiliares".

Art. 19.- "El juez acordará la fianza con solo  
el pedimento de la parte interesada. El auto que acuerde la fian-  
za determinará la suma que ha de afianzarse, atendidas las circuns-  
tancias de las personas y el interés que se litiga. El que consig-  
ne la cantidad mandada afianzar o que pruebe sumariamente, con au-  
diencia de la parte contraria, poseer en el Estado bienes raíces,  
suficientes para cubrir la cantidad de la fianza, quedará absuel-  
to de ella".

"Los bienes deben estar libres de todo gravamen

o responsabilidad, y se presumirán tales mientras no se pruebe lo contrario".

"Presentada la fianza, se oirá dentro de tercero día a la parte contraria, y se abrirá a prueba el incidente - por ocho días, si fuere necesario, aprobándola o no dentro de los tres días siguientes".

"El juez suspenderá el juicio hasta que esté aprobada la fianza o absuelto el demandante de la obligación de dar la".

Al recapitular lo expresado en la parte que antecede, se puede afirmar que la obligación contraída por el fiador actuará cuando por parte del deudor principal haya incumplimiento, porque el fiador es quien garantizó al acreedor la seguridad de la prestación quebrantada. Esquemmatizada así la cuestión de la fianza en materia civil, desentrañemos el sentido del texto positivo y, nos preguntamos ¿Cuál es la obligación de la parte actora o demandante a que se refiere el artículo 18 Pr. C.,? Fijemos, ante todo, ciertos puntos: La fianza la hemos conceptuado como un contrato accesorio y, al mismo tiempo, como una obligación, la del fiador que contrajo el compromiso de cumplir con la obligación principal si el deudor principal no cumplía con ésta en su debido tiempo. O sea, el fiador contrajo una vinculación legal que supervive hasta el pago total de la obligación principal. ¿Será - ésto a lo que la ley se refiere? ¿Será que la disposición legal - está indicando que el actor se tendrá que obligar a sí mismo a ser fiador? No, porque de acuerdo a lo ya expuesto, jurídicamente una

persona no puede ser fiador de si mismo, ya que la característica de la fianza es garantizar una obligación ajena, de ahí la necesidad de distinguir el verdadero significado de los términos "dar fianza" y "fiar", pues, de lo contrario, la pésima redacción del artículo 18 Pr. C., inducirá o será motivo de equivocación. Así que, de acuerdo a los lineamientos que preceden, recordemos se indicó que tratándose de la fianza que regula la disposición legal en comento, el acreedor de la obligación principal era la parte demandada; el actor o demandante era el deudor principal; y las costas, daños y perjuicios, la obligación principal, futura y condicional que garantizaba el fiador, de manera que si el actor o demandante está obligado a garantizar las resultas del proceso se ha querido indicar que en esta cuestión estamos en presencia de una obligación legal, pero únicamente para el actor, ya que la obligación del fiador siempre es convencional y el vínculo contractual entre éste y el acreedor surgirá en el momento mismo en que aquél asuma la calidad de garante en la satisfacción de las resultas económicas del proceso.

La determinación precisa que deducimos en cuanto se afirma que la parte demandada es el acreedor de la obligación principal de pagar costas, daños y perjuicios, es desprendida del contenido del artículo 439 Pr. C., y sólo en los otros casos, indicados por la misma disposición, la parte reo pagará los resultados económicos a que se condena en la sentencia. La misma disposición citada está suministrando un elemento de la fianza en materia procesal, consistente en que la obligación de la parte ac

tora es eventual. Es necesario no confundirse, puesto que no estamos haciendo referencia a la obligación de rendir fianza en todos los casos contemplados por el Código de Procedimientos Civiles, si no únicamente a la que pide el reo al contestar la demanda, para que el actor garantice el pago de las costas, daños y perjuicios, realización jurídica que surgirá al darse las condiciones indicadas por el mencionado artículo 439 Pr. C., a las cuales está subordinada. De manera que, como corolario de lo anterior, débese anotar que esa obligación principal no es actual.

En razón de que la deficiente redacción del artículo 18 Pr. C., no nos ilustra en nada respecto a la obligación del fiador, reitérase sobre aspectos ya conocidos en abono a la exégesis en desarrollo: La obligación constitutiva de la fianza es la obligación propia del fiador más no del actor o demandante; su fuente remota es la ley y la vinculación entre el fiador y el acreedor es convencional, como ya se dejó expresado, pues, a nadie puede obligársele a constituirse en fiador contra su voluntad. Lo que sí es legal y forzoso es la obligación de la parte actora quien, en la circunstancia particular que indica la ley, está obligado a presentar en el proceso la fianza otorgada por un tercero que garantice el pago de las costas, daños y perjuicios en que pudiere salir condenado. Así se clarifica la ambigüedad contenida en la redacción de la disposición comentada quedando reducida a límites precisos (1).

En la prosecución de la investigación acerca del contenido de la obligación contraída por el fiador, tratándose de

la fianza a que se refiere el art. 18 Pr. C., encuéntrase que la obligación principal a garantizar con la fianza es, realmente, futura, y ello es incuestionable, porque al momento de iniciarse un proceso y en el de la contestación de la demanda, la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios no existe, ya que, se ha visto en el desarrollo del Capítulo I que la fuente inmediata de esta condena es la sentencia, acto procesal con que —posiblemente en la mayor parte de los casos — precluye el proceso. Otra de las cuestiones que caracteriza la obligación principal es lo incierto de la misma, porque ésta depende: 1º) De que la sentencia definitiva sea adversa al actor; 2º) De que éste haya actuado con malicia o haya abandonado su acción. Entonces, en presencia de este aspecto de lo incierto ¿Cómo es posible afianzar o garantizar una obligación principal que no ha nacido a la vida jurídica? La base o fundamento legal para ello se encuentra en el artículo 2090 C., que nos indica la posibilidad de afianzar una obligación futura, sólo que en esta situación el fiador podrá retractarse mientras la obligación principal no exista, quedando con todo responsable el fiador al acreedor y a terceros de buena fe, así como en el caso del mandante indicado en el artículo 1931 C. Con las citas legales anteriores queda despejada la duda sobre si se puede o no afianzar una obligación futura.

Cuando se indicó que la obligación principal depende de varios condicionantes de su existencia jurídica, se manifestó que uno de ellos es la actuación procesal del actor con malicia, de manera que se puede afirmar la existencia de un claro -

sentido teleológico ético, porque la obligación de rendir fianza, en realidad, es un estorbo para el actor, una condición de sujeción o sometimiento a lo ético porque le obliga a circunscribir su actividad procesal dentro de lo lícito civil. Así, pues, en síntesis, reiteramos, que no debe extrañar que la fianza pueda constituirse en garantía de una obligación futura, porque es precisamente una garantía, una caución en términos generales que indefectiblemente tiende a asegurar el cumplimiento de otra obligación; es pues, una medida precautoria que opera en vista de una situación futura. Desde todo punto de vista no es ilógico que así sea, sino que es completamente lógico que sean las obligaciones futuras, precisamente, las indicadas a que se afiancen; en cambio, en las obligaciones presentes o inmediatas en su cumplimiento sale sobrando la fianza, hasta cierto punto, porque su inseguridad casi ha desaparecido, no en aquélla primera situación, lo que permite entrever que es razonable que la finalidad de las medidas precautorias ciertamente operan mejor en vista de situaciones futuras.

Sentadas las bases anteriores acerca de la obligación del actor, desplegamos otras ideas a efecto de tener un definido conocimiento de la institución. En seguida vamos a hacer la complementación de una situación mencionada en el párrafo anterior. Se dijo que de conformidad al artículo 18 Pr. C., la fianza tiende a garantizar la obligación del demandante a favor del reo y que de conformidad al artículo 2090 C., inciso segundo, resulta que el fiador, que lo es de una obligación futura, podría retrac-

tarse en el tiempo de la espera de la existencia de la obligación; luego, si esta facultad del fiador se da en el tiempo del mantenimiento del proceso antes de la sentencia, se dejaría sin garantía la obligación principal. Si bien es cierto que se da la retractación del fiador, esta posibilidad solo se refiere a las obligaciones convencionales, pero no en este caso regulado por el artículo 18 Pr. C., porque ésta es una obligación de carácter legal. Es lógico que en materia procesal tal retractación no sea posible que se permita, porque de lo contrario, si se admitiera, no serían satisfechos los intereses que la ley persigue, uno de ellos es proteger los intereses económicos futuros de la parte demandada y este fin de la ley, no puede ser nugatorio.

Lo anterior nos permite un enlace de relación que consiste en determinar, a ciencia cierta, cuál es la razón de la fianza de costas (2). Recordemos que ya se indicó que existe una obligación legal, futura e incierta de parte del actor de pagar las costas, daños y perjuicios; entonces, la razón de la institución sólo es la conveniencia de asegurar esta última obligación ¿Será lógico y satisfactorio lo anterior, sobre todo cuando existe la posibilidad legal de que tal obligación recaiga contra los intereses del demandado? No es lógico, porque es indiscutible que existen dos obligaciones futuras e inciertas que puede ser, ora a cargo del actor o bien contra el demandado, porque sabemos que éste también puede ser condenado a pagar las costas, daños y perjuicios en el caso del evento indicado en la ley; eso sí, esas dos obligaciones futuras pueden surgir, pero no simultáneamente,

ya que no se da el caso en que ambas partes sean condenadas recíprocamente. De lo dicho se advierte otro posible acreedor, el actor o demandante con respecto al reo; luego, si al actor se le obliga a que rinda la garantía de la fianza siendo él un potencial acreedor ¿No sería más justo y equitativo que se exigiera una garantía recíproca? Es necesario recordar —desde el punto de vista del derecho procesal— la situación del reo en el proceso ante la notificación de una demanda, la de una completa desventaja, puesto que se le ha sorprendido con la misma, de ahí que nos preguntemos ¿Este derecho que la ley le confiere al reo, de pedir que el actor garantice el pago de las costas, daños y perjuicios, no es una forma de equiparar tal desventaja, para llegar a la consagración de la igualdad procesal? Adviértase que el demandado ante el evento de la notificación de una demanda es indudable que se le ha sobresaltado; en ese momento se encuentra en una situación no normal porque se le tomó desprevenido y ha sido conminado para que en un plazo perentorio asuma su defensa ante el juez; entonces el reo hace uso de su derecho y al contestar la demanda solicita al funcionario judicial que prevenga a la parte actora garantice el pago de las costas, daños y perjuicios mediante la fianza otorgada por un tercero, no tendiendo a suprimir la demanda sino precisamente a contrarrestar la desventaja inicial en que se le colocó. Habráse de tomar en cuenta que esta obligación de garantizar las resultas económicas derivadas del proceso, no puede ser ordenada "sponte sua" del juez, siempre tiene que ser solicitada por el reo en tiempo y forma. ¿Será una ventaja para la parte de-

mandada el derecho de pedir que el actor garantice el pago de las costas, daños y perjuicios? En realidad, con tal petición, hecha al contestar la demanda, se contrarresta un poco la desventaja, - luego ocurre un proceso de inversión porque se ocasiona una especie de desventaja para el actor o demandante y una situación de preponderancia para el demandado, pero en el fondo se trata de lograr hasta donde sea posible la paridad o igualdad en el proceso, además de prevenir las acciones infundadas. De ahí que no se concibe la exigencia de cauciones recíprocas.

En el caso de acciones sin fundamento ¿Cómo es que se pueden evitar esos litigios con solo la petición de rendición de fianza? Se sabe que al estar ordenado por la autoridad judicial que el actor garantice las costas, daños y perjuicios, si éste no cumple con tal mandato, además de estar suspendida la tramitación procesal, puede ocurrir que en forma definitiva se declare la deserción de su acción; entonces, a un actor que demanda de mala fe se le va a ser difícil encontrar la garantía suficiente - porque ningún fiador querrá asumir la responsabilidad de garantizar los resultados económicos derivados del juicio totalmente impregnado de la mala fe del actor y si éste no cumple con la obligación legal en mención tendrá que fracasar en su acción ab-initio. La razón expuesta no se extiende o comprende a la parte reo en cambio, porque a ella sencillamente se le obliga a que concurre al juicio.

Lo expuesto y algo más de lo que viene, parece que tendría mejor ubicación en el capítulo precedente, pero, por

la brevedad de la especulación y porque está en función de la interpretación de los artículos pertinentes reguladores de la institución comentada se va ahora a tratar otra de las finalidades de la misma, teniendo en cuenta, como preaviso, que no admito la validez de la tesis expuesta, desde ningún punto de vista, tal como quedará objetado y demostrado en el Capítulo VI de este trabajo.

Efectivamente, existe una segunda razón que justifica la regulación de la fianza a que está obligado a rendir el actor, ya que la misma constituye un freno contra el abuso del ejercicio del derecho de acción (3). Este freno consiste en que la obligación de rendir fianza incuestionablemente constituye una dificultad para el ejercicio del derecho de acción porque sólo se decidirán a ejercitarlo aquellas personas que para el evento jurídico tienen fundada seguridad de salir avantes en su empresa; mientras los que no tengan tal seguridad o fundamento de su acción no se decidirán a entablar una demanda; y, en el caso de que ocurrieren al organismo judicial correspondiente y demandan, por la misma desconfianza en su acción no salvarán la dificultad que representa la conminación judicial que obliga a la parte actora a garantizar los resultados del juicio, ya que las posibilidades de éxito en un proceso parecen más definidas cuando existe un derecho que sea cierto y que se tenga conciencia de la certeza de ese derecho. A primera vista se advierte que este segundo aspecto es el elemento constitutivo de la buena fe, o sea, ir a sabiendas de que en el litigio se está luchando en buena lid y con razón.

Es necesario en este estudio definir perfecta--

mente el incidente de la fianza que garantiza los resultados económicos del proceso, por lo que se examinará el contenido del trámite: El incidente se inicia en el momento mismo en que el demandado, al contestar la demanda que se le ha notificado o de la que se da por emplazado, solicita al juez que el actor de la garantía que se comenta. Con solo el pedimento de la parte interesada, el juez, sin más trámite resolverá si procede o no que el actor garantice los resultados económicos del proceso, siempre que aquél se produzca en el momento mismo de contestar la demanda, no después y por separado, pero eso sí, hay que tomar en cuenta de que el actor no haya pedido que se declare rebelde al reo; o sea, que la oportunidad procesal para hacer la petición válida por parte del demandado depende de que el juez no le haya declarado rebelde y no haya tampoco tenido de su parte por contestada la demanda en sentido negativo. La ley quiere que al momento de contestarse la demanda, no antes ni después, se haga la petición, no importando si ha o no transcurrido el término para la contestación, siempre que no se haya declarado rebelde al reo. En el texto positivo se dice que "el juez acordará la fianza con solo el pedimento de la parte interesada", como si el funcionario estuviera obligado a ordenar la rendición de la fianza en todos los casos en que se le formule tal petición. No es que esté obligado a ello, porque éste muy bien puede acceder o declarar sin lugar la petición; todo depende de las circunstancias indicadas por la ley: que la petición sea hecha en tiempo y forma y, que además, la misma sea procedente legalmente. En un acertado aspecto crítico se dice que debiera

de sustituirse este término "acordará", por otro más preciso, "resolverá", ya que la petición del demandado obliga al juez a un acto decisorio que resolverá la cuestión suscitada. El funcionario judicial está ante todo obligado a resolver este incidente, que es una cuestión secundaria interpolada en lo principal del proceso. Si suponemos que se trata de un caso en que no es procedente de conformidad a la ley acceder a la petición, el juez resolverá sin lugar la solicitud del demandado, cerrando así el incidente, sin perjuicio de que se pueda apelar de dicha resolución.

Por cuestión de método se procede al estudio de los casos y sus fundamentos en los cuales la parte actora no está obligada a presentar en juicio la fianza que garantice el pago de las costas, daños y perjuicios, indicados en la parte final del primer inciso e inciso segundo del artículo 18 Pr. C., reformado por el Decreto Legislativo número 414 de fecha 17 de Noviembre de 1961, publicado en el D. O. del 18 de Diciembre del mismo año:

1º.- El que fuere pobre de solemnidad probada, cuya condición social económica enmarcada en el artículo 953 Pr. C., ha sido establecida en un proceso especial, con audiencia de la parte contraria y del representante del Fisco, o del Síndico Municipal donde no haya el primer funcionario; y declarada o reconocida por sentencia en la que también se determinará el litigio para que se concede el beneficio, el cual no podrá hacerse extensivo a otro u otros litigios, no obstante que parece absurdo e ilógico, pues, si la parte actora demanda en un juicio invocando el beneficio, entonces se le considerará pobre de solemnidad pro-

bada y por consiguiente no estará obligado a rendir la fianza a - que se refiere el artículo 18 Pr. C.,; pero si coetáneamente inicia otro u otros juicios diferentes al primero, para los que no - se le ha concedido el beneficio, en éstos, paradójicamente, estará obligado a rendir la fianza que ordenará el juez, pues, se hará caso omiso de su condición social económica deficiente establecida en el juicio correspondiente en que se le concedió el beneficio únicamente para el primer juicio. La anterior doctrina, no su crítica, aparece consignada en la sentencia publicada en la Revista Judicial de 1916, página 35. Como se aprecia a primera vista , el fundamento de este caso radica en el estado de pobreza de una persona, quien por estar en tal situación económica no tiene los medios, ni las relaciones o contactos sociales que le permitan obtener una fianza; entonces, sería injusto exigirle que garantice las resultas económicas del proceso, sencillamente porque se le colocaría en la arriesgada situación de hacerle perder sus derechos.

2º.- El actor en el juicio ejecutivo, civil o mercantil, no está obligado a rendir fianza. Es que hasta cierto punto su derecho está previamente establecido al proceso. Cuando el ejecutante solicita se decrete embargo y se condene al deudor al pago de lo reclamado, es porque la prueba o los atestados de su derecho están creados conforme a las exigencias legales, antes de la promoción del juicio.

3º.- El caso del que solicitare obtener el beneficio de pobreza tiene el mismo fundamento que el del numeral pri

mero.

4º.- El que demanda alimentos, cualesquiera que fuere su clase, no está obligado a rendir fianza y es porque si reclama aquéllos es evidente que no tiene lo necesario para sustentar la vida o para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, circunstancias las cuales son los elementos de la acción de alimentos, además del vínculo legal o de condición especial del donante.

5º.- Aquél o aquéllos a quienes represente en juicio el Procurador General de Pobres, por sí o por medio de sus agentes auxiliares, no está obligado a rendir la fianza que garantice las costas, daños y perjuicios, ya que éstos ejercen tal representación, únicamente para defender los intereses de personas de escasos recursos económicos, lo que de por sí justifica la salvedad del caso; además, no es lógico que a una institución oficial, de gran proyección social, se le esté estorbando o dificultando su noble función.

Existen otros casos, no citados en la disposición en referencia, que comprende a otras instituciones del Estado, las Corporaciones Municipales y los establecimientos públicos costeados por el Estado y los de beneficencia (4). Finalmente, están exentos de la obligación citada los antes descentralizados del Estado, ya sean autónomos o semi-autónomos; el actor en juicio de inquilinato y el que demandare conforme a la Ley de Procedimientos Especiales sobre accidentes de tránsito.

Es notorio que los casos expuestos algunos tie-

nen un claro fundamento económico, que son los que con más frecuencia se dan en los tribunales; lo incontrovertible de un derecho - consignado en una prueba preconstituída y la calidad de las instituciones que asumen el papel de demandantes. O sea, que no todos los casos tienen el mismo fundamento jus-filosófico, pero sí, no olvidemos la importancia que desempeña el factor económico en algunos de ellos.

Ahora bien, en el caso de que sea legalmente - procedente esa petición, el juez ordenará la fianza por medio de una resolución, que al estar firme (porque es susceptible de apelarse) coloca al actor en las siguientes oportunidades: a) Cumplir con la prescripción judicial; b) Exonerarse de la misma, y esto nos conduce a la siguiente interrogante ¿Esa cuestión de la exoneración implica soslayar el cumplimiento de la decisión judicial que fue debidamente ejecutoriada? No, la alternativa de la exoneración no implica observar una conducta contraria a la ley ni desobediencia al mandato judicial, sino que es una forma sustitutiva de la obligación de presentar el compromiso otorgado por el fiador. De manera que si se admite que sea una forma sustitutiva de la obligación impuesta a la parte actora, se creería que la ley misma permite otra cosa. La exoneración pedida en su caso por el actor es, ante todo, posterior al auto acordando la fianza, además de que es eventual, porque puede ocurrir que opte por ella o no el actor.

De manera que si es procedente de conformidad - con la ley la petición hecha por el reo, ya que no en todos los -

casos de litigio se da la exigencia de la fianza, como se ha visto, la parte actora se enfrentará a la prevención que emitirá el juez, aunque como ya se expresó, ante la petición hecha por la demandada, aquél no va simplemente accediendo a ella, pues, primero tendrá que examinar la licitud de la misma, es decir, si está o no conforme con los casos indicados en la ley, ya estudiados, para luego pronunciarse al respecto. ¿Por qué es tan breve ese incidente? Sencillamente porque ese problema es una cuestión de mero derecho, no necesita el juez que el reo le aporte justificaciones de ningún tipo para poder resolverlo. Es en este momento en que el juez contemplará o confrontará la clase de juicio de que se trate con los casos indicados por la ley en los cuales no es susceptible de que el autor rinda la fianza que garantice el pago de las resultas económicas del juicio. Pero ¿Cómo es que se dará esa garantía en el proceso? La obligación que ha consignado el juez en su resolución puede cumplirse en una forma directa o bien en forma substitutiva, como se recordará. Se realizará la primera de las formas cuando se presente en juicio el documento en el cual consta la obligación asumida por el fiador; y, en forma substitutiva cuando el actor se exonera probando que es dueño de propiedades en las condiciones especificadas en el inciso primero del artículo 19 del Código de Procedimientos Civiles.

En el caso de la consignación de cantidad de dinero en efectivo ante la autoridad judicial, en forma directa por el actor, podemos afirmar que no hay incidencia alguna subsiguiente. Con ello terminará todo, excepto que el único incidente que -

se dio fue el de la prevención de caucionamiento. Ahora que, si se optó de parte del actor por la forma substitutiva, ahí si se plantea la cuestión de examinar si el obligado, o sea el actor, reúne las condiciones necesarias que la ley exige. En el caso de esta opción se está en presencia de una caución sui-generis, especialísima, mejor dicho, una garantía especial. No hay que olvidar, que cuando utilizamos estos términos, los empleamos en un sentido bastante crítico, pues, la utilización de la forma substitutiva por parte del actor conduce prácticamente a no rendir garantía alguna. Por otro lado, no debemos de olvidar que también se forma un incidente de carácter sumario para examinar si el fiador, cuyo compromiso se ha presentado en juicio, reúne los requisitos objetivos y subjetivos que la ley indica, tales como la solvencia económica y la capacidad legal para obligarse.

En el párrafo precedente se mencionó que el actor cumple con lo ordenado por el juez, en forma directa, presentando el documento de fianza por la cuantía indicada en la resolución judicial. Pero ¿En qué momento el fiador ha celebrado contrato con el acreedor, en este caso el demandado, respecto a garantizarle el pago de las costas, daños y perjuicios en que pudiere salir condenado su fiado? Es importante discutir esto porque se sabe que es necesario que el acreedor celebre un convenio con el deudor para que después le pueda exigir su obligación; pero la realidad es que, ante el tribunal solamente se presenta por parte del actor la declaración unilateral del fiador en que consta su compromiso, generalmente con las formalidades de los documentos pú—

blicos, aunque la ley no lo exige. Entonces, ¿Dónde está ese acuerdo bilateral de carácter contractual entre el demandado y el fiador? Avancemos en la cuestión para desentrañar esta interrogante y poder establecer o comprobar si existe realmente definido un vínculo jurídico. La parte demandante en acatamiento a lo ordenado por el juez presenta el instrumento en que consta la fianza, la obligación asumida por el fiador, con el objeto de que se apruebe la caución rendida; después el funcionario judicial le noticia a la parte contraria sobre la petición hecha de que se apruebe la garantía. Entonces, el acreedor de la obligación futura, incierta o condicional puede optar por oponerse a la aprobación de la garantía, lo que demuestra que al momento en que el fiador asumía su papel, la obligación, no existía entre él y el demandado acuerdo alguno que viabilizara un contrato. Lo que ocurre es que, si la garantía presentada, tanto en lo objetivo como en lo subjetivo, reúne las condiciones exigidas por la ley, lo que se establecerá en el término de pruebas de ocho días, y se aprueba judicialmente, entonces la voluntad del juez estará actuando en representación del futuro acreedor, aunque éste se haya mostrado reacio a la aprobación, sustituyendo así la decisión que define una contratación.

Volviendo a la forma substitutiva, decíamos que es necesario probar ciertos hechos y se inicia este incidente desde el momento en que el actor manifiesta que tiene bienes, con un valor crematístico superior o suficiente para cubrir la cantidad mandada afianzar. El actor que está solicitando su exoneración no se está librando de la obligación mandada por el juez, solamente

se está excepcionando de la forma; pero en ningún momento está -- buscando desobedecer a aquél. Al exonerarse el actor de la fianza ordenada judicialmente se está también, en cierta forma, dando se guridad de que se van a satisfacer las costas, daños y perjuicios en que pudiere ser condenado; se está demostrando la potencialidad de la seguridad de que éstas van a ser satisfechas en su oportunidad si el caso se diere.

Las circunstancias a probarse en el caso de la exoneración, conforme a la letra de la ley, son: a) Que sea propietario de bienes raíces situados en el Estado; b) Que el valor económico de los mismos sea suficiente para cubrir las resultas económicas del proceso; y, c) Que estén exentos de todo gravamen o litigio. ¿Cómo es que se prueban tales extremos? Se prueban su mariamente, así lo dice la ley, con audiencia de la parte contra ria. El primer aspecto está totalmente referido a la prueba del derecho de dominio y no al simple hecho de la posesión. Tal situa ción jurídica se probará con los respectivos instrumentos in scri tos en el Registro de la Propiedad; el segundo, que se refiere al valor económico de los inmuebles ¿Cómo es que se establecerá? ¿Se rá prueba eficaz el valor declarado en la prueba instrumental que acredita el dominio del inmueble? Hay que tomar en cuenta que el valor probatorio del instrumento se refiere solamente al hecho con signado en el mismo y hace prueba en contra de los otorgantes. El principio fundamental para la prueba instrumental se encuentra con signado en el artículo 1571 C., que textualmente, se transcribe: "El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse

se otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe, sino en contra de los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto a los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular". De manera que lo expresado en el instrumento público acerca del valor económico no puede tener efecto contra terceros al contrato, y se da la situación, en este caso, que uno de los terceros es el demandado, por lo tanto no se le obliga a admitir como cierto el valor declarado. ¿Por qué el instrumento público sí tiene valor contra terceros en cuanto al derecho de dominio y no en lo relativo al valor del inmueble? Tiene valor en cuanto a lo primero, precisamente por estar inscrito en el competente Registro de la Propiedad y no por lo consignado en el instrumento mismo, pero los efectos de esta inscripción no son relativos al valor o precio del inmueble.

El segundo elemento a que se aludió no se probará con el instrumento público, deberá necesariamente probarse por un medio extraño a aquél, tal es el valúo del inmueble por medio de peritos. El tercero de los extremos a probarse dispensa de toda prueba, sin embargo, es costumbre de los litigantes presentar certificación extendida por el Registro, lo que hasta cierto punto es inoficioso, ya que la prueba sobre la existencia de gravámenes deberá ser aportada por el demandado que solicitó la rendición de fianza, mientras tanto está operando una presunción que -

solo deberá ser destruída por la prueba en contrario.

Si todos esos elementos han tenido su vivencia procesal se llega a la etapa final del incidente, tanto para el caso en que se haya acatado el mandato judicial presentando en el proceso la declaración o el compromiso adquirido por el fiador como en el caso en que se haya pedido la exoneración. Entonces, ocurre que cuando el juez apruebe la fianza rendida, el contrato de fianza estará constituido en forma perfecta y, en el otro caso declarará la exoneración del actor por estar conforme a la ley los hechos probados en el correspondiente término sumario de ocho días. Pero, veamos ahora estas otras circunstancias ¿Qué extremos se van a probar en cuanto al fiador? En esta cuestión hay que atenderse al Código Civil en el artículo 2100 C.- "El obligado a prestar fianza deberá dar un fiador capaz de obligarse como tal; que tenga bienes más que suficientes para hacerla efectiva, y que esté domiciliado en la República". "Para calificar la suficiencia de los bienes, sólo se tomarán en cuenta los inmuebles, excepto en materia comercial o cuando la deuda afianzada es módica". "Pero no se tomarán en cuenta los inmuebles embargados o litigiosos, o que no existan en el territorio del Estado, o que se hallen sujetos a hipotecas gravosas o a condiciones resolutorias". "Si el deudor estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aun los inmuebles no hipotecados a ellas, tampoco se contará con éstos".

El resultado que arroje la prueba especial de peritos en cuanto al valor de los bienes del fiador debe ser confrontado a la determinación de las costas procesales en base a la

aplicación de las reglas del Arancel Judicial, las que a su vez tendrán que ser referidas al valor del litigio, el cual no es más que el valor de la cosa discutida. Si se discute sobre algo que no tiene valor en el mercado de carácter económico, se dice que el juicio es de valor indeterminado, pero a éste también se le aplica la correspondiente regla del Arancel Judicial. De manera, pues, que si el valor de los bienes del fiador, de acuerdo a la prueba del expertaje es más que suficiente al total de las costas procesales, entonces el funcionario judicial en vista de la solvencia del fiador de carácter económica y la suficiencia de la fianza rendida, aprobará ésta, pero mientras no se apruebe — así, como dice la ley— el proceso estará paralizado, situación que solo cesará con la aprobación del incidente, la cual quedará debidamente ejecutoriada si no se interpusiere apelación, ya que esta resolución también es susceptible de ser recurrida.

Es conveniente indicar que al hacer algunos comentarios de nuestra legislación positiva no se crea, que por ese hecho de la paralización del proceso, la fianza procesal es una excepción dilatoria, y sobre esto ya se externó alguna referencia; además, de que no es cierto quedará demostrado en el Capítulo VI.

Dejemos bien determinada la interpretación del artículo 19 Pr. C., ahí precisamente donde dice: "El auto que acuerde la fianza determinará la suma que ha de afianzarse, atendidas las circunstancias de las personas y el interés que se litiga!" La última parte ya se explicó en el párrafo inmediato anterior, y, en cuanto a la primera quiere decir la ley que se obliga al juez

a que fije una determinada cantidad de dinero. Veamos, esa frase es un poco exacta, "la suma que ha de afianzarse", pero quiere decir que hay una suma máxima o un límite máximo numérico de la responsabilidad que el juez deberá determinar en su prevención, porque si no se hace así, entonces la garantía que tuvo in mente el legislador se volvería ineficaz. Además, recuérdese la regla de los contratos que prescribe que las cosas objeto del convenio deben estar determinadas. Al efecto nos remitimos al texto de los artículos siguientes: 1331 C., y especialmente el artículo 1332 C. que reza, así: "No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén DETERMINADAS, a lo menos en cuanto a su género". "La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla". "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible". De manera que, aplicando la regla anterior en la cuestión procesal que estamos desarrollando, se afirma que se necesita que la obligación accesoria contraída por el fiador debe estar determinada por el juez, primeramente, y luego en el compromiso, porque si no lo está adolecerá de un defecto de fondo. Es necesario que tal obligación accesoria esté determinada para el propio beneficio de la obligación como del fiador mismo, ya que sólo así, estando determinada, conocerá éste el límite de su responsabilidad.

¿Qué quiso decir el legislador con esa otra frase "atendidas las circunstancias de las personas y el interés que

se litiga"? ¿Qué influencia tiene el interés litigado sobre la suma que ha de afianzarse? La respuesta a esta última interrogante, prácticamente ya está expresada, por lo que repetimos en forma su cinta que ahí la ley se está refiriendo a las reglas que le servi rán de base al juez para determinar la suma que ha de afianzarse. Y, la primera parte comprendida en la primera interrogante se refiere al caso, por ejemplo, de la controversia entre parientes, ta les como ascendientes y descendientes, hermanos o cónyuges, en la cual no habrá condena en costas, pero sí es posible que haya condena en cuanto a los daños y perjuicios que se pudieren causar - con motivo de la controversia pero que en ningún momento son los derivados de un incumplimiento contractual. Entonces, apreciada a aquella circunstancia del parentesco por el juez, éste hará caso - omiso de las costas procesales y fijará una cantidad referida úni camente a los posibles daños y perjuicios a que se pudiere condenar en el caso de una demanda inepta o maliciosa. La anterior doc trina ha sido declarada en varias sentencias publicadas en la Revista Judicial, que de paso, ya no edita la Corte Suprema de Justicia, no obstante su importancia doctrinal.

A manera de ampliación con respecto a la otra parte, decimos: La segunda regla que el juez debe tomar en consideración para determinar la cuantía de la fianza, es el interés que se litiga. El funcionario judicial se preguntará, primero, si se trata de un caso en que el actor está obligado a rendir fianza; luego, es importante que inquiera sobre la naturaleza del juicio para así poder determinar la cuantía de la fianza; para ello, ne-

cesariamente tendrá que recurrir al análisis y aplicación de las reglas tarifarias del Arancel Judicial, ya que este estatuto legal determina los honorarios y su cuantía que la ley designa para las distintas clases de procesos y procedimientos, tanto por la dirección de abogado como por la procuración. Ahí, el juez encuentra la tabla aplicable a los juicios que son de valor determinado, los de valor indeterminado y los de valor determinable.

Para completar el esquema de desarrollo de la institución, veamos ¿En qué tiempo debe rendirse la fianza por el demandante? ¿Existe un plazo determinado por la ley para que el actor rinda la fianza? ¿Cuáles son las consecuencias en el caso de que el actor no cumpla con la obligación de rendir fianza? Hay que referirse al artículo 536 Pr. C., para dar la respuesta adecuada con miras a una fijación de la regla, esta disposición legal, reza así: "Cuando el actor desampara la demanda después de contestada, podrá el demandado pedir que la prosiga bajo pena de deserción". Habrá lugar a esta petición cuando el actor deje transcurrir seis días sin pedir o sin hacer lo que conforme a derecho está obligado o sea necesario de su parte para la continuación del juicio. Así, pues, si el actor ha dejado de cumplir la obligación ordenada por el juez, el demandado pedirá que se le prevenga su cumplimiento bajo la conminación de la deserción.

A manera de cierre o conclusión de este interesante Capítulo, solamente unas breves frases finales respecto a la mecánica del incidente de la fianza a que se obliga, en el caso correspondiente, a rendir el demandante: La aprobación de la -

fianza es eminentemente una sentencia interlocutoria y como la -- ley expresamente consigna la susceptibilidad de esta clase de resoluciones judiciales de ser recurridas mediante la alzada, perfectamente se puede y debe admitir la apelación que se interpusiere en tiempo y forma (5).

---

#### NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- 1 .- Apuntes de Derecho Procesal Civil, pág., 44. Ricardo Mena Valenzuela. Cátedra del año 1957. Facultad de Derecho. Universidad de El Salvador.
- 2 .- Ibid., pág., 60. Dr. Ricardo Mena Valenzuela.
- 3 .- Ibid., pág., 65. Dr. Ricardo Mena Valenzuela.
- 4 .- Fianza de costas, daños y perjuicios. Cuaderno N° 14. Doctor Francisco Arrieta Gallegos. Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho. Universidad Nacional de El Salvador. 1968.
- 5 .- Véase en las páginas 105 y siguientes; 361 y siguientes, de la Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia, año de 1908, las sentencias pronunciadas por la Cámara de Segunda Instancia de la 1ª Sección del Centro, que son interesantes en cuanto al riesgo de la deserción por causa de la fianza de costas no rendida y la factibilidad de la recurrencia mediante el correspondiente medio procesal.

## C A P I T U L O        V

REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES LEGALES SOBRE LA FIANZA EN MATERIA PROCESAL CIVIL.- PROYECTO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.

Es lógico considerar que los antecedentes legales de la institución en comento, la fianza en materia procesal civil, solamente se encontrarían al hacerse un serio estudio y una tesonera investigación de las antiguas leyes españolas, que según nuestra historia patria son parte de la herencia recibida de España en la época colonial; sin embargo, tales esfuerzos no redundarían en beneficio alguno para esta breve obra, por el contrario, se ocasionaría un alargamiento innecesario en la exposición de un trabajo que no espresicamente de derecho comparado ni de historicismo jurídico. En consecuencia nos constreñimos exclusivamente a la cita de la antigua legislación salvadoreña comenzando con la "Recopilación de las leyes del Salvador en Centro América", por el señor Presbítero, Doctor y Licenciado don Isidro Menéndez.

Efectivamente, en tal recopilación se encuentra la siguiente referencia a la fianza de costas procesales en el título 12, Derechos y Costas, pobres de solemnidad: lugares y establecimientos que gozan dicho privilegio (nótese que se respeta la redacción original); y reos que no deben pagar costas. Ley I. Decreto Legislativo de veinticuatro de octubre de mil ochocientos treinta, fijando la tarifa de los derechos que deben percibir las personas que están al servicio de las oficinas de tribunales y juzgados, los abogados, procuradores, agrimensores, etcétera.-13. Por las fianzas que se otorguen apud-acta, ocho reales, sea de la

clase que fueren".

De acuerdo a la anterior referencia, las fianzas admitían la constitución de las mismas en la propia causa, al pie del acta. Posiblemente se quiere aludir al auto o a la resolución judicial que ordenaba la fianza y su cuantía cuando se menciona que se otorga apud-acta.

Sabemos que los trabajos de codificación de la legislación salvadoreña se iniciaron el año de 1843, mediante decreto de las Cámaras Legislativas, comisionando al Presbítero y Doctor don Isidro Menéndez para que redactara un proyecto de Código de Procedimientos Judiciales y como se estimó imperiosa la necesidad de redactar un formulario general para uniformar la práctica judicial, también se le encomendó esta labor al Padre Menéndez, conocido como el Padre de la Legislación Patria. Los proyectos elaborados por el Padre Menéndez fueron declarados leyes de la República por Decreto Ejecutivo del veinte de noviembre de mil ochocientos cincuenta y siete, publicado en la "Gaceta del Salvador" del día siguiente, constituyendo nuestro primer Código de Procedimientos Civiles y Criminales (1).

En la nota fechada en Ahuachapán del quince de octubre de mil ochocientos cincuenta y siete, dirigida por el Padre Menéndez y el Licenciado Ignacio Gómez al Señor Ministro del Interior y de Relaciones Exteriores, que es toda una exposición de motivos, se encuentra el apartado séptimo, que nos interesa citar por ser una clara referencia histórica, cuyo texto es el siguiente: """"Nada hay más frecuente que pleitos temerarios y aun

notoriamente infundados e injustos, que se mueven no solo por ignorancia, sino por malicia y por vejar a la parte contraria. Se ve también frecuentemente que los pobres pelean, con justicia ó sin ella, porque nada gastan y pueden ganar algo; y sobre todo porque no falta quienes se hagan cargo de sus pleitos por la mitad o la tercera parte de su importe. POR ESO ES NECESARIO REFRENAR A UNOS Y A OTROS OBLIGANDOLOS A DARSE MUTUAMENTE FIANZA DE RESARCIRSE LOS PERJUICIOS Y COSTAS QUE SE ORIJINEN""".

Consecuente con la forma de pensamiento del autor de nuestro Primer Código de Procedimientos, en el Título Segundo, "del juicio civil", Capítulo I, se encuentran los siguientes artículos: Art. 20.- ""El actor extranjero puede ser obligado, a petición del reo, y antes de toda excepción, a dar fianza de pagar las costas, daños y perjuicios en que pueda ser condenado". - Artículo 21.- "Igual fianza puede reclamar cualquier reo, del actor, ó cualquier actor, del reo: aquél en la demanda y éste al contestarla. El que fuere pobre de solemnidad probada, no está obligado a dar la fianza indicada; pero sufrirá una pena correccional por las costas, daños y perjuicios que causare, conforme al Código Penal".- Artículo 22.- "El auto que acuerde la fianza determinará la suma que ha de afianzarse, atendidas las circunstancias de las personas y de los litigios; pero nunca pasará de mil pesos. El que consigne la cantidad que se manda afianzar ó que -- pruebe poseer en el Estado bienes raíces, libres de todo gravamen o responsabilidad, suficientes para cubrir la cantidad de la fianza, quedará absuelto de ella".

Es conveniente hacer algunas acotaciones a las disposiciones transcritas, así, por ejemplo, el artículo veinte - citado contiene lo que en otras legislaciones se denomina la fianza de arraigo, que solamente está obligado a otorgarla el extranjero que promueve algún litigio. En lo que respecta a las otras - disposiciones podemos afirmar que se advierte la búsqueda de un eminente punto de equilibrio entre las partes contendientes, además de consignar el buen sentido de poner un límite económico a la fianza, así como de regular el medio sustitutivo de la fianza, procedimiento el cual ya se ha explicado. Nótese también que la antigua legislación procesal reguló el encausamiento criminal para aquellas personas que no estando obligadas a rendir fianza promovieran alguna acción maliciosa o infundada.

También es conveniente traer a cuentas el Proyecto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles, elaborado por los abogados Manuel Delgado, Teodosio Carranza y Salvador Gallejos, de fecha doce de octubre de mil novecientos uno, que en su parte V, se indica textualmente, lo siguiente: ""El artículo 20 se adiciona con un penúltimo inciso en estos términos: "Presentada la fianza, se oirá dentro de tercero día a la parte contraria, y se abrirá a pruebas el incidente por ocho días, si fuere necesario, aprobándola o no dentro de los tres días siguientes!" La razón de la reforma propuesta la encontramos en el siguiente - COMENTARIO: ""La aprobación de la fianza debe ser el resultado de su eficacia, y para conocer ésta o impugnarla, es indispensable que se oiga a la parte contraria y que se le admitan las pruebas

que quiera presentar contra dicha fianza. Como la ley nada dispone a este respecto, la Comisión ha creído conveniente fijar un procedimiento sumario para llenar esa necesidad".(2)

Ha sido posteriormente que la concepción de la obligación de rendir fianza en forma bilateral sufrió modificaciones, hasta llegar a la determinación en que se encuentra actualmente regulada; pero, como el derecho no es estático sino que dinámico, desde hace algún tiempo existe una manifiesta tendencia a modificar la institución del incidente de la fianza en materia procesal civil. Más bien que a reformarla se propugna por su supresión, tendencia con la cual estoy en un todo de acuerdo y cuyo punto de vista se expondrá como tema esencial del siguiente capítulo final.

Como un antecedente que ha iniciado esta tendencia a la supresión de la fianza de costas, daños y perjuicios, se transcribe la ponencia presentada en la Segunda Convención Nacional de Abogados por el distinguido abogado doctor Francisco Arrieta Gallegos, conocido profesional del derecho con vasta experiencia en el campo de la docencia universitaria y en la práctica judicial (3): ""Entre los principios fundamentales del Derecho Procesal está el de igualdad de las partes ante la ley procesal, en virtud del cual aquéllos gozan de iguales oportunidades para su defensa; el que tiene su asidero constitucional en el principio de que todos los hombres son iguales ante la ley — Art. 150 Constitución Política derogada—, y que no son aceptables los procedimientos privilegiados, así como no son aceptables las leyes refe-

rentes al goce de los derechos civiles, en las que se hacen diferencias por razones de nacionalidad, raza, sexo o religión".

"Consecuente con lo anterior no hay razón fundamental para exigirle al actor, a petición del demandado, rinda fianza para garantizarle las resultas del proceso; cuando el demandado no está obligado a rendir fianza. Lo anterior coloca en una posición de ventaja al demandado sobre el actor, por una parte y por otra la tal fianza de costas, daños y perjuicios, se ha convertido en la práctica en uno de los procedimientos más dilatorios de nuestros procesos civiles".

"PONENCIA: Por tal motivo y con fundamento en los principios de igualdad de las partes ante la ley procesal y economía procesal, propongo a la consideración del pleno de la II Convencional Nacional de Abogados se suprima la fianza de costas que se le exige al actor para la continuación de su acción".

No obstante la solidez de los argumentos expuestos y a pesar de que la ponencia anterior fue aceptada por la mesa de trabajo correspondiente, no se hizo realidad en la legislación salvadoreña.

Antes de concluir este Capítulo, vamos a transcribir la interesada exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Civil y Mercantil (4), en lo referente a la tendencia citada:

"Hemos suprimido aquellos institutos procesales que no sólo constituyen una rémora en la administración de justicia, sino además un aumento en las desigualdades procesales. Den-

tro de ese mismo criterio ya que la igualdad absoluta es inexistente, hemos introducido ciertos desequilibrios a efecto de dar a la parte débil en los procesos, cierta ventaja a efecto de procurar mantener el equilibrio y la igualdad procesal entre las partes. Entre las institutos suprimidos, vale aquí la oportunidad de hablar de él y exponer, a grandes rasgos, algunas de las razones que la Comisión ha tenido para suprimirlo, ya que no habrá otra ocasión de hacerlo en el texto de esta Exposición".

"Nos referimos a la fianza de costas, daños y perjuicios que actualmente se norma en los artículos 18 y 19 del Pr. En los últimos cincuenta años ha existido una tendencia del legislador para suprimirla en algunos procesos determinados. La suprimió del juicio ejecutivo, de los alimentarios y de los por accidentes de trabajo; después la suprimió de todos los juicios laborales, de los de inquilinato, de los que patrocina la Procuraduría General de Pobres; pero no ha tenido el valor de suprimirla totalmente".

"El litigante capitalista o pudiente económicamente fácilmente la rinde o se exonera de rendirla. En cambio, el pobre tiene dificultades para rendirla y se exaspera por no hacerlo y hasta pierde su derecho o su pretensión por incapacidad de encontrar un fiador apropiado".

"Ello, por tanto, aumenta una desigualdad, colocando al pobre aun en la situación de perder su derecho por el hecho mismo de ser pobre. Es injustificable, en los días que corren, mantener un instituto que en sí ya es una injusticia y que

solo sirve actualmente como un medio dilatorio hasta de un año para impedir o enervar la discusión de fondo del asunto y la final resolución del litigio".

Es totalmente apropiado y cierto el razonamiento expuesto. Con toda franqueza se ha puesto al desnudo la triste realidad que actualmente desempeña la fianza de costas, daños y perjuicios.

Considero de justicia que se apruebe la supresión de esta caduca institución, y, así como este Proyecto tiene concepciones tan interesantes como la citada, también sería conveniente que se incluyera entre las cosas novedosas que no existen en nuestra actual legislación la exigencia de la intervención forzosa de letrado en todo proceso o procedimiento civil. Esta tesis ha sido sostenida por otro abogado salvadoreño, el doctor Francisco Gallejas Pérez, en el Primer Congreso Nacional de Abogados de El Salvador (5); y, en una íntima relación a la obligatoriedad de la intervención del técnico del derecho en todo proceso o procedimiento civil se encuentra también la interesante tesis que propugna por prohibir el ejercicio de la procuración y dirección en procesos civiles y procedimientos a los abogados empleados en las dependencias del Organo Ejecutivo, Alcaldías e Instituciones Autónomas o Semi-autónomas, excepto en el caso de que se trate de aquellos en que tuviere interés la propia institución o el organismo administrativo a que se estuviere incorporado. Se procura con ello que la abogacía, como profesión liberal que és, sea ejercida sólo por aquéllos profesionales dedicados enteramente a dicha ac-

tividad técnica, centrando así, en su debida posición, al abogado asalariado para que se desenvuelva en mejor forma en su quehacer burocrático, sin dispersiones de ninguna naturaleza que interfieran la carrera administrativa que él mismo eligió. Se evitaría, - además, una competencia desleal en el ejercicio de la profesión y un mejor aprovechamiento para la Institución u Organismo de la actividad y conocimientos del abogado asalariado y, por último, se destierra la posibilidad de la "influencia política" que pudiere ejercer ante jueces timoratos el abogado incorporado a puestos de carácter político-administrativo . Una prohibición de esa naturaleza traería incuestionable beneficio al gremio de los abogados salvadoreños, además de que, como medida de higiene social, preveniría el peligro de sobornos disfrazados de trabajos profesionales concedidos por "clientes" que están dependiendo de resoluciones ministeriales o de otra índole administrativa. En nuestra legislación ya existe una medida de ese tipo, solo que muy reducida en su campo de comprensión e incipiente, ya que está referida a la materia procesal penal, que es precisamente donde no urge tanto como el campo del procesal civil.

---

#### NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- 1 .- Apéndice del Código de Procedimientos Civiles, pág., 601. Edición de Códigos de la República de El Salvador de 1967.
- 2 .- Revista Judicial de la C. S. de J., Tomo VII. Enero a Dic. , 1901.
- 3 .- Fianza de costas, daños y perjuicios. Cuaderno N° 14. Fran—

cisco Arrieta Gallegos. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de El Salvador. (1968).

- 4 .-Revista del Centro de Estudios Jurídicos (1980).
- 5 .-Primera Convencional Nacional de Abogados, pág., 713. Publicación del Ministerio de Justicia (1957).

## C A P I T U L O VI.-

LA OBLIGACION DEL ACTOR DE RENDIR FIANZA PARA GARANTIZAR COSTAS, DAÑOS Y PERJUICIOS, ES UN FACTOR ECONOMICO QUE INFLUENCIA LA MATERIA JURIDICA.- LA PETICION DE RENDIR FIANZA ATENTA CONTRA VARIOS PRINCIPIOS PROCESALES Y AL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCION.-

Así como se dejó consignado en el Capítulo precedente, se reitera en el presente la tesis sobre la conveniencia de la supresión de la fianza que en determinados casos se obliga al actor que rinda para garantizar la satisfacción de las costas, daños y perjuicios que pudieren causarse al demandado; posición - que guarda paralelismo con el contenido de la exposición de motivos del Proyecto del Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, que ya lleva varios días de estudio y que, sin duda alguna, por las innovaciones que contiene, en el caso de convertirse en derecho vigente, será una legislación procesal moderna y avanzada que hará desaparecer el letargo y retraso de casi un siglo de una legislación procesal anticuada o inadecuada a los tiempos modernos y a las tendencias jurídico-procesales de hoy día.

Obedeciendo a razones de método, a manera de recordatorio, nuevamente citamos los puntos de vista, mejor dicho, las razones invocadas que desde 1881 se expusieron con el objeto de sustentar la vigencia en el derecho positivo salvadoreño de la fianza que garantiza el pago de las costas, daños y perjuicios, - comúnmente conocida por la fianza de costas. Tales razonamientos los agruparemos en dos tesis y que denominaremos "POSICION CONCEPTUAL FINALISTA SUBJETIVA" a la primera; y, "POSICION CONCEPTUAL -

FINALISTA OBJETIVA" a la segunda, para luego confrontarlas a verdades primarias fundamentales de eminente carácter jurídico, con el objetivo de determinar la inconsistencia científica de ambas posiciones y propender así a la supresión de la institución que en nada beneficia a ese conjunto de relaciones jurídicas denominado el proceso civil. O sea, se demostrará por qué esas normas jurídico positivas carecen de aptitud para la realización total de la valorativa jurídica en el derecho procesal civil salvadoreño.

Los razonamientos expuestos en páginas anteriores, cuyos autores se propusieron la determinación de los fines o resultados de la fianza que garantiza las costas, daños y perjuicios, aspirando a la justificación plena de la reglamentación legal de la institución crítica, y para fijar la función de la misma, recordemos, fueron las siguientes:

a) Se legisló sobre la fianza de costas únicamente teniendo "in mente" la finalidad ética de prevenir innumerables procesos injustos e infundados, incoados por promotores inescrupulosos basados en el solo prurito de causar daños al demandado, por ignorancia o bien por malicia, tal vez con la esperanza de convertir, a través de qué argucias, el resultado final de una demanda con innobles condiciones en beneficio generalmente de tipo económico (1).

De acuerdo a esta concepción la cuestión de las costas, daños y perjuicios, más que todo la garantía de su pago pasó a ser algo carente de importancia, interés el cual fue soslayado en el razonamiento, únicamente para destacar la connotación

moral de la institución de la fianza de costas. Pero, tal argumento, la prevención de demandas temerarias e infundadas, no es de muy sólida consistencia, pues, la cuestión moral de demandar injustamente o infundadamente no es atributo de solamente los pobres, los desherados de la fortuna, sino que de la persona misma donde radica la virtud y el pecado, la maldad o la nobleza, la codicia y la prodigalidad, situación que es indiferente de su condición económica deficiente, lo que se puede perfectamente concebir como real y verdadero cuando procedemos a la inversión del esquema expuesto: Si una persona carece de todo escrúpulo moral, vive aislada de todo principio religioso y además no es temerosa de la execración social que pudiese causarle su forma de vida, carente de toda idea de probidad o de caridad, y, sí además de todo ello tiene medios económicos de singular cuantía, éste sujeto indiscutiblemente que será susceptible fácilmente de promover demandas infundadas e injustas con ánimo de vejar al demandado o de seguir enriqueciéndose a su costa, con la ventaja de que su condición económica le permitirá franquear el obstáculo que representa la obligación de rendir fianza. Es así como la fundamentación ética de la primera conceptuación queda objetada y ésto, sin que se haya invocado aquéllos casos en que la persona, siendo pobre en sus condiciones económicas, teniendo un derecho cierto y fundado, no podrá hacerlo valer ante los tribunales de justicia por carecer de los medios que le harán superar la obligación económica discutida al punto, lo cual constituye una situación carente de ética y propiciada por la misma disposición legal que regula la cuestión de

la fianza de costas.

B) La segunda posición fue más definida en cuanto a la finalidad de la exigencia del actor de rendir la fianza de costas, ya que se preocupó por darle consistencia lógica a la causalidad de las costas como una garantía de carácter eminentemente procesal. Se hizo aparte el punto de vista ético o de prevención moral, aunque no del todo, y se reafirmó la garantía de la satisfacción del pago de las costas procesales y la superación de la desventaja inicial en que se coloca al demandado con la promoción de una demanda (2).

La fundamentación de esta segunda posición no parece adecuada a la lógica, puesto que, tal como quedó demostrado en el Capítulo II, en el que se trató sobre la naturaleza de las costas, éstas--se dijo en aquélla oportunidad-- son el resultado económico del proceso, más no lo principal ni lo esencial de su finalidad. Entonces ¿Por qué es necesario garantizar la obligación eventual del pago de las costas procesales, que es una cuestión secundaria y sin tanta importancia para las partes litigantes como lo es la cuestión jurídica que resuelve el caso discutido? Es evidente que tanto para el actor como para el demandado existe un interés primordial de superlativa importancia el que, en las respectivas posiciones, se triunfe o se fracase en la pretensión, supera el interés mínimo, accesorio o secundario, hasta cierto punto irrelevante en la comparación de aquél, de la seguridad acerca del pago de las costas procesales; así, por ejemplo, más le interesará al actor que reivindica en juicio declarativo un in

mueble la seguridad de que al final del proceso no será burlado en sus pretensiones que el cobro de las costas procesales; lo mismo sucederá con el demandado a quien le interesará más la seguridad de la validez procesal de las excepciones interpuestas a la demanda que la satisfacción del pago de las costas procesales por parte del actor.

Por otro lado, por la concebida búsqueda del equilibrio entre las partes mediante la generación del incidente de la fianza de costas, se sacrifica y se atenta contra el principio de igualdad procesal (3), que no es más que el reflejo fiel de los llamados derechos del individuo, aprobados y proclamados el día diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho por la Asamblea General de las Naciones Unidas y consagrados en la "Declaración Universal de Derechos del Hombre". Además, el atentado que significa la rendición de fianza de costas impuesta al actor para que pueda continuar con su acción, lleva en sí misma el vicio de la inconstitucionalidad, pues, desvirtúa la vigencia plena del artículo 18 de nuestra actual y, posiblemente en lo futuro, ireverenciada Constitución Política.

No es cierto que la facultad de que goza el demandado para solicitar que el demandante rinda fianza de costas, daños y perjuicios, sea el elemento neutralizador de una falsa e inexistente condición de desigualdad en que se encuentra el demandado al notificársele una demanda, puesto que en ningún momento se le está vedando su derecho de audiencia (4); no se le está prohibiendo o coartando su derecho de oponerse a las pretensiones

del actor mediante la aportación de toda clase de pruebas que son el fundamento de su defensa. Por el contrario, tal facultad, concedida exclusivamente al reo, o sea, la de pedir que el actor rinda la fianza que garantice las costas y demás, indiscutiblemente que rompe el equilibrio entre las partes litigantes, ya que tal derecho es concedido por la ley y ejercido unilateralmente por la parte demandada y soportado únicamente por el actor, no obstante que uno y otro pueden, al final del proceso, quedar incursos en el pago de las costas procesales de acuerdo a los términos del fallo. Más que una condición de desequilibrio sería conveniente hablar de una clara y evidente desigualdad procesal entre las partes litigantes creada a consecuencia de la erección de una institución de contenido antijurídico y, bastaría alargar o conceder un término mayor que el actual, en los respectivos casos, para que el reo conteste la demanda y así despejar esa falsa concepción de los sustentadores de la segunda posición acerca de la desventaja inicial en que se coloca al reo que es llamado a juicio. Lo que sí es cierto, es cuando el demandado realmente está consciente de que tarde o temprano será demandado, entonces a éste no se le sorprenderá con el emplazamiento judicial proveniente de una reclamación legítima que él mismo provocó de antemano con una conducta ilegal, pero bastará que haga uso de la facultad que la ley concede, para que en el interín del incidente de la fianza proceda con toda impunidad a tratar de que quede burlado el futuro fallo a pronunciarse, con evidente detrimento de la justicia (5).

Los razonamientos expuestos con los cuales se -

ha pretendido fundamentar la vigencia de la fianza de costas, una vez analizados, no han podido responder firmemente a las exigencias lógicas que demandan las instituciones del derecho procesal, por lo que se duda de su validez, lo que al mismo tiempo es perjudicial para la institución a que le sirven de apoyo. Aun más, parecía en principio que era completamente lógico garantizar las costas procesales y demás accesorios económicos, pero resulta que al analizar su naturaleza nos dimos cuenta en esa oportunidad de su evidente contenido económico, luego, este carácter también identifica la petición de rendición de la fianza de costas como un incidente de incuestionable contenido crematístico y si el ejercicio de este derecho atribuido por la ley únicamente al reo tiene la virtud de paralizar la tramitación judicial sin que se continúe con la discusión de la reclamación planteada, tal cual lo haría una excepción dilatoria, no teniendo este carácter, ni siendo ésta su naturaleza ni su finalidad, nos conducirá a la admisión de una posición antitécnica y antijurídica, lo cual se comprende fácilmente cuando se enuncia que el factor económico, que no es otra que la petición de rendición de fianza y su secuela está, sin ninguna razón lógica ni jurídica, influenciando la materia procesal. Es aceptable y lógico que las excepciones que atacan una demanda informal u obscura, o una competencia judicial, paraliquen el proceso, porque son facultades de evidente contenido procesal o jurídico, pero no económico, tal cual es la cuestión de la rendición de la fianza de costas y demás. Repugna admitir como lógico que un simple factor económico que no contribuye en nada a la depura-

ción de una demanda o de un proceso, por carecer de contenido procesal, tenga tanta influencia que paralice el proceso hasta el grado de poner en peligro de deserción la demanda del actor.

No hay necesidad de hacer profundas reflexiones para apreciar la lógica correlación que existe entre la demanda y las excepciones, porque son entidades eminentemente procesales; en cambio existe una manifiesta incongruencia procesal entre el factor económico que constituye la fianza de costas y la demanda, o lo que es lo mismo decir, entre un factor de contenido económico no jurídico y el instituto del proceso, base y fundamento del derecho sustantivo y de toda la teoría del derecho procesal.

El razonamiento expuesto por la Comisión redactora del Proyecto del Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, es acertado y lógico, y no escapará a nadie que inmediatamente se nota la influencia de las ideas que en materia social y política pululan en el medio actual, casi en todos sus aspectos, y, sin perjuicio del mérito a que son acreedores los redactadores del Proyecto, estimo que existen otras razones, atendibles también por su carácter científico, para que en definitiva se opte por la supresión de la fianza de costas y demás a que está obligado el actor a rendir si quiere continuar el proceso normal de su acción.

En términos generales se ha expuesto la crítica a los fundamentos alegados para la justificación de la vigencia de la fianza de costas, más en seguida, vamos a especificar y de mostrar cómo la expresada exigencia atenta contra varios principios que caracterizan el proceso civil, así como su manifiesta in

constitucionalidad, siempre manteniendo la singladura de criticar la institución con el objeto de desterrarla de nuestro actual estatuto procesal civil o de evitar su aparición en la futura legislación procesal a dictarse.

La facultad concedida al demandado de pedir al juez que el actor rinda la fianza de costas que éste le fije, atenta contra el principio de probidad, el que persigue poner a las partes en situación de producirse siempre con verdad en el proceso, obedeciendo desde luego a las influencias ancestrales que han propugnado siempre por un proceso dotado de carácter acentuadamente moral. Así, por ejemplo, una de las aplicaciones del principio citado consiste en evitar la práctica y corruptela histórica —citada por el maestro Couture en una de sus brillantes obras— consistente en el "escalonamiento de las excepciones" (6), de ahí que en nuestra legislación se obligue a la parte demandada a alegar, en el tiempo oportuno y en la forma debida, de una sola vez, todas las excepciones dilatorias que pudiere impetrar; pero, resulta en nuestro medio que después del largo tiempo que duró el incidente de las excepciones dilatorias que pudieron plantearse por parte del demandado, y después de haber recorrido las instancias permitidas por la ley, ésta misma permita al demandado que al momento de contestar la demanda todavía ejercite la facultad que obliga al juez a suspender nuevamente la tramitación del proceso —para requerir al demandante a que rinda la fianza que garantice las cosas procesales y demás accesorios legales, lo que en el fondo implica una cierta corruptela práctica permitida o establecida

por la ley que no va de acuerdo al contenido del principio de probidad. Ahora bien, suponiendo que el demandado sea realmente el culpable de la causa que obligó o determinó al actor a promover una demanda en su contra, sería contrario a la probidad y no estaría de acuerdo o actuando de buena fe al recurrir al artificio que significa la petición para que el actor rinda la fianza de costas, porque sólo le estaría motivando el ánimo de dilatar lo más posible la tramitación procesal que desembocará en un fallo que seguramente le será desfavorable.

La petición que hace el reo a la autoridad judicial para que el actor garantice las costas procesales, atenta al principio de igualdad, pero omitiremos en el presente Capítulo todo comentario al respecto para no incurrir en una tediosa repetición, de manera que habrá de remitirse al Capítulo anterior en que se trató de la confrontación de la institución de la fianza de costas con el principio citado.

El concepto de que "debe tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal" (7) enuncia lo que en la doctrina del derecho procesal se conoce como el principio de la economía procesal, o sea, menor trabajo y justicia más barata y rápida. La petición hecha por la parte demandada para que el funcionario judicial ordene al actor rinda la fianza de costas, por su contenido económico carente de la esencia de lo jurídico que permita darle validez para discutir la cuestión procesal, o lo cuestionado en el proceso, mejor dicho, genera la creación de un incidente, que en definitiva, por retardar

el advenimiento del fallo que dirima el conflicto, ocasiona pérdi da de tiempo, pues, alarga innecesariamente el tiempo de duración de un proceso; conduce a la producción de los recursos humanos de las partes en el conflicto, incluso del reo mismo, por supuesto, que en nada beneficia a la teleología del proceso; y, finalmente, genera gastos de carácter económico que afectan sensiblemente el patrimonio del fiado, en este caso el demandante. Todos esos perniciosos efectos, que inevitablemente también inciden en el órgano jurisdiccional, están evitados precisamente en los casos aquellos en los cuales no procede legalmente la rendición de la fianza de costas, que hánse visto ya.

Es indiscutible que la fianza de costas es un incidente en el cual se obliga al actor o demandante a desembolsos económicos para superar el obstáculo que le impide la prosecu ción de su acción, por ejemplo: honorarios periciales para probar la suficiencia de los bienes del fiador, los que generalmente no están situados en la sede del tribunal; gastos para la elaboración del documento contentivo de la garantía; aumento de la cantidad de papel sellado que exige el incidente; y, finalmente, la cobertura de los estipendios que cobrará la persona o la institución que sirve de fiador. Todos esos gastos innecesarios, que hacen más caro el ejercicio legítimo de un derecho, en la mayoría de los ca sos, deben desaparecer. Lo expresado es, pues, conducente a sustentarse la tesis de que la fianza de costas atenta contra el principio de la gratuidad en la administración de justicia, que constituye otra nota característica de la inconstitucionalidad de la

institución cuya existencia en nuestro derecho procesal positivo se critica y por ende, debe desaparecer.

El derecho procesal ha elaborado y utiliza el concepto de la acción como una entidad que le ha permitido estructurar su autonomía como ciencia y este derecho de acción tiene ya reconocido su carácter de público, en sentido procesal, porque se deriva de que frente a él el obligado es el Estado como depositario de la función jurisdiccional, pero este derecho de acción tiene su raigambre en materia del derecho constitucional con el principio denominado derecho de petición, también consagrado en nuestro Estatuto Político Constitucional. De manera, pues, que ese derecho constitucional de petición tiene su basamento en la esfera de la libertad individual, estableciéndose únicamente los límites para el ejercicio del mismo que radican en el respeto a las leyes y a las personas, así que, si en esas restricciones para el ejercicio del derecho no se encuentra o no se comprende otro medio que coarte el normal ejercicio del citado derecho, quiere decirse que la fianza de costas, desde el momento mismo en que paraliza la tramitación del proceso mientras no se supere el obstáculo legal de la rendición de la garantía, o darse el medio sustitutivo de la misma obligación, y por no tener contenido jurídico sino material relativo a su carácter de factor económico, que entorpece en forma antijurídica el ejercicio de un derecho que deriva de la facultad creada por el máximo Estatuto Legal Político que es la Constitución de nuestro país, no debe existir como en la actualidad se da. Es evidente que si el Estado está conformado por el Or

gano judicial y establece la facultad de dirigirse a los demás Organos que lo conforman para promover la función jurisdiccional, el ciudadano que ejercita tal potestad se conturba y está seguro que la fianza de costas desvirtúa la eficacia de la garantía constitucional, por ello es que debe desaparecer de nuestro sistema legal tal institución, ya que no cumple ninguna función procesal que ayude a ser más expedita la administración de justicia, por el contrario, tal institución excluye al Estado y al organismo judicial en el caso de que la parte actora no pueda rendir la fianza de costas, de ejercer plenamente la función jurisdiccional que es expresión de la soberanía misma, pues, una vez declarada la deserción del actor, jamás se sabrá si tenía razón o no en su pretensión.

Por otro lado, el ciudadano que recurre al órgano jurisdiccional competente en el ejercicio legítimo de su derecho, que ha sido garantizado por el Estado mismo, al verse obstaculizado en la promoción de su acción, se sentirá reducido a la impotencia a consecuencia de la existencia y el ejercicio de una facultad que se le concede a la parte demandada, de la que sin reserva alguna se le califica de antijurídica, pero sí de carácter económico como ha quedado demostrado; facultad que conduce, hasta cierto punto, a la negación de su derecho y entonces aquél estará impulsado a hacerse justicia por su propia mano, situación anormal que fundamenta precisamente la existencia del ordenamiento juridico en todo conjunto civilizado. Esa situación de antijuridicidad trata de superar el Estado para preservar el orden social, sin embargo, en ciertos casos, en forma indirecta puede ser impulsada

aquella circunstancia por consecuencia de una fianza de costas procesales que no se pudo rendir, pero que la ley le impuso como obligación al juez que la exigiera.

¿Con la supresión de la fianza de costas, realmente se correrá el riesgo de precipitar una avalancha de demandas temerarias que pongan en peligro de desestabilización el orden social? Es posible, porque como ya se dijo, lo bueno y lo malo es inmanente a todo ser humano. Ya hace mucho tiempo que se dijo que existían rasgos de bondad en el maldado y de maldad en el santo. Pero, tampoco olvidemos que existen casos en el campo del derecho civil en que no se exige la fianza de costas, así como sucede en el campo del derecho penal o del laboral y si este obstáculo legal no existe en ellos tampoco existe el temor de que se precipiten demandas temerarias y la realidad lo ha demostrado.

Pero ¿Existirá entonces otro mecanismo u otro medio técnico que permita el saneamiento moral en las demandas a promoverse en el futuro? El mantenimiento del principio de la buena fe y lo ético en el proceso es algo imperioso y de una lógica exigencia. Entonces creemos, que al establecerse la procuración obligatoria para todo proceso o procedimiento civil se estaría alejando la posibilidad de las demandas temerarias, porque el profesional del derecho que asuma la dirección o procuración de un litigio, se supone, estará obligado en aras de su ministerio profesional a aceptar el patrocinio de una causa justa y a rechazar una maliciosa, ya que su investidura profesional le ha permitido estar imbuido de principios éticos que le impedirán resbalar en la

pendiente de las causas temerarias o maliciosas; además, como medida también de higiene social considero que si el profesional del derecho pone todos sus recursos científicos a favor de la promoción de causas injustas o temerarias contra víctimas no culpables de ninguna transgresión legal, entonces estará causando un perjuicio a sabiendas, no solo moral sino económico, luego, aquél debe ser sancionado juntamente con su patrocinado y por lo tanto, se torna lógico que debe ser condenado solidariamente con su cliente al pago de las costas, daños y perjuicios causados. Esta forma de sanción no es extraña ya en nuestro sistema legal, tal como puede verse en la Ley de Casación en la que aparece la regla de la sanción impuesta al abogado que firmó el escrito de recurrencia. Además, si el profesional del derecho busca intencionalmente evadir las responsabilidades económicas de una condena en costas, entonces hasta determinado número de causas temerarias por él patrocinadas y probado lo artificial de su insolvencia, se procederá a ordenar la suspensión de su ejercicio profesional y hasta un posible encausamiento criminal. Siendo consecuente con esta posición, también es lógico pensar que se debe reglamentar todo un sistema legal que permita a las autoridades judiciales la investigación y determinación de las actuaciones maliciosas o dolosas de los profesionales del derecho, cuya base de estudio será el proceso mismo y cualesquier otra prueba que se aporte o se recoja de oficio.

Así concluyo el presente trabajo de tesis.

---

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- 1 .- Véase el Capítulo IV de esta tesis.
- 2 .- Véase el Capítulo IV de esta tesis.
- 3 .- Compendio de Derecho Procesal Civil, tomo I, p.p., 36-264 -- 284. Hernando Davis Echandía. Editorial ABC, Colombia. Edición de 1978.
- 4 .- Apuntes de Derecho Procesal Civil. Ricardo Mena Valenzuela . Cátedra de 1957. Facultad de Derecho. Universidad de El Salvador.
- 5 .- Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo I, pág., 53. Eduardo J. Couture. Ediciones DEPALMA. Buenos Aires, Argentina. - Edición de 19878.
- 6 .- Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág., 115. Eduardo J. Couture. Edit. DEPALMA. Buenos Aires, Argentina (1978).
- 7 .- Ibid., pág., 44. Davis Echandía.

# I N D I C E

## C A P I T U L O I

Los resultados del proceso civil.- La sentencia.- Lo principal cuestionado en el proceso resuelto en la sentencia definitiva y específicamente sobre la condena en costas. (pág., 1 a 13) .

## C A P I T U L O II

Las costas procesales en materia procesal civil.- Determinación de la naturaleza de las costas procesales.- (págs., 14 a 65).

## C A P I T U L O III

Garantía del pago de las costas procesales.- La fianza y su desarrollo en materia civil.- La naturaleza de la fianza en materia procesal civil como medio de asegurar el pago de la condena en costas procesales. (Págs., 66 a 74).

## C A P I T U L O IV

Mecánica respecto a la petición de rendición de fianza, su procedibilidad, su realización jurídico-procesal y las formas sustitutivas de la obligación.- (págs., 75 a 100).

## C A P I T U L O V

Referencia a los antecedentes legales sobre la fianza en materia procesal civil.- Proyecto del Código Procesal Civil y Mercantil.- (Págs., 101 a 110).

## C A P I T U L O VI

La fianza de costas y su incidente es un factor económico que influencia la materia jurídica.- La petición de rendir fianza atenta contra varios principios procesales y al ejercicio del derecho de acción garantizado por la Constitución Política. - (Págs., 111 a 126).