

7
173
78
JyCS

094735

EJ. 3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**La Fianza de Costas,
Daños y Perjuicios**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

José Heriberto Alvayero

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



1979.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. Eduardo Badía Serra

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Jorge Ferrer Denis

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. Mauricio Roberto Calderón

SECRETARIO:

Dr. Jorge Armando Angel Calderon

TRIBUNALES EXAMINADORES
DE EXAMENES GENERALES PRIVADOS

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. Mauricio Alfredo Clará
1er. Vocal: Dr. Roberto Oliva
2do. Vocal: Dr. Francisco Salvador Tobar

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Dr. Jorge Alberto Barriere
1er. Vocal: Dr. Juan Portillo Hidalgo
2do. Vocal: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. Mauricio Roberto Calderón
1er. Vocal: Dr. Orlando Baños Pacheco
2do. Vocal: Dr. Oscar Quinteros Orellana

ASESOR DE TESIS

Dr. Mauricio Alfredo Clará

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

Presidente: Dr. Carlos Amílcar Amaya
1er. Vocal: Dr. Benjamín Ramírez Pérez
2do. Vocal: Dr. Ismael Castillo Panameño

"Mi Señor, envía tu luz y tu verdad
éstas me guiarán..."

DEDICO ESTA TESIS:

Al Supremo Hacedor de todo lo que existe;
a la memoria de mi padre ALFONSO RIGOBERTO
ALVAYERO, víctima de nuestra civilización,
a mi madre JESUS AGUIRRE DE ALVAYERO y a mis
hermanos JESUS BERTILDA, CARLOS ALBERTO, JUANA ESTELA, LETICIA -
MARINA y ALFONSO RIGOBERTO h.;
a mis abuelas JUANA GODINEZ VILLALTA y MARIANA
SANCHEZ DE AGUIRRE;
a mis tíos Dr. JOSE ARMANDO ALVAYERO y ANGELA
HERNANDEZ V. DE ORELLANA;
a mi esposa ELISA DEL CARMEN CHAVEZ DE ALVAYERO
y a los frutos de nuestras ilusiones KATIUSKA ELIZABETH, MARIANA
LIZBETH y ERIK ALEXANDER;
a todos mis demás parientes y especiales amigos.

Sobre todo, a ELISA, mi fiel compañera, como un
eterno testimonio de mi agradecimiento por su fe y su sacrificio,
sólo ella ha hecho posible la investidura académica que hoy ostento.

INTRODUCCION

"La necesidad de servirse del proceso para obtener la razón -- no debe volverse en contra de quien tiene la razón", dice Chiovenda (La condena en costas, II, Pág.7); y en efecto, la posibilidad jurídica de volernos del proceso para dar satisfacción a una pretensión igualmente jurídica, no debe convertirse en manos de nadie en instrumento para ocasionar molestias a aquél contra quien no se tiene una causa legítima para llevarlo a juicio, ni mucho menos, como un medio para desahogar la mala fe y hacer alarde de una actitud manifiestamente injusta y carente absolutamente de razón.

Un proceso presupone para las partes gastos a veces cuantiosos, los cuales pueden aumentarse considerablemente si alguna de ellas busca hacer valer pretensiones infundadas u opone defensas innecesarias.

Por otro lado tenemos el litigio temerario o malicioso, esto es, aquel en que la injusticia es absoluta y el actor tiene conciencia de que está actuando sin razón. El litigio así incoado puede ocasionar al demandado, además de los gastos propios del proceso, serios daños en su patrimonio económico o moral.

El legislador de todos los tiempos ha ensayado diversas maneras para poner coto a la malicia de los litigantes, pero por otra parte, ha venido a reconocer la naturaleza procesal de los gastos que el proceso requiere en su desarrollo.

La condena al resarcimiento de las costas es sin lugar a dudas, un complemento imprescindible de la declaración judicial del derecho, en otras palabras, es una consecuencia inevitable de la necesidad de servirse del proceso. Se impone la condena al vencido, sin distinguir si fuere el actor o el demandado quien sucumbe.

La condena a la reparación de los daños y los perjuicios, en cambio, se aplica al litigante temerario, es decir, al vencido que ha obrado de malicia o mala fe, o en manifiesta violación de sus deberes procesales.

Uno de los medios que la Legislación ha encontrado y que permite asegurar el cumplimiento de la obligación impuesta por la sentencia, al reembolso de las costas procesales y al resarcimiento de los daños y perjuicios, derivados del proceso, es la rendición por el actor de una caución de estar a las resultas del juicio.

Se nos presenta así, "La fianza de costas, daños y perjuicios", como una manera eficaz para garantizar al acreedor el pago de lo que en tal concepto ha establecido la sentencia a su favor. Su eficacia radica en que el acreedor podrá hacer efectivo su derecho en el patrimonio del fiador, en caso de insolvencia del obligado al reembolso.

El tema: "La Fianza de Costas, Daños y Perjuicios", es el que hemos seleccionado para elaborar nuestra Tesis, previa a la obtención del grado de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Y el cual se desarrolla en las páginas que siguen.

LA FIANZA DE COSTAS, DAÑOS Y PERJUICIOS

CAPITULO I

1.- Acción y excepción.

La acción. La definición legal de la acción.

La excepción. Definición legal de la excepción.

2.- La Relación Jurídica Procesal.

3.- Presupuestos Procesales.

Presupuestos Procesales de existencia y de validez.

4.- Imperativos Jurídicos.

Deberes, obligaciones y cargas de las partes en el proceso.

CAPITULO II

1.- Las Costas. Costas Procesales y Personales.

Notas distintivas de las Costas Procesales.

Clasificación de las Costas Procesales.

2.- Los Daños y Perjuicios.

3.- Distinción entre Costas y Daños y Perjuicios.

4.- Procedencia o improcedencia de la Condena en Costas, Daños y Perjuicios.

La condena en costas, daños y perjuicios.

Teoría Objetiva del Vencimiento Puro y Simple.

Límites de la Teoría Objetiva del vencimiento.

5.- Determinación de las costas, daños y perjuicios.

Procedimiento para su determinación.

a) Visación de Ple-illas de costas.

b) Liquidación de daños y perjuicios.

c) Reconocimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

6.- Aseguramiento del reembolso de las costas, daños y perjuicios.

CAPITULO III

1.- Naturaleza jurídica de la fianza de costas, daños y perjuicios.

2.- Obligación de rendir fianza en el proceso. Regla general. --
Excepciones.

3.- Facultad, oportunidad y forma de pedir la rendición de fianza.

4.- Efectos de la posición de fianza:

a) Providencia judicial que resuelve la petición.

b) Obligación del actor de rendirla.

c) Suspensión del juicio.

5.- Cuantía de la fianza.

Criterios para su determinación.

Recursos.

6.- Rendición de la fianza.

Requisitos.

- 7.- Aprobación o improbación de la fianza.
- 8.- Absolución del actor de la obligación de rendir fianza.
- 9.- Deserción de la acción por incumplimiento de la obligación de rendir fianza. Consecuencias.
- 10.- El desistimiento en el incidente de fianza.
- 11.- Insolvencia del fiador.
- 12.- Manera de hacer efectiva la fianza.
- 13.- Extinción de la fianza.

CAPITULO IV

- 1.- Otros casos en que debe rendirse fianza para garantizar los gastos del juicio.
- 2.- Fianza de los terceros opositores.
- 3.- Fianza del depositario judicial de bienes embargados.
- 4.- Casos especiales de fianza en el juicio ejecutivo.

CAPITULO V

Conclusiones.

Jurisprudencia.

CAPITULO I

1.- ACCION Y EXCEPCION

La convivencia humana da lugar a colisiones entre los miembros de la comunidad, las cuales deben ser reguladas por el Derecho, porque de lo contrario peligrarían la paz, la justicia y el orden dentro de la comunidad misma.

Pero éstas no son colisiones "intersubjetivas puras", o sea de dos o más hombres considerados aisladamente, sino de hombres puestos en relación con un cierto objeto o bien de la vida. Relación que recibe el nombre de "Interés". De aquí que los conflictos sociales vienen a configurar conflictos de intereses.

Es más, la idea de conflicto nos lleva a considerar una colisión de actividades o actitudes; haciéndose referencia con ello a la posición en que se encuentran dos o más hombres, cuando discrepan entre sí en relación con el estado en que se hallan o con las actitudes que asumen. La colisión así considerada, se produce entre una pretensión y una resistencia.(1)

Resumiendo, conflicto no es cualquier oposición de intereses, sino una colisión de ellos que produce efectos antijurídicos. Y en el orden del Derecho, conflicto de intereses equivale a pretensión resistida o a pretensión insatisfecha.(2)

(1) Jaime Guasp. "Derecho Procesal Civil", Tomo I, Introducción y Parte General, Instituto de Estudios Políticos, Madrid - 1963.

(2) Eduardo J. Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Ediciones De Palma, Buenos Aires.1964.

ahora bien, los conflictos sociales suelen resolverse de manera unilateral mediante el ejercicio directo de las razones propias: la guerra, la huelga, el paro, la justicia por propia mano, son claros ejemplos de ello.(3)

También pueden ser resueltos por la regulación voluntaria o sumisión. Esta regulación, puede proceder de la decisión de los propios interesados, mediante la llamada autocomposición, tal como ocurre en los casos de renuncia, desistimiento, allanamiento o transacción. O puede mediante la heterocomposición, proceder de la intervención de un tercero, como en los casos de mediación, buenos oficios, conciliación y arbitraje, y a cuya decisión pueden las partes vincularse en forma obligatoria o conservar la libertad de acatar o desconocer tal decisión.

A falta de una regulación voluntariamente aceptada por las partes para la resolución del conflicto, éste deberá ser resuelto por una regulación coactiva, por acto de autoridad, es decir mediante el proceso.

Las reclamaciones o quejas de un miembro de la comunidad - frente a sus semejantes, pueden devenir o no en conflictos, pero en todo caso deben ser socialmente atendidos, puesto que es misión de toda sociedad humana el mantenimiento del bienestar y el orden entre sus asociados.

Y es el Derecho, el que convierte los problemas sociales en figuras jurídicas. La queja en sentido social se transforma, - pues, en un interés que reclama su protección jurídica; dicho en una palabra, en: pretensión.

(3) Couture, Ob.cit.Íd.;3.

La pretensión ha de concebirse no como una queja cualquiera, sino en sentido jurídico, o sea, como una reclamación formalmente dirigida por un miembro de la comunidad frente a otro, ante el órgano público específicamente creado para tratar de satisfacerla. Esta reivindicación, también en sentido jurídico, supone no dar siempre la razón al reclamante, sino recoger, examinar y decidir por el poder público sobre su queja, actuándola o denegando su actuación. (4)

La actividad destinada a la satisfacción de pretensiones es múltiple, compuesta de varios actos de contenido jurídico propio, encaenados entre sí con arreglo a un orden pre determinado y que adquieren en su continuidad un sentido de desarrollo y desenvolvimiento.

Ese conjunto de actos jurídicos, actos de debate, cuyo fin es dar solución por vía de autoridad a un conflicto de intereses, o lo que es lo mismo, dar satisfacción a pretensiones jurídicas, constituyen el Proceso.

El fin del proceso es en definitiva, dirimir un conflicto jurídico. (5)

Para determinar ese fin, es necesario analizar los poderes jurídicos que permiten a las partes llegar al proceso. Tales poderes son concretamente: la acción y la excepción.

LA ACCION

Históricamente, la instintiva tendencia de hacerse justicia por propia mano va siendo sustituida por la actuación racional y

(4) Couture, Ob.cit. Págs. 10-16

(5) Couture, Ob.cit. Pág. 97.

reflexiva de los órganos de la colectividad jurídicamente organizados.

Y como consecuencia de la supresión de la violencia privada, surge la acción, que viene a ser "en cierto modo, el sustitutivo civilizado de la venganza".(6)

Consecuentemente, la acción funciona merced a la presencia e ingerencia directa del Estado y a su propósito de asegurar la paz y la tranquilidad sociales mediante el imperio del Derecho.

Por eso mismo surge para el súbdito el derecho de reclamar ante el Estado, el despliegue de su actividad tendiente a resolver un conflicto jurídico. Y este derecho debe funcionar sin tomar en cuenta la razón o sin razón del actor. La acción existe y actúa con prescindencia del derecho que el actor quiere ver protegido. "No sólo la pretensión infundada, sino también hasta la temeraria, merece la consideración de la actividad jurisdiccional hasta su último instante." (7)

En sentido procesal, la doctrina (8) señala varias acepciones distintas para el vocablo "acción"; siendo las tres más importantes:

1.- La acción como sinónimo de derecho: Así, al afirmar "el actor tiene acción", se quiere significar que el actor tiene efectivamente un derecho material que el proceso debe tutelar.

2.- Como sinónimo de pretensión. La acción, entendida como pretensión de que se tiene un derecho válido cuya actuación se solicita al tribunal. En esta acepción se emplea al decir: "acción fundada" o "acción infundada", "acción triunfante" o "acción desechada", "acción civil", acción penal".

(6) Couture, Ob.cit.Pág.11.

(7) Couture, Ob.cit.Pág.12.

(8) Couture, Ob.cit.Pág.9-10.

Tal significación, se proyecta en la demanda sustancialmente hablando, como cuando se hace referencia a "demanda fundada o infundada", "demanda de derecho real o de derecho personal".

3.- Acción como sinónimo de facultad de provocar la actividad del órgano jurisdiccional. La acción deviene en el derecho a la jurisdicción, o como de otro modo, se configura un "derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional.(9)

En efecto, la prohibición del ejercicio de la autodefensa en el Estado moderno, ha determinado la exigencia de dotar a sus miembros del poder a facultad de provocar la actividad jurisdiccional para el amparo de sus pretensiones.(10).

La acción viene a constituir un verdadero e innato poder jurídico del individuo, que le permite acudir ante la jurisdicción demandando el amparo de su pretensión; pretensión que puede ser fundada o infundada, lo que no afecta la naturaleza de ese poder jurídico, ya que puede ejercitar acción aún quien se considera asistido de razón sin tenerla.(11).

Modernamente, el criterio de los procesalistas es uniforme: por acción debe entenderse no el derecho material del actor ni su pretensión a que tal derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino precisamente, su poder jurídico de activar la jurisdicción.

(9) Hugo Rocco, "Teoría General del Proceso Civil"; ROMA 1960.

(10) Rafael de Fina y José Castillo Barranaga, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Edit. Porrúa S.A. México 1960, - Tit.IV.Cap.I.

(11) Couture, Ob.cit. Pág.10.

La acción, pues, ha de definirse como "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos de la jurisdicción para reclamar la satisfacción de una pretensión".(12)

La pretensión procesal viene a ser una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un tribunal (órgano jurisdiccional) frente a persona determinada y distinta del autor de aquella declaración.(13)

El actor tiene un determinado derecho material, su pretensión es hacerlo efectivo mediante la demanda judicial y haciendo uso de un poder jurídico que es atributo de su personalidad, reclama el funcionamiento de la jurisdicción.

Así entendido, este poder jurídico tiene un carácter rigurosamente privado y su ejercicio depende exclusivamente de la voluntad de su titular. Pero al mismo tiempo, la comunidad está interesada en la efectividad de ese ejercicio, ya que "mediante la acción se cumple la jurisdicción", o lo que es lo mismo, "se realiza efectivamente el derecho". (14)

En tanto que el individuo ve en la acción "una tutela de su propia personalidad", la comunidad ve en ella "el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de seguridad y de orden". (14)

LA DEFINICION LEGAL DE LA ACCION

Para nuestra legislación procesal civil, la "acción" es el medio legal de pedir en juicio lo que se nos debe".(Art.124 Pr.)

(12) Couture, Ob.cit.14g.66.

(13) Guasp, Ob.cit.Pág.17.

(14) Couture, Ob.cit.Pág.8.

Haciendo a un lado la discusión acerca de la impropiedad técnica que supone definir en Derecho Positivo una institución. Respecto a la definición antes enunciada cabe hacer dos observaciones:

1.-Al configurar la acción como "medio legal", el legislador no hace alusión a su naturaleza. Y como hemos visto, la acción es un poder jurídico autónomo del individuo, que por lo mismo, puede concebirse desprendido del derecho material sobre lo que le es debido.

2.- El concepto, por otra parte, únicamente hace alusión a la petición en juicio de "lo que se nos debe", es decir tendiente a obtener la condena al cumplimiento de una determinada prestación; por lo que no alcanza a comprender los casos en que no se reclama nada que "se nos deba", sino que se persigue una mera declaración de la existencia de un derecho o que sea "apta para hacer cesar un estado de incertidumbre jurídica". Escapan así mismo las peticiones tendientes a obtener la creación, modificación o extinción de un estado jurídico y las de carácter puramente preventivo o cautelar.(15)

La acción civil se materializa en la demanda, que en nuestro Derecho es "la petición en sentido formal que se hace al juez para que mande dar, pagar, hacer o dejar de hacer alguna cosa". (Art. 191 Pr.)

En la demanda pueden interponerse diversas peticiones siempre que sean relativas a la misma acción."También se podrá en una misma demanda usarse de muchas acciones con tal que no sean contrarias".(Art. 198 Pr.)

(15) Couture, Ob.cit.Págs.11-215-222.

Y es con la demanda, vale decir con el ejercicio de la acción, que se inicia el proceso (Art. 190 Pr.), el que en definitiva vendrá a dirimir el conflicto jurídico.

LA EXCEPCION

Si partimos que la acción históricamente considerada, viene a ser el sustitutivo civilizado de la venganza, la excepción, vendrá a ser el sustitutivo civilizado de la defensa.

A un derecho de acción genéricamente entendido corresponde correlativamente un derecho de defensa. Y tanto el actor, por medio de la acción como el demandado, mediante la excepción, tiene un derecho al proceso.

Lo que distingue fundamentalmente la acción de la excepción, es que mientras el actor tiene la iniciativa del litigio, el demandado debe soportar las consecuencias de dicha iniciativa. En el fondo, el derecho de defensa en juicio se manifiesta como un derecho paralelo a la acción.

La excepción, se configura entonces, como una potestad jurídica de defensa adjudicada aún a aquellos que carecen de un derecho legítimo a la tutela jurídica.

Entre las principales acepciones del término "excepción" encontramos:

1.- Como poder jurídico del demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida por el actor, en este sentido, se afirma que la excepción es la acción propia del demandado. "No es tanto el derecho sustancial de las defensas como el derecho procesal de defenderse".(16)

(16) Couture, Ob.cit.Pág.35 y sigts.

2.- Haciéndose referencia a su carácter material o sustancial, como la pretensión del demandado aunque sin hacer alusión a la efectividad del derecho; así se usa en "excepción de pago", "excepción de compensación", con las que el reo pretende que se le libere de la prestación del actor.

3.- Se usa tal denominación para ciertos medios específicos de defensas procesales, mediante los que la parte demandada reclama al juez su absolución de la demanda o la liberación de la carga procesal de contestar la misma.

En el primer sentido equivale a defensa "conjunto de actos legítimos de que se vale el demandado y que tiende a proteger su derecho". (17)

La segunda acepción equivale a pretensión, o sea, el derecho material del demandado.

La última significación se asimila a procedimiento.

La doctrina moderna (18) es unánime en configurar la excepción como "el poder jurídico del demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos de la jurisdicción."

Así como admitimos que la acción es un poder jurídico para activar la jurisdicción y que compete aún a quien carece de un derecho material efectivo, debemos convenir que dispone de la

(17) Guasp, Ob.cit.Pág.23

(18) Couture, Ob.cit.Pág.41.

excepción todo aquel que ha sido demandado en juicio y que es llamado a defenderse. El reo, además, no necesariamente debe tener la razón para poder oponerse a una demanda, es más, puede actuar con conciencia de su sinrazón. Su razón o falta de ella no podrán ser juzgadas en el transcurso del proceso, para no dar curso a su oposición, sino hasta el momento de la sentencia.

El demandado reclama al juez que se le absuelva de la demanda; las consecuencias de su actitud determinarán su responsabilidad, la que será apreciada por el juzgador al pronunciarse sobre el objeto del litigio.

El principio "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio" tiene su plena aplicación en el Derecho Procesal Civil. Con ello se alude sobre todo, a que al demandado se le ha concedido la eventualidad de la defensa. El reo al defenderse, ejerce un derecho que nadie le discute, como tampoco se le discute el derecho al actor cuando ejercita su acción, ya que solamente la sentencia determinará si su defensa es fundada.

DEFINICION LEGAL DE LA EXCEPCION

"Excepción es la contradicción por medio de la cual el reo procura diferir o extinguir en todo o en parte la acción intentada". (Art.128 Pr.)

Así es como configura nuestro Código de Procedimientos Civiles la excepción.

Este medio de defensa al ser ejercido por el demandado puede culminar con la extinción de la acción (excepción perentoria) o bien únicamente diferir o suspender el curso de la misma (excepción dilatoria).(Art.129 Pr.)

El concepto legal está enmarcado dentro de la concepción tradicional, que consideraba la excepción como un simple medio defensivo, que debe ser ejercido por el demandado en contraposición al derecho que pretende el actor. El reo busca con su oposición, según el texto de la ley "extinguir", dejar sin efecto la acción, en otras palabras contradecir el derecho material que el actor pretende hacer valer, con el objeto de que la sentencia lo absuelva totalmente o de un modo parcial - no reconociendo la justicia de la pretensión en toda la extensión en que el demandante la haya formulado. O bien su oposición tiende a obstaculizar provisional o definitivamente, "diferir o suspender", la actividad jurisdiccional provocada por el actor.

El efecto de la excepción puede ser sustancial, de fondo, - cuando al ser acogida se produce la ineficacia definitiva de la acción; o ser de forma, cuando sólo suspende temporalmente el ejercicio de la acción.

Tema importante, es la relación que algunos procesalistas (19) encuentran entre las excepciones y los presupuestos procesales. En efecto, en numerosos casos, la excepción viene a ser un medio muy eficaz de denunciar al Juez la falta de uno o más presupuestos necesarios para la validez del proceso. Así, por ejemplo, la falta de competencia del juez, la defectuosa representación de las partes o la inobservancia de las formalidades que deben atenderse al preparar la demanda, se denuncia respectivamente mediante las excepciones de incompetencia, de ilegitimidad de la persona, y de obscuridad o informalidad de la demanda.

(19) Couture, Ob.cit.Pág.51.

Pero es necesario aclarar que tal relación no es constante. Lo que sí perdura es la decisión del legislador de proveer al demandado de los instrumentos necesarios para defenderse de la acción impetrada por el actor.

Atendiendo a su finalidad, procesalmente hablando, nuestro Derecho distingue entre excepciones dilatorias y perentorias. (Art. 129 Pr.)

Pertenece a la primera categoría, aquellas defensas que se deciden previamente a toda cuestión -in limine litis- y que normalmente, versan sobre el proceso y no sobre el derecho material alegado por la parte demandante. "Tienden a depurar errores que obstarían a una fácil decisión". (20)

Su carácter preventivo es innegable, como ocurre con la litispendencia, la incompetencia, la informalidad de la demanda. Este carácter dilatorio de la excepción ha hecho creer que el suyo sea dilatar o alargar el proceso; cuando lo cierto es que la dilación o postergación en la contestación de la demanda es solamente una consecuencia inevitable y no el contenido de la excepción.

Las excepciones perentorias "no son defensas sobre el proceso sino sobre el derecho "No procuran la depuración de elementos formales de juicio, sino que constituyen la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado". No son objeto de previo y especial pronunciamiento y su resolución se posterga para la sentencia definitiva. (21) (22).

(20) Couture. Ob. cit. Pág. 53.

(21) Couture. Ob. cit. Pág. 54.

(22) Pina y Larrañaga. Ob. cit. IV Cap. II.

LA RELACION JURIDICA PROCESAL.

El proceso supone una actividad generadora de actos jurídicos ordenados, encaminados todos ellos a obtener una resolución jurisdiccional determinada.

La generalidad de procesalistas (23) concibe el proceso como una relación jurídica.

Según Mortara (24) la noción de la relación procesal no es una novedad de la ciencia contemporánea, puesto que se puede deducir de la más antigua y clásica noción del derecho de acción.

Los juristas de la Italia Medieval definían el proceso como actividad de tres personas: el juez, el actor y el reo; y en esta definición va implícita la noción de que el proceso civil contiene una relación jurídica.(25)

Bülow afirma que el proceso tiene en su contenido prestaciones jurídicas y deberes jurídicos, ligando a las partes y al juez en una verdadera relación jurídica.(25)

En efecto, como escribe Chiovenda (26), se produce un estado de incertidumbre durante el examen de la demanda de actuación de la ley; para saber si es o no fundada. En este aspecto deben las partes ser puestas en situación de hacer valer sus razones o derechos; hay por tanto, deberes y derechos dentro del proceso.

(23) Bülow, Kohler, Helwig, Wach, Chiovenda, Ferrara.

(24) Mortara en Manual de Procedimiento Civil.Vol.I, Pág.30,citado por Pina y Larrañaga, Ob.cit.Pág.167.

(25) Pina y Larrañaga, Ob.cit.Pág.167.

(26) Chiovenda,Instituciones del Derecho Procesal Civil.Vol.I Pág. 50, citado por Pina y Larrañaga.Ob.cit.

Según Mortara (24) el proceso es una relación jurídica, porque ésta es la naturaleza propia de toda cooperación de varias voluntades encaminadas a un fin jurídico, con capacidad para alcanzarlo.

Ante todo, la relación jurídica debe entenderse constituida por uno o más sujetos activos, un poder calificado, una esfera de actuación y un objeto determinado (27).

El proceso viene a configurar una evidente relación jurídica, en cuanto que nos encontramos con varios sujetos investidos de poderes determinados por la ley, actuando en vista de la obtención de un fin también determinado. (27).

"Los sujetos son el actor, el demandado y el juez; sus poderes son las facultades que la ley confiere para la realización del proceso; su esfera de actuación es la jurisdicción; el fin es la solución del conflicto jurídico".(27)

La relación es genéricamente entendida como el vínculo que aproxima una cosa a otra. En sentido procesal, la relación jurídica debe entenderse como el vínculo o ligamen que une entre sí los diversos actos procesales. Y más propiamente, en el sentido de ordenación de sujetos, objetos, poderes y esfera de actuación.

Para Calamandrei (28) la relación procesal es la fórmula mediante la cual se expresa la unidad y la identidad jurídica del proceso; permite además comprender la continuidad del proceso, no obstante las vicisitudes y las transformaciones a las cuales puede estar sujeto en su desarrollo.

(27) Couture, Ob.cit.Pág.66.

(28) Piero Calamandrei, "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Pág.269, citado por Pina y Larrañaga.

En cuanto a la forma en que están ordenados los poderes y lígámenes entre los diversos sujetos del proceso, una corriente (29) considera la relación procesal en forma triangular. No se trata solamente de relaciones de las partes al juez y del juez a las partes, sino que también existen vínculos entre las partes, con motivo de la responsabilidad procesal. Esto nos permite entender, por ejemplo, como luego de la condena en costas surgen derechos de regtitución, específicamente procesales, de las partes entre sí.

La relación se caracteriza entre otras, por ser una relación autónoma y compleja, que pertenece al derecho público. (30).

Es autónoma, porque tiene existencia y condiciones propias, independientes de la existencia de la Ley material afirmada por las partes, pues se funda en la ley procesal, norma que obliga al juez a proveer a las demandas de las partes.

Compleja, porque comprende un conjunto de derechos coordinados a un mismo fin. Y es pública, porque el Juez se encuentra frente a las partes como un órgano del Estado, como Poder Público.

En el contenido de la relación jurídica procesal resalta el imperativo o deber fundamental del órgano de jurisdicción, de proveer a las demandas de las partes y realizar todos los actos necesarios en el caso concreto para dar solución al conflicto jurídico planteado.

Las partes tienen ante el Juez el poder jurídico de situarlo con sus peticiones, en la necesidad jurídica de proveer. Pero, correlativamente al deber del Juez de prestar su actividad, incumbe a las partes el deber de actuar con lealtad o buena fe entre sí y con respecto al Juez.

(29) Wach, citado por Couture, Ob.cit.Pág.68.

(30) Chiovenda, Ob.cit.Pág.57.

"La relación procesal se constituye con la demanda judicial, en el momento en que se notifica al demandado, no siendo necesaria la contestación pues pudiera ocurrir que el demandado fuera declarado en rebeldía". Declaración que no impide la tramitación de la demanda, y que el rebeldía pueda ser admitido como parte, en cualquier estado del juicio en que comparezca, prosiguiéndose con su presencia la sustanciación de la demanda.(31)

Según Chiovenda (32), para que pueda constituirse la obligación del Juez de proveer a las peticiones, además de ese acto constitutivo que es la demanda, se requiere la existencia de determinadas condiciones o requisitos de capacidad procesal. Faltando una de tales condiciones, no nace la obligación del Juez de proveer en el fondo.

3.- PRESUPUESTOS PROCESALES.

Lo que se ha dejado últimamente afirmado por Chiovenda, nos lleva a analizar brevemente la Teoría de los Presupuestos Procesales.

Los Presupuestos Procesales, pueden ser definidos como aquellos antecedentes o condiciones necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal. (33).

Son supuestos previos al juicio y constituyen la base necesaria para que el proceso exista y tenga plena validez formal; su falta produce la inexistencia jurídica del proceso, y éste degenera en una simple serie de hechos carentes de eficacia jurídica.(33).

(31) Pina y Larrañaga.Ob.cit.Pág.171.

(32) Chiovenda,Instituciones, Ob.cit.por Pina y Larrañaga.

(33) Couture, Ob.cit.Pág.47.

PRESUPUESTOS PROCESALES DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ.

La doctrina distingue entre dos categorías de Presupuestos Procesales: los de existencia y los de validez.

Los Presupuestos para la existencia del proceso, fundamentalmente son:

- 1) La proposición de una demanda judicial;
- 2) Un órgano dotado de jurisdicción;
- 3) Partes que se presenten como sujetos de derecho.

Ya anteriormente hemos dicho que en nuestro Derecho, la acción civil se materializa en la demanda, entendida como la petición inicial que se hace al Juez para que, previa la producción de la prueba que se ofrece aportar, se condene al demandado a que cumpla con lo pretendido por el actor. Demanda que puede ser interpuesta de palabra o por escrito (Arts. 191, 192 Pr.) pero en todo caso ante el Juez instituido para conocer de ella y por el titular del derecho jurídicamente protegido o por sus representantes legales (Art. 193, 194 Pr.).

Cumplido este mínimo de requisitos para la existencia del proceso, el órgano jurisdiccional debe pronunciarse en forma definitiva acogiendo o rechazando las pretensiones del actor.

Ahora bien, si el órgano conociere sin petición de parte en los casos en que no está facultado a conocer de oficio, o si la demanda fuere interpuesta ante quien ha dejado de ser Juez o interpuesta por quien no es parte, no puede haber pronunciamiento con respecto a las pretensiones de los litigantes, puesto que el proceso, en tales circunstancias, no existe.

En estos casos de falta de presupuestos para la existencia del proceso, no se realizan actos jurídicos sino simples hechos jurídicos. Y el proceso no se desenvuelve con hechos sino mediante la actividad de las partes y del Juez, dominada por la voluntad jurídica.

Los presupuestos para la validez del proceso se refieren a su eficacia y no a su existencia. Si faltan estos requisitos, la relación jurídica procesal puede existir, aunque más tarde sea declarada nula. Los actos realizados tienen existencia jurídica, no obstante carecer de validez.

Entre estos presupuestos podríamos señalar, a manera de ejemplo:

- 1) Que la demanda judicial llene los requisitos de forma y de fondo que la ley exige.
- 2) Que el Juez ante quien se interpone la demanda sea el competente para conocer de ella.
- 3) Que esté legitimada la persona de las partes.

Cuando se interpone una demanda que carece de alguno de los requisitos que la misma ley establece (Arts. 193 al 197 Pr.) el Juez puede mandar que se llenen dichos requisitos negándose en tanto a admitirla.

Admitida una demanda en tales condiciones, el demandado, al contestar el traslado, puede exigir que se enmienden los defectos de que adolece la demanda.

Entendemos que en este caso el proceso existe, aunque sin perjuicio de que el tribunal se abstenga de continuar resolviendo hasta que no se subsanen los vicios.

Lo mismo sucede si el juicio fué seguido ante un Juez incompetente, el proceso puede tener existencia aunque después sea declarado nulo.

También puede ocurrir que un proceso fuera iniciado por alguien que invocó la representación ajena y que en el curso del mismo cese esta representación, sin que el Juez ni la contraparte se percaten de esta situación; el juicio fué válido en su inicio pero se volverá nulo a partir de la invalidación del mandato.

En los casos anteriores, insistimos, no nos encontramos ante la inexistencia del proceso, sino ante su nulidad, la cual supone precisamente que los actos han existido. Recuérdese que el orden jurídico concede eficacia a los actos nulos, pero la niega en forma absoluta al acto inexistente, el cual no surte efecto ni puede producir efecto jurídico alguno.

Resumiendo, la falta de presupuestos de validez, no impide el pronunciamiento del tribunal el cual procede siempre, bien declarando la incompetencia, rechazando la demanda, o bien mandando subsanar los actos nulos.

4.-IMPERATIVOS JURIDICOS.

DEBERES, OBLIGACIONES Y CARGAS DE LAS PARTES EN EL PROCESO.

Entre los imperativos jurídicos encontramos tres categorías: deberes, obligaciones y cargas.

Deberes, son aquéllos instituidos en interés de la Comunidad.

Obligaciones, las que se han instituido en interés de un acreedor.

Cargas, imperativos que se determinan en razón del propio interés.

Todos estos imperativos adquieren un carácter muy particular dentro del proceso.

Así, los deberes procesales, se encuentran establecidos en favor de una adecuada realización del proceso. Más bien en interés de toda la comunidad, que en interés propio de las partes individualmente consideradas.

Pueden imponerse directamente a quienes actúan como partes en el proceso (veracidad, lealtad, probidad) o a los terceros (deber de declarar como testigo, de actuar como perito una vez juramentado en el cargo.) Así como también pueden referirse a los magistrados y funcionarios judiciales en general (deber de residir en el lugar de asiento del tribunal, deber de asistir diariamente a prestar sus servicios).

Esta clase de deberes se hacen cumplir mediante sanciones de carácter personal, como el arresto del testigo remiso a declarar; de carácter pecuniario, como la multa impuesta al perito que no rinde en tiempo su dictamen; o de carácter funcional, como la suspensión o pérdida del empleo.

Las obligaciones procesales representan prestaciones que, con ocasión del proceso, se imponen a las partes.

Según Couture, (34) existe una responsabilidad procesal, derivada del abuso de los derechos de acción o de defensa. El daño causado por ese abuso, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena en costas, daños y perjuicios. Tal condena se perfila así como una forma de imponer por acto de la autoridad judicial, una obligación, cuya naturaleza de origen procesal es innegable.

(34) Couture, Ob.cit.Pág.119.

Este tipo de obligaciones pueden derivar también de los actos dispositivos, como el alianamiento del reo a la demanda o el desistimiento del actor.

La omisión en el cumplimiento de las obligaciones procesales por una parte, genera una responsabilidad subjetiva o voluntaria, y por otra parte, la obligación insatisfecha crea un derecho en favor del acreedor, quien puede exigir su cumplimiento forzoso.

El proceso genera también obligaciones de tipo económico - frente al Erario, derivados de los tributos que deben pagar las partes en virtud de la relación jurídica procesal.

La carga procesal representa una conminación o compulsión a ejercer el derecho. Es un imperativo del propio interés, pues quien tiene sobre sí la carga se halla compelido a realizar el acto previsto. La carga se configura como una "situación embarazosa que grava el derecho del titular" y éste puede desembarazarse de ella sólo cumpliendo.

El litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar de bien probado, pero al mismo tiempo tiene la carga de hacerlo, porque de lo contrario, si no lo hace oportunamente, - corre el riesgo de que se falle el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin conocer sus conclusiones.

El es libre de actuar o de no hacerlo, pero de su conducta procesal derivan consecuencias perjudiciales que tienen las siguientes particularidades:

1.- De la carga insatisfecha puede nacer un perjuicio única y exclusivamente para quien dejó de satisfacerla.

2.- La falta de cumplimiento de la carga genera una responsabilidad objetiva. El efecto previsto de la inactividad se pro-

duce aún sin la voluntad del adversario, quien no necesita gestionar de ningún modo y sin que se constituya un derecho a su favor.

El proceso avanza mediante cargas impuestas a las partes, de allí la relación estrecha existente entre carga e impulso procesal.

La Ley procesal insta a la parte a realizar los actos, bajo la conminación de seguir adelante en caso de omisión. Impeliendo a comparecer, contestar, probar, bajo la amenaza de no ser escuchado. La omisión podrá beneficiar, de manera indirecta, la condición del adversario, pero no le otorga derecho alguno, por ejemplo de que se falle el juicio sin la prueba del demandado. Esto último sería la consecuencia de la inactividad del conminado a actuar. Recuérdese que en el proceso dispositivo, existen reglas o normas no solamente para el Juez, sino también para que las partes produzcan las pruebas de sus hechos, al impulso de su interés en demostrar la verdad de sus respectivas proposiciones. Se crea así para cada uno de los litigantes una situación perjudicial de no creerse sus afirmaciones caso de no ser probadas; ellos se desprenden de esa situación, demostrando la verdad de lo afirmado.(35).

(35) Couture, Ob.cit.Pág.121.

CAPITULO II

1.- LAS COSTAS.

La actividad de los sujetos que intervienen en el proceso causa una serie de gastos, cuyo monto depende de la duración y complejidad del proceso mismo.

Así, por la prestación de la administración de justicia, surgen gastos para el Estado. La actuación de las partes supone también un desembolso pecuniario que no se produciría si no tuviesen que ocurrir al pleito judicial; desembolso que afecta también a los terceros que se ven precisados a contribuir al desarrollo del mismo.

Los gastos procesales son, en definitiva, "todas las inversiones o desembolsos de carácter económico que reconocen, de una manera más o menos inmediata, al proceso como su causa generadora" (36).

Los gastos procesales, gastos del juicio o "litis-expensas", suelen clasificarse, doctrinariamente, en tres categorías:

a) gastos necesarios: aquéllos sin los cuales no puede sustanciarse o desenvolverse el proceso de un modo ventajoso para el litigante;

b) gastos útiles, los que sin tener el carácter de necesarios al momento de producirse, han contribuido eficazmente al éxito del litigio:

c) son gastos voluntarios, cuando se hacen sin necesidad o por simple comodidad de la parte, de manera que no realizándolos

(36) Guasp, Ob.cit. Cap.II Efectos Económicos del Proceso.

no se pone en peligro la tutela jurisdiccional de los derechos. A menudo se les conoce también como gastos superfluos.(37)

Las costas procesales, vienen a ser una parte de esos gastos necesarios, producidos por una gestión procesal normal y que deben ser satisfechos por las partes, en tanto que son producidos por sus actuaciones o por las que ordenadas por el Tribunal resultan en su provecho.

Dicho de otra manera "por costas procesales 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 (los gastos) no puede éste legalmente concluirse.(38)

O lo que es lo mismo, vienen a ser "aquella porción de los gastos procesales cuyo pago recae sobre las partes que intervienen en un determinado proceso y reconocen a este proceso como causa inmediata o directa de su producción".(39).

Las costas procesales deben ser satisfechas por cada una de las partes, si resultaren de las actuaciones que personalmente realicen o que realice el Juzgado a su solicitud, y asimismo de las causadas por las diligencias ordenadas de oficio que las aproveche.

Proveerán en común, los gastos de las actuaciones solicitadas de consuno o que siendo de oficio las beneficie a todas.

(37) Ricardo Reimundín, "La condena en costas en el Proceso Civil". Editor Víctor P De Zavala, Buenos Aires, 1956, Pág.13.

(38) Eduardo Pallarés "Diccionario de Derecho Procesal Civil" Pág.184.

(39) Guasp, Ob.cit.Pág.565.

Son notas distintivas de las costas procesales.

1.- Vienen a ser una especie de un género más amplio que abarca todos los desembolsos de carácter económico que el proceso puede producir;

2.- Su pago recae sobre las partes que intervienen en el proceso. Es un gasto particular que pesa sobre el actor o el reo. Las partes no responden por el gasto general que un proceso lleva consigo, puesto que es el Estado quien atiende a la satisfacción de este gasto con el conjunto de sus ingresos;

3.- Las costas reconocen a un proceso concreto como la causa inmediata y directa de su producción. Esto nos permite distinguir entre las costas procesales y la indemnización de los daños y perjuicios que puedan haberse ocasionado en virtud de un litigio malicioso y temerario. Distinción que analizaremos en su oportunidad.

COSTAS PROCESALES Y PERSONALES

Nuestra ley hace una distinción de las costas en procesales -propiamente dichas- y en personales.

Entiendo que tal distingo obedece a que el legislador quiso separar los gastos necesarios, indispensables para el normal desarrollo del proceso, de los gastos meramente útiles, que aunque contribuyen al éxito del proceso son más bien en beneficio de la parte que los causa y carecen de la calidad de imprescindibles - para el desenvolvimiento del proceso mismo.

Costas Procesales. De conformidad al Código Salvadoreño de Procedimientos Civiles (Art.1257 inc. 2 Pr.).....se entiende que

son costas procesales entre otras: "los derechos de oficina, los honorarios de peritos, abogados y procuradores, los derechos de los depositarios en su caso, los de los interventores y curadores especiales y el valor del papel sellado". "Los demás gastos que ocasione el juicio se entenderán costas personales".

Y de acuerdo al Arancel Judicial (40) son además costas procesales: "...los derechos que corresponden a los jueces ejecutores de embargo, pregoneros, valor de los avisos judiciales, indemnización de testigos, etc." (Art.60 inc. 1 final Arancel).

Se ha discutido si estas costas que menciona dicho Arancel son procesales o no lo son, debido a que ya el Código de Procedimientos Civiles (Art.citado) enumeró en forma taxativa las que debían considerarse costas procesales y el Arancel fué decretado con posterioridad al Código.

Un procesalista Salvadoreño (41) es del criterio que sí son costas procesales las que señala el Arancel Judicial porque "de acuerdo con las reglas de interpretación, aplicación y derogación de las leyes, las leyes especiales, como la del Arancel Judicial, prevalecerán sobre las generales y las nuevas leyes derogan tácitamente a las anteriores y las dejan vigentes únicamente en todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley, Arts. 20 inc. 2, 50 y 51 C....."

CLASIFICACION DE LAS COSTAS PROCESALES.

Valiéndonos de la doctrina (42) podemos intentar la clasificación de las costas procesales -estrictamente- en tres cate-

(40) Arancel Judicial, decretado 14 marzo 1906, D.O.No.113 de 16 de mayo de 1906.

(41) Dr.Francisco Arrieta Gallegos, "Fianza de Costas, daños y perjuicios", publicaciones Facultad de JJ y CC.Universidad de El Salvador.Pág.5.

(42) *Idasp*.Ob.cit.Pág.575.

rías, según que representen una obligación que pesa sobre las partes frente al Estado, frente a los componentes del órgano jurisdiccional o frente a los procuradores de las partes mismas.

1) En primer lugar se incluye lo que en otras legislaciones se conoce como "impuesto judicial", o sea, la contribución que soportan las partes en cuanto titulares de las actividades que desarrollan u obligan a desarrollar en el proceso. El modo de hacerlo efectivo consiste en aplicar a los gastos procesales la ley tributaria que grava los actos jurídicos documentados.

Así en nuestra legislación, la demanda debe estar en el papel sellado que corresponda al valor de la acción intentada (Art. 195 Pr.), al igual que todos los escritos de las partes (Art. 1250, 1271 Pr.), las diligencias se escriben en el papel del valor correspondiente, según la naturaleza del juicio (Arts. 475, 1291 Pr.) y es proporcionado e reintegrado por las partes (Arts. 1272, 1291 Pr.). El valor del papel sellado empleado constituye parte de las costas procesales (Arts. 1257, 1295 Pr.).

2) En el segundo caso se comprenden los gastos que pesan sobre las partes frente a los componentes del órgano jurisdiccional.

Por disposición constitucional (Art. 85 Cn) la administración de justicia será siempre gratuita y los sueldos de los Funcionarios y empleados judiciales son pagados por el Estado.

Por lo que los derechos de oficina, así como los honorarios de los conjuces y de los jueces, de los pregoneros y de aquellos peritos dependientes del Poder Judicial -como los médicos forenses- ya no constituyen costas procesales. (43)

(43) Los jueces y personal subalterno son pagados por el Tesoro en el Ramo del Poder Judicial y para el caso de los jueces de Paz, que eran -los únicos funcionarios respecto de los cuales, el Código de Procedimientos Civiles (Arts. 507 y 508 Pr.) regulaba "derechos" por sus actuaciones judiciales, el Decreto Legislativo publicado en el Diario Oficial del 8 de enero de 1948, respecto a los de San Salvador, y Decretos posteriores en relación a los de las demás poblaciones los incorporó como funcionarios cuyos sueldos son a cargo del Estado.

Más conveniente es señalar como una segunda categoría de costas procesales, los gastos de las partes con relación a otras personas que realizan una actividad que contribuye grandemente al normal curso del proceso. Entonces incluiríamos aquí los derechos de los depositarios (Arts. 629, 630, 679 Pr. y 52 Arancel) y de los interventores judiciales (Art.556 Com.), de los curadores y defensores especiales (Art. 1257 final, 1295 Pr.) (Art.51 Arancel), de los jueces ejecutores de embargo (Art.53 Arancel) y la indemnización de peritos (Arts.47 a 50 Arancel, 365 Pr.) y de testigos (Art.329 Pr.). Caben también los honorarios de los asesores (Arts.31 Arancel, 94 y 503 Pr.)

3.- En el último grupo se incluyen los honorarios de los abogados y procuradores de las partes.

Al respecto, debe hacerse la siguiente distinción: Abogados, son los que dirigen y asesoran, formulan sus escritos y peticiones, las que autorizan con la propia firma y sello, y se imponen de las actuaciones del proceso. (Arts.86 a 90, 104 Pr.)

Son procuradores los que comparecen a juicio en representación de las partes, gestionan a nombre de éstas y su mandato se constituye mediante un Poder otorgado con las formalidades legales. (Arts.98 a 122 Pr.)

Unos y otros están en libertad para contratar con sus clientes los honorarios que deben devengar en el asunto o asuntos de que se hagan cargo; pero este convenio no obliga a la parte contraria, aunque haya sido condenada en costas, sino que para hacer efectivo su importe contra ella deberán calcularse conforme al Arancel Judicial. (Arts.20 y sigts. Arancel.)

Fuera de las costas enunciadas por las disposiciones comentadas, las demás son COSTAS PERSONALES y deben ser cubiertas por -

cada una de las partes; como los gastos que se hacen para trasladarse al lugar del juicio cuando el reo fué demandado en un lugar distinto al de su domicilio en virtud de un título diferente de competencia; el pago de multas impuestas por violación de la Ley de Papel Sellado y Lumbres, en la preparación de instrumentos que se harán valer en juicio; los gastos que ocasione la reposición de diligencias a su costa, etc.

Siempre que haya una condenación en costas se debe entender que solamente son las procesales; las costas personales van comprendidas únicamente cuando se mandan resarcir los daños y perjuicios. (Art. 1257 inc. 1 Pr.).

Aún en el caso de las costas procesales, sólo existe obligación al resarcimiento de aquellas que la parte victoriosa cubrió o debió cubrir con arreglo a Arancel, pero no cuando nada ha erogado.

2.- LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

3.- DISTINCION ENTRE COSTAS Y DAÑOS Y PERJUICIOS.

La Teoría del resarcimiento de los daños y perjuicios causados por culpa o negligencia, en el incumplimiento de las obligaciones, o en su cumplimiento imperfecto o retardado, impera en forma absoluta en el ámbito del Derecho Civil. (Arts. 1426 a 1430 C.)

Esta Teoría ha tenido cierta aplicación en el Derecho Procesal, por cuanto pueden surgir daños y perjuicios para una persona que ha sido demandada por un litigante que ha actuado temerariamente o de mala fe manifiesta.

Los daños y perjuicios, entonces, "tienen un carácter extra procesal y están formados por el daño emergente y el lucro cesante que la parte sufra en su patrimonio económico o moral, como consecuencia directa del juicio." (44).

La figura del litigio temerario o malicioso, ha permitido que en la legislación se distinga entre obligación de reembolso de las costas y obligación de resarcimiento de los daños.

"Litigio temerario, es aquel en que la injusticia es absoluta por estar hasta en la intención misma del que litiga: la temeridad consiste en tener conciencia de la injusticia, o sea de no tener razón" (45).

El litigante temerario propone pretensiones o defensas sabiendo que carecen de fundamento.

La obligación de reembolso de las costas comprende únicamente los gastos ocasionados necesariamente por el desarrollo del proceso y cuyo pago el juez ha ordenado efectuar.

La obligación de resarcimiento de los daños, surge en virtud de condena por litigio temerario y tiene el mismo fundamento que el resarcimiento civil ordinario; la culpa o negligencia. Comprende además de las costas procesales, la indemnización del lucro cesante y de los gastos emergentes no estrictamente procesales.

La condena en costas, se traduce en una responsabilidad normal para el litigante, de satisfacer las costas en que incurrió su adversario, no obstante que no pueda imputársele negligencia o

(44) Arrieta Gallegos, Ob. cit. Pág. 7 (1427 C).

(45) José Chiovenda, "La Condena en Costas" No. 319.

mala fe. Su fundamento es puramente objetivo: el vencimiento en el proceso; de allí el adagio jurídico "el vencido debe reembolsar las costas ocasionadas al vencedor".

La condena por daños, en cambio, supone una responsabilidad agravada del vencido, que actuó en el proceso con mala fe o culpa grave. Su fundamento, entonces, es subjetivo y se le encuentra precisamente "en la conciencia de la propia sin razón por parte de quien sostiene tener razón" (46).

La condena en daños procede también por las trasgresiones a los deberes de veracidad, lealtad y probidad en la sustanciación del proceso.

Un tratadista encuentra que la "justificación racional de la condena en costas se halla en el carácter objetivo del vencimiento y se basa sobre el concepto que ve en la condena un hecho típicamente procesal (en otras palabras, regulado por normas procesales) el cual es indudablemente un complemento imprescindible de la declaración judicial del derecho, es decir, una consecuencia inevitable de la necesidad del proceso".(47)

Pero, en verdad, la necesidad de servirse del proceso no debe resultar en perjuicio de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio.

A través de la historia, se ha venido afincando la naturaleza procesal de la condena en costas, en relación con la responsabilidad de las partes ante el proceso.

(46) Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil" No.175, citado por Reimundín, Ob.cit. Pág.13.

(47) Couture, "Estudios de Derecho Procesal Civil". Tom.I Pág.44 y "Fundamento del Derecho Procesal Civil," Pág.210.

En efecto, cronológicamente hablando, pueden distinguirse - los siguientes períodos: (48)

- 1.- No tenía lugar el reembolso de las costas.
- 2.- La condena se impone al actor temerario vencido.
- 3.- Se imponen las costas al vencido temerario; es decir, privando más el propósito de castigar la temeridad.
- 4.- Condena al vencido, necesariamente, por el hecho de serlo. (Lo que se conoce como vencimiento puro y simple).

En las legislaciones modernas, se hace distinción entre la condena en costas procesales para el vencido, sin distinguir si fuera el actor o el demandado, y la condena a la reparación de los daños y perjuicios, para el litigante temerario, es decir para el vencido que ha obrado de malicia o mala fe, o en manifiesta violación de sus deberes procesales.

4.- PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS.

LA CONDENA EN COSTAS, DAÑOS Y PERJUICIOS.

Punto importante en nuestro estudio significa delimitar, en primer término, la naturaleza jurídica de la condena en costas. Debiendo aclararse que si nos referimos a este tipo de condena - únicamente, es por cuanto, como lo hemos dejado expuesto antes, - el desarrollo de su naturaleza procesal ha sido azaroso y tiene un fundamento absolutamente diferente a la condena por daños y - perjuicios causados en virtud del proceso, en que su carácter de sanción a una conducta procesal dañina del litigante es evidentísima.

(48) Chioventa, La Condena en Costas. Ob. cit. Págs. 133, 134, 192 "Perpetuatio jurisdictionis".

Fué más fácil al legislador concebir la naturaleza procesal de la condena al resarcimiento del daño causado por un litigante temerario, que llegar a considerar la necesidad procesal de imponer el reembolso de las costas causadas en el juicio, al litigante que ha sucumbido, por el simple y puro hecho del vencimiento.

Respecto pues, a la naturaleza jurídica de la condena en costas la doctrina se ha dividido en dos direcciones principales:

I) Corriente de orientación civilista. Para la que la responsabilidad del vencido debe determinarse de acuerdo a las disposiciones del Código Civil, ya que es una institución de Derecho Privado que la legislación Procesal ha incorporado. Encuentra el fundamento de esta responsabilidad en los principios que regulan los actos voluntarios, los contratos, cuasidelitos civiles, y la responsabilidad por culpa.

II) La corriente de orientación publicista que incluye el grupo de teorías, entre las que destacan aquellas que consideran la condena como medida de orden público, es decir, como una pena, no tanto de carácter privado por la violación consciente de un derecho ajeno, cuanto de carácter público por el hecho de utilizar abusivamente del proceso con el mismo fin; las teorías que la consideran como una sanción de conducta procesal (pena disciplinaria); y las denominadas Teorías Objetivas, estando principalmente entre éstas, la del resarcimiento por riesgo y la del vencimiento puro y simple.(49)

(49) Reimundín, Ob.cit.Págs. 25 y 26.

-Así encontramos que para la DOCTRINA FRANCESA, prevalece el principio de que la condena en costas es una indemnización para el vencedor, un resarcimiento ordinario de daños e intereses. Adherida a la teoría del resarcimiento por riesgo, funda su explicación con referencia a la culpa o a la presunción de culpa. Su fundamento jurídico es "Las costas del juicio están a cargo de la parte vencida". Debido a esta concepción, es que los tratadistas y la jurisprudencia se han pronunciado por la prevalencia de las disposiciones del Código Civil sobre las del Código Procesal Civil que le sean contrarias u opuestas en el sentido expresado. (50).

La DOCTRINA ITALIANA, en cambio, sostiene que "el vencedor debe salir indemne del litigio, porque de un lado el interés del comercio jurídico exige que los derechos y los patrimonios tengan un valor posiblemente cierto y constante y no ya cargado con los gastos necesarios para su eventual defensa; y de otro lado, la administración de la justicia faltaría a su cometido y la seriedad misma de esta función del Estado resultaría comprometida si el mecanismo ordenado a fin de actuar la ley, debiese funcionar a costa de quien tiene la razón".(51).

La condena en costas está regulada por principios estrictamente procesales y la razón de existir de la institución se encuentra en la relación existente entre el reconocimiento de un derecho y los gastos necesarios para ese reconocimiento. Dicha condena constituye para el vencido una reparación: los gastos que el reconocimiento judicial llevó consigo deben reintegrarse al patrimonio del titular del derecho, a fin de que el medio empleado

(50) Reimundín, Ob.cit.Pág.55.

(51) Reimundín, Ob.cit.Pág.57.

para su reconocimiento no produzca una disminución del derecho mismo. (52).

Otro argumento sostiene que la obligación de reembolso de las costas tiene un carácter absolutamente procesal, no sólo porque se deriva de la actividad procesal, sino sobre todo, porque tiende a la justa composición del litigio. Si el daño causado por el proceso a aquella parte que tiene razón no le fuese resarcido por la parte que carece de ella, el litigio no quedaría "justamente compuesto".(53)

La condena en costas significa, para la DOCTRINA ALEMANA, que una de las partes debe reembolsar al adversario las costas que se le han originado. Esta obligación es de Derecho Privado aunque se encuentre regulado por la ley procesal.

Esta condena no es una pena ni un resarcimiento ordinario de daños, sino solamente de los gastos necesarios.

La obligación de reembolso viene a ser, no obstante, no la consecuencia de una culpa, sino la consecuencia ligada por la ley a la causación de un proceso sin éxito.(54)

Ante la omisión en la Ley de Enjuiciamiento Civil de regulación sobre condena en costas, la DOCTRINA ESPAÑOLA sostiene que el concepto de las costas es puramente procesal y que este carác-

(52) Chiovenda, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Tomo I, Pág.175, citado por Reimundín, Ob.cit.

(53) Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", Tomo II, Pág.352, citado por Reimundín Ob.cit.

(54) Goldschmidt, "Derecho Procesal Civil", Pág.214, cit.por Reimundín. Ob.cit.

ter deriva principalmente de que la sentencia es su único título constitutivo: son causadas por el proceso y tienen existencia jurídica desde el momento en que aquellas las impone.(55)

En nuestro Derecho, las costas tienen un marcado significado procesal y se regulan en el Código de Procedimientos Civiles y en el Arancel Judicial. No tienen una función penal, aunque excepcionalmente, como ocurre con las costas personales, en caso de condena al pago de los daños y perjuicios, revisten junto con éstos un carácter de sanción de conducta procesal.

Constituyen una indemnización de gastos por la consecuencia normal de haber sostenido un proceso sin éxito o por haberlo abandonado; y aún en el caso de resarcimiento de los daños y perjuicios producidos por un obrar malicioso e ilícito, se configura como indemnizaciones especiales, distintas a las del Derecho Privado y se encuentran reguladas por principios procesales propios.

La condena en costas viene a establecer para el reo o para el actor que sucumbe, la obligación de reembolsar las costas procesales en que ha incurrido la parte contraria.

Si no hay condena, cada parte cargará con sus propios gastos.

La sentencia. (su ejecutoria) en que conste la liquidación de las costas, constituye un verdadero título ejecutivo, que habilita para perseguir su reembolso forzoso.

(55) Beceña, "Costas en el Procedimiento Civil"; Sentís Melendo, "Costas. Examen de Jurisprudencia reciente", ambos citados por Reimundin, Ob.cit. Págs. 60 y 61.

TEORIA OBJETIVA DEL VENCIMIENTO PURO Y SIMPLE.

Chiovenda (56), expositor principal de la Teoría, hace surgir la obligación de reembolso de las costas en la condena absoluta e incondicionada del vencido.

Encuentra dos notas características que diferencian el reembolso de costas del resarcimiento de daños y perjuicios: La primera, es que la condena en costas no está subordinada a la temeridad ni a la culpa del vencido, sino que únicamente requiere la "condición objetiva del vencimiento".

La segunda, la hace consistir en que la reparación no necesita ser pedida por el perjudicado, sino que es declarada de oficio por el juez junto con el derecho que se ventila.

El fundamento general y constante de la Teoría se encuentra en que como la actuación de la ley civil requiere de tiempo y gastos, es preciso impedir que aquel que necesite servirse del proceso para obtener la razón, sufra menoscabo en su patrimonio como consecuencia de lo prolongado y costoso del mismo.

Y su característica esencial consiste en hallarse condicionada la obligación al "vencimiento puro y simple" y no a la intención ni al comportamiento del vencido.

La adopción de la Teoría que nos ocupa, obedeció históricamente a la influencia de dos hechos concomitantes: por una parte, la dificultad de comprobar la mala fe, malicia o culpa del litigante; y por otra, la concepción cada vez más generalizada de los procesalistas, de que los gastos del proceso representan una disminución del derecho litigioso y que debe resarcirse juntamente con el derecho declarado.

(56) Chiovenda, La condena en costas.Ob.cit.

LIMITES DE LA TEORIA OBJETIVA DEL VENCIMIENTO.

La regla fundamental de la condena en costas, como ya vimos, la constituye el vencimiento, pero con ello se hace alusión, lógicamente, sólo a las partes que han intervenido como elementos activos del proceso. Dejando por fuera la imposición para el juez y los procuradores de las partes, de las costas resultantes por causas que les son imputables, como la nulidad del proceso, por ejemplo.

Tratándose de las partes, la condena tiene en principio un fundamento objetivo, cual es el vencimiento; mientras que la imposición a las demás personas que intervienen en el proceso tiene un fundamento subjetivo, culpa, negligencia, mala fe, y su carácter es de una sanción.

La teoría del vencimiento puro y simple tiende a justificar la norma por la cual el vencedor recibe del vencido lo pagado por concepto de costas, pero no explica por qué en algunos casos hay imposición de costas al vencedor y la condena a los terceros; tampoco aclara el por qué puede resultar una condena parcial de las costas para las partes.

Hay que tener en cuenta, que en casos particulares las costas se imponen a los litigantes en base a un fundamento distinto al vencimiento.

En efecto, como lo nota el mismo Chiovenda (57), "el principio de la culpa, que no influye para la responsabilidad del vencido, conserva por el contrario toda su eficacia en relación con

(57) Chiovenda, La Condena en costas, Ob.cit.Pág.314. No.165.

el vencedor". "Tener un derecho con facultad de hacerlo valer y de obtener su declaración, no autoriza a llevar impunemente, a juicio al deudor o persona obligada a respetarlo, si la actitud del obligado no lo ha hecho necesario. No autoriza tampoco, para acumular un verdadero lujo de precauciones, los elementos ofensivos o defensivos, ni a prolongar innecesariamente el proceso, o a coartar, también sin necesidad, el derecho de defensa del adversario. En tales casos, el vencedor, no obstante serlo, debe sufrir las consecuencias tanto del proceso como de las actuaciones que por su culpa, o sea sin utilidad, se llevaron a cabo, debiendo soportar las propias costas y reintegrar las del contrario".

La malicia, la temeridad y la culpa son los principios que hay que atender cuando se quiere imponer una sanción procesal al que litiga "abusando de su derecho o sin necesidad". "Los conceptos de necesidad, de falta de litis y de abuso del derecho, señala la Sentís Melendo, pueden considerarse como las tres piedras de toque más importantes cuando se trata de determinar con carácter general, la posibilidad de imponer costas al vencedor".(58).

PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS.

Como hemos visto, la teoría del vencimiento, exige la presencia de una parte vencida (aquella en contra de la cual se declaró el derecho); que bien puede ser quien actuó como actor o como demandado. Este vencimiento conlleva la condena en costas al derrotado.

La condena en costas supone necesariamente la existencia de un litigio, es decir, que exista un conflicto entre dos esferas -

(58) Reimundín, Ob.cit.Pág.34.

individuales, una de las cuales exige algo a costa de la otra. Basta la contraposición de dos partes respecto de una relación jurídica cualquiera cuya solución solamente puede conseguirse con la intervención del órgano jurisdiccional.(59).

El litigante obtiene mediante la sentencia la prestación de la jurisdicción. Si la sentencia desestima sus pretensiones se produce la sucumbencia.

Por vencimiento debemos entender entonces, "la diferencia - desfavorable que exista entre la decisión del órgano jurisdiccional y la pretensión u oposición a la pretensión, en tanto esta - diferencia sea efectivamente perjudicial a la parte que la ha mantenido, pudiéndose dar el caso de vencimiento parcial, bien en - una misma instancia, lo que permitiría el reparto proporcional de las costas, bien en instancias distintas, que admitiría la condena en costas sólo en alguna de ellas....."(60).

El vencimiento presupone pues, un pronunciamiento judicial que puede resolver de manera definitiva el fondo del litigio o recaer sobre un incidente. Dicho en otras palabras, "para que el vencimiento se convierta en presupuesto de la obligación de reembolso, ha de ser establecido expresamente por el juez".(61)

La imposición de costas, en definitiva, se resuelve normalmente al dictarse la sentencia. Ordinariamente son a cargo del vencido. Pero si la sentencia fuere parcialmente favorable para ambos contendientes, las costas deberán compensarse o distribuirse prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos.

(59) Reimundín, Ob.cit.Pág.90.

(60) Guasp, Ob.cit.Pág.573.

(61) Carnelutti, Sistema....., Ob.cit.No.171.

Se ha cuestionado con bastante frecuencia, si la imposición de costas puede ser hecha por el juez por facultad propia o si se requiere petición de parte en tal sentido, si toda sentencia de condena lleva implícita la obligación de reembolso de costas o si es necesaria la expresa declaración judicial.

Al respecto, existen, como en todo, dos sistemas:

1)- Sistema de la condena ipso jure, en que la condena al pago de las costas, se produce en virtud de lo ordenado por la ley y aunque el Tribunal no se pronunciare en tal sentido.

Llamado también de la condena tácita, por cuanto se presupone que todo litigante que sucumbe, queda obligado a reembolsar - las costas, salvo que expresamente se le exonere de dicha obligación.

Resumiendo, aunque no haya una expresa condenación en costas, se consideran éstas impuestas por la ley.

2)-Sistema de la condena expresa. El Tribunal debe en cada caso pronunciarse con respecto a las costas, para que el vencimiento se convierta en presupuesto de la obligación de reembolso.

Cuando el juez omitió resolver acerca de las costas, cabe hacerse las reformas y aclaraciones pertinentes, y dictar las providencias que correspondan, ya sea de oficio o a instancia de parte.

En este último sistema, se distinguen dos orientaciones:

a) El juez condena mediando solicitud de parte. Antiguamente la Doctrina sostenía que siendo rogada la justicia civil, el juez no puede resolver más que sobre lo estrictamente demandado y no - teniendo más facultades que para resolver sobre los requerimientos de las partes.

b) El juez está dotado de poderes para decidir de oficio acerca de las costas. Existen varios argumentos para explicar esta Tesis:

I.- Siendo la decisión sobre los gastos del proceso un accesorio necesario de éste, la facultad de resolver sobre costas debe considerarse implícita en la potestad del juez para resolver sobre el fondo del litigio, que ante su autoridad se ventila.

II.- La condena pronunciada de oficio es una aplicación particular del precepto legal que permite al Magistrado suplir lo que pertenece al Derecho. Así, "se condena en costas al litigante temerario, aunque el adversario no lo pida....."(62)

III.- El juez puede de oficio, en el momento de fallar, hacer la condenación en costas al vencido, ya que tal imposición es una consecuencia de que se actúa la ley en favor de una de las partes; la cual no debe sufrir los gastos de la actuación de la ley, ya que de lo contrario dicha actuación estaría incompleta y resultaría incierto el valor económico de los derechos.(63) Otra opinión, la hace proceder de oficio porque es la consecuencia normal de sostener un proceso sin éxito.

IV.- El pronunciamiento sobre costas viene a ser una limitación objetiva del principio dispositivo: el juez tiene facultad de imponerlas aunque no hayan sido pedidas.(64)

En nuestro medio, la imposición de costas procede de pleno derecho contra el actor o demandado vencido, aunque la parte no lo solicite, porque constituye un accesorio inseparable de la sentencia.

Según la ley procesal Salvadoreña (Art. 439 Pr.) "Todo demandante que no pruebe su acción en la 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 en lo principal, y el contumaz contra quien se pronuncia la sentencia..."

(62) Escriche, "Manual del Abogado Americano", Pág.55, citado por Reimundín.Ob.cit.

(63) Chioventa, "Instituciones...cit.,Tomo III, Pág.55;y Chioventa". "Principios...., cit.Tomo II, Pág.407,citas de Reimundín.

(64) Goldschmidt, "Derecho Procesal Civil", Pág.82,cit.Reimundín.

El Doctor Arrieta Gallegos (65) al analizar la disposición legal antes citada, encuentra cinco casos en que procede la condena en costas.

- I.- Cuando el actor no pruebe su acción.
- II.- Cuando el actor abandonare su acción (deserción).
- III.- Cuando el reo no pruebe su excepción.
- IV.- Cuando el reo sea condenado en lo principal.
- V.- Cuando el reo sea declarado contumaz (rebelde) y el actor pruebe su acción.

En todos estos casos, el juez está obligado a condenar al -- reembolso de las costas, a la parte que ha sucumbido en el juicio aunque no haya previa solicitud de la victoriosa en este sentido.

Dos excepciones contempla la legislación procesal civil, al principio antes enunciado y en que no procede la condenación en costas: (Art.439 final Pr.)

1.- "Si la demanda versare entre ascendientes y descendientes, hermanos o cónyuges".

2.- "Cuando ambas partes sucumbieren en algunos puntos de la demanda."

Y "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 condenada en los daños y perjuicios". (Art.439 Pr.)

Condena que comprende las costas personales (Art.1257 Pr.) puesto que como se ha dejado dicho, es a todas luces injusto que una de las partes tenga que soportar los gastos de un proceso temerario o notoriamente infundado.

(65) Dr.Fco.Arrieta Gallegos,Ob.cit.Pág.6.

Se configura aquí la sanción especial que se impone al litigante que obró maliciosamente, con temeridad, y de cuya responsabilidad hemos hablado antes.

Pero debemos aclarar que puede proceder la condena en costas, daños y perjuicios, también para el juez, en todos aquellos casos en que su negligencia o malicia en el desarrollo del proceso sea comprobada por el Tribunal que conoce en grado. Así ocurre por ejemplo: a) Cuando la sentencia ha sido pronunciada contra ley expres y terminante. (Art. 1093 Pr.).

b) Cuando en el examen de la causa se encontrare algún vicio penado con nulidad y ésta no estuviere subsanada, siempre que no fuere posible la reposición de la diligencia que tenga tal vicio y de las que sean su consecuencia inmediata (Art. 1095 y 1132 Pr.);

c) Cuando la parte a quien perjudica la nulidad relativa no ratifica lo actuado y la diligencia que la contenga no pueda reponerse (Art. 1125 Pr.).

d) Cuando se le probare debidamente un atentado (Art. 1109 Pr.).

Todo Abogado -incluido el procurador- que promueva "artículos ilegales" también será condenado en las cosas que se causaren a las partes (Art. 1293 Pr.). Y "si sus solicitudes o gestiones fueren conocidamente maliciosas o sin otro objeto que demorar el asunto, y en especial si apareciese delito o falta, el juez de oficio dará cuenta a la Corte Suprema de Justicia" para que le imponga las sanciones legales (Arts. 1257 Pr., 89 No.4 Cn., 48 No.6 Ley Orgánica del Poder Judicial).

En cuanto a la condena en costas para la segunda instancia - deberá estarse a lo dispuesto en las normas siguientes:

1)-"Si se estimare en un todo arreglada la sentencia, se confirmará, condenando al apelante en las costas ocasionadas en la instancia a la parte victoriosa". (Art. 1090 Pr.).

2)-"Si se conceptuase arreglada en unas partes y en otras contraria a la ley o diminuta, se confirmará en la parte arreglada y se reformará en lo que no fuere conforme o no hubiere comprendido, sin especial condenación en costas.

"Pero si la parte victoriosa no hubiere sucumbido en ningún punto, la contraria será condenada en costas" (Art.1091 Pr.)

3)-"Si la sentencia fuere injusta en todas sus partes pero sin contrariar una ley expresa y terminante, se revocará, pronunciando la conveniente; y en cuanto a la condenación en costas se estará a lo dispuesto en el Artículo 439, considerando al apelante como actor y al apelado como reo". (Art.1092 Pr.). Es decir, que en este último caso, se estará a las reglas generales sobre imposición de costas

También hay otros casos especiales de restitución por costas, o daños y perjuicios, en nuestra legislación, entre los que encontramos: 1) De daños y perjuicios, para todo el que solicita un secuento preventivo (Art. 149 Pr.);

2)- De costas, daños y perjuicios, para el rematario, comprador, o subastador, que incumpliere con las obligaciones del remate judicial de la cosa embargada, en virtud de juicio ejecutivo.(Art.643 Pr.);

3)- En costas -y pérdida de la suma depositada- para el recausante, cuando se declare no haber lugar a la recusación, por -

no ser legal la causa en que se funda o por falta de prueba. (Art. 1179 Pr.).

4)- De costas, daños y perjuicios, para los terceros opositores en el juicio ejecutivo (Art. 651 inc. 4 Pr.) y para los del juicio ordinario (Art. 458 Pr.), en caso de que las irrogaren a las partes, para los primeros, y por si no probaren su interés o no triunfen en sus pretensiones en el caso de los segundos.

5.- DETERMINACION DE LAS COSTAS, DAÑOS Y PERJUICIOS.

PROCEDIMIENTO PARA SU DETERMINACION:

VISACION DE PLANILLAS DE COSTAS. LIQUIDACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. ESTABLECIMIENTO DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

En los apartados anteriores, hemos dejado afirmado que el juez en la sentencia con que ponga fin al proceso que se siguió ante él, debe resolver sobre la procedencia o improcedencia de la condena de costas al vencido, así como del resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren irrogado al vencedor.

VISACION DE PLANILLAS DE COSTAS.

En lo que respecta a las costas, puede ocurrir que el juez determine en la sentencia el monto a que ascienden. Para ello tomará en cuenta sólo las "costas procesales" que la parte victoriosa cubrió o debió cubrir y las tasaré conforme al Arancel Judicial. (Art. 1257 Pr.)

Esta es la regla general; por excepción, se da el caso en que durante el curso del proceso, el juez se vea obligado por la ley

a tasar las costas como ocurre, por ejemplo, en el remate del juicio ejecutivo. Si el rematario omitiere pedir la aprobación del remate dentro de tercero día, el juez lo aprueba de oficio y en el auto de aprobación ordena la tasación de las costas junto con otras providencias. (Arts. 642 y 643 Pr.).

También puede suceder, que no obstante haber una condena en costas, éstas no hayan sido tasadas en la sentencia. Por lo que habría que demandarse su liquidación mediante la "Visación de Planillas de costas", cuyo procedimiento se encuentra en el Arancel Judicial.

Al efecto, el Arancel señala los siguientes casos en que procede la Visación de Planillas:

I) Cuando en la sentencia que causa ejecutoria hubiese condena en costas, se entiende que su monto no se determinó en la misma sentencia (Art.61 Aranc.).

II) Cuando el juez o Tribunal deba pagarlas en virtud de la sentencia ejecutoriada, sin perjuicio de que cuando cualquiera de ellos haya sido condenado en los daños y perjuicios, puedan hacerse efectivos en la forma correspondiente, (Arts.62 Arancel y 960 Pr.) como lo veremos más adelante.

III) Cuando haya una persona que, conforme a los aranceles judiciales, devengare honorarios o derechos de juicios o en cualquiera otra solicitud ante las autoridades, Tribunales o funcionarios, podrá pedir en cualquier estado del pleito o negocio, que se le paguen los honorarios o derechos devengados. (Art.60 Aranc.).

IV) Cuando se trate de planillas de honorarios en un asunto que está pendiente, como las de los abogados o procuradores que han dejado de intervenir, peritos, etc. y a cuyo pago está obliga

da la parte a quien han defendido o por quien han sido nombrados. (Art.63 Aranc.).

El procedimiento para la visación de planillas es común a los casos enunciados y es como sigue: El acreedor de honorarios, derechos o costas deberá presentar ante el Juez, Tribunal o funcionario ante quien penda los autos, junto con su solicitud, una planilla en papel sellado del valor correspondiente en que especifique dichos honorarios o derechos, lo mismo que los gastos de actuación que constaren en el expediente. La autoridad ante quien se hiciere esta solicitud, oirá por tercero día a la parte obligada al pago, y con su contestación o sin ella, pondrá el "Visto Bueno" a la planilla, reduciendo a su legal valor aquellas partidas en que se hubieren apreciado excesivamente (Art. 60 Aranc.).

Si la planilla fuese de todo el juicio, la solicitud se hará precisamente al juez o Tribunal que haya pronunciado la sentencia que cause la ejecutoria, quien procederá de la manera prevenida anteriormente, pidiendo a los jueces y tribunales inferiores las piezas que no tenga a la vista. (Arts.59 y 60 inc.2 Arancel y 55 Fr.).

El mismo procedimiento se aplica cuando la planilla fuese de las costas causadas en la sustanciación de cualquier incidente o recurso.

Pero en los casos en que el proceso principal se encuentre en un tribunal inferior y se estuvieren practicando diligencias urgentes o corriendo el término probatorio, se esperará que concluyan aquéllas o termine éste, para su remisión al Tribunal Superior de donde deberá devolverse, a más tardar, dentro de los ocho días subsiguientes a su introducción en la oficina (Art.60 final Aranc.).

Las planillas de costas u honorarios visadas por el tribunal competente, tendrán fuerza ejecutiva contra la persona que dicha planilla designe como obligada al pago. (Art.57 Aranc.).

Y cuando se tratase de planillas de honorarios en un asunto que está pendiente, si en la sentencia definitiva se condena en costas a la parte contraria de la que hubiese hecho el pago, esta última tendrá derecho a repetición contra aquélla.(Art.64 Arancel).

Las planillas de costas judiciales, visadas en legal forma, son ejecutivas contra la parte que las ha causado, y también contra la contraria, si se presentan en unión de la sentencia ejecutoriada que la condena al pago. (Arts. 589 No.2 Pr. y 61 Arancel).

LIQUIDACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

ESTABLECIMIENTO DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS Y LOS PERJUICIOS.

En cuanto a los daños y perjuicios, puede ocurrir: 1) Que sea determinado su valor líquido en la misma sentencia que resuelve lo principal, de conformidad a la prueba que se haya vertido en el curso del proceso (Arts.435 y 436 Pr.).

2) Que no se haya rendido prueba y por lo tanto, la sentencia no condene especialmente a su pago, por lo que la parte que se considere dañada por el juicio malicioso a que se le obligó comparecer deberá tramitar en forma verbal o escrita, según la cuantía, un procedimiento especial.

Este procedimiento puede tener dos objetos: a) la mera liquidación de los daños y perjuicios; b) Establecer la obligación de pagar daños y perjuicios cuando no fueron objeto de condena en la sentencia que resolvió lo principal. (Arts. 960 y 962 Pr.).

a) Cuando la sentencia condenó al pago de los daños y perjuicios sin determinar la suma que debe pagarse en ese concepto, "la parte acreedora a la indemnización presentará su demanda ante el Juez de Primera Instancia competente, acompañando la ejecutoria - en que conste la condenación, y una cuenta jurada que los especifique y estime. El juez dará traslado por tres días a la parte - contraria, y con lo que exponga o en su rebeldía recibirá la causa a prueba si fuere necesario, por ocho días con todos cargos, - y vencidos determinará dentro de los tres siguientes declarando el valor líquido de los perjuicios y daños, intereses o frutos, según corresponda en justicia sin otro procedimiento". (Art. 960 Pr.) Esta sentencia es ejecutoria, no obstante apelación. (Art. 961 Pr.).

Si la sentencia condenatoria fué pronunciada en juicio verbal, la liquidación -así como su ejecución- será practicada en la misma forma y ante el juez competente. (Art. 963 Pr.).

b) Si la demanda versa sobre la obligación de pagar los daños y perjuicios, el litigante que se considere dañado o perjudicado presentará su demanda según la cuantía ante el Juez de lo Civil competente -o de paz en su caso- y luego del traslado de ley, con la contestación o rebeldía del demandado, deberá probar que se le irrogaron los daños y perjuicios y su monto. La sentencia resolverá imponiendo la obligación al resarcimiento y declarando el valor líquido de los daños y perjuicios, según el mérito de - las pruebas. Este procedimiento puede ser verbal o escrito, sumario u ordinario, según la cuantía. La sentencia siempre es ejecutiva.

Punto interesante, es la discusión doctrinaria de si los procuradores y abogados de la parte vencedora pueden cobrar sus hono

rarios a la parte que ha sucumbido. La cuestión tiene una íntima relación con otra no menos discutida cual es la de la titularidad de las costas procesales.

En la Legislación se encuentran diversos criterios, siendo los más importantes:

I) El profesional, apoderado o procurador del litigante victorioso no puede intimar al vencido el pago de sus honorarios. En el Derecho Español, "Siempre el litigante es el verdadero y único titular de la condena en costas, pues el abogado y procurador de la parte contraria no son acreedores directos del condenado en costas.(66).

Los acreedores del vencedor que lo fueren por gastos del proceso, no pueden ejercer sus acciones contra la parte vencida; ésta es deudora únicamente de su adversario no de los terceros en ejercicio de sus personales derechos, aunque sean acreedores por gastos del juicio.(67)

El abogado del vencedor nada tiene que ver con el vencido - condenado en costas "su acción debe dirigirse contra el cliente y éste a su vez tiene acción contra su adversario vencido".(68).

II) La acción directa. Esta acción se instituye a favor de los abogados y procuradores que son acreedores por honorarios profesionales y gastos anticipados, para que puedan cobrarlos directa-

(66) Reimundín, Ob.cit.Pág.153, citando a Xirau.

(67) Borjas, "Comentarios al Código Procesal Civil Venezolano", II Pág.181, citado por Reimundín, Ob.cit.

(68) Lagarmilla, "Comentarios al Código Procesal Civil Uruguayo", Págs.41 y 149, citado por Reimundín, Ob. cit.

mente de la parte condenada en costas o de aquella que patrocinaron, representaron o que causó la actuación, servicio o gasto. Si los paga la parte vencedora tiene derecho a repetirlos del obligado al pago.

Es requisito indispensable para que opere la acción, que tales honorarios aparezcan incluidos en la condena de costas.

La condenación en costas de la parte contraria, no varía la relación jurídica entre el mandante y el mandatario.

Esta circunstancia da un derecho al procurador para reclamar sus honorarios directamente del vencido, pero está en libertad para pedir el pago a su mandante, quien le está directa e indirectamente responsable a abonar dichos honorarios.(69).

El fundamento de la acción directa se encuentra en la insolvencia del cliente y el temor de que concediéndosele el reembolso de las costas, no llegue este reembolso a manos del profesional que sufragó los gastos y que le ha prestado sus servicios. Se trata, pues, de impedir que el litigante vencedor perciba directamente todo lo debido por costas, en las que se incluye lo que pertenece a los profesionales.

III) El fundamento antes expuesto hace que la acción directa guarde afinidad con otras instituciones como la "distracción de las costas".

Permite esta última institución que el abogado -o procurador- pueda pedir al juez que en la misma sentencia en que haga la condenación en costas, "distriga", "aparte", o "separe" a favor su-

(69) Klug, "Código Procesal Civil del Paraguay". Págs.323 y 328, citado por Reimundín, Ob.cit.

yo y de los demás procuradores, los honorarios no cobrados y las costas que declare haber anticipado.(70).

En otras latitudes la ley faculta al juez para que a solicitud del profesional interesado, en la sentencia que imponga la condena en costas, establezca en su favor la "reserva" del importe de sus honorarios.(71)

IV) Se adoptan otras medidas, siempre con el mismo fin de asegurar a los procuradores el pago de los honorarios que ha debido percibir o que ha anticipado a nombre de su representado.

Como por ejemplo, establecer una condena directa de la parte vencida en favor del procurador que anticipó total o parcialmente en el interés del propio cliente, las costas producidas en el desarrollo del proceso. (72).

O bien, se habla de una subrogación legal, entendiéndose que cuando hubiere condena en costas el "apoderado es subrogado en los derechos de la parte para con el contrario"; pudiendo el abogado ejercitando los derechos y acciones de su deudor (vencedor en juicio) ir contra el vencido. Por lo que apreciamos, se trata de una acción subrogatoria oblicua; subrogatoria porque los acreedores se subrogan al deudor, y oblicua o indirecta, porque tales acreedores no actúan en su nombre personal sino en nombre de su deudor.(73)

(70) Reimundín citando traducciones del Art.93 del Código de Procedimiento Civil Italiano, por Alcalá Zamora y Castillo, - Cillis y Dosseu, y Sentís Melendo. Ob.cit.Pág.152.

(71) "Proyecto de Código Procesal Mexicano para el Distrito Federal y Territorios Federales", Art.68; citado por Reimundín, Ob.cit.

(72) Esta es la naturaleza de la "distracción" en el Derecho Francés. Japrot, "Tratado Elemental de Procedimiento Civil" Pág. 293; cita de Reimundín, Ob.cit.

(73) Dossen, "La acción oblicua", Pág.245 & Somarriva, "La acción subrogatoria", Revista de Jurisprudencia Argentina, citados por Reimundín, Ob.cit.

Otro sistema garantiza el derecho de los profesionales que intervienen en nombre de las partes por medio de una medida cautelar; las costas quedan embargadas preventivamente en el momento de su imposición, en beneficio de aquéllos.

Este viene a ser un embargo "suigéneris" que atribuye al procurador un privilegio sobre las costas debidas por el vencido.

Una modalidad consiste en conceder al profesional "un derecho de prenda sobre las costas", es decir que en el fondo lo que se quiere es establecer un derecho de preferencia a su favor para el cobro de sus honorarios y de las costas o desembolsos que hubiere anticipado, de modo tal que no le sea entregado al litigante vencedor el importe de las costas que solamente a él le corresponden.(74).

En nuestro Derecho, consideramos que se ha regulado la acción directa a que antes hicimos referencia, en favor de los abogados y procuradores que han intervenido en el proceso; tal como lo dispone el Arancel Judicial, en los siguientes términos: "Toda planilla de derechos, honorarios o costas, visada en los términos antedichos, es ejecutiva contra la parte directa o indirectamente obligada a pagar a su abogado, procurador,.....; y también lo es contra la contraria, si se presentare sentencia ejecutoriada que la condena al pago....." (Art.61 Aranc.).

Por otra parte, estos honorarios profesionales se encuentran comprendidos en toda condena en costas (Art. 1257 Pr.) y si no fueron particularmente tasados en la sentencia, habrá que determinar su monto mediante la visación de planillas, y tienen calidad de título ejecutivo; "Las planillas de costas judiciales, visadas por el juez respectivo, contra la parte que las ha causado, y tam

(74) Chiovenda, "La condena en costas", Nos. 347 a 349, Ob.cit.

bién contra la contraria, si se presentaren en unión de la sentencia ejecutoriada que la condena al pago." (Art.589 No.2 Pr.).

Es más, pueden estos profesionales presentar planillas de honorarios en un asunto que está pendiente y en que han dejado de intervenir, estando obligada a ese pago la parte a quien han defendido o por quien han sido nombrados (Art.63 Arancel) y si en la sentencia definitiva se condenara a la parte contraria de la que hubiese hecho el pago referido, esta última tendrá derecho a repetición contra aquélla.

Con la acción directa se establece en favor de abogados y procuradores, una medida de garantía adecuada para hacer efectivo su derecho, ya que permite por una parte, que éstos retengan en su poder el importe de sus honorarios contenido en la condena en costas; por otra parte, como la acción es entablada a nombre propio, no peligran de sucumbir frente a una excepción personal que pudiera oponerle una parte a la otra.

6.- ASEGURAMIENTO DEL REEMBOLSO DE LAS COSTAS, DAÑOS Y PERJUICIOS.

Las legislaciones han buscado establecer medidas preventivas que permitan asegurar el cumplimiento de la obligación de reembolso de las costas procesales y del resarcimiento de los daños y perjuicios.

Entre estas medidas encontramos, principalmente, la paralización de trámites, el embargo preventivo, las cauciones.

I) La paralización de trámites, consiste en que el procedimiento del juicio principal no puede continuar, mientras no se abonen las costas de un incidente, por quien haya sido vencido

en el mismo; ya sea que el incidente haya sido promovido por la parte vencida o no lo haya provocado.

Pero si el vencido fué el actor, puede proseguir el juicio, si el demandado insta su curso.

También se establece que cuando una persona que ha litigado contra otra, quiera deducir una nueva pretensión contra la misma, debe comprobar previamente que ha cumplido con el pago de las costas que le fueron impuestas en el juicio anterior. El juez puede estar facultado, incluso, para rechazar de oficio la demanda si no se hace tal comprobación; o bien el adversario, puede oponerse a la admisión de la demanda, planteando la cuestión en forma de excepción dilatoria.

Extremando la previsión, hasta se ha llegado a incluir expresamente entre los impedimentos procesales, la falta de pago de las costas de un proceso anteriormente ventilado. Los impedimentos procesales, son los que tienen que ser alegados o invocados por la parte interesada. No deben confundirse con los presupuestos procesales -necesarios para la existencia o validez del proceso- acerca de los cuales decide de oficio el juez.

II) Embargo Preventivo. A menudo se ha considerado beneficioso que las costas quedaran embargadas preventivamente, desde el momento de su imposición en favor de aquéllos que tuviesen honorarios regulados o por regular, en virtud de la sentencia condenatoria.

Creándose de esta manera una garantía real en beneficio de los acreedores de costas procesales.

III) Cauciones. Caución, significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena (Art.44 C.).

El objeto de su rendición es en este caso, asegurar a las partes, especialmente al demandado, que será reembolsado de los gastos que haga para su defensa, si el actor fuese condenado en costas del juicio.

CAPITULO III

1.- NATURALEZA JURIDICA DE LA FIANZA DE COSTAS, DAÑOS Y PERJUICIOS.

La sentencia que condena al pago de costas y, o, daños y perjuicios genera obligaciones a cargo del condenado a dicho pago; y pone al acreedor a estos accesorios legales, en condición de poder obtener ejecutivamente el cumplimiento de la obligación de parte del deudor remiso.

La acción del acreedor, en virtud del derecho de prenda general que le concede la ley, puede ser ejercitada sobre "todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros." (Art. 2212 C.). Pero sobradamente sabemos que el patrimonio del deudor es susceptible de disminuir por negligencia en el manejo de los bienes o por enajenaciones fraudulentas. Por lo que el legislador ha optado por instituir garantías que pongan a cubierto a los acreedores de la insolvencia de los deudores.

Una de las maneras más eficaces que ha encontrado la Legislación para garantizar al acreedor de costas, daños y perjuicios, el pago o reembolso de lo que en tal concepto y a su favor ha establecido la sentencia, es la rendición de una caución.

Entre las cauciones, se distinguen aquellas en que la mayor seguridad del acreedor consiste en que podrá hacer efectiva su acción no sólo en los bienes del deudor, sino también en los bienes de otras personas: son las cauciones personales como la solidaridad activa y la fianza. Y se distinguen, asimismo, las cauciones reales como la anticresis, la hipoteca y la prenda, en las que la garantía consiste en afectar al cumplimiento de la obligación un determinado bien inmueble o mueble.

Ahora bien, la que mejor configura el tipo de las cauciones personales es la fianza, la cual viene a determinar una obligación accesoria para "una o más personas que responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplir en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple".(Art. 2086 C.) (75).

La garantía consiste en que el acreedor de costas hará efectivo su derecho en el patrimonio del fiador, en caso de insolvencia del obligado al reembolso.

Atendiendo al origen de la obligación que incumbe al deudor de rendirla, la fianza puede ser convencional, legal o judicial.

Convencional, la que se constituye por contrato.

Legal, la ordenada por la ley.

Judicial, la que se ordena rendir por decreto de juez.(Art. 2087 C.).

Esta clasificación nada tiene que ver con el origen de la obligación del fiador, que es siempre contractual. Sino -como se dijo- atiende a la causa de la obligatoriedad del deudor de rendirla. De ello se deduce que la fianza tuvo su origen en la voluntad de las partes, o en virtud de la ley que exige su rendición, o en última instancia en el decreto del juez que impone la obligación de una de las partes de afianzar -garantizar- el cumplimiento de las consecuencias económicas de su actuación procesal.

(75) Hemos dicho que la fianza "determina una obligación accesoria", como queriendo decir hace surgir, crea una obligación; con ello queremos soslayar la polémica respecto a la definición legal de que la fianza "es una obligación accesoria..." y la posición doctrinaria: "la fianza es un contrato accesorio y no un acto unilateral".

La fianza convencional es constituida voluntariamente para responder por el fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales, es decir puramente civiles.

La fianza legal es aquella garantía, que dada una situación jurídica especial tendrá que prestarse siempre, inexcusablemente, por exigirlo así la ley en forma expresa. Son ejemplos de esta clase de fianza, la que debe rendir el guardador para el discernimiento de la tutela o curaduría (Arts. 393 y 395 C.), la que debe prestar el usufructuario de "conservación y restitución" de la cosa usufructuada (Art. 778 C.), la que rinden los poseedores provisorios para entrar en posesión de los bienes del desaparecido (Art. 88 C.) y la rendida por el asignatario cuando la asignación fuere con la condición de no hacer algo que dependa de su sola voluntad (Art. 957 C.) (76).

Pareciera que la fianza judicial cabe sólo en el campo del procedimiento. Sin embargo, si consideramos que la fianza constituye un vínculo jurídico, y que como tal determina una obligación que sirve para dar seguridad a otra principal, concluiremos que dicha caución no puede quedarse en una mera ritualidad judicial.

La fianza judicial, no obstante, no va a provenir de un decreto arbitrario del juzgador. Para exigirla, debe existir un precepto legal que la haga procedente, en otras palabras, que autorice al juez a ordenar su rendición. Pero por otra parte, el juez no está en la absoluta e imprescindible necesidad de exigirla, ya sea porque la caución se ha establecido como un derecho que debe ejercitarse por alguna de las partes, o bien porque el fun-

(76) En los tres últimos casos la ley habla de caución, pero recuérdese que la fianza es una especie de caución (Art. 44 C.); se ha consignado estos ejemplos para afirmar el origen de la obligación del deudor de rendir la caución que nos ocupa.

cionario judicial tiene facultad para decidir si debe o no prestarse, atendiendo para ello de circunstancias especiales del proceso.

Son ejemplos de fianzas judiciales: la del querellado por obra ruinosa, que rinde caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga al querellante (Art. 933 C.), la que debe prestar el comprador cuya fortuna hubiese menguado considerablemente después del contrato de venta a plazo (Art. 1629 C.) y la fianza de estar a las resultas del juicio (o de costas).

En efecto, la fianza de costas, daños y perjuicios, es un claro ejemplo de fianza judicial, ya que todo actor -salvo las excepciones legales- puede ser obligado a rendirla, pero únicamente a petición del demandado. (Art.18 Pr.). Su objeto es: "Garantizarle al demandado el pago de las costas, daños y perjuicios que le pueda causar la acción incoada contra él por el actor, si éste no la probare o la abandonare, o aquélla fuere maliciosa o inepta, o cuando él tenga una excepción perentoria, con la cual destruirá la acción intentada contra él..." (77).

La fianza de costas, daños y perjuicios, participa de las características de toda fianza judicial:

- 1) Solo obliga al demandante a rendirla a petición de parte o en ejercicio de un derecho (Arts. 18 Pr., 933 y 1629 final C.)
- 2) El obligado puede, en vez de constituir fiador, consignar la cantidad mandada a afianzar.(Art.19 Pr.)
- 3) Su rendición reviste formalidades especiales (Arts.18 y 19 Pr.).
- 4) Si el obligado no rinde oportunamente la fianza se hace acreedor a sanciones procesales.(Art.536 Pr.).

5) Puede sustituirse a ella una prenda o hipoteca suficiente (Art. 2018 C.).

6) El fiador debe siempre llenar las condiciones señaladas por la ley (Art. 2100 C.).

7) La responsabilidad del fiador es siempre estimada por el juez y no goza de beneficio de excusión de bienes. (Art. 2108 C.). (78).

2.- OBLIGACION DE RENDIR FIANZA

REGLA GENERAL. EXCEPCIONES.

Nuestra Ley Procesal (Art. 18 Pr.) establece la regla general que todo demandante puede ser obligado a dar fianza de pagar las costas, daños y perjuicios, en que pueda ser condenado, siempre que el demandado lo pida con las formalidades que la misma ley establece.

Y como regla general tiene excepciones, por lo que no estarán obligados a rendir fianza los actores que a continuación veremos.

I) El que fuere pobre de solemnidad probada.

Pobre, para los efectos legales, se reputa la persona que no disfrute de una renta o emolumento que pase de cuatrocientos colones anuales o que no gane con su profesión, arte, industria u oficio más de aquella cantidad al año. (Art. 953 Pr.).

(78) Para la fianza judicial: Camilo Muñoz Obando: "La fianza". Ministerio de Educación Nacional- División de Divulgación Cultural, Bogotá Imprenta Nacional 1967, Págs, 18,44,45,46. Manuel Somarriva Undurraga. "Tratado de las cauciones". Editorial Nascimento, Santiago 1943, Págs.89, 94, 118,119,120.

Un profesor de nuestra Escuela de Leyes (79) encuentra la justicia de esta excepción en que, si se obligara a dar fianza a los pobres de solemnidad, podrían hacer valer sus derechos ante la imposibilidad de encontrar quien los fíe, ya que por su misma condición no ofrecen garantía por el evento incierto de la litis.

Entiendo que por solemnidad probada se entiende, que existe una previa declaración de pobreza y la cual debe comprobarse con la certificación de la sentencia en que se hizo tal declaración. (Arts.957. 955 Pr.).

II) El actor en el juicio ejecutivo.

Juicio Ejecutivo, es según algunos autores "un procedimiento que se emplea a instancia del acreedor contra su deudor moroso - para exigirle breve y sumariamente el pago de la cantidad líquida que le debe de plazo vencido y en virtud de documento indubitable" (80).

Dicho de otro modo, es un "procedimiento sumario por el que se trata de llevar a efecto, por embargo y venta de bienes, el cobro de créditos que constan por algún título que tiene fuerza suficiente para constituir por sí plena probanza".(81).

En nuestro Código de Procedimientos Civiles, se le define como "aquel en que un acreedor con título legal, persigue a su deudor moroso, o el en que se pide el cumplimiento de una obligación por instrumentos que según la ley tienen fuerza bastante para el efecto" (Art.586 Pr.).

(79) Dr. Arrieta G., Ob.cit.Pág.11.

(80) Manresa, citado por Rafael Veloso Chávez. "Manual del Juicio Ejecutivo". Editorial Nascimento, CHILE 1948. Pág.19.

(81) Vicente y Caravantes, cita de Veloso Chávez.Ob.cit.Pág.20.

Aparte del trámite especial que es propio de este juicio, el énfasis de las definiciones recae en el título ejecutivo, es decir en el instrumento en que consta fehacientemente la obligación del deudor.

El título ejecutivo es "ante todo, una declaración, autoritaria (judicial o administrativa) o contractual, que da cuenta de la existencia de la obligación, y que va a servir de antecedente necesario e inmediato para su ejecución forzada".(82)

La ejecutividad del título requiere de dos presupuestos esenciales: la solemnidad, es decir que contenga los requisitos de forma y de fondo que la ley establece; y la consagración legal expresa, esto es, que un precepto legal le haya atribuido específicamente la fuerza ejecutiva.

Son títulos ejecutivos: los instrumentos públicos, los autenticados, el reconocimiento y la sentencia.(Arts. 587, 588 al 592 Pr.).

Repetimos, el acento recae en el título en que consta la obligación del deudor, y que por sí mismo trae aparejada ejecución.

El actor en el juicio ejecutivo no va a discutir su derecho, ya que éste se encuentra previamente establecido antes de presentar su demanda, en el título en que basa su acción, y sólo persigue el cumplimiento forzado de la obligación -ejecución- por parte del deudor remiso. Prácticamente no habrá controversia sobre la existencia de la obligación, ya que hay prueba suficiente sobre su preexistencia y es aquí donde se encuentra la razón por la cual la ley exime al ejecutante de la obligación de rendir fianza de estar a las resultas del juicio.

(82) Veloso Chávez, Ob.cit.Págs. 26 y 27.

III) El que solicitare obtener el beneficio de pobreza.

El beneficio de pobreza habilita a quien lo solicitó, para promover un juicio determinado usando de papel común.

Este beneficio se solicita ante el Juez de Primera Instancia del domicilio del interesado. El funcionario con audiencia de la parte contraria y del Representante del Fisco o del Síndico Municipal donde no lo haya, instruirá y decidirá la solicitud por los trámites del juicio sumario. (Art.954 Pr.).

En la sentencia en que se declara la pobreza se determina - el litigio para el que se concede y no puede hacerse extensivo este beneficio a otro litigio. Si hubiese de promoverse otro juicio distinto deberá solicitarse de nuevo.(Art. 955 Pr.).

No es posible solicitar el beneficio de pobreza para los juicios verbales ni puede hacerse extensivo a los actos de cartulación (Art.956 Pr.).

De la declaratoria de pobreza se da al interesado certificación en papel común para uso de su derecho; siendo en esta misma clase de papel que se formula la respectiva solicitud y en el que se asientan las actuaciones. Pero si la resolución le fuere adversa, deberá reponer el papel invertido por el sellado del valor correspondiente.(Art. 957 Pr.)

La resolución negativa por otra parte, no pasa en autoridad de cosa juzgada y podrá solicitarse nuevamente el beneficio siempre que convenga.(Art. 954 Pr.).

Si la ley eximió de rendir fianza en el juicio al actor que previamente goza del beneficio de pobreza, con mayor facilidad - se comprende que exima a quien solicita la obtención de este beneficio probando su condición de pobre.

IV) El que demandare con base a leyes laborales, de Seguridad o Previsión Social.

La Legislación Laboral está constituida por un conjunto de normas destinadas a mejorar la condición económico-social de los trabajadores.

Estas normas están dirigidas a regular las relaciones laborales entre patronos y obreros, a efecto de asegurar a estos últimos la vida, la salud y un nivel decoroso de existencia. Y a la vez, responden al cumplimiento de la obligación del Estado de asegurar al trabajador y a su familia las condiciones económicas de una existencia digna.

La base normativa de la actividad laboral se encuentra precisamente en la Constitución Política (Arts. 181 a 195 Cn.) y su aplicación se halla más ampliamente desarrollada en el Código de Trabajo y en los Reglamentos.

Así, el Código viene a ser el conjunto de leyes que van a regular la relación de trabajo, la contratación individual y colectiva, las prestaciones laborales, los derechos y obligaciones de empleadores y empleados, la asociación profesional, la huelga y el paro, la protección de la vida e integridad física de los obreros y la administración de justicia en materia de trabajo.

El Estado promueve y desarrolla también los servicios de Seguridad Social, que cubren los riesgos a que está expuesto el trabajador, como son los accidentes, enfermedades, maternidad, invalidez, vejez y la muerte; así como para otorgar subsidios familiares, atender el problema de la vivienda y preparar en general planes de bienestar social.

La Previsión Social, descansa en la Teoría del Riesgo Profesional, establece obligaciones para los patronos de adoptar las -

medidas y precauciones adecuadas para evitar los peligros a que están expuestos los obreros y determina prestaciones e indemnizaciones para el caso de ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Las disposiciones normativas del Derecho Laboral no pueden ser interpretadas con la misma rigidez de las del Derecho Privado, por lo que ha sido necesario crear una jurisdicción especial. Por otra parte, los procedimientos ordinarios son muy lentos, complicados y costosos; la solución de los conflictos de trabajo, en cambio, requieren de rapidez y eficacia. En tal sentido, el procedimiento creado por el Estado para los litigios laborales es menos formalista, se basa en el principio de Economía Procesal y el uso de papel común, a efecto de que esté al alcance de los trabajadores.

La exigencia de fianza, para aquellos cuya única riqueza es su fuerza de trabajo, volvería nugatorios los derechos que la Legislación consagra en su favor.

V) El que demandare alimentos.

La familia es el elemento de cohesión y equilibrio social entre el individuo y el Estado. Así se explica que en la organización familiar están en juego no sólo los intereses de los individuos que la componen sino sobre todo, los intereses de la Sociedad.

Las relaciones de familia dan origen a una serie recíproca de derechos y obligaciones entre los miembros del grupo familiar. Y uno de los derechos más importantes que de esas relaciones emana, es el derecho de alimentos.

Por "alimentos" debe entenderse además del sustento diario, el

vestido, la habitación, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio.(82)

Para estar en situación de exigir alimentos deben reunirse - los siguientes requisitos: a) Que la ley otorgue determinantemente el derecho a exigirlos;

b) la necesidad que de ellos tiene el solicitante; y

c) que la situación económica de aquel a quien se le solicitan le permita proporcionarlos.

De conformidad con la ley, se deben alimentos:

1) Al cónyuge;

2) A los descendientes legítimos e ilegítimos respecto de la madre y a la posteridad legítima de éstos;

3) A los ascendientes legítimos y a la madre ilegítima;

4) A los hijos naturales y a su posteridad legítima;

5) Al padre natural;

6) A los hermanos legítimos;

7) A los hermanos ilegítimos uterinos;

8) Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido - rescindida o revocada.(Art. 338 C.)

Y por el contrario, no se deberán alimentos a las personas antes designadas cuando una ley expresa se los niegue.

Regularmente, a los alimentos se les clasifica en legales o forzosos (los que se deben por el solo ministerio de la ley) y voluntarios (que se originan de un convenio entre las partes o de la voluntad unilateral del alimentante).Art. 358 C.).

(82) Manuel Somarriva Undurraga "Derecho de Familia", Edit.Nacimiento, Chile 1946, Pág.511. Y Art.340 C.final.

Los alimentos que se deben por Ley "se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. "También se conceden siempre que se reproduzcan las mismas circunstancias después de haber cesado." (Art.350 C.)

En cuanto a los alimentos concedidos voluntariamente en el testamento o por donación entre vivos, deberá estarse a la voluntad del testador o donante. (Art.358 C.).

Los alimentos legales, a su vez, se dividen en congruos y necesarios. Congruos "son los que habilitan al alimentado a subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social". Y necesarios "Los que le dan lo que basta para sustentar la vida". (Art.340 C.).

Los alimentos, ya sean congruos o necesarios, "no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida".(Art.348 C.)

Siendo el Juez el llamado a reglar la cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, en la tasación de los mismos deberá "tomar siempre en consideración, las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas".(Art.346 C.).

De lo antes expuesto, se colige que la noción de alimentos necesarios es objetiva, mientras que la de alimentos congruos es subjetiva.

Una tercera categoría de alimentos es en Provisionales o Provisorios y Definitivos. Los primeros, son ordenados por el Juez en tanto se ventila la obligación de prestar los alimentos, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca "fundamento razonable"

(Art. 344 C.). Los alimentos Definitivos se deben si la sentencia condena al demandado a pagarlos y reemplazan a los provisorios.

Si la sentencia fuere favorable al reo, el demandante debe restituir los alimentos provisorios recibidos, excepto que de buena fe y con algún fundamento razonable hubiese intentado la demanda. (Art. 344 C.).

VI) Aquel o aquellos a quienes representa en juicio el Procurador General de Pobres, por sí o por medio de sus Agentes Auxiliares.

El Ministerio Público es ejercido por el Fiscal General de la República y por el Procurador General de Pobres. (Art. 97 Cn.).

El Fiscal General de la República tiene entre otras atribuciones: a) Defender los intereses del Estado y de la Sociedad; b) Denunciar o acusar ante la Asamblea Legislativa o ante la Corte Suprema de Justicia, a los funcionarios indiciados de infracciones legales cuyo juzgamiento corresponde a esos organismos; c) Defender los intereses fiscales, y representar al Estado en toda clase de juicios y en los Contratos que determine la Ley (Art. 99 Cn. Nos. 1, 2 y 5); d) Velar porque se mantenga el orden jurídico, ejercitando para ello las acciones y recursos que las leyes le concedan; e) Pedir a la Corte Suprema de Justicia la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos que tengan ese vicio; f) Promover la acción civil de declaratoria de nulidad absoluta de actos o contratos que adolezcan de ese vicio; ejercer toda acción popular establecida por la ley, e intervenir en todo asunto judicial, fiscal o administrativo de interés público, cuando las leyes secundarias requieran expresamente tal intervención; g) Ejercer

citar la acción penal por delitos o faltas que dan lugar a proceder de oficio; h) Representar al Poder Ejecutivo en las competencias que se susciten entre él y los otros Poderes; i) Velar por que los fondos públicos no sufran menoscabo alguno, (Art.3 Ley Orgánica del Ministerio Público.

Corresponde principalmente al Procurador General de Pobres: a) Velar por la defensa de las personas e intereses de los menores y demás incapaces; b) Dar asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos, y representarlas judicialmente en la defensa de su libertad individual y de sus derechos laborales (Art.100 Cn. Nos. 1 y 2); c) Representar judicialmente a las personas de escasos recursos económicos en la defensa de sus derechos civiles; d) Velar porque la administración de justicia sea pronta y eficaz en materias que sean de su competencia, y vigilar el estricto cumplimiento de la ley en lo que concierne al ejercicio de sus funciones; e) Velar por la protección oficial de las familias en mala situación económica, f) Poner en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia las anomalías que observare se han cometido en la sustanciación de los procesos que se refieren a materias de su competencia; g) Intervenir en los juicios de estado civil de las personas, a fin de que se observen los requisitos legales; h) Procurar se provea de tutor o curador a los incapaces que carezcan de ellos o se remueva por causas legales a los ya nombrados; I) Intervenir en los juicios de divorcio a fin de que en la sentencia definitiva, se asigne a la prole los alimentos que con arreglo a la ley le corresponden; j) Vigilar el cumplimiento de las sentencias definitivas, en asuntos de su competencia; k) Proponer los proyectos de --

ley que tiendan al mejor desempeño de sus funciones (Art.23 Ley Orgánica del Ministerio Público.

Concluimos de las atribuciones señaladas que, sobre todo, la función de la Procuraduría General de Pobres, es la de acoger la defensa de los intereses de las personas que por sus exiguos recursos económicos no pueden contratar la asistencia profesional.

Si se exigiera la rendición de fianza a los demandantes que son representados por el Procurador General de Pobres o sus agentes, se contrariarían los principios jurídicos, éticos y económicos que justifican la existencia de la aludida dependencia del Ministerio Público.

VII) Las Corporaciones o Instituciones que por disposición de la Ley gozan del Beneficio de Pobreza sin necesidad de previa declaración.

Son éstas (Art.958 Pr.)

- a) La Hacienda Pública;
- b) Las Municipalidades;
- c) Los Establecimientos Públicos de cualquier clase y denominación, costeados por el Tesoro;
- d) Los Establecimientos de Beneficencia o Caridad.

La Hacienda Pública está conformada por todo el patrimonio del Estado: sus fondos y valores líquidos, sus créditos activos, sus bienes muebles y raíces, los derechos derivados de la aplicación de las leyes relativas a impuestos, tasas y demás contribuciones, así como las que por cualquier otro título le correspondan (Art. 118 Cn.). El término "Hacienda Pública" está tomado -

aquí como sinónimo de "Fisco" o sea como titular de los bienes - del patrimonio del Estado, en el fondo es el mismo Estado en la actuación de sus relaciones patrimoniales.

Las Municipalidades, gozan de personalidad jurídica en virtud de la Constitución Política, lo que les permite tener plena autonomía en el ejercicio de sus funciones económicas y administrativas. (Arts. 103 al 107 Cn.). Están constituidas por elementos externos e internos (la población y el territorio) y (los atributos de Poder Público de que disponen) que les permiten dictar disposiciones normativas (ordenanzas) de general y común aplicación. Están a cargo de la administración de los intereses locales del Municipio; ejerciendo actos de autoridad o imperio y actos de gestión en que desempeñan funciones sociales de tutela - de intereses colectivos. Cuentan con un patrimonio propio y son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Los Establecimientos públicos costeados por el Tesoro, son entidades de creación legislativa, a las que se infunde personalidad dotándolas de un patrimonio que es suministrado o alimentado por el Erario Nacional y están destinadas a la satisfacción de fines de interés público. Es menester que tengan un patrimonio para ser sujetos de derechos y obligaciones y no pierden su calidad de Entes Públicos por el hecho de tener otros ingresos, además de los recursos que les proporciona el Estado. Su actuación está a cargo de personas naturales, que las representan judicial y extrajudicialmente.

Doctrinariamente, se les señala las siguientes característi-

cas principales: 1) Su origen deriva de la ley; 2) realizan fines eminentemente públicos; 3) cuentan con un patrimonio independiente del patrimonio general de la administración; 4) Tienen una personalidad jurídica propia; 5) su administración se ejerce por Concejos integrados -parcialmente cuando menos- por representantes de la autoridad administrativa; 6) se encuentran bajo la vigilancia de los organismos de control del Estado, a fin de asegurar el cumplimiento de su objeto.

Los establecimientos denominados de Beneficencia o Caridad, y en general de Utilidad Pública, representan una modalidad de la actividad de que se vale la iniciativa privada para realizar una acción coadyuvante y a veces supletoria de la del Estado, en provecho de los intereses y necesidades públicas.

Son caracteres de estas entidades: 1) Son instituciones particulares; 2) persiguen un fin de interés general y no un fin lucrativo; 3) poseen un patrimonio propio, que les habilita para contraer obligaciones y adquirir derechos; 4) la autoridad pública reconoce la utilidad de la obra, reconociéndoles la personalidad jurídica, subvencionándolas o amparándolas con algunas prerrogativas especiales.

Lógica es la razón por la cual la ley exime expresamente al Estado y a sus instituciones, de rendir fianza de responder por los daños, perjuicios y costas, que se irrogaren en virtud de la demanda entablada por ellos, ya que el Estado goza de patrimonio ilimitado y no puede haber otro ente capaz de fiarlo; y en el caso de las instituciones públicas, si su patrimonio no fuese suficiente para responder por las obligaciones económico-procesales -

que pudieran surgirle , cuentan con todo el respaldo económico del propio Estado.

En cuanto a los Establecimientos de Utilidad Pública, el Estado tiene interés en estimular la cooperación que mediante éstos le prestan los particulares y uno de los medios de estímulo se encuentra en la concesión de muchas de las prerrogativas de que gozan las propias instituciones del Estado. La exención de fianza cuando son actores en juicio, viene a ser una de ellas.

Lo dicho no impide que "las expresadas Corporaciones o Instituciones" puedan ser o no condenadas al pago de las costas, daños, perjuicios, según las reglas generales, ni que puedan reclamar los mismos accesorios legales contra "las personas que hubieren acordado o autorizado la promoción o aceptación del litigio".(Art. 958 Pr. final).

VIII) Las Instituciones Descentralizadas del Estado.

En algunos casos, la naturaleza de los actos, obliga a la administración Pública a sustraer determinada gama de actos o servicios de la actividad de los organismos centralizados del Estado, para encomendarlos a Institutos con suficiente especialización técnica que garantice su eficaz funcionamiento.

Para lograr ese propósito se concede a estas instituciones independencia en la realización del servicio público y se constituye un patrimonio que sirva de base a su autonomía. No obstante, como se trata de la realización de atribuciones del Ente Estatal, éste no puede prescindir de ciertas facultades de revisión y de las necesarias para garantizar la unidad del Poder Público.

Son elementos de estos Institutos Descentralizados del Estado: 1) La existencia de un servicio público de orden técnico, re-

gido por un Estatuto legal, que la entidad debe realizar; 2) contar con un patrimonio propio; 3) mayor o menor autonomía en su administración y funcionamiento; 4) participación de funcionarios técnicos en su dirección y la responsabilidad personal y efectiva de los mismos; 5) control del Gobierno Central ejercido por medio de la revisión de la legalidad de los actos realizados.

Por lo general, su Ley de creación exime a estas entidades de la obligación de rendir fianza y les faculta para el uso de papel común en los juicios.

IX) Los actores que hicieren uso de su derecho en base a leyes especiales.(83)

Es frecuente que en leyes especiales se exima al demandante de rendir fianza de estar a las resultas del proceso, las razones son varias:

1) El procedimiento breve y sencillo que determina la propia ley para el conocimiento del objeto del litigio.

2) Garantizar en lo posible la eficacia del ejercicio de las acciones derivadas del hecho que dió origen al proceso.

3) Mantener o restablecer el equilibrio de las relaciones económicas o sociales entre los distintos sectores de la población (84).

El deber del Estado para intervenir mediante regulaciones especiales en todo lo que pueda oponerse al interés social.

(83) Ejemplo:Arts.54 Ley de Inquilinato (D.L.No.2591 de 18/2/58, D.O.20 febrero/58). Ley de Procedimientos Especiales Sobre Accidentes de Tránsito (D.L.No.420 de 1/9/67,D.O. 6 Octubre/67.

(84) Como ocurre con la Ley de Inquilinato, que pretende remediar "la prolongada situación de desequilibrio entre la oferta y la demanda de viviendas", tal como lo expresa el considerando V de dicha ley.

3.- FACULTAD, OPORTUNIDAD Y FORMA DE PEDIR LA RENDICION DE FIANZA

La fianza de costas, daños y perjuicios, como toda fianza judicial, no puede ser exigida arbitrariamente por el juez.

El actor solamente podrá ser obligado a dar dicha fianza, a petición del demandado. Sin mediar instancia de parte, el juzgador no tiene facultad para ordenarla de oficio, y además, no procede su exigencia en los casos de excepción señalados por la ley.

La petición del reo debe ser formulada con su contestación a la demanda. (Art. 18 Pr.)

Con la demanda, el actor ha expresado su voluntad encaminada a obtener la satisfacción de una pretensión. Como resultado de esta actividad ha surgido el proceso y consecuentemente, se ha derivado derechos y obligaciones procesales para el actor, el juez y el demandado; se fijó el objeto del debate, el que no podrá ser variado después de trabada la relación procesal; el actor sólo podrá producir prueba sobre los hechos por él articulados; el juez ve limitados sus poderes al respecto, puesto que la sentencia debe recaer sobre esos mismos hechos y el reo queda obligado a reconocer o negar lo alegado en la demanda.

La contestación tiene para el proceso la misma importancia que la petición inicial del demandante. Contiene la respuesta que da el reo a lo pretendido por el actor. Produce los siguientes efectos: Con ella queda integrada la relación procesal; fija los hechos sobre los cuales debe versar la prueba del demandado; determina si la sentencia será de condena o de absolución para el reo.

Ahora bien, la contestación del demandado debe ser hecha en el tiempo y en la forma determinados por la ley, que es de tres días para los juicios sumarios (Art. 975 Pr.) y de seis días para los juicios ordinarios (Art. 516 Pr.) si estuviere en el lugar del juicio, o en el término especial que por razón de la distancia señala la misma ley si se hallare fuera.

Este "término de la distancia" se computa de la siguiente manera: "Si la parte citada o emplazada tiene su domicilio a distancia de cuatro leguas, se le dará el término de tres días para su comparecencia; si residiere a mayor distancia, a más de estos tres días se concederá otro por cada seis leguas de exceso. "por un residuo de más de tres leguas se dará un día más; y si el residuo fuere de menos de tres leguas, no se concederá por él ningún otro día de término. "Si el emplazamiento fuere para contestar la demanda, se dará además al emplazado el término que la ley señala para la contestación". (Art. 211 Pr.).

Los términos se cuentan desde el día siguiente al de la citación y emplazamiento del demandado para contestar la demanda. Pero esto no obsta para que si el reo tiene conocimiento extrajudicialmente de la interposición y admisión de la demanda, pueda presentarse a los autos y contestarla aún cuando no se le hubiese corrido traslado de ella. Ocurre en este caso que el reo mismo se está dando por emplazado y renunciando -expresa o tácitamente- al término que legalmente le corresponde para formular su contestación. Contestación que en este caso es absolutamente válida, ya que con ella se configura la relación procesal.

Cuando el actor ha modificado su demanda antes de la contestación (Art. 201 Pr.), el término correrá a partir del nuevo traslado al demandado para que responda.

Si los demandados fuesen varios, "no habrá más que un sólo término para todos, que será arreglado según la distancia del lugar en que se hallare el más remoto". (Art. 216 Pr.).

Cuando antes de contestar la demanda falleciera la persona emplazada, deberá hacerse a sus representantes o herederos un nuevo emplazamiento, dándoles el término de la distancia. Para que puedan contestar la demanda interpuesta contra su causante. (Arts. 231 y 1276 inc. 2 Pr.).

Para el caso de que el reo hubiese opuesto excepciones de previo y especial pronunciamiento: "el plazo para contestar la demanda será de tres días y comenzará a correr desde el día de la notificación de la providencia en que se manden entregar los autos al demandado para que conteste, en cumplimiento de la sentencia ejecutoriada que declaró sin lugar las excepciones dilatorias" (Art. 520 Pr.).

Por consecuencia, es dentro de los términos señalados que debe solicitarse la fianza al actor.

Hay algunas situaciones, que en la práctica judicial presentan problemas de apreciación en cuanto a si la petición de fianza hecha por el demandado es procedente o no lo es; analizaremos las que siguen:

1)- El demandado comparece en tiempo y no contesta la demanda.

Suele ocurrir que el reo comparece en el término del emplazamiento, se muestra parte en el juicio, no contesta expresamente la demanda pero pide que el demandante rinda la caución que nos ocupa.

Consideramos que en este caso es atinado tener por parte al demandado, y por no haber contestado la demanda, declarar sin lu-

gar la rendición de la fianza, oportunamente se le declarará rebelde para el solo efecto de tener por contestada fictamente la demanda en sentido negativo. La solución anterior halla asidero legal en la letra de la ley que exige la contestación de la demanda como condición para pedir la fianza, y dicha contestación debe ser real y no ficta o tácita, ya que la ley misma no dá margen a interpretar estas últimas situaciones.

2)- El demandado comparece después del término para contestar la demanda.

El Código de Procedimientos Civiles (Art. 228 Pr.) comprende dos casos al respecto: a) Que el demandado no conteste dentro del término señalado al efecto:

b) Que el demandado no comparezca en el término del emplazamiento.

La sanción procesal en uno y otro caso, es que el Tribunal, previa petición de parte, tenga por legalmente contestada la demanda para proceder en rebeldía.

Armonizando esta disposición, con el modo de proceder en rebeldía (Libro II, Título II, Capítulo III, Arts. 528 y siguientes Pr.) tenemos que:

a) La rebeldía deberá ser pedida por el demandante; b) debe haber declaratoria del juez en tal sentido; c) se tiene por contestada negativamente la demanda; d) se notifica la declaratoria de rebeldía al demandado, quien puede obtener la revocatoria de la rebeldía si prueba haber estado impedido con justa causa (Art. 229 Pr.); e) se continúa el juicio en rebeldía.

La declaratoria de rebeldía permite que el proceso siga su marcha sin la presencia del demandado. Pero compareciendo el re-

belde antes de la sentencia definitiva, tomará su defensa con prueba o sin ella, según la naturaleza del juicio y el estado en que se hallare, sin poder hacerlo retroceder para rendir prueba si ya pasó su término. (Art. 534 Pr.).

Presupuesto importante para que se produzca la declaratoria de rebeldía, es la petición del actor, por lo que entendemos que si el demandado comparece contestando la demanda después de vencido el término para hacerlo y el demandante no le ha acusado rebeldía, el Tribunal debe admitir la contestación, puesto que con ella queda cumplido el propósito del legislador de que el juez no se pronuncie sin oír al demandado, y está satisfecho el principio de contradicción. Por otra parte, debe atenderse al interés tácito del actor, que no hizo uso de la facultad procesal de acusar rebeldía, porque desea conocer las defensas que le opondrá su adversario, quien bien podría interrumpir la rebeldía antes del término probatorio y rendir pruebas que su demandante no estaba preparado a desvirtuar.

Finalmente, si la contestación en este caso es procedente, también lo será la petición de fianza de parte del reo.

Siendo un presupuesto legal que "al impedido con justa causa no le corre término, ni se le considera rebelde para tener por contestada la demanda" (Art. 229 Pr.), puede entonces el demandado probar sumariamente la "causa legítima" que hubiese tenido para no haber comparecido al juicio o haberlo hecho extemporáneamente (Art. 538 Fr.).

Este procedimiento es el siguiente: el reo "podrá dentro de tercero día contado desde el siguiente al de la notificación de la declaratoria, pedir que se le reciba prueba sobre dicha cau-

sa: el juez dará traslado por tres días a la parte contraria y con lo que conteste o en su rebeldía (se entiende que el actor no hace uso del traslado), recibirá a prueba el artículo por ocho días con todos cargos, y vencidos dictará la resolución que convenga dentro de los tres siguientes sin otro procedimiento".(Art. 538 Pr.).

Si fuere probado el impedimento del demandado para asistir al juicio principal, el juez le concederá un término perentorio que crea suficiente para que comparezca, con tal que no exceda del que el Código de Procedimientos Civiles concede para la contestación de la demanda en razón de la distancia (Arts. 539 y 211 Pr.). Si en el "juicio de rebeldía" no probare las causales que ofreció justificar, pagará las costas causadas a su contraparte, resarcido además los daños y perjuicios a que hubiere dado lugar. (Art. 540 Pr.).

3) El demandado confiesa los hechos planteados por el actor en su demanda.

De conformidad con el Código Procesal Civil (Art. 230 Pr.) "si el reo en su contestación confiesa clara y positivamente la demanda, se determinará por ella la causa principal, sin necesidad de otra prueba ni trámite".

Confesión "es la declaración o reconocimiento que hace una persona contra si misma sobre la verdad de un hecho".(Art. 371 Pr.).

Quiere decirse, que el demandado en su contestación reconoce que son ciertos los hechos alegados por el actor en la demanda, y que por lo tanto no será necesario que se rinda prueba sobre la existencia o veracidad de los mismos. El juzgador deberá conde

nar a la satisfacción de las pretensiones del demandante.

Debemos analizar si en esta circunstancia, es o no procedente la petición de fianza por parte del demandado.

Nos parece que las excepciones a la regla contenida en el Art. 18 Pr. - que todo actor puede ser obligado a rendir fianza - son expresas en las leyes; y al no considerarse el caso que nos ocupa como excepcional, debe concluirse que el confesante puede solicitar la rendición de la fianza y el juez deberá acordarlo así, no obstante la confesión.

4) El demandado interpone reconvencción o mutua petición.

La contestación del demandado puede ser simple, cuando se reduce a las cuestiones planteadas por el actor en su demanda, y reconvenccional, cuando plantea una nueva litis, que puede ser o no independiente con relación a la propuesta en la demanda, y que en consecuencia podrá ser motivo de un pronunciamiento autónomo.

De aquí que el reo pueda reconvenir precisamente al contestar la demanda, cuando la acción en que se funda no exija trámites más dilatorios que la intentada por el actor, o bien, interponer la reconvencción o mutua petición por separado ante el Juez competente.

Obviamente, se trata de una contrademanda, o nueva demanda contra el actor que de tal suerte se vuelve a su vez demandado; y el reo, por lo mismo, pasa a tener calidad de demandante.

En esta situación, el inicialmente demandado puede al reconvenir exigir la rendición de fianza, porque él está haciendo uso de su facultad procesal al contestar la demanda.

Asimismo, creemos que el originalmente actor podrá en su oportunidad solicitar fianza para el caso de que la "mutua petición" sea maliciosa o injusta.

4.- EFECTOS DE LA PETICION DE FIANZA.

PROVIDENCIA JUDICIAL QUE RESUELVE LA PETICION. OBLIGACION DEL ACTOR DE RENDIRLA. SUSPENSION DEL JUICIO.

La petición de fianza hecha por el demandado produce los siguientes efectos.

A) Obliga al juez a resolver especialmente sobre esta petición, ya sea declarándola sin lugar, por no haber sido pedida en tiempo y forma o por no ser procedente, debido a estar en presencia de alguno de los casos de excepción; o bien, acordando la fianza.

Como antes se dijo, la fianza de costas, daños y perjuicios, es acordada por el juez a instancia de parte y en virtud de su "solo pedimento".

La providencia judicial que ordena la rendición de la fianza es una sentencia interlocutoria -o auto- (Arts.19 y 418 Pr.) que admite apelación de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles (Art.985 No.13 Pr.), que en lo pertinente establece "Concede la ley apelación...de las sentencias que traten...13) Demandar caucionar las resultas de un juicio..."

Ahora bien, la apelación será únicamente en el efecto devolutivo "cuando se prefieren en favor de la parte actora" y cuando se dictaren a favor de la parte demandada, y fueren apeladas por la contraria, se otorgaría el recurso de ambos efectos. (Art.987 Pr.).

B) Obliga al actor a rendirla. Una vez firme la providencia que acuerda la fianza, el actor queda obligado a rendirla, -

esto es, a garantizar que cumplirá con las obligaciones pecuniaras que le imponga la sentencia en cuanto a daños, perjuicios y costas procesales.

El actor puede consignar la suma mandada a afianzar o lograr la abrogación de la rendición de fianza, pero en todo caso, ha satisfecho la exigencia del demandado de garantizarle las resultas del juicio.

Si el demandante se quedare inactivo, deberá soportar las consecuencias de su negligencia puesto que puede llegar a perder la posibilidad de ver cumplida su pretensión.

C) Efecto importantísimo de la petición del demandado, es en cuanto a la suspensión del juicio. El juez debe abrir un incidente de previo y especial pronunciamiento para conocer de la fianza y solamente podrá volver al juicio principal una vez haya quedado firme la sentencia que pone fin al incidente.

Este incidente tiene tramitación sumaria, lo cual ha llevado a confundir la fianza con las excepciones dilatorias, no obstante las claras diferencias en cuanto a su naturaleza y finalidad. Aquélla, es una fianza judicial acordada por el tribunal a pedimiento de parte y destinada a garantizarle al malicioso o renerariamente demandado el reembolso de las costas judiciales en que ha incurrido y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la inte posición del litigio. La excepción dilatoria, revolvemos a insistir, es el medio procesal de dilucidar una question que tiene carácter previo y que compromete la eficacia y validez de los actos procesales.

El juez queda inhibido de conocer de la causa principal y su competencia queda limitada a resolver el incidente, aprobando

la fianza rendida o absolviendo al demandante de la obligación de darla.

Este efecto ha llegado a provocar que en los tribunales se afirme que la interlocutoria que ordena la rendición de fianza será siempre apelable en ambos efectos, puesto que el tribunal tiene que desprenderse del conocimiento general del litigio para remitir los autos -el incidente- al tribunal superior en grado. (Según el inc. final del Art. 19 Pr.).

5.- CUANTIA DE LA FIANZA, CRITERIOS PARA SU DETERMINACION. RECURSO:

El auto que acuerde la fianza determinará, asimismo, la suma que ha de afianzarse. (Art.1) Pr.).

Para fijar esta cuantía, el juez deberá observar dos reglas principales:

- 1) Atender las circunstancias de las personas.

La situación económica de las personas puede determinar que siga o no adelante el juicio, puesto que la justicia civil exige que se haga uso de recursos que pueden llegar a ser cuantiosos: las expensas de los testigos, los honorarios de los procuradores, los derechos de los peritos, los gastos para la consecución de documentos, los pagos de transporte para estar en el lugar de asiento del Tribunal, etc.

Esta situación debe ser tomada en cuenta por el Juez para fijar la cantidad que se debe afianzar y así asegurarse que pueda ser rendida por el actor.

Precisamente entre las críticas que se hacen a la Fianza de Costas, se cuentan: que o es ínfimamente ridícula, que no cubriría ni los gastos más razonables del proceso, o bien, es tan -

excesiva que difícilmente podrá ser rendida por el demandante, que al no cumplir con la exigencia judicial verá nulatoria su demanda.

Entendemos que también deberá tomarse en consideración la calidad de las personas, traducida en buena fama, crédito comercial, ejercicio de alguna profesión que se podrá ver afectado por el litigio, y el grado de parentesco existente entre las partes. A este último respecto, si la demanda versare entre ascendientes y descendientes, hermanos o cónyuges no habrá condenación especial en costas, aunque si puede resultar condena en daños y perjuicios (Art. 439 Pr.), la fianza a rendirse entonces deberá adecuarse a la posible cuantía de éstos.

2) Atender al interés que se litiga.

"Valor del litigio" no equivale a "valor de la cosa litigiosa", este último es el que particularmente tiene el objeto del juicio, o sea, el valor de la cosa que se reivindica, la cuantía del derecho que se discute, la suma que deberá satisfacerse. Aquél está representado por el monto de las litis-expensas, el costo que el litigio tuvo para las partes.

Para efecto de costas, nos interesa el "valor del litigio". Nos resulta así, que el "interés", tal como lo entiende el legislador, va en íntima relación con la cuantía de lo reclamado en la demanda.

La naturaleza del juicio se determina por el "valor de lo que se pide". A este respecto, hay juicios que son de valor indeterminado, de valor determinado y de valor determinable. (Arts. 192, 193 No. 3, 196, 197, Pr.).

Y de acuerdo con esta naturaleza, es que se determinarán los gastos en concepto de honorarios de los procuradores, asesores y

peritos, así como el valor del papel sellado que se usará en el proceso. (Avalúo Judicial).

El juez no puede menos que atender esta circunstancia para fijar la fianza que deba garantizar el reembolso de estos gastos.

La providencia que acuerde y fija la fianza es notificada a las partes, quienes pueden apelar de la suma que manda afianzarse.

El demandado interpondrá el recurso si la considera insuficiente y le será admitido en el efecto devolutivo solamente. (Art. 985 No.13, 987 Fr.).

Apelando el actor, de una fianza considerada excesiva, el recurso se otorgará en ambos efectos. (Art.987 Fr.)

6.- RENDICION DE LA FIANZA.REQUISITOS.

En cuanto a la rendición de la fianza, debemos analizar los aspectos siguientes: a) Clase de fianza, b) Condiciones del fiador; c) Obligaciones del fiador, y d) No hay excusión de bienes.

1) CLASE DE FIANZA QUE DEBE RENDIRSE:

Como ya lo dejamos expuesto, al tratar respecto a su naturaleza, la fianza de costas, danos y perjuicios, se ubica en la categoría de las fianzas judiciales: y como tal, puede sustituirse por una prenda o una hipoteca suficiente.(Art. 2083 C.).

De aquí se colige que el actor podrá, para cumplir con la exigencia procesal, rendir una fianza simple o personal, entregar una cosa en prenda o constituir hipotecas sobre un bien inmueble propio.

En todo caso, la garantía prestada debe ser suficiente, esto es, que cubra ampliamente la obligación principal y todos sus accesorios (Art. 2087 C.).

Nos quedamos con la fianza por convenir así a nuestro estudio.

Mediante la fianza, una persona distinta al actor se compromete ante el juez a cumplir con la obligación de responder por las costas, daños y perjuicios en que fuere condenado si sucumbe y siempre que el obligado no la cumpla.

No existe una fórmula procesal para rendir esta fianza, en la práctica puede hacerse de dos maneras: una, la más usual, por medio de escrito presentado al juez por el fiador en que expresamente manifiesta constituirse tal; y la otra, mediante la presentación por el demandante del instrumento en que conste la constitución de la fianza.

Pero como lo que se busca es dar una seguridad a la obligación, lo importante es que esa seguridad se constituya a satisfacción del funcionario que deba recibirla.

B) CONDICIONES DEL FIADOR.

Siguiendo el Código Civil, el fiador judicial debe reunir estas características:

1) Ser persona natural o jurídica que esté domiciliada en la República.

2) Ser capaz de obligarse como tal.

3) Que tenga bienes más que suficientes para hacer efectiva la fianza.(Art. 2100 C.).

En efecto, el fiador puede ser indistintamente una persona natural o una persona jurídica. En la vida moderna hay Sociedades o Instituciones que incluyen en su giro afianzar el cumplimiento de obligaciones ajenas mediante el pago de una remuneración previamente convenida y proporcional a la obligación caucionada. Estas personas reúnen los requisitos legales y no encuentran obstáculo en la Ley para que puedan afianzar a los actores en juicio.

Tampoco se distingue si los fiadores deben ser nacionales o extranjeros, no obstante, deben cumplir en todos los casos con la exigencia de tener domicilio en el país.

La razón de este requisito, se encuentra en la preocupación del Legislador porque el fiador esté presente cuando se le requiera cumplir con la obligación contraída. El juez puede exigir prueba de esta circunstancia.

La fianza constituye una obligación para el fiador, por lo que debe observarse las reglas generales de las obligaciones. Para que su obligación sea válida debe ser plenamente capaz de contraerla (Art. 2100 C., 1316 No. 1 C.).

En consecuencia, no pueden ser fiadores: los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito.

Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad (varón mayor de 14 años y mujer mayor de 12) (Arts. 26 y 1318 C.).

Para calificar la suficiencia de los bienes, sólo se tomarán en cuenta los inmuebles del fiador, excepto en los siguientes ca-

tos: a) Cuando estuvieren embargados o fueren litigiosos; b) Cuando no existan en el territorio del Estado; c) Cuando se hallen sujetos a hipotecas gravosas o a condiciones resolutorias; d) tanto como se contará con ellos cuando el deudor estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aún los inmuebles no hipotecados en garantía de tales deudas; y e) cuando la deuda afianzada sea líquida. (Art. 2100 C.).

El fundamento de cada una de las anteriores excepciones es claro: en el caso de los bienes embargados; es de suponer que a consecuencia del juicio ejecutivo que dió lugar al embargo, podrán pasar a manos del acreedor por adjudicación en pago, o a manos de terceros, por el remate de los mismos a fin de obtener una cantidad líquida con que pagar al acreedor.

Se entienden litigiosos los bienes cuyo dominio se pretende por diversas personas, y por lo mismo, la sentencia que ponga fin al litigio, puede colocarlos en manos de personas distintas del fiador.

La expresión "que no existan en el territorio del Estado" usada por el legislador (Art. 2100 C.) equivale a la exigencia de que los bienes raíces del fiador deben estar dentro de la República, y tiende a impedir que sea negativa en el futuro la acción del acreedor, ya que en virtud de los principios sobre estatutos reales del Derecho Internacional, casi universalmente aceptados, los inmuebles están sometidos a la ley del lugar donde se encuentran.

Son hipotecas gravosas, las de intereses altos y condiciones onerosísimas, que colocan al deudor en situación de vender sus inmuebles lo más rápidamente para satisfacer esas deudas o abandonarlos en manos de sus acreedores. Estos bienes están desde el principio condenados a perderse.

La condición resolutoria, es aquélla en virtud de cuyo cumplimiento se extingue un derecho (Art. 1350 C.). Quien tiene bienes raíces sujetos a esta condición perderá su dominio con el cumplimiento de la condición.

Cuando una persona está recargada de deudas, se encuentra en el inminente peligro de que cualquiera de sus acreedores lo demande ejecutivamente y en virtud del derecho de prenda general, embargue aún los inmuebles no hipotecados para garantizar esas legadas. O bien, llegar a verse en situación de concursado, voluntariamente a instancia suya, o necesariamente a instancia de uno o más de los acreedores; pero en todo caso expuesto a perder sus bienes (Arts. 559 y sigs. Pr.).

Siendo imposible para el legislador señalar los límites para que los jueces puedan estimar "lo módico" de la deuda afianzada, parece ser que ha dejado a criterio de éstos hacer tal apreciación. Pero lo importante es, que en los casos en que se considere módica la deuda, al fiador no se le exige ser propietario de bienes raíces.

C) OMERACIONES DEL FIADOR.

En cuanto a la responsabilidad que contrae el fiador del actor, cabe hacer las consideraciones siguientes:

- 1) Su responsabilidad es limitada a la cantidad afianzada.

La cuantía de la fianza es determinada por decreto del tribunal, por lo que el fiador se compromete a responder hasta por una cantidad fija y determinada, precisamente la que ha sido señalada por el juez, y será hasta esta suma que se encuentra limitada su responsabilidad.

Recuérdese que la fianza, según la ley (Art.2097 C.), no puede "extenderse a más que el tenor de lo expreso". En caso de condena a una cantidad mayor de la afianzada, el fiador está obligado a satisfacer únicamente la parte de ella equivalente a la suma que se obligó a pagar.

2) El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos.(Art. 2093 C.)

Esto tiene relación con las condiciones de la obligación del deudor, no sólo con respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición o al modo del pago (Art.2094 C.). Es decir, que la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del actor.

No obstante, sí puede obligarse de modo más eficaz, por ejemplo, otorgando una hipoteca en seguridad de la garantía que ofrece.

3) Sus obligaciones son transmisibles a sus herederos (Art 2101 C.).

La fianza tiene para el acreedor la ventaja que, muerto el fiador, los herederos son responsables en los mismos términos en que se obligó su causante y que así estará seguro en su totalidad el pago que en concepto de accesorios legales sea condenado a efectuar el demandante.

Con la prenda o la hipoteca constituida en garantía de la obligación del actor puede ocurrir, en cambio, que los bienes gravados desmejoren y su valor no cubra la totalidad del monto a que asciendan las costas, daños y perjuicios.

Con todo, como el fiador está en obligación de pagar una suma de dinero (Art.2093 inc. final C.), cada heredero debe responder únicamente de una cuota proporcional de esa suma y hasta concurrencia del valor de los bienes recibidos.(Art. - 1169 C.).

En caso de no aparecer herederos del fiador o no presentarse a aceptar la herencia, ésta podrá declararse yacente y exigirse al curador de la misma el cumplimiento de la obligación contraída por el causante. (Arts. 1164 C. y 900 al 902 - Pr.).

D) NO HAY EXCUSION DE BIENES.

El beneficio de excusión permite al fiador "exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda".(Art.2107 C.)

Tal beneficio fué establecido por Justiniano con el propósito de aliviar la condición del fiador, quien en el Derecho Romano antiguo podía ser siempre y principalmente perseguido por el acreedor y condenado al pago.

La Legislación Moderna ha consagrado la "excusión" como un derecho, por regla general, para todo fiador. Pero para que pueda gozar del beneficio, es necesario que sea previamente reconvenido, vale decir demandado judicialmente (Art.2108 No.5 C.)

Excepcionalmente, el beneficio de excusión no opera en los siguientes casos:

- 1)- Cuando se ha renunciado expresamente;

2)- Cuando el fiador se obligó como codeudor solidario; y

3)- Cuando la fianza ha sido ordenada por el Jues. (Art. 2106 No.1, 2 y 4 C.).

Siendo la fianza de costas, daños y perjuicios, una fianza judicial, el fiador consecuentemente no goza del beneficio de excusión de bienes.

7.- APROBACION O IMPROBACION DE LA FIANZA.

El artículo 19 del Código de Procedimientos Civiles establece el siguiente trámite para la rendición de la fianza:

a)- Una vez que el actor ha rendido la fianza fijada por el juez, el tribunal manda a oír a la parte contraria, esto es al demandado, por tercero día.

b)- Con lo que diga el reo, o acusada su rebeldía y a petición del actor, se abra a pruebas por ocho días el incidente.

Es importante hacer notar que la disposición legal citada expresa que la apertura a pruebas se hace "si fuere necesario", lo cual en la práctica crea confusiones, puesto que algunos litigantes consideran que si el demandado nada alega al corrésele la audiencia respectiva, el actor no está obligado a probar nada, procedimiento en consecuencia la aprobación de la fianza rendida. Nos parece que la apertura a pruebas no es necesaria sólo en dos casos: cuando el actor consignó la suma y cuando el reo expresamente se conformó con la fianza que rindió el demandante. Si contestara la audiencia opoitió

dase a la aprobación de la fianza, pues, procede abrir a pruebas el incidente.

Es el criterio casi unánime de nuestros tribunales, y la prudencia así lo aconseja, que ante el silencio del reo, el actor siempre debe solicitar la apertura a pruebas y que en el término correspondiente debe probar la capacidad del fiador y la suficiencia de sus bienes, precaviendo de tal modo que el reo le acuse deserción más tarde.

Verdaderamente, el juez no está facultado para abrir a pruebas de oficio el incidente ni a ordenar la rendición de prueba alguna. Pero, para poder aprobar la fianza, debe recibir pruebas acerca del valor de los bienes del fiador y que éstos no se encuentran sujetos a hipotecas gravosas ni a condiciones resolutorias, etc.

c) El juez deberá aprobar o no la fianza dentro de los tres días subsiguientes.

Una vez pasado el término de prueba si lo hubo y en vista de la prueba rendida, el tribunal está obligado a resolver respecto de la fianza prestada.

El juez aprueba la fianza si se cumplieron los requisitos en cuanto al fiador que la ley exige (Arts. 2097, 2100 C.).

Y no la aprobará si el actor no solicitó la apertura a pruebas o solicitándola no probó las circunstancias antes dichas.

La providencia que resuelva sobre la aprobación o improbación de la fianza es apelable en ambos efectos cuando se dictare en favor de la parte demandada y la apelación fué inter-

puesta por la contraria; y sólo en el efecto devolutivo cuando se prefieren en favor de la actora (Arts. 987 y 985 No. 10 Pr.).

Firme la resolución que aprueba la fianza termina el incidente y el juicio debe continuar a impulso de las partes.

Si la Decisión judicial fuere de improbar la fianza, considero personalmente -y algunos jueces lo han estimado así- que al actor únicamente le cabe consignar la cantidad mandada a afianzar y cumplir así con la exigencia procesal de garantizar las costas, daños y perjuicios en que pudiera resultar condenado. Esta cuestión la analizaremos más adelante -en relación con la deserción de la acción.

8.- ABSOLUCION DEL ACTOR DE LA OBLIGACION DE RENDIR LA FIANZA.

El actor puede obtener el relevo de la obligación de rendir la fianza exigida por el reo, en cualquiera de estos dos casos:

1)- Consignando la cantidad mandada a afianzar (Art. 19 Pr.)

La mejor garantía de que cumplirá con su obligación de cubrir las resultas del juicio, la constituye la consignación hecha por el actor, la cual deberá efectuar luego que ha quedado firme la providencia que ordena la rendición de la fianza y determina la cuantía de ésta.

Verificado lo anterior, deberá el juez sin más trámite absolver al demandante de rendir la fianza y continuará el proceso su curso.

2)- Probando sumariamente, con audiencia de la parte contraria, poseer en el Estado bienes raíces, suficientes para cubrir la cantidad de la fianza (Art. 19 Pr.).

El procedimiento para este último caso es el siguiente (Art. 979 Pr.):

a) El actor una vez firme el auto que ordena la fianza, solicita la absolución de ella, ofreciendo probar la circunstancia expresada.

b) El juez corre audiencia a la parte contraria. Esta audiencia equivale a cita para que comparezca a la producción de las pruebas del actor y pueda probar a su vez lo que le compete.

c) A petición de parte se abre a pruebas el incidente por ocho días, período dentro del cual el demandante deberá probar mediante los instrumentos pertinentes que posee bienes raíces en la República.

Dichos bienes deben ser suficientes para cubrir la suma mandada a adianzar, circunstancia que se prueba mediante el valúo pericial.

Los bienes inmuebles, además, deben estar libres de todo gravamen o responsabilidad y se presumirán tales mientras no se pruebe lo contrario.

Bienes libres de toda responsabilidad significa, a nuestro entender, que no estén sujetos a condiciones que pongan al actor en peligro de perder su dominio, como la existencia de condiciones resolutorias, pactos de retroventa, arrendamientos con promesa de venta, embargos, o ser objeto de litigio.

Como vemos, en el término probatorio, el demandado puede también aducir sus probanzas en cuanto a la situación legal de los bienes raíces del actor.

á Verdad el término, el juez dentro de tercero día deberá pronunciarse sobre la apelación solicitada.

Si procediere la apelación del demandante, una vez resuelto así, el proceso deberá continuar merced al impulso de las partes.

Según lo anotado, no queda más camino al actor que consignar la cantidad que se ordenó a pagar, ya que no puede rendir la fianza en virtud del principio de preclusión.

Sosteneros que cabe la consignación, porque mediante este recurso se lograría el propósito del legislador de asegurar al demandado el pago de las lidas expensas, a que dió lugar la demanda infundada y maliciosa. Sostener lo contrario sería perjudicar al actor, quien no obstante haber fracasado en el incidente, está dispuesto a asegurar las resultas del juicio por él promovido.

No hay texto legal expreso que conceda apelación de la providencia que absuelva al actor de la obligación de rendir la fianza o que declare sin lugar su solicitud en tal sentido. Pero a tenor de nuestro Código Procesal Civil (Art. 984 inc. 3 Pr.), "se concede apelación en ambos efectos, salvo los casos expresamente exceptuados, de las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios sumarios e en las solicitudes que se tramitan sumariamente".

La decisión judicial que nos ocupa tiene calidad de sentencia definitiva que pone fin al incidente en que se procede sumariamente y por consecuencia susceptible de ser atacada por cualquiera de las partes. Precede pues, el recurso de apelación en este caso.

9.- DESERCION DE LA ACCION POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE RENDIR FIANZA. CONSECUENCIAS.

Tema verdaderamente espinoso es el de la deserción de la acción como consecuencia del incumplimiento o de la imposibilidad del actor de prestar la fianza que se le ordena.

Precisamente, las más fuertes críticas a la subsistencia en nuestros días de la fianza de costas, daños y perjuicios, coinciden en que la producción de las litis expensas, es uno de los efectos económicos del proceso, y que la precaución tomada por el legislador para garantizar el pago de aquéllas al originalmente demandado que resultase victorioso en el juicio, nada tiene que ver con el verdadero objeto del litigio.

La deserción de la acción, así vista, viene a ser una sanción exageradamente rigurosa para quien no pudo rendir la caución o no logró exonerarse de ella. El juez por mandato legal y sin siquiera conocer de lo expuesto en la demanda, despoja de su acción al demandante por una cuestión meramente económica y por lo mismo accesoria del proceso.

Dejaremos para más adelante el análisis de las consideraciones aquí insinuadas.

La deserción equivale al abandono o desamparo que de la acción ejercitada hace el actor (Art. 468 Pr.).

Vinculado por la relación procesal, el actor tiene la obligación de proseguir la instancia hasta la sentencia, que es su forma normal de extinción, pues de lo contrario, se expone a las consecuencias que de su inactividad puedan derivarse.

La deserción, se declara a petición de parte y su efecto inmediato es la pérdida de la acción o pretensión, la cual no puede jamás volver a suscitarse; así mismo conlleva la condena en las costas que se produjeren, en provecho del demandado.

Así, mediante legislación procesal establece:

"Deserción es el desamparo o abandono que la parte hace de su derecho o acción, decretada previamente ante los jueces y tribunales" (Art. 463 Pr.).

"Por la deserción declarada en Primera Instancia, no podrá volverse a intentar la acción abandonada. Por la deserción declarada en Segunda Instancia o en cualquier recurso, quedará irrevocable y pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia apelada o de que se recurrió". (Art. 470 Pr.).

"En los casos de deserción será condenada en costas la parte que desertare..." (Art. 471 Pr.).

"Cuando el actor desampare la demanda después de contestada, podrá el demandado pedir que la prosiga bajo la pena de deserción.

Habrá lugar a esta solicitud cuando el actor deje transcurrir seis días sin pedir o sin hacer lo que, conforme a derecho, sea necesario de su parte para la continuación del juicio". (Art. 536 Pr.).

"El juez mandará que así lo verifique dentro de tres días perentorios; y si el demandante los dejare transcurrir, se declarará la deserción con costas previa citación del demandado, notificándose al actor la declaratoria en la forma legal.

Si fueren dos o más los demandados, podrán cada uno de éstos, si ya hubiesen contestado la demanda, pedir la deserción -

conforme las disposiciones de este capítulo: y en este caso sólo aprovechará la deserción al que la pidiese salvo que por la naturaleza indivisible de la acción deba aprovechar a todos". (Art. 537 Pr.).

Pero si mediante causa legítima, la misma ley permite que el actor comparezca al juez dentro de tercero día, contado desde el siguiente al de la notificación de la declaratoria de deserción, a "pedir que se le reciba prueba sobre dicha causa: el juez dará traslado por tres días a la parte contraria y con lo que conteste o en su rebeldía, recibirá a prueba el artículo por ocho días con todos cargos, y vencidos dictará la resolución que con venga dentro de los tres días siguientes sin otro procedimiento." (Art. 538 Pr.).

Si el demandante probare el impedimento para asistir al juicio, el juez le concederá un término perentorio que crea suficiente para que comparezca a continuar su acción, el cual no puede exceder del concedido para la contestación de la demanda. (Art. 539 Pr.).

Aplicando las disposiciones transcritas nos resultan, en relación con la caución que nos ocupa, los siguientes casos en que puede proceder la deserción.

1) No se rindió en tiempo la fianza.

La ley no fija expresamente un término en el cual debe rendirse la fianza, pero en virtud del principio de la integración legal, es generalmente aceptado que el actor pueda hacerlo dentro de los seis días siguientes a la fecha en que quedó firme el auto que ordena rendirla.

Expliquémonos: la providencia que fija la fianza es notificada a las partes para que puedan recurrir de ella dentro de tres días, si no se ampliare dicha resolución queda firme y por lo tanto obliga al actor a rendir la fianza, lo cual deberá hacer dentro de los tres días siguientes; de lo contrario, el reo puede acusar de deserción.

Solicitada la deserción, el actor todavía dispone de tres días perentorios a partir de la notificación del decreto del juez que le manda a hacer lo que le corresponde en derecho verificar.

Pasado este último plazo, sin que cumpla el demandante, procederá decretar la deserción.

Los términos mencionados se entenderán concedidos, asimismo, para que el actor pueda continuar la suma mandada a afianzar o solicitar la absolución de la fianza.

2) No se aprobó la fianza rendida.

A este respecto pueden darse dos situaciones:

a) No se pidió la apertura a pruebas y por lo tanto, no hubo oportunidad de aportar las probanzas necesarias para que el juez pudiera aprobar la fianza. Es frecuente en la práctica judicial, que el reo nada diga respecto de la fianza rendida, manteniéndose en actitud expectante de la actividad del actor, a quien le corresponde probar la idoneidad de la fianza rendida.

En este caso, procede la petición del demandado para que el juez prevenga al actor de proseguir el juicio haciendo lo que en derecho le compete, bajo la pena de deserción.

b) Transcurrido el término probatorio el actor no procedió relativo a la capacidad del fiador y a la suficiencia de sus bienes.

nos. Bien puede ocurrir que no aportara prueba alguna o que la prueba vertida fuese insuficiente.

En ambos casos, procede el acuse de deserción. Son abundantes los fallos que declaran la deserción por no haberse verificado una "fianza eficaz".

3) No se absolvió al actor de la obligación de rendir fianza.

Transcurrido el trámite sumario establecido al efecto, el actor no logró probar poseer en el Estado bienes raíces, libres de gravamen o responsabilidad y suficientes para cubrir la cantidad de la fianza.

Es procedente el acuse de deserción.

Ahora bien, permítasenos sostener que en todos los casos antes planteados, lo único que puede hacer el actor ante la prevención del juez de proseguir en su actividad procesal, es consignar el importe de la fianza, ya que es procesalmente imposible -merced al principio de preclusión, presentar otra fianza. Con esta consignación -antes lo dijimos también- se satisface la exigencia de garantía para el demandado, que es en el fondo la razón de existir de la fianza de costas, daños y perjuicios.

10.- EL DESISTIMIENTO EN EL INCIDENTE DE FIANZA.

Desistimiento "es el apartamiento o la renuncia de una acción o recurso". (Art. 464 Pr.).

En otras palabras, el desistimiento es el acto por el cual el actor manifiesta su propósito de no continuar el proceso.

El actor está en su derecho de renunciar a la prosecución del proceso. Pero debe tomarse en cuenta la situación del demandado, que ha debido intervenir contra su voluntad, incurriendo en gastos procesales y quien quizá hasta ya exhibió sus pruebas, y fué en presencia de ellas que el actor resolvió desistir de continuar el litigio.

Ahora bien, debe distinguirse entre el desistimiento de la acción y el desistimiento de un acto del procedimiento.

El primero -a tenor de los procesalistas-(85) importa la extinción de la relación procesal. En tanto que el segundo, sólo tiene como consecuencia la extinción del acto del cual se desiste y que tanto puede ser hecho por el actor como por el demandado; así ocurre cuando se desiste de un recurso, de un incidente o de cualquier petición que se formule en el curso del proceso.

Entonces, pues, distinguimos: a) El desistimiento de la acción lleva consigo la renuncia del derecho, y el actor ya no puede volver a intentar hacerlo valer en juicio "contra la misma persona ni contra las que legalmente la representen" (Art. 467 - Pr.). Su efecto es dejar las cosas de una y otra parte en el mismo estado que tenían antes de la demanda. (Art. 466 Pr.).

b) El desistimiento de un acto del procedimiento, no produce la extinción de la acción, a lo que renuncia el litigante es a la prosecución del incidente o acto procesal solicitado.

El desistimiento de un recurso, importará un expreso consentimiento de las sentencias de que se ha recurrido. (Art. 466 Pr.).

(85) Hugo Alsina, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial" Tomo II, Compañía Argentina de Editores S de RL, Buenos Aires 1942.

El desistimiento a proseguir un incidente, importa que las cosas vuelvan al estado o situación procesal anterior a la petición que provocó el incidente.

De los efectos de desistimiento no habrá especial condenación en costas. (Art. 461 Pr.)

El desistimiento debe ser hecho y aceptado por las partes o por sus procuradores con poder especial. (Art. 465 Pr.).

Es decir, que para que opere el desistimiento, para que produzca sus efectos, debe ser aceptado por quien se ha constituido parte en el juicio. Por lo tanto, si el actor desistiere de la acción o recurso antes que el demandado o apelado hubiese pedido ser tenido por parte, no habrá necesidad de dicha aceptación por virtud del principio de disposición o instancia procesal.

Si con base a lo expuesto analizamos el desistimiento en relación al "incidente sumario de fianza" nos resultan dos situaciones:

1) que el actor desista de su acción estando en trámite el incidente. Algunos litigantes opinan que el juez no puede mandar a oír a la parte reo de tal desistimiento, por cuanto el proceso se encuentra suspendido (Art. 18 Pr.) y el juez no puede sino resolver sobre la procedencia o improcedencia de la fianza, o sobre la absolución de la obligación de rendir la caución, según el caso.

A nuestro criterio, como en el incidente de fianza se está discutiendo una cuestión que ha surgido en virtud del proceso, es procedente que el tribunal resuelva mandando oír al demandado sobre la petición del demandante, y si es aceptado, procede declarar el desistimiento solicitado.

2) que el acto, estando pendiente la resolución del incidente, desista de su petición de fianza.

Como se ha dejado expuesto, la fianza de costas, daños y perjuicios, ha sido esta especie de garantía en favor del reo de que le serán revistadas sus litis expensas. Y estando establecida en su exclusivo beneficio, es legalmente posible que pueda renunciar al derecho procesal de exigir su rendición al actor. Consideramos que si el demandado solicitare al juez que deje sin efecto su petición de fianza, éste deberá acoger dicha solicitud sin necesidad de mandar a oír al actor: ya que aquél estaría renunciando a un derecho que sólo mira a su interés individual y cuya renuncia no está prohibida por la ley (Art. 12 C.). Por otra parte, este traslado debe omitirse puesto que la resolución ha de ser favorable al actor. (Art. 1290 Pr.).

Desistida la fianza, el proceso continuará en la fase siguiente a la contestación de la demanda.

Queremos aclarar que nuestro Código de Procedimientos únicamente regula el desistimiento de la acción o de un recurso que ya ha sido interpuesto y no lo contempla para otros actos procesales, por lo que en esta situación tal vez sea más propio hablar de renuncia del demandado al derecho que se rinda fianza en su favor, que de desistimiento de la fianza pero en todo caso, hemos expresado nuestra opinión de que es procedente la restitución del reo en tal sentido.

11.- LA INSOLVENCIA DEL FIADOR.

El fiador puede llegar a encontrarse en situación tan precaria, que no cumpla con el pago corriente de sus obligaciones y

que hasta se vea obligado a promover concurso voluntario o bien verse demandado en concurso necesario por sus acreedores; con riesgo en uno u otro caso de perder sus bienes en manos de estos últimos. En este estado es obvio que no puede responder por sus deudas y menos podrá cumplir con las obligaciones que ha garantizado en caso de incumplimiento de sus fiados.

La Legislación Civil (Art. 2099 C.) previene que el fiado es obligado a dar nueva fianza debido a la insolvencia de su fiador.

No obstante que la ley procesal no lo contempla, personalmente consideramos, que si el demandado se enterase de la situación de insolvencia de la persona que ha rendido fianza para responder por las costas, daños y perjuicios en que pudiere resultar condenado el actor, puede solicitar al juez que obligue al demandante a prestar una nueva fianza, en cualquier estado del juicio.

El juez, siguiendo este orden de ideas, debe acoger esta solicitud y ordenar la sustitución de la fianza.

La duda que puede surgir es si deberá promoverse un incidente como al principio del juicio o si bastará la presentación del nuevo fiador.

Siguiendo la mecánica procesal (Art. 19 Pr.) se impone tramitar sumariamente el incidente, bien para la aprobación de la nueva fianza o bien para absolver al actor de la obligación de rendirla.

En este punto queremos recordar que los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor se rigen por el Código Civil (Arts. 2119 y sigs. C.) y que el fiado pudo haberse obligado a obtener

El reclamo para el fiador, si el actor procede por cualquiera de los motivos del artículo 2113.

Aunque en la ley procesal nada se evalúa al respecto, el fiador -en caso de ser el actor- debe cumplir con lo convenido con su fiador.

Obtener el reclamo equivale, en este caso particular, a que el actor solicite al juez que le permita presentar un nuevo fiador, quedando por lo mismo exonerado de la fianza el fiador original.

Entendemos que tal solicitud pueda dar lugar a un nuevo incidente para que el juez pueda aprobar la nueva fianza o para absolver al actor a prestarla.

En todo caso, es lo que se trata es de que el demandado se encuentre garantizado que podrá cobrar las costas, perjuicios y daños que el proceso traiga consigo.

12.- MANERA DE HACER EFECTIVA LA FIANZA.

Otra de las cuestiones que atente contra la supervivencia de la fianza de estar a las resultas del juicio, es la relativa a la efectividad de la obligación del fiador.

En la práctica, generalmente es al propio condenado a satisfacer los accesorios legales, que se reclama judicialmente el pago de los mismos.

Cuando en verdad, no encontramos dificultades legales para poder demandar el pago indistintamente al actor vencido o a su fiador, ya que como antes lo vimos, no existe la excusión de bienes.

La vía para obtener el reembolso de las costas o la satisfacción de los daños y perjuicios, es la ejecutiva. Salvo la ausencia del fiador a pagar voluntariamente.

El título ejecutivo pueden constituirlo las planillas de costas judiciales previamente visadas por el juez competente (Art. 589 No.2 Pr., Art.61 Arancel) o la ejecutoria de la sentencia que condena al pago y declara líquidos tanto las costas como los daños y los perjuicios (Art.591 Nos. 1 y 4 Pr.).

La constitución de la fianza se comprueba con la certificación del juez en que conste su rendición y su aprobación.(Art. 1240 Pr.).

La demanda acompañada del título ejecutivo y de la constitución de la fianza, es en conclusión, procedente contra el fiador, como lo es igualmente contra el propio deudor.

Pero mantengamos presente que el fiador tiene limitada su responsabilidad a la suma determinada que ha afianzado (Art. 2117 final C.) por lo que, en caso que la condena sea mayor, el victorioso puede obtener la cantidad insoluta del deudor principal.

No obstante lo expuesto, no es frecuente que en nuestros tribunales se haga efectiva la fianza. Pero esto no quiere decir que la fianza no sea una garantía idónea para el demandado, que se ha visto injusta o temerariamente obligado a comparecer al proceso a defenderse.

13.- EXTINCION DE LA FIANZA.

La fianza en materia civil, se extingue por causas diferentes a las que determinan la extinción de la fianza en materia

procesal. Analizaremos lo primero y más adelante nos ocuparemos en particular de lo último.

De conformidad con nuestra Legislación Civil, la fianza ha sido consuetudinaria para garantizar el cumplimiento de obligaciones ajenas, de allí que las obligaciones del fiador sean subsidiarias y como tales, sujetas a seguir la suerte de la obligación a la cual acceden. Y en tanto que es en si misma una obligación, a su vez se encuentra ligada a las causas generales que determinan la extinción de las obligaciones.

Siguiendo este razonamiento, las obligaciones civiles del fiador pueden extinguirse de dos maneras: a) de modo indirecto, cuando desaparezca o se extinga la obligación principal; y b) de modo directo, cuando desaparece o se extingue la propia obligación accesoria. Incluyendo unas y otras obligaciones extinguirse en su totalidad o sólo parcialmente.

De tal manera, tenemos que la fianza en materia civil se extingue en los siguientes casos:

1) Por la extinción en todo o en parte de la obligación principal cuyo cumplimiento garantizaba (Art. 2131 No. 3 C.).

Las obligaciones en general, se extinguen por los modos que de manera taxativa enumera el artículo 1438 del Código Civil.

Extinguida la obligación principal, se extingue por Ministerio de la ley la obligación del fiador, pues el desaparecimiento de la del deudor, quita la causa que sustentaba la obligación accesoria.

Por consecuencia, tiene que desaparecer la fianza, cuyo objeto era asegurar el cumplimiento de las obligaciones del deudor. Es un modo indirecto de extinción.

2) con el relevo de la fianza concedido por el acreedor al fiador (Art. 2131 No.1 C.).

Este caso se da cuando el acreedor consiente en el cambio de la persona del fiador. De ningún modo debe suponerse que por ello el fiador renuncia a las seguridades de la fianza. La fianza se extingue meramente para el fiador original -llamémosle así-; quedando el deudor obligado a rendir una nueva fianza. Es un modo directo de extinción.

3) En cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse - (Art. 2131 No.2 C.).

La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga (Art. 1478 C.). Puede ser en virtud de una convención del acreedor o en virtud de la ley (Art. 1479 C.). El que paga una deuda ajena o que paga una deuda a que se halla obligado subsidiariamente, caso de los fiadores, se subroga por ministerio de la ley en los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor (Arts. 1480 Nos. 3 y 5, 1482 C.).

El fiador que paga, pues, se coloca en el lugar del acreedor y debe, por lo tanto, tener las acciones que tenía este último - contra el deudor.

Pero puede ocurrir que el acreedor por un hecho suyo, por omisiones o negligencias, carezca de acción para demandar al deudor, y por lo mismo no existan acciones en las que el fiador que satisfizo la deuda pueda subrogarse, como por ejemplo cuando el acreedor destruye o pierde un documento en que constaba la obligación del deudor y éste no puede reponerse.

De la generalidad de los casos, no es propiamente que el fiador no pueda subrogarse en las acciones del acreedor, sino que ocurre que esa subrogación es inútil para aquél, como cuando el deudor cae en insolvencia y el acreedor recibe una prenda o renuncia a cualquier otra garantía constituida por el deudor. (Art. 1524 final C.).

En los casos apuntados la extinción de la fianza puede ser parcial, o sea en todo aquello que el fiador no podría obtener del deudor.

4.- "Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto". (Art. 2132 C.).

La disposición legal transcrita es perfectamente lógica y justa, ya que recibida en pago por el acreedor una cosa cualquiera, queda irrevocablemente extinguida la deuda sin que pueda revivir por la evicción que más tarde pueda sobrevenir y si el deudor siquiere ligado al acreedor es por un título nuevo y distinto que procede precisamente de la evicción y no por el de la deuda primitiva.

Y extinguida la obligación principal que debía garantizar no tendría objeto la existencia de la fianza.

5) Se extingue la fianza por la confusión de las calidades de acreedor y fiador o de deudor y fiador. (Art. 2133 C.).

Encontramos fundamento a este caso de extinción en la imposibilidad que resulta al acreedor para perseguir a un fiador que ha dejado de existir como tal.

En el caso de confusión de las calidades de acreedor y fiador, se extingue la fianza (ya que nadie puede demandarse a sí mismo) pero subsiste la obligación principal en los términos y condiciones en que fue constituida desde su origen.

Cuando la confusión es de las calidades de deudor y fiador, la obligación accesoria desaparece por cuanto una persona no puede fiarse a ella misma, pero subsiste la deuda principal, puesto que el acreedor sigue siendo aquel en cuyo favor se constituyó la obligación.

La extinción puede ser parcial en el caso de que fueran varios deudores y varios fiadores, y la confusión operase únicamente entre uno de los primeros y uno de los últimos, y no en todos.

La obligación del subfiador subsiste en todo caso de confusión de fiador y deudor.

En materia procesal y particularmente en lo que se refiere a la "fianza de costas, daños y perjuicios", procede la extinción de la caución en los casos especiales siguientes:

1) Por la condena del reo.

Hemos visto que de conformidad al Artículo 439 Pr., el reo es condenado en costas cuando no prueba su excepción, o que, no oponiendo alguna fuere condenado en lo principal, y cuando habiendo sido declarado contumaz, se pronunciare contra él la sentencia.

En estas situaciones es el demandado quien tiene que cubrir las costas causadas por el proceso, por lo que el actor nada debe al reo en tal concepto y no habiendo obligación que garantizar, se produce la extinción de la fianza prestada por el mismo actor.

2) Por la terminación anormal del proceso.

El proceso concluye de manera normal con la sentencia.

Pero existen diversas circunstancias que pueden provocar que el proceso termine de manera anormal. Tal como ocurre con la transacción, el desistimiento y la caducidad de la acción.

La transacción, es un contrato por medio del cual "las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual" (Art. 2192 C.). La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia. (Art. 2206 C.).

El desistimiento es "el apartamiento" o la renuncia expresa del actor a continuar el procedimiento (Art. 464 Pr.). El desistimiento debe ser hecho y aceptado por las partes o por sus procuradores con poder especial. (Art. 465 Pr.). Si fuere "aceptado en primera instancia, dejará las cosas de una y otra parte en el mismo estado que tenían antes de la demanda" (Art. 466 Pr.).

La caducidad de la acción se produce cuando el actor ha dejado paralizado el proceso, o lo que es lo mismo, no ha proseguido en el ejercicio de la acción interpuesta, durante un término que la ley fija previamente. Así lo establece nuestro Código de Procedimientos Civiles en los siguientes términos: "En toda demanda en Primera Instancia se tendrá por acabada y extinguida la acción, por no proseguirse en el término señalado por la ley para la prescripción".(Art. 469 Pr.).

En realidad, es más propio hablar de caducidad que de extinción, porque esta última procede cuando ha transcurrido "cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercitado dichas acciones" (Art. 2253 C.). Con referencia a la caducidad, la acción ha sido ejercitada.

El tiempo que la ley señala "es en general de diez años para las acciones ejecutivas y de veinte años para las ordinarias". (Art. 2254 C.). "Cuando existan simultáneamente la acción ejecutiva y la ordinaria, la prescripción de ésta correrá al mismo tiempo que la de aquélla; de suerte que transcurridos los diez años de la acción ejecutiva, la ordinaria durará solamente otros diez".(Art. 2254 inc. 2 C.).

La acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden. (Art. 2255 C.).

Además existen términos especiales para la prescripción de ciertas acciones, como: a) de tres años para exigir el pago de los honorarios de abogados, procuradores y partidores, y en general de los correspondientes a quienes ejercen cualquier profesión liberal.(Art. 2259 C.).

b) de dos años para la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo; la de los dependientes y criados por sus salarios; y la de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente como posaderos, acarreadores, mensajeros, etc.(Art. 2261 C.).

c) de corto tiempo y que se mencionan en los títulos respectivos, respecto a las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos (Art. 2263 C.).

Mediante la transacción, las partes pusieron fin al litigio y no hay vencedor ni vencido al cual imponer el pago de las litis expensas.

En los casos de desistimiento "no habrá especial condena-
ción en costas".(Art. 471 Dv.).

Con la falta efectiva judicial de caducidad de la acción se ce-
rró definitivamente el proceso, sin que se produjera la sentencia
que habría acogido las pretensiones de las partes.

En todas estas circunstancias no existe obligación del actor
a reembolsar las expensas del proceso, y por lo mismo, tampoco -
habrá razón para que la fianza subsista.

3) Por la extinción de la obligación del actor que sucumbió.

En párrafos anteriores señalamos los modos que la ley esta-
blece para la extinción de las obligaciones.

Extinta la obligación del actor que la sentencia condenó al
pago de las costas procesales, desaparece la obligación acceso-
ria del fiador y en consecuencia, se extingue la fianza.

4) Por la rendición de nueva fianza.

Hemos dejado señalado que en los casos de insolvencia del -
fiador y cuando el actor se obligó a obtener el relevo de la fian-
za, el actor queda obligado a rendir una nueva caución personal,
o bien a consignar la suma mandada a afianzar, y en último caso,
a constituir otra garantía real para la seguridad de la obliga-
ción que le resultare en virtud de la sentencia.

La fianza, en todos los casos apuntados, se extingue para -
el primer fiador, aunque subsista la obligación del actor a cau-
cionar los resultados del juicio.

b) Cuando se extinga la obligación accesoria del fiador por cualquiera de los modos de extinción de las obligaciones en general. (Art. 1437 C.).

Es natural que desapareciendo la obligación accesoria del fiador, desaparezca la fianza, que es el medio de garantizar el cumplimiento de tales obligaciones.

CAPITULO IV

1.- OTROS CASOS EN QUE DEBE RENDIRSE FIANZA PARA GARANTIZAR LOS GASTOS DEL JUICIO.

En nuestra legislación se encuentran algunos otros casos en que debe rendirse fianza de estar a las resultas del juicio.

Así ocurre por ejemplo en:

1) La representación judicial entre parientes (Art. 116 Pr.)

El Código de Procedimientos Civiles establece que cualquiera que pueda comparecer en juicio por derechos propios o como representante legal, lo puede hacer por medio de procurador. (Art. 98 Pr.).

La constitución de procurador debe hacerse observando las formalidades legales establecidas al efecto (Arts. 109 Pr., 34 - Ley de Notariado).

Por regla general, "nadie puede tomarse para sí el oficio de procurador para demanda o contestación". (Art. 116 Pr.).

Sin embargo, "el padre por el hijo emancipado y viceversa, el suegro por el yerno y viceversa, y el hermano por el hermano", aunque carezcan de poder para actuar como procurador, pueden ser admitidos en tal calidad, ya sea como actores o reos, en los casos en que no se requiere poder especial: pero siempre "bajo la protesta de que el principal dará por bien hecho lo que se gestionare en su nombre y dando fianza de estar a las resultas del juicio, aunque la parte contraria no la pida". (Art. 116 Pr.).

Este es un caso de fianza legal, el juez no puede excusar a la parte de su rendición y debe ser prestada por el que actúa en

representación de su pariente, ya sea como demandante o demandado.

2) El secuestro preventivo de bienes del deudor: (Art. 142 Pr.)

Secuestro preventivo, es el aseguramiento o apoderamiento y depósito de algunos bienes del deudor, ordenado por el juez a solicitud del acreedor, como acto previo a la demanda o en el curso del juicio.

Procede en los casos siguientes: (Art. 142 Pr.).

a) Cuando reivindicándose una cosa corporal hubiera motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor:

b) Cuando el deudor pretenda sustraer o enajenar el todo o la mayor parte de sus bienes;

c) Cuando el deudor sea extranjero no domiciliado en el país;

d) Cuando el acreedor debe ejercitar la acción reivindicatoria extendiéndola al embargo, en manos de tercero, de lo que por éste se deba como precio o permuta el poseedor que enajenó la cosa (Arts. 142 No.4 Pr. y 901 C.);

e) Cuando al practicarse inspección por delegados de la Corte de Cuentas de la República, en la contabilidad de los funcionarios que de conformidad con la ley manejen fondos o valores del Estado, se hallaren faltantes cuyo monto sea superior a la cantidad afianzada para garantía del fisco.

El secuestro se decreta a petición del actor, quien deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita. (Arts. 143 y 144 Pr.).

Ahora bien, pueden presentarse al respecto dos casos de rendición de fianza:

a) Para el actor. Cuando pida un secuestro sin fundarlo en título ejecutivo, el demandante deberá prestar fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque la providencia, ya porque se absuelva al demandado. (Art. 146 inc. 1 Pr.).

Naturalmente, que no exigirá fianza cuando sea el Estado el que solicita el secuestro preventivo por faltante de fondos públicos.

b) Para el demandado. Para evitar que se lleve a cabo el secuestro precautorio de sus bienes, el reo puede dar fianza bastante a juicio del juez y con audiencia del acreedor. (Art. 147 Pr.).

3) La demanda con derecho de dominio de una cosa mueble.

Es una regla de competencia que el juez del lugar en que el reo se halle con la cosa mueble objeto de la demanda es competente para conocer de ésta, aunque el demandado tuviere su domicilio en otro lugar. (Art. 42 Pr.).

Pero el reo puede "dar fianza de estar a derecho ante su juez respectivo", es decir contestar la demanda y continuar el litigio ante el juez de su domicilio.

Esta no es una verdadera fianza de costas ni de daños y perjuicios. Su objeto es únicamente garantizarle al actor que el reo concurrirá ante el juez de su domicilio a seguir el juicio que se le promueve. A criterio de un profesor de nuestra Escuela de Leyes (86) "la fianza se cancelaría en cuanto el reo conteste la demanda ante el juez de su domicilio, sin oponer la

(86) Dr. Fco. Arrieta Gallegos. Ob. cit. Pág. 37.

excepción de incompetencia del juez que lo ha emplazado".

4) La solicitud de término extraordinario de pruebas que han de rendirse fuera de la República.(Art. 245 y sigs. Pr.).

Por regla general, el término de pruebas es de veinte días - improrrogables para los juicios Ordinarios.

Pero si las pruebas van a vertirse fuera del territorio se concede un término extraordinario además de esos veinte días.

Si la prueba hubiere de hacerse en cualquier punto de América o Europa o en cualquiera otra parte del mundo, se concederá el término extraordinario si se llenaren los requisitos siguientes:

a) Que se pida durante los ocho primeros días del término ordinario;

b) Que se justifique sumariamente con citación contraria que los testigos, cuyo examen se pide, se encontraban en el lugar donde sucedió el hecho litigioso; y

c) Que se deposite y afiance a satisfacción del juez la cantidad que a éste parezca suficiente, para las expensas que haga el colitigante en ir o mandar persona que presencie el examen de los testigos.(Art. 247 Pr.).

Si los hechos de cuya prueba se trata se hubieren verificado en alguna de las Repúblicas de Centro América se concederá el término extraordinario sin necesidad de justificar la presencia de los testigos en el lugar de los hechos, ni de verificar el depósito o de prestar la fianza a que antes se ha aludido.(Art. 247 final Pr.).(87).

(87) Hemos dejado a un lado la discusión respecto a la evidente contradicción que contienen los Arts. 246 y 247 Pr. debido a la redacción del inciso final de este último artículo, que en lo pertinente dice:"Si los hechos de cuya prueba se trata se hubieren verificado fuera de Centro América..." cuando por Lógica Jurídica debe entenderse que los hechos han ocurrido - "dentro" o "en" Centroamérica.

Como hemos visto, no se trata de una fianza de costas, daños y perjuicios. Su único objeto es garantizar al litigante el pago de las expensas que deba cubrir para presenciar la rendición de la prueba.

5) La saca o remisión del proceso por medio de una de las partes.

A este respecto, pueden presentarse dos situaciones:

a) Que admitida apelación uno de los litigantes solicite ser el conductor del proceso civil al tribunal que conocerá en grado.

El juez deberá remitir el proceso con persona de su confianza, a costa del apelante, pero si alguna de las partes pide conducirlo, podrá entregárselo si la otra parte estuviere anuente; y si ésta se resistiere sólo lo entregará previa "fianza de seguridad" otorgada por persona abonada.

Si hubiere incumplimiento de la parte obligada a entregar o devolver los autos, el tribunal puede ordenar que se haga efectiva la fianza, sin perjuicio de imponer las sanciones a que hubiere lugar.

b) Que la parte deba sacar el proceso para hacer uso de un traslado o retirar algún documento como mandamiento, orden, provisión, etc. Si la parte fuere desconocida en el lugar de asiento del tribunal o no mereciere la confianza del juez, se le hará entrega del proceso o documento "por medio de un tercero que sea responsable".(Art. 1243 Fr.).

En este caso, no se trata de una verdadera fianza, ya que es al tercero que se le hace la entrega y éste no está garantizando obligaciones ajenas; lo que la ley ha buscado es garantizar al -

tribunal la devolución del proceso y que el documento retirado - llegará a su destino, o que en caso contrario, será devuelto a los autos.

El tribunal queda facultado para imponer sanciones al tercero, quien es el único responsable ante él.

2.- FIANZA DE LOS TERCEROS OPOSITORES.

El tercero es un extraño al proceso, distinto de las partes, cuyo interés de concurrir al litigio puede tener por objeto reclamar un derecho análogo al de una de las partes, o uno incompatible con el de ambas, pero que en el fondo está siempre relacionado, por analogía o por oposición, con el derecho que constituye el objetivo mismo del proceso.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles les llama terceros opositores porque estima que su "pretensión se opone a la del actor o a la del reo, o a la de los dos" (Art. 456 Pr.). En el primer caso reciben el nombre de terceros coadyuvantes, y en el último, de terceros excluyentes.

La comparecencia del tercero da origen a un procedimiento - accesorio -la tercería- que incide en un proceso ya pendiente; para promoverlo, el extraño debe alegar "un interés actual, esto es, un derecho suyo comprometido en el pleito, con lo cual se excluyen los derechos ajenos y las meras expectativas aunque sean - propias del que pretende la calidad de terceros".(88).

(88) Rafael Veloso Chávez, Ob.cit.Pág.163.

El tercero puede intervenir en cualquier clase de juicio -- (Arts. 506, 550, 978 y 455 Pr.), pero en todo caso debe fundar sus derechos en interés propio; este derecho debe ser positivo y cierto, aunque su ejercicio dependa de algún plazo o de alguna condición que debe cumplirse. (Art. 457, 458 Pr.).

Nuestra ley distingue fundamentalmente entre los terceros opositores que tienen lugar en el juicio ordinario y los que concurren al juicio ejecutivo (Art. 455 Pr.); la naturaleza de los juicios determina marcadas diferencias en el procedimiento para discutir las tercerías.

TERCEROS OPOSITORES EN EL JUICIO ORDINARIO.

La actuación de los terceros opositores en el juicio ordinario se rige por las regulaciones siguientes:

a) Sin distinción alguna, pueden apersonarse en el juicio en cualquier estado en que se encuentre y en cualquiera de las instancias, aún sin que hayan sido citados. (Art. 459 Pr.).

b) Todo tercerista será obligado a solicitud de cualquiera de las partes, a rendir fianza de pagar costas, daños y perjuicios, como cualquier otro demandante, para el caso de que no resulte probado su interés, o no triunfe en sus pretensiones. (Art. 458 Pr.).

Solamente se presenta un caso de excepción a esta regla, y es cuando se demanda el dominio de la cosa vendida y el comprador ha hecho citar al vendedor para que comparezca a defenderla, interviniendo el comprador como tercero para la conservación de sus derechos. (Arts. 458 Pr. y 1646 C.).

c) El tercero opositor excluyente, puede también apersonarse al tiempo de la ejecución de la sentencia. (Art. 459 Pr.).

Deberá acudir a las pruebas en el término concedido al efecto pero si concurriera a la causa ya pasado dicho término o parte de él, se le concederá en la causa de hecho y en cualquier instancia un término especial de pruebas, que no podrá exceder del concedido para la causa principal; este término será común a todas las partes aunque hubiesen ya pasado sus pruebas. (Art. 462 Pr.).

d) El tercero coadyuvante se reputa "por una misma persona con el principal que litiga", debiendo tomar la causa en el estado en que la encuentre, sin poder hacerla retroceder, ni suspender su curso. (Arts. 460, 461 Pr.).

Solamente se le podrá conceder un término especial de ocho días perentorios, para prueba de algún hecho importante a juicio del juez y que no hubiere sido propuesto por el principal (Art. 461 Pr.).

No podrá alegar ni probar hechos que estuvieren prohibidos a la parte a la que coadyuva, por haber expirado el término o por cualquier otro motivo. (Arts. 461, 1914 Pr.).

e) La sentencia que ponga fin al proceso comprenderá tanto a las partes como a los terceros opositores. (Art. 463 Pr.).

LAS TERCERIAS EN EL JUICIO EJECUTIVO.

Se definen estas tercerías como "aquellos procedimientos - accesorios a la ejecución, que se originan por la comparecencia de una persona extraña que alega el dominio de las cosas embarga

das o la facultad para concurrir o ser preferido en el pago que se efectuará con el producto del remate de dichas cosas". (89)

Las tercerías en el juicio ejecutivo pueden ser de tres clases: de dominio, de prelación y de pago.

1) Tercería de dominio.

Esta tercería tiene por finalidad obtener el reconocimiento del dominio de un bien embargado y su consiguiente exclusión del embargo.

La ley no señala el plazo en que el tercero deba concurrir al tribunal, deduciéndose lógicamente, que puede apersonarse en cualquier estado del juicio, desde que se traba el embargo.

La tercería se inicia con la solicitud de desembargo del opositor, la cual debe contener los caracteres o formalidades de la demanda. (Arts. 650, y del 193 al 196 Pr.) e ir acompañada de los documentos que la justifiquen. (Art. 652 final Pr.).

En lo que respecta al procedimiento ulterior, debe hacerse una distinción en cuanto a que la tercería se base o no en títulos inscritos en el Registro de la Propiedad Raíz.

1) La tercería se funda en instrumentos públicos o auténticos inscritos en el competente Registro inmobiliario.

De la solicitud de desembargo del tercero se dará traslado por tres días a cada una de las partes.

El ejecutante puede optar por oponerse o no al desembargo de los bienes; entonces, pueden darse dos situaciones:

a) Si el ejecutante no se opusiere al desembargo o si nada dijese y le fuere acusada rebeldía, el juez declarará excluidos los bienes del embargo.

(89) Veloso Chávez, Ob.cit. Pág. 164.

Al ordenarse este desembargo se librará nuevo mandamiento para el secuestro de bienes propios del deudor o de sus fiadores. (Art. 650 Pr.).

b) Si hubiere oposición de parte del acreedor, se manda suspender el juicio ejecutivo y seguir el juicio de tercería por los trámites del juicio Ordinario, en pieza separada.

Se admite entonces la demanda de tercería, y se le dá curso corriendo traslado por seis días a las partes, continuando la causa ordinaria hasta sentencia. (Art. 651 Pr.).

2) La tercería no se funda en instrumento inscrito.

Si el ejecutante al evacuar el traslado pidiese que el tercerista preste fianza de responderle por las costas, daños y perjuicios en que pudiere salir condenado, el juez deberá ordenar que se rinda la caución dentro de seis días improrrogables. (Art. 651 inc. 2 Pr.).

La prestación y aprobación de la fianza del tercero opositor sigue los requerimientos y el trámite sumario a que se sujeta la fianza de los actores en juicio. (Art. 651, 19 Pr.).

Una vez rendida y aprobada la fianza, o cuando ésta no se hubiere pedido por el ejecutante, el tribunal ordenará la suspensión de la ejecución, debiendo tramitarse la demanda de tercería en pieza separada y en juicio Ordinario. (Art. 651, 650 Pr.)

Si la fianza no se rindiere en el plazo señalado o se improbare la que se haya presentado, no se hará mérito de la tercería y deberá continuarse el Juicio Ejecutivo hasta sus últimas consecuencias. (Art. 651 Pr.).

En toda tercería de dominio, si el opositor acumbiere será condenado a pagar las costas, daños y perjuicios que con su demanda causare a las partes.

Y si tiere por objeto únicamente alguno o algunos de los bienes embargados, podrá llevarse adelante la ejecución a solicitud del ejecutante, pero sólo respecto de los bienes no comprendidos en la tercería (Art. 651 final Pr.).

II) Tercería de prelación o de derecho preferente.

Mediante esta tercería, el opositor pretende que se le haga pago preferente con el producto del remate, en virtud de la preferencia misma de que goza su crédito. (Art. 652 Pr.).

Son causas de preferencia solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, de manera que pasan a manos de las personas que adquieren estos créditos. (Arts. 2227, 2217 C.). Gozan de privilegio los créditos de la Primera y Segunda Clase que enumeran los artículos 2219 y 2221 del Código Civil (Art. 2218 C.). La hipoteca inscrita da al acreedor el derecho de ser pagado de preferencia con la cosa hipotecada. (Art. 2213 C.).

La tercería de prelación debe interponerse en todo momento anterior a aquel en que se verifique el pago al ejecutante, porque de lo contrario perdería su razón de ser ya que no habría nada en que gozar de preferencia.

III) Tercería de pago a prorrata.

Se origina a solicitud del tercerista titular de un crédito ejecutivo que no goza de preferencia, para concurrir a prorrata -

en el pago, con el producto obtenido del remate de los bienes embargados.

El procedimiento de esta tercería y de la anterior es el mismo, por lo que lo estudiaremos como uno solo.

Ninguna de las dos tercerías afecta el curso del Juicio Ejecutivo y se inicia con la solicitud presentada con las formalidades de la demanda.

Pero debe distinguirse si la tercería se fundamenta o no en instrumentos ejecutivos.

1) Cuando la tercería se basare en un título ejecutivo, la ejecución continuará debiendo discutirse en el término de prueba (o del encargado) los derechos del tercero. La sentencia que se pronuncie en el juicio deberá resolver también respecto a lo pedido por el opositor.(Art. 652 Pr.).

2) Si la tercería tuviese por fundamento cualquiera otra clase de instrumento o prueba deberá observarse lo siguiente:

a) A petición de parte se exigirá fianza al tercero opositor para responder por las costas, daños y perjuicios en que resultare condenado; caución que deberá rendirse dentro de los seis días siguientes.

b) Aprobada la fianza rendida, se manda seguir la tercería en pieza separada en juicio Ordinario con intervención de acreedor y deudor.

c) El juicio Ejecutivo continuará su curso hasta el remate, depositándose el producto de la venta de los bienes hasta que recaiga en el juicio Ordinario sentencia ejecutoriada.(Art. 652 Pr.).

d) Si la sentencia auge la tercería de prelación, el tercerista concurre a pagarse en el producto del remate, con la preferencia que tuviere su crédito, de conformidad al Código Civil (Arts. 2217, 2219, 2221 C.) y con el resto se abonará o cubrirá la deuda del ejecutante.

Acceptada la tercería de pago a prorrata, con el producto del remate se cubrirá proporcionalmente a su monto los créditos del tercerista y del ejecutante.

e) Cuando se presentare más de un tercerista con título ejecutivo deberá procederse a la promoción del concurso necesario de acreedores (Arts. 652 y 662 Pr.).

f) Las cauciones, como en toda tercería del juicio ejecutivo, deberán ser de persona notoriamente abonada y para su rendición deberá observarse el trámite establecido para la aprobación de la fianza del actor en juicio. (Arts. 652 y 19 Pr.).

El tercero puede constituir hipoteca suficiente en subsidio de la fianza, todo a juicio prudencial del juez.

g) Si el opositor sucumbe será condenado a pagar las costas, daños y perjuicios que la tercería cause a las partes. (Art. 651 Pr.).

3.- FIANZA DEL DEPOSITARIO JUDICIAL DE BIENES EMBARGADOS.

En virtud de la demanda ejecutiva se ordena el embargo de los bienes del deudor con el fin de realizarlos en la mejor forma posible para hacer pago al acreedor.

El embargo es el secuestro judicial de bienes del demandado y su consecuente depósito en persona abonada, quien los tiene a -

la disposición del juez ante quien se sigue la ejecución.(Arts. 612, 614, 622 Fr.). (Art. 631 Pr.).

Este depositario queda obligado a cumplir los deberes que el Código Civil impone a los depositarios (Arts. 631 Pr., 1968 y sigs., 2006 C.); mientras está ejerciendo el depósito deberá dar cuenta y razón de su cargo siempre que se le pida, y rendirá cuentas al finalizar su gestión a pedimento de parte.

El depositario, desde el momento de la diligencia, es responsable de los bienes embargados, aunque no los saque de casa o poder del deudor, pudiendo en todo tiempo pedir al tribunal la entrega efectiva de ellos cuando no se la hizo el Oficial Público de Juez Ejecutor, al proceder al embargo.

Por regla general, todo depositario judicial está obligado a rendir fianza a petición del ejecutado.

La fianza deberá prestarse dentro del término que el juez señale, el que no podrá ser mayor ni menor de ocho días. En vez de fianza podrá presentarse prenda o hipoteca suficiente.(Arts. 623 Pr. 2088 C.).

Si no se hubiere rendido la caución, se entenderá removido el depositario del ejercicio de su cargo.

Entendemos que esta fianza tiene por objeto garantizar al deudor el pago del deterioro y pérdida de los bienes embargados y depositados, así como el resarcimiento de los perjuicios que pueda acarrearle la mala administración de las haciendas, establecimientos industriales y empresas que se encuentren en poder del depositario. (Arts. 624, 625, 629 Pr.).

Por excepción, no habrá lugar a ordenar la rendición de la fianza, aunque la pida el ejecutante, si éste renunció por instrumento público o auténtico al derecho de exigirle fianza y constituir al depositario que se nombre.

En efecto, se acostumbra en nuestro medio consignar en los mismos documentos de otorgamiento, la renuncia del deudor a exigir la fianza al depositario, cuyo nombramiento deja a elección de su acreedor.

Dicha renuncia tiene plena validez en juicio, puesto que el deudor está disponiendo de un derecho exclusivamente en su favor y pueden renunciarse por disposición de la ley aquellos derechos que "sólo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia". (Art. 129.).

En cuanto a la designación del depositario deberá estarse a las reglas legales al respecto, no obstante que el deudor faculte al acreedor para su nombramiento. (Arts. 614 No.2, 620, 626, 627, 628 Pr.).

4.- CASOS ESPECIALES DE FIANZA EN EL JUICIO EJECUTIVO.

En el Juicio Ejecutivo podemos encontrar tres casos especiales en que debe rendirse fianza. Los analizaremos someramente.

1) Fianza de Ejecución de la Sentencia.

La sentencia en esta clase de juicios es apelable en ambos efectos. Interpuesto el recurso, pueden darse en cuanto a su ejecución, las dos situaciones siguientes:

a) Si la sentencia fuere favorable al ejecutante, podrá dársele

sele cumplimiento si éste diere fianza bastante de responder - por los resultados del recurso, en caso de que el tribunal superior en grado la revocare.

b) Cuando la sentencia fuere favorable al ejecutado, podrá levantarse el embargo de sus bienes si rindiera fianza para garantizar los resultados de la alzada. (Art. 600 Pr.).

El procedimiento para la rendición de esta caución es como sigue:

Debe otorgarse dentro de seis días contados desde el siguiente al de la notificación del decreto que admita la apelación. - (Art. 603 Pr.).

Rendida, se correrá audiencia por tercero día a la parte contraria y con lo que diga o en su rebeldía acusada que sea, la fianza será calificada por el juez. (Art. 602 Pr.).

Aprobada la fianza se remitirán los autos originales al Superior, dejando en el Juzgado certificación de lo necesario para la ejecución de la sentencia. (Art. 602 Pr.).

Si la fianza no se prestare en el término señalado o se improbase, no se ejecutará la sentencia y se deberán remitir los autos para el trámite del recurso. (Art. 605 Pr.).

En caso de revocarse el fallo de Primera Instancia, la fianza produce para el fiador estas obligaciones: a) la devolución de las cosas que el fiado haya recibido, así como de sus frutos e intereses; y b) la indemnización de daños y perjuicios. (Art. 601 Pr.).

Confirmada la sentencia queda de derecho cancelada la fianza. (Art. 604 Pr.).

2) Fianza del postor en remate.

El remate de los bienes embargados tiene por objeto realimentar al postor para con el procreto pagar al ejecutante.

La venta se hará a la hora señalada al efecto, en el mejor postor, o sea a favor del que ofreciere mayor cantidad por los bienes que se están subastando.

"Pero si el postor no fuere persona conocida y arraigada a juicio del juez, no se admitirá la postura a menos que el acreedor consienta en ella, o se presente el dinero en el acto, o se afiance la entrega con persona abonada".(Art. 636 Pr.).

Entendamos que esta fianza deberá rendirse en el mismo acto del remate y no consistir únicamente en el ofrecimiento de que se rendirá después la caución. Lo cual se consignará en el acta de remate respectiva.(Art. 637 Pr.).

3) Fianza del ejecutante para la entrega del inmueble.

Quando se hubiere interpuesto tercería de dominio que no se funde en instrumento inscrito, habiéndose ordenado seguirle en pieza separada, el ejecutante puede pedir que se le entregue el inmueble embargado para administrarlo.

El tribunal ordenará su entrega, "en el mismo auto en que se ordena el traslado por el término ordinario o en cualquier estado del juicio de tercería en que se hiciere la solicitud...", pero "previa fianza aprobada por el juez con audiencia del tercero opositor..."(Art. 651 inc. 3 Pr.).

Nuestro Código Procesal Civil no señala trámite para la aprobación de esta fianza, pero si analizamos el procedimiento para la tercería de dominio, nos resulta:

De la solicitud de desembargo presentada por el tercerista se corre traslado por tres días a cada una de las partes; siendo con la contestación la oportunidad para que el ejecutante solicite la entrega del inmueble para su administración. A menos que prefiera solicitarlo posteriormente.

Admitida la demanda de tercería, aprobada la fianza del tercero opositor si se le hubiese pedido, se corre traslado por el término ordinario a las partes, para que la contesten.

Como la ley ordena que en el caso estudiado, se decrete la entrega del inmueble al ejecutante para su administración "en el mismo auto en que se ordena el traslado por el término ordinario...", deberá resolverse así, pero dejando pendiente de realizar materialmente dicha entrega, para cuando el ejecutante rinda la fianza respectiva.

Esto permite abrir el incidente para la aprobación de la fianza con audiencia del tercero opositor, observando el trámite establecido en el Art. 19 del mismo Código.

Caso contrario, sería imposible que esta fianza se rindiera antes de que el juez corriera los traslados por el término ordinario, luego de admitida la tercería.

Entregado el inmueble, el ejecutante deberá llevar cuenta exacta de los productos liquidados que perciba, para que los restituya junto con el inmueble al tercero excluyente, cuando así lo dispusiere la sentencia que se pronuncie en el juicio de tercería. (Art. 651 Pr.).

CAPITULO V

SO. ONSISTENTES.

Los artículos se refieren al contra de la existencia de la Fianza de Costas, Dato y Desjuicios: uno, de que es inoperante; y el otro, de que es violatoria del derecho de petición del actor.

En cuanto a lo primero, es práctica obligada en el país, que en los instrumentos de mutuo se consigne una cláusula para que opere en caso de acción judicial, y en cuya virtud el deudor se obligue a pagar las costas procesales e inclusive las personales que se causaren en el juicio, aún cuando no fuere condenado en ellas.

De allí que algunos litigantes opinen que cuando el deudor se compromete a cargar con las costas, se vuelve inoperante la fianza, puesto que jamás podrá exigir el actor que sucumbiere, que le reembolse las costas causadas por el proceso.

Por el contrario, un profesor de nuestra Escuela de Leyes - (90) afirma que "toda cláusula es ilegal, pues aunque es cierto que nuestra Constitución Política reconoce la libre contratación en el Art. 173, también es cierto que ese derecho sólo se puede ejercer conforme a las leyes y no sin limitación alguna. Sería en contra de la ley pactar con anticipación que no se cumplirá con lo que se resuelva por los organismos judiciales en sentencia definitiva. Toda sentencia que cause ejecutoria, dice el Art.442 Pr., debe cumplirse y ejecutarse por las partes; por consiguiente,

(90) Dr. Fco. Arrieta Gallegos, Ob.cit.Pág.8.-

no podría reclamarse judicialmente el pago de las costas procesales, si la sentencia absolvió a la parte de dicha obligación. Y caso las pague extrajudicialmente, tendría derecho a repetir lo pagado, conforme al Art. 2048 C."

Permítasenos disentir un tanto del ilustre maestro. Consideramos que con esta cláusula no se contraría la ley, pues no es estrictamente cierto que las partes están pactando con anticipación "que no se cumplirá con lo que se resuelva por los organismos judiciales en sentencia definitiva". El juez está en todo caso obligado a resolver de conformidad con las regulaciones legales, sobre el pago de las costas, así como de los daños y perjuicios, al pronunciar la sentencia que ponga fin al proceso.

Lo que ocurre en este caso, es que si el deudor que resultó triunfador en el litigio, pretende hacer valer la condena en costas frente al acreedor, éste podrá oponerle el convenio del mismo deudor.

Esto en relación a las costas. En cuanto a los daños y perjuicios, otros litigantes opinan que la inoperancia de la fianza radica en que el juez al momento de fijar su cuantía no puede valorar los posibles daños y perjuicios, puesto que ni la parte demandada estaba cierta que éstos hubieren de causarse. Punto más delicado es tratar de determinar el daño moral que la demanda pudiera causar. Así ocurre por ejemplo, en juicios como el de Divorcio contencioso y en todos los que se discuten cuestiones no patrimoniales.

Hay mucho de razón en este argumento, porque la única manera de establecer los daños y perjuicios, es rindiendo prueba sobre la

existencia de aquéllos susceptibles de apreciarse en dinero, lo cual sólo podrá lograrse en un juicio en que eso fuera su objeto exclusivo. Ignoramos si alguna vez se ha logrado vertir prueba sobre la ocurrencia de un daño estrictamente moral, inapreciable pecuniariamente.

El segundo de los argumentos contrario a la fianza, es más de fondo. El razonamiento es más o menos éste: Si el actor no rinde la fianza exigida pierde su acción, sin que su pretensión haya sido discutida en juicio; en consecuencia, la petición de fianza viola el derecho del actor de acudir ante los órganos de la jurisdicción reclamando su actividad para que resuelva en forma definitiva sobre una pretensión.

En verdad, la sanción que la ley señala para cuando el actor no rinda la fianza que ha fijado el juez, a instancia de parte, o si la rendida no fuere "eficaz", es demasiado fuerte; y son muchos los demandantes que han resultado despojados de sus derechos, por no encontrar persona abonada que los caucione y carecer de medios suficientes para consignar la suma mandada a afianzar.

Hemos dejado afirmado que la condena en costas, y, o daños y perjuicios, es un complemento imprescindible de la declaración judicial del derecho, y que por otra parte, viene a ser una sanción justa para el litigante temerario o malicioso.

Estamos conscientes de la necesidad que la sentencia contenga resolución del juez respecto a las litis expensas y que se ponga coto a la mala fe de los litigantes. Pero la sanción que se traduce en declarar desierta la acción es exagerada.

A nuestro juicio, debe existir un medio de garantizar al demandado que se le reintegrarán las costas del proceso y se le reparable los daños y los perjuicios que le haya ocasionado la condena infundada o injusta. La fianza, en el respecto un medio bastante eficaz como lo sería cualquiera otra caución.

En lo que no estamos de acuerdo, es que el incumplimiento de prestarla conlleve la pérdida de la acción. La sanción debería ser menos estricta. Nosotros propondríamos que en tanto no se preste la caución, podrían paralizarse los trámites.

Esto permitiría dos cosas: Si el actor se considera asistido de razón, dispone de un lapso de tiempo considerablemente más largo, durante el cual puede encontrar quien lo afiance o procurarse medios de consignación suficientes.

Y el reo que tenga interés en que el proceso continúe, podría en el ínterin relevar de la fianza al demandante y pedir que el litigio siga su curso.

Este último no es descabellado, puesto que la petición de fianza ha sido establecida como una facultad del demandado a la cual puede renunciar, no obstante su exigencia inicial. Este aspecto del desistimiento o renuncia de la fianza lo dejamos analizado en páginas anteriores.

En los últimos años, más de una vez se ha alzado contra la supervivencia de la fianza de estar a las resultas del juicio. Queremos creer que ésta podría desaparecer, pero siempre habrá un medio, llámase como quiera llamársele, para garantizar el pago de las costas procesales al vencedor, y la reparación del daño y los perjuicios ocasionados a quien injustamente se vió obligado a defenderse.

Susplimos así con nuestro cometido. Tenemos plena conciencia de las limitaciones intelectuales que obstaron a un mejor desarrollo del tema propuesto. Pero nos impusimos con verdadero entusiasmo la tarea de esbozar una institución amenazada con su extinción. Que pueda ser o no aceptada es a Tesis vea la luz, la fianza de costas, daños y perjuicios, sea ya sólo parte de nuestra Historia Jurídica.

JURISPRUDENCIA.

"La fianza de costas es judicial y se sujeta a las reglas de la convencional; por consiguiente aún antes de aprobada, no puede el fiador retirar la, si no es por motivos legales".--R.J.Febrero de 1908.Pág.81.(2087-2119 C., 18 Pr.).

Naturaleza de la Fianza.

"El beneficio de pobreza no puede hacerse ex tensivo a otros juicios distintos del que determi na la sentencia. Si se concedió para pedir que una persona se declarara indigna de suceder a otra y esa demanda se amplía pidiendo la nulidad de un testamento, debe el actor rendir fianza. En el au to en que se ordena no debe señalarse término para rendirla".R.J. Enero de 1916.Pág.35 (18-955 Pr.).

Auto que orde na fianza no señala plazo para rendirla.

"Procede ordenar la fianza establecida en el Art.18 Pr., en los juicios de divorcio, para ga-- rantizar danos y perjuicios. No tratándose de un divorcio por mutuo consentimiento es suficiente pa ra representar a una de las partes, un poder gene ral en que el mandatario tenga facultad para repre sentar al poderdante en asuntos judiciales". R.J. Octubre de 1923.Pág.,253.(18 Pr.148-No.1 1892-inc. 2o.C.-Véase Rev. J. Nobre.1923.Págs.356 y siguien tes).

Caso procede la fianza.

"Vale la consignación aunque no se presente minuta por separado sino en el escrito de la oferta, si por otra parte, se han cumplido los demás requisitos exigidos por la Ley.- El cobro de intereses de intereses (anatocismo) no es legal sino conforme a los artículos 1430 No.3 y 1967 C. Revocado el auto en que se mandó caucionar costas de un juicio, cesa la suspensión de que habla el inciso último del Art.19 Pr." R.J.Junio fr. 1908.Pág., 284.-(1470-1430 No.3. 1967 C. 19 Pr.).

Se revoca auto que manda afianzar.

Suspensión del juicio durante el incidente de fianza.

"El que está obligado a rendir fianza debe presentar un fiador que tenga bienes no sólo por la cantidad mandada a afianzar, sino mayor: debe tener bienes "más que suficientes". Quien se opone a una declaratoria de herederos es el actor y puede ser obligado a dar fianza."R.J.Abril de 1909. Pág. 170. (18 Pr. 2100 C.)

Requisitos del fiador.

"Si el fiador de un demandante cae en insolvencia, puede el demandado exigir nueva fianza por la misma suma primeramente afianzada." R.J. Octubre de 1923. Pág. 251.(2037-2099 C. 18 Pr.).

Insolvencia del fiador.

"El juez que declara extinguida una fianza de costas, rendida en el juicio, sin probarse motivo alguno, procede ilegalmente, pero no comete a tentado".R.J. Agosto de 1908.Pág. 350. (1100-1101 Pr. Se refiere a la fianza del Art. 18 Pr.).

Extinción de la fianza.

"La sentencia que condena a pagar perjuicios prueba esa obligación y no procede discutirla de nuevo en el juicio de liquidación.-A falta o insuficiencia de prueba sobre la cuantía de los perju cios es procedente el juramento estimatorio.-Los perjuicios incluidos en éste que no son de los que la sentencia ordena pagar, no deben tomarse en cuenta".-R.J. Octubre 10.de 1902.Pág. 398. (Art. 1585 C. 960-402 Pr.).

Prueba sobre perjuicios.

"No puede declararse desierta la acción por no proceder la exoneración de la fianza o por no reunir la que se haya presentado, las condiciones legales. Si el actor no prueba su abono o el del fiador, sólo debe desaprobarse la fianza o de clarar se sin lugar la exoneración; y para decretar la de serción es preciso observar los trámites estableci dos para el caso, desaprobada la primera fianza o declarada sin lugar la exoneración, podría prevenirse al actor que continuara su acción y en caso de presentarse nueva fianza habría que tramitarla y declarar la deserción al desaprobado esa segunda fianza, pues así no se omitiría la prevención le-

Sobre Deserción de la acción.

gual de hacer lo que por derecho sea necesario para continuar el juicio." R.J. Noviembre 18 de 1907. - Pág.426 Marzo de 1908. Pág.,108. Agosto de 1908. - Pág.,361.(536-537. 18 Pr.).

"Aunque el actor haya dejado transcurrir el tiempo señalado para rendir fianza, no procede la deserción, si al prevenirle que continuara su acción bajo pena de declararla desierta, presentó fiador abonado. El hecho de que el fiador puede enajenar sus bienes no es motivo para desestimar la fianza. Si el fiador cae en insolvencia puede aplicarse el Art. 2099 C." R.J.Enero de 1920 Pág.46. (2099-2100 C. 18-536 Pr.).

Sobre la deserción de la acción.

"La fianza para las tercerías de dominio en juicio ejecutivo no fundada en instrumento inscrito, debe ser rendida aún por los pobres de solemnidad. -Esta fianza es de carácter enteramente distinto de la que estatuye el Art. 18 Pr. y sólo para esta última existe la exención a favor de los pobres".R.J. Abril de 1909, Pág. 497.(18-651 inciso 2o.Pr.).

Fianza en Tercerías. Distinción entre fianza en tercerías y fianza de costas.

NOTA:

Esta sentencia trae a cuentas la historia de la fianza para la tercería y señala las diferencias con la otra o sea la que estatuye el Art. 18 Pr.

"El tercerista que se funda en título inscrito no está obligado a rendir fianza para suspender la ejecución. Esto no lo quino de rendir la que establece el Art. 18 Pr." R.J. Diciembre de 1907. - Pág. 449. (651-13 Pr.)

Fianza de Tercerías. Distinción entre fianza de tercerías y fianza de costas.

"En las tercerías que no se fundan en documento inscrito, el término para rendir la fianza es total. Si no se rinde en ese término o la rendida no es buena, debe continuarse la ejecución". R.J. Abril 1901. Pág., 153. (651 Pr.).

Fianza en Tercerías.

"Si se prueba plenamente que una persona en concepto de padre crió y educó a sus expensas al hijo, procede reconocer a éste la calidad de natural, tanto más si los testigos dan fe no sólo de la crianza y educación, sino de la vida marital de los padres. Esta acción puede dirigirse contra el curador de la herencia yacente del padre. Un tercerista coadyuvante debe probar interés propio y se equipara a todo demandante. En cuanto a la condena en costas, daños y perjuicios debe estarse a las reglas generales" R.J. Enero de 1929. Págs. 54 y 60". (18-458-439 Pr., 280 No. 7 C.).

Fianza en Tercerías.

BIBLIOGRAFIA

- INSTITUCIONES DEL DERECHO PROCESAL: Díaz, Clemente A.
- MANUAL DE DERECHO PROCESAL: Urrutia Salas, Manuel.
- MANUAL DE DERECHO PROCESAL: Arenal, Leonardo Jorge.
- NOCIONES GENERALES DE DERECHO PROCESAL CIVIL: Devis Echandía, Hernando.
- TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL: Rosemberg, Leo.
- TRATADO TEÓRICO PRACTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL: Alsina, Hugo.
- DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL: Pallarés, Eduardo.
- DERECHO PROCESAL CIVIL: Guasp, Jaime.
- DERECHO PROCESAL CIVIL Calamandrei, Piero.
- INSTITUCIONES DEL PROCESO CIVIL: Carneletti, Francesco.
- TEORIA GENERAL DEL PROCESO CIVIL: Rocco, Hugo.
- FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL: Couture, Eduardo J.
- TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL: Rocco, Hugo.
- DERECHO PROCESAL CIVIL: Pallarés, Eduardo.
- INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL: Pina, Rafael de, y Larrañaga, José Castillo.
- APUNTES DE CLASE DE DERECHO PROCESAL CIVIL I: Arrieta G., Francisco.
- APUNTES DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Ungo, Guillermo Manuel.
- LA CONDENA EN COSTAS EN EL PROCESO CIVIL: Reimundín, Ricardo.
- LA CONDENA EN COSTAS: Chiovenda, José.
- ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL: Couture, Eduardo J.
- LA FIANZA: Muñoz Obando, Camilo.

TRATADO DE LAS CAUCIONES: Somarriva Undurraga, Manuel.

MANUAL DEL JUICIO EJECUTIVO: Veloso Chávez, Rafael.

DERECHO DE FAMILIA: Somarriva Undurraga, Manuel.

INDICE DE JURISPRUDENCIA: Sáenz Castro, Angel.

ARANCEL JUDICIAL.

LEY DE INQUILINATO.

LEY DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES SOBRE ACCIDENTES DE TRAFICO.

CODIGO CIVIL.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.