

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

CAPITULO IX LAS PARTES Y LA CAPACIDAD

1.- Noción de parte y su importancia

La noción de parte no es propia del derecho procesal, el concepto puede estar referido a las partes en un negocio jurídico, es decir a la relación sustancial o material. Pero el concepto que aquí nos interesa es el de parte en sentido procesal. Lo anterior quiere decir que se puede ser parte procesal sin tener la titularidad de la relación jurídica sustancial, como es el caso del sujeto que demanda sin tener legitimación o es demandado sin estar obligado; o se puede ser titular del derecho material, pero no el carácter de parte procesal por no reclamarse ese derecho en el ámbito jurisdiccional. Superada la tesis materialista y siguiendo la tesis procesalista del concepto de parte, se ha dicho que parte es quién en nombre propio, o en cuyo nombre se pide, la actuación de la voluntad de la ley y aquel frente al cual es pedida.

El NCPC –a diferencia del derogado que no lo hacía- nos da esta definición “parte es la persona que interpone la pretensión procesal en nombre propio o en cuyo nombre se formula y la persona contra la cual se dirige”. Definición que se complementa con el art. 35.1.2 NCPC que exige indicar en la demanda inicial “El nombre, las calidades..., de las partes” y con el 21.1 “parte legítima”, como aquella “que alega tener o a quien se le atribuya una determinada relación jurídica con la pretensión”. De la combinación de estas tres normas deriva la condición de parte, de relevancia procesal. Se puede ser “parte procesal” sin tener legitimación, no es necesario que quién demande esté asistido o no por el derecho sustancial. Para ser parte basta con pretender en nombre propio o a través de representante -mediante una demanda-, el reclamo de un derecho o satisfacción de una pretensión ante el órgano jurisdiccional y aquella frente a quién se reclama, para ser considerado como tal.

Quién demanda, y por el solo hecho de demandar, afirma la propia legitimación, o sea postula que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela como suyo el interés que quiere hacer valer. Es, por lo tanto, siempre parte, y justa parte. Que si luego el juez le dice que el interés que quiere hacer valer no es suyo, sino de otro, o que no está reconocido por el ordenamiento, o que carece de legitimación u otro presupuesto material, su demanda será rechazada ni más ni menos por esto, y no porque él aun siendo parte, no sea parte legítima.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

Lo anterior quiere decir que solo son partes quienes actúan en el proceso: el demandante –actor-, demandado y contrademandado, interviniente, excluyente o coadyuvante, o los individuos que conforman el litisconsorcio. Cualquier otro es tercero, tercerista, incidentista o extraño al proceso. La formulación de una pretensión, objeto del proceso, debe ser dirigida necesariamente contra un sujeto distinto del que la formula, que será la parte pasiva de la relación,

A veces sucede que terceros deben intervenir en el proceso pues adquieren ese carácter, o bien cuando una parte esté compuesto por varios individuos -litisconsorcio-, ello no le quita el carácter unitario de parte, pues aun en los casos de que se actúe a través de representante, el representado tiene el carácter de parte, aunque se dice que el representante solo es parte en sentido formal; Igual cosa puede suceder cuando se ejercita la denominada "pretensión" subrogatoria -sustitución procesal- de los art. 21.3 NCPC, 344 y 911 Código Civil entre otras, pues quién demanda no es el legitimado directo pero si tiene el carácter de parte.

La determinación del carácter de parte tiene importancia para determinar el carácter de actor o demandado, determinar las causales de recusación e impedimentos, determinar el elemento subjetivo en la litispendencia y de la cosa juzgada, determinar la persona obligada a declarar, decretar la acumulación de procesos –al identificar el elemento subjetivo-, y determinar a quién se puede reconvenir sin ser parte. Solo a ellas le está permitido realizar actos dentro del proceso y por eso, solo las partes, los abogados y los estudiantes pueden ver el expediente.

2.- Las personas físicas

En el proceso pueden ser partes las personas físicas –mayores, menores, por nacer o incapaces-, también las personas jurídicas –de derecho privado o público-, así como el patrimonio de bienes, que sin tener legalmente personalidad jurídica, aunque si valor patrimonial, la ley les atribuye la posibilidad de figurar como parte.

a.- Menores

Las personas físicas mayores de 15 pero menores de 18 años actúan personal y directamente en juicio, sin necesidad de representante, pero nada obsta para que tengan representante voluntario y actúen a través de él, pero siempre en su nombre -Arts. 108, 86 Código de la Niñez, 12 de la Convención sobre Derechos del Niño y 151 C.F.-

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

Los menores de 15 años deben actuar en juicio -demandar y ser demandados- a través de sus respectivos representantes, que son en primer lugar los padres en el ejercicio de la patria potestad -Art. 151 CFa-; por el tutor designado, en caso de que carezca de padres; o bien, por un específico nombrado para un proceso determinado en caso de ausencia u opuesto interés del padre o tutor con el menor -Arts. 154 y 162 CFa y 19.4.3 NCPC- y que es denominado curador procesal el cual es nombrado en el mismo proceso en que se le requiera, sea por designación del menor cuando, a quien se procura oír previamente.

b.- Incapaces

Los mayores de edad, incapaces mentales o físicos, son representados por un curador y bajo la curatela, que es aquel régimen jurídico correspondiente a los mayores que se hallan en estado de incapacidad mental o física para el gobierno de su persona y bienes. Tal incapacitación se basa en causas fijadas por la ley, y se realiza después de seguirse el oportuno procedimiento no contencioso, mediante un fallo judicial. Éste, al declarar incapaz al sujeto, modifica su estado civil, constituyéndolo en uno nuevo: el de incapacitado". El incapaz que previamente ha sido declarado por el juez en estado de interdicción¹, es representado en juicio por el curador provisional o definitivo que se le nombró en las diligencias de insania -Arts. 851 CPC y 233 C.F.-

El trámite de nombramiento, privilegio y sujetos con prioridad para designarle curador procesal al menor que esté en conflicto de interés con su padres o quién ejerce sobre él la patria potestad, se analiza en el capítulo de curador procesal.

c.- El concebido no nacido

Al sujeto por nacer -*nasciturus*- por disposición del artículo 31 Código Civil, lo representa quién ejercería la tutela como si hubiere nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, se nombra un representante legal -curador-. El padre biológico pero que no ha reconocido al menor, no es su representante pues no tiene la calidad de padre para los efectos jurídicos -Arts. 151 y 155 CF-, en cuyo caso, solo la madre lo puede representar quién tiene "plena personería para esos efectos"², pero "el tribunal puede en casos especiales, a petición de la parte o del

¹ Si previamente el sujeto no ha sido declarado insano se presume su capacidad de actuar procesal, no siendo procedente la excepción de falta de capacidad.

² T.S.II S.I N° 363 del 01-08-1991.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

Patronato Nacional de la Infancia, conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre.

3.- Las personas jurídicas

a.- El Estado

El Estado es de pleno derecho persona jurídica -Art. 33 CCI- y es representado en los procesos por el Procurador de la República³, que lo nombra el Poder Ejecutivo por Decreto, bastando indicar la publicación del Decreto para demostrar su personería. Las Municipalidades, Instituciones Estatales, Empresas Mixtas tienen capacidad para ser parte en procesos jurisdiccionales y son representadas por quien establezca su ley orgánica o por la legislación común.

b.- Personas jurídicas comerciales

Tendrán capacidad procesal quienes conforme a la ley posean capacidad de actuar. Cuando se actúa en representación de una persona jurídica privada se debe demostrar la existencia de ella y de quien ejerce su representación -Art. 19.2 NCPC-. Las personas jurídicas privadas son representadas en juicio por el apoderado que la ley o el pacto constitutivo designen. Las personas jurídicas pueden tener la calidad de parte desde el momento en que se inscriban como tales en el Registro Mercantil -Art. 20 C. Co.-.

En el caso de las sociedades reguladas por el CCo -anónimas, en nombre colectivo, sociedad de responsabilidad limitada, comanditas simples- su representante es el presidente o gerente, así como a los consejeros que se determinan en la escritura social.

Siguiendo la jurisprudencia⁴ de hace algunos años, el art. 19.2 NCPC señala, ahora en texto expreso "Cuando se demande a una persona jurídica con domicilio en el extranjero no es necesario acreditar su personería. La autoridad comisionada para notificar constatará lo relativo a la representación y la parte demandada deberá acreditarla en su primera gestión".

4.- Las entidades sin personalidad jurídica y "patrimonios separados" a las que la ley reconozca capacidad para ser parte

Se habla de patrimonio de bienes para atribuir o reconocer efectos procesales a cierta comunidad de bienes a los que la ley les atribuye, en abstracto,

³ Art. 16 CPCA.

⁴ T.S.II C. S.I, Nº 770 de 9:35 hrs. de 23-09-1983; Nº 84 de 8:15 hrs. de 09-03-1984 y T.S.II C. S.II Nº 547 del 22-10-1991.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

personalidad para estar en juicio, siempre por medio de un representante. No es posible adscribir esos conjuntos de bienes a una persona física o jurídica determinada, tampoco parece admisible reconocer a aquellos capacidad para ser partes, aunque si gozan de personalidad jurídica⁵ para demandar y ser demandados, a través de la intervención de un curador, administrador o albacea, quienes son los que ejercen esa representación.

a.- Concursos civiles y quiebras –remisión-

Se analiza al estudiar las figuras de sucesión y sustitución procesal

b.- Condóminos

El representante de condominios -régimen de propiedad en condominio- es el administrador designado, para todo lo que se refiera a cobro de cuotas de administración o mantenimiento a condóminos, solicitudes de suspensión y amonestación de actos de condóminos y protección de bienes comunales, sus facultades son las de un apoderado general -Art. 29 Ley de Propiedad en Condominio-⁶.

d.- Sociedades irregulares y de hecho

Como afirma Prieto Castro no es propiamente una sociedad, sino comunidad de bienes. Nuestro CCo no les otorga personalidad jurídica, por lo que la demanda puede ser establecida en forma individual contra quienes de hecho han fungido como socios, que por lo demás son ilimitada y solidariamente responsables ante terceros, los socios, cumpliendo los requisitos de ley y probatorios pueden pedir la declaratoria de existencia de una sociedad de hecho⁷ - Arts. 22 y 23 CCo-.

5.- La legitimación supraindividuales

Por primera vez la legislación civil reconoce la legitimación de grupo o de intereses colectivos, aunque someramente lo había hecho la normativa sobre protección al consumidor N° 7472 de 1995 y a consagración constitucional de la protección de los intereses supraindividuales contenido en el artículo 46, ambiental y de los consumidores.

⁵ Sobre la autonomía de la personería de la comunidad de bienes, véase la sentencia N° 1364 de 1992 del T.I C. que adelante se cita.

⁶ T.I. C. N° 1364-1992.

⁷ S. I C. N° 382-2000; N° 145-1992 y N°351-1990.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

a.- Concepto de intereses de grupo o corporativo

Los derechos colectivos propiamente dichos o stricto sensu son aquellos de carácter supraindividual, de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas indeterminadas pero determinables, organizadas bajo alguna estructura organizativa, las cuales están vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base, que sea anterior al daño.⁸

Al haberse excluido del Proyecto del Código todos los institutos atinentes a los derechos supraindividuales, esta norma es más pragmática, un simple enunciado, pues solo le otorga legitimación a tales grupos, pero no define los aspectos más relevantes, como la determinación de esa legitimación, la legitimación concurrente, las pretensiones ejercitables u objeto, la representatividad adecuada, las pruebas la cosa juzgada colectiva y los honorarios profesionales. De manera que será esperar pronto una ley que regule esa materia, o bien, con el desarrollo doctrinal, aplicando supletoriamente otras normas procesales –CPCA y Constitución- para el desenvolvimiento de la figura.

Solo ha quedado dos previsiones normativas, en materia de interdictos, en el caso de amparo de posesión cuando los actos de perturbación “se realizan afectando el uso y el disfrute de bienes públicos, en detrimento de la colectividad” –art. 106.2 NCPC-, y en el interdicto de restitución para la protección de la “ciudadanía en general, en el caso de bienes públicos, son despojados ilegítimamente del inmueble, total o parcialmente” –art. 106.3 NCPC-.

b.- El caso de los intereses difusos

Los derechos difusos se podrían definir, siguiendo el Código Modelo para Iberoamérica, como aquellos supraindividuales, de naturaleza indivisible, indeterminados, del que es titular un grupo, categoría o clase de personas no organizadas originalmente, los cuales son vinculados accidentalmente por una circunstancia de hecho, y que su aspecto objetivo tiene que ser considerado como un todo. Afecta a una muchedumbre innumerable de personas, sin que entre ellas exista una relación base.⁹

6.- Capacidad procesal y representación

⁸ Sala Const. N° 593-2008. Ver en igual sentido: N° 6614-2007; N° 15949-2006; N° 2595-2005; N° 3465-2003 y N° 4258-2002. S. I C. N° 01321-2013; N°896-2012; N° 805-2010; N°675-2007.

⁹ S. I C. N° 01321-2013; N° 896-2012; N°805-2010; N° 675-2007. S. I C. N° 0272-2012; N° 805-2010; N° 119-2005. S. Const. N° 02958-2007.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

La determinación de quién puede ser parte en el proceso civil necesariamente está referida a dos conceptos procesales, por un lado la capacidad para ser parte procesal y la capacidad de obrar procesal. Pueden ser parte las personas físicas y jurídicas susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones -Arts. 36 y 33 Cci- esta es la denominada capacidad jurídica procesal -de goce-, y que por ser un aspecto de capacidad genérica de las personas, atributo mismo de su personalidad, que tiene toda persona, está regulada en el Código Civil.

Podemos afirmar que las personas legalmente capaces -mayores y no inhábiles- comparecen por sí mismas al proceso, sin necesidad de representante y su actuación será válida e incuestionable, en tanto que los incapaces -menores e inhábiles- lo debe hacer necesariamente por medio de sus representantes -padres, tutor, curador-. Los incapaces pueden ser los dueños del derecho reclamado pero no son idóneos para reclamarlos y actuar por sí mismos en el proceso -art. 19.2-.

Pero no siempre el que puede ser parte en un proceso, está facultado por ley para actuar por sí mismo en forma personal en aquel, requiriendo entonces actuar a través de un representante, a ello se refiere la capacidad procesal que no es otra cosa que la capacidad de actuar procesal -denominada también capacidad de ejercicio, de obrar, de hecho o de comparecer o mal denominada legitimación procesal o personalidad procesal-, que es la que regula precisamente el art. 19.2 NCPC.

La regla es que a la capacidad jurídica corresponda la capacidad de actuar, "también lo normal es que quién se considere titular de un derecho pueda defenderlo personalmente en el proceso, pero justamente a la incapacidad de hecho -sic. de obrar- corresponde la incapacidad procesal, porque en ambos casos se trata de incapacidad de obrar".

Podemos concluir, diciendo que toda persona física por el solo hecho de serlo y aun antes de nacer -art. 19.1.2 NCPC- y hasta su muerte, goza de capacidad de ser parte -capacidad jurídica-, pues desde entonces es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Esa cualidad es inherente a la persona humana y por tanto inmodificable e inalterable, la capacidad jurídica -y con ella la capacidad jurídica procesal que es derivación de ella- la tiene todo hombre, comienza con su personalidad y acaba con ella; pero solo tiene capacidad de actuar procesal la persona sea física o jurídica que se encuentra legalmente habilitada para realizar por sí mismo actos procesales válidos, sea demandando por sí o siendo

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

demandado; es decir, la posibilidad de poner en movimiento el mecanismo normativo por acto propio.

7.- La demostración de la capacidad procesal. Excepciones

El representante en el proceso, decía Rosenberg, es quien en lugar y nombre de una de las partes ejecuta y recibe actos de la gestión procesal. El representante debe tener el llamado poder de representación, cuyo rasgo esencial es que se actúa en nombre ajeno, influyendo en la esfera jurídica del representado. La extensión, contenido y limitaciones del representante vienen dadas por la ley, el poder otorgado o bien por los estatutos, se analiza entonces al alcance del poder o representación de algunos casos en nuestro país.

La demostración de la capacidad -representación con que se actúa- debe hacerse en la primera gestión que se realice mediante certificación de Notario Público¹⁰ o del Registro respectivo donde esté inscrita la representación -Art. 19.2 NCPC-, de no adjuntarse la representación del actor, se prevendrá para su subsanación de una vez. Si la falta es con la demanda, bajo pena de inadmisibilidad.

8.- Demanda contra persona jurídica en el extranjero

El artículo 19.2, siguiendo lo que ya había señalado la jurisprudencia¹¹, y ante la dificultad y diferencias de sistemas, para obtener la demostración de la personería de una sociedad extranjera, señala que cuando se demande a una persona jurídica con domicilio en el extranjero no es necesario acreditar su personería. La autoridad comisionada para notificar constatará lo relativo a la representación y la parte demandada deberá acreditarla en su primera gestión que presente ante el juez del proceso.

9.- La falta de capacidad y la defectuosa representación

Señala el art. 19.2 in fine NCP “La falta de capacidad procesal y la defectuosa representación podrá ser apreciada de oficio u objetada por simple alegación de la parte en cualquier momento; de existir el defecto, podrá ser subsanado oportunamente”.

a.- La falta de capacidad como defensa

¹⁰ Cuando se trata de poderes inscritos en el extranjero se permite la certificación consular o bien el poder otorgado ante el cónsul, ver Convención –ratificada por nuestro país- sobre Poderes Otorgados en el Extranjero.

¹¹ T.S.II C. S.I, N° 770-1983; N° 84-1984 y T.S.II C. S.II N° 547-1991.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

Para que un proceso pueda desarrollarse regularmente, es necesario que el actor y el demandado posean capacidad civil de actuar o capacidad para llevar un proceso, que es un tema diferente a la capacidad para ser parte, que pueden serlo los menores y los *nasciturus* –art. 31 CCI-. La ley de fondo determina la capacidad y la personalidad jurídica de quién comparece en juicio o lo que es igual, la circunstancia de que no sea persona de derecho. En nuestro ordenamiento carecen de capacidad procesal el menor de dieciocho años¹² y el incapaz¹³. Habría incapacidad de actuar de una persona jurídica no constituida con arreglo a derecho, que no se encuentre inscrita en el Registro Público correspondiente, aunque el CCo permite demandar a la sociedad de hecho y la irregular en cabeza de sus socios aparentes.

La falta de capacidad o de personería puede provenir del actor, cuando quien demanda no es capaz o el representante no lo sea o sus facultades no se extienden al objeto o contenido de lo reclamado. O bien, puede ser pasiva -cosa excepcional- si quien compareció como representante del demandado en realidad no lo es o al menos con facultades legales o estatutarias suficientes. La figura comprende el supuesto de inexistencia de capacidad o de representación; o bien, la falta de personería, pues quien no es apoderado o representante, no tiene capacidad de representación para el caso concreto. En cambio, cuando hablamos de defectuosa representación, el representante tiene, al menos, un átomo de representación, aunque insuficiente, defectuoso o incompleto para el proceso concreto.

El defecto detectado en la insuficiencia del poder o la representación del actor o en el poder del abogado, por su fácil subsanación, no provocan ya –como en antaño- una excepción previa de falta de capacidad o nulidad del proceso, sino que con base en este numeral 19.2 NCPC permiten la simple prevención, otorgándose a la parte actora un plazo para que “corrija la falta”, transcurrido el cual se declarará inadmisibles la demanda¹⁴. Como se lee de la norma, ésta solo se aplica cuando la falta o defecto de representación sea de la parte actora, no cuando el vicio lo contenga el poder de la parte demandada¹⁵.

¹² Se exceptúan los casos en los que los artículos 104, 107, 108 del Código de la Niñez. La LJC y el artículo 9 del CPCA sí reconoce capacidad procesal al menor de edad.

¹³ S. I C. N° 01025-2012. Ver en similar sentido: S. I C. N° 1148-2013, N° 01041-2013, N° 01453-2013 y N° 0990-2004.

¹⁴ T. I C. N°1002-2014. T. II C. S. I N° 185-2003; N° 236-2003; N° 334-1999; N° 682-1991; T. II C. S. II N° 286-2014, N° 274-2013, N° 204-2013; N° 289-2002 y N° 96-2004.

¹⁵ T.II C. S.I N° 198-2007 (en sentido contrario: N° 291-2003).

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

10.- Defectuosa representación

Es usual que el actor actúe personalmente en defensa de su propio derecho, pero si actúa otro en su nombre, deberá demostrar la existencia del poder y la suficiencia de sus facultades. Antes era una excepción previa, hoy es una simple alegación, pues la norma refiere que puede ser “objetada por simple alegación de la parte en cualquier momento” - arts. 37.3 y 19.2 NCPC-.

Se refiere a los casos de insuficiencia incompleta, indebida o defectuosa representación, extensión o alcance del mandato del apoderado o del poder, sea de personas, en sociedades civiles o comerciales, menores, concursos de acreedores, sucesiones, condominios y sociedades de hecho e irregulares.

También esta defensa está referida a los casos en que el poder otorgado al abogado -apoderado judicial- sea defectuoso por falta de alcances -insuficiencia de poder-, o por defectos del acto de otorgamiento -no indicación de facultades, objeto extralimitado, falta de timbres, no firma del mandatario o no fue otorgado a un abogado-, o por dos apoderados conjuntos cuando así debían actuar. O si teniendo o habiendo tenido representación en nombre de otro ha concluido por cualquier causa legal o convencional.

La diferencia entre la falta de capacidad y la defectuosa representación, es que en la primera comparece o se hace comparecer personalmente a quien no es capaz de actuar procesal -menor de edad e incapaz- y no por medio de su representante legal; es decir, comparece por sí misma como si fuera plenamente capaz. En tanto que, la segunda, consiste en el apersonamiento al proceso de un persona cuyo poder o facultades son insuficientes o defectuosos, es decir, puede ser apoderado pero sin tener las calidades suficientes para el proceso.

La capacidad jurídica se refiere a la actitud legal del individuo para adquirir derechos, contraer obligaciones y establecer demandas en su propio nombre, misma que solo se modifica conforme a lo dispuesto por el artículo 36 del Código Civil. La representación procesal en cambio, atiende a las facultades para adquirir derechos, contraer obligaciones o establecer demandas en nombre de otro.

11. Arraigo

La figura del arraigo nace en el derecho romano -*cautio judicatum solvi*¹⁶-, pero con una finalidad diferente a la que hoy tiene en los diversos ordenamientos.

a.- Concepto

¹⁶ Palacio L. 1991, t. VI, p. 747.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

En nuestro ordenamiento el arraigo es una medida cautelar decretada por el juez “cuando exista fundado temor de que se ausente u oculte la persona contra quien se haya de establecer o se hubiera interpuesto una demanda –art. 19.3 NCPC-. Tiene como finalidad que el futuro demandado -sea nacional o extranjero-, designe un apoderado con facultades suficientes que lo defienda en el proceso que se ha instaurado, o el que se llegue a plantear, bajo el apercibimiento de que si no lo nombra, el proceso seguirá, o se iniciará en rebeldía. No se justifica la medida, si la ausencia del futuro demandado es "accidental, temporaria o periódica", o si se sabe, con certeza, cuál es su destino o el nuevo domicilio que va a adquirir.

Debe además existir el fundado temor de que el demandado se ausentará del país. De manera clara, el Código exige demostrar -por el solicitante-, que el arraigado no tiene apoderado nombrado con facultades suficientes.

b.- Efectos

La solicitud y el decreto de arraigo producen una serie de consecuencias para el arraigado y el proceso.

El arraigo tiene como única finalidad prevenir al demandado que no se ausente del territorio nacional, sin dejar un apoderado debidamente designado e inscrito, que lo represente en debida forma en el proceso que se instaure, o que ya se instauró. La medida no tiene como finalidad impedir la salida del país al arraigado

Si el arraigado no constituye apoderado con las facultades suficientes que lo represente en juicio -puede ser un apoderado generalísimo, un apoderado general o especial judicial-, el proceso continuará en ausencia, tal y como si estuviera rebelde. “En caso de negativa o de insuficiente representación, el proceso se seguirá válidamente sin su intervención y todas las resoluciones que se dicten se tendrán por notificadas de forma automática” –dice la norma. Se quiere decir, entonces, que el proceso continúe, agotando y consumiendo cada una de las etapas que lo componen, por lo que nunca se puede entender que el juez simplemente dicta sentencia, situación que solo se aplica en los casos de allanamiento expreso del demandado. Como clarifica la norma, al igual que un rebelde “si el arraigado se apersona tomará el proceso en el estado en que se encuentre”.

12.- El curador procesal

Antes denominada curador *ad litem*-, que no tiene, el carácter de medida cautelar, porque no tiende a garantizar la efectividad de la sentencia; no participa

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

de los caracteres de apariencia de buen derecho y de peligro de demora que caracteriza a las medidas cautelares.

a.- Concepto de curador

El curador procesal es un representante que designa el juez en los casos en que la parte se encuentre ausente de hecho, o se desconozca su paradero; o en los casos en que el menor o inhábil declarado carezca de representante en un proceso determinado, o en caso de “incompatibilidad o intereses contrapuestos entre representante y representado” –de cualquier naturaleza-. Finalmente, para las personas jurídicas, en general, que han quedado sin representante legítimo que los represente en juicio o el apoderado tenga intereses contrapuestos contra la persona jurídica. Ese curador ejercerá la defensa de su defendido en su condición de apoderado, pero sin tener ningún poder de disposición del objeto del proceso.

b.- Presupuestos

El nombramiento de un curador procesal para un ausente, supone una serie de requisitos o presupuestos que se deben tener presentes, previo a hacer la designación; los que deben observarse con mucha rigurosidad, pues es indiscutible que quien es representado por un curador tiene restringidos sus medios de defensa. Difícilmente, el curador tendrá a la mano las pruebas necesarias para esa defensa; de allí que su defensa sea de carácter técnico, si se quiere que se respete el principio de legalidad procesal y de audiencia previa –formal-.

i.- Se ignore el domicilio y no existe un supuesto para declarar su ausencia

En el proceso civil, al igual que las demás ramas procesales, no se puede condenar en ausencia a un sujeto –es el denominado principio del juicio previo¹⁷-; debe, cuando menos, ser notificado el emplazamiento inicial. Si luego no quiere comparecer, la ley prevé la sanción procesal de la rebeldía. Algunas veces sucede que el demandado no puede ser habido ni en el país ni en el extranjero para notificarle el auto inicial que da traslado a la demanda. La ley supone una especie de ausencia de hecho -no declarada judicialmente-, solución necesaria para no dejar el proceso suspendido indefinidamente y no crear situaciones de verdadera incerteza jurídica para las partes.

ii.- Que el sujeto no haya sido declarado ausente o haya muerto

Este requisito se extrae del mismo artículo 19.4.1 NCPC, cuando dice " no se

¹⁷ Artavia S. 2016c, p. 145.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

estuviera en el caso de declarar su ausencia". Si el sujeto ha sido declarado judicialmente en ausencia por los trámites de actividad no contenciosos, allí se debe hacer el nombramiento del curador, sea el provisional -mientras se declare en firme la ausencia-, o sea el definitivo -una vez declarada la ausencia por resolución-. Ese curador allí designado será el que represente al ausente en la demanda que se establezca en contra de este último.

Si se inicia un proceso con un curador procesal, y en el curso del proceso, se declara la ausencia judicial del sujeto, una vez dictado ese pronunciamiento, la representación corresponde al representante del proceso de ausencia, sin retroacción de plazos.

Puede suceder que se hayan cumplido las condiciones para declarar la ausencia judicialmente a saber: 2 años de desaparecido sin saber noticias, o 10 años si dejó apoderado, que se reducirán a 5 años cuando las últimas noticias dicen que el ausente se encuentra gravemente enfermo o en peligro de muerte -71 Código CCI-, sin que ningún familiar o interesado haya promovido la declaratoria de ausencia. En este caso no puede hacerse el nombramiento en el proceso, y previo a la designación, deberá, el interesado promover el nombramiento del curador mediante las diligencias -declaración de ausencia y nombramiento de curador provisional-.

iii.- Que se desconozca su paradero

Si el sujeto solo se encuentra ausente de su domicilio habitual, pero se conoce su paradero, sea dentro o fuera del país y se tiene noticias de él, no se le puede nombrar curador procesal. En estos casos, debe realizarse la notificación que interesa a través de los medios de notificación admitidos; y si se encuentra en el extranjero, notificarle por medio del trámite consular o notarial.

iv.- Que no tenga apoderado designado

Aunque ausente de su domicilio, o de domicilio desconocido, si el "ausente de hecho" hubiere dejado un apoderado nombrado, con facultades suficientes, no procede, tampoco, el nombramiento del curador procesal. En este caso, deberá notificarse el traslado de la demanda al apoderado. Pero, si el poder estuviere vencido o fuere insuficiente para el caso, deberá igualmente nombrarsele curador – Art. 67 CCI-.

El nombramiento, por parte del ausente, de un apoderado con poder suficiente, hace suponer que no tiene interés en ser declarado como tal o de abandonar sus asuntos por lo que obliga a pensar que "la desaparición es temporal

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

y que el sujeto regresará, por lo que no se produce la incerteza -típica del fenómeno de ausencia- sobre la existencia misma del sujeto".

v.- Que no haya sido declarado muerto presunto

Si se dan las condiciones legales para que el ausente sea declarado muerto presunto -veinte años desde la desaparición, diez años de la declaración de ausencia o de las últimas noticias, o si han pasado ochenta años desde el nacimiento del ausente-, lo que procede es la declaratoria de muerte presunta, y, con ello, la apertura del proceso sucesorio, y el nombramiento de un albacea, quien será el que lo representará, en lo sucesivo, en cualquier proceso.

c.- Persona que es nombrada en el cargo

El artículo 19.4 señala "se llamará a quienes, según la ley, corresponda ejercer la representación, para que dentro de cinco días manifiesten si están dispuestos a asumirla". Hay que entender aplicable el artículo 68 del CCI para determinar el grado de preferencia para nombrarle curador al ausente -cónyuge presente, herederos presuntivos o legales y los que tengan mayor interés en la conservación de los bienes; finalmente, a falta de los anteriores, el juez designará a un tercero como curador-. La enumeración es excluyente a los de las órdenes subsiguientes, debe primero descartarse a los de grado preferente¹⁸.

Si alguno de los enumerados la norma tiene interés opuesto o no reúne los requisitos de idoneidad y capacidad, debe, en todo caso, nombrarse a un tercero, que en este caso es un abogado escogido libremente por el despacho judicial. Es obligatorio tener presente que en ningún caso se puede nombrar, como curador a una persona que tenga nexos con la parte que solicita el nombramiento. Esto con la finalidad de que no se produzca una colusión o fraude procesal, que daría, eventualmente, origen a una demanda de revisión.

d.- Requisitos

Con la solicitud de nombramiento del curador procesal, se debe aportar certificación del Registro Público, de que el ausente no dejó constituido o nombrado apoderado; y si lo hubiere dejado, deberá certificarse la insuficiencia del poder del mandatario o su caducidad. Igualmente, en la práctica, se acostumbra a

¹⁸ Hay dos posibilidades de interpretación de esta regla: la de considerar que la enumeración implica preferencia de los que se encuentran citados antes, o la de que se trata de un grupo de sujetos entre los que el juez podría decidir; nos inclinamos por la primera interpretación, en igual sentido Pérez Víctor. Derecho, pág. 126 y la cita de Brenes Alberto. Tratado de las personas, edición revisada por Eladio Vargas, San José, 1974, pág. 80.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

exigir certificación de las entradas y las salidas del país, emitida por el Departamento de Cómputo del Ministerio de Seguridad. Aunque tal requisito no tiene ninguna importancia, pues aunque el ausente esté en el país, pero se ignore su paradero, igualmente, se le puede nombrar curador procesal. Lo más importante sería recibir la declaración de dos o más testigos que lo conocieren para que declaren sobre su desaparición.

13.- Curador procesal de persona jurídica acéfala

Cuando una sociedad, una asociación, una Municipalidad y, por analogía, cualquier tipo de persona jurídica carece de representante; o bien, si teniendo el plazo de vigencia de su nombramiento ha caducado o expirado, el Código establece un trámite diferente para proceder al nombramiento de un curador procesal para un proceso determinado -la designación solo vale para ese proceso-. En este caso, previo al nombramiento del curador, se deberá hacer un llamamiento a los socios dice la norma, esto es convocar a una asamblea de socios o miembros de la persona jurídica, mediante un aviso en el Boletín Judicial, a fin de que estos elijan por mayoría simple un curador -dentro de sus socios o miembros-, que represente a la persona jurídica en ese proceso; bajo el apercibimiento que de no acreditar tal nombramiento en el plazo señalado, el tribunal procederá a nombrar curador, en este caso de la lista oficial.

Este trámite también se ha aplicado en la práctica, cuando la sociedad u organización, si bien, tiene apoderado designado, se desconoce su paradero o se comprueba su ausencia del país¹⁹ y es necesario notificarle una demanda. Igualmente, debe nombrarse curador al apoderado que aparece nombrado en registro y a quien se le ha vencido el nombramiento de su mandato, previa convocatoria de los socios o miembros²⁰. Si la sociedad demandada había sido notificada, y, posteriormente, el representante renunció, no es necesario nombrarle curador procesal, pues la sociedad debe preocuparse por hacer esa designación²¹.

Una discusión que ha originado muchos problemas de interpretación es el alcance del artículo 186 del CCo, según el cual "Concluido el plazo para el que hubieren sido designados, los consejeros continuarán en el desempeño de sus

¹⁹ T. II C. S. I N° 359-1997.

²⁰ T. II C. S. I N° 053-2000 e incluso en los casos de vencimiento o ausencia de nombramiento de administrado de condominio T. II C. S. I N° 075-2000, T.I C. N° 944-1990 y N° 1869-1991 en sentido contrario el T.S.II C.S.I, en resolución N° 410-1985.

²¹ T.II C.S. II N° 606-1991.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

funciones hasta el momento en que sus sucesores puedan ejercer legalmente sus cargos". La interpretación que deriva de este artículo, supone que si se venció el nombramiento de un apoderado de una sociedad y el nombramiento del sustituto está en trámite de inscripción, la representación la sigue ejerciendo el apoderado anterior, y solo hasta que el nombramiento del segundo se encuentre debidamente inscrito -no anotado- sustituirá a aquel. Por lo tanto, no es posible, en este caso, ni convocar a la junta, ni nombrarle curador procesal pero si no hay sustituto designado sí se debe convocar a una junta de socios. Del mismo artículo 186 del CCo, se debe interpretar que si el apoderado originario renunció, o su poder se venció, pero no consta nombramiento de su sustituto en el Registro Público -sea inscrito o en trámite de inscripción-, entonces, sí es necesario proceder en la forma que establece este artículo 19.4 NCPC. Es decir, se debe convocar a junta de socios, y si no concurren, o no hay acuerdo, entonces, nombrarle un curador procesal a la sociedad²².

14.- Nombramiento en casos de que exista intereses contrapuestos entre representante y representado

Como se dijo, a los menores los representan sus padres en el ejercicio de la patria potestad, o el tutor que en sustitución de aquellos hace las veces de representante. Pero, algunas veces sucede que tanto el menor como el inhábil carecen de tutor o curador designado, o bien éstos tienen intereses en conflicto con ellos. En ambos casos, si no tienen representante y el proceso se ha presentado, se les debe designar un representante para ese proceso. Le corresponde al juez que conoce del proceso hacer ese nombramiento, previniendo al representante que se designe, aceptar el cargo que se le confiere.

Puede suceder que el menor o inhábil sí tienen representante, pero surgen intereses opuestos con ellos, por lo que también debe nombrárseles curador procesal -19.4.3. NCPC, 127 y 149 ambos del CFa-. Sería, por ejemplo, como cuando el padre demandara al hijo para reclamo de mejor distribución de una herencia; o cuando el tutor o curador reclaman a su pupilo el pago de honorarios por sus funciones; o cuando el pupilo demanda a su representante para la rendición de cuentas de su gestión o de responsabilidad por mala administración; o, cuando la madre pide el desalojo de la casa, propiedad de sus hijos, a fin de que pueda habitarla la bisabuela de los menores²³; o, bien, conflicto sobre el derecho a heredar.

²² T.I.C. N° 2533-1985, N° 2485-1985, N° 363-1983.

²³ Sobre este último caso, ver T.S.IC. N° 2109-1985.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

En estos casos, aunque el menor tiene representante, existen conflictos de intereses y en una misma persona recaen el carácter de parte formal y el de parte material.

La norma, con tino amplía el ámbito de aplicación de la figura, a los casos en que “existiera incompatibilidad o intereses contrapuestos entre representante y representado”. Este es una ampliación muy útil, pues es común, y el famoso caso de Gas Zeta lo vivimos, que quien figura como apoderado de una sociedad o entidad, quizás el único, ha entrado en conflicto con su representado. O bien, en los casos de demanda con doble representación: en lo personal y como apoderado de la contraparte que también representada, una especie de demanda de “yo contra yo”. En estos supuestos y otros similares es necesario sustituir al apoderado para que su representada tenga una adecuada defensa y se eviten eventuales fraudes procesales.

15.- La opinión del menor o llamado a representar al ausente

Cuando se trate de ausentes, de personas menores de edad o con capacidades especiales, se llamará a quienes, según la ley, corresponda ejercer la representación, para que dentro de cinco días manifiesten si están dispuestos a asumirla. Salvo que por las circunstancias sea imposible hacerlo, en la designación de curador procesal de personas menores de edad y personas con capacidades especiales se tomará en cuenta la opinión del futuro representado. Cuando conste en el expediente la dirección de los presuntos representantes, se les notificará personalmente o en su casa de habitación. Si no constara dirección, se les notificará por medio de un edicto que se publicará en el Boletín Judicial. El tribunal designará al representante entre quienes se apersonen. Cuando nadie comparezca en el plazo señalado, el tribunal designará curador.

En los casos de menores de quince años, corresponde al juez libremente hacer la designación, procurando nombrar como representante para el juicio a un pariente inmediato, pero si no existiere o no fuere apto para el cargo, se designará a una persona de confianza que tenga aptitud necesaria -en estos casos la práctica ha sido designar como curador procesal a un abogado de la lista oficial-.

En los casos de personas mayores de 15 años, pero menores de 18 años que no sean inhábiles, pueden actuar directamente en los casos autorizados por el Código de la Niñez –Arts. 108, 86, 114 inc. e)- o bien, si no se está en uno de esos casos, la designación la hace el menor en un tercero a su libre escogencia –Art. 12 inc. 2 Convención de los Derechos del Niño-, sin importar que sean o no parientes. Pero, esa designación de su representante debe hacerse en presencia del juez –

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

generalmente es el Secretario ante quién se hace-. No es permitido hacer la designación por escrito. Tal procedimiento asegura que se escoja libremente a quien mejor represente los intereses. Creo que si el menor designa como su curador procesal a un pariente o a una persona que tenga opuestos intereses, el juez debe rechazar la designación, y de persistir una designación indebida, hacer de oficio el nombramiento en la persona idónea -Arts. 114 inc. e) Código de la Niñez -.

16.- Honorarios del curador procesal

Cuando proceda el nombramiento de curador, en la misma resolución en que se designe se fijarán sus honorarios, según lo dispuesto por el decreto de honorarios de abogados y podrán girarse anticipos según la etapa del proceso y la labor desplegada. Lo anterior quiere decir que la ley equipara los honorarios del curador al de los abogados en el proceso.

El solicitante debe depositar el monto de los honorarios del futuro curador, Para ello se debe tomar en cuenta el Arancel de Honorarios y la estimación del proceso. Pero, si el curador es además abogado, tiene derecho a percibir los honorarios profesionales de acuerdo con el Decreto de Honorarios.

17.- Patrocinio letrado

Se denomina patrocinio letrado a las distintas razones que ha encontrado la doctrina para explicar la necesidad de patrocinio obligatorio. El litigante es inexperto e impulsivo -Micheli-; el abogado tiene cultura, experiencia, hábito profesional y serenidad -Liebman-; el juez puede socorrer a las partes en una medida reducida, so pena de perturbar su imparcialidad -Carnelutti-; se convertiría en ilusoria la garantía constitucional de defensa -Podetti-. Por último para Couture, es simplemente un medio de proteger a quienes por su ignorancia, siguen creyendo que el curanderismo da mejores resultados que la medicina.

A fin de mantener el equilibrio en proceso, además de la autenticación profesional en los escritos, ahora el art. 20.1 NCPC, exige a las partes actuar asistidas por abogado a las audiencias. Si la parte llega sin abogado a una audiencia, no podrá intervenir, pues su voz se oye solo por medio de un abogado, es la garantía de la demanda técnica y la seriedad en el proceso, así como quien no es médico no puede operar o quien no es ingeniero no está autorizado para hacer planos constructivos, por el riesgo que en ambos implica la ausencia de conocimiento profesional, en el proceso civil solo se puede hacer por abogado: por

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

el riesgo de desconocimiento de las normas procesales y como garantía para el justiciable que un experto en derecho, que conoce el derecho, logrará una mejor defensa técnica.

En los actos escritos se requerirá la autenticación de un abogado activo y, si tal requisito se omitiera, los tribunales prevendrán la subsanación en un plazo de tres días o la ratificación escrita, bajo pena de declarar inatendible la gestión.

18.- Abogado director y suplentes. La firma implica que se actúa en nombre de la parte que le beneficia

A fin de evitar se malogren audiencias orales, por la ausencia del abogado o superposición de audiencias de éste, el Código establece la obligación de la parte no solo de nombrar un abogado director judicial –aunque le limite su poder-, sino además uno o dos suplentes, para que puedan cubrir cualquier ausencia del abogado principal, por cualquier motivo de inasistencia de éste a una audiencia. Los suplentes tendrán, en ausencia del director, sus mismas potestades, obligaciones y derechos. No significa lo anterior que deban actuar en conjunto o una especie de solidaridad de actuación profesional.

Por razones de orden y para evitar el caos de dos o más abogados hablando simultáneamente, el NCPC –al igual que el art. 87 CPCA-, establece que cuando a una parte la asista más de un abogado, solo podrá intervenir uno por declarante. En las demás actividades que no tenga que ver con declaraciones, entre ellos decidirán a cual corresponderá actuar –art. 50.4 NCPC-. Lo que no existe restricción es que cuando concurren dos abogados de una misma parte, puedan alternarse el uso de la palabra para diversas declaraciones o fases de la audiencia, así uno de los abogados podrá interrogar uno o más testigos, el otro a testigos diversos o el contrainterrogatorio, o podría uno diverso hacer las conclusiones.

“La firma del abogado autenticante implicará, salvo manifestación expresa en contrario, dirección del proceso con las facultades de actuar en nombre de la parte para todo lo que le beneficie, siempre y cuando no se requiera poder especial judicial o la participación personal de la parte”, se consagra por primera vez la representación procesal aparente o mandato tácito –la hemos tomado en la Comisión Original del sistema norteamericano- de manera que ya no es necesario poder especial para actuar en el proceso, salvo manifestación en contrario.

19.- Apoderado judicial

Las partes podrán actuar en el proceso por medio de apoderado judicial,

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

que deberá ser abogado. El poder especial judicial podrá ser otorgado mediante simple escrito y la firma del poderdante deberá ser autenticada por un abogado distinto del apoderado. El poder judicial se entiende conferido para todo el proceso, entiéndase fases e instancias, salvo disposición en contrario.

Los abogados son los únicos que pueden ser apoderados judiciales, aunque no es necesario el otorgamiento del poder judicial a ellos, pero en todo caso la firma del petente en los escritos presentados al proceso siempre deben ir necesariamente, autenticados por un abogado²⁴, la que para esos efectos significa, como vimos, la dirección profesional del asunto, lo que no implica una restricción al derecho de petición sino una garantía de la defensa técnica que asegura el derecho de defensa como manifestación del debido proceso, garantizando el cumplimiento de requisitos de admisión de una gestión y evitando el rechazo de gestiones impertinentes, infundadas y carentes de lógica²⁵.

El poder especial al que se refiere la norma, es el otorgado para un acto o proceso determinado -el que bastará con indicarlo- -Art. 1256 Código Civil-, el que aquí interesa, el poder especial judicial solo puede ser otorgado a un abogado y sirve para un solo proceso incluyendo la ejecución de la sentencia, siempre que ésta se haga ante el mismo juez que la dictó, no requiere inscripción en el Registro, y es apto para demandar, contestar o reconvenir en una demanda de cualquier naturaleza, salvo que se requiera poder especialísimo, con él se pueden interponer recursos, recusar, incidentar o contestar incidentes dentro del mismo proceso, replicar la liquidación o ejecución de la sentencia y en general gestionar o practicar cualquier acto judicial dentro del proceso en el cual se otorgó. En este tipo de poder especial judicial, como la norma del Código Civil, no especifica las facultades, puede hacerse remisión a las facultades del apoderado general judicial del art. 1289 CCi, sin que por esto implique se trate de un proceso general, por ello tampoco requiere inscripción en el Registro. Será especial judicial cuando se indique expresamente que es de esa naturaleza y esté referido a un proceso específico, con indicación del número de expediente -si ya existe- y el nombre de las partes del proceso.

Si un poder judicial es tan amplio para entablar cualquier tipo de demanda, denuncia, querrela o "acción" civil resarcitoria, debe considerarse como poder

²⁴ En otras materias no es necesario la autenticación del escrito por parte de un abogado, aunque se exige que el mismo sea presentado por el firmante; artículo 27 LJA, artículos 18 y 38 LJC para recurso de habeas corpus y recurso de amparo, artículos 440 C.T., Art. 8 LCVD -Nº 7586-, y la nueva LPA.

²⁵ Sala Constitucional, Voto 5226-1994.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

general judicial y no especial²⁶ y por ello debe inscribirse; o bien, rechazarlo para un proceso determinado si no está inscrito. El poder especial judicial para que surta efectos debe ser además autenticado por un notario o abogado diverso a aquel a quién se le confiere el poder y adherirse los timbres de ley²⁷.

Conforme al art. 20.4 NCPA y El Convenio Sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil – aprobado por Ley 9217- los poderes especiales judiciales otorgados en el extranjero se regirán por las normas de derecho internacional. Será válido el otorgado por cualquier medio que garantice su veracidad.

20.- El gestor procesal

En el artículo 20.5 NCPC se regula la figura del gestor procesal que es el equivalente al gestor de negocios –arts. 1044 y 1295 C. Ci²⁸.-, con la diferencia de que el procesal como la misma palabra lo dice es para un acto determinado, esto es un proceso o un litigio.

a.- Concepto

Se denomina gestor procesal a aquella persona que comparece en nombre de otro, -pariente del impedido temporal, socio o comunero, o que posea algún interés común que legitime esa actuación-, y sin tener poder o representación de éste, con la finalidad de plantear o contestar una demanda, cuando aquel, a nombre de quien la formule o conteste, se encuentre imposibilitado para hacerlo, bajo la condición de obtener posteriormente la ratificación del representado; o bien, el otorgamiento del poder a su favor.

Es usual que cada quién se ocupe de sus asuntos y los atienda personalmente. Es por el contrario, inusual que el ejercicio del derecho de acción o de defensa –contestación-, lo haga otra persona en nombre y sustitución de su titular.

Como principio solo se demanda cuando se quiere, cuando se exterioriza la voluntad del derecho de acción a través del ejercicio personal de la pretensión. Sin embargo, a veces por razones de urgencia, ausencia temporal o porque “la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo” y a fin de preservar los derechos patrimoniales o evitar que extingan los derechos por prescripción o

²⁶ T.S I C. Nº 681-1995.

²⁷ De acuerdo con el Código Fiscal se deben cancelar ciento veinticinco colones en timbre fiscal y de acuerdo con el Decreto de Honorarios de Abogado cincuenta colones en timbre del Colegio de Abogados. El CT –Art. 10-, la LJA -Art. 26-, el CFa -Art. 6- y la LJC establecen un régimen de exención de pago de timbres para asuntos de su propia materia.

²⁸ En extenso sobre el gestor de negocios S.I C. Nº 801-2002.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

caducidad, un tercero se le ocurre demandar en nombre y a favor del verdadero titular legitimado a hacerlo. O bien, se le permite contestar una demanda, en nombre del ausente temporal o impedido –una novedad del NCPC-.

Se trata de una especie de protección e intromisión en el ejercicio de aquel derecho de acción y de defensa y de la indicada titularidad de la pretensión.

b.- Presupuestos

De la lectura de las normas procesales que de seguido se citan, se extraen los requisitos para nombrar y ser gestor procesal.

i.- Que sea para plantear o contestar una demanda

A diferencia del derogado 286 CPC, el NCPC permite tanto presentar como contestar una demanda, siguiendo así códigos comparados modernos.

ii.- Que el actor o demandado se encuentre impedido para actuar o ausente del país

Conforme el numeral 20.5.1 y por tratarse de una medida extraordinaria para un no apoderado asume la defensa de un sujeto, la norma exige la circunstancia de que el sujeto –actor o demandado esté “impedido de hacerlo o ausente del país”. El gestor deberá manifestarlo expresamente y preferiblemente demostrar con alguna prueba que el supuesto que concurre para actuar temporalmente en nombre de otro sujeto. Aunque no es necesario ninguna prueba calificada, por lo que bastará demostrar que es un supuesto de impedimento físico, ausencia temporal o definitiva del país, enfermedad grave, demencia temporal, prisión, secuestro, razones de fuerza mayor, situación de emergencia o eminente peligro. Pero, si el actor o el demandado puede actuar por sí y no existe ningún motivo que se lo impida, la gestión del gestor no es admisible.

Por tratarse del ejercicio de acción en nombre de otro, la interpretación debe ser restrictiva. Sin embargo, el representado puede conocer la gestión y aún estar imposibilitado para actuar personalmente o por representante. En tales supuestos, sí podría, un gestor, actuar en su nombre.

iii.- Rendición de garantía

El gestor debe rendir una garantía, que en el anterior CPC era obligatoria, en el actual solo se exige la garantía "Si la parte contraria lo solicitara, el gestor deberá prestar caución suficiente para responder por sus actuaciones". No dice la norma, como si lo decía el derogado CPC, cuál es el monto o porcentaje de garantía. Aplicando analógicamente las normas del curador procesal creemos debe ser lo correspondiente a los honorarios de abogado, conforme al art. 19.4.3 NCPC.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

Aunque no se diga en el artículo, corresponderá al juez la fijación provisional de esa garantía, atendiendo razones de eventual perjuicio a la contraria y consecuencias patrimoniales para éste. La garantía se debe adjuntar al escrito de demanda, de no ser así, deberá el juzgador prevenir su presentación, bajo pena de admisibilidad y para el demandado, en el plazo que otorgue el juez. Aunque, en la norma, no está sancionado con esa consecuencia, al ser un requisito, a solicitud de la contraria, no podría darse otra interpretación.

iv.- Demostración de existencia: en personas jurídicas

En el caso de que el gestor actúe en nombre de una persona jurídica -situación que es permitida-, deberá acreditar la existencia de esa persona jurídica, bien sea nacional o extranjera. Creemos que, además, es necesario acreditar la representación de esa compañía, para determinar a quién corresponde la ratificación de lo actuado.

c.- Ratificación de lo actuado por el dueño del negocio

Al definir, dijimos que la gestoría procesal está caracterizada porque el gestor carece de poder o representación; de allí que el artículo 20.5.2 NCPC exige “El gestor tiene la obligación de comunicarle al representado su actuación y esta solo tendrá validez si se ratifica la demanda o contestación dentro del mes de presentadas”. De manera que el sujeto en nombre de quién se ejerce la gestoría –actor o demanda-, debe ratificar lo actuado por el gestor, sea apersonándose al proceso, aprobando lo hecho por éste, o, bien otorgando, en favor de aquel, un poder para ese proceso.

El plazo para que el beneficiado se apersona es de un mes. Su cómputo se da a partir de la fecha en la que el gestor presentó la demanda o la contestación de fondo de ésta. No es relevante, la fecha en que se admitió y se dio traslado a la demanda, ni la fecha en que se notificó.

d.- El no apersonamiento del dueño

En el caso de que la persona –gestado- no se apersona el proceso o desapruueba la gestión, el gestor es condenado, de oficio y sin necesidad de pedido de la parte, al pago de las costas personales y procesales y al de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado al litigante contrario; además se ordenará el archivo de la demanda –si fue para el actor- o se tendrá por no contestada la demanda –si se gestó en nombre del demandado-.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

Esos daños no son tasados, como el caso del embargo preventivo, para el que la norma determina de antemano su extensión. Por lo tanto, el demandado deberá hacer la liquidación correspondiente y acompañar la prueba de su petición en el mismo proceso en que se dio la gestoría. Todo lo actuado por el gestor se tendrá por inexistente y sin ningún efecto procesal –como interrupción prescripción, extinguida la caducidad o sanción procesal por rebeldía-. En efecto, si se hubiere interrumpido alguna prescripción, ésta se tendrá como nunca interrumpida y si se opuso alguna defensa u ofreció pruebas, se tienen como nunca presentadas. Finalmente, se da, como consecuencia, el archivo de la demanda y la contrademanda -si hubiere-, produciéndose así un modo extraordinario más de terminación del proceso “Transcurrido dicho plazo, de oficio se ordenará archivar el proceso o se tendrá por no contestada la demanda...”.

Pero, si en el proceso figuran otros sujetos como actores, éste continuará, sin necesidad de resolución que deseche la parte que corresponda al gestor.

e.- Limitaciones del gestor procesal

Al ser el gestor procesal un representante de hecho, facultado solo por ministerio de ley, para actuar en nombre de otro sin representación, no puede, de ninguna forma, disponer del objeto de la pretensión. Le está prohibido vender, gravar, transar, conciliar, o, de cualquier forma, enajenar o comprometer los bienes de aquél por quién gestiona. Le está también prohibido "recibir o permitir que otro reciba valores o bienes de cualquier clase que sean, pertenecientes al representado".

21.- Patronato Nacional de la Infancia

Es conocido en algunos países como Ministerio Público Pupilar -Argentina-. En Costa Rica es una institución con personería propia y que no está adscrita a la Procuraduría General de la República, aunque es parte de la Administración Estatal, fue establecido en el artículo 55 de la CPo “La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de otras instituciones del Estado”. Su función es la de velar por la persona y los derechos de los menores²⁹. En el aspecto procesal representan los intereses de los menores y puede oponerse incluso a las pretensiones de los tutores –Art. 111 Código de la Niñez-. En los

²⁹ La Sala Constitucional mediante voto 9274 del 24-10-1999 delimitó la competencia de la Procuraduría en materia de menores, confirmando la potestad del PANI en esta materia al declarar inconstitucional los Arts. 109 y 110 del Código de la Niñez que otorgaba facultades a la Procuraduría en procedimientos administrativos y judiciales.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

procesos contenciosos su carácter es de verdadera parte, no solo por ser la audiencia obligatoria en los casos en que haya un menor interesado en un proceso, sino porque sus opiniones en juicio pueden modificar lo pretendido, puede además ofrecer y participar en evacuación de pruebas, interponer recursos, etc. aunque se ha admitido que no es necesario su consentimiento para aprobar el desistimiento, pues no es parte contraria y porque se violaría el derecho de acción a los particulares al depender de la autorización de una institución estatal el ejercicio o no de aquel derecho.

En asuntos de actividad judicial no contenciosa en que haya menores interesados, su participación como interviniente es obligatoria -111, 40 Código de la Niñez-, produciendo incluso la nulidad absoluta de lo actuado si no se le ha dado audiencia -CPC de 1989 que mantiene su vigencia en materia no contenciosa de familia-, aunque el artículo 5 CFa establece que en estos casos es causa de nulidad relativa de lo actuado, norma que por ser especial prevalece sobre aquella.

22.- Procuraduría General de la República

En algunos países la institución que se encarga de defender el interés público, colectivo, o difuso de la sociedad. Tiene diversas denominaciones, pero en nuestro país se designa como Procuraduría General de la República. En Costa Rica, la función que el Ministerio Público o Fiscal ejerce en otros países en materia civil, la ejerce la Procuraduría General de República, como órgano administrativo adscrito al Poder Ejecutivo. El titular de la Procuraduría es el Procurador General, elegido por el Poder Ejecutivo. Con esto se quiere decir que no ejerce función instructoria o decisoria, pues carece de jurisdicción, su misión principal es defender los intereses sociales y en algunos casos velar porque se aplique la ley.

Su función básica en el derecho comparado se circunscribe específicamente a la defensa de los derechos de los ciudadanos, interés público y social, defensa de la independencia de los tribunales y concurrencia con los defensores. Algunos autores consideran que la función de este órgano es la de un sustituto procesal, ya que actúa en nombre propio en defensa de un interés ajeno, sea del Estado o la colectividad o de un particular desamparado -ausente, incapaz-, independiente de la posición que se adopte, lo cierto es que en los procesos en que se llame su participación tendrá el carácter de parte, procesalmente hablando, pudiendo actuar inclusive en contra del representante o a su lado, pero siempre como órgano independiente al juez, razón por lo que no cabe recusación contra sus miembros.

Autores: Dr. Sergio Artavia B.
Dr. Carlos Picado V.

En virtud de la reforma que introdujo el art. CPCA -8508, publicada el 22 de junio del 2006 al CPC, en la que derogó y modificó varios artículos, su participación en procesos civiles se vio reducida, participación mínima que se mantiene en el NCPC, al mencionarla solo en los artículos 70.3 –casación en interés de la ley-; 72.3 –recurso de revisión; 122 –sucesión sin herederos- y 179.5 –consignación de pago-.