

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA EN
LA EJECUCION DE CREDITOS PRENDARIOS DEL BANCO
NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

POR

JOSE LUIS GONZALEZ SANTOS

Previa a optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre de 1994

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DL
04
T(1387)

JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO:	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I:	Lic. Luis César López Permouth
VOCAL II:	Lic. José Francisco de Mata Vela
VOCAL III:	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV:	Br. Erick Fernando Rosales Orizabal
VOCAL V:	Br. Fredy Armando López Folgar
SECRETARIO:	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL

DECANO:	<i>Lic. Héctor Anibal De León Velasco</i>
(en funciones)	
EXAMINADOR:	<i>Licda. Hilda Rodríguez de Villatoro</i>
EXAMINADOR:	<i>Lic. Luis Haroldo Ramírez Urbina</i>
EXAMINADOR:	<i>Lic. José Roberto Mejía Izeppi</i>
SECRETARIO:	<i>Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana</i>

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis", (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

3623-94

Guatemala, 5 de Octubre de 1994.-

Señor Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales.-
Universidad de San Carlos de Guatemala.-

Señor Decano:

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA
HORAS 15:00
OFICIAL

De manera atenta, me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de la resolución de fecha 17 de --
Noviembre de 1993 de esa Decanatura, asesoré al bachiller: José Luis
Gonzalez Santos, en su trabajo de tesis " INCIDENTE PARA ESTABLECER-
EL PARADERO DE LA FRENDA EN LA EJECUCION DE CREDITOS PRENDARIOS DEL
BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA".-

El bachiller Gonzalez Santos, realizó estudios, inves-
tigaciones y trabajo de campo necesarios para su trabajo, esfuerzo
que se debe estimar meritorio, si advertimos que el tema carece de
estudios serios y su practica judicial es muy escasa.-Conforme lo
anterior afirmo que el trabajo en mención, reúne los requisitos esen-
ciales y que es procedente para presentarse en exámen público.-

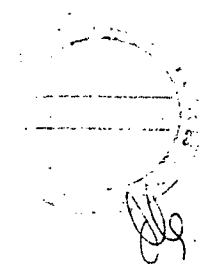
Me suscribo del señor Decano, con muestras de consideración y respe-
to:

Roberto Samayoa
ROBERTO SAMAYOA
ABOGADO Y NOTARIO
CUL. No. 1717



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, octubre veinticuatro, de mil novecientos noventa-
ticuatro.-----

Atentamente pase al Licenciado CARLOS RUBEN GARCIA PELAEZ,
para que proceda a revisar el trabajo de Tesis del Bachi-
llero JOSE LUIS GONZALEZ SANTOS y en su oportunidad emita -
el dictamen correspondiente.-----

memo/

3746-94
[Handwritten signature]

Guatemala, 28 de octubre de 1994

Señor Decano de la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de Guatemala
P r e s e n t e.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA
18 OCT 1994
[Handwritten signature]

Señor Decano:

De manera atenta y respetuosa, me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de la providencia de fecha 24 de los corrientes, de ese Decanato, procedí a revisar la monografía que el Br. JOSE LUIS GONZALEZ SANTOS someterá a consideración del tribunal examinador en su examen público.

En el desarrollo del trabajo de tesis que el sustentante intitula: " INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA EN LA EJECUCION DE CREDITOS PRENDARIOS DEL BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA " se tocan todos los aspectos relacionados con la materia y tiene el mérito de incluir casos concretos que señalan los diferentes problemas que se han dado por la inobservancia en la determinación de la existencia de la prenda.

En su desarrollo el trabajo refleja conocimientos sobre el tema y evidencia que se consultó la bibliografía adecuada.

Por lo anterior, cumplo con informar que puede autorizarse su impresión.

Atentamente,

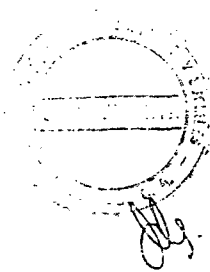
[Handwritten signature]

Lic. Carlos García Pineda
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



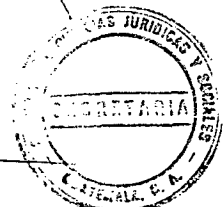
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES; Guatemala,
octubre treinta y uno de mil novecientos novecicuatro.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión
del trabajo de tesis del Bachiller JOSE LUIS GONZALEZ SANTOS intitulado
"INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA EN LA EJECUCION
DE CREDITOS PRENDARIOS DEL BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA".
Artículo 22 del Reglamento para Exámenes Técnico Profesionales
y Público de Tesis.-----

Handwritten signature or scribble



Large handwritten signature or scribble



DEDICATORIA

- Acto que dedico:

A: Dios, Creador del Universo; y, a la Santísima Virgen María bajo la advocación del Rosario.

A: Mis queridos padres: Licenciado Manuel González Rodas, y Profesora Marta Olga Santos Grajeda de González, incansables forjadores de - mi vida.

A: Mis hermanos: Juan Carlos, Olga Luz, Manuel Fernando y Ana Teresa, por su cariño y apoyo de siempre.

A: Loreta Esperanza Amaya Villavicencio, por ser mi hermosa fuente de inspiración y por su invaluable ayuda.

A: Mis parientes y amigos, especialmente a: Ruth Marilyn Vivas García, por su aprecio y solidaridad en todos estos años de vida universitaria.

A: La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, y en especial a mi querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por - abrirme sus puertas y hacer de mí el profesional de hoy y del mañana.

Y finalmente a Guatemala, mi bella tierra que me vió nacer, crecer y llegar a ser un miembro útil de su sociedad.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
Título 1 ASPECTOS FUNDAMENTALES.....	3
Capítulo I PROCESO.....	3
Capítulo II INCIDENTES.....	14
Capítulo III CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA PRENDARIA	22
Capítulo IV PRENDA.....	35
Capítulo V DEPOSITARIO DE LA PRENDA.....	42
Título 2 INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA.....	55
Capítulo I EJECUCION DE CREDITOS GARANTIZADOS CON PRENDA.....	55
Capítulo II ENFOQUE PRACTICO.....	70
CONCLUSIONES.....	74
RECOMENDACIONES.....	75
BIBLIOGRAFIA.....	76

estadísticamente la autenticidad de la existencia del problema.

Lo anterior nos sirve para tratar de concluir si se cumple o no la hipótesis que fundamenta mi Tesis, y que a continuación enuncio: "Sí, es necesario establecer la existencia de la prenda dada en garantía por medio de incidente a favor del Banco Nacionanl de Desarrollo Agrícola "Bandesa", para asegurar o garantizar la efectividad de la ejecución, con el fin de que el Banco no sea objeto de una demanda por daños y perjuicios e inclusive de un proceso de carácter penal: y/o que no pueda recuperarse el capital prestado".

I N T R O D U C C I O N :

Los años que he tenido la honra de trabajar para un Mandatario Judicial con representación del BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA "BANDESA", me han dado la oportunidad de observar de cerca la problemática que conlleva promover hasta su fenecimiento un proceso ejecutivo en la vía de apremio, a favor de dicha Institución bancaria; originandose por esa razón la inquietud de escribir acerca del tema: "INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA EN LA EJECUCION DE CREDITOS PRENDARIOS DEL BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA".

En la presente Tesis no trata simplemente de enunciar el trámite del procedimiento incidental, (para ello bastaría simplemente leer lo que regula la Ley del Organismo Judicial), sino dar a entender por qué, en las ejecuciones en la vía de apremio del Bandesa, en donde figura la prenda como garantía, es no sólo oportuno sino que necesario promover el mencionado incidente; saber qué se logra promoviendolo, y qué se evita. Porque, sabiendo que la realidad actual nos demuestra que en estos juicios se presenta la posibilidad constante de que no exista la garantía prendaria que sirve de base para la ejecución; necesidad e irresponsabilidad sería seguir el procedimiento de la vía de apremio mecánicamente y rematar una prenda que si no existe y se adjudica ya sea al mismo banco, o aun peor, a una tercera persona en calidad de postor le provocaría a la Institución bancaria no sólo pérdida en la recuperación de sus operaciones activas, sino también ser objeto de posibles demandas por daños y perjuicios e inclusive procesos de carácter penal.

Para comprender las razones que me motivan y que he mencionado brevemente en el parrafo anterior, se estructuró la presente tesis con dos grandes títulos, compuestos a su vez cada uno de varios capítulos. Un primer Título que servirá de cimiento o base para el tema central, tocandose aspectos fundamentales, tales como son: el Proceso, Incidentes en general, el Contrato de Mutuo con garantía prendaria, un elemento más que protagónico como es la PRENDA, y el depósito de la prenda. En un segundo Título, nos referimos en concreto al problema central: EL INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA, haciendo una visualización de lo que es la ejecución en la Vía de Apremio, particularmente de las Instituciones Bancarias y analizando lo que es el trámite del juicio sin promover el incidente, y promoviendo el incidente. Complementando dicho título, efectué una prueba de muestreo, con el objeto de establecer

Existen, por lo tanto, procesos químicos, físicos, biológicos, psíquicos, etc., como existen procesos jurídicos. Para que haya un proceso, no basta que los fenómenos o acontecimientos de que se trata se sucedan en el tiempo: es necesario además, que mantengan entre sí determinados vínculos, que los hagan solidarios los unos de los otros, sea por el fin a que tiende todo el proceso, sea por la causa generadora de los mismos. No hay proceso cuando se trata de hechos o acontecimientos que se suceden al tiempo, pero que están desvinculados entre sí.

El mismo autor delimita la definición y se refiere entonces al proceso Jurídico en particular, y dice al respecto, que es una serie de actos jurídicos que se suceden en el tiempo, y se encuentran concatenados entre sí para el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue, lo que configuara la Institución de que se trata.

En su acepción jurídica más general, la palabra proceso, comprende a los procesos legislativos, administrativos, judiciales, civiles, penales, mercantiles, etc. la palabra proceso tiene en el léxico jurídico diversas acepciones: a) agregado de los autos y demás escritos en cualquier causa civil o criminal; b) Causa Criminal; c) La serie de actos que se realizan ante los Tribunales para substanciar el juicio; d) "vestir el proceso": formando con todas las solemnidades requeridas; y. e) fulminar el proceso, ponerlo en estado de sentencia.

- La palabra proceso viene del Derecho Canónico; y. se deriva de PROCEDO, (termino equivalente a avanzar).
- Según Calamandrei proceso es una serie de actos coordinados y regulados por el derecho procesal, a través de los cuales se verifica el ejercicio de la jurisdicción.
- En su obra de derecho procesal civil el destacado autor nacional Mario Agurre Godoy(4), cita los criterios de algunos autores como por ejemplo: Niceto Alcalá-Zamora y

(4) Aguirre Godoy, mario. "DERECHO PROCESAL CIVIL": Guatemala, Centro de Reproducciones, Universidad Rafael Landívar, 1986. Pág. 238.

T I T U L O 1ASPECTOS FUNDAMENTALESCAPITULO IP R O C E S O:

DEFINICION:

Resulta una tarea compleja el procurar una definición de lo que es el proceso, ya que al respecto existen diferentes criterios sostenidos en doctrina por eminentes jurisconsultos; pero, para formarnos una idea de lo que es el proceso citaré algunas de estas definiciones.

- Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.(1) es en sentido general: acción de ir hacia adelante.// Conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno.// Conjunto de diligencias judiciales de una causa civil o criminal.
- Proceso. de acuerdo al criterio de Manuel Ossorio(2), "En un sentido amplio equivale a juicio, causa pleito: en la definición de algún autor, la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico.// En un sentido mas restringido, el expediente, autos o legajo en que se registran los actos de un juicio cualquiera sea su naturaleza.""
- Por su parte Eduardo Pallares(3), dice que en su acepción mas general, la palabra proceso significa un conjunto de fenómenos, de actos o acontecimientos, que suceden en el tiempo y que mantienen entre si determinadas relaciones. Así entendido, el proceso es un concepto que emplean lo mismo la ciencia del derecho que las ciencias naturales.

(1) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA"; España. Editorial Espasa-Calpe, 1950, pág.1243.

(2) Ossorio, Manuel. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES"; Argentina. Editorial Heliasta.S.R.L..1981. Pág.615.

(3) Pallares, Eduardo. "DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL". México. Editorial Porrúa, S.A. 1956. Pág.534 a 538.

sucesión de hechos. Con esa palabra se hace mención del devenir de un fenómeno, y, por tal circunstancia se puede hablar de procesos químicos, físicos, mecánicos, etc.

- B) No es cierto como algunos pretenden, que en la idea del proceso esté implícito la de "AVANCE", esto es, que la serie de fenómenos se haga siempre que la dirección se adelante y traiga consigo un progreso. En el proceso judicial hay actos que lejos de conducir a ese fin, lo retrasan o la paralizan definitivamente; por ejemplo, la petición de las partes para que se suspenda el procedimiento.
- C) Casi siempre el proceso es una "sucesión de actos", y en todo caso constituye una realidad dinámica y no estática.
- D) El proceso judicial se distingue de todos los demás procesos, "por su tendencia" y no por los resultados que cada acto que lo constituye produzca. Para comprenderlo hay que tener en cuenta dicha tendencia de las partes de él a actuar como un todo.
- E) La doctrina que sostiene que la tendencia o fin del proceso es la actuación de la ley o lo que es igual, la realización del derecho objetivo, sólo en parte es verdadera, porque en muchos casos la ley no se cumple.
- F) La doctrina que afirma que la tendencia del proceso es la realización del derecho subjetivo es falsa, por dos razones: primero, porque implica una contradicción, y segundo, porque está en pugna con la realidad procesal. "afirmar que el proceso tiende a la tutela o protección de los derechos subjetivos, es sin duda, una contradicción, puesto que los derechos subjetivos son ya por definición intereses protegidos jurídicamente. La segunda objeción consiste en que en muchos casos, el proceso judicial tiene lugar sin que exista ningún derecho subjetivo que proteger.

NATURALEZA:

En relación a la naturaleza del proceso existen las siguientes teorías:

-TEORIA DEL CONTRATO: Considera que los derechos y obligaciones de carácter procesal proceden de un contrato celebrado por los litigantes, que se comprometen a estar y pasar por el resultado de la decisión. Esta tesis es rechazada argumentándose que siendo el proceso

Castillo, que en relación a la designación de "Proceso" es relativamente moderna, ya que antiguamente se usaba la denominación juicio que proviene de "iudicare" que quiere decir declaración del derecho, pero dicha denominación es sustituida actualmente por la de proceso que es mucho más amplia. Denota actividad, y en esa virtud comprende todos los actos realizados por las partes sea cual sea su origen; y, además comprende también las actividades de mera ejecución, que quedaban excluidas con el término juicio, que forzosamente implica una controversia de partes. Para Chiovenda, "el proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella), por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria". El proceso es por lo tanto una actividad de los órganos encaminada al ejercicio de una función estatal, para entender la definición de Chiovenda es bueno tener presente que "por actuación de la voluntad concreta de la ley", entiende aplicar la ley en el caso judicial de que se trate. Además, sostiene que el fin del proceso no es la realización de un derecho subjetivo, sino la actuación de la voluntad de la ley.

- De las numerosas definiciones que del proceso se han dado, cabe distinguir tres grupos perfectamente delimitados:

- a) DEFINICIONES DE TIPO OBJETIVO, son las más frecuentes, encontrándose en las obras de Chiovenda, Prieto Castro y Manuel de la Plaza. "El proceso para estos autores es, "una serie de actos que tienden a la actuación del derecho objetivo".
- b) DEFINICIONES DE TIPO SUBJETIVO: su principal defensor es Hellwing, quien lo concibe como "un instrumento destinado a la tutela de los derechos subjetivos".
- c) DEFINICIONES MIXTAS; son las más certeras, destacando la de Jaime Guasp, que considera el proceso como una sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado, instituidos especialmente para ello.

Por la importancia y aceptación que ha tenido en la doctrina el trabajo que sobre la teoría del proceso ha desarrollado Jaime Guasp, es oportuno incluir algunas ideas sostenidas por dicho autor:

- A) El proceso en su sentido más amplio es una serie o

de carácter marcadamente privatista y desconocedoras de la función pública del proceso. En cuanto a la teoría de la situación jurídica, resulta ser una crítica a la teoría de la Relación jurídica; y, se le ha objetado que toda situación jurídica supone una relación jurídica, así como que en esta teoría el Juez queda excluido de la relación procesal. Quedando pues las teorías de el proceso como una relación jurídica, y, la teoría del proceso como una Institución; ambas son las que tienen mayor aceptación entre los autores, y en mi opinión una posición ecléctica entre dichas teorías sea la que de la pauta para establecer la naturaleza jurídica del proceso, teniendo como apoyo el criterio sostenido por el autor De Pina y Larrañaga, en la cita de Mario Aguirre Godoy(5), que dice que""El concepto de relación jurídica no es, por otra parte opuesto al de Institución. Por el contrario, toda institución jurídica considerada en su aspecto fundamental, pone de relieve relaciones jurídicas innegables"".

FINES:

Al respecto de los fines del proceso Eduardo Pallares(6), se refiere al mismo y dice que hay que distinguir entre el fin próximo y el fin remoto. Respecto a este último, los jurisprudencistas están de acuerdo, pero no en lo que concierne a aquél. El fin remoto consiste en evitar que los particulares se hagan justicia por sí mismos y a causa de ello se perturbe la paz social. Siguiendo esa idea el artículo 203 de nuestra Constitución Política, se refiere en su párrafo primero entre otras cosas que, "corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado...; más adelante en el tercer párrafo del mismo artículo señala que la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca". Si el Estado, tiene como deber ineludible mantener el orden y la paz sociales, es incuestionable que uno de los medios de los que se sirve es el de la jurisdicción y del proceso correlativo. Jaime Guasp, en la cita de Eduardo Pallares, dice que el fin remoto consiste en lograr una paz justa.

En cuanto al fin próximo del proceso jurisdiccional, no hay un acuerdo sobre el particular entre los autores. El autor Mario Aguirre Godoy, menciona que para el estudio del

(5) Aguirre Godoy, Mario. Obra citada, págs. 250 y 251.

(6) Pallares, Eduardo. Obra citada, págs. 536 a 538.

una institución de Derecho Público, no cabe aplicarle una noción tan privada como es la del contrato.

-TEORIA DEL CUASICONTRATO: Parte esta tesis de la consideración histórica del cuasicontrato de "LITIS-CONTESTATIO" del proceso romano, intentando ver en el proceso moderno un trasunto de aquel acuerdo de las partes, en virtud del cual se comprometían a acatar la decisión que, en su día, dictase el IUDEX PRIVATUS. Ahora bien, si ya en el derecho romano la litis-contestatio era un mero formulismo que la época clásica se sobre entendía, mal puede desempolvarse tan arcaica figura y fundar en ella la esencia del proceso: aparte de que el cuasicontrato sigue siendo una institución privada inadaptable al campo procesal.

-TEORIA DE LA RELACION JURIDICA: Es la más aceptable y la más abundante en bibliografía. Hay que considerar que mientras para algunos el proceso es una relación jurídica, para otros constituye una situación jurídica; lo cierto es que la relación jurídico-procesal se diferencie la jurídico-material, caracterizándose por las siguientes notas:

- a) Es autónoma, es decir, prescinde del resultado final del proceso;
- b) Es única, aunque constituida por una serie de actos complejos;
- c) Es pública, puesto que regula una actividad pública, la jurisdiccional.

-TEORIA DE LA SITUACION JURIDICA: Siendo uno de sus precursores Goldshmidt, para quien el proceso, es una situación jurídica, negando terminantemente la tesis de la relación jurídica, ya que la esencia de esta es el constituir derechos y deberes, y estos no existen en el proceso, en el cual a lo más, hay expectativas, posibilidades y cargas.

-TEORIA DE LA INSTITUCION: Parte de la idea de que la institución es la "adhesión de las voluntades particulares a una idea común objetiva". Jaime Guasp, sostiene esta postura en el caso procesal, por entender que en el proceso existe la idea común objetiva, que es la actuación o denegación de la pretensión, y las voluntades adheridas a esta idea, que son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran.

Considerando las teorías citadas en relación a la naturaleza jurídica del proceso, se concluye que es sumamente complejo el problema dado la diferencia de criterios existentes. La mayoría de autores tienden a descartar las teorías del Contrato y del Cuasi-contrato, por considerarlas

por objeto actuar la voluntad de la ley para lograr el bien de la vida. Sea cual fuere el resultado del proceso, favorable o adverso al actor, siempre se tiende en él a la actuación de la ley, aplicandola al litigio de que se trate. A ésta doctrina también se hace objeciones como las siguientes: a) El juez no siempre aplica la ley en el proceso sino que, por lo contrario, la viola en su letra o en su espíritu de buena o de mala fe; b) otra objeción puede fundarse en la existencia de los procesos que Carnelutti llama dispositivos, o sea aquellos en los que el juez CREA la norma por no existir alguna aplicable a la cuestión litigiosa. En este caso no puede decirse que el proceso tenga como finalidad jurídica reconocida por el derecho, actuar una voluntad de la ley que no existe; c) finalmente la principal objeción contra la doctrina del derecho objetivo, es su carácter unilateral y el reconocimiento implícito que hace de que mediante el proceso lo que en definitiva se busca es la realización de los derechos subjetivos.

-DOCTRINA DE CARNELUTTI: El punto esencial de su doctrina consiste en afirmar que el proceso no tiene otro objeto que la composición de los litigios, mediante la cual se logra la paz social. Por composición entiende, poner al litigio mediante la sentencia en los juicios declarativos o la ejecución en los ejecutivos.

-DOCTRINA DE LA PRETENSION DE GUASP: Los puntos fundamentales de esta doctrina son los siguientes: a) hay que distinguir EL FIN A QUE TIENDE EL PROCESO, de los resultados positivos que mediante él se logren. Estos pueden ser, en ocasiones muy diferentes de aquél, lo que no constituye un argumento contra la naturaleza intrínseca de dicho fin. b) Si el proceso tuviese como único fin la actuación del derecho objetivo, debería suceder que siempre que se viola una norma jurídica surgiese un proceso para hacerla respetar. c) Tampoco tiene como fin la tutela de los derechos subjetivos. d) jurisdicción y proceso son nociones correlativas. El proceso es en su esencia, una actuación de pretensiones llevadas a cabo ante el Estado, la jurisdicción es la función estatal de dicha actuación. e) El proceso no tiene como fin actuar los derechos subjetivos, SINO LAS PRETENSIONES FUNDADAS QUE LAS PARTES FORMULAN ANTE EL ORGANISMO JURISDICCIONAL. Lo que en los juicios se discute y resuelve, no son los derechos subjetivos, sino las pretensiones mutuas de las partes, QUE HAN DE SER FUNDADAS PARA QUE PUEDAN ORIGINAR UN PROCESO. f) En todo proceso hay una dualidad fundamental la del que pretende y pide, y la del que otorga y decide. Las partes por un lado y el organismo jurisdiccional

fin del proceso. se han agrupado las doctrinas en dos corrientes fundamentales. la subjetiva y la objetiva; pero, nosotros para continuar con una misma línea de ideas se quiremos haciendo referencia al trabajo de Eduardo Pallarés, quien hace un análisis un tanto más amplio y dice que existen varias doctrinas. siendo las principales:

- a) Doctrinas que atribuyen al proceso varios fines.
- b) Doctrina del Derecho Subjetivo.
- c) Doctrina del Derecho Objetivo.
- d) Doctrina de Carnelutti.
- e) Doctrina de Guasp.

-DOCTRINA QUE ATRIBUYE AL PROCESO VARIOS FINES: Hugo Rocco se aparta de los demás juriconsultos, y sostiene: a) que el proceso como Institución no puede tener ningún fin; b) que el fin lo persiguen las personas que en él intervienen. Como estas son varias, mediante el proceso cada una de ellas trata de obtener un objeto determinado; dice que en realidad, no hay un fin del proceso, sino varios fines de los sujetos procesales.

-DOCTRINA DEL DERECHO SUBJETIVO: Esta doctrina es la más antigua. Según ella el fin del proceso consiste en hacer efectivos los derechos subjetivos cuando son violados o desconocidos o cuando existe el temor de que lo sean en lo futuro. Los autores clásicos fueron partidarios de ella, que tiene a su favor la tradición. Los juriconsultos modernos la rechazan formulando en su contra varios argumentos como los siguientes: a) De ser verdadera, el proceso jurisdiccional únicamente debería existir en los casos en que hubiera un derecho subjetivo desconocido o violado; b) Otra objeción sostenida por Carnelutti, Chioyenda, Gruasp, Rocco y otros, consiste en que como el derecho subjetivo es el interés tutelado por la norma, afirmar que el proceso tiene como finalidad tutelar el derecho subjetivo, es tanto como sostener que el actor pide del órgano jurisdiccional tutele lo que ya está tutelado, proteja lo que ya está protegido; c) También se ha objetado a la doctrina del derecho subjetivo, que en los procesos meramente declarativos no se hace efectivo ningún derecho subjetivo, porque concluyen con una sentencia simplemente declarativa. Dicha objeción a la vez es refutada diciendo que esos procesos tienen como fin hacer efectivo el derecho de obtener la declaración, que únicamente puede realizarla el órgano jurisdiccional.

-DOCTRINA DEL DERECHO OBJETIVO: De la cual Chioyenda es uno de sus principales sostenedores. Después de rechazar la doctrina del derecho subjetivo, dice que todo proceso tiene

jurisdicción voluntaria, no sin cierto equivoco toda vez que como se ha señalado por la doctrina a la jurisdicción contenciosa se le opone propiamente la jurisdicción "no--contenciosa" (por ejemplo el juicio en rebeldía), y no la jurisdicción voluntaria.

POR SU FUNCION: Señala tres tipos: DE CONOCIMIENTO, DE EJECUCION Y CAUTELAR.

El primero también llamado de declaración, de cognición o jurisdiccional, tiene como fin establecer el título ejecutivo, y luego la ejecución judicial con base en ese título. También se advierte la existencia del proceso de ejecución cuando tiene como base un título contractual. Por aparte y en referencia al proceso cautelar, no ha sido reconocida plenamente por la doctrina y menos por la legislación. Mas bien se habla de providencias o medidas cautelares o asegurativas.

-POR SU ESTRUCTURA: Si se considera el proceso en su estructura, en el sentido de arquitectura del proceso, encontramos diferentes tipos procesales tales como: proceso con contradictorio y sin él. Siempre dentro de la clasificación del proceso por su estructura, tenemos aquella determinada por el órgano jurisdiccional que substancie el proceso y decida el litigio, al cual Alcalá llama criterio judicial subjetivo, y así distinguimos procesos desenvueltos ante jueces públicos o ante jueces privados.

-POR LA SUBORDINACION: Finalmente Alcalá Zamora y Castillo distingue el proceso por La Subordinación y dice que en cuanto a la subordinación de un proceso a otro, se dividen los tipos procesales en INCIDENTALES y PRINCIPALES O DE FONDO, distinguiéndose entre los incidentales los de simultanea y los de sucesiva sutanciación.

Considerando el criterio indicado de Jaime Guasp que de la clasificación del proceso civil hace se distinguen dos clases de proceso: PROCESOS COMUNES U ORDINARIOS Y PROCESOS ESPECIALES.

-PROCESO ORDINARIO: Es el que se aplica como regla general en todas las cuestiones de derecho privado, teniendo por finalidad obtener una declaración con plena fuerza de cosa juzgada y eventualmente la ejecución de lo declarado.

-PROCESOS ESPECIALES: La clasificación mas importante dentro de los procesos especiales es la que se obtiene a base del examen de la actuación a que el proceso tiende.

por otro. "Todo proceso exige una pretensión, toda pretensión lleva consigo un proceso: ningún proceso puede tener un contenido mayor, menor ó distinto que el de la correspondiente pretensión" g) Cuando el juez actúa de oficio no obra como órgano jurisdiccional sino como órgano administrativo. h) El fin próximo del proceso, es la actuación de las pretensiones formuladas al órgano jurisdiccional, pero su fin remoto, su trascendencia última, es lograr la paz social justa.

CLASES DE PROCESO:

Segun la clasificación de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, la primera categoría de tipos procesales está determinada por el CONTENIDO del proceso, distinguiendose aquellos que resultan de la diversa materia litigiosa a que se refieren; o sea que, segun las diversas ramas del derecho que conozcamos, así habrá un tipo procesal definido, el cual puede ser civil, penal, administrativo, constitucional, laboral, canónico, etc.

De conformidad con las ideas de Jaime Guasp (citado por Mario Aguirre Godoy (7), dice que no es necesario que determinado proceso corresponda exactamente con cierta especial categoría de normas jurídicas, porque como sucede en España, al igual que en Guatemala, el proceso civil sirve para actuar pretensiones basadas en normas civiles o mercantiles. O sea que comprende a ambas. Por eso para que exista una especial categoría de procesos, basta que haya un grupo especial de pretensiones, cuya actuación se confía a ciertos órganos jurisdiccionales. Para Guasp habrán dos categorías de proceso: COMUNES, como el penal y el civil; y ESPECIALES, los demás: administrativo, social o del trabajo, etc.

Segun el criterio de Alcalá Zamora y Castillo, la clasificación en cuanto al proceso civil en particular, sería así:

-POR SU CONTENIDO: Encontramos la división de los juicios en universales y singulares; distinción que se hace segun que afecten o no la totalidad del patrimonio.

Siempre atendiendo al contenido, pero segun la índole del proveimiento emitido por la autoridad judicial, encontramos los de jurisdicción contenciosa opuestos a los de

(7) Aguirre Godoy, Mario. "Drecho Procesal Civil" Pág. 255.

distinguiendose:

- A) PROCESO DE COGNICION: Es el que tiene por objeto una pretensión, cuya actuación exige la emisión de una declaración de voluntad por parte del órgano jurisdiccional. Dentro de él se pueden hacer otras distinciones: a) Proceso Constitutivo, que tiene a obtener la creación, modificación o extinción de una situación jurídica; b) Proceso de Mera Declaración: que es el que tiende a obtener la simple fijación de una situación jurídica; c) Proceso de Condena: que tiende no a la constitución, sino a su imposición.
- B) PROCESO DE EJECUCION: Es el que tiene por objeto una pretensión cuya actuación exige una manifestación de voluntad por parte del órgano jurisdiccional, manifestación que se traduce en una conducta física de aquel, cabe distinguir: a) Proceso de Dación, si la conducta que quiere obtenerse del órgano jurisdiccional es un dar, bien sea dinero u otra cosa; b) Proceso de Transformación, si la conducta que quiere obtenerse es un hacer distinto del dar. Y.
- C) PROCESO PREVENTIVO O CAUTELAR: Es aquel que en relación unas veces con el proceso de cognición y otras con el de ejecución, tiende a asegurar sus consecuencias mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho; o a prevenir las repercusiones, posiblemente perjudiciales, de la demora en el pronunciamiento de la resolución. Dentro de ellos cabe distinguir: a) Proceso Cautelar Conservativo, como por ejemplo el Secuestro; b) Proceso Cautelar Innovativo, como es el depósito de personas, el embargo preventivo y el aseguramiento de bienes litigiosos.

Agrega además que desde el punto de vista del derecho positivo, añade que puede referirse al fondo, como a la forma. Para Guasp, la mejor forma de asentar esta dificultosa figura del incidente, es dentro de las anomalías o crisis del proceso, que pueden ser, dice el citado autor, en su iniciación, en su desarrollo y en su terminación. Como procedimiento, el incidente es proceso de cognición especial que sirve de antecedente a otro proceso, para resolver las cuestiones anormales que durante la pendencia de aquel puedan sucitarse.

- En nuestro Código Procesal Civil y mercantil (Decreto Ley 107), en su cuerpo no define ni regula lo relativo a Incidentes, sólo señala en determinados casos concretos que se debe aplicar el procedimiento incidental; para citar algún ejemplo: dentro de la sección de pruebas Anticipadas en lo relativo a exhibición de documentos, bienes muebles o semovientes (artículo 102), el trámite de las excepciones previas (artículo 120), dentro de la prueba de documentos lo relativo a la impugnación de documentos (artículo 187), la Liquidación de Costas (artículo 580), y así otros. Es la LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL (Decreto No. 2-89 del Congreso de la República de Guatemala), el cuerpo legal que en forma supletoria regula lo concerniente a Incidentes en su Título IV, Capítulo III, artículos del 135 al 140, y vemos que el artículo 135 aunque no en una forma amplia define lo que es un incidente, y dice que "deberá tramitarse como Incidente toda cuestión accesoria que sobrevenga y se promueva con ocasión de un proceso y que no tenga señalado por la ley procedimiento...""""; de finición que aunque no es muy extensa guarda relación con el criterio sostenido en el medio doctrinal, además de ser en mi opinión más completa que la definición incluida en la anterior ley del Organismo Judicial (Decreto No. 1762 del Congreso de la República de Guatemala) que se limitaba a indicar en su artículo 149 que ""Son incidentes las cuestiones que promueven en un asunto y tengan relación inmediata con el negocio principal...""""

Para comprender mejor y comparar lo estipulado por los artículos antes mencionados, es oportuno incluir lo que la doctrina establece al respecto: La Palabra "INCIDENTE" deriva del latín "INCIDO-INCIDENS" (acontecer, interrumpir, suspender) significa en su acepción más amplia, lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal, y jurídicamente, la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal. La palabra incidente puede aplicarse a todas las excepciones, a todas las contestaciones, a todos los acontecimientos accesorios que se originan de un negocio e interrumpen o

CAPITULO III N C I D E N T E S:**-DEFINICION:**

Para comprender qué es un Incidente es preciso citar algunas definiciones al respecto:

- El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española(8) dice que "Incidente es aquel que sobreviene en el curso de un asunto.// Es cada una de las cuestiones accesorias que surgen en los pleitos o juicios".
- Eduardo Couture (en la cita del Manuel Ossorio y Ripert)(9) explica que el Incidente es el litigio accesorio suscitado con ocasión de un juicio, normalmente sobre circunstancias de orden procesal, y que se decide mediante una sentencia Interlocutoria.

-Jaime Guasp (10), considera la figura del Incidente como una cuestión anormal que surge durante un proceso, relacionandose, sin identificarse con la cuestión principal, exigiendo un pronunciamiento previo y especial; y, define el tratamiento especial de los verdaderos incidentes como un proceso de cognición especial que tiende a facilitar el desarrollo de otro proceso, mediante la resolución de cuestiones anormales (incidentes) que durante la pendencia de aquel puedan suscitarse.

Guasp resume los principales caracteres de los incidentes en:

- a) Su ACCESORIEDAD, cuestión que sobreviene durante el curso de un procedimiento principal;
- b) Su Inmediata relación con la cuestión principal, sin identificarse con ella.
- c) La Necesidad de un pronunciamiento especial (prejudicial).

(8) Real Academia de la Lengua Española. "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA". Pág. 855.

(9) Ossorio y Ripert, Manuel. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES". Pág. 372

(10)Guasp, Jaime. "Incidente". Ignacio de Casso y Romero, Et Al. "DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO"; España, Editorial Labor, S.A. 1986. Pág 544.

Procesal Civil y Mercantil, y dentro de un capítulo específico.

Decía el autor Caravantes (en la cita de Manuel De La Plaza)(12), que la frase **INCIDENTE**, así como el concepto **ARTICULO**, usado así mismo en el foro Español, significa "Toda cuestión o contestación accesoria que sobreviene o se forma durante el curso del negocio o acción principal". Pero es indudable que esta definición, por superficial, acaso no permita formar cabal idea de lo que los incidentes propiamente dichos sean; pues la nota verdaderamente esencial que los caracteriza y que indirectamente los define, es su vinculación o relación inmediata con el pleito en que surjan.

GENERALIDADES:

La doctrina de los Incidentes comprende diversos problemas de importancia práctica evidente, como son éstos: ¿Deben los incidentes resolverse antes de la cuestión principal?, ¿Suspenden el curso del juicio?, ¿Las resoluciones que recaen sobre los incidentes tienen la fuerza de la cosa juzgada material y tienen el carácter de verdaderas sentencias?...

Las leyes y la jurisprudencia han resuelto de diversas maneras estas cuestiones. En el Derecho Romano sólo se consideraban como sentencias las resoluciones sobre la cuestión principal planteada en la demanda. Todas las demás que surgían durante el juicio, se reservaban para la definitiva. El Derecho Germánico modificó ese sistema que tiene la ventaja de hacer más rápido el procedimiento, y originó las llamadas sentencias interlocutorias o sean las que resuelven los incidentes antes de que se llegue al fin del juicio. Tienen ese nombre porque se refieren a cuestiones locutorias, es decir, a las que surgen "Inter-Locutus".

Al respecto opina el jurista De La Plaza, que el problema de las interlocutorias, según los más autorizados romanistas, está íntimamente ligado con el de la cosa juzgada. Los Textos reservan la palabra sentencia para expresar técnicamente una decisión jurisdiccional que se pronuncia definitivamente sobre la demanda. Las Interlocuciones, que no reciben el nombre de sentencias, son decisiones rectoras del procedimiento que, de ordinario, sólo cumplen

(12) De La Plaza, Manuel. "DERECHO PROCESAL CIVIL ESPAÑOL". España; Editorial Revista de Derecho Privado. 1955. Pag.238.

alteran o suspenden su curso ordinario. Son incidentes de un juicio el nombramiento de un nuevo procurador, la recusación de un juez u otro funcionario de la administración de justicia, la acumulación de autos la oposición a la prueba pedida, la reclamación de nulidad de una o varias actuaciones, la reposición de una providencia o auto, la petición de termino extraordinario de prueba, etc.; porque todas éstas derivan y traen su origen del negocio principal. Pero no todas las que hemos citado y otras caben dentro de la definición, están comprendidas en las prescripciones de este título, encaminando a trazar el procedimiento que ha de seguirse en todas las cuestiones que la ley tiene como incidentes de la principal. Tanto la ley como la jurisprudencia reconocen también estos incidentes o cuestiones incidentales con el nombre de artículos, pero la verdadera palabra jurídica es la de incidentes, y bajo este nombre principalmente los trata la ley.

Los Incidentes fueron desconocidos en los primeros tiempos del derecho Romano, por la razón de que imperando en el procedimiento de aquel pueblo el sistema formulario, no tuvieron entrada hasta que la litis contestatio, no significando ya la formula pretoriana, se reducía a una simple exposición y contradicción de la demanda entablada, no produciendo ninguna inovación en el pleito, cuyo efecto estaba reservado a la sentencia. El derecho Mexicano antiguo, según lo señala Eduardo Pallares(11), no reconoció expresante los artículos e incidentes: pero la necesidad de resolver las cuestiones que pudieran promoverse con tal carácter durante el pleito, trajo necesariamente la consecuencia de que esos incidentes estuvieran autorizados en el fondo de las leyes. En el Código Procesal Civil Mexicano correspondiente al año 1884 se definía en su artículo 861 a los incidentes como las cuestiones que se promueven en juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal.

De la simple observación se establece que dicho precepto es el mismo previsto por nuestra anterior Ley del Organismo Judicial, con la diferencia de que el derecho Mexicano de ese entonces regulaba dentro del cuerpo legal procesal lo relativo a los incidentes mientras que el nuestro no. En tanto que el Código Mexicano vigente no regula los incidentes en capítulo especial, sólo hace referencia a ellos estableciendo la forma de resolverlos; mientras que en nuestro ordenamiento jurídico se regula en un cuerpo legal distinto del Código

(11) Pallarés, Eduardo. Obra citada. Págs. 318 y 319.

- A) Según que su relación sea con el asunto principal, objeto del pleito, o con la validez del procedimiento, en materiales o procesales respectivamente: distinción que tiene su base en el artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español (Artículo 742 "dichas cuestiones, para que puedan ser calificadas de incidentes, deberán tener relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promuevan, o con la validez del procedimiento """) que pudieramos llamar legal, y que no implica un distinto tratamiento procesal. Nuestra Ley del Organismo Judicial no hace tal distinción sino que se limita a señalar en su artículo 135 que toda cuestión que sobrevenga y se promueva con ocasión de un proceso y que no tenga señalado por la ley procedimiento, deberá tramitarse como incidente.
- B) En atención al procedimiento, ordinarios, los que se tramitan conforme a las normas genéricas de La Ley de Enjuiciamiento Civil Español, Título III, que regula este procedimiento, y especiales, los que tienen señalados en la misma ley, un procedimiento específico, entre los que cita el mencionado autor la acumulación de autos, competencia, recusación, etc. Esta clasificación no se aplica en nuestra ley puesto que el artículo antes mencionado indica que será tramitado como incidente "aquellas cuestiones que no tengan señalado por la ley procedimiento".
- C) En consideración a los Efectos, incidentes que por ser obstáculo a la continuación del proceso exigen un procedimiento previo, sustanciándose en la misma pieza de autos y produciendo la suspensión de aquel; e incidentes que no obstan a que el proceso continúe, sustanciándose en pieza separada sin suspender aquel. Los primeros se denominan de previo pronunciamiento, y los segundos de Simultánea Tramitación. Pietro Castro los denomina, respectivamente, Incidentes de Previo Pronunciamiento, e Incidentes de Especial Pronunciamiento. En nuestra norma no se denominan como incidentes de previo y especial pronunciamiento; pero, sí hace esa división o clasificación en incidentes que pongan obstáculos al asunto, y que se sustanciaran en la misma pieza de autos quedando estos, mientras tanto en suspenso (Artículo 136); e incidentes que no pongan obstáculo a la prosecución del asunto y que se sustanciaran en cuerda separada (Artículo 137).

Para citar algún ejemplo de lo anterior diremos que la Ley de Enjuiciamiento Civil Español considera como artículo

esta misión, aunque alguna vez se emplearon para fijar la cuestión de derecho, para expresar la opinión del juez sobre las discutidas, o para resolver poco a poco las que se presentasen. De ahí que, por no tener sino un valor en cierto modo subordinado a la cuestión principal, no fuesen apelables las interlocuciones, ni producen cosa juzgada.

El derecho Canónico lo mismo que el Germanico, consideró como sentencias verdaderas a las interlocutorias, y admitió que los incidentes se resolvieran antes que la cuestión principal y que no pocos de ellos paralizaran el curso del juicio, sistema este que fué adoptado por las leyes españolas y por algunos códigos como el mexicano, más aún, las interlocutorias también alcanzan la fuerza de la cosa juzgada en las cuestiones incidentales que resuelven.

Los autores clásicos percibieron diferentes clases de incidentes: Los Puros y Simples, que solo conciernen al procedimiento; los relacionados con la cuestión litigiosa principal, cuya decisión podía causar un gravamen irreparable en la sentencia definitiva, y, finalmente, aquellos que resuelven cuestiones que prejuzgan el fondo del negocio.

El derecho moderno representado por el Código Italiano en vigor y la ley procesal alemana, se orienta en un triple sentido: a) El de restringir la admisión de los incidentes; b) El de considerar no como sentencias, sino como ordenanzas, o autos, las resoluciones de las cuestiones que surjan incidentalmente en el juicio; c) No otorgar a dichas resoluciones la autoridad de la cosa juzgada; d) El evitar que los incidentes suspendan el curso del juicio.

En cuanto a nuestra ley, al regular lo relativo a los incidentes guarda mucha relación con el criterio sostenido en el derecho español y mexicano; pero adaptándole algunas de las orientaciones del derecho moderno, como por ejemplo, el de no considerar como sentencias sino como autos, las resoluciones de las cuestiones que surjan incidentalmente en el juicio; el otorgarle la autoridad de cosa juzgada a las resoluciones de los incidentes, sólo se dá en algunos casos excepcionales; y, nuestra legislación prevee la existencia de incidentes que suspenden el curso del proceso, y, de otros que no lo suspenden.

Finalmente resulta oportuno mencionar la clasificación de los incidentes siguiendo el criterio del jurista español Manuel de La Plaza(13):

(13) De la Plaza, Manuel. Obra citada. Págs. 247 a 252.

comun para poder practicar de diez a veinte dias como máximo (en nuestra ley es de diez dias). Y DECISORIA, la sentencia con trámite previo de vista si se solicita (en nuestro caso es un auto el que resuelve el Incidente, sin vista, y en un plazo de tres dias de transcurrido el plazo de la audiencia, y si hubo apertura a prueba dentro de igual plazo después de concluido el de prueba).

No hay que dejar de considerar, que una vez promovido el Incidente, según se trate de incidentes que pongan obstáculo al proceso o de uno que no, pues en este último caso como se tramita con separación de los autos principales donde constan los antecedentes, exige la formación de pieza separada.

(incidentes) de Previo Pronunciamento, tales como: Las cuestiones de competencia, acumulación de autos, el procedimiento para la determinación del valor, y además los que se refiran, 1) a la nulidad de actuaciones o de alguna providencia; 2) A la personalidad de algunos de los litigantes o de su procurador, por hechos ocurridos después de contestada la demanda, si ocurre antes de contestarla, tendría cabida dentro de las excepciones dilatorias; 3) A cualquier otro incidente que surja durante el juicio y sin cuya previa resolución fuera absolutamente imposible, de hecho o de derecho, la continuación de la demanda principal.

En cuanto a los artículos (incidentes) de simultanea tramitación y especial pronunciamento, a diferencia de los anteriores (los de previo pronunciamento) la ley no fija en este caso ningún requisito limitativo, sin duda porque no origina las dilaciones del asunto principal que es inherente a aquellos.

En nuestra normas jurídicas si algún ejemplo de incidentes que interrumpan o pongan obstáculos al curso del asunto y que se tramiten en la misma pieza de autos, debemos citar las excepciones previas de Incompetencia, caducidad, prescripción, cosa juzgada, transacción y la excepción de pago en el juicio ejecutivo. Otro ejemplo puede ser cuando el juez suspende el proceso principal hasta que se decida o resuelva un incidente de impugnación de nulidad o falsedad de documentos presentados como pruebas.

En cuanto a incidentes que se tramitan en cuerda separada y que no suspenden el trámite del proceso menciono por ejemplo: Las diligencias relativas al depósito, intervención, rendición de cuentas de los depositarios e impugnación de las mismas (artículo 43 del Decreto Ley 107), la solicitud para dejar sin efecto la declaración de rebeldía y el embargo trabado, o la sustitución del embargo (artículo 114 del Dto. Ley 107), la liquidación de Costas (artículo 580 del Dto. Ley 107), dentro de las medidas de seguridad de las personas lo relativo a la oposición de parte legítima (artículo 519 del Dto. Ley 107). Etc.

Para terminar este capítulo es conveniente referirse al procedimiento de los incidentes, que resulta ser bastante similar al del derecho español, y que comprende las tres fases de todo procedimiento declarativo: EXPOSITIVA, con demanda incidental (en nuestro medio mediante un escrito menos formalista que el de demanda), y contestación y sin escritos de replica y duplica. PROBATORIA, regida por las reglas generales en cuanto a su admisión y con un periodo

que para el prestatario resultan. implican la idea de transmisión de la propiedad.

3) El Convenio de Devolucion de otro tanto de la misma especie y calidad. Si hay entrega de la cosa. pero no media el convenio de la devolucion de otrotanto de la misma especie y calidad. tendremos un contrato distinto (venta generalmente). pero no mutuo: este requiere un acuerdo de devolucion del "TANTUDEM EIUSDEM GENERIS" (otro tanto de la misma especie y calidad).

-SUJETOS DEL CONTRATO DE MUTUO:

Son dos: el que da el prestamo (MUTUANTE). y. el que lo recibe (MUTUARIO).

En cuanto a la capacidad deben tener capacidad general. o sea que se regira por los principios informadores de la capacidad de las partes en estos contratos.

-CARACTERES JURIDICOS DEL CONTRATO DE MUTUO:

-REAL: Para que exista o se perfeccione se debe entregar la cosa. Solo pueden ser objeto de mutuo el dinero y las cosas fungibles (Articulo 1942 y 1943 del Codigo Civil). puesto que unicamente en estas cosas encontramos el efecto tipico que este contrato produce. consistente en que el mutuario se haga dueño de las mismas para consumirlas. aunque con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

-UNILATERAL: Porque las cargas solo están sobre el mutuario. En la doctrina tradicionalmente así se ha considerado. teniendo en cuenta que solo produce obligaciones para el mutuario. pues las obligaciones que tiene el mutuante (responder de evicción. sobre todo en la hipotesis del prestamo a interes). no tienen una derivación exactamente desprendida del contrato sino mas bien de los principios generales de la contratacion. Modernamente se ha sostenido que. tratandose del prestamo a interes. este contrato se transforma en bilateral. puesto que frente a la obligación del prestatario de entregar los intereses corresponde la del mutuante de entregar la cosa y abstenerse de reclamarla hasta que se cumpla el termino: pero esta construcción es rechazada en la doctrina. que se atiene a la tesis tradicional.

-ONEROSO: Porque sobre la devolucion debe pagar intereses. El pago de intereses que está previsto en nuestro derecho tiene un alcance legitimo. Es decir que conforme determina

CAPITULO III

CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA PRENDARIA:

- GENERALIDADES DEL CONTRATO DE MUTUO:

Segun el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española(14). "MUTUO"; es el Contrato Real en que se da dinero o cosa fungible con tal ley que la haga suya aquel que le recibe. obligandose a restituir otra tanta cantidad de igual genero en dia señalado.

Por su parte Federico Puig Peña(15). define el Contrato de Mutuo como aquel contrato por virtud del cual una persona recibe de otra cierta cantidad de dinero u otras cosas fungibles. con condición de devlver otro tanto de la misma especie y calidad.

Las anteriores definiciones coinciden con la que nuestro Código Civil regula en su artículo 1942 y que a la letra dice: "Por el contrato de Mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles. con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad".

De las definiciones antes citadas se establece que el pestamo mutuo lleva implícita una triple operacion:

- 1) La entrega de cosas fungibles al prestatario: no hay propiamente mutuo mientras el prestatario no recibe las cosas objeto del mismo por lo que se infiere que este contrato es rigurosamente real.
- 2) La transmisión de la Propiedad: La entrega de la cosa no envuelve el simple dar. sino un propio transmitir: es decir. que en el contrato de mutuo se traspasa la propiedad de las cosas. Nuestro Código Civil no menciona el traspaso de la propiedad sino más bien señala en el artículo 1943 la razón de la transmisión y al efecto dice: "La cosa objeto del mutuo se transmite para su consumo al mutuario y queda a su cargo la mejora. deterioro. depreciación o destrucción que sobrevenga despues". Pero esa transmisión para el consumo. así como los efectos y responsabilidades

(14) Real Academia de la Lengua Española. "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA". Pag. 1044

(15) Puig Peña. Federico. "TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL" TOMO IV Vol. II, España. Editorial Revista de Derecho Privado. 1951 Pag. 149.

contrato de mutuo como estrictamente unilateral, no produciendo, por tanto, verdaderas obligaciones nada más que para una de las partes, el prestatario (mutuario). Esas obligaciones son:

1o. RESTITUCION DE LO RECIBIDO: La principal obligación del prestatario es cumplir el convenio de devolución, por cuya virtud dice el Código Civil: "Con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad" (artículo 1942). En relación a este deber la doctrina ha tratado de puntualizar su contenido reglamentando los siguientes supuestos:

A) OBJETO DE LA DEVOLUCION: Para determinar que es lo que el prestatario tiene que devolver distingue el Código según que el préstamo consista en dinero o en cualquier otra cosa fungible. Si consiste en dinero, se habrá de atender a lo dispuesto por el artículo 1955 del Código Civil, que nos remite en el caso de la restitución a lo regulado por los artículos 1395 y 1936 del mismo cuerpo legal y que literalmente dicen: "artículo 1395. El pago en moneda nacional lo hará el deudor entregando igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda en la fecha que se le requiera de pago, siempre que ya sea exigible la obligación" Artículo 1936. "Si el pago tuviere que hacerse en moneda extranjera, cumplirá el deudor con entregar su equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio que rijan en la plaza el día de pago". En la doctrina predomina pues el criterio de que tratándose de dinero, preside, en el contenido de lo que ha de devolver, el criterio del valor.

En cambio tratándose de cualquier otra cosa fungible, rige tanto en doctrina como en nuestro Código el principio riguroso del tantumdem eiusdem generis, o sea que "el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio (Artículo 1952 del Código Civil)

B) TIEMPO: En este aspecto nuestra ley sustantiva señala en cuanto al plazo, que el mismo puede ser consensual entre los contratantes, pero, que si en el contrato no se fijó, se entenderá que es el de seis meses si el mutuo consiste en dinero; y si lo prestado fueren cereales u otros productos agrícolas, la devolución se hará en la próxima cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos, (artículo 1950)

Finalmente es importante considerar la siguiente