

**El desistimiento que no se hace por acuerdo de partes,
no exime de responsabilidad por las costas.**

Recurso de nulidad interpuesto por don Ricardo Helberg, en la causa que sigue con la Sociedad Agrícola «La Molina». Incidente sobre pago de costas.— Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL.

Excmo. Señor:

En su condición de tenedor de diez bonos de Lp. 100 cada uno de la Sociedad Agrícola «La Molina», Ricardo Helberg planteó la acción ejecutiva que regulan el artículo 730 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles, sobre obligaciones de hacer ó de no hacer, á fin de que la dicha sociedad efectuara los sorteos que para la amortización de los por ella emitidos, que dejó de realizar en las épocas estipuladas; y trabado el embargo, fenecido el plazo probatorio de la oposición al auto que ordenó la efectividad de los sorteos pendientes, la ejecutada puso término al juicio con la entrega del importe de los mencionados diez bonos ascendentes á Lp. 1.000 y sus intereses.

El actor pidió entonces pago de costas; y revocando el auto de primera instancia, el recurrido desestima la gestión.

Fúndase en que la ejecución concluyó con el pago que extingue el derecho de Helberg para exigir los sorteos á que se contrae la demanda.

El Fiscal considera errónea esa resolución.

Al litigante vencido totalmente en un juicio ó en un incidente se le condena en costas.

Tal es la regla impuesta por el artículo 1077; el cual sólo exonera de tal pena á quien en concepto del juez tuvo motivos atendibles para litigar.

«La ley debe suponer, observa en su exposición de motivos el Comité autor del libro procesal, que la parte que se encuentra en aquella condición, sea demandante ó demandada, ha sostenido un pleito ó un incidente injusto, causando gastos indebidos á su contrario. Raros son los casos en que la parte vencida ha procedido por error de buena fé ó ha dejado de triunfar, no obstante que le asiste la justicia, por la obscuridad de las disposiciones legales, por la imposibilidad de actuar sus pruebas, por descuido ú omisión en la defensa que no arguyen malicia ú otras circunstancias que destruyen la presunción de la ley: y, por lo mismo, que estos casos son los que con menos frecuencia ocurren, deben constituir la excepción».

Mantiene el Código la doctrina, aún en las quejas desestimadas, en los recursos de nulidad perdidos, que también originan pago de costas.

Y no sólo impera en las resoluciones..

Al litigante que se desiste del recurso extraordinario ante V. E. pendiente, le impone esa pena: la ley atribuye su retiro al conocimiento de su sin razón.

Por los mismos fundamentos que justifican aquella doctrina es, en efecto, oportuna su aplicación en pró del derecho, en todos los asuntos

análogos; ó sea cuando finaliza el incidente ó el litigio por acto deliberado del litigante que no destruya la presunción en su contra, por la índole de su controversia, formada.

Si el desistimiento ante V. E. se verifica por avenimiento de partes, como lo previene el artículo 1135, no procede la pena.

A no ser tachable en esa ú otra estación del proceso la actitud del que se desiste, obvio es que carece de causalidad tal condena.

Pero si el desistimiento sólo tiende á eludir, anticipándosele, el pronunciamiento de la desfavorable resolución forense, produce dicha doctrina sus lógicas consecuencias justicieras.

Apreciando lo actuado, el juez declara entonces, en decisión expresa, si debe el desistidor indemnizar los gastos indebidamente impuestos á su adversario de buena fé.

Así lo ha observado hoy el Fiscal en el juicio entre la viuda de Peña y Kahn y Cía. en el que la primera, después de ordinarizada la tercera excluyente con cuya demanda se propuso alzar el embargo de una casa, se desistió de la acción —fracasado su intento—para convertirla en la de pago preferente.

En el litigio actual, como en ese, también concluido por acto de uno de los colitigantes, es inevitable la condena en costas.

Al solicitar que la sociedad agrícola «La Molina» realizara los sorteos omitidos para la amortización de sus bonos, Helberg sólo tuvo en mira el abono posible de los diez propios.

La demandada no entregó el importe de dichos diez bonos, prescindiendo de la formalidad estipulada del sorteo, porque quisiera favorecer, únicamente al actor, prefiriéndole á los demás te-

nedores con igual derecho, en esa insólita forma directa no prevista en sus estatutos.

Hizo tal entrega única y exclusivamente para impedir que se llevara adelante la ejecución.

Luego, aunque no se expidiera sentencia acerca de tales sorteos, Helberg consiguió el objetivo de su demanda; y la sociedad le satisfizo, avanzada dicha ejecución, efectivas ya las expensas del embargo, de las pruebas, etc.

La oposición fué, por lo tanto, incorrecta; por lo que procede la presunción de la ley contra la dicha sociedad vencida, á favor del litigante vencedor.

Robustece tal conclusión el artículo 659 del Código de Procedimientos Civiles de cuyo texto, claramente, se deduce que después de efectuada la diligencia de embargo, el ejecutado está obligado al pago de las costas.

Hay nulidad en el auto recurrido. Reformándolo puede V. E. confirmar el de primera instancia que ordena la regulación de las que ha de cubrir la sociedad agrícola «La Molina».

Lima, 26 de abril de 1916.

SEOANE.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 18 de mayo de 1916.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 36, su fecha 2 de agosto último, que declara fundada la oposición deducida por el representante de la Sociedad Agrícola «La Molina Limitada», y sin lugar el pago de las costas reclamadas: reformando dicho auto, confirmaron el de primera instancia de fojas 24, su fecha 5 de mayo del año próximo pasado, que declara sin lugar dicha oposición corriente en copia á fojas 22 y manda llevar adelante el auto que ordena la regulación de costas; y los devolvieron.

Villa García — Almenara — Barreto — Alzamora — Torre Gonzalez.

Se publicó conforme á ley.

Julio Noriega.

Cuaderno N.º 838.—Año 1915.
