



APUNTES SOBRE EL DESISTIMIENTO EN EL PROCESO CIVIL

*Diego Baudrit Carrillo.
Profesor de la Facultad de Derecho, Uni-
versidad de Costa Rica.
D.E.A. en Derecho Privado, Universidad
de Estrasburgo III.*

CONTENIDO:

I.	El desistimiento de instancia.	84
A.	Condiciones.	84
1.	Condiciones objetivas.	84
2.	Condiciones subjetivas.	86
B.	Efectos.	86
1.	Consecuencias sobre la instancia.	87
2.	Consecuencias en cuanto al derecho de fondo.	88
II.	El desistimiento de acción.	88
A.	Modalidades.	89
1.	Formas directas.	89
2.	Formas indirectas.	90
B.	Condiciones.	90
1.	Condiciones objetivas.	90
2.	Condiciones subjetivas.	91

El artículo 844 del Código de Procedimientos Civiles costarricense establece que cualquiera puede desistir de su acción o de su demanda.

Aunque esa disposición se encuentra en el capítulo correspondiente al desistimiento en primera instancia, es de carácter general y constituye una expresión del principio de la disponibilidad del proceso por las partes, fundamental en Derecho procesal civil.

Al encabezar así las disposiciones que regulan el desistimiento, el legislador puso de manifiesto dos instituciones diferentes, que tienen como resultado la extinción de la instancia.

En estas líneas intentaremos una delimitación conceptual de esas dos instituciones, siguiendo la pauta del Derecho procesal civil francés, que encuentra consagradas en el nuevo Código de Procedimientos Civiles de 1975, las tesis que al respecto elaboraron la jurisprudencia y la doctrina sobre las bases del Código de Procedimientos Civiles de 1806.

Consideramos que es importante establecer las diferencias entre una institución puramente procesal, como es el desistimiento de instancia, que nuestro Código Procesal Civil llama de demanda, y una institución que toca más bien el derecho de fondo, que es el desistimiento de acción.

Como se verá, la diferencia no es solamente conceptual, pues cada institución tiene un régimen procesal distinto. No pretendemos ubicarnos en el dominio de las clasificaciones, que por sí solas son estériles, sino establecer una delimitación que haga resaltar el tratamiento diferente que debe dársele al desistimiento de instancia y al desistimiento de acción.

I. EL DESISTIMIENTO DE INSTANCIA.

El desistimiento de instancia refleja, según una acertada imagen, no un tratado de paz sino un armisticio de los contendientes en un proceso civil (1). En efecto, el desistimiento de instancia se presenta como la oferta hecha por el actor al demandado, que la acepta, de dar por terminado el proceso sin esperar la sentencia (2).

El alcance de este desistimiento se precisa cuando se analizan las condiciones de su existencia y los efectos que produce cuando se perfecciona.

A. Condiciones.

Se pueden analizar dos grupos de condiciones que dan lugar al desistimiento de instancia. Las condiciones objetivas se presentan referidas al proceso, y las condiciones subjetivas a los requisitos exigidos a las partes para cumplir con ese tipo de acto.

1. Condiciones objetivas.

Del texto del artículo 844 que hemos citado parece deducirse que puede desistirse de cualquier demanda. En efecto, en principio no existen restricciones para este desistimiento, siempre y cuando se encuentre el proceso en primera instancia (3). Esto es, antes de que los primeros jueces no dicten sentencia definitiva (4) (lo que implica una intervención de la autoridad pública que no puede ser desconocida por los particulares, en lo que está presente el orden público). Lo que está en juego en el desistimiento de instancia no es el derecho de fondo, sino la relación procesal que se ha formado al entablarse y contestarse la demanda. Si se señala

(1) CATALA (Pierre) y TERRE (François). "Procédure civile et voies d'exécution". P.U.F. Coll. Thémis. 2da. edición. París. 1976, p. 300.

(2) VINCENT (Jean). "Procédure civile". 19a. edición. Précis Dalloz. París. 1978, No. 763.

(3) Idem, No. 764.

(4) SOLUS (Henry) y PERROT (Roger). "Droit judiciaire privé", tomo I (Introduction. Notions fondamentales. Organisation judiciaire). Sirey. París. 1961, Nos. 112 y 114.

que la acción es facultativa y libre (5), dentro de un análisis que revela la imposibilidad legal de imponer a los particulares su ejercicio (6), con toda propiedad se puede afirmar que esas dos características acompañan a la demanda, que constituye la realización práctica del derecho de acción (7).

Es claro que el presente desarrollo se refiere a la instancia definitivamente establecida, entendida como una relación jurídica de la que surgen derechos y deberes recíprocos para las partes (8). Sólo así puede tener sentido la exigencia de la aceptación de la parte contraria que es uno de los elementos del desistimiento.

Tal exigencia contribuyó a la teoría que consideraba la instancia como un contrato judicial. El necesario concurso de las partes para el desarrollo del proceso era la marca de la naturaleza convencional de la instancia. Sin embargo, la concepción moderna de ésta como una relación jurídica de origen legal (9) no es incompatible con la existencia necesaria del concurso de las partes en la marcha de la instancia y de su corolario, que es el acuerdo de ellas en el desistimiento. Más bien, la concepción moderna de la instancia pone de relieve que las atribuciones de las partes se derivan de su origen legal y no de una convención.

El desistimiento de instancia puede estar referido a cualquier tipo de demanda, y por consiguiente, a cualquier tipo de proceso; y en principio es necesario para su existencia el acuerdo pleno de la parte contraria.

Es de notar, sin embargo, que nuestra legislación exige ese acuerdo solamente para el caso del desistimiento del juicio ordinario (artículo 844

del Código de Procedimientos Civiles, citado). Esa disposición da lugar a dos reflexiones.

Primero, cabe preguntarse si nuestro ordenamiento procesal civil considera solamente como una verdadera instancia el proceso ordinario; y segundo, si a pesar de esa disposición es indispensable el acuerdo en todo otro desistimiento de demanda, fuera del de una demanda ordinaria.

Sobre lo primero, no es posible presentar dentro de los límites de estas notas un análisis mínimo. Dejamos planteada esa inquietud, que creemos sobrepasa la mera hipótesis de escuela. La instancia es la relación jurídica de tipo procesal que las partes crean y dirigen, y que está regida por los principios fundamentales del respeto a los derechos de la defensa, entre los cuales preside el del contradictorio (10), lo que cabría preguntarse si se presenta en todos los procesos de orden civil que se dan en nuestro derecho.

La segunda reflexión, o sea si el acuerdo es siempre necesario en este desistimiento, está ligada profundamente a la primera: el principio de la disposición de las partes de la instancia no puede señalar otra cosa que la necesidad del acuerdo de éstas para el fenecimiento de una instancia definitivamente constituida (11). El desistimiento de un proceso en forma unilateral, fuera de la hipótesis del desistimiento de acción que estudiaremos adelante, sólo puede obedecer a que el principio de la disponibilidad dicho (12) no se observa, por lo que es difícil otorgarle a un tal proceso la naturaleza de instancia, en un sentido restringido. La jurisprudencia costarricense al respecto es una aplicación literal del artículo 844 comentado (13):

-
- (5) Nuestra jurisprudencia, que no la letra expresa de la ley, reitera esta condición. Ver Sala 1a. Civil, No. 10 de las 8:25 hrs. del 11 de enero de 1977, Rev. Jud. 1978, No. 8, Jurisp. No. 410, y decisiones allí citadas. El nuevo Cód. Proc. Civ. francés expresamente prevé que el desistimiento de instancia sólo cabe en primera instancia (art. 394).
 - (6) Por esta razón se ha excluido del derecho francés la llamada acción provocatoria o de jactancia. VINCENT, op. cit., No. 22; CATALA y TERRE, op. cit., No. 213.
 - (7) MOTULSKY (Henri). "Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971", in "Ecrits I. Etudes et notes de procédure civile", Dalloz, París. 1973, pp. 275 ss.
 - (8) RAYNAUD (Pierre). "Le désistement de l'instance". Rev. trim. dr. Civ. 1942, p. 1.
 - (9) VINCENT, op. cit., No. 363.
 - (10) MOTULSKY (Henri). "Droit processuel". Ed. Montchrétien. París. 1973, p. 147 ss. V. nuestro estudio "El principio del contradictorio", Rev. Judicial 1979, No. 12, p. 47 ss.
 - (11) RAYNAUD, op. cit.
 - (12) MOTULSKY, "Droit Processuel", op. cit., p. 172. VINCENT, op. cit., No. 389.
 - (13) El Tribunal Superior Civil (S.J.) afirma expresamente que la aceptación del desistimiento viene sobrando en el caso de un desahucio. Res. 251, 8:50 hrs. 6 abril 1978. Rev. Jud. 1979, No. 13, Jurisp. 1141.

fuera del juicio ordinario, el desistimiento de la demanda cabe aún sin la aceptación de la parte contraria (14).

Sea un acto unilateral que no precisa de aceptación, dicho sea con toda reserva, o una oferta que requiere ser admitida, el desistimiento de instancia está referido únicamente al proceso en curso. Por sí sola esta institución no afecta el derecho de fondo. Por ello no se exigen las mismas condiciones a las personas que están involucradas en él que las que priman en actos dispositivos del derecho sustancial.

2. Condiciones subjetivas.

La capacidad para actuar ante los tribunales supone dos elementos: el derecho de acceso a la justicia, que es una libertad pública de la que nadie puede ser privado (15), al menos en principio, y que es una consecuencia de la personalidad jurídica, o sea del hecho de la existencia de una persona (16); y por otra parte, la capacidad de ejercer tal derecho, que si bien puede analizarse paralelamente a la capacidad de ejercicio en general, presenta algunas diferencias derivadas del particularismo del ejercicio de la acción. La demanda no compromete el futuro de una manera instantánea e irremediable, sólo es el punto de partida de una situación jurídica compleja y formal que se enriquece de efectos nuevos conforme el proceso se desarrolla, hasta que el juez estatuye (17).

La capacidad de ejercicio es transferida a los representantes, en los casos de las demandas de menores formadas por sus padres o sus tutores, o de aquellas que en nombre de sus representados presentan los apoderados o los curadores. Para estos casos existen diversas medidas de protección del titular de la acción, que varían conforme sea su incapacidad de hecho o el poder de quien actúa. Las medidas de protección limitan el ejercicio de la acción, en el sentido de que existen prohibiciones

relativas a determinados actos, como la confesión o la transacción; o se exigen para ellos, según sea el caso, una autorización judicial o el concurso de terceras personas. Puede verse allí una capacidad procesal mínima, que es la que se requiere para el impulso inicial del proceso y que debe mantenerse hasta la conclusión de éste en sentencia.

Sólo la capacidad procesal mínima es requerida para el desistimiento de instancia, acto que importa sólo los procedimientos. Según ello, puede formular un desistimiento de instancia el apoderado general, ya que sus poderes de administración lo facultan plenamente para ese acto, que no implica en manera alguna la disposición de derechos del mandante, al menos en principio.

En igual posición se encuentran los padres y los tutores con respecto a las demandas que entablen en representación de sus hijos o de sus pupilos (18). No es preciso, en resumen, que se cuente con el poder de disposición para desistir de la instancia o para admitir el desistimiento.

El poder de disposición es innecesario, puesto que los efectos típicos del desistimiento de instancia excluyen cualquier interferencia con el derecho de fondo. Queremos que se fije la atención en que hablamos de los efectos típicos o propios de este tipo de desistimiento. Efectos jurídicos producidos por reflejo y con el concurso de otras circunstancias sí pueden darse en el derecho sustancial.

Debemos poner de relieve que una vez aceptado el desistimiento por la parte contraria, el papel del tribunal se debe limitar únicamente a constatar ese acto (19). Sin embargo, siendo el juez el guardián del orden público, debe velar porque las condiciones mínimas se encuentren presentes, pudiendo en consecuencia, tener por no fenecida la instancia en el caso contrario (20).

B. Efectos.

Un acto jurídico tiene las consecuencias queri-

(14) El art. 396 Cód. Proc. Civ. francés (nuevo) dispone que "el juez declara el desistimiento perfecto si la no aceptación del demandado no se funda en un motivo legítimo". Es un caso de desistimiento unilateral (Raynaud lo llama "desistimiento judicial").

(15) SOLUS y PERROT, op. cit., No. 284.

(16) CATALA y TERRE, op. cit., p. 234.

(17) SOLUS y PERROT, op. cit., No. 290.

(18) Según se puede deducir de los artículos 132, 134, (a contrario), 200 y 203 (a contrario) del Código de Familia. El curador tiene igual capacidad, según puede presumirse de la fórmula general y vaga del artículo 228 del citado Código de Familia (que como en muchos de sus enunciados de ese tipo contribuye aún más a la desorganización de los principios del derecho de las personas que se produjo con la promulgación de ese cuerpo de leyes).

(19) VINCENT, op. cit., No. 766.

(20) Recientemente la Corte de casación francesa decidió que una Corte de apelación había justificado legalmente su decisión anulando un desistimiento de instancia y de acción firmado por la víctima de un accidente, por haber constatado con la ayuda de documentos médicos llevados al expediente, que esa persona había sido hospitalizada

das expresamente por sus autores, pero en muchos casos, por reflejo, se presentan efectos no directamente relacionados con aquel. En el caso del desistimiento de instancia, los efectos directos tocan a ésta, pero pueden darse consecuencias en cuanto al derecho de fondo.

1. Consecuencias sobre la instancia.

La primera consecuencia de este desistimiento es la extinción de la instancia, lo que constituye su fin principal. Desde que se perfecciona el desistimiento, la relación jurídica que liga a las partes frente al juez, que es de naturaleza meramente procesal, desaparece necesariamente.

Aquí debemos detenernos un instante, para subrayar una vez más que es el proceso el que se acaba, entendido éste como la situación nueva que se creó al plantear su demanda el actor y al contestarla el demandado. En los términos de nuestro Código Procesal Civil, es la demanda lo que se borra, lo que se extingue, pero no la acción. En otros apuntes (21) intentamos precisar la naturaleza de la acción, señalando su autonomía del derecho sustancial (22), de la que es su "humilde servidora", para emplear una expresión de Motulsky. Creemos que debe aún destacarse otro rasgo de la autonomía de la acción que es evidente: su diferencia con la demanda. Mientras que la acción es el derecho de ser oído sobre el fondo de una pretensión formulada, para que el juez la declare finalmente bien o mal fundada (23), la demanda es el acto procesal por el cual el titular de una acción la ejerce efectivamente (24), haciendo nacer la relación.

El desistimiento aniquila la instancia, pero deja intactos el derecho sustancial y la acción. Por esa razón, *"la aceptación de un desistimiento de la demanda no produce cosa juzgada, desde que es dable ejercitar la pretensión en un nuevo proceso"* (25).

Extinguida la instancia por el desistimiento, el actor debe soportar la carga de las consecuencias que produjo su demanda: a la letra de la ley (artículo 845 del Código Procesal Civil), debe pagar las costas y hacerse responsable de los daños y perjuicios ocasionados.

La fuente de esa obligación no es la oferta del desistimiento que ha admitido el demandado, sino la disposición legal citada, que señala una distinción entre las costas, por una parte, y los daños y perjuicios por otra. Las costas son evidentemente una especie de los daños y perjuicios, lo que implica que al constatar el desistimiento, el juez tiene autoridad para pronunciar a petición del interesado una condenatoria al pago de las costas personales y procesales así como al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el actor con la demanda que ha desistido, condenatoria que es ajena al objeto del proceso.

Los daños y perjuicios referidos, fuera de las costas que son específicas al proceso, derivan de la teoría de la responsabilidad civil recogida en los artículos 1045 y siguientes de nuestro Código Civil.

En efecto, no podría encontrarse un origen contractual a esa obligación, y para estos fines la demanda desistida debe considerarse como un mero hecho jurídico generador de responsabilidad, al menos según la doctrina de los autores franceses sobre los hechos y los actos jurídicos.

(El análisis de los autores franceses de Derecho civil sobre los hechos y los actos jurídicos se encuentra referido al estudio de las fuentes de los derechos y las obligaciones, por un lado, y por otra parte al de la prueba. El hecho jurídico, en sentido estricto, comprende la noción del acontecimiento puramente material, vacío de todo contenido volitivo —como el fallecimiento de una persona, que abre su sucesión—, y la de la actuación animada de una cierta voluntad, de la que derivan efectos de derecho, modificaciones en el ordenamiento jurídico, pero sin que

por disturbios síquicos que habían sido consecuencia del accidente, desde antes del desistimiento, y que a la fecha de firmar éste, estaba en un estado de incapacidad intelectual para tomar una decisión de ese tipo con conocimiento de causa, y que había actuado bajo la presión de los representantes de la compañía de seguros demandada y bajo el efecto de las maniobras desleales de ésta (Primera Sala Civil de la Corte de Casación, 13 marzo 1979. Dalloz 1979, I.R. 428).

(21) "Reflexiones sobre el acceso a la acción civil", Revista de Ciencias Jurídicas No. 34, p. 12 ss.

(22) MOTULSKY en su artículo "Le droit subjectif et l'action en justice" (Ecrits I, op. cit., p. 85 ss.) hace un profundo análisis sobre ello, retomando las tesis de Chiovenda, Carnelutti, Morel, Cornu, Foyer y Terré.

(23) "Reflexiones sobre el acceso a la acción civil" op. cit.

(24) SOLUS y PERROT, op. cit., No. 109.

(25) Sala de Casación (C.R.), No. 43 de las 16:30 hrs. 3 junio 1977. Rev. Judicial 1978, No. 9, Jurisp. No. 1141.

esos efectos, esas modificaciones, hayan sido directamente buscadas —como el cambio de domicilio, que va a operar la sustitución de un tribunal a otro en la competencia territorial— (26). Así, se ha definido el hecho jurídico como "un hecho, voluntario o no, o una circunstancia al que la ley asigna efectos jurídicos: derechos subjetivos u obligaciones, los que se realizan independientemente de la voluntad del hombre" (27). Las fuentes de la responsabilidad civil o extracontractual son hechos jurídicos en ese sentido (28), y su prueba es libre (29). El acto jurídico, en cambio, es una manifestación de la voluntad individual emitida para producir efectos de derecho (30), de la que derivan responsabilidades diferentes de la extracontractual y cuya prueba debe reposar esencialmente en documentos) (31).

Esta referencia a los daños y perjuicios que puede ocasionar el actor al demandado, es un aspecto de derecho sustancial o de fondo que surge con ocasión del desistimiento de instancia, pero que es ajeno al derecho sustancial objeto de la demanda. Este puede ser afectado indirectamente por el acto procesal que estudiamos.

2. Consecuencias en cuanto al derecho de fondo.

Este aspecto del desistimiento de instancia es claro desde que se establece la diferencia entre la acción y la demanda. Esta sólo es el acto procesal que introduce la instancia, sin que sea dable confundirla con la acción, que es el derecho o poder

de obtener una decisión judicial sobre el fondo de una pretensión. La demanda y el proceso que ella ha iniciado quedan aniquilados con el desistimiento de instancia, mientras que el derecho de fondo y la acción, que sirve de ligamen entre el proceso y ese derecho sustancial, quedan intactos (32).

Puede darse, sin embargo, la circunstancia de que el derecho de fondo se modifique o se extinga concomitantemente al desistimiento de instancia, pero por acontecimientos extraños a éste.

El derecho sustancial se vería afectado por el transcurso del tiempo, quedando sujeto a la prescripción o a la caducidad, según el caso, ya que la ley señala específicamente que la demanda no interrumpe la prescripción si el actor desiste de ella. Pero esos son efectos ajenos al desistimiento mismo. La interrupción de la prescripción podría operarse, pero por circunstancias ajenas a la instancia extinguida (33). El derecho de fondo es el objeto de otro acto de desistimiento, el de acción.

II. EL DESISTIMIENTO DE ACCION.

En lugar de ser un acto que tiende exclusivamente a la extinción de la instancia, el desistimiento de acción tiene una finalidad ajena al proceso: la renuncia de un derecho, el derecho de acción. Motulsky, al referirse a este desistimiento, señala

- (26) CARVONNIER (Jean). "Droit civil. 1) Introduction. Les personnes". Undécima ed. P.U.F. Coll. Thémis. París. 1977, No. 42.
 MAZEAUD (Henri, León y Jean) y DE JUGLART (Michel). "Leçons de droit civil". Tome I, 1er. vol. "Introduction à l'étude du droit". Ed. Montchrétien. 5a. ed. París. 1972, No. 258.
- (27) STARCK (Boris). "Droit civil. Introduction". Librairies techniques. París. 1976, Nos. 365 y 371.
 WEILL (Alex). "Droit civil. Introduction générale". 3a. ed. Précis Dalloz. París. 1973; No. 258.
- (28) MARTY (Gabriel) y RAYNAUD (Pierre). "Droit civil". Tome I. "Introduction générale à l'étude du droit". 2a. ed. Sirey. París. 1972, No. 163.
- (29) Idem, No. 265.
- (30) GHESTIN (Jacques) y GOUBEAUX (Gilles). "Traité de droit civil. Introduction générale". L.G.D.J. París. 1977, No. 175.
 FLOUR (Jacques) y AUBERT (Jean-Luc). "Les obligations. I. L'acte juridique". Armand Colin. Coll. U. París. 1975, No. 51.
- (31) MARTY y RAYNAUD, op. cit., No. 262.
 GHESTIN y GOUBEAUX, op. cit., No. 598.
- (32) Una decisión reciente de la 3a. Sala Civil de la Corte de Casación francesa, 24 enero 1978, J.C.P. 1978. IV. 100, ilustra esas afirmaciones: Un empresario había hecho construir un conjunto de edificios; durante la construcción se sucedieron diferentes hechos que produjeron graves daños y perjuicios al empresario, atribuibles al arquitecto y a dos constructores. El empresario presentó una demanda de reparación contra esas tres personas, una de las cuales fue declarada insolvente (en otro proceso). El actor desistió de su demanda contra el insolvente, por lo que los otros dos demandados pidieron que se tuviera por dividida a su favor la deuda común. La Corte rechazó la pretensión de los demandados, en virtud del carácter estrictamente procesal del desistimiento de instancia, que no puede afectar la naturaleza de la obligación *in solidum* (y no indivisible) de los coautores de un mismo daño (obs. PERRON (Roger), *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1978, p. 732 s).
- (33) Art. 877, inc. 2, C. Civ. C.R. En el mismo sentido, art. 2247, C. Civ. francés.
 Hay que subrayar que en la doctrina y la jurisprudencia francesas, la prescripción se tiene por interrumpida, a pesar del desistimiento, en dos casos: cuando el actor se reserva expresamente el derecho de perseguir en un futuro al demandado, y éste lo admite (GIVERDON (Claude), "Désistement", *Encycl. Jur. Dalloz*, 2a. ed., Rép. Proc. Civ. No. 82. RAYNAUD, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1943, p. 61); y cuando ese desistimiento está motivado por la incompetencia del juez, para presentar la demanda al juez competente (Req. 21 julio 1903, *Dalloz periódico* 1903. 1. 586; GANDIN DE LAGRANGE (E.) y RADOQUANT (J.), "Préscription civile", *Encycl. Jur. Dalloz*, 2a. ed., Rép. dr. civ., No. 175). Cf. art. 861 C. Civ. C.R.

que él paraliza el derecho substancial (34).¹ La situación del derecho de fondo, una vez desistida la acción, sería similar a la del derecho afectado por una prescripción negativa, en el sentido de que el derecho mismo subsiste, lo que impediría la repetición de lo pagado en el evento que el obligado se ejecute voluntariamente, pero sin que el titular pueda por sí solo ejercitar su derecho efectivamente.

El efecto directo del desistimiento de acción consiste en la extinción de la acción. Con ello se aniquila la instancia, como una consecuencia necesaria, cuando en ella sólo se encuentre en juego el interés del titular de la renuncia. En el caso contrario, la instancia debe lógicamente seguir su curso, en cuanto a los extremos que interesen a la parte contraria.

Al operarse el desistimiento de acción, se producen los efectos procesales señalados al desistimiento de instancia: extinción de la instancia y la obligación del que desiste de pagar costas, daños y perjuicios.

El desistimiento de acción se presenta bajo diferentes modalidades, a las que corresponden las mismas condiciones de validez.

A. Modalidades.

A la par del desistimiento de acción puro y simple, se encuentran otras modalidades como el allanamiento a la demanda y el desistimiento de recursos. Estas son las formas directas del desistimiento, pero existen otros actos que son calificados de formas indirectas de esta institución.

1. Formas directas.

El desistimiento de acción es una renuncia pura y simple de un derecho de carácter procesal (35).

Está configurado por un acto voluntario que por sí solo extingue una prerrogativa jurídica (36) (37). Su naturaleza es puramente abdicativa (38), ya que la voluntad de quien lo ejecuta es de privarse de un derecho y no de transmitir una ventaja a otro sujeto.

Hemos indicado más arriba que este acto podría estar previsto en nuestro Código Procesal Civil, presentándose diferentemente al desistimiento de instancia. Un desistimiento de ese tipo, que provenga del actor, parece muy raro que se presente, sobre todo en primera instancia (39).

Pero sí se observan, de manera más corriente, el allanamiento a la demanda y el desistimiento de recursos.

El allanamiento a la demanda es un desistimiento de acción, ya que el demandado que tácita o expresamente accede en un todo a la pretensión del actor, admitiendo los hechos y el derecho alegados, está renunciando a obtener del tribunal una decisión sobre la ausencia de fundamento de la demanda (40), siendo ello la forma que el derecho de acción toma en cuanto al demandado (41). El allanamiento tiene la naturaleza abdicativa que es la del desistimiento de acción, ya que una vez perfeccionado, el demandado no puede normalmente hacer uso de las defensas que hubiera tenido, por haberse privado él voluntariamente de ese ejercicio.

Esa misma abdicación tiene lugar en el desistimiento de recursos, ya sea de los recursos ordinarios o de los recursos extraordinarios, porque el efecto de esos actos es la firmeza de la decisión recaída (42), extinguiéndose el derecho de discutirla y fijándose el derecho de fondo declarado (43).

La naturaleza abdicativa de ciertos actos, extraños esta vez al proceso, produce indirectamente un desistimiento de acción.

(34) MOTULSKY, "Droit processuel", op. cit., p. 179.

(35) PERROT (Roger), "Cours de droit judiciaire privé". Les cours de droit. París. 1977, p. 579.

(36) MARTY y RAYNAUD, op. cit., No. 176.

(37) Es conveniente destacar que en Costa Rica el desistimiento de instancia de la demanda de reparación civil de un delito penal comporta un desistimiento de acción, según el art. 70 Cód. Pr. Pen. Ver Trib. Sup. Civil (S.J.), No. 386, 9:15 hrs. 26 mayo 1976. Rev. Jud. 1977, No. 5, Jurisp. No. 1256.

(38) RAYNAUD (Pierre), "La renonciation à un droit". Rev. Trim. Dr. Civ. 1936, p. 763.

(39) Es frecuente el desistimiento parcial de acción, como la renuncia a las costas en caso de allanamiento. Ver Sala 1a. Civil, No. 27, 8:10 hrs. 20 enero 1976. Rev. Jud. No. 4, 1977, Jurisp. No. 354.

(40) En ese sentido: GANDIN DE LAGRANGE (E.) y ENGELHARD-GROSJEAN (M. L.), "Acquiescement", Jurisclasseur proc. civ., fasc. 683, Nos. 14 y 16 ("el allanamiento comporta siempre el abandono de un derecho").

(41) MOTULSKY, "Le droit subjectif et l'action en justice", op. cit. El art. 30 del nuevo Cód. Proc. Civ. francés dispone que para el demandado "la acción es el derecho de discutir lo bien fundado de la pretensión del actor".

(42) Art. 850, C. Pr. Civ. C.R. En el mismo sentido: RAYNAUD, "Le désistement. . .", op. cit., p. 5 y 6, y su crónica de jurisprudencia en Rev. Trim. Dr. Civ. 1966, p. 537.

(43) BOULBES (R.), "Caractère et portée du désistement d'appel", J.C.P. 1963. I. 1765; y "Nouvelles réflexions sur le désistement d'appel", J.C.P. 1965. I. 1957.

2. Formas indirectas.

Excluimos de este estudio la remisión de la deuda, por configurar más bien una transmisión de derechos con carácter de donación, que una abdicación (44). Esa naturaleza sí se encuentra en otras instituciones como la renuncia de la prescripción, la renuncia a la herencia y la renuncia de servidumbre activa (45).

La renuncia de la prescripción, la adquirida, se entiende, implica la pérdida definitiva para el titular de la prerrogativa de oponerla en un futuro, ya sea ejercitando una demanda o proponiendo una defensa en ese sentido. Es claro, entonces, que la actividad procesal efectiva sobre la prescripción queda totalmente excluida desde el momento de la renuncia, expresa o tácita que haya sido (46).

La exclusión de esa prerrogativa se observa claramente en la renuncia de la herencia (47), ya que el heredero se priva voluntariamente de reclamarla. La renuncia de la servidumbre activa (48), opera los mismos efectos.

Cuando una de las renunciaciones señaladas se presenta estando en curso un proceso referido a esos derechos, la instancia debe extinguirse, ya que la acción desaparece (49).

Las formas directas y las formas indirectas del desistimiento de acción tienen en común los efectos que arriba hemos descrito, así como las condiciones que pasamos a señalar.

B. Condiciones.

No vamos a analizar aquí las condiciones del desistimiento de acción que son generales a todo acto jurídico, sino aquellas que le son específicas y que atañen por una parte el objeto de que trata, y por otra, el sujeto que lo realiza.

1. Condiciones objetivas.

El desistimiento de acción sólo puede tener lugar, válida y efectivamente, si se trata de derechos disponibles. En otros términos, no puede presentarse un desistimiento de acción cuando está en juego el orden público.

Así, un desistimiento de acción en materia de estado de las personas es absolutamente nulo, como se comprende fácilmente evocando los casos de la investigación de paternidad o de la nulidad de reconocimiento de la filiación, en los cuales tal desistimiento está excluido por ser contrario al orden público. La renuncia en los llamados derechos función o potestades, es también absolutamente nula (50). Sin embargo, ese desistimiento puede tener lugar al menos en una acción de estado: la que tiende al pronunciamiento del divorcio o a la separación judicial (51), en virtud de que no puede obligarse a una persona a proseguir contra su voluntad uno de esos procesos, ya que se atentaría contra una de las libertades fundamentales (siempre que el adversario, por su parte, no pretenda una decisión con esos fines, pero aún en ese supuesto, la acción de quien desiste estaría extinguida, siguiéndose la instancia para atender las pretensiones de la otra parte).

El desistimiento o renuncia de acción, en resumen, no puede tener lugar sobre los derechos indisponibles, ya sean derechos extrapatrimoniales o derechos patrimoniales de orden público (52).

La manifestación expresa o tácita de la voluntad de quien se desiste es, naturalmente, una de las condiciones del acto, pero no es preciso la aceptación del adversario. El carácter unilateral del desistimiento de acción es una de sus principales características (53): la renuncia judicial o extrajudicial de la acción es eficaz por sí sola.

BRENES CORDOBA (Alberto). "Tratado de las obligaciones y contratos". Nos. 443 y 446.

(44) SEILLAN (Yves). "L'acte abdicatif". Rev. Trim. Dr. Civ. 1966, p. 686.

(45) ROUBIER (Paul). "Droits subjectifs et situations juridiques". Dalloz. París. 1963, No. 52, C y nota 5 de la p. 432. Arts. 850 y 851 C. Civ. C.R.

(46) BRENES CORDOBA, op. cit., No. 511.

WEILL (Alex) y TERRE (François). "Droit civil. Les obligations", 2a. ed. Précis Dalloz. París. 1975, Nos. 1104 y 1105.

(47) Arts. 527 y 537, C. Civ. C.R.

(48) Art. 381 C. Civ. C.R.

(49) Y no sólo por falta de interés, que es una de las condiciones de la acción.

(50) ROUBIER, op. cit., Nos. 52, A y B.

(51) RAYNAUD, Crónica Rev. Trim. Dr. Civ. 1958, p. 135.

(52) MARTY Y RAYNAUD, op. cit., No. 176.

(53) CATALA y TERRE, op. cit., p. 299.

MOTULSKY, "Droit procesuel", op. cit., p. 179.

FERROT, "Cours...", op. cit., p. 579.

RAYNAUD, "La renonciation à un droit", op. cit.

VINCENT, op. cit., No. 768 bis.

Sin embargo, una corriente jurisprudencial francesa relativamente nueva, sostiene que si bien el desistimiento de acción puede resultar de la voluntad unilateral del actor, los jueces pueden invalidarlo cuando su voluntad está animada por el fraude, lo que se presentaría si el demandado tuviera razones valederas para oponerse al desistimiento (54).

2. Condiciones subjetivas.

Quien desiste de su acción debe poseer la capacidad de disponer del derecho litigioso (55).

Esta condición subjetiva, la única a que vamos a referirnos, subraya la diferencia entre el desistimiento de instancia y el de acción. Para aquel, como se indicó anteriormente, basta la capacidad para actuar ante los tribunales, en tanto que para el segundo es requerida la capacidad plena de disposición.

Esa diferencia radica en el distinto grado de gravedad de esos actos. El desistimiento de instancia deja, en principio, intacto el derecho de fondo; es un mero acto de administración, en un sentido muy amplio. El desistimiento de acción, en cam-

bio, modifica radicalmente el derecho sustancial, en la medida en que éste queda privado del elemento que le permitiría ser defendido ante los tribunales.

El desistimiento de instancia y el desistimiento de acción son dos instituciones claramente diferenciadas. Si bien el Código de Procedimientos Civiles costarricense omite regular en forma expresa la segunda de esas figuras, el enunciado general del artículo 844 permite reconocerla con cierta nitidez. La regulación que contiene este Código para el desistimiento de recursos —una modalidad del desistimiento de acción— ofrece una base normativa suficiente para crear una doctrina al respecto. Si se reconoce la diferencia entre los conceptos de acción y de instancia, debe concluirse en la necesidad de distinguir el desistimiento que toca a cada uno de ellos.

(54) Corte de apelación de París, 25 marzo 1960, J.C.P. II. 11562, nota de R.B. RAYNAUD, *Crónica Rev. Trim. Dr. Civ.* 1966, p. 537 s.

(55) VINCENT, *op. cit.*, No. 768 bis. CATALA y TERRE, *op. cit.*, p. 299.