

La Fianza Judicatum
Solvi

Francisco Alvarez Valdez

INTRODUCCION:

Hemos elegido como tema a presentar en estos “Coloquios Jurídicos” el de la Fianza de Solvencia Judicial o “Judicatum Solvi”, como es mejor conocida, debido a que consideramos que la misma debe ser objeto de un análisis que nos permita determinar su utilidad y posibilidades de vigencia dentro del derecho positivo moderno.

Confesado está, pues, nuestro fin último y más importante en el presente trabajo. Sin embargo, la fianza de solvencia judicial es exigida frecuentemente en nuestros tribunales y ello nos obliga a presentar previamente los puntos más relevantes de la misma, tanto teóricos como prácticos, tratando de esta manera de aportar aunque sea un dato desconocido por el lector, contribuyendo así al mejor conocimiento de esta figura jurídica. De esta manera tocaremos puntos tales como los aspectos generales de la fianza “Judicatum solvi”, incluyendo su definición, textos que la consagran, naturaleza, finalidad e historia; condiciones para su aplicación, tanto relacionados con quien solicita la fianza como con aquel a quien se solicita; campo de aplicación de la fianza, tanto en cuanto a la materia como en cuanto a la jurisdicción; procedimiento para su aplicación, incluyendo forma de solicitud, como se ordena y puede prestarse, y por último la situación de dicha fianza en nuestros días.

CAPITULO I.— ASPECTOS GENERALES

No es nuestra intención en este primer capítulo del trabajo ofrecer detalles pormenorizados de los aspectos generales de la “Judicatum Solvi”. Consideraremos cumplido su cometido si logramos exponer en pocas palabras una definición aceptable de ésta, los textos que la consagran, naturaleza, finalidad y su historia.

Rompiendo con la estructura de los mejores tratadistas del derecho, hemos preferido tocar los aspectos históricos luego de haber aclarado qué es la “Judicatum Solvi”, con la finalidad de que el lector pueda hacer su propia evaluación personal sobre la fianza en la actualidad a través del conocimiento de su historia. Esperamos, sin embargo, que no se nos acuse de dirigir el pensamiento del lector hacia nuestras propias convicciones.

A.— Definición.

Como muchas personas, no somos amigos de las definiciones, pues las mismas siempre dejan fuera elementos importantes de lo definido, causando a veces confusión. Sin embargo, siempre sacrificamos nuestro parecer, como en este caso, en aras de ofrecer al lector una idea general sobre la fianza al inicio del trabajo, que este podrá ir completando a través del desarrollo del mismo.

Tomando la idea central vertida por el insigne jurista profesor Froilán Tavares en sus “Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano”, Volumen II, página 258, y agregándole un elemento adicional, podría definirse la fianza de solvencia judicial de la siguiente forma: Aquella exigible al extranjero transeúnte que no posea inmuebles en el país y que no pertenezca a uno de los Estados signatarios de la Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana, que actúe como demandante principal o interviniente ante cualquier tribunal y en todas las materias, con la finalidad de garantizar el pago de las costas del proceso y los posibles daños y perjuicios que puedan producirse con la acción.

B.— Textos Legales

Los textos legales que consagran la fianza “Judicatum Solvi” en nuestro derecho positivo son, principalmente, el Artículo 16 del Código Civil, modificado por la Ley No. 845 de 1978 y los Artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil, modificados por la Ley No. 295 de 1919 e implícitamente por las leyes 845 y 834 de 1978.

Para poner a la mano del lector referencias sobre los artículos mencionados, transcribiremos a continuación sus textos:

“Art. 16.— En todas las materias y en todas las jurisdicciones, el extranjero transeúnte que sea demandante principal o interviniente voluntario estará obligado a dar fianza para el pago de las costas y de los daños y perjuicios resultantes de la litis, a menos que posea en la República inmuebles de un valor suficiente para asegurar el pago.”

“Art. 166.— El extranjero transeúnte que actúe como demandante principal o interviniente ante cualquier tri-

bunal o Juzgado de la República, que no sea un Juzgado de Paz, si el demandado lo propone antes de toda otra excepción, deberá afianzar previamente el pago de las costas y de los daños y perjuicios a que pudiere ser condenado.”

“Art. 167.— La sentencia que impone la fianza fijará también su cuantía. Si el extranjero consigna en el erario la suma fijada por la sentencia, o si demuestra que posee en la República bienes inmuebles, que están en condiciones de poder garantizar el pago de esa suma, será exonerado de dar fianza.

Otros artículos relacionados con la “Judicatum Solvi” son: Artículo 383 del Código Bustamante, que exonera a los nacionales de los países signatarios a presentar fianza en tales países (ver Supra pág. 9; Artículos 2018, 2019 y 2040 del Código Civil, que tratan sobre las condiciones que reunirán los fiadores (ver Supra pág. 34), y los Artículos 517 a 522, del Código de Procedimiento Civil, que tratan sobre la constitución de fiadores (ver. Supra pág. 33).

C.— Naturaleza

¿Cómo puede ser clasificada la fianza de solvencia judicial dentro de nuestro esquema procesal vigente? Sobre este aspecto existe unanimidad de criterios en el sentido de considerar a la “Judicatum Solvi” como una excepción de carácter privado. De esto se derivan aspectos muy importantes, tales como el hecho de que la fianza debe solicitarse “in limine litis” (ver Supra pág. 29), de que el beneficiado puede renunciar de antemano a exigirla (ver Supra pág. 22), de que el Juez no puede pronunciarla de oficio sino siempre a solicitud de la parte demandada.

El carácter privado de la fianza se desprende del hecho de que el legislador no la ha establecido en beneficio del interés público sino del interés exclusivo del demandado.

D.— Finalidad

El objetivo perseguido por el legislador al establecer y mantener la fianza “Judicatum Solvi” es doble:

1. Asegurar el pago de las costas procesales que se ocasionen con motivo de la demanda intentada por el extranjero;
2. Asegurar el pago de los posibles daños y perjuicios que pueda generar la demanda.

Por lo tanto, la “Judicatum Solvi” beneficia exclusivamente al demandado y a su abogado, quienes son los únicos que pueden ejecutar dicha fianza en caso de que resulten gananciosos.

El temor del legislador siempre ha sido que el extranjero que intenta una demanda temeraria que ha generado gastos y daños y perjuicios, abandone el país sin cubrir dichos gastos ni indemnizar al demandado. En esta situación, tendría el demandado que perseguir al extranjero hasta su lugar de residencia y tratar de ejecutar allí cualquier sentencia indemnizatoria que le haya favorecido o el simple cobro de las costas, para lo cual tendrá que correr el riesgo de que el tribunal extranjero no le conceda ejecución a la sentencia dominicana.

E. Historia.

Debe el investigador remontarse hasta los tiempos del glorioso Imperio Romano con la finalidad de descubrir el embrión de lo que más tarde y luego de cierta evolución, llegaría a ser la fianza de solvencia judicial de nuestros días.

Cualquier persona que lea sobre la era del Imperio Romano y aún tiempo atrás, descubrirá que existía un solo sentimiento frente a todo extranjero: desconfianza, temor, a veces odio. Incluso las guerras de aquellos tiempos atestiguan lo que acabamos de decir.

El Derecho Romano no se distinguió precisamente por su buen trato a los extranjeros; más bien se cuidó de que estos no pudieran ejercer los derechos normales de todo ciudadano. Basta para citar como ejemplo, que el extranjero no podía contraer “Justas nuptias” (matrimonio) en territorio romano. Muchos otros derechos les estaban vedados al inicio de la era romana y uno de ellos era el de litigar por ante los “pretors” (tribunales). Por lo tanto, no se puede hablar de que en el inicio de la Era existiese fianza de solvencia judicial cuando no podían presentar sus reclamaciones en justicia.

Sin embargo, en Roma existían dos figuras que consideramos se encuentran a la base de la fianza que hoy conocemos. La pri-

mera era la “Caución Judicatum Solvi”, que le era exigida al demandado en toda acción “in rem”. En este caso si el demandado no prestaba la fianza corría el riesgo de que el demandante la prestara, obteniendo así la posesión de la cosa en litigio y el papel de demandado, con todas las ventajas que esto implicaba.

La otra fianza a que hacemos referencia es la “Cautio pro Expensis”, la cual recaía sobre todo demandante con la finalidad de garantizar los gastos ocasionados por su acción.

Posteriormente y durante el período del Antiguo Derecho Francés, la “Caución Judicatum Solvi” y “Cautio pro Expensis” romanas desaparecerían dando paso a la “Caution Judicatum Solvi” de nuestros días, que solo se exigiría al extranjero demandante.

La evolución que hemos mencionado llega a su etapa cumbre, si se quiere, con la redacción del Artículo 16 del Código Civil Napoleónico de 1804, que consagra la fianza de solvencia judicial dentro del sistema de derecho escrito que venía tomando vigencia con gran fuerza.

La “Judicatum Solvi” sufrió modificaciones en Francia en el año 1895, y en el 1975 fue derogada; mientras que en nuestro país las modificaciones fueron realizadas en el año 1919, por la Ley No. 295, y en el año 1978, por La Ley No. 845 y 834 manteniéndose todavía vigente, tanto en la letra como en la práctica, esta figura.

CAPITULO II.-- CONDICIONES PARA SU APLICACION

Como toda figura jurídica, la fianza de solvencia judicial requiere de la reunión de ciertas condiciones para que la misma pueda ser ordenada por el tribunal. Estas condiciones se encuentran relacionadas o con la persona a quien se le solicita o con aquella que la solicita y en este orden pasaremos a examinarlas a continuación, puntualizando después el momento en que debe apreciarse el cumplimiento de dichas condiciones.

A. Relacionados con aquel a quien se le solicita.

A través de la definición que sobre la “Judicatum Solvi” dimos anteriormente (ver *infra*, pág. 2), se desprende que la misma sólo puede imponerse a un extranjero, transeúnte, demandan-

te o interviniente en el proceso judicial, que no posea inmuebles en el país y que no sea ciudadano de uno de los países signatarios de la Convención sobre Código de Derecho Internacional Privado de 1928. A continuación pasaremos a desglosar cada uno de estos elementos por separado.

1. Calidad de Extranjero.

Si observamos el fundamento que siempre ha dominado la fianza de solvencia judicial, llegaremos a la conclusión de que el requisito más obvio para su aplicación debe ser el que la persona sobre la cual recae ostente una nacionalidad extranjera. Ciertamente la intención original fue la de eliminar la ventaja de todo extranjero que intente una acción y que luego pueda escaparse de las consecuencias que produzca en su contra con la sola salida del país.

La calidad de extranjero se requiere, pues, como elemento indispensable para la aplicación de la fianza “*Judicatum Solvi*” y no debe distinguirse conque sea una persona física o una persona moral, pues a ambas se les puede exigir e imponer tal fianza.

Cabría preguntarse ahora sobre quién recae la carga de probar que el demandante es extranjero cuando se solicita la fianza. Aplicando los principios generales de la prueba, tendremos que la misma recae sobre el demandado en el proceso, es decir sobre aquel que solicita la fianza. Tal conclusión se obtiene de la aplicación del principio de que aquel que alega un hecho debe probarlo (*Actori incumbit probatio*”).

Sin embargo, luego de que se encuentre establecida la nacionalidad extranjera del demandante, le corresponde a éste probar que se encuentra dispensado de aportar la fianza por el motivo que sea.

Un aspecto interesante resulta del hecho de que en Francia, en algunos casos, la fianza ha sido exigida e impuesta a los Estados extranjeros. Esta situación no ha ganado el criterio unánime de la doctrina, ni aún de la misma jurisprudencia y se ha considerado que tal postura sería “difícilmente conciliable con las conveniencias internacionales”.¹

2. Ciudadano de un país que no sea signatario del Código de Bustamante.

En el año 1928 fue firmada en La Habana, Cuba, la Convención sobre Código de Derecho Internacional Privado, mejor conocida como Código Bustamante en honor a su insigne autor el jurisconsulto Antonio Sánchez de Bustamante. Esta convención estableció en su artículo 383 que “no se hará distinción entre nacionales y extranjeros en los Estados contratantes en cuanto a la prestación de la fianza para comparecer en juicio”, liberando de esta manera a todos los nacionales de países contratantes de tener que prestar dicha fianza en cualquier otro país contratante.

Ahora bien, aunque 21 fueron los países representados en la mencionada convención, sólo 20 la firmaron y 15 la ratificaron e hicieron el depósito del instrumento de ratificación en la Unión Panamericana, por lo que el Código Bustamante sólo está vigente para esas 15 naciones de acuerdo con sus mismos postulados y con los principios de Derecho Internacional Privado.

En este último sentido cabe citar los Artículos 2 y 4 del Código Bustamante que expresan lo siguiente:

“Artículo Segundo.— Las disposiciones de este Código no serán aplicables sino entre las Repúblicas contratantes y entre los demás Estados que se adhieran a él en la forma que más adelante se consigna.”

“Artículo Cuarto.— *El Código entrará en vigor para las Repúblicas que lo ratifiquen, a los treinta días del depósito de la respectiva ratificación y siempre que por lo menos lo hayan ratificado dos.*”

En el mismo sentido Alfred Verdross en su obra “Derecho Internacional Público” señala lo siguiente:

“Pero lo corriente es que los tratados se establezcan según un procedimiento compuesto. Consiste dicho procesamiento en que el contenido del tratado se fija y firma primero por negociadores, después de lo cual viene el visto bueno del proyecto de tratado, ya firmado, por el órgano competente para su conclusión. Esta conformidad se llama ratificación (confirmación), y ha de distinguirse de la conformidad parlamentaria en materia de tratados.”²

*“Después de la ratificación tiene lugar, o el cambio de los documentos de ratificación (“instrumentos de ratificación”), o el depósito de los mismos ante una instancia predeterminada, o, finalmente, la mera comunicación de que la ratificación se llevó a cabo. El cambio de instrumentos de ratificación suele darse en los tratados bilaterales; el depósito, en los tratados colectivos; la mera comunicación, cuando el envío de los instrumentos de ratificación resulte demasiado complicado o requiera excesivo tiempo. Un tratado no es válido hasta la perfección de este procedimiento, puesto que con anterioridad a ella no puede hablarse de acuerdo de voluntades.”*³

De esta manera queda demostrado que aquellos países que no firmaron y ratificaron la Convención, depositando luego la ratificación en la Unión Panamericana, no forman parte de ésta y a sus nacionales, en el caso específico que nos ocupa, se les podrá exigir que presten la fianza de solvencia judicial en nuestro país.

A continuación mostraremos un cuadro tomado de la Recopilación Trujillo de Tratados y Convenciones, que muestra los países signatarios del Código, cuáles lo ratificaron y cuáles cumplieron con el requisito de depósito:

PAISES SIGNATARIOS	FECHA DEL INSTRUMENTO DE RATIFICACION	FECHA DE DEPOSITO DEL INSTRUMENTO DE RATIFICACION
Bolivia	Enero 30, 1932*	Marzo 9, 1932*
Brasil*	Junio 25, 1929*	Agosto 3, 1920*
Colombia*		
Costa Rica*	Febrero 4, 1930*	Febrero 27, 1930*
Cuba*	Marzo 28, 1928	Abril 20, 1928
Chile*	Julio 14, 1933*	Septiembre 6, 1933*
Ecuador	Abril 15, 1933*	Mayo 31, 1933*
El Salvador*	Septiembre 25, 1931*	Noviembre 16, 1931*
Guatemala	Septiembre 9, 1929	Noviembre 9, 1929
Haití	Enero 7, 1930*	Febrero 6, 1930*
Honduras	Abril 4, 1930	Mayo 20, 1930
México		
Nicaragua*	Diciembre 17, 1929	Febrero 28, 1930
Panamá	Septiembre 26, 1928	Octubre 26, 1928
Paraguay*		
Perú	Enero 8, 1929	Agosto 19, 1929
República Dominicana*	Febrero 4, 1929*	Marzo 12, 1929*
Uruguay*		
Venezuela	Diciembre 23, 1921*	Marzo 12, 1932*

* Con reservas.

Como podrá observarse en el cuadro, Estados Unidos no aparece ni siquiera como país signatario por la razón de que aunque fue representado en la Convención, no aprobó la misma debido a que “la Constitución de los Estados Unidos de América, las relaciones de los Estados miembros de la Unión Federal y las atribuciones de poderes y del Gobierno Federal. . .”⁴ les hacía difícil aprobarla en ese momento, pero se reservaron el derecho de adherirse posteriormente a dicha convención, cosa que no ha ocurrido hasta ahora, 52 años después, y que demuestra que la verdadera razón fue que dicho país no quería atarse a los postulados del Código.

Antes de abandonar este punto, queremos dejar establecido que la promulgación de la Ley No. 845 que modificó la fianza de solvencia judicial haciéndola exigible en todas las materias y jurisdicciones, no derogó el Artículo 383 del Código Bustamante, ya mencionado. A esta conclusión se llega luego de despejar el conflicto entre una ley nueva y un tratado internacional.

Sobre el conflicto antes indicado, la Jurisprudencia francesa mantuvo el criterio de que los tratados poseen una mayor jerarquía que la ley interna, y en caso de contradicción entre ley nueva y tratado anterior, dejó establecido que las disposiciones del tratado no quedaban derogadas. Esta jurisprudencia fue consagrada por el legislador francés, quien en 1958 reformó la Constitución estableciendo la superioridad del tratado frente a la ley interna.

Pero más aún, en el caso específico que nos ocupa, no se deja expresamente entendido que se derogan las disposiciones del Código Bustamante relacionadas con la fianza, lo que deja entrever la intención del legislador de mantener su vigencia.

Hasta donde tenemos conocimiento, este punto todavía no ha sido debatido en nuestros tribunales, pero cuando ocurra es de esperar que se adopte el criterio que mencionamos.

3. El extranjero debe ser transeúnte.

El Artículo 16 del Código Civil como ya hemos visto, señala que solamente el extranjero transeúnte debe la fianza. De esta manera se ha atenuado a la desigualdad del extranjero a la hora de accionar en justicia y se ha tratado de reforzar el criterio de que la fianza “Judicatum Solvi” solamente existe por el temor

de que el extranjero demandante abandone el país sin hacer frente a las consecuencias producidas por su acción. Se considera que no existe tal temor cuando el extranjero tiene raíces en el país, es decir, cuando no es transeúnte.

Cabría ahora preguntarse qué se entiende por extranjero transeúnte, cuándo debe considerarse transeúnte a un extranjero para eximirle de la prestación de la fianza?

Examinando el sentido ordinario de la palabra transeúnte, tenemos que esta refleja duración limitada, tránsito, de paso. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, transeúnte es aquel que transita o pasa por un lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un lugar.⁵

Tomando pues la palabra transeúnte en su sentido estricto, la fianza podrá ser exigida a todo extranjero que se halle de paso por el país y, por razonamiento a contrario, no le podrá ser exigido al extranjero radicado en nuestro país.

Nuestra Suprema Corte de Justicia se ha mostrado acorde con la interpretación literal de la palabra transeúnte, cuando por sentencia de fecha 21 de noviembre de 1979 (B.J. No. 828, página 2328) estableció que a un extranjero con permiso de residencia, con cierto tiempo en el país y casado con una dominicana, no podrá exigírsele la fianza por no reunir la condición de transeúnte. A continuación transcribimos uno de los considerandos de la mencionada sentencia para mejor comprensión del punto:

“Considerando, que la recurrente alega y expone en su único medio de casación lo siguiente: que ante la Cámara a-qua presentó la excepción judicatum solvi contra el obrero demandante, en su condición de extranjero, pero fue rechazada; que el 5 de noviembre la empresa comunicó a la Secretaría de Trabajo el preaviso que había notificado al trabajador; que el Juez a-quo declaró en su sentencia que los documentos depositados por la recurrente carecían de trascendencia, lo que evidencia que no fueron examinados; que por estos documentos se probaban todas las faltas que cometió en su trabajo el demandante Cantelli.

Considerando, en cuanto al alegato relativo a la excepción *judicatum solvi*; que en la sentencia impugnada se expresa al respecto lo siguiente: que al obrero demandante no puede exigírsele la presentación de una fianza en vista de que la Ley solo la exige para los extranjeros transeúntes cosa que no ocurre en la especie, ya que dicho trabajador tiene permiso de residencia en el país, según consta en certificado de la Dirección de Migración, marcado con el No. 118365 otorgado desde el 1964, y otro certificado expedido por la Embajada de España donde consta lo mismo que, además, el actual recurrente depositó en el expediente el acta de su matrimonio celebrado con una dominicana, el 27 de diciembre de 1975; que igualmente fueron depositados en el expediente, una certificación del Complejo Metaldom donde consta que el reclamante laboró en esa empresa desde 1968 hasta 1970, y una carta de compromiso de Fomento Industrial por la cual se le prorroga el convenio suscrito con el reclamante en 1966; que, por tanto, la Cámara a-qua procedió correctamente al rechazar el referido pedimento de la actual recurrente, ya que de acuerdo con el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil la fianza *judicatum solvi* solo puede ser exigida al extranjero transeúnte; que en consecuencia, este alegato del medio propuesto carece de fundamento y debe ser desestimado”;

En la sentencia señala nuestro más alto Tribunal algunas de las condiciones que eliminaban la calidad de transeúnte, tales como estar casado con una dominicana, llevar varios años residiendo en el país, tener permiso de residencia. Sin embargo, existen, a nuestro juicio, otros elementos que permitirían establecer que un extranjero no es transeúnte, tales como el traslado de toda o parte de su familia al país, el tener obligaciones a plazo aquí, poseer cédula de identificación personal, entre otras.

Debe entenderse que en algunos casos no bastará con reunir uno de esos elementos, pues el hecho de que un extranjero esté casado con una dominicana no elimina su condición de transeúnte salvo que se reúna con otros como tener permiso de residencia y cierto tiempo en el país.

4. No debe poseer inmuebles en el país.

Si la función de la fianza es garantizar el pago de costas y daños y perjuicios, mal podría exigirse al extranjero que posee inmuebles en República Dominicana, si estos son suficientes para ofrecer la garantía. Por esta razón el Artículo 16 del Código Civil establece que el extranjero que posea inmuebles de un valor suficiente para garantizar dicho pago, será exonerado de la prestación de la fianza. En tal sentido también se manifiesta el Artículo 167 del Código de Procedimiento Civil.

Pero no basta con poseer inmuebles para ser exonerado de la fianza. Es necesario que dichos inmuebles sean de un valor tal que puedan garantizar el pago de las costas y de los daños y perjuicios. Este último punto se encuentra a la soberana apreciación de los jueces.

Por otra parte, el extranjero debe ser el propietario de los inmuebles, debe poseer la nuda propiedad de éstos. En Francia, incluso, por decisión de la Corte de Bordeaux del 24 de enero de 1849 (D.P. 51.2.119), se ha aceptado una propiedad indivisa con la finalidad de exonerar al extranjero de la fianza.

Está de más aclarar que es preciso que los inmuebles se encuentren ubicados en la República Dominicana, aunque no se requiere que estén en un lugar o área específica.

La doctrina francesa considera que el extranjero demandante no se encuentra en la obligación de consentir ninguna hipoteca sobre sus inmuebles en razón de la acción que incoa pues basta con que posea los mismos para ofrecer certidumbre de que podrá cobrarsele costas e indemnizaciones⁶. Igualmente que la sentencia que decide sobre la prestación de la fianza no puede dar lugar a la inscripción de una hipoteca judicial provisional sobre los inmuebles del extranjero por no ser una sentencia condenatoria⁷.

El artículo 167 del Código de Procedimiento Civil establece otra forma por la cual el extranjero podrá librarse de prestar la fianza, distinta de la de poseer inmuebles, y es la de consignar en el erario la suma que fije la sentencia que ordena prestar la fianza. Sin embargo, este sistema es poco o nada recomendable por la dificultad práctica que dá obtener que le sean devueltos los fondos una vez concluido el proceso.

Por último, la jurisprudencia francesa ha decidido que la fianza no es debida cuando el demandante extranjero tenga frente al demandado un crédito líquido y exigible cuyo monto sea suficiente para asegurar el pago de costas y posibles daños y perjuicios (Tribunal Com. Seine, 7 de marzo 1950, D. 1950 328). Esta liberal interpretación de los textos por parte de los tribunales franceses, a nuestro modo de ver muy correcta, obedece a que se hace primar el espíritu e intención del legislador por encima de la letra.

5.- Debe ser demandante en el Proceso.

Resultaría una exagerada violación al derecho de defensa el que se le exija a un extranjero demandado que coloque una fianza antes de proseguir con el proceso. Se estaría coartando el derecho de defensa y hasta estableciéndose una presunción peligrosa de culpabilidad sobre el extranjero demandado. Es por esta razón que la fianza solamente recae sobre el extranjero que figure como demandante en el litigio: No se puede exigir a nadie que garantice un riesgo que no ha creado.

Sin embargo, existe una serie de casos en los cuales la calidad de demandante debe ser examinada cuidadosamente y a ellos nos referiremos en los próximos párrafos.

El extranjero que figura como interviniente voluntario en un proceso estará obligado a suministrar la fianza en virtud de lo dispuesto por el Artículo 16 del Código Civil, que lo establece de una manera clara y sin dejar lugar a discusiones. Ahora bien, ¿Qué sucede cuando un demandado extranjero llama en intervención forzosa a otra persona? En este caso, si se encuentran reunidos los otros elementos, el llamado en intervención podrá exigirle al demandado principal que preste la fianza "Judicatum Solvi". Esto ha sido resuelto de esta manera por el hecho de que aunque el que llamó en intervención forzosa es demandado en el proceso en lo que respecta a la demanda principal, ostenta la calidad de demandante frente al llamado en intervención (Req. 20 de enero de 1936, Recueil Sirey, 1936. 1.127).

Ocurre igual cuando el extranjero demandado intenta una demanda en garantía puesto que aunque tal demanda resulta para él un medio de defensa no lo es así para el llamado en garantía, frente al cual asume el carácter de una demanda principal que dá lugar a exigir la fianza.

La jurisprudencia francesa ha decidido igualmente que la fianza no es debida en el caso de un extranjero que realiza un embargo inmobiliario en virtud de un título ejecutorio no contestado (Trib. Com. Nantes, 4 mayo 1928); tampoco cuando se demanda el exequátur de una sentencia arbitral para su ejecución (Com. Trib. Civ. Seine, 27 de febrero de 1926, D.H. 1936. 246), pero si es debida cuando se demanda el exequátur de una sentencia extranjera (Chambery, 26 febrero 1894, D. P. 96. 2. 150). Tampoco es debida, siempre de acuerdo con los tribunales franceses, en caso de demanda reconventional (Trib. Coml Nancy, 4 de enero de 1954, D. 1954, Somm. 46).

Cabe señalar en este momento que no profundizaremos en los argumentos que ha adoptado la jurisprudencia francesa para consagrar las interpretaciones antes mencionadas pues haríamos sumamente extenso este trabajo y nos alejaríamos de nuestro propósito de cuestionar el uso de la fianza para el cual esta parte del trabajo es preparatoria.

B. Relacionadas con quien la solicita.

En principio la fianza de solvencia judicial solo puede ser exigida por un dominicano que figure como demandado en un proceso en que el demandante sea extranjero y reúna las condiciones señaladas anteriormente. Sin embargo, existen algunas atenuaciones a esta regla, tales como algunas ocasiones en que puede ser solicitada por el extranjero demandado o que para poder exigirla no se debe haber renunciado a ella.

1. De nacionalidad dominicana

El principio no discutido es que todo dominicano está en el derecho de exigir la prestación de la fianza cuando se cumplan las demás condiciones de esta. Esta idea proviene de la forma en que siempre se ha visto la "Judicatum Solvi" como un medio de eliminar la desigualdad que existiría entre un nacional y un extranjero que litigan y que podría llevar a que el nacional no pueda ejecutar una sentencia contra el extranjero por haber salido este del país sin dejar ninguna propiedad en el mismo, mientras que dicho extranjero si podría ejecutar una sentencia favorable contra el nacional.

Cabe precisar, sin embargo, que ni el Artículo 16 del Código Civil ni los Artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil especifican que debe poseerse la nacionalidad dominicana para poder exigir la fianza. Aunque nuestra Suprema Corte de Justicia en una sentencia del año 1962 establecía que “si en principio, la fianza *judicatum solvi* puede ser pedida en grado de apelación, aunque por primera vez, *por un dominicano* contra un extranjero transeúnte. . .” (ver B. J. 262, Sept. 1962, pág. 1456), lo que podría interpretarse en el sentido de que la fianza solo puede ser exigida por un dominicano.

Siguiendo la idea del último párrafo, el Profesor Froilán Tavares en su obra ya citada “Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano”, tomo II, página 258, establece que cuando el extranjero “es demandante los Art. 16 del C. Civil y 166 del C. de Pr. Civil, ref. por la Ley 295 y 1919, le sujetan a la obligación de garantizar *al demandado dominicano* el reembolso de las costas. . .”, dando a entender igualmente que la fianza solo se debe a dominicanos. En este sentido también se manifestó la jurisprudencia francesa por una sentencia del 15 de abril de 1842 al señalar que el Artículo 16 del Código Civil tiene como único objeto prevenir al ciudadano francés demandado de la desigualdad que le presenta un extranjero demandante que no puede ofrecer las garantías que el posee en razón de los vínculos con el territorio, para la ejecución de cualquier sentencia y que por lo tanto mal podría un extranjero solicitar la fianza contra otro debido a que se encuentra en semejante situación y no existe la desigualdad mencionada (D.P. 42. 1. 196).

Sin embargo, la jurisprudencia francesa fue atenuando cada vez más la forma rigurosa con que se descartaba al extranjero en la solicitud de la fianza y fueron apareciendo en dicha solicitud. De esta manera al extranjero admitido en Francia en el ejercicio o en el goce de los derechos civiles le fue permitido exigir la fianza por sentencia del 16 de marzo de 1929; al extranjero con domicilio autorizado por igual e incluso al extranjero titular de una carta de residencia privilegiada (Corte de París por sentencia del 9 de enero de 1951, D. 1951, D. 1952, 122).

A nuestro modo de ver el criterio que parece que adoptó la jurisprudencia francesa fue el de permitir que el extranjero no

transeúnte pueda solicitar la fianza. Es de esperar que cuando se presente el caso, este sea el criterio también seguido por nuestra Suprema Corte de justicia, pues de esta manera no haría otra cosa que seguir fiel a la intención del legislador de borrar diferencias que también se presentan cuando un extranjero residente y con arraigo en nuestro país es demandado por un extranjero transeúnte.

2. No debe haber renunciado a la fianza

Como ya hemos visto la fianza de solvencia Judicial presenta un carácter privado que permite que cualquiera persona pueda renunciar a exigirla en cualquier momento. Esto podría resultar, por ejemplo, cuando se celebra un contrato entre un extranjero y un dominicano y en el cual se estipula que en caso de litigio el dominicano renuncia a solicitar la prestación de la fianza "Judicatum Solvi", descartado así cualquier petición ante el tribunal en este sentido.

Por esta razón no está de más nunca el mantener pendiente esta idea con la finalidad de incluirla en los contratos que redactemos cuando seamos abogados de la parte extranjera.

3. Debe ser demandado

La persona que solicita la prestación de la fianza de solvencia judicial debe poseer la calidad de demandado en el proceso, pues no se justifica que una persona que intente una acción requiera de su contraparte demandada la prestación de una fianza para garantizar un riesgo que ha sido iniciativa y responsabilidad exclusiva de quien así actúa.

Reiterando lo señalado cuando tratamos sobre la calidad de demandante de la persona a quien se solicita (ver infra. pág. 18) hicimos algunas observaciones que también se aplican al presente punto, pero viéndolo desde el ángulo del demandado. Así tenemos que la persona llamada en intervención forzosa, por ejemplo, puede requerir la fianza a quien así le llame, aunque este último sea demandado en relación con la demanda principal; lo mismo sucede con la demanda en garantía.

Ahora bien, en lo que se refiere a la calidad de demandante y demandado en un litigio con sentencia en primer grado y que

pasa al segundo grado tal vez con variación de las posiciones pudiendo ser el demandante original, recurrido en este grado, nos remitimos a una parte posterior de este trabajo en que tocamos dicho punto (Ver supra, pág. 27).

C. Momento de Apreciación de las Condiciones.

¿En qué momento debe colocarse el Juez para determinar si las condiciones antes mencionadas han sido cumplidas? Sobre este punto ha existido cierta controversia entre los autores franceses, mientras que en nuestro país nunca se ha discutido o por lo menos no ha llegado tal punto a nuestra Suprema Corte de Justicia.

Algunos autores consideran que el momento de la notificación de la demanda es el que debe considerarse para examinar si se encontraban reunidos los elementos que permiten la exigencia y prestación de la "Judicatum Solvi". Tal es el criterio, por ejemplo, de Batiffol expuesto en la página 751 de su obra *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*, edición de 1949.

Otros autores y la misma jurisprudencia francesa, aunque sea de manera unánime, prefieren situar tal momento en la fecha del depósito de las conclusiones (París, 25 de marzo de 1937, D.H. 1937, 256).

Sin embargo, un aspecto más importante que el determinar el momento preciso en que se apreciarán las condiciones, resulta ser el de los cambios que pueden ocurrir en las mismas durante el transcurso del proceso.

Cabe válidamente preguntarse qué sucedería en el caso de que un extranjero demandante que haya prestado la fianza, adquiera la nacionalidad dominicana antes de que haya una cesación sobre el litigio? ¿O que el demandado dominicano pierda su nacionalidad por haber adquirido otra? ¿O si el extranjero que había sido eximido de prestar la fianza por poseer inmuebles en el país, pierde la propiedad de estos? ¿O que el demandado extranjero adquiera la nacionalidad dominicana?

Sobre estos casos nada se ha decidido en nuestro país y, en consecuencia, tenemos que retornar al derecho francés, donde la jurisprudencia ha mantenido su sistema de no apegarse a la letra de la ley, estableciendo que el extranjero demandante que haya prestado la fianza y posteriormente devenga en (ciudadano fran-

cés, puede hacerse descargar de tal obligación (Rocien, 2 de abril de 1892, D. P. 94. 2. 239). Igual resultado tendría la pérdida de la nacionalidad francesa por parte del demandado⁸

Igualmente y a pesar del principio de que la fianza solo puede oponerse "in limine litis", se admite en Francia que cuando el demandado adquiere la nacionalidad francesa en el curso del proceso, esto le da derecho a exigir en ese momento la prestación de la fianza por parte del extranjero demandante⁹. En este mismo sentido se manifiesta la doctrina francesa en el caso de que los inmuebles que habían permitido al extranjero demandante liberarse de la prestación de la fianza, hayan perdido su valor o hayan sido vendidos o hipotecados¹⁰. Esto es consecuencia del carácter provisional de la sentencia que ordena la fianza (ver supra, pág. 30).

CAPITULO III.— DOMINIO MATERIAL DE APLICACION

En esta parte del trabajo trataremos de precisar en cuáles materias y por ante cuáles jurisdicciones debe ser prestada la fianza "Judicatum Solvi".

A. Materias

Bastaría con citar las primeras cuatro palabras del Artículo 16 del Código Civil para dejar establecidas las materias en las cuales puede solicitarse la fianza: "Art. 16 —En todas las materias..."

Es por esta razón que en la actualidad no debe existir controversia cuando se exija la fianza en tal o cual materia. Esta dificultad existía antes de la Ley No. 845 de 1978, que fue la que introdujo la parte anteriormente citada del Artículo 16.

Antes de la Ley No. 845 la fianza no podía ser exigida ni en materia comercial ni en materia laboral.

La manera enfática del nuevo Artículo 16 impide cualquier especulación por lo que, sea en referimientos, sea en materia administrativa, civil, comercial, laboral, de tierra, penal y cualquiera otra, la fianza debe ser prestada cuando se reúnan las condiciones requeridas.

B. Jurisdicciones.

La misma situación señalada en cuanto a las materias ocurre en cuanto a las jurisdicciones por continuar el nuevo Artículo

16 del Código Civil señalando “. . . y en todas las jurisdicciones. . .” por lo que tampoco debe discutirse este aspecto, aunque vale la pena aclarar ciertos puntos.

El actual Artículo 166 del Código de Procedimiento Civil excluye la prestación de la fianza por ante el Juzgado de Paz y esto puede llamar a engaño. Si bien es cierto que el texto de dicho Artículo excluye al Juzgado de Paz también lo es que el mismo fue modificado de manera implícita por la Ley No. 845 que modificó el Artículo 16 del Código Civil y que estableció que la fianza será prestada por ante todas las jurisdicciones.

Por lo tanto la fianza puede ser solicitada y debe ser prestada ante todo tribunal, ante todo grado de jurisdicción.: Juzgados de Paz, Tribunales de Primera Instancia, Corte de Apelación, tribunales de tierra de jurisdicción original, Tribunal Superior de Tierra, Suprema Corte de Justicia, tribunales administrativos y cualquier otro.

Debe, sin embargo precisarse que para solicitarla en la Suprema Corte de Justicia y en la Corte de Apelación se deberá tener en cuenta las calidades que ostentaron las partes en el proceso en los tribunales inferiores. Así tenemos que un extranjero demandante en primera instancia que recurre en apelación la sentencia que le desfavorece, deberá prestar la fianza en este segundo grado de jurisdicción pero no ocurre lo mismo cuando la sentencia le favorece y es recurrida por el demandado. En este último caso el demandado original pasa a ser demandante en apelación y no puede exigirle al extranjero recurrido, aunque haya sido demandante en el primer grado, que presente la fianza (Tribunal Civil del Seine, 5 de febrero de 1935, D.H 1935.224) por la razón de que existe independencia entre las dos instancias, son dos grados de jurisdicción distintos. Textualmente la jurisprudencia francesa ha fijado su posición en la sentencia señalada de la manera siguiente:

“El francés no puede demandar, por primera vez, en apelación la fianza *Judicatum Solvi* más que si ha sido demandado en primera instancia y es intimado delante la Jurisdicción de segundo grado”.¹¹

Por igual, para poder solicitar la fianza por ante la Suprema Corte de Justicia se requiere, de acuerdo con los postulados fran-

ceses, que quien la solicita haya sido demandado en primer grado, intimado en segundo grado y recurrido en casación.¹²

Un punto interesante con respecto a las ideas planteadas en los párrafos anteriores, que no puede dejar de tocarse, es en el sentido de que la jurisprudencia francesa no aplica el criterio antes señalado en caso de oposición por considerar que la misma es la continuación de la primera instancia y que por lo tanto la situación de las partes no cambia. Por consiguiente admite que lo condena en defecto puede solicitar la fianza a su contraparte extranjera.

Debemos aclarar, en último lugar, que el hecho de no solicitar la fianza en primer grado no impide solicitarla en el segundo o en casación, pero en estos casos no podrá garantizar más que las costas generadas a partir de entonces.

CAPITULO IV.— PROCEDIMIENTO DE APLICACION

Entramos ahora en los aspectos prácticos de la fianza de solvencia judicial, tales como la forma en que debe plantearse, como se ordena, en qué consiste la fianza, como se presta.

A. Forma de solicitud.

Como toda excepción de procedimiento la fianza debe solicitarse “in limine litis”, es decir, antes de que el tribunal se avoque al conocimiento del fondo del asunto.

Ahora bien, sobre este aspecto debe tenerse mucho cuidado pues la situación ha variado después de las leyes de 1978. Ciertamente, antes de la promulgación de la Ley No. 834 de 1978 existía una contradicción entre los Artículos Nos. 166, 169 y 173 del Código de Procedimiento Civil, al establecer el Art. 166 que la excepción de fianza debía proponerle antes de cualquiera otra, pero lo mismo también decían el Art. No. 169 con respecto a la excepción de incompetencia y el Art. No. 173 acerca de la excepción de nulidad.

Como señalábamos, esta contradicción fue borrada por la Ley No. 834 que estableció en su Artículo 2 que “las excepciones deben, a pena de inadmisibilidad, ser presentada simultáneamente y antes de toda defensa al fondo o fin de inadmisión”. De esta manera queda claro que el hecho de presentar

cualquier excepción distinta a la fianza o cualquier medio de inadmisión y, más aún, cualquier defensa al fondo hace inadmisibile la solicitud posterior de fianza.

Igualmente debe señalarse que la solicitud de comunicación de documentos no excluye la posterior solicitud de la fianza ni de ninguna otra excepción al tenor de lo indicado por el Art. 2, Segundo Párrafo de la Ley No. 834 de 1978.

B. Debe ser ordenada por Sentencia.

Luego de que la fianza haya sido planteada, el Juez debe verificar si se han cumplido todas las condiciones que la perfeccionan y si es así se encuentra en la obligación de ordenarla por sentencia. Esto último se justifica en razón de que el Juez no posee un poder de apreciación discrecional sobre si la fianza debe o no prestarse y se ve en la obligación de ordenarla cuando procede y ha sido solicitada, ya que tampoco puede ordenarla de oficio.

La sentencia que ordena la fianza tiene un carácter provisional y podrá ser apelada en el plazo ordinario, no pudiendo ni prestarse la fianza ni continuarse con el proceso antes de que transcurra dicho plazo. En caso de apelación la instancia queda sobreseída hasta que el recurso sea conocido y decidido.

Un punto interesante en cuanto al contenido de dicha sentencia es si la misma puede fijar un plazo para la presentación de la fianza. Este punto ha sido resuelto positivamente por la jurisprudencia francesa, la cual considera caduca la demanda principal en caso de que no se haya respetado el plazo, aunque esta caducidad deberá ser solicitada al tribunal para que este pueda pronunciarla, (Trib. Civ. de Seine, 17 de abril de 1886, y París 4 de noviembre de 1996, Recueil Serey 88.2.89). Sobre este punto queremos indicar que el Artículo 517 del Código de Procedimiento Civil señala que “la sentencia que ordenare la constitución de fiador fijará el plazo en el cual debe constituirse, así como en el que debe aceptarse o impugnarse”, por lo que consideramos que es obligación del tribunal fijar dichos plazos. Sin embargo, consideramos pertinente recomendar que siempre se solicite al tribunal fijar dicho plazo, pues de lo contrario estos no lo hacen, salvo excepciones. Siempre se obtendrá con esto constreñir a la parte contraria al depósito si además se solicita

que se declare caduca la instancia en caso de no respetarse el plazo. si no se fija el plazo, la fianza podrá ser prestada en un término de 3 años, pasados los cuales sin que se preste, puede solicitarse la perención de la instancia.

Igualmente el monto por el cual deberá prestarse la fianza deberá enunciarse en la sentencia que la ordena. Este monto será evaluado por el Juez, el cual debe cuidar que el mismo pueda cubrir los gastos del proceso y los posibles daños y perjuicios ocasionado por la demanda al demandado. El demandado generalmente sugiere la cantidad que considera adecuada y podría apelar la sentencia que la ordena si el monto es irrisorio.

Debido al carácter provisional de la sentencia que ordena la fianza, podría solicitarse en el curso del proceso que el monto de la misma se modifique de acuerdo a los cambios ocurridos como por ejemplo el aumento de los daños generados por la demanda y que superen el monto de la fianza.

C. Formas en que se puede prestar la “Judicatum Solvi”.

Lo natural y normal en relación con este punto sería que el demandante obligado por sentencia a prestar la “Judicatum Solvi” presente una persona que no sea extranjera transeúnte, que se comprometa a pagar los gastos del proceso y los posibles daños y perjuicios, si estos proceden. Y decimos que es lo normal pues la fianza es una figura estrictamente personal.

Sin embargo, como la finalidad básica y primordial es garantizar el pago, tanto en Francia como en nuestro país, los tribunales permiten que la prestación de la “fianza” se haga a través de una póliza de seguro, o del depósito en una Colecturía de Rentas Internas del dinero a que asciende la misma o del depósito de dicho dinero en un banco.

En el caso en que el Tribunal no establezca la forma en que debe prestarse la fianza, consideramos que la misma deberá prestarse en la forma lógica: presentando una persona que sirva de fiador.

Un aspecto curioso en lo que a este punto se refiere, es el hecho de que muchos abogados en sus peticiones de fianza solicitan al tribunal que la misma sea prestada a través del depósito en Colecturía de Rentas Internas de la suma que determine

el tribunal, alegando que esa es la forma dispuesta por el Artículo 167 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quienes así lo solicitan, no hacen otra cosa que interpretar el mencionado artículo de forma tal que lo desnaturalizan intentando obtener que el extranjero demandante no prosiga con su acción, justificada o no, ante el temor de perder la suma así depositada o, en todo caso, recuperándola luego de mucho tiempo.

El Artículo 167 se refiere a que el extranjero podrá librar de prestar la fianza ordenada por el tribunal si deposita la suma fijada por este en el erario. Esto no significa que sea la forma en que deberá prestarse la fianza (ver supra, pág. 33) pues del mismo texto del artículo se desprende que si se deposita la suma en el erario ya no se deberá prestar la fianza. En consecuencia, dicho artículo establece una forma para librarse de prestar la fianza y no la forma en que ésta deberá prestarse.

D. Como se presta

La ley establece la forma en que se prestaría la fianza si esta consiste en un fiador que garantice el pago, de las costas y daños y perjuicio. Esto así porque las otras formas de "fianza" de solvencia judicial no han sido más que el producto de la obra de la jurisprudencia a través de interpretaciones muy liberales.

El Libro V. Título I, del Código de Procedimiento Civil trata sobre la constitución de fiadores, abarcando los Artículos 517 al 522.

El fiador deberá presentarse depositando en la Secretaría del tribunal que ordenó la fianza, los documentos correspondientes (aquellos que demuestren que el fiador se compromete a pagar las costas y daños y perjuicios si procedieren y los que demuestren su solvencia, debiendo estos ser notificados por acto de alguacil a la otra parte en manos de su abogado si lo tiene o en sus propias manos en caso contrario (Art. 518 Código de Procedimiento Civil).

Hacemos la observación de que es obligatorio depositar y notificar los documentos que demuestren la solvencia del fiador en virtud de lo dispuesto por los Artículos 2018 y 2040 del Código Civil. El Artículo 2018 establece que "el deudor que se obligó a prestar fianza, debe presentar una persona que tenga capacidad de contratar, que posea capital suficiente para responder al

objeto de la obligación y cuyo domicilio esté dentro del territorio del tribunal en que deba la fianza constituirse”. Podría interpretarse que este artículo no se aplicaría a la “Judicatum Solvi” pues establece “el deudor que se obliga”, mientras que en la “Judicatum” es el tribunal quien obliga, pero el Artículo 2040 del Código Civil no deja lugar a esta interpretación ni a cualquiera otra al establecer que “siempre que una persona está obligada, según la ley, o por una sentencia, a presentar un fiador, han de concurrir en éste las condiciones prescritas en los artículos 2018 y 2019” del Código Civil.

Como señala el Artículo 2040 del Código Civil, el fiador que se presente deberá reunir las condiciones establecidas por los Artículos 2018 y 2019 del mismo Código, que son:

1. Poseer capital suficiente para responder al objeto de la obligación;
2. Estar domiciliado dentro del territorio del tribunal en que debe constituirse la fianza.

El Artículo 2019 establece la forma en que se evaluará la solvencia del fiador al establecer que esta se “estimaré teniendo en cuenta sus bienes inmuebles, con excepción de los asuntos de comercio y de aquellas en que sea modica la deuda”. Sigue indicando el mismo artículo que “no se tienen en cuenta los inmuebles litigiosos, ni aquellos cuya excursión se haga muy difícil por lo lejano de la situación.

Al examinar las reglas antes enunciadas nos sentimos aliviados de que la jurisprudencia haya permitido otras formas de prestación de la “Judicatum Solvi”, pues resulta realmente difícil, sobre todo para personas de escasos recursos y sin relaciones, obtener un fiador que reúna estas condiciones.

En el caso de que el demandado no impugne al fiador, lo cual deberá declarar por medio de un acto que depositará en Secretaría y notificará al demandante, dicho fiador “levantará su acto de compromiso en la Secretaría” del Tribunal (Art. 519 del Código de Procedimiento Civil). Lo mismo ocurre si el tribunal ha fijado un plazo en el cual el demandado deberá impugnar al fiador, transcurriendo sin que haya acontecido dicha impugnación. Ahora, si el tribunal no ha fijado dicho plazo, entendemos que el demandante puede forzar la actuación del demandado no-

tificándole que el fiador levantará su acto de compromiso en Secretaría en una fecha determinada y otorgándole un plazo que vencerá en dicha fecha para impugnarlo.

Si el demandado hubiese impugnado al fiador, la parte más diligente fijará audiencia y el tribunal decidirá sumariamente, sin instancia ni escritos y la sentencia que decida sobre dicha impugnación será ejecutoria no obstante apelación (Artículo 520 y 521 del Código de Procedimiento Civil). Si el tribunal considera adecuado al fiador, éste levantará su acto de compromiso en Secretaría y podrá proseguirse con el conocimiento de la demanda original.

El procedimiento antes indicado deberá seguirse también en los casos en que la "Judicatum Solvi" haya sido ordenada ya sea a través de una póliza de seguro, depósito en Banco o cualquiera otra. Deberán depositarse y notificarse los documentos que prueben la constitución de la fianza, pudiendo el demandado impugnar dicha constitución si considera que no ha cumplido con lo ordenado por la sentencia. De más está decir que en estos casos no se aplican ciertas reglas como la de declarar su compromiso en Secretaría pues no existe fiador.

CAPITULO V.— PAPEL ACTUAL DE LA FIANZA JUDICATUM SOLVI.-

Luego de estudiar en qué consiste la fianza de solvencia judicial, cabría analizar su vigencia en los tiempos modernos y procurarnos una respuesta a cada una de las siguientes preguntas: ¿Es la fianza útil en nuestros días? ¿Cuál es el uso que actualmente se le dá? ¿Cumple con su finalidad? ¿Debe modificarse o quizá abrogarse?

Contestar las preguntas planteadas será lo que nos ocupe en esta parte final del trabajo, debiendo aclarar, antes de comenzar, que los criterios aquí vertidos son en su mayoría personales.

A. La Práctica.

En la práctica se ha desnaturalizado la excepción de fianza, por la sencilla razón de que los abogados de los demandados no la vemos como el medio de obtener que se le garantice a nuestro cliente el pago de costas y daños y perjuicios en el evento de

que resultemos gananciosos, sino más bien como el medio más eficaz de lograr la mayor dilación posible en el proceso e incluso, a veces, tratar de evitar que éste siga adelante, sin examinar las posibilidades del caso siquiera.

Esta situación podría tener su base en la creencia casi generalizada de que así como al demandante le corresponde impulsar el proceso, al demandado le corresponde dilatarlo. La poca confianza que genera la administración de justicia en nuestro país podría encontrarse a la base del problema.

La fianza de solvencia judicial constituye en nuestros días uno de los mejores sistemas para dilatar un proceso: se solicita y el tribunal se toma su tiempo para decidir sobre ella; cualquiera que sea la decisión, se apela; luego apelación y más tarde casación; cuando retorna al primer grado de jurisdicción se impugna al fiador o a la fianza sometida; en fin una dilación de 3 ó 4 años sin que ni siquiera comience a ventilarse el fondo de la demanda, la cual tardará unos 3 ó 4 años más para decidirse. ¿Resistirá el extranjero esta situación sin desistir de su demanda? ¿No se convierte la fianza entonces en una especie de denegación de justicia? Preguntas que no ameritan respuesta.

Tal vez han sido estos y otros argumentos los que han inducido a Francia y a otros países a abrogar la excepción de fianza "Judicatum Solvi" de su legislación. En Francia fue en el año 1975 cuando derogó y esto ocurrió por dos razones básicas: los tiempos modernos exigen la igualdad entre extranjeros y nacionales, y la fianza ya no cumplía su verdadero cometido.

B. ¿Debe la fianza permanecer igual, modificarse o derogarse?

Si como hemos planteado, la fianza "Judicatum Solvi" ha sido desnaturalizada en la práctica, si actualmente no constituye una garantía sino más bien un excelente medio de dilación, la pregunta de si la fianza de solvencia judicial debe permanecer tal como está obtiene una respuesta llana en el sentido de que algo debe hacerse al respecto.

Cabría entonces preguntarse si debe ser modificada para impedir que siga siendo utilizada como chicana y cumpla con su finalidad original de garantía o debería sencillamente derogarse.

La modificación de las reglas actuales que rigen esta excepción podría ser una solución al problema que ahora confrontamos: hacer inapelable la decisión del tribunal que fija la fianza, limitar esta a la garantía de las costas, establecer plazos en que deberá prestarse, formalizar la posibilidad de que la "Judicatum Solvi" se preste a través de pólizas de seguros, establecer que quien no lo invoque en primer grado no podrá hacerlo posteriormente. Estas y otras reglas podrían incorporarse a los textos que rigen la fianza haciéndola más práctica, rápida y útil.

Parece realmente ilógico que a cuatro años de las modificaciones más recientes a la fianza, estamos hablando de nuevas modificaciones.

Sin embargo, no es, a nuestro juicio, la modificación el camino a la mejor solución. Ciertamente, la evolución de la situación jurídica de todo extranjero nos indica que el camino que exigen estos tiempos es el de la derogación de cualquier diferencia entre nacional y extranjero, incluyendo, por lo tanto, la derogación de la fianza de solvencia judicial.

Derogando la "Judicatum Solvi" libramos el camino de la administración de justicia de obstáculos que le impiden cumplir con uno de sus requisitos más importantes pero más descuidado: la celeridad en las decisiones. Los procesos habrán de simplificarse de una manera tal en el futuro que permitan la existencia de una justicia rápida, o la confianza en la administración de justicia por parte del Estado seguirá declinando.

No se podría alegar que al desaparecer la fianza el demandado no podrá ya perseguir las costas y daños y perjuicios más que en el país del extranjero, con todas las desventajas que esto conlleva, pues igual situación ocurre cuando el demandante es un dominicano insolvente que no podrá responder por costas y daños y perjuicios sin que a éste se le pida la prestación de una fianza para litigar. Igual riesgo se corre con cualquier otro dominicano de mandante, que podrá escapar al extranjero con facilidad para librarse del pago de costas y daños y perjuicios.

Por otro lado, la desconfianza hacia los extranjeros que dió origen a la fianza, ya no existe en nuestros días, cuando los países se disputan la presencia de los mismos ya sea en planes de turismo o de inversión.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

1. Maury, Jacques, "Caution Judicatum Solvi", publicado en *Encyclopedie Juridique Dalloz, Repertoire de Procedure Civile et Commercial*, tomo I, *Jurisprudence General Dalloz*, Paris 1955, Pág. 486.
2. Verdros, Alfred, "Derecho Internacional Público, Ediciones Aguilar, España, 1974, Pág. 110.
3. *Ibidem*, Pág. 111.
4. *Recopilación de Tratados y Convenciones*, Colección Trujillo, Santo Domingo, Pág. 148.
5. *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, Edición 1970, Pág. 1286.
6. Maury, Jacques, *opus cit* Pág. 487.
7. *Ibidem*, Pág. 487
8. Niboyet, J. P. "Tratado de Derecho Internacional Privado francés". Segunda Edición, Tomo II, 1951. Pág. 273
9. Maury, Jacques, *Opus Cit.*, Pág. 488
10. Niboyet, J. P., *Opus Cit.* Pág. 274
11. Maury, Jacques, *Opus Cit.* Pág. 489

BIBLIOGRAFIA

1. Bergés Chupani, Manuel. DIEZ AÑOS DE JURISPRUDENCIA DOMINICANA. Editora del Caribe, C. por A., Ciudad Trujillo, República Dominicana, 1957.
2. Bergés Chupani, Manuel. JURISPRUDENCIA DOMINICANA 1973-1975, Tomo I, Editora UNPHU, Santo Domingo, República Dominicana, 1976.
3. Battifol. TRAITE ELEMENTAIRE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Dalloz, Paris, Francia, 1949.
4. Carbuccia Núñez. María Altagracia. SITUACION ACTUAL DE LA FIANZA JUDICATUM SOLVI EN LA REPUBLICA DOMINICANA. Trabajo de Grado, UNPHU, 1979.
5. Código Civil de la República Dominicana. Cuarta Edición, Santo Domingo, 1980.

6. Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana, recopilado por R. R. Artagnan Pérez, Santo Domingo, 1980.
7. Code de Procedure Civile Annoté, Dalloz, Paris, 1910.
8. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Edición 1970.
9. Encyclopedie Juridique Dalloz, Tomo I, Editada por Jurisprudence Generale Dalloz, París, 1955.
10. Headrick, William. COMPENDIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA DOMINICANA. Santo Domingo, 1981.
11. Machado, Pablo. JURISPRUDENCIA DOMINICANA 1960-1976. Tomo II, Editora de la Universidad Autónoma de Santo Domingo, Santo Domingo, 1977.
12. Mazeaud, Henri, León et Jean. LECCIONES DE DERECHO CIVIL. Parte Tercera, Volumen I, Traducción de Alcalá Zamora. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.
13. Niboyet, J. P. TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO FRANCES, Segunda Edición, Tomo II, Paris, 1951
14. Tavarez hijo, Froilán. ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL DOMINICANO. Volumen I-II, Quinta Edición, Editorial "Cachafú", Santo Domingo, 1964.
15. Verdross, Alfred. DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Cuarta Edición. Traducción Truyols y Serra. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1974.