

EL NUEVO PROCESO CIVIL Y MERCANTIL SALVADOREÑO

- Mauricio Ernesto Velasco Zelaya
- Román Gilberto Zúniga Velis
- Aldo Enrique Cáder Camilot
- Rommell Ismael Sandoval Rosales
- José Luis Arias López
- Santiago Augusto Garderes Gasparri
- Jorge Ernesto Martínez Ramos
- José Lucas Rodríguez Lemus
- Rebeca Salomé Velasco Prunera



COLECCIÓN JURÍDICA
Universidad Tecnológica de El Salvador

La Universidad Tecnológica de El Salvador, como institución educativa de nivel superior, mantiene el compromiso con el desarrollo de la investigación científica. Fruto de ese trabajo es la publicación de los libros especializados que brindan a la sociedad, el aporte intelectual de profesionales que han logrado plantear de manera solida y sustentable temáticas específicas de interés general.

Estas publicaciones se agrupan en las siguientes colecciones:

COLECCIÓN JURÍDICA:

- Historia Constitucional de El Salvador, Tomos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X
- Derecho Constitucional de El Salvador, Tomos I, II, III y IV
- El Estado Constitucional
- Código Procesal Penal
- Curso de Derecho Penal Salvadoreños, Tomos I, II y III
- El Arbitraje y la Solución de Controversias
- Mediación: Cultura del Diálogo.

COLECCIÓN DE CIENCIAS SOCIALES:

- Historia de la Economía de la Provincia del Salvador, Tomos I, II, III, IV y V
- Ilobasco. Una Aproximación Histórica y Antropológica
- Etnografía de Salvadoreños Migrantes en Brentwood, USA.
- Qué es Liderazgo y para qué Sirve
- Las controversiales fichas de fincas salvadoreñas. Antecedentes, origen y final.

COLECCIÓN EDUCATIVA:

- Cartas Educativas y Más
- Pensamientos Educativos y Gritos Silenciosos
- Enseñanza -Aprendizaje de la Matemática.

COLECCIÓN LITERARIA:

- La Mujer Dormida. Novela Corta
- Peregrino del Silencio
- Antología
- Desnuda de mí
- Traición a la Palabra
- Al costado del paraíso.

EL NUEVO PROCESO CIVIL Y MERCANTIL SALVADOREÑO

- Mauricio Ernesto Velasco Zelaya
- Román Gilberto Zúniga Velis
- Aldo Enrique Cáder Camilot
- Rommell Ismael Sandoval Rosales
- José Luis Arias López
- Santiago Augusto Garderes Gasparri
- Jorge Ernesto Martínez Ramos

Colaboradores:

José Lucas Rodríguez Lemus
Rebeca Salomé Velasco Prunera

Código Procesal Civil y Mercantil

347.728.4

V433n El Nuevo proceso civil y mercantil salvadoreño : código procesal civil y mercantil / Mauricio Ernesto Velasco Zelaya, Aldo Enrique Cader Camilot, Roman Gilberto Zuñiga Velis, Rommell Ismael Sandoval Rosales ; colaboradores José Luis Arias López, Santiago Augusto Garderes Gasparri. -- 1a. ed. -- San Salvador, El Salv. : Universidad Tecnológica de El Salvador, 2010. 467 p. ; 23 cm.

ISBN 978-99923-21-61-4

1. Proceso civil. 2. Derecho civil. 3. Derecho mercantil. I. Velasco Zelaya, Mauricio Ernesto, coaut. II. Título

BINA/jmh

EL NUEVO PROCESO CIVIL Y MERCANTIL SALVADOREÑO

500 ejemplares

Junio, 2010

Diagramación

Licda. Evelyn E. Reyes Trejo

Edición/Revisión

Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya

Impreso en El Salvador

por Tecnoimpresos, S.A. de C.V.

19 Av. Norte No. 125, San Salvador.

Tel.: (503) 2275-8861 • e-mail: gcomercial@utec.edu.sv

CONTENIDO

Presentación.....	5
Liminar.....	10
Breve historia.....	11
Lección Primera Principios rectores, jurisdicción y competencia en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil.	19
Lección Segunda Las partes procesales.	55
Lección Tercera De las acumulaciones en el Código Procesal Civil y Mercantil.	77
Lección Cuarta El objeto del proceso.	99
Lección Quinta Actividad procesal.	125
Lección Sexta Los procesos.	145

Lección Séptima	
Aproximación a las nulidades procesales en el Código Procesal Civil y Mercantil.	165
Lección Octava	
Cuestiones incidentales y su repercusión en el devenir del Código Procesal Civil y Mercantil.	187
Lección Novena	
La prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil.	207
Lección Décima	
Práctica de los medios probatorios a través del interrogatorio.	243
Lección Décima Primera	
Medidas cautelares en el Código Procesal Civil y Mercantil.	287
Lección Décima Segunda	
Medios de impugnación (apelación y revocatoria).	317
Lección Décima Tercera	
Recurso de casación y revisión de sentencias firmes.	345
Lección Décima Cuarta	
La ejecución forzosa.	395
Lección Décima Quinta	
Tercería. Realización de bienes. Ejecución de obligaciones. Liquidación de cantidades	433

PRESENTACIÓN

Durante el período comprendido del primer sábado de enero al primer sábado de julio de 2009, la Universidad Tecnológica de El Salvador, UTEC, organizó y desarrolló un curso a nivel de maestría sobre el estudio y análisis del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, que había sido aprobado por la Asamblea Legislativa el 14 de noviembre de 2008.

El seminario fue impartido por los más preclaros juristas de nuestro país y especialistas sobresalientes en Derecho Procesal Civil. Todos poseedores de una sólida formación, producto de sus sacrificios durante sus estudios de Derecho en las universidades salvadoreñas e incluso en postgrados en prestigiosas universidades extranjeras.

Catedráticos de dadivoso y amplio recorrido académico, exhiben publicaciones en distintos temas del Derecho, destacándose como investigadores y fuertes impulsores de nuestras reformas procesales, sobre todo propugnando por el desarrollo de la oralidad en nuestro sistema procesal civil para ponerlo a tono con los nuevos tiempos.

La presente obra es una prueba fehaciente de que sus múltiples obligaciones y demandas, no les han impedido hacer lo que les es más grato y gratificante: ejercer la docencia universitaria y la investigación.

Los currículos vitae de los autores de esta obra, de forma breve son:

MAURICIO ERNESTO VELASCO ZELAYA

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Abogado y Notario. Exhibe una dilatada carrera judicial: secretario del Juzgado Segundo de lo Laboral, juez Quinto de Paz de S.S; juez de Primera Instancia de Dulce Nombre de María, juez de Primera Instancia de Tejutla, juez de Tránsito de la zona oriental, juez Cuarto de lo Civil

de S.S; Juez Primero de lo Mercantil de S.S; magistrado fundador de la Cámara Tercera de lo Civil de S.S; magistrado de la Corte Suprema de Justicia (2000-2009); catedrático de larga trayectoria académica de Derecho Civil, Mercantil y Procesal. Autor de “Apuntes sobre la Ley de Procedimientos Mercantiles”, “Reflexiones Procesales”, “Manual de Derecho Societario”, y “Aspectos sobre Obligaciones y Contratos Mercantiles”. En la actualidad, consultor jurídico en las materias de Derecho Civil, Derecho Mercantil y Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal,” el colegio de mayor prestigio sobre la materia en iberoamérica.

ROMÁN GILBERTO ZÚNIGA VELIS

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador (1970). Abogado y Notario de la República. Desde 1968 hasta la fecha ha ejercido la docencia universitaria en las asignaturas de Derecho Procesal Civil y Mercantil, Derecho Civil, Derecho Mercantil y Derecho Notarial en la Universidad de El Salvador, UES y en las principales universidades salvadoreñas. Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal de la Facultad de Derecho. Ex magistrado suplente de la Corte Suprema de Justicia (1994-2003). Consultor jurídico de empresas. Consultor respecto de la estructura del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil. Desde el año 2000 es el jefe de los colaboradores jurídicos de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

ALDO ENRIQUE CÁDER CAMILOT

Abogado y Notario de la República. *Licenciado en Ciencias Jurídicas* por la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA). Cursos Internacionales de Estudios de Postgrado recibidos: “Justicia Constitucional”, Instituto de Derecho Público comparado “Manuel García Pelayo”, Universidad Carlos III de Madrid, España, Campus de Getafe. “Derecho de Competencia”, Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia, en Madrid, España. Intendente de Investigaciones de la Superintendencia de Competencia de El Salvador. Anteriormente:

coordinador del Área de Inconstitucionalidades de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y secretario de dicha Sala. Catedrático de Introducción al Estudio del Derecho Procesal (Teoría General del Proceso), Derecho Procesal Civil I, II y III. Catedrático del Diplomado de Estudios Avanzados en derecho Procesal Civil. Catedrático en Postgrado en Análisis y Aplicación del Nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, Universidad Tecnológica de El Salvador. Docente de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura CNJ, en las áreas de: Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Teoría General del Proceso, Derecho Procesal Civil y Mercantil, e Interpretación Jurídica. Catedrático de Derecho Procesal Civil III y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Dr. José Matías Delgado. Entre otras obras, ha publicado “El Amparo en El Salvador: un abordaje desde la óptica procesal”.

ROMMELL ISMAEL SANDOVAL ROSALES

Abogado y Notario salvadoreño, mediador y árbitro comercial, Doctor y master en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, especializado en Justicia Constitucional por la Universidad Carlos III de Madrid, Postgrado en Integración Regional por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala (Unión Europea), licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” de El Salvador. Fue miembro de las comisiones redactoras de los proyectos de Código Procesal Civil y Mercantil (2008) y del nuevo Código Procesal Penal (2009) en El Salvador. Ha participado en la redacción de más de cien proyectos legislativos. Docente de la cátedra de Litigación Oral y de Derecho Comparado de la Escuela Superior de Economía de Negocios (ESEN). Ha sido capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial en El Salvador. Ha sido consultor internacional en Reforma Judicial y Desarrollo Económico en Programas de USAID, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros, en Honduras, República Dominicana, Costa Rica y El Salvador. Ha publicado diversas investigaciones y artículos especializados en materia constitucional, derechos fundamentales y Derecho Procesal. En la actualidad es subdirector regional del Programa de USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR. Email: rommellsand@yahoo.com

JOSÉ LUIS ARIAS LÓPEZ

Abogado y Notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas. Master en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona. Catedrático Universitario de Derecho Procesal. Abogado en ejercicio. Abogado Consultor. Miembro de la comisión redactora del Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador (aprobado el 14 de noviembre de 2008).

SANTIAGO AUGUSTO GARDERES GASPARRI

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay). Abogado en ejercicio. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal “Eduardo J. Couture”. Profesor adjunto de Derecho Procesal, Universidad de la República (Uruguay). Profesor adjunto de Derecho Procesal, Derecho Procesal Práctico y Técnica de Análisis de Casos, Universidad Católica del Uruguay. Docente en cursos para magistrados y capacitadores de la Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador, sobre “Principios del proceso por audiencia” (2004), y sobre “El proceso oral en materia civil y mercantil” (2008), módulo del Diplomado sobre “Innovaciones y retos del nuevo proceso civil y mercantil”. Docente en cursos de especialización sobre temas procesales, en la Universidad de la República, la Universidad Católica del Uruguay, el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y el Colegio de Abogados del Uruguay. Consultor del Proyecto de Apoyo al Sistema de Justicia de El Salvador, en el marco de la reforma del proceso civil y mercantil para la revisión y análisis de contenidos del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil y la coordinación de actividades con los integrantes de la Comisión Redactora de dicho anteproyecto (2004-2005). Asiste regularmente a congresos y seminarios sobre temas de derecho procesal, entre los que destacan el “XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal” (Bahía, Brasil, 2007), “XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal” (Lima, 2008), Jornadas Uruguayas e Iberoamericanas de Derecho Procesal, seminarios y conferencias a escala nacional e internacional.

JORGE ERNESTO MARTÍNEZ RAMOS

Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” UCA. Abogado y Notario. Director del Área de Educación y Reforma Legal del Sector de Justicia. Colaborador jurídico de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Capacitador del Consejo Nacional de la Judicatura en las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Procesal. Catedrático de Introducción al Derecho Procesal y Derecho procesal Civil de la carrera de licenciatura en Ciencias Jurídicas. Obras: “Ley de Procedimientos Constitucionales con anotaciones jurisprudenciales”. “El Estado y la Constitución salvadoreña”.

JOSÉ LUCAS RODRÍGUEZ LEMUS

Licenciado en Ciencias Jurídicas. Abogado y Notario. Docente universitario desde 1997. Universidad Tecnológica de El Salvador. Universidad Francisco Gavidia. Materias impartidas: Derecho Mercantil, Derecho Romano I y II, Derecho Procesal Civil y II. Colaborador judicial del Juzgado de lo Civil de Apopa. Oficial Mayor y secretario de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Colaborador jurídico de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

REBECA SALOMÉ VELASCO PRUNERA

Egresada de la carrera de licenciatura en Ciencias Jurídicas. Instructora en la Universidad Tecnológica de El Salvador de la asignatura Derecho Procesal de Familia (2006). Colaboradora judicial del Juzgado Séptimo de Paz de San Salvador (1995-1996), Colaboradora judicial del Juzgado de Familia de Santa Tecla (1996-2002), Colaboradora judicial de la Cámara de Familia de la Sección del Centro (2002-2010). Domina los idiomas castellano, alemán e inglés.

LIMINAR

“Caminante,
son tus huellas el camino,
y nada más;
caminante,
no hay camino
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino,
y al volver la vista atrás,
se ve la senda
que nunca se ha de volver a pisar.
Caminante,
no hay camino,
sino estelas en la mar”.

Antonio Machado

“Y así vamos adelante,
botes que reman contra la corriente,
incesantemente arrastrados hacia el pasado.”
F. Scott Fitzgerald. (El Gran Gatsby)

BREVE HISTORIA

El Código Procesal Civil y Mercantil fue aprobado por la Asamblea Legislativa en su sesión ordinaria del jueves 18 de septiembre de 2008, ocho, por unanimidad de los diputados de las fracciones políticas que en ese entonces integraban dicha Asamblea, y fue publicado en el Diario Oficial tomo 381, N° 224 del jueves 27 de noviembre de ese mismo año.

La aprobación ocurrió después de ocho años de prolijos y ecuánimes estudios jurídicos, de largas vigiliias, de consultas, privaciones y sacrificios, al grado que la aquiescencia legislativa mereció el reconocimiento de un altísimo porcentaje de entendidos en nuestro país, así como de sobresalientes juristas extranjeros. Por ende, pues, de equidad se torna formular una sumarísima historia de los hechos y personas que intervinieron en la estructura del citado cuerpo legal.

A fines de 1999, el doctor René Hernández Valiente, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, comisionó a los consultores españoles Víctor Moreno Catena y Vicente Guzmán Fluja, así como a los juristas salvadoreños Carlos Amílcar Amaya y Aldo Enrique Cáder Camilot, a efecto de que elaborasen las “bases” de lo que en un futuro habría de ser un “código procesal civil y mercantil”. Cumplido con el mandato, se invitó a los abogados Manuel Arturo Montecino Giralt y Salvador Enrique Anaya, para que revisaran dichas bases y, de ser el caso, le hicieren observaciones. Luego de llegar a un consenso respecto al armazón de las bases, los consultores españoles y los abogados Carlos Amílcar Amaya, Aldo Enrique Cáder Camilot, Manuel Arturo Montecino Giralt, Salvador Enrique Anaya y Guillermo Alexander Parada Gámez, que se agregó al grupo, iniciaron la redacción del nuevo código. Con posterioridad, se integró al trabajo de redacción el licenciado José Luis Arias.

En oportunidad de haber sido electo magistrado a la Corte Suprema de Justicia el doctor Mauricio Ernesto Velasco Zelaya (1/7/2000), se le comisionó para actuar en representación de la Corte como facilitador en los aspectos relacionados con la reiterada nueva normativa. Así las cosas, en diciembre de 2002, se dio a publicidad la primera versión del código, y en un acto solemne verificado en la cuarta planta del edificio de la Corte Suprema de Justicia, se repartieron ejemplares del anteproyecto a los rectores de las universidades en donde se impartía la carrera de licenciatura en Ciencias Jurídicas, a los decanos y profesores de Derecho Procesal de dichas instituciones, a efecto de que conocieran el texto y le hicieran observaciones, adiciones, enmiendas, críticas, etc, etc.

En el ínterin anterior a diciembre de 2002, como con posterioridad a esa fecha, los integrantes de la comisión dieron incontables disertaciones a escala nacional con el objeto de que el anteproyecto fuese conocido y observado por la comunidad jurídica.

Asimismo tuvieron la coyuntura de visitar la República Oriental de Uruguay (Montevideo), Argentina (Buenos Aires), Colombia (Cartagena), Costa Rica (San José), Honduras (Tegucigalpa), Puerto Rico (San Juan) para observar la parte sustantiva de sus leyes en materia Civil y Mercantil, así como el funcionamiento de los poderes judiciales en la tramitación y decisión de los procesos por audiencias. En esta última etapa, se añadió al colegiado de estudiosos del anteproyecto, al doctor Rommel Ismael Sandoval.

Como resultado del arduo estudio que se hiciera al anteproyecto, en octubre de 2006, el doctor Agustín García Calderón presentó a la Asamblea Legislativa el “Proyecto de Código Procesal Civil y Mercantil”. La Honorable Asamblea nombró una comisión ad hoc para que estudiase dicho proyecto, habiendo quedado integrada por los diputados licenciado Federico Guillermo Ávila Quell (presidente), licenciado Bladimir González (secretario); y como relatores, coronel José Antonio Almendáriz Rivas, licenciado Rolando Alvarenga Argueta, licenciado Luis Arturo Fernández, licenciado Rafael Machuca Zelaya, doctor Arturo Argumedo hijo y doctor Óscar Abraham Katán Milla.

El doctor Mauricio Ernesto Velasco Zelaya, en compañía del doctor José Belarmino Jaime, doctor Carlos Ramos Contreras, licenciada

Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand (en representación del CNJ), licenciado José Luis Arias, doctor Manuel Arturo Montecino Giralt, doctor Román Gilberto Zúniga Velis, durante un año todos los días lunes discutieron el contenido de dicho proyecto, y el cual felizmente culminó con su aprobación el referido 18 de septiembre de 2008.

Previo a la aprobación de dicho código, la comisión tuvo a bien buscar los servicios del doctor José David Escobar Galindo, en su calidad de escritor, filólogo y jurisconsulto de primer nivel, a efecto que le diese al texto del proyecto una correcta escritura y elegancia, labor que llevó a cabo en forma gratuita y con caracteres de una excelencia incalculable.

Sería ingrato no resaltar la patriótica colaboración del entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Agustín García Calderón, al haber generado el desarrollo y culminación del código. Sobre el particular, el doctor Velasco Zelaya al pronunciar el discurso de estilo cuando se entregó el proyecto a la Asamblea Legislativa, textualmente dijo: “Estoy convencido de que cuando se formule la evaluación de la labor del doctor Agustín García Calderón, como magistrado presidente de esta Corte, por encima de las pasiones aldeanas, no sólo se le reconocerá su calidad humana excepcional, su particular grandeza de amigo, su tendencia hacia las costumbres sencillas que lo hacen ser un hombre de bien y para el bien, sino el impulsor de la modernización de nuestro Órgano Judicial y, en forma singular, que bajo su mandato se promulgó el Código Procesal Civil y Mercantil, que constituye una evidencia de que el proceso por audiencias es el más conforme con las exigencias de la vida moderna, y que no compromete la voluntad intrínseca de la justicia, sino que le proporciona garantías y economía, llegándose a ella con simplicidad y eficacia”.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

Ningún jurista serio ha expresado, ni podría hacerlo, subrayar que el vigente Código de Procedimientos Civiles es malo, gris o anodino. Por el contrario, todos coinciden en que fue, y aún sigue siendo en algunos aspectos, excelente. Sus fórmulas lentas, graves, solemnes, complicadas y rigurosas, en un considerable período fueron inmejorables y constituyeron garantía de seguridad para los litigantes y perla de acierto en los fallos.

Mas tuvo sentido ciertamente en un contexto social de tipo rural, en donde los pleitos tenían como objeto la propiedad y, sobre todo, la de la tierra, para los que el tiempo no era un elemento de trascendencia. Empero el problema fundamental del proceso civil y mercantil en las últimas décadas, ha sido el aumento de la litigiosidad, que suele presentarse como un mal, cuando es sólo un síntoma de profundas modificaciones sociales.

En los últimos doce lustros, han accedido a la justicia civil amplias capas de la población que antes estaban excluidas de ellas, en parte porque el número de propietarios ha aumentado; pero también porque otros derechos han entrado en liza, como es el caso de la responsabilidad extracontractual y, específicamente, porque se han convertido en objeto principal de este proceso, las reclamaciones de dinero basadas en el crédito.

En la actualidad, el proceso civil no es ya el medio para solucionar los conflictos típicos de una sociedad rural, sino el instrumento con el que se tiene que hacer frente a las controversias propias de una sociedad urbana; y así este proceso se ha convertido en un fenómeno de masas, en el que el elemento fundamental es su efectividad práctica. Esa finalidad es la que justifica que el modelo procesal sea el de los procesos rápidos, vale decir, de la oralidad con sus consecuencias de inmediación y concentración.

Analizando los términos en que se dibujan los procedimientos en nuestro vigente Código de Procedimientos Civiles, se advierte un camino estructurado para desesperar hasta al más flemático: etapas y más etapas, copias y papeles que van y regresan. Las probanzas se evacuan en audiencias separadas. El secretario del tribunal las ve, pero por disposición expresa no puede decidir. Hay que esperar que el juez tenga tiempo, entre cientos y cientos de expedientes, para que lea el asunto y resuelva. ¿Cuál es el resultado? Un juez cumplidor a cabalidad de un procedimiento burocrático al máximo y, en ese orden de ideas se forja su mentalidad: un tecnócrata-burócrata.

¿Y qué decir del abogado de la controversia? ¿Qué hace? Llanamente se lanza al ataque con toda suerte de impugnaciones e invoca los más sofisticados argumentos e incidentes. El proceso se vuelve un campo de batalla de larga data, en donde se genera una superposición de la contienda entre jueces y abogados sobre el interés de las partes en

conflicto. El procedimiento expresado en una forma tan compleja conduce, más bien, a aumentar la disputa que a resolverla.

Por tanto, aflora que el actual Código de Procedimientos Civiles fue elaborado usando como plantilla, la Ley del Enjuiciamiento Civil Española de 1855, en la que el juez, a decir de Monroy Gálvez, se circunscribe a ser un “protocolizador” de actos que no ve; fedatario de afirmaciones que no escucha; y definidor de conflictos que no conoce. Esa nube opaca procedimentalista no sólo obscurece los tribunales, sino también las facultades de Derecho. En ellas, la escuela de la exégesis ha sido la primordial. Lo más importante es conocer el procedimiento, cómo se tramitan y deciden los juicios de menor cuantía, los ordinarios, los sumarios, los ejecutivos, los universales, las diligencias de jurisdicción voluntaria, etc., conocer las “tácticas” del profesor experimentado en pleitear. Producto de ese procedimentalismo y de la reiterada exégesis es que se ha creado un nutrido círculo generacional de abogados que se dedican, unos desde el cargo de jueces y otros desde la posición de litigantes, a darle culto a las formas, a poco pensar, a guardar nulidades para el “momento oportuno”, en claro perjuicio del proceso y de la justicia.

El legado es el de un abogado procedimentalista, tributario de dicha escuela en la que se “practica anatomía con la norma”, se “persigue con delirio su interpretación literal, textual y exacta, y se la encuentra a la enésima lectura”. El procedimentalista es escolástico en el método, dogmático en sus creencias y, finalmente, formalístico en el análisis. En definitiva, lo que no está regulado en dicho Código de Procedimientos Civiles, no existe en el mundo real. De ahí que se reclama la presencia de una norma específica, que solucione en cada caso la situación controvertida. En consecuencia, se considera que cuanto mayor número de artículos tiene un cuerpo legal, ello es inequívoca prueba de su excelencia. En estos cuerpos legales (como nuestro Código de Procedimientos Civiles) no se le da vigencia por parte de los jueces y litigantes, a las reglas de integración de las normas procesales.

Como expresara Goldschmidt, con referencia al proceso civil español: “Un recipiente liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso civil de los siglos pasados”; y Guasp: “Lo que el legislador de 1880 tomó del proceso común fue su técnica arcaica e insuficiente

lógicamente dada la discordiantia temporis, y afianzó esta técnica, con sus defectos fundamentales, en pensamientos políticos de innegable significación liberal”.

A contrario sensu, el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil tiene como característica principal el estar inspirado en un modelo procesal adversativo-dispositivo, y reside justamente en la introducción del principio de oralidad como base de las actuaciones procesales, lo que redundará en un fortalecimiento de la legalidad, publicidad, celeridad y concentración de actuaciones, y sobre todo de la inmediación, permitiendo una potenciación del juez como director del proceso, incorpora un sistema de libertad probatoria para las partes y se innova para una mejor apreciación judicial de la prueba, el sistema de libre valoración o sana crítica.

El código tiene como referente varias legislaciones. En primer lugar, el Código Procesal Civil Modelo, impulsado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En seguida, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000; y finalmente, la legislación de familia salvadoreña que data de 1994.

El referido código “tipo” sufrió un largo camino antes de surgir al mundo de la cultura. Fue redactado por los miembros uruguayos del instituto, Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi; tuvo como inspiración el “Proyecto de Código Procesal Civil Uruguayo de 1945”, redactado por Eduardo J. Couture, cuyo ideal era concebir un proceso basado en una oralidad por audiencias; y, en el plano de la experiencia procesal se funda en el proceso oral y por audiencias concebido en Austria, Puerto Rico y Estados Unidos.

El modelo fue impulsado en Uruguay por sus autores, con la participación del jurista Luis Torello, fue aprobado como Código General del Proceso en 1988, y ha tenido mucha influencia en el continente. En Colombia se aprobó en 1991 un decreto de descongestión judicial, incorporando muchos institutos nuevos, entre los cuales sobresalen la conciliación, producción de pruebas y casación. En Argentina las provincias de Salta, Tucumán, Santiago del Estero, Jujuy, La Rioja, Santa Cruz y La Pampa, se inspiran en el código tipo. Igual sucedió en 1992 con el código peruano e incluso con el Código Civil de Portugal, donde se incorporó la oralidad desde hace mucho tiempo. En 1994 se dictan una serie de leyes en Brasil

para introducir la tutela anticipada y la audiencia preliminar. Y en 1996 en Italia, se aprueba una ley de bases para introducir muchos de los aspectos contemplados en el código modelo.

VIGENCIA DEL CÓDIGO

El nuevo código entrará en vigencia, salvo nuevas disposiciones, el 1 de julio de 2010. Un tiempo considerado suficiente para capacitar a jueces, personal de apoyo y abogados en general. Es obvio que deberá mediar, por el Consejo Nacional de la Judicatura, una labor de convencimiento institucional, doctrinario e incluso sociológico, porque ante el cambio surge siempre la resistencia. Los capacitadores del Consejo deben de ser, a su vez, capacitados por profesionales expertos en esa materia y, de esa suerte, que las capacitaciones que se dirijan a jueces, colaboradores y litigantes en general se acomoden a las nuevas concepciones del Derecho Procesal Civil y Mercantil, particularmente en lo atinente a las reglas para la aplicación de las normas procesales.

A la conquista legislativa y la cultura jurídica siempre se ha opuesto la del temor al cambio, la de la práctica judicial, la de los criterios superados.

La propuesta del nuevo código, pues, se dirige al cumplimiento de los principios constitucionales más autorizados; a suplir técnicamente las gigantes deficiencias procesales; a combatir la morosidad judicial; a crear un juez activo y dinámico; a eliminar los recursos indiscriminados, incidentes y nulidades como principio retardatario; a la búsqueda de la verdad real y no meramente formal; a liberarse de las ataduras de un rumbo del pasado absolutamente superado; a sentar la importancia de la informática de información y la informática de gestión, como pilares básicos de un tipo diverso de justicia.

Todo esto son aspiraciones para darle un sentido real a la igualdad procesal y la seguridad jurídica. No son verdades. Sólo son aspiraciones para seguir, en este nuevo siglo, en armonía con una democracia modernamente auténtica.

COLOFÓN

Parodiando a la doctora María Antonieta Sáenz, decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, especialista sobresaliente en materia Procesal Civil, y poseedora de una sólida formación producto de su dedicación, acentuamos:

“Conservar un sistema por apego a la tradición es sólo un intento de suicidio en medio de una vertiginosa ola de transformaciones, que no perdonan el anquilosamiento de las estructuras y por ello podrían devastarlas con la fuerza propia del cambio, sin que tengamos la ocasión de crear cuidadosamente lo que más nos conviene y ayude al mejor desenvolvimiento de la importante misión de impartir justicia.

Pero este objetivo sólo puede lograrse con un cambio sustancial, no sólo en materia civil y mercantil, sino en todas aquellas que hoy sufren rezago, gracias a un dominio excesivo de lo escrito sobre lo oral”.

San Salvador, junio de 2010.

LECCIÓN PRIMERA¹

Principios rectores, jurisdicción y competencia en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. BREVE RESEÑA SOBRE LA ELABORACIÓN DEL CÓDIGO**
- III. ESTRUCTURA DEL NUEVO PROCESO CIVIL**
- IV. NOVEDADES DEL NUEVO CÓDIGO**
- V. PRINCIPIOS RECTORES DEL NUEVO PROCESO CIVIL**
- VI. LA JURISDICCIÓN y LA COMPETENCIA**
- VII. LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN**

I. INTRODUCCIÓN

En relación con el contenido de esta obra, si bien se aborda desde una perspectiva legal y teórica la temática de los principios rectores, la jurisdicción y la competencia, es menester comenzar escribiendo sobre algunos aspectos que coadyuven a la mejor comprensión de la temática y del resto de asuntos que otros calificados colegas y miembros de la Comisión redactora tratarán en esta publicación.

¹ Aldo Enrique Cáder Camilot

En este sentido, se hará un recuento cronológico de las distintas etapas de la elaboración del CPCM, con el objeto de coadyuvar a su interpretación histórica. Seguidamente, y para la adecuada comprensión de todos los aspectos procesales vinculados, se expondrá la estructura común del proceso civil planteado en el mismo. Finalmente, y para que sirva también de marco de referencia, se señalarán algunas de las principales novedades del mismo, que de alguna manera lo caracterizan, delimitan y configuran.

Con estos tres puntos, podrá perfectamente comenzar a estudiarse sus principales aspectos. En lo que a este trabajo respecta, se analizará, en primer lugar, los principios rectores del nuevo código, habida cuenta de su valor, novedad legal y el aporte que brinda a su interpretación. En segundo lugar, se tratará el tema de la jurisdicción y competencia, no solo para entender su concreción legal, sino para verificar su adecuado apego a la doctrina procesal moderna en la materia. Y, en tercer lugar, otro tema no menos importante: la recusación y la abstención de juez para conocer determinados asuntos, cuando concurran alguna causa justificada que ponga en peligro su imparcialidad.

Finalmente, este autor desea agradecer la colaboración desinteresada del bachiller Roberto Valeriano Marroquín, estudiante de ciencias jurídicas y colaborador jurídico de la Superintendencia de Competencia, quien se encargó de revisar minuciosamente las citas que en esta obra se hacen de los artículos del CPCM.

II. BREVE RESEÑA DE LA PRODUCCIÓN DEL CPCM

El primer esbozo de este trabajo data desde el año de 1999, en el cual un proyecto judicial (ARD) impulsó la creación de un documento que se denominó Bases minuciosas y detalladas del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil.

La elaboración de este documento fue encomendada a los consultores internacionales doctor Víctor Moreno Catena y doctor Vicente Guzmán Fluja, así como a los consultores nacionales doctor Carlos Amílcar Amaya y licenciado Aldo Enrique Cáder Camilot.

Luego de intensas jornadas de discusión y de visitar a los principales tribunales con competencia civil en el país, en el año 2000 se terminó de elaborar el documento citado, el cual, como su mismo nombre lo sugiere, delimitó ampliamente las bases del nuevo código. Prácticamente era una codificación sin articulado, basándose en gran medida en la experiencia española.

Luego de esto, la Corte Suprema de Justicia, por medio del entonces magistrado Doctor René Hernández Valiente, decidió retomar ese trabajo para intentar concretar (como anteproyecto de ley) las bases previamente elaboradas.

Es así como la redacción del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador inició en el mes de enero de 2001, configurándose una Comisión Mixta (en adelante, la comisión) con funciones redactoras y revisoras. La comisión estuvo, en sus inicios, conformada por Manuel Montecino, Rommell Ismael Sandoval Rosales, Salvador Anaya, Guillermo Parada, Carlos Amílcar Amaya, José Luis Arias López y Aldo Enrique Cáder Camilot; además, contó siempre con la asesoría internacional de Víctor Moreno Catena y Vicente Guzmán Fluja.

El punto de partida fue el documento conocido como “Bases minuciosas y detalladas del nuevo Código Procesal Civil de El Salvador”, que, como se mencionó, se terminó de elaborar en el año 2000.

La comisión trabajó a lo largo del año 2001 en diversas reuniones, que implicaron entre otras cosas el viaje a El Salvador del equipo internacional, sin que se lograra culminar completamente la elaboración del anteproyecto, pues justamente por lo radical del cambio que presupone implementar el sistema oral en el Derecho procesal civil, se volvió necesario el impulso de largas y exegéticas discusiones sobre el real y efectivo manejo de algunas instituciones atinentes al área, así como la necesidad de revisar las experiencias salvadoreñas y los sistemas procesales ya implementados en otros países, a efecto de tener un horizonte amplio al respecto.

Por tal motivo, la conclusión del trabajo (redacción del anteproyecto) llevó más tiempo del esperado, y se tuvo que extender a lo largo del año 2002, específicamente, hasta noviembre.

En efecto, luego de un impase por cuestiones administrativas, se reiniciaron las sesiones de trabajo a principios del año 2002, consiguiéndose un trabajo completo hasta el 22 de noviembre de dicho año, luego de una serie de reuniones extensas con todos los integrantes de la comisión; sin embargo, y antes de que saliera a la luz pública tal trabajo, los miembros nacionales de la comisión consideraron a bien depurar un poco más la versión, es decir, “tropicalizar” los aportes internacionales para un mejor acoplamiento de lo planteado con la realidad jurídica salvadoreña, y es así como se elaboró la versión conocida como “Abril 2003”; versión que fue la que primeramente salió a la luz pública.

Luego, con dicho primer borrador concluido, y por el cambio de magistrados que se dio en dicha época, fue la Sala de lo Civil, por medio de su magistrado presidente, doctor Mauricio Ernesto Zelaya Velasco, quien retomó e impulsó grandemente este trabajo. Así, para perfeccionar más la obra, se contrataron dos consultores (uno uruguayo, el doctor Santiago Garderes Gasparri; y otro español, el ilustre procesalista Vicente Gimeno Sendra) para que revisaran el trabajo ya hecho y, con el apoyo de DPK Consulting, la comisión (muy reducida para ese entonces: Manuel Montecino, Rommell Ismael Sandoval Rosales, José Luis Arias y Aldo Enrique Cáder Camilot) pudo visitar diversos países (entre ellos Puerto Rico y Uruguay) para conocer los modelos imperantes, liderados por el doctor Mauricio Ernesto Velasco Zelaya y el consultor Santiago Garderes Gasparri.

Además, en este intervalo, el trabajo se presentó para su crítica a jueces, universidades, organismos no gubernamentales, catedráticos, litigantes, etc.

Con todos estos insumos, se consiguió una nueva versión, la de “noviembre 2006”, la cual recoge experiencias del derecho anglosajón y suramericano.

Esta versión, que tuvo una gran difusión, fue la que finalmente se sometió a la Asamblea Legislativa para su aprobación. Dicho Órgano, para tales efectos, nombró a una comisión de notables (entre ellos, el actual presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Belarmino Jaime) para realizarle los últimos ajustes; además, se encargó el documento a expertos en gramática. Una vez depurado el documento, este fue

aprobado a finales del año 2008, para entrar en vigencia a partir del año 2010 (salvo prórroga de última hora).

III. ESTRUCTURA PROCEDIMENTAL DEL NUEVO PROCESO CIVIL

La estructura del CPCM es radicalmente distinta a la que actualmente se posee, es decir, a la contemplada en el vigente Código de Procedimientos Civiles (CPrC). La diferencia sustancial es la oralidad y el sistema de audiencias análogos a nuestra legislación familiar.

En el modelo procesal genérico (proceso común) que propone, se prevé una primera fase escrita –actos de iniciación procesal– concerniente a la demanda, análisis de la demanda (prevenciones, rechazos y admisibilidades) emplazamiento y contestación.

Especial mención merece, en esta fase, los rechazos a la demanda, pues en el se explican claramente las figuras relacionadas: la inadmisibilidad y la improponibilidad.

La demanda es un mero acto de iniciación procesal, por ello el acto de presentar una demanda está sometido a ciertas formalidades que deben respetarse, considerando que ella define los lineamientos extrínsecos dentro de los que se configura la pretensión y precisamente porque es un acto procesal. En virtud de lo anterior, no puede abandonarse al arbitrio del demandante la forma en que dirigirá su escrito. Algunos de los requisitos que el CPCM enumera en el artículo 276 poseen un alto grado de vinculación con la pretensión, por lo cual no podemos decir que sean meros “formalismos”, sino que son, como dice la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *requisitos formales esenciales* (por ejemplo, en la interlocutoria del 20 de noviembre de 2002, Amparo 1013-2002).

Fundamentalmente lo que se exige en un primer momento es que se haga alusión a tales requisitos en forma clara, a fin de que el examen inicial (*prima facie*) de la demanda sea satisfactorio, constituyendo este primer juicio el denominado *examen de admisibilidad*. En efecto, cuando el juez resuelve que una demanda carece de los requisitos legales, o que es evidentemente oscura, no obstante la previa prevención al demandante,

se conforma la primera especie del rechazo de la demanda establecida en el CPCM, esto es, por ser ella inadmisibile.

Esta modalidad de rechazo presenta, como puede advertirse, la peculiaridad de que surge sólo si ha habido antes una prevención, la cual tendrá que ser motivada. Algunos tribunales en la actualidad rechazan por vicios meramente formales sin dar la oportunidad de arreglar tales imperfecciones, es decir, sin antes hacer una prevención. Por ejemplo, es el criterio sustentado en su oportunidad por el Juzgado Segundo de Paz de San Salvador en el auto de fecha 9 de febrero de 1998, Ref. 43-EM-98, y que es avalado actualmente por algunos jueces con competencia en materia civil.

Además, tiene que contener un plazo: la seguridad jurídica se potencia si las prevenciones son a plazo y si, además, se le señala al actor la consecuencia procesal de su incumplimiento. Ahora bien, en relación con los días que hay que dar para cumplir con la prevención, el Art. 278 del CPCM establece que serán cinco días. En la actualidad, algunos tribunales ordinarios prefieren no poner plazo y esperar la caducidad de la instancia si el acto no cumple con la prevención; aspecto que no me parece del todo adecuado si tomamos en consideración que el juicio pudiera terminar mucho antes, aplicando la dirección del proceso. Por lo tanto, existe la posibilidad de que una vez remediada la imperfección, el proceso no se aborte y se desarrolle eficazmente. Dable resulta entonces, conforme a lo antes señalado, afirmar que este juicio de admisibilidad a que se somete la demanda es un verdadero eje contralor.

Asimismo es preciso advertir que en este examen inicial que realiza el juzgador deben definirse todos y cada uno de los defectos que contenga el libelo, pues, no debería omitirse, por el juez, el pronunciamiento y la justificación oportuna de una informalidad encubierta o latente.

Dicho lo anterior, corresponde mencionar las diferentes causas que eventualmente pueden motivar un rechazo inicial (*in limine litis*) de la demanda por ser ella inadmisibile (la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia también utiliza el término *in limine litis*; como ejemplo, se puede ver la interlocutoria de fecha 3 de enero de 2002, Amparo 7-2001), atendiendo, por consiguiente, al CPCM que exige

formas precisas para su proposición. Las causas son la informalidad de la demanda, su oscuridad y la ilegitimidad de la personería.

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos de este rechazo? El Código Procesal Tipo para Iberoamérica, en su Artículo 112, resuelve fácilmente esto, pues, además de reservar un apartado especial para señalar los requisitos de la demanda, ofrece la posibilidad para que el actor subsane algún defecto advertido por el Órgano Jurisdiccional, so pena de tener la demanda “por no presentada”, es decir, que el derecho material está a salvo para poder volver a intentar la presentación de la demanda. De igual manera, algunos códigos suramericanos, como el de Jujuy, provincia de Argentina, específicamente en su Artículo 298, señala: “Si la demanda contuviera algún defecto u omisión, el tribunal ordenará que sean subsanados dentro de un plazo que no excederá de diez días. Si la resolución no se cumple, la demanda se tendrá por no presentada”. El CPCM dice que se deja “a salvo el derecho material”.

Otro tipo de rechazo contemplado en el CPCM es el que se genera por defectos en el fondo, es decir, que el tema objeto del presente punto versa sobre la vía existente para rechazar de entrada una demanda por defectos insubsanables de la pretensión. Este especial rechazo está contemplado en el Art. 277 bajo la Improponibilidad de la demanda.

En estos supuestos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, no se entra a conocer el objeto del proceso, precisamente por tratarse de vicios que hacen imposible el dictado de una sentencia definitiva. Por ejemplo, puede verse la jurisprudencia emitida el siete de diciembre de 2001, en la Casación 279-2001.

Y es que la posibilidad de rechazar una demanda abarca no sólo a dicho acto (típico de iniciación), en su sentido formal, sino también en su sentido sustancial, es decir, puede existir también un rechazo por defectos en la pretensión (manifestación de voluntad que pretende subordinar el interés ajeno al propio), puesto que ésta va implícita en la demanda.

En efecto, nadie podrá sorprenderse si se encuentra con una pretensión, por ejemplo, carente, de modo manifiesto o protuberante, de todo o alguno de sus presupuestos procesales necesarios para el dictado de una sentencia definitiva.

El Art. 277 CPCM permite que se rechace una demanda por improponible, es decir, por cuestiones de fondo. El término **improponible** es el que se tiene que utilizar por estar de forma expresa incorporado en el CPCM. En la actualidad existen tribunales que utilizan, para similares casos, el de improcedente, aspecto que no amerita ninguna crítica sustancial, ya que así se ha referido históricamente mucha jurisprudencia ordinaria antes de las reformas de 1993. Por ejemplo, tenemos que, para el Juzgado Cuarto de lo Civil de San Salvador, si existe algún presupuesto procesal defectuoso, la demanda es improcedente: interlocutoria de las ocho horas y diez minutos del día 26 de abril de 2004, Ref. 81-E-2004.

Casos con errores de fondo son, por ejemplo y de acuerdo con el CPCM, promover un juicio sin tener legitimación activa, plantear una demanda con objeto ilícito o ante un juez incompetente en razón de la materia o falta de jurisdicción. En estos supuestos apuntados el juzgador, sobre la base del artículo antes referido, puede —y debe— declarar la demanda improponible al inicio del juicio (*in limine litis*).

Al rechazar una demanda *in limine litis* por tal circunstancia, el juez no está, desde ningún punto de vista, prejuzgando ni vulnerando el debido proceso, ya que del propio texto de la demanda se está deduciendo que la pretensión no podrá ser considerada en oportunidad de la sentencia definitiva. Si bien muchos juristas salvadoreños opinan que rechazar por improponible la demanda es contrario al principio del debido proceso o, en extremo, al derecho de audiencia, esta tesis está casi ya superada, pues estamos en presencia de vicios “manifiestos” que hacen que al juzgador no le quede más remedio que hacer uso de la facultad que le señala la ley.

Obviamente que, cuando el juez tenga alguna duda, por pequeña que esta sea, deberá darle trámite a la demanda, ya que, en estos casos, no puede prejuzgarse una situación, además de que la interpretación del sustrato fáctico de la demanda (los hechos) debe ser a favor del pretensor. Sería bastante aventurado repeler una demanda sin estar plenamente convencido de sus vicios.

La declaratoria de improponibilidad inicial de la demanda constituye un auto definitivo, que le pone término al juicio haciendo imposible su continuación.

En efecto, de acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles, Arts. 417 y siguientes, las providencias judiciales se dividen en “sentencias” y “decretos”. A su vez, las sentencias se dividen en “sentencia definitiva” y “sentencias interlocutorias”. Dentro de éstas últimas, de acuerdo con el mismo cuerpo de leyes, podemos distinguir tres clases, a saber: (a) interlocutorias con fuerza de definitiva, que son básicamente las que resuelven las cuestiones incidentales del proceso; (b) interlocutorias que ponen fin al proceso, que serían las que terminan el juicio de un modo anormal; y (c) las interlocutorias simples, las cuales, por exclusión, son todas aquellas que no resuelven ni incidentes ni terminan el proceso, por ejemplo, la admisión de una prueba, la admisión de la demanda, etc.

En el CPCM, las resoluciones judiciales son: sentencia, autos y decretos. La sentencia es la definitiva, y los autos son simples y definitivos. Estos últimos son los que le ponen fin al proceso (Art. 212 CPCM).

Regresando a la improponibilidad, su efecto principal es la declaratoria que la pretensión, planteada de la forma como ha sido sometida al conocimiento del juez, no es *proponible* ni ahora ni nuevamente con éxito, ni al mismo ni —a veces— a ningún otro juez. Habrá casos en los cuales la demanda no pueda ser conocida por ningún juez del Órgano Judicial, por ejemplo, cuando el objeto sea ilícito o cuando no exista jurisdicción. En otros supuestos, como la falta de competencia material o territorial, la improponibilidad sólo será para los jueces incompetentes, no así para aquél a donde tiene que estar dirigida en verdad la demanda. En ese sentido, su efecto inmediato será la imposibilidad de subsanar tal defecto.

Retomando el hilo conductor, luego de la fase escrita (demanda, emplazamiento y contestación), viene una primera audiencia a la cual se le ha denominado “preparatoria”, en la que el demandado podrá adoptar una diversidad de actitudes, por ejemplo, allanándose o resistiéndose a la pretensión. En caso de existir allanamiento, se pasará de una sola vez al dictado de la sentencia definitiva, la cual no necesariamente es automática a favor del actor, pues el juez, como director del proceso, puede controlar lo acontecido y emitir resoluciones apegadas a derecho.

En esta primera audiencia, en caso de oposición, el juez debe pasar a preguntar a las partes si existe alguna posibilidad de conciliación. Si no

existe tal posibilidad, la audiencia preparatoria debe continuar con la fase saneadora, es decir, la oportunidad de poner de manifiesto defectos formales y procesales de la demanda y su pretensión implícita.

Si la demanda sale bien sorteada de este despacho saneador, la audiencia continúa con la fase delimitadora: se establece y especifica claramente el objeto del proceso y los términos del debate (aquellos puntos del objeto del proceso en que hay controversia).

Delimitado el objeto del proceso y los términos del debate, se pasa a continuación a la fase propositiva, es decir, las partes pasarán a proponer los medios de prueba de que intenten valerse para acreditar su pretensión y resistencia. Al respecto, las partes dirán qué medio de prueba ocuparán y su objeto, con el fin de que el juzgador pueda controlar la pertinencia de los hechos que necesitan probarse y la conducencia del medio probatorio que desea utilizarse. Solventados estos puntos, y si no acontece ningún incidente, la audiencia queda terminada.

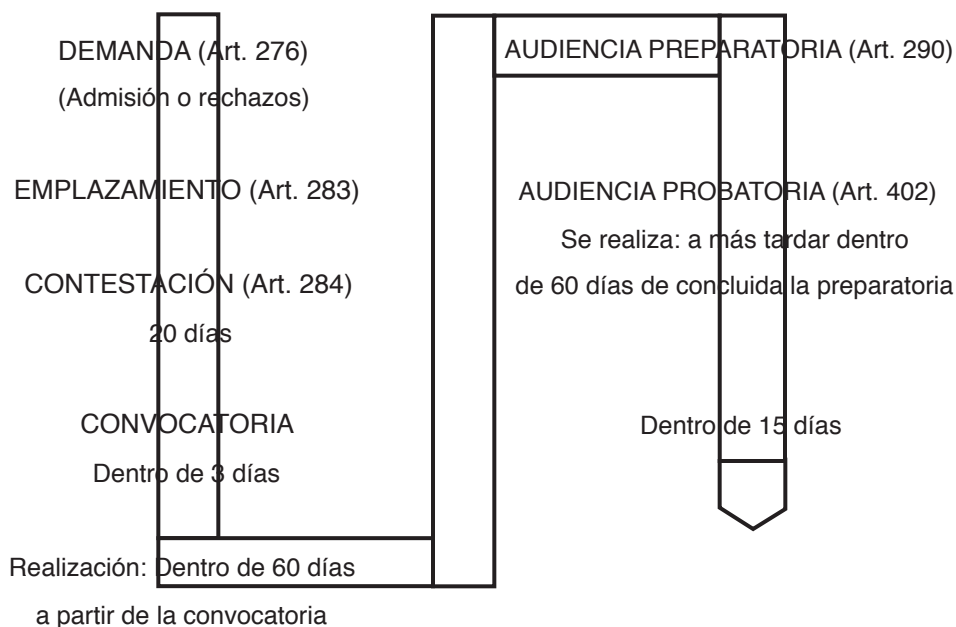
Luego que pasó la audiencia preparatoria y la etapa del descubrimiento de prueba (para los casos en que aplica este supuesto; por ejemplo, los informes periciales), se deberá señalar, enseguida, día y hora para la realización de la audiencia probatoria, en la cual se producirá la prueba (desfile probatorio), usando herramientas al respecto bastante parecidas al sistema procesal estadounidense.

Cada una de las partes es libre de diseñar su estrategia probatoria: qué medio de los propuestos desfila primero, cuál se expone a continuación y con cuál se acaba. Podrán, asimismo, desistir en el acto de algún medio probatorio.

En dicha audiencia el juez podrá, en algunos procesos y si lo considera oportuno, dictar sentencia; de modo inverso, habrá un plazo para que el juez la pronuncie por escrito.

Por otro lado, el nuevo sistema de los recursos adoptará la oralidad para aquel que genera un segundo grado de conocimiento: la apelación. Existen también nuevos recursos, como es el caso de la revisión de la sentencia firme.

EL PROCESO DECLARATIVO COMÚN TRÁMITE



En términos generales, esta sería la nueva estructura que se pretende implementar, con algunos incidentes usuales: acumulaciones, tercerías, recusaciones, medidas cautelares, litisconsorcios, etc.

Ahora bien, para el caso del proceso abreviado, el esquema se simplifica grandemente, puesto que toda la actividad procesal queda concentrada en lo que se puede llamar una única audiencia, incluso con la posibilidad de dictar sentencia en el acto.

Es decir, que el esquema del proceso abreviado se mira reducida a una etapa escrita breve (demanda, admisión y convocatoria a una única audiencia) y luego a una única audiencia que concentra la actividad procesal de la preparatoria y probatoria del proceso común.

EL PROCESO ABREVIADO TRÁMITE

Art. 418 DEMANDA SIMPLIFICADA

REQUISITOS

1. DESIGNACIÓN DE ANTE QUIEN SE PRESENTE
2. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES
(Demandante, demandado y de aquellos interesados en el proceso).
3. EN SU CASO, REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DEL DEMANDANTE.
4. ENUMERACIÓN SUFICIENTE DE LOS HECHOS.
5. LA PETICIÓN.
6. FECHA Y FIRMA.



ART. 421 ADMISIÓN DE LA DEMANDA SIMPLIFICADA

- ✓ 5 DÍAS PARA RESOLVER SOBRE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA DESDE SU PRESENTACIÓN
- ✓ VERIFICAR QUE CUMPLA CON LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y QUE NO TENGA DEFECTOS.



Art. 423 SEÑALAMIENTO DE LA AUDIENCIA

- ✓ EL AUTO DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA SEÑALARÁ EL DÍA Y LA HORA DE LA AUDIENCIA.
- ✓ MEDIANTE UN TÉRMINO DE 10 DÍAS ENTRE LA CITACIÓN Y LA EFECTIVA CELEBRACIÓN DEL ACTO Y SIN QUE EXCEDA DE 20 DÍAS.
- ✓ CITACIÓN A LAS PARTES.
- ✓ TIENE LUGAR EN ÚNICA CONVOCATORIA.
- ✓ NO SE SUSPENDE POR LA NO COMPARECENCIA DEL DEMANDADO.
- ✓ LAS PARTES DEBEN CONCURRIR CON TODOS LOS MEDIOS DE PRUEBA DE QUE INTENTE VALERSE.



Art. 430 SENTENCIA

- ✓ SENTENCIA EN EL ACTO CUANDO PROCEDA.
- ✓ PODRÁ ANUNCIAR VERBALMENTE EL FALLO.
- ✓ DEBERÁ FORMULAR POR ESCRITO LA CORRESPONDIENTE SENTENCIA DENTRO DE LOS 5 DÍAS SIGUIENTES.



Art. 412 SUBSANACIÓN DE DEFECTOS REVELADOS DE OFICIO

- ✓ DEFECTOS COMO OMISIONES O IMPRECISIONES EN QUE HAYA INCURRIDO AL REDACTAR LA DEMANDA.
- ✓ 5 DÍAS PARA QUE SUBSANE, SI NO ORDENARA EL ARCHIVO DE LO ACTUADO.
- ✓ SI SON INSUBSANABLES, EL JUEZ POR MEDIO DE AUTO LA DECLARARÁ IMPROPONIBLE.

LA AUDIENCIA.

Art. 427 ALEGACIONES

- ✓ SE LE PIDE AL DEMANDANTE QUE RATIFIQUE, AMPLIE O REDUZCA SU DEMANDA, PERO NO HARÁ VARIACIONES SUSTANCIALES.
- ✓ EL DEMANDADO CONTESTARÁ ALEGANDO DEFECTOS PROCESALES, AFIRMANDO O NEGANDO CONCRETAMENTE LOS HECHOS Y LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA.
- ✓ SI NO SE ACEPTASE NINGUNA EXCEPCIÓN PROCESAL, SE PODRÁ PEDIR QUE CONSTE EN ACTA SU DISCONFORMIDAD, A EFECTO DE PODER APELAR CON LA SENTENCIA QUE SE DICTE.

Art. 428 PRUEBA

- ✓ PROPOSICIÓN DE PRUEBAS ÚTILES Y PERTINENTES RESPECTO A LOS HECHOS.
- ✓ 3 DÍAS ANTES DE LA AUDIENCIA SE SOLICITARÁ AQUELLAS PRUEBAS QUE REQUIERAN DILIGENCIAS DE CITACIÓN O REQUERIMIENTO.

Art. 429 ALEGACIONES FINALES

- ✓ 30 MINUTOS PARA FORMULAR ORALMENTE ALEGATOS FINALES.

IV. PRINCIPALES NOVEDADES

El CPCM ofrece un abismal cambio en la administración de justicia en las áreas civil, mercantil e inquilinato. Por tal motivo las novedades que introduce respecto al actual sistema son muchas. A continuación se destacarán algunas de ellas, de modo general:

- A.** Se instaure la oralidad en el proceso civil, en la mayoría de grados de conocimiento, lo cual supone interdictar la escritura que, quizá, se ha tornado inconstitucional por el incumplimiento manifiesto de lo previsto en el artículo 182 ordinal 5° de la Constitución.
- B.** Se instaure el sistema de audiencias como consecuencia de la oralidad, donde se espera darle cumplimiento al principio de celeridad, concentración e inmediación procesal.
- C.** Se adopta un sistema de prueba moderno y de libre valoración, lo cual supone que sean admisibles todos los medios no prohibidos que representen o evidencien el hecho de la realidad que se pretende probar; ello, sin perjuicio que el CPCM regula ciertos medios probatorios tradicionales (como los testigos, los peritos) y no tradicionales (como la declaración de parte, los medios de almacenamiento y reproducción de la imagen y el sonido).

Además, que, por regla general, la forma de valorar la prueba es conforme a las reglas de la sana crítica.

- D.** Se establecen con mucho mayor detalle ciertas figuras procesales claves, como la inadmisibilidad de la demanda por cuestiones formales; la improponibilidad de la demanda por cuestiones de fondo; el litisconsorcio activo y pasivo; las acumulaciones en todas sus manifestaciones, etc.
- E.** Se confiere un mayor protagonismo a las partes, sin caer en la idea de juez espectador, a efecto de que la controversia se suscite realmente entre ambos; en tal sentido, se elimina por ejemplo el tema de las tachas y las incapacidades de testigos, con el objeto de que sean las partes (sus abogados) quienes, por medio de las preguntas y repreguntas, desacrediten el testimonio de una

persona por concurrir en algún aspecto tradicionalmente vinculado a una incapacidad o tacha, de acuerdo con el CPCM.

- F. Se trata de eliminar la multiplicidad de conflictos de competencia que hoy en día existen entre los jueces de lo Civil y Mercantil. Además, se trata de simplificar al máximo los modos de proceder, creando formas procedimentales comunes.
- G. Se adopta un nuevo sistema de realización de los actos de comunicación procesal; por ejemplo, se permiten las comunicaciones por medios técnicos que proporcionen constancia por escrito; además, el apoyo de los notarios en comunicaciones claves y que hoy en día, en algunos juzgados, son verdaderos “cuellos de botella”: los emplazamientos.
- H. Aparte del proceso común (proceso pleno, con etapas tradicionales bien definidas y para dar cabida al mayor número de pretensiones y a reclamos de “mayor cuantía”), se instaura el proceso *abreviado* para todas aquellas demandadas donde no se reclame una cantidad superior a los 25 mil colones o su equivalente en dólares americanos.

La idea central de ello ha sido que no se sujete al exceso procedimental del proceso común los reclamos de poca monta.

- I. En relación con las medidas cautelares, hay que decir que se ha plasmado una regla general de permisión en el sentido de que podrá el demandante solicitar, en cualquier proceso civil o mercantil, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia de condena que recayera en el proceso. Otra innovación al respecto consiste en que se ha aumentado la gama de ellas, pudiéndose, en términos generales, adoptar cualquiera que no esté prohibida y siempre que se respete el núcleo esencial de los derechos fundamentales de las personas.
- J. Se introducen los procesos monitorios, con los cuales las personas pueden hacer efectiva de forma más expedita sus quejas basadas

en títulos que no traen aparejada fuerza ejecutiva, a través de un procedimiento que, incluso, podría llegar a ser brevísimo.

- K. Finalmente, se comenta que son instaurados la oralidad en segunda instancia y un nuevo recurso de revisión contra sentencias firmes por motivos previamente estipulados.

V. PRINCIPIOS RECTORES

Normalmente, los principios no se formulan explícitamente por la ley o por la costumbre, sino por el juzgador, y son de general aplicación en el ámbito del Derecho Procesal. Los principios funcionan como cualquier otra norma, son elegidos, interpretados y luego aplicados.

Estos principios procesales, por tanto, muchas veces no aparecen taxativamente enumerados, pues surgen a raíz de las mismas disposiciones normativas de una manera imprevista; sin embargo, en el CPCM, la mayoría de principios sí aparecen de una forma expresa en sus primeros artículos, quedando la minoría diluidos de forma tácita en el resto del cuerpo normativo propuesto.

Por lo anterior, es importante numerar y explicar los principios que se han establecido en el CPCM, pues sirven de marco de referencia para la adecuada interpretación (y futura aplicación) de todo el esquema procesal propuesto.

En efecto, en el CPCM los principios procesales aparecen establecidos a partir del Art. 1, en el Título Preliminar, denominado “Principios del proceso y aplicación de las normas procesales”, los cuales son, entre otras cosas, la piedra angular interpretativa de todo el contenido procesal propuesto.

A continuación, pues, se comenta cada uno de ellos a partir de su contenido textual.

- *El Derecho a la protección jurisdiccional*

Este principio, o derecho, tiene su base en el Art. 2 de la Constitución de la República de El Salvador, puesto que la Sala

de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del país, en su jurisprudencia, ha señalado que ahí se encuentra inmerso el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de toda persona a quien se le haya violado u obstaculizado algún derecho constitucional y, por ello, el CPCM lo recoge.

- *Vinculación a la Constitución, leyes y demás normas*

Este principio tiene su base en el Art. 246 de la Constitución, pues ahí se establece que la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma interna; además, en el Art. 235 se señala que todo funcionario (para el caso, los jueces) tiene que cumplir fielmente la Constitución, aún sobre cualquier otra ley del país.

Además, el Art. 185 establece la facultad de inaplicar cualquier norma infraconstitucional que los juzgadores consideren contraria a los preceptos constitucionales.

- *Principio de legalidad*

Este principio, tan importante en el ámbito procesal, está recogido en el Art. 15 de nuestra Carta Magna, pues se prescribe que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes procesales y materiales promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales previamente establecidos, por lo que el CPCM hace bien en recogerlo de la forma que lo hace.

- *Principio de defensa y contradicción*

Dentro de todo proceso jurisdiccional, el demandado tiene que tener oportunidad de defenderse respecto de la pretensión incoada en su contra; así también, todas las partes tienen el derecho de pronunciarse respecto de lo alegado por la contraria, sea por escrito o en audiencia. En nuestra Constitución, el derecho de defensa está establecido, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en el Art. 12.

- *Principio de igualdad procesal*

Este principio podemos resumirlo diciendo que es el derecho de las partes a que se les brinde, por parte del Órgano Jurisdiccional, iguales oportunidades en cuanto a derechos y obligaciones en la sustanciación procesal.

En nuestra Constitución, este principio está reconocido de forma tácita en su Art. 3, puesto que forma parte integrante del derecho general de igualdad.

- *Principio dispositivo*

Este principio, que bien podría tener su base constitucional en el derecho de acción reconocido tácitamente en el Art. 2 ya comentado, y en el Art. 18 de la Constitución, implica que las partes tienen el manejo pleno del derecho material discutido en el proceso, es decir, tienen la disponibilidad del derecho (desistimiento, transacción, etc.), el cual se encuentra en manos de los particulares que van formando arquitectónicamente la estructura del proceso.

Por lo anterior, las partes no tienen a su disposición la tramitación del proceso, porque el proceso es derecho público; el proceso debe -y tiene- que ser impulsado y canalizado por el juzgador, aunque lo que se juzgue sea un derecho privado (civil o mercantil, por ejemplo).

- *Principio de aportación*

Este principio, relacionado con el anterior, implica que las partes tienen la obligación de incorporar los hechos objeto del debate, así como los medios de prueba con los que intentarán acreditarle al juez la existencia de aquellos, de modo que las denominadas “diligencias para mejor proveer” queden para supuestos excepcionales.

- *Principio de oralidad*

Dentro de los principios del procedimiento encontramos al de oralidad, que se contrapone al de escritura. En el CPCM se establece una estructura de procedimiento basada principalmente en la oralidad, aunque sin dejar a un lado la escritura, la cual se mantiene para los actos de iniciación y para dejar constancia de lo actuado en una audiencia; por ello, incluso, se habla de proceso basado en audiencias, más que “proceso oral”, porque la oralidad pura no existe.

Este diseño procedimental está dentro de la libertad de configuración del legislador: es este quien establece si el proceso se basará en la oralidad o en la escritura.

- *Principio de publicidad*

En la sustanciación del proceso, es el derecho que tienen las partes para enterarse de toda actuación en aquel, sin excepción.

Este principio es complementario con los principios de oralidad, audiencia (Art. 11 Cn.) y defensa (Art. 12 Cn., ya comentado), pues un proceso escrito tiende a ser secreto; en cambio, uno oral tiende a ser público.

Este principio surge a raíz de la consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, y aún cuando teorías privatistas lo releguen por su menor importancia (se dice que el proceso civil sólo interesa a las partes) se antepone la facultad general de controlar la actuación de los jueces a fin de proveer efectividad al proceso.

- *Principio de inmediación*

La inmediación es otro principio del procedimiento que potencia una adecuada administración de justicia (Art. 182 No. 5 Cn, antes comentado), ya que, de acuerdo con este, el juicio y la práctica de las pruebas han de transcurrir ante la presencia directa del órgano jurisdiccional competente.

Al igual que la oralidad, para la clasificación de un proceso como inmediato o mediato, lo fundamental es la fase probatoria o la realización de la prueba. Un proceso está presidido por la intermediación si el juez que deba conocer de los autos presencia la práctica de la prueba, sin delegar dicha facultad en persona alguna.

- *Principio de concentración*

La concentración procesal está íntimamente vinculada a la economía o celeridad procesal, de algún modo reconocida en el Art. 182 No.5 de la Constitución.

Este principio ayuda, pues, a la aceleración del proceso, ya que, en virtud de aquel, los actos se desarrollan en una sola audiencia o se resuelven en una misma decisión. Para esto también se hace necesario la preclusión procesal: los plazos no están puestos de adorno en una ley procesal, sino para que se cumplan.

- *Principio de buena fe y lealtad procesal*

Las partes están obligadas a actuar con veracidad procesal, esto es, sin pretender engañar al juez y a la parte contraria.

Lo que se busca con dicho principio es un leal y honorable debate procesal, es decir, una “lucha” de buena fe. En los diferentes ordenamientos jurídicos, este principio se manifiesta de una diversidad de maneras: por ejemplo, a veces se regula que tanto la demanda como su contestación deben hacerse de manera clara, a modo que no produzca falsas interpretaciones; que las excepciones deben oponerlas el demandado juntas de una sola vez y evitar posibles incidentes dilatorios; que las pruebas se deben proponer en los actos iniciales del proceso, para poner de manifiesto in limine las cartas probatorias, etc.

- *Principio de dirección y ordenación del proceso*

Este principio, conocido también como “El juez director del proceso”, ya ha sido reconocido por el Art. 2 del Código de Procedi-

mientos Civiles (reforma de junio de 1993), puesto que es de vital importancia para el mejor desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional; por ello, el CPCM también lo recoge en este principio de dirección y ordenación. Y es que el juez no puede permanecer pasivo ante las actitudes y actividades procesales de las partes.

Este principio forma parte integrante del debido proceso (Art. 14 de la Constitución) o proceso constitucionalmente configurado (“corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas...”).

- **Deber de resolver**

Este deber tiene relación con el derecho de petición establecido en el Art. 18 de la Constitución ya comentado, pues todo funcionario tiene que dar respuesta a lo solicitado, en sentido negativo o positivo, pero siempre de forma motivada; para el caso, lo pedido en la demanda y contestación, por ejemplo (“El juez no podrá, bajo ningún pretexto, dejar de resolver, ni aplazar, dilatar o negar la decisión de las cuestiones debatidas en el proceso”).

Por lo anterior es que, incluso, el CPrC regula que, en materia civil, no hay absolucón de la instancia, lo cual quiere decir que el juez no puede dejar de pronunciarse so pretexto de falta de información, pruebas, dificultad, etc.

- *Deber de colaboración*

Se ha creído conveniente regular esta obligación para todo particular, debido a que muchas veces los que no están vinculados al proceso se han visto reacios a dar información a los tribunales, aunque sea para el caso de poder encontrar un domicilio para notificarle la demanda al sujeto pasivo, por lo que es importante que se legisle en este sentido (“Toda persona o autoridad está en la obligación de colaborar con la justicia cuando sean requeridas para ello...”).

- *Principio de gratuidad de la justicia*

Nuestra Constitución, al respecto, es clara: la justicia será gratuita, dispone su Art. 181 (“La administración de la justicia será gratuita”), por lo que el CPCM no ha hecho más que reproducir casi textualmente este principio (“Toda persona tiene derecho a que se le imparta justicia gratuitamente...”).

VI. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1. Introducción: la función jurisdiccional

Definir o fijar en definitiva el concepto de jurisdicción implica una tarea en la que se impone reunir los caracteres esenciales que lo conforman de manera precisa. En tal sentido, aunque no se llegue a una definición perfecta, sí es importante que los aspectos que condicionan a la jurisdicción sean presentados en este punto.

Partiendo de algunas definiciones legales, por ejemplo la establecida en el Art. 20 del Código de Procedimientos Civiles, se establece que: “Jurisdicción es el poder de administrar justicia conforme a las leyes”. Con esto tenemos una primera aproximación al concepto de jurisdicción, no obstante lo impreciso que es.

La Constitución de El Salvador, en el Art. 172, prescribe, en su inciso primero, que: “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley”. Entonces, de acuerdo con la Carta Magna, la jurisdicción es la potestad de administración procesal en el territorio salvadoreño.

En ambos casos, existe un término básico que particulariza y reviste al concepto general. El Código de Procedimientos Civiles parte de la noción

de “poder”, y en el caso de la Constitución se entiende como “potestad de juzgar”.

Es importante destacar los términos aludidos, puesto que son el punto de enfoque del concepto de jurisdicción. En ese orden de cosas, el autor español Jaime Guasp explica que jurisdicción, o administración de justicia, en sentido estricto, es una “función” específica de la administración pública por medio de la cual se resuelven (“satisfacen”) las quejas de la ciudadanía.

Entendida así la jurisdicción, términos tales como potestad o poder resultan insuficientes para comprender el alcance de la jurisdicción como función, dentro de la gama de fines que posee el Estado jurídicamente constituido.

El concepto de función jurisdiccional engloba al de potestad, siendo posible que ésta posea múltiples manifestaciones dentro de la práctica de la labor jurisdiccional.

La jurisdicción, por tanto, implica una función desarrollada por un órgano legalmente establecido para realizar uno de los fines -elemento indispensable- de la organización estatal.

La idea expuesta se complementa sosteniendo que el fundamento de la jurisdicción se halla en la congruencia que existe entre ésta y el proceso, pues ambos conceptos son correlativos y cualquiera de ellos implica necesariamente al otro.

2. Distinción entre jurisdicción y competencia

La compleja situación de las relaciones sociales en un Estado imposibilita que la jurisdicción sea ejercida por una misma especie de órgano. Otros factores como el territorio, los hechos y actos jurídicos que ocurren en una sociedad, hacen surgir la necesidad de especializar al Órgano Jurisdiccional en distintas materias. Así, hay tribunales a los que se somete un asunto en conocimiento distinto a otro, aunque todos poseen jurisdicción. Y es que se estableció que la jurisdicción es una función específica por medio de la cual el poder público satisface pretensiones. Esta función es única indivisible y general. Todos los jueces poseen jurisdicción: la misma jurisdicción. Lo que

cambia es la competencia: algunos jueces poseen la aptitud otorgada por la ley para conocer en cierto género de procesos. Entonces, a diferencia de la jurisdicción, la competencia es el poder específico y concreto de intervenir en determinadas causas.

En orden negativo cabe distinguir la jurisdicción y competencia considerando que la falta de jurisdicción constituye un exceso de poder. Por lo tanto, es un concepto que, aunque no pertenece al ámbito procesal, sí puede tener efectos procesales: habrán casos excepcionales en que un juez tendrá que rechazar una demanda por falta de jurisdicción, como bien lo señala el CPCM (Art. 24 “Presentada la demanda, el tribunal examinará su jurisdicción y, si entiende que carece de ella, la declarará improponible y pondrá fin al proceso...”). En cambio, la falta de competencia (incompetencia) sí es un aspecto de índole procesal y, evidentemente, tiene connotaciones procesales.

En un aspecto positivo se distingue la jurisdicción y competencia, ya que ésta no es una aptitud, sino un grado de aptitud, lo cual implica un conjunto de limitaciones cuantitativas no tanto frente a la jurisdicción sino frente a otros tribunales.

Y es que, frente a una pluralidad de organismos jurisdiccionales, es conveniente regular y delimitar el grado de aptitud de cada uno de ellos, pues, de lo contrario, ocurriría que un mismo asunto podría tener dos o más jueces competentes o, lo que es peor, que todos los jueces fueran incompetentes.

La competencia, pues, es un presupuesto procesal y su control puede -y debe- hacerlo de oficio el juzgador, debiendo rechazar cualquier demanda, incoada ante su presencia, de la cual aparezca que es manifiestamente incompetente.

De nuestro viejo Código de Procedimientos Civiles conocemos cuatro criterios distributivos de la competencia: en razón de la materia; en razón de la cuantía; en razón de la función o grado; y en razón del territorio. Los primeros tres no admiten la posibilidad de prórroga, mas el último criterio sí la admite, específicamente regulado en el Art. 32 CPrC. En el CPCM se da algo parecido; además, puede haber sometimiento previo si este está plasmado en documento público (Art. 33 “(...) Asimismo, es competente el

Juez a cuya competencia se hayan sometido las partes por instrumentos fehacientes”).

En este sentido una demanda puede ser presentada ante juez, adoleciendo falta de competencia por cualquiera de las razones mencionadas, y éste deberá oficiosamente rechazarla, aun cuando se trate de cuestiones territoriales, para hacer valer el principio del juez natural.

3. Análisis de la jurisdicción y la competencia en el CPCM

a) Jurisdicción exclusiva de los tribunales civiles y mercantiles salvadoreños

En el CPCM se regulan los casos en los cuales los tribunales del país tendrían facultad de juzgar, es decir, jurisdicción (Art. 21 y 22 CPCM), así como los casos en los cuales se tendrán que abstener de conocer por defectos en dicha facultad.

Comienza el CPCM señalando algunos casos comunes en los cuales existe jurisdicción; por ejemplo, en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en El Salvador.

Pero también el CPCM regula algunos casos especiales, a manera de ilustrar al juzgador; por ejemplo, se señala que los tribunales civiles y mercantiles del país podrán conocer cuando las partes se hubieren sometido expresa o tácitamente a ellos.

b) Abstención de jurisdicción

El tribunal debe examinar, entre otras cosas, su jurisdicción. Y es que, así como oficiosamente un juez examina si la demanda cumple con los requisitos formales para su presentación, o si en ella no existe algún defecto procesal (como la falta de legitimación o capacidad), también debe examinarse si el caso planteado en su sede es de aquellos en los que se tiene facultad de juzgar como Órgano Judicial.

Por lo anterior, el CPCM, atinadamente, prescribe que existen casos en los cuales el juez tendrá que rechazar la demanda por falta de jurisdicción.

Ejemplo, cuando se haya formulado demanda o solicitada ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción conforme a las normas del Derecho Internacional. En estos y otros casos, la demanda será improponible por falta de jurisdicción, pues es un elemento insubsanable (Art. 23 CPCM).

c) Indisponibilidad de la competencia

La competencia, como norma general, es indisponible; excepto en razón del territorio conforme a las reglas establecidas en el CPCM (Art. 26). En efecto, si se trata de falta de competencia material (materia), por ejemplo, el juez al que se le plantea el caso no puede conocer del asunto.

Distinto es el supuesto del territorio, pues habrán casos en los cuales se planteen demandas en domicilios que no son los del demandado, y el CPCM lo habilita.

En primer lugar, pudiera suceder que las partes se hayan sometido previamente (en instrumento fehaciente) al territorio de un determinado juzgado, en cuyo caso el CPCM habilita para que el juez de dicho lugar conozca del asunto (Art. 33 CPCM). Esta posibilidad, es necesario aclarar, que no había sido contemplada en las primeras versiones del CPCM, puesto que se pretendía que la carga de trabajo de los tribunales se repartiera proporcionalmente potenciando el principio del juez natural, de tal suerte que los casos no se concentraran en la capital de la República, lugar preferido por los involucrados cuando se someten previamente a una determinada circunscripción territorial.

En segundo lugar, se puede dar el caso que una demanda sea llevada a un juez que carece de competencia en razón del territorio (y no existe ningún sometimiento previo). Si bien en principio el juez debe examinar *in limine litis* esta circunstancia, puede ser que, indebidamente pero posible, pase desapercibido este defecto.

En estos casos, admitida a trámite la demanda, la carga de la denuncia de la falta de competencia corre a cargo del demandado: si este no la denuncia conforme a las reglas del CPCM (Arts. 42 y 43), el juez será

definitivamente competente para conocer de la pretensión incoada en la demanda.

d) Competencia material

La competencia en razón de la materia tiene a su vez subdivisiones importantes: no todos los jueces pueden conocer todos los asuntos civiles y mercantiles que regula el CPCM. Cada uno de ellos (plasmados en la pirámide judicial) tienen su propio ámbito de actuaciones conforme al CPCM.

1. De la Corte Suprema de Justicia en Pleno

En el CPCM, a la Corte Suprema de Justicia en Pleno le corresponde conocer de las abstenciones y recusaciones conforme a lo dispuesto en dicho cuerpo procesal; es decir, de aquellos casos en que concurra en un juez un supuesto que haga peligrar su imparcialidad.

También, a la Corte le corresponde conocer del recurso de casación cuando la Sala de lo Civil ha conocido en apelación, con exclusión de los magistrados que integran dicha Sala. Asimismo conocerá de los conflictos de competencia que se susciten entre dos tribunales relacionados con la competencia; conflictos positivos (los tribunales involucrados dicen ser competentes) o negativos (los tribunales vinculados al conflicto rehúsan conocer el caso).

Además, corresponde a la Corte en Pleno, de acuerdo con el CPCM, de los demás asuntos que determinen las leyes (Art. 27 CPCM).

2. Competencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia

Bajando un escalón en la pirámide judicial, en lo que a materia civil se refiere, se encuentra la Sala de lo Civil de la CSJ. De acuerdo con el CPCM, corresponde a esta Sala conocer de los procesos de exequátur, que engloba al procedimiento para verificar si una sentencia judicial emanada de un país extranjero reúne o no los requisitos para su homologación en El Salvador.

Además de lo anterior, corresponde a esta Sala el conocimiento del recurso de casación, el cual, de acuerdo con el CPCM, sigue siendo de corte clásico, poniendo especial énfasis en la función nomofiláctica, aunque sin perder de vista la unificación de la jurisprudencia, aunque por vía indirecta.

También conocerá del recurso de apelación cuando las cámaras de segunda instancia hayan conocido en primera instancia, aspecto idéntico a lo recogido en el Código de Procedimientos Civiles.

Una verdadera novedad es estas tareas de la Sala de lo Civil es que conocerá de los recursos de revisión contra las sentencias firmes. Especial recurso que contempla el CPCM, y que rompe con la idea de la santidad de la cosa juzgada (Art. 28 CPCM “(...) 4° De la revisión de sentencias firmes”).

3. Competencia de las Cámaras de Segunda Instancia

La Cámara de lo Civil de Segunda Instancia, conforme a lo prescrito en el CPCM, conocerán de las demandas contra el Estado en primera instancia, puesto que ello es un privilegio procesal estipulado constitucionalmente.

Básicamente esta es la competencia de las Cámaras, quedando, claro, señalado que conocerán “de los demás asuntos que determinen las leyes”.

4. Competencia de los Juzgados de Primera Instancia

Los juzgados de Primera Instancia, de acuerdo con la nueva distribución de la competencia que señala el CPCM, conocerán del proceso principal que se regula en dicha norma, es decir, del proceso común.

Además, dichos jueces conocerán de los procesos especiales regulados en el CPCM, sin perjuicio de lo establecido para el nuevo proceso monitorio (en este caso, la competencia la tienen los jueces de menor cuantía, por lo que solamente conocerían en aquellos lugares donde no existen tales juzgados).

También, los jueces de lo Civil conocerán -prescribe el CPCM- de la ejecución forzosa de las sentencias que se dicten en aquellos procesos que son de su competencia, conforme a lo previsto en el último libro del CPCM.

Finalmente, es oportuno mencionar que estos jueces conocerán de los procesos abreviados y de los monitorios que se susciten en aquellas circunscripciones territoriales donde no existe juzgado de primera instancia de menor cuantía (Art. 30 CPCM).

5. Competencia de los juzgados de Primera Instancia de Menor Cuantía

El CPCM mantiene la existencia de juzgados que conocerán de los procesos de poca monta o de menor cuantía.

Por ello, el CPCM prescribe que dichos juzgados conocerán del proceso abreviado (proceso apéndice del común y con pretensiones cuantificables hasta los 25 mil colones); del proceso monitorio (también con pretensiones menores a la cantidad citada y con el objeto de reclamar deudas amparadas en documentos no ejecutivos); y de la ejecución forzosa de las sentencias dictadas en ellos, conforme al Libro V del CPCM (Art. 31).

6. Competencia de los juzgados de Paz

Los juzgados de Paz, en sintonía con el espíritu de la reforma que se impulsó cuando se suprimieron los tribunales de hacienda y se crearon los tribunales de menor cuantía, únicamente conocerán de los actos de conciliación, conforme a las reglas establecidas en el CPCM (Art. 32). Es decir, los jueces de Paz no verán ni procesos comunes ni abreviados, tampoco intervendrán en los procesos especiales.

Esto implicará, obviamente, mayor carga para los tribunales con competencia civil y mercantil, por lo que la Corte Suprema de Justicia deberá adoptar medidas administrativas para la adecuada repartición de la carga de trabajo. Por ejemplo, pueden convertirse algunos juzgados de Paz en juzgados de instancia con competencia en materia civil y mercantil (hay departamentos en los cuales existen muchos juzgados de Paz y un volumen litigioso bajo); o pueden impulsar reformas a la Ley Orgánica Judicial para flexibilizar la distribución de la competencia territorial.

e) Competencia territorial

Ahora corresponde comentar otra especie de competencia: la que se identifica con el ámbito espacial de un determinado tribunal. En el CPCM se establece que será competente por razón del territorio, salvo las excepciones legales, el tribunal del domicilio del demandado. Si no tuviere domicilio en territorio nacional, será competente el juez del lugar de su residencia (Art. 33 CPCM).

Asimismo, el CPCM regula que es competente el juez a cuya competencia se hayan sometido las partes por instrumentos fehacientes. Es importante mencionar que anteriores versiones del Código (versión de abril de 2003 y noviembre de 2006) no contemplaban esta posibilidad, a fin de potenciar en debida forma el principio del “juez natural” y para descongestionar a los tribunales de la capital.

Y es que en la mayoría de casos se establece contractualmente que las partes involucradas se someten expresamente a la “jurisdicción” de los tribunales de San Salvador, lo cual provoca que en dicho lugar los juzgados estén sobresaturados, más si se compara con la carga de trabajo de otras partes del país, por ejemplo, Chalatenango, Morazán y Cabañas. Bien es sabido que, aunque el CPCM fuera la mejor legislación procesal del país, con carga de trabajo demasiado alta, los procesos siempre tardarán y la justicia, por ende, siempre será tardía.

Por otro lado, existen en el CPCM casos especiales de competencia territorial; por ejemplo, en los procesos en que se planteen pretensiones que versen sobre *derechos reales*, será competente también el tribunal del lugar donde se halle la cosa; sin embargo, si la pretensión se ejerce sobre varias cosas o sobre un solo inmueble que esté situado en diferentes “jurisdicciones”, será competente el tribunal del lugar donde se encuentre cualquiera de aquéllas, o el de cualquiera de las circunscripciones a las que pertenezca el inmueble (Art. 35 CPCM). En los procesos sobre cuestiones hereditarias, será competente el tribunal del lugar en que el causante haya tenido su último domicilio en el territorio nacional (Art. 35).

Finalmente, el CPCM regula los casos de competencia territorial en los casos de acumulación y pluralidad de demandados (Art. 36). En efecto,

cuando se planteen conjuntamente varias pretensiones en relación con una o más personas, será competente el tribunal del lugar que corresponda a la pretensión que sea fundamento de las demás; en su defecto, el que deba conocer del mayor número de las pretensiones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la pretensión de mayor cuantía.

f) Competencia funcional

El CPCM dispone claramente que el tribunal competente para conocer de un determinado asunto lo será también para conocer de las incidencias que surjan sobre él y para llevar a efecto sus resoluciones, sin perjuicio de lo dispuesto para la ejecución de las sentencias. Es decir, quien conoce lo principal y lo normal conocerá lo incidental (Art. 38 CPCM).

g) Competencia de grado cuando sea parte el Estado

En los procesos en los que sea demandado el Estado, y por el privilegio constitucional procesal que goza, serán competentes para conocer en primera instancia las Cámaras de Segunda Instancia de la capital; y, en segunda instancia, conocerá la respectiva Sala de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, los municipios, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y entes descentralizados del Estado serán demandados ante los tribunales comunes, es decir, no gozan del citado privilegio constitucional de naturaleza procesal (Art. 39 CPCM).

h) Examen de oficio de la competencia.

Algo importante que el CPCM estipula claramente, y en relación con la dirección del proceso y la oficiosidad, está en el hecho que, presentada la demanda, el tribunal examinará de oficio su competencia y, si entiende que carece de ella, rechazará *in limine* la demanda por improponible, y remitirá el expediente al tribunal que considere competente (Art. 40).

Ahora bien, indebidamente pero posible, puede ser que el juez no advierta, en su examen *liminar*, este defecto de la pretensión. En este caso, el demandado puede advertirlo en su primera comparecencia.

i) Denuncia de la falta de competencia.

La falta de competencia, de acuerdo con el CPCM, deberá alegarse ante el mismo tribunal que esté conociendo de la pretensión.

Al respecto, el CPCM estipula que, salvo en el caso de la incompetencia por razón del territorio, la falta de competencia podrá alegarse en cualquier estado del proceso, acompañando los documentos que puedan servir de prueba (Art. 41 CPCM).

Y es que, por ejemplo, en el caso de la falta de competencia material o de cuantía (en ambos casos, falta de competencia objetiva) no puede dejarse a la conducta de una de las partes la “prórroga” de la competencia, por la magnitud del defecto.

j) Denuncia de la falta de competencia territorial

El CPCM señala que la falta de competencia territorial, a diferencia de las otras causales, sólo podrá alegarse en el plazo que se tiene para contestar la demanda, sin contestarla, y se deberá indicar el tribunal al que, por considerarse territorialmente competente, habría de remitirse el expediente.

Si no se procede de esa forma, el tribunal será definitivamente competente para conocer de la pretensión, conforme a lo señalado por el CPCM cuando regula la sumisión tácita (Art. 42).

k) Conflicto de competencia

En el viejo CPrC, el conflicto de competencias, positivo o negativo, se regula casi como una especie de recurso, aunque lo que se busca no es la eliminación de una resolución judicial. Su ubicación en dicho cuerpo procesal no es la más adecuada. Ahora, en el CPCM, tal regulación se plasma donde verdaderamente le corresponde, sin darle ningún matiz recursivo o impugnativo (Art. 47 CPCM).

De acuerdo con el procedimiento estipulado en el CPCM, un tribunal X puede considerar que un asunto no es de su competencia, en cuyo caso lo remitirá al que considere que lo es (tribunal Y). El tribunal que recibe el

expediente, si considera, a su vez, que es incompetente, lo declarará así, “trabándose” el denominado conflicto.

En dicho caso, el tribunal Y deberá remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, que decidirá cuál es el tribunal al que corresponda conocer del asunto, así como el envío del expediente y el llamamiento a las partes para que comparezcan, dentro de los cinco días siguientes, ante dicho tribunal.

I) Prejudicialidad civil o mercantil

Finalmente, dentro de este tema, el CPCM regula un asunto útil en determinados supuestos muy especiales y que en el viejo código no está regulado: la prejudicialidad.

Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir sobre alguna cuestión que, a su vez, constituye el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo tribunal civil o mercantil o ante uno distinto, y si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la parte contraria en el término de tres días, podrá, mediante auto, decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial (Art. 48 CPCM).

VII. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

En el viejo Código de Procedimientos Civiles se regula este tema de una forma muy desordenada y desatinada.

Desordenada porque no queda claro cuál es la figura procesal asociada y cuáles son sus formas de hacerla valer dentro del expediente, pues hay que interpretar fino para concluir que los impedimentos son todas aquellas causas que hacen que el juzgador no sea el idóneo para conocer (entendido en el sentido que es un juez en el cual concurre una circunstancia que hace peligrar su imparcialidad).

Desatinada porque establece situaciones poco favorables para la adecuada vigencia de la imparcialidad judicial.

Por un lado, las causas para que un juez se pueda apartar de un caso son taxativas, desconociendo la dinámica de la realidad y que la casuística le puede quedar demasiada grande a la norma pétrea.

Por otro lado, porque los motivos que pueden llevar a que un juez no conozca de un asunto se dividen en graves y menos graves, siendo que algunos de los primeros parecieran mejor estar ubicados en el segundo grupo y viceversa, y porque deja al arbitrio de las partes consentir que el juzgador siga conociendo, aunque concurra una causal para separarlo del conocimiento.

Por suerte, creo, el CPCM supera estas dos observaciones con creces, tomando en consideración el postulado constitucional (imparcialidad judicial, debida justicia) y los criterios jurisprudenciales al respecto.

1. Abstención

Los jueces o magistrados, de acuerdo con el CPCM, se abstendrán de conocer de un asunto cuando se pueda poner en peligro su imparcialidad en virtud de sus relaciones con las partes, los abogados que las asisten o representen, el objeto litigioso, por tener interés en el asunto o en otro semejante, así como por cualquier otra circunstancia seria, razonable y comprobable que pueda poner en duda su imparcialidad frente a las partes o la sociedad (Art. 52 CPCM).

En efecto, cuando un juez o magistrado considere que concurre respecto de él algún motivo de abstención, lo hará saber al tribunal jerárquicamente superior para que declare si es procedente o no.

Cuando se trate de un magistrado de la Sala de lo Civil, hará saber la concurrencia del motivo de abstención a dicha Sala mediante escrito motivado para que conozca del asunto con su exclusión. En relación, el CPCM estipula que cuando se abstenga la mayoría o todos los magistrados que conforman la Sala de lo Civil, el conocimiento y decisión corresponderá a la Corte Suprema de Justicia en Pleno.

La abstención se resolverá, de acuerdo con el CPCM, sin más trámite, sin que sea necesario aportar prueba. Ahora bien, en algunos casos particulares pudiera resultar que esta disposición se quede corta, habida

cuenta que para la adecuada fundamentación de la abstención o excusa se requerirá comprobar la circunstancia o situación invocada.

2. Recusación

Concurriendo una causa que haga que el juzgador no sea lo imparcial que el ordenamiento jurídico exige, y si dicho juez no se abstuviere, el CPCM permite que cualquiera de las partes plantee una recusación en el primer momento en que tenga oportunidad para ello; y si no lo hiciera entonces, no se le dará curso a su solicitud (Art. 54 CPCM). Este aspecto siempre es controversial, habida cuenta que parece un interés procesal superior la imparcialidad del juez que la diligencia del litigante.

Si los motivos de recusación hubieran surgido con posterioridad o fueran desconocidos por el recusante, podrá plantearse con posterioridad hasta antes de dictar sentencia, pero estas circunstancias tendrán que ser acreditadas en forma suficiente.

Pasando al procedimiento, el CPCM prescribe que el tribunal competente para sustanciar y resolver las recusaciones será el que resulte jerárquicamente superior a aquel al que el recusado pertenezca, excepto en el caso de los magistrados de Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Y es que, cuando se trate de la recusación de los magistrados de la Sala de lo Civil, el tribunal competente para conocer y resolver sobre ella será dicha Sala, con exclusión del magistrado recusado; y si recusa a la mayoría de magistrados, o a todos ellos, el conocimiento y decisión corresponderá a la Corte Suprema de Justicia en pleno.

El escrito de recusación se debe presentar ante el tribunal que está conociendo del proceso, expresando los hechos en que se fundamenta y acompañando los documentos probatorios pertinentes. Planteada la recusación, el juez o magistrado recusado mandará oír a las partes durante el plazo común de tres días. El CPCM ha señalado que se da oportunidad para que ambas partes se pronuncien, y no solo la parte contraria al recusante. Para éste último es una segunda oportunidad de plantear sus argumentos.

Vencido el plazo, remitirá de inmediato todo lo actuado al tribunal competente para tramitarla, acompañando un informe en el que se

pronuncie sobre la causa de recusación alegada. La recusación se decidirá sin más trámites.

En cuanto a los efectos, el CPCM señala que el escrito por medio del cual se plantea la recusación no produce el efecto de inhibir del conocimiento o intervención al juez correspondiente, sino a partir del día en que se le hace saber la resolución que lo declara separado del conocimiento o intervención en el asunto. Esto también aplica para el caso de la abstención o excusa.

Finalmente, se estipula que el juez recusado no podrá pronunciar resolución final en el proceso o recurso mientras esté pendiente la recusación, so pena de nulidad. Esto también aplica para la abstención o excusa (Art. 56 CPCM).

LECCIÓN SEGUNDA²

LAS PARTES PROCESALES.

Previo al análisis exegético de los primeros tres capítulos del Título Segundo del Código Procesal Civil y Mercantil, menester es delimitar tres aspectos básicos: a) el concepto de partes; b) quién puede ser parte, en general, entendiéndolo como la capacidad; y, c) quién debe ser parte en un proceso determinado, vale decir, la legitimación; todo en aras de lograr una protección judicial conforme a lo establecido en el Art. 1 del código.

En todo proceso judicial, en virtud de un conflicto de intereses de carácter económico, a las personas involucradas en esa situación se les considera partes procesales por ser los titulares del objeto material del proceso, tanto del lado activo como del pasivo de la relación procesal.

El concepto de parte es estrictamente procesal; la calidad de parte le da la titularidad activa o pasiva de una pretensión. Quien no posee la calidad de parte se define procesalmente como tercero.

Tercero procesal es el sujeto que no goza de la condición de parte, cualquiera que sea su relación con las partes propiamente tales, relación que puede variar desde una absoluta ajenidad al proceso hasta una plena participación en sus resultados, como ocurre, por ejemplo, con el sucesor y el obligado solidariamente.

También puede intervenir el mero interesado, que es el intermedio entre parte y tercero, ya que no obstante no ser titular activo ni pasivo de la pretensión, es afectado por las vicisitudes procesales, por lo que se

² José Lucas Rodríguez Lemus

justifica su intervención, haciendo simples peticiones u oponiéndose a ellas.

Necesario se torna aclarar que no siempre es así, puesto que puede ser iniciado un proceso por personas no titulares de la relación jurídico material, Vrg. porque se comete un error o falta de veracidad en las afirmaciones, así como por malicia de litigantes inescrupulosos.

Podemos decir que en algunas ocasiones lo importante es quién y contra quién se inicia el proceso, no teniendo mayor relevancia la condición de partes materiales de la relación jurídico material.

Así las cosas, la parte actora es la persona o personas naturales o jurídicas que se avocan ante el órgano jurisdiccional a incoar su pretensión; y la parte demandada es la persona o personas frente a las que se interpone la pretensión. Dicho de manera más sencilla: quien pide la protección jurisdiccional y a quién se le reclama.

En conclusión, parte es aquel que pide en nombre propio, o en cuyo nombre se solicita la actuación de una voluntad de ley (actor, demandante, ministerio público, etc.), y aquel frente a quien es pedida (demandado). La calidad de parte es esencialmente procesal y ésta viene dada por una determinada posición en el proceso.

Parte material o sustancial es la que involucra la relación sustantiva (titular del derecho real de dominio, deudor, heredero, usufructuario, la servidumbre activa, acreedor o deudor prendario, acreedor o deudor hipotecario, etc.); es decir, la que está reglamentada por la ley de fondo.

Parte formal o procesal, contempla los sujetos de la relación procesal, vale decir, que la parte sustancial o material es el sujeto de los intereses del objeto del litigio; y la parte formal, es el sujeto autorizado para ocupar el lugar del titular. Vrg: mandatario, defensor de oficio, curador ad litem, etc.

CAPACIDAD

Al hablar de la capacidad nos referimos a las condiciones que deben poseer las partes en general, esto es, sin referencia a un proceso determinado. En consecuencia, debemos diferenciar lo que es la capacidad de las personas para ser parte y la capacidad procesal.

La capacidad para ser parte se refiere a la aptitud para ejercer derechos y obligaciones, vale decir, para actuar por sí en el proceso. Y es que la capacidad procesal consiste en la calidad del sujeto jurídico para poder intervenir en el proceso (por sí mismo), por tener la aptitud psicofísica requerida por la ley.

LEGITIMACIÓN

La legitimación procesal consiste en la consideración legal, respecto del proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud de la cual se exige para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que dichas personas figuren como tales partes en el proceso.

Legitimación es la posición de un sujeto respecto al objeto litigioso que le permite obtener una providencia eficaz.

Esta figura se refiere a quien corresponde el derecho a interponer la pretensión y contra quien debe legalmente incoarse, para obtener del órgano jurisdiccional una sentencia que realmente conozca el fondo del asunto, pudiendo estimar o desestimar dicha pretensión. Art. 66 CPCM.

También encontramos frecuentemente este tema ligado a lo que son, dentro del proceso, las partes formales en relación con las partes materiales; y en aquellos casos en que expresamente la ley permite actuar en procesos por derechos e intereses en los que no se es titular; ejemplo, la acción popular a que alude el Art. 949 C. Dábase este nombre, como sabemos, a la acción que podía ejercitar cualquier ciudadano o muchos unidos, ya en beneficio particular, ya en los asuntos de interés para el pueblo, como en lo relativo a caudales, servidumbres públicas, etc.

El Art. 58 CPCM, establece quiénes son consideradas partes del proceso, siendo puntal al decir que lo son: el demandante y el demandado; conceptos de por sí que no representan dificultad al ser tomados como tales en un proceso judicial.

En cuanto a la parte final del primer inciso del artículo citado, que se refiere a que también podrán ser partes del proceso... “quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada”. Es decir, basta con ser alguien potencialmente afectado con el resultado de un proceso judicial civil o mercantil, y que la sentencia cause estado de cosa juzgada para que pueda considerársele como parte.

Respecto de la cosa juzgada, el Art. 230 dispone que “...se extiende a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción y comprenderá todos los hechos anteriores al momento en que hubieran precluido las alegaciones de las partes. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus sucesores; y se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes, si hubieran sido citados a raíz de la demanda”. Tal sería el caso de los subarrendatarios en los procesos de inquilinato de que habla el Art. 483, que debe anunciarlos el arrendatario demandado para que sean citados a la audiencia.

Continúa diciendo el Art. 58, que “en los procesos civiles y mercantiles podrán ser parte”:

1º Las personas físicas.

Refiérese a que si todo ser humano es persona (Art. 1 Cn. y 72 C), se le reconoce tal calidad por sí y puede ser parte en un proceso desde su concepción hasta su muerte; adquiriendo capacidad de ejercicio a determinada edad y perdiéndola con la muerte (Art. 26 C).

El Art. 59 subraya que en principio podrán intervenir válidamente en el proceso “los que gocen del pleno ejercicio de sus derechos”; entendiendo como tales a todas aquellas personas mayores de 18 años y no declaradas incapaces (Arts. 1317 y 1318 C.; 206 y 345 Fam.).

El inciso segundo del reiterado Art. 59 subraya “Los que no se hallen en pleno uso de sus derechos individuales podrán comparecer por sí mismos siempre que tengan la debida autorización, asistencia o habilitación que la ley establezca en cada caso”; se refiere a los mecanismos que establece la ley para suplir, en cuanto a la representación legal; o para integrar asistencia en la incapacidad. En materia de familia, serían casos típicos los Arts. 237, 293 y 296.

El pleno uso de los derechos individuales inicia con la mayoría de edad, (18 años), así lo contempla el Art. 26 C. Mientras esta condición no llegue, la representación legal del menor será ejercida por sus padres, que ostentan la patria potestad, de consuno o individualmente, según el caso. Y, a falta de éstos, será ejercida por un tutor (Art. 272 Fam.).

En cuanto a la incapacidad (Art. 1318 C), ésta debe ser declarada en sentencia (Art. 292 Fam.), puesto que la capacidad de los mayores de edad se presume (Art. 1317 C). En la sentencia, se determinarán los límites de la incapacitación decretada y el régimen de la tutoría a la que será sometido; ejerciendo dicho tutor, la representación legal del incapaz.

En el ordinal segundo del Art. 58 CPCM, se establece que también es parte “el concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables”. Respecto del nasciturus, o “el que está por nacer”, nuestra ley le otorga, (Arts. 1 Cn. y 238 Fam.), únicamente capacidad de goce y no de ejercicio. En cuanto a su calidad de parte en un proceso judicial, se permitirá siempre y cuando se trate de efectos favorables a él.

Tal es el caso de un testador que dijese: “Nombro como mi heredero al hijo(a) que lleva en su vientre mi hija X”, y éste se malogra. Se estará, por lo tanto, a las reglas de la sucesión intestada, porque a esa persona concebida y no nacida se le reconocen derechos desde su concepción.

El Art. 60 CPCM, soluciona el caso de que existan personas naturales que no obstante no estar en pleno goce de sus derechos individuales, y no hubiere quién los represente o asista legalmente en el proceso, el juez lo comunicará a la Procuraduría General de la República, que asumirá la representación de aquellas hasta que se produzca el nombramiento de un defensor judicial; y, mientras no conste el personamiento o

intervención del representante del procurador general de la República, el proceso quedará suspendido, a fin de que no se incurra en vulneración de garantías constitucionales.

Igual comportamiento tendrá el juez cuando el incapaz (menor o interdicto) pretenda demandar a su representante legal, o sea demandado por éste; o cuando advierta la aparición de un conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal.

CAPACIDAD PROCESAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En cuanto a las personas jurídicas, el ordinal tercero del Art. 58 CPCM, expresa quiénes son partes en los procesos civiles y mercantiles.

El Art. 61 CPCM atribuye capacidad procesal a todas las personas jurídicas constituidas con los requisitos y condiciones legalmente establecidas para obtener personalidad jurídica. Dichas personas comparecerán y actuarán en el proceso por medio de quien ostente su representación. Vrg. presidente de la Junta Directiva, administrador único, gerente general, etc.

Técnicamente en las actuaciones de estos entes no hay una representación pura, ya que no convergen dos voluntades, la del ente y la del representante, sino más bien una sola, puesto que no existe representación alguna, sino actuación de la persona jurídica por medio de sus órganos.

En el Art. 17 y siguientes del Código de Comercio se encuentra lo relativo al comerciante social y la regulación pertinente para constituirse como tal.

Existen las personas jurídicas de derecho público, las que gozan de capacidad de ejercicio para ser parte procesal; Vrg: el Estado, los entes descentralizados y los municipios.

Asimismo son parte procesal las iglesias y las llamadas organizaciones no gubernamentales, que gozan de personería jurídica otorgada por el Ministerio de Gobernación, por medio de la Ley de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro.

En cuanto a las personas jurídicas extranjeras, sus sucursales, agencias o delegaciones que realicen actividades en El Salvador, se sujetarán a las mismas exigencias de representación que la ley señala para las personas jurídicas nacionales, a menos que exista convenio internacional o disposición legal en contrario.

Volviendo al Art. 58 ordinal cuarto del CPCM, acentúa que “las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular” también son parte en los procesos civiles y mercantiles.

Esta disposición se justifica, en virtud de que en un momento determinado un patrimonio, o una masa de bienes, quede sin titular, sea porque ha cesado su titularidad originaria y no se ha producido su adquisición concreta, caso de la herencia yacente; o porque existe de parte de su titular una pérdida de la capacidad de disposición; Vrg: la masa del concurso o de la quiebra.

COMPARECENCIA DE LOS ENTES Y UNIONES SIN PERSONALIDAD

Los entes y uniones a que se refiere el CPCM, (Art. 58, 5º), expresa que son partes en el proceso “en calidad de demandadas las uniones y entidades que, sin haber cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, actúen en el tráfico jurídico”. La razón de por qué son partes en el proceso sólo en calidad de demandadas y no como actoras, es para cerrar la posibilidad de instaurar procesos leguleyescos carentes de sustento ético; y, de esa suerte, marginar potenciales fallos de condena que irían en “beneficio” de las personas naturales representantes de dichas entidades, dejando burlados los intereses económico-sociales de los demás miembros integrantes de la entidad y que por lo general constituyen mayoría calificada.

El Art. 62 CPCM establece que los entes y uniones sin personalidad comparecerán y actuarán por medio de quienes aparezcan como sus directores, gestores o administradores, o de quienes lo sean por disposición legal, o de quienes de hecho actúen en el tráfico jurídico en su nombre frente a terceros, quienes tampoco podrán denunciar su falta de capacidad procesal para ser parte cuando tuvieren reconocida dicha capacidad en la relación jurídica material debatida o dentro del proceso.

Los directores constituyen el órgano representativo y muchas veces administrativo del ente o unión sin personalidad, bajo la forma de junta directiva o consejo directivo; por su parte, los gestores o administradores limitan su función a la mera administración del ente, como son el gerente o el factor. Quienes lo sean por disposición legal, se refiere, por ejemplo al Art. 254 y siguientes del Código de Comercio, donde se establece: “La administración de las sociedades anónimas estará a cargo de uno o varios directores, que podrán ser o no accionistas”. Y, por último, en cuanto a quienes de hecho actúen en el tráfico jurídico en su nombre frente a terceros. Ya el Código de Comercio encontramos una disposición parecida en su Art. 28, al preceptuar “Las personas que controlan de hecho el funcionamiento de una sociedad, sean o no socios, responden frente a terceros solidaria e ilimitadamente, por los actos dolosos y culposos realizados a nombre de ella”.

INTERVENCIÓN DEL ESTADO

El Art. 64 del CPCM, preceptúa que cuando el Estado intervenga en un proceso civil o mercantil, cualquiera que sea la calificación o ubicación procesal que se le asigne, se someterá al Órgano Judicial, sin más privilegios que los expresados en la Constitución y en el código objeto de estos análisis. La representación del Estado la ejerce el fiscal general de la República, tal como lo establece la atribución primera del Art. 193 Cn.

Cuando se demande al Estado, conocerá en primera instancia una Cámara de lo Civil con sede en la capital (Art. 184 Cn. y 29, 2º del CPCM); y en lo que respecta a la segunda instancia, conocerá la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia (Art. 39 CPCM) correspondiendo, en consecuencia, a la Corte en Pleno, con excepción de los magistrados que conformaron la Sala de lo Civil, conocer del recurso extraordinario de casación. El pleno de la corte, nombrará a los magistrados suplentes para que conozcan de la controversia en sustitución de los magistrados que, por mandato de ley, se encuentren inhibidos.

APRECIACIÓN Y DENUNCIA DE FALTA DE CAPACIDAD

En lo que respecta a la capacidad procesal, el inciso primero del Art. 65 CPCM. acentúa que las partes tienen la carga de acreditarla e integrarla.

El juez está facultado, a tenor del inciso segundo del repetido Art. 65 CPCM, para calificar de oficio la falta de capacidad para ser parte, en cualquier momento del proceso; por ejemplo, al decidir sobre la admisión de la demanda, o bien podrá ser denunciada la falta de capacidad, como una cuestión incidental.

La incapacidad para ser parte es insubsanable. Vrg: en el caso de que quien hubiera otorgado el poder de una persona jurídica carezca absolutamente de la representación de aquélla.

Lo que sí es subsanable es la falta de capacidad procesal, durante el curso de la audiencia preparatoria en el proceso común (Art. 292 CPCM), o en la audiencia del proceso abreviado (Art. 427 CPCM), en lo referente al saneamiento de defectos procesales.

POSTULACIÓN

Abarca lo que es la capacidad en sentido general; pero además exige un conocimiento técnico para la defensa de los derechos del mandante o del representado. En consecuencia, es indispensable que la parte que comparezca en el proceso esté representada por procurador o asistida por un abogado, o cumplir ambos requisitos a la vez.

Uno de los cambios que introduce el CPCM, en relación con el vigente de Procedimientos Civiles de 1881, es la obligatoriedad de comparecer en el proceso por medio de apoderado; es decir, ya no se podrá actuar en los procesos civiles y mercantiles en carácter personal utilizando firma y sello de abogado director. Así lo establece el Art. 67 CPCM al acentuar que será preceptiva la comparecencia por medio de procurador, nombramiento que habrá de recaer en un abogado de la República, sin cuyo concurso no se le dará trámite al proceso. Esta disposición no tiene ninguna excepción. Con ella el legislador pretende tecnificar y sanear el proceso, ya que en nuestro medio, uno de los cánceres judiciales ha

sido el tinterillismo. Estos personajes como muy bien expresa Escriche, “sin penetrar en el fondo del derecho, saben sólo enredar y eternizar los pleitos con las sutilezas de sus fórmulas. Son entre los juristas lo mismo que los charlatanes entre los médicos”.

Incontinente, el referido Art. 67 CPCM pasa a enumerar quiénes no pueden ejercer la procuración, haciendo un listado más depurado que el que regula el Art. 99 del vigente Código de Procedimientos Civiles, Vrg: 1) los pastores o sacerdotes de cualquier culto; 2) los militares en servicio activo; 3) los funcionarios y empleados públicos que laboren a tiempo completo, excepto cuando procuren por la entidad a que pertenezcan o ejerzan la docencia en la Universidad de El Salvador; 4) los presidentes y demás representantes, inclusive los asesores jurídicos de las instituciones de créditos, financieras y organizaciones auxiliares, salvo en asuntos propios de dichas instituciones; y, 5) los abogados que en leyes especiales se les prohíba la procuración, Vrg: Ley de la Fiscalía General de la República.

La justificación de porqué los enunciados no pueden ejercer la procuración es, de manera general, en razón a los nombramientos o cargos que desempeñan, principalmente para evitar el tráfico de influencias o el conflicto de intereses que en determinado momento puede darse.

En cuanto a los modos de otorgar el apoderamiento, el Art. 68 del reiterado código especifica que el poder para litigar debe de ser otorgado en escritura pública, el cual se entenderá general, pues servirá para actuar en todo el proceso, en cualquier instancia y en cualquier recurso, para realizar válidamente todos los actos procesales correspondientes a nombre del poderdante. Entendiéndose que, en los casos en que intervenga el Ministerio Público (Procuraduría General de la República y Fiscalía General de la República), bastará la credencial que al efecto se emita a los agentes auxiliares para cada caso en concreto, a fin de legitimar su actuación en el respectivo proceso.

La regla anterior tiene su excepción en los casos en que se exija poder especial para la actuación del mandatario y tratándose de actos de disposición de los derechos e intereses protegidos por la ley. Para el caso, será necesario poder especial para recibir emplazamientos, así como para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el sobreseimiento,

el allanamiento y las actuaciones que comporten la finalización anticipada del proceso (Arts. 126 y sig. CPCM). Es obvio que las facultades especiales deberán constar literalmente en el instrumento, pues no se podrán presumir facultades que no aparezcan en forma explícita.

En lo tocante a la aceptación del poder, esta se presume materializada con la asesoría que se le brinde al poderdante y a la realización de los distintos actos procesales actuando en nombre y por cuenta del mandante, con excepción de los actos que la ley ordena deban ser realizados personalmente por la parte material, Vrg: el caso de la “declaración de parte” que establece el Art. 344 y siguientes del CPCM.

Las facultades contenidas en el poder podrán ser sustituidas o delegadas, siempre que se haga constar en él. La diferencia entre sustitución y delegación radica en que, por la primera, cesa la representación sin posibilidad de reasumirla, mientras que la delegación faculta al delegante para revocarla y reasumir la representación. El Art. 1895 C., establece la posibilidad de delegar el encargo siempre que no esté prohibido, generando la consecuencia de responder por los hechos del delegado como de los suyos propios; o sea, pues, que la diferencia puntual con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil será la de no permitir delegación si ésta no se encuentra literalmente en el texto de la escritura mediante la cual se otorgó el poder.

Entre las causas para el cese de la representación contenidas en el Art. 73 CPCM, también en el Art. 1923 del Código Civil, se encuentran algunas coincidencias, con la aclaración de que la primera trata del cese de la representación, mientras que la segunda se refiere a la terminación del mandato.

Cesará el procurador en su representación mediante la revocatoria del poder, que puede ser expresa o tácita, igualmente se afirma en el primer inciso del Art. 1924 C.

Cesará además la representación por *renuncia voluntaria* del abogado, por cesar en el ejercicio de la profesión, a consecuencia de suspensión dictada por el máximo tribunal de justicia.

También cesa la representación por el *fallecimiento del poderdante, del procurador*; así como por la *falta de interés del poderdante* en el objeto de la pretensión o de la resistencia que hubiere formulado, y, en todo caso, por haber finalizado el asunto o haberse realizado el acto para el que se otorgó el poder. Finalmente, cesa la representación si se venció el plazo para el cual se otorgó el poder.

Existe la procuración oficiosa conforme al Art. 74 C.P.C.Y M: “Se puede comparecer en nombre de aquel de quien no se tiene representación judicial, siempre que la persona por la que se comparece se encuentre impedida de hacerlo por sí misma; estuviera ausente del país, tenga razones de fundado temor o amenaza, o cuando se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o haya alguna causa análoga y se desconociera la existencia de representante con poder suficiente”. Cuando la parte contraria lo pida, el procurador deberá dar garantía suficiente, a criterio del juez, de que su gestión será ratificada por el procurado, dentro de los dos meses siguientes a la comparecencia de aquél. Si no se produce la ratificación, se declarará concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas, siempre que, a criterio del juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria. La ratificación deberá hacerse pura y simplemente, siendo nula la ratificación parcial o condicional. La ratificación tiene efectos retroactivos a la fecha de comparecencia del procurador, sin perjuicio del derecho de terceros. Se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparezca por sí o debidamente representado y no rechace expresamente la actuación del procurador”.

El Art. 75 C.P.C.Y M. contempla la procuración para personas con escasos recursos económicos, quienes serán defendidos y representados gratuitamente en el proceso por la Procuraduría General de la República, previo análisis de la situación por parte de la Administración Superior de la Procuraduría y conforme a lo dispuesto en su ley de creación. Establecido lo anterior, hay que agregar que estarán exentas esas personas de la constitución de los depósitos y consignaciones que preceptúe la ley.

PLURALIDAD DE PARTES

En todo proceso contencioso se concibe que cada posición esté ocupada por una sola persona natural o jurídica; es decir, una que ejerza su derecho de acción frente a otra que ejerza su derecho de defensa.

Sin embargo, aún cuando esta configuración es la más común, no es la única. Existen casos en los que se ejercita una pretensión por una persona frente a varias o a la inversa.

Existe litisconsorcio en un proceso cuando concurren en él pluralidad de partes, ya sea en calidad de demandantes o demandados; de tal suerte que la sentencia contendrá un único pronunciamiento que afectará a todas las personas involucradas de modo directo en el proceso.

LITIS CONSORCIO NECESARIO

El proceso único con pluralidad de partes es necesario (Art.76 CPCM) cuando las normas jurídicas conceden legitimación para pretender y/o para resistir a varias personas conjuntamente.

Los actos de disposición sobre la pretensión solamente serán válidos si se realizan por todas las personas legitimadas para actuar en una u otra posición. Es decir, para que el proceso produzca efectos válidos, es obligatorio que concurren a demandar todos aquellos que efectivamente gocen de legitimación activa y que la imputación pasiva se realice contra todos los titulares de la obligación. Por ejemplo, en caso de la nulidad de acuerdos de juntas generales de accionistas (Art. 248 Com.). La oposición judicial a las resoluciones de junta general de accionistas, Art. 250 Com., ambos en relación con el Art. 252 del mismo cuerpo legal. Asimismo, serían ejemplos de litisconsorcio necesario en materia civil: la pretensión sobre la nulidad de un testamento por falsedad material, en que los demandados deben ser los herederos y el notario autorizante; en el caso de una acción sobre una servidumbre de tránsito, en donde los predios sirvientes son propiedad de varias personas. En materia de familia, la demanda de nulidad de un matrimonio debe dirigirse contra ambos cónyuges, etc. etc.

Al tenor del Art. 77 CPCM, es posible que el demandado pueda alegar como defecto procesal (subsanable) la falta de litisconsorcio al momento de contestar la demanda (Arts. 284 y 427 CPCM). En estos casos podrá el actor presentar en la audiencia preparatoria un escrito de demanda, en los mismos términos que la inicialmente presentada, dirigido contra quienes debieron ser demandados, en cuyo caso, el juez, si estima la falta de litisconsorcio, mandará emplazarlos para que contesten a la demanda, suspendiendo la celebración de la audiencia. Si el demandante se opusiere a la excepción de litisconsorcio, el juez oír a las partes sobre este punto y, si fuere procedente, concederá al demandante un plazo de tres días para constituirlo, quedando entre tanto en suspenso el curso de las actuaciones. Transcurrido el plazo otorgado al demandante para constituir el litisconsorcio sin haberlo realizado, se dictará auto motivado poniendo fin al proceso. Si lo considera improponible habrá de dictar resolución motivada sobre la denegación del litisconsorcio.

El Art. 78, del referido código, regula el litisconsorcio en caso de nulidad de actos jurídicos, ya sean nulidades de actos en general, nulidades de acuerdos o negocios jurídicos en que se afecte a una pluralidad de personas, bastando que la demanda sea incoada por una de las personas intervinientes, pero es obligatorio que lo haga contra todas las partes materiales del acto, acuerdo o negocio jurídico, o contra el ente que hubiere adoptado el acuerdo.

Si alguna de las partes materiales del acto, acuerdo o negocio jurídico estuviera conforme con la nulidad pretendida y por la misma causa, será tomada por demandante a todos los efectos, sin necesidad de presentar escrito de demanda. Si estuviera conforme con la nulidad, pero por causa diferente, presentará la correspondiente demanda en el plazo concedido para contestar, de la que se dará traslado a los demás demandados para que puedan formular la oportuna contestación, con suspensión del plazo para la celebración de la audiencia preparatoria. Si varios quieren presentar su demanda de nulidad deberán hacerlo en el mismo proceso, y si lo hacen en procesos distintos, se decretará la acumulación.

En cuanto a la integración del litisconsorcio, el Art. 79 del CPCM expresa que podrá integrarse con la intervención del legitimado en cualquier momento del proceso, debiéndosele tener desde entonces por parte, a

todos los efectos, sin retroceder el curso de las actuaciones, salvo que no se le hubiere emplazado. De la solicitud de intervención se dará audiencia a todas las partes personadas por tres días para que puedan manifestar lo que a su derecho convenga, decidiendo seguidamente el juez.

LITISCONSORCIO VOLUNTARIO

El Art. 80 CPCM establece que podrán comparecer en el proceso varias personas, como demandantes o como demandadas, cuando las pretensiones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir, sujetándose a las reglas de la acumulación de pretensiones contenidas en el Art. 98 y siguientes. En este caso los litisconsortes serán considerados como sujetos independientes. Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso. Por ejemplo, los beneficiarios de pólizas que se unen acumulando en una sola demanda todas sus pretensiones contra la compañía aseguradora, en caso de que ocurra el riesgo asegurado.

INTERVENCIÓN PROCESAL DEL COADYUVANTE

Implica la intervención de un tercero que afirma la cotitularidad de la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes iniciales.

El Art. 81 CPCM permite la intervención en un proceso, que se encuentra en trámite, de otro sujeto como coadyuvante del demandante o del demandado; siempre y cuando acredite tener interés legítimo y directo en el resultado del proceso, y siempre que dicho interés guarde relación de subordinación o dependencia con el objeto principal en litigio.

Este tercero hubiera podido figurar desde el principio como parte; y si no sucedió así, fue porque su presencia no era imprescindible; tal es el caso de los subarrendatarios a que se refiere el Art. 484 CPCM

Otros ejemplos que pueden configurarse son: la intervención litisconsorcial del acreedor solidario que no demandó; el deudor solidario que no fue inicialmente demandado; el accionista que interviene en el proceso de impugnación de acuerdos societarios para mantener su validez.

Si la solicitud de intervención procesal de un potencial coadyuvante no se hubiera denegado de plano, el juez dará audiencia de ella a todas las partes personadas, por tres días, sin suspender el curso del proceso para que puedan manifestar lo que a su derecho convenga; y el juez decidirá seguidamente.

Los efectos de la actuación procesal del coadyuvante se encuentran claramente establecidos en el Art. 82 CPCM. Si fuera admitida su intervención, no retrocederá en el curso de las actuaciones, y se incorporará al proceso en el estado en que se halle al momento de su intervención. El coadyuvante limitará su actuación procesal a la defensa de su posición, y se le permitirán las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere podido presentar por corresponder a momentos anteriores a su admisión en el proceso sin que ello afecte al objeto del proceso, ni la obligación jurídica de congruencia. De estas alegaciones se dará audiencia, en todo caso, a las otras partes, por el plazo de tres días. Se le reconocerá al coadyuvante el derecho a recurrir la sentencia, pero en ningún caso podrá actuar en contra de la parte a la que ayuda ni realizar actos de disposición del derecho de ésta.

INTERVENCIÓN PROVOCADA O DENUNCIA DE LA LITIS DEL DEMANDANTE Y DEL DEMANDADO

Existen casos en que la iniciativa para la intervención en un proceso proviene de una de las partes que ya está participando en él.

El Art. 83 CPCM plantea esta posibilidad para el demandante y el Art. 84 lo hace para el demandado.

A manera de ejemplo, en nuestro Código Civil existe la “Obligación del Saneamiento y Primeramente del Saneamiento por Evicción” (Art. 1639 al 1658), que de manera general se refiere a la posibilidad de que el actor pida que intervenga un tercero.

Mientras que para el demandado, en el Art. 1645 C. se establece que el comprador a quien se le demande una cosa vendida, por causa anterior a la venta, deberá citar judicialmente al vendedor para que comparezca a defenderla.

Los repetidos Arts. 83 y 84 CPCM disponen, en forma precisa, la intervención provocada o denuncia de la litis del actor o del demandado.

El Art. 83 CPCM preceptúa: “En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la calidad de demandado, por tener vínculo, obligación o responsabilidad respecto del objeto del proceso, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes”.

Por su parte, el Art. 84 CPCM establece: “Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, por tener vínculo, obligación o responsabilidad respecto del objeto del proceso, solicitará del juez, dentro del plazo concedido para contestar la demanda, que se notifique al tercero la pendencia del proceso, quedando entretanto en suspenso el plazo concedido para la contestación”.

Y, para finalizar, el Art. 85 CPCM establece que se obligará a los litisconsortes al nombramiento de un representante común para hacer uso de sus alegaciones o excepciones, siempre y cuando no se les cause indefensión.

En el vigente Código de Procedimientos Civiles también opera el principio del procurador común (Art. 1289).

SUCESIÓN PROCESAL

Se entiende por sucesión la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado para recibir la sucesión se llama heredero.

El código regula en el Capítulo IV lo que denomina “Sucesión Procesal”. La sucesión procesal es la modificación de la identidad subjetiva de las partes producida por la muerte de cualquiera de ellas, o por la transmisión jurídica material del derecho o de la obligación objeto del proceso o, en

su caso, por la producida por la intervención provocada en los supuestos del Art. 83 y 84 CPCM.

Vicente Gimeno Sendra entiende por sucesión procesal la sustitución, en un proceso determinado, de unas partes formales por otras materiales, como consecuencia de la transmisión inter vivos o mortis causa de la legitimación de aquéllos a éstas.

La necesidad de la sucesión procesal viene impuesta, conforme opinión unánime de los tratadistas, por la propia lógica de lo que es el proceso y de lo que son y significan sus efectos, en manera tal que el legislador tiene que organizar un sistema que haga posible que el proceso se siga entre las personas que, en todo momento, son los titulares de la relación jurídica objeto del litigio. Normalmente la identidad subjetiva de las partes no cambiará; pero hay que prever, y así lo ha hecho la ley, que producidos los cambios subjetivos en la relación jurídica, se produzcan esos cambios igualmente en la identidad subjetiva de las partes.

Los supuestos de la sucesión procesal, pues, son aquellos en los que se produce el cambio de una parte por otra en la misma posición procesal, por haberse convertido el sustituto en titular de la posición habilitante para formular la pretensión o para que frente a ella se formule.

El CPCM, al referirse a la sucesión procesal por muerte en el Art 86, acentúa que cuando por causa de muerte se transmita lo que sea objeto del proceso, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando la misma posición procesal que su causante, a todos los efectos. Ahora bien, cuando conste en el proceso la defunción de una de las partes se seguirán los procedimientos según el caso:

A) Comunicada la defunción de cualquiera de las partes por quien deba sucederle (el heredero), el juez suspenderá el proceso, previa audiencia a la parte contraria por el plazo de cinco días. Una vez acreditadas la defunción (con la certificación de la partida correspondiente), como el título sucesorio (declaratoria de heredero), y cumplidos los trámites que preceptúa el Código Civil, el juez tendrá por personado al sucesor en nombre del difunto;

B) Cuando conste en el proceso la defunción de una parte y el inicio de diligencias de aceptación de herencia por quien deba sucederle, y éste no se personare en el proceso estando habilitado como representante de la sucesión, conforme a lo regulado en el Código Civil (Art. 1163), se permitirá a la contraria pedir con identificación de los sucesores de su domicilio o residencia, que se les notifique la existencia del proceso, emplazándolos para comparecer en el plazo de diez días. Acordada y verificada la notificación del plazo señalado, se suspenderá el proceso hasta que comparezcan los sucesores o finalice el plazo concedido. Dicho emplazamiento se practicará de conformidad a las disposiciones contenidas en la sección 2ª del código en examen (Art. 181 y siguientes); y,

C) Si hubiesen pasado quince días después del fallecimiento de una de las partes, sin que se presente persona alguna a aceptar la herencia y el juez no fuere competente para el conocimiento de esas diligencias, comunicará tal situación al juez de lo Civil competente, para que éste proceda de conformidad al Art. 1164 del Código Civil, en cuyo caso se suspenderá el proceso. Una vez declarada yacente la herencia y nombrado el curador, se emplazará a éste y se continuará el proceso.

En los casos de suspensión a que se ha hecho referencia en los anteriores literales, se considerará, a nuestro juicio, que la instancia ha sido abandonada, cuando, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produzca actividad procesal alguna en el plazo de seis meses; o en el plazo de tres si se hallare el proceso en segunda instancia. Dichos plazos empezarán a contarse desde la última notificación efectuada a la parte que le corresponde el impulso procesal.

EFFECTOS POR LA FALTA DE COMPARECENCIA DE LOS SUCESTORES

El Art. 87 CPCM preceptúa que la falta de comparecencia de los sucesores del demandado trae como consecuencia la declaratoria de rebeldía y el proceso seguirá su curso. Cuando la falta de personación de los sucesores del demandante se debiese a que no quieren comparecer, se presumirá la renuncia a la pretensión ejercitada.

Cuando se produzca la transmisión o cesión del objeto del proceso, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión o la cesión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente, sucediéndole en el proceso, así lo dispone el Art. 88 CPCM. Una vez recibida la solicitud, el juez suspenderá el proceso, oyendo por tres días a la parte contraria y si no mediare oposición se levantará la suspensión y el adquirente ocupará la posición procesal del transmitente.

Por el contrario, si existiere oposición a la entrada del adquirente en el proceso, el juez tendrá que resolver lo que en derecho corresponda, y si la decisión fuere de aceptar la sucesión procesal, el sucesor quedará sujeto a las mismas alegaciones que podrían haberse ejercitado en contra de su antecesor, así como a las nuevas que pudieran ejercitarse en su contra.

En el caso de que el juez no acceda a la pretensión del adquirente, el transmitente continuará en el proceso, y las relaciones jurídicas que existan entre ambos quedarán a salvo.

Existe, por último, la sucesión por disolución de personas jurídicas (Art. 89 CPCM), lo que normalmente no producirá el cambio de parte, porque la ley prevé mantener su personalidad hasta los efectos de concluir las operaciones pendientes.

Aunque sí operará el cambio de parte procesal, en los casos de extinción de la persona jurídica, ya sea por fusión o transformación de sociedades mercantiles. Conforme a nuestro Código de Comercio (Art. 315), hay fusión cuando dos o más sociedades integran una nueva, o cuando una ya existente absorbe a otra u otras. La nueva sociedad o la incorporante adquiere los derechos y contrae las obligaciones de las sociedades fusionadas o incorporadas.

Cuando de la fusión de varias sociedades (Art. 316 Com.), haya de resultar una distinta, su constitución se sujetará a los principios que rijan la constitución de la sociedad(es) a cuyo género haya de pertenecer. Si la fusión es por absorción deberá modificarse la escritura de la sociedad incorporante.

Por último, toda sociedad, de cualquier tipo que sea (Art. 322 Com.), podrá adoptar otro tipo legal, así como las de capital fijo podrán transformarse en sociedades de capital variable, y viceversa, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en dicho código.

En definitiva, pues, en ambas figuras jurídicas mercantiles -fusión y transformación- existirá sucesión procesal.

La sucesión por disolución de personas jurídicas específicamente la regula el Código Procesal Civil y Mercantil en el Art. 89, así: “En caso de disolución de una persona jurídica, no se dará por concluido el proceso de liquidación hasta que no finalicen por sentencia firme todos los procesos que tuviera pendientes, quedando a salvo siempre los actos de disposición de los bienes sociales, siempre que ello no pueda volver nugatorio el efecto de la sentencia, a juicio prudencial del juez. El tribunal ante el que se ventile el proceso correspondiente enviará, a la brevedad posible oficio al Registro de Comercio, a efecto de que no se inscriba ninguna escritura de liquidación”.

El fundamento jurídico de este segundo inciso se finca en que la oportuna y efectiva información al Registro de Comercio posibilita la protección de los derechos de socios o accionistas y de terceros interesados (acreedores societarios), ya que, al impedirse tal inscripción, el comerciante social sigue conservando la personalidad jurídica para los efectos del Art. 326 y siguientes del Código de Comercio.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República de El Salvador de 1983. Publicación de la Corte Suprema de Justicia, 3 de enero de 2009.
- Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador, publicación de la Corte Suprema de Justicia.
- Código de Procedimientos Civiles de El Salvador, publicación de la Corte Suprema de Justicia.
- Código de Comercio de la República de El Salvador, publicación de la Corte Suprema de Justicia.
- Juan Montero Aroca y otros, El Nuevo Proceso Civil, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición.
- Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, 3ª edición corregida.

LECCIÓN TERCERA³

DE LAS ACUMULACIONES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

Ante todo, debemos recordar el significado de la palabra acumulación: esta significa unión, reunión, amalgamamiento de cosas, derechos o situaciones, etc. Por ello, esta palabra tiene su significado en materia jurídico procesal, existiendo por esto, en orden cronológico dentro de la nueva ley, acumulación de pretensiones, de procesos o juicios, de recursos y últimamente, de ejecuciones.

Ese es el motivo por el cual, en el libro Primero, Título 3°. Capítulo segundo, del CPCM, la ley analiza del Art. 95 al 125, esta institución, dedicando sendos apartados – por mínimos que sean – al estudio de tan delicada materia, de lo cual ponderaremos lo que se considera más importante y novedoso.

Haciendo acopio de la doctrina, el primer artículo del estudio nos señala que esta institución existe por razones de economía procesal. Asimismo, y siendo que dentro de las pretensiones y los procesos que se acumulan existe algún nexo o conexión, se trata con ello de evitar sentencias contradictorias y tratan también de evitar dividir la continencia de la causa, a lo cual se es proclive cuando hay un elemento común, ya sea en relación con las personas, causa y objetos, contenidos en las distintas pretensiones o procesos que se tratan de acumular. Ahora bien, el efecto fundamental de la acumulación en estudio sería seguir las pretensiones en un solo procedimiento y resolverse en la misma sentencia, en la que habrá un apartado para cada una de las pretensiones que han sido deducidas en los procesos.

³ Román Gilberto Zúñiga Velis

ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

A esto, que tradicionalmente se le ha llamado acumulación de acciones, tiene su punto de partida en la demanda, pues este es el vehículo indispensable para evidenciar la autoatribución de un derecho, por manera que en este momento no podemos hablar de acumulación de oficio sino a instancia de parte, ya que al actor le corresponde decidir, al menos en términos generales, ya que oportunamente veremos los casos de excepción.

En el primero (98) y en el último (104), de los artículos del capítulo que se refiere a la acumulación de pretensiones, el legislador da principio a esta institución, señalando casos de excelente procedencia. Así, por ejemplo, en el primero, Juan podrá, contra su demandado Pedro, acumular varias pretensiones, siempre que no sean incompatibles entre sí; y respecto del primer caso, planteamos el ejemplo de que el actor, teniendo varios documentos que reflejan obligaciones dinerarias, acumula esas pretensiones contra el mismo demandado, Pedro. Ahora bien, el caso típico de incompatibilidad a que se refiere el artículo sería, que si X quiere demandar a Y por haberle incumplido un contrato, simultáneamente por el cumplimiento de la obligación y por su resolución, resulta que esto no sería posible, ya que tales pretensiones son incompatibles, excluyéndose mutuamente, señalándose en el inciso segundo de tal artículo en que consiste tal incompatibilidad y los efectos que esta produce, o sea, la declaratoria de improponibilidad de la acumulación planteada.

Pero la acumulación de pretensiones no es solamente objetiva como el primer ejemplo propuesto, sino que puede ser subjetiva, tal como lo señala el Art. 104 del código. Este artículo plantea que pueden ejercitarse simultáneamente las pretensiones que uno tenga contra varios o varios contra uno, siempre que exista conexión por razón del título y la causa de pedir, explicando en el inciso segundo el contenido de tales conceptos. Con base en el inciso primero del comentado Art. 104, en coordinación con los nexos explicados en el inciso segundo del mismo artículo, ejemplificamos así: Juan, acreedor solidario de obligación dineraria, que le adeudan María, Josefa y Leonor, renuncia a la solidaridad y reclama a cada una la parte que le cabe en la deuda, y es así como en la demanda acumula las pretensiones contra varios sujetos por razón del título.

Una novedad la constituye la acumulación eventual de pretensiones, contenidas en el Art. 99 del CPCM, la cual consiste en que el actor puede acumular, en la demanda, pretensiones que sean incompatibles (las que por regla general no se pueden acumular), a condición de que determine una de ellas como principal, y, en el caso de que no sea admitida o aceptada, se le resuelva sobre la otra que tendrá la calidad de secundaria; así, por ejemplo, el actor podría demandar el cumplimiento del contrato y en el caso de que se deseche esta acción, podría acumularse en la demanda la petición de resolución del contrato mismo, situación esta que ya está contemplada en el Art. 992 del Código de Comercio y en el Art. 70 de la ley de Procedimientos Mercantiles:

Art. 992.- Es válido ejercitar la acción de resolución como cambio de acción, en el mismo juicio en que se haya demandado el cumplimiento; pero la que exija aquélla, una vez deducida, no se podrá abandonar para sustituirle la de cumplimiento; la demanda de resolución impedirá que la parte en mora, pueda cumplir su obligación fuera de tiempo.

“”Art. 70.- Demandado el cumplimiento de una obligación será válido ejercitar la acción de resolución como cambio de acción, de conformidad con el Art. 992 del Código de Comercio. Para ello, el actor deberá presentar nueva demanda, la cual se agregará al juicio y se notificará a la parte contraria, dándole el plazo correspondiente para contestarla.

La nueva demanda sólo podrá presentarse antes de la apertura a prueba en primera instancia, sin hacer retroceder el juicio.

Contestada la nueva demanda, o declarado rebelde el demandado, se tendrá por abandonada la acción de cumplimiento, por entablada la de resolución y se continuará el juicio hasta sentencia. {}

Finalmente, el artículo que estamos comentando prohíbe que se acumulen pretensiones a título alternativo, pues desde los comienzos de tal frase, en el libro IV del Código Civil, se comprende que alternativo significa o lo uno o lo otro, de ahí, pues, la prohibición en el sentido de que no puede depender del juez tal alternativa, pues la parte actora, cuando pide por medio de la demanda la misma ley, le dice que debe de referirse a una u otra cosa.

Para la acumulación de pretensiones, la ley exige los requisitos siguientes:

1) El juez debe tener jurisdicción y competencia por razón de materia y cuantía respecto de las pretensiones que se unen. La competencia territorial no se podrá alterar si tiene carácter de indisponible; sin embargo, la de menor cuantía podía acumularse a la de mayor. 2) No podrán acumularse pretensiones que, por razón de su materia, se sigan en procesos diferentes, de seguirse separadamente 3) Que no prohíba la ley su acumulación en razón de la materia y clase de proceso. Según el Art. 102, presentada la demanda en donde se acumulan pretensiones, el juez examinará si se cumplen los requisitos enunciados y, de no cumplirse, hace una prevención al actor, dándole cinco días para poder corregirlos, y si no la cumple, se declarará inadmisibile la demanda, archivándose los autos, pero el actor tendrá el derecho de plantear nuevamente la demanda en la forma debida. Ahora bien, si el juzgador —como humano que es— no advierte el defecto aludido y admite la demanda en que existe acumulación indebida de pretensiones, el demandado podrá atacarla oponiendo la correspondiente excepción al contestar la demanda, resolviéndose en la primera audiencia del proceso común o en la única del proceso abreviado, o en su caso, en el primer acto oral en cualquiera de los juicios. Ahora bien, por nuestra parte pensamos que las restricciones en cuanto a la materia y proceso se verán menguadas, porque pensamos que dada la naturaleza del código nuevo, los jueces de lo Civil conocerán también en materia mercantil, y porque las clases o formas de procesos se han reducido a su mínima expresión.

Finalmente, no siempre la acumulación de pretensiones queda al arbitrio del actor o potencialmente al del demandado, en los casos señalados, pues la ley ordena que las pretensiones que se refieren a la declaratoria de nulidad de un acto y las que se refieran a la de nulidad de acuerdos tomados en reuniones de órganos de personas jurídicas, se acumulen oficiosamente y necesariamente por el actor o actores, y en caso de que otras demandas aparecieran se acumularán, o las que se presentaron primero. Ahora bien, aunque más que todo es una acumulación de procesos más que de pretensiones, en el diario vivir, sobre todo cuando hay divorcio entre socios o miembros de una persona jurídica, se observa que cada grupo de disidentes hace su propia junta, y al ser impugnadas andan, dichos procesos, distantes uno del otro, separados, y pensamos que en estos casos también deberían de acumularse los procesos para evitar sentencias contradictorias (Art. 101 del código).

ACUMULACIÓN DE PROCESOS

SECCIÓN PRIMERA

DISPOSICIONES COMUNES

Antes de entrar en esta materia, permítasenos señalar que, aunque se habla de acumulación de pretensiones, de procesos, de recursos y de ejecuciones, justo es señalar que buen número de procesalistas consideran que solo debe hablarse de acumulación de pretensiones, pues, aunque de esta hemos hablado inicialmente y lo cual se evidencia en las demandas, en verdad, al hablar de procesos, se está hablando de la pretensión, la cual se ha proyectado y avanzado en el tiempo y en el espacio, es decir, el proceso es la pretensión con algún grado de adelanto, y, todavía más adelantada, es la pretensión cuando hablamos de los recursos, y aún más lo es cuando hablamos de la acumulación de ejecuciones. Después de esta saludable aclaración, pasamos a la acumulación de procesos, respecto de la cual comenzamos analizando el punto de quiénes pueden pedir la acumulación dicha. Según la ley, como es lógico, solo podrá ser pedida por las personas que sean partes en cualquiera de los procesos que se precisan acumular. Sin embargo hay casos en los cuales tal acumulación se puede verificar oficiosamente: A) cuando los procesos por acumularse existan en el mismo tribunal o juzgado (Art. 105) y, B) cuando sean procesos iniciados para la protección de los derechos colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y

usuarios, lo mismo que las iniciadas individualmente por los consumidores afectados, cuando todos los procesos versan sobre los daños producidos por la puesta en circulación del mismo bien, servicio o producto y se dirijan contra el mismo demandado, y no se hubiere podido evitar la diversidad de procesos mediante la acumulación de pretensiones o el trámite de llamamiento regulado en este código.

Este último caso tiene su basamento en una institución nueva del Derecho Procesal y Constitucional, que lo hemos recogido en el Art. 64 del proyecto bajo el título “Legitimación para la defensa de derechos e intereses de los consumidores”. Dice el artículo: “Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios, legalmente constituidas, estarán legitimados para defender los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. A estos efectos, también tendrán legitimación para interponer una pretensión reparatoria los grupos de consumidores y de afectados, cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables para lo cual el grupo deberá constituirse con la mayoría de ellos”, lo cual significa un adelanto en materia de legitimación procesal que implica un apartamiento a los moldes rígidos en esta materia.⁴

Continuaré con las causas por las cuales se pueden acumular los procesos. Como partimos de la base de que deben existir al menos dos de ellos, tendremos presente, -tal como lo dijimos al principio- que entre estos dos procesos debe haber alguna conexión, es decir, que haya en común el elemento personal, el elemento causal o el objetivo, recordando también que de lo que se trata es de evitar sentencias contradictorias, incompatibles o excluyentes como lo hemos señalado con anterioridad. Veamos a continuación un claro ejemplo en el que los procesos deben acumularse por una evidente conexión, en el que de no acumularse puedan existir sentencias contradictorias: A y B son acreedores solidarios de Y y Z, quienes son deudores solidarios, o sea, hay una solidaridad mixta porque hay solidaridad activa y pasiva, y así las cosas, si A demanda a Y en el Juzgado Primero de lo Mercantil y B demanda a Z en el Juzgado Segundo

⁴ En el proyecto figuraba la legitimación a que se refiere este literal B; lastimosamente en las sesiones que el grupo técnico sostuvo con la comisión Ad-hoc, ésta tuvo a bien excluirla del anteproyecto.

de lo Mercantil, estos procesos tendrán que acumularse, ya que, de no hacerlo, podría ser que en un Juzgado se absolviera al demandado y en el otro se condenara, lo cual no podría ser, por cuanto las obligaciones de Y y Z, provienen del mismo contrato de mutuo; y el caso así planteado refleja que la acción es indivisible. Debemos también aclarar que cuando hablamos de lo fáctico, estos hechos siempre desembocarán en algo jurídico, o sea, estos hechos con relevancia jurídica culminan en una pretensión, que es lo que tiene trascendencia jurídica. Por lo demás, hay una presunción simplemente legal de que, cuando hay una situación de prejudicialidad, habrá conexidad, lo cual no se puede asegurar de manera absoluta, al menos para acumular, pues, sabido es que existe una relación de prejudicialidad, por ejemplo, cuando el hecho da lugar a una acción, para el caso, mercantil, pero que puede ser “juzgada también penalmente”, y en este caso, no habrá lugar a la acumulación de procesos, pues uno de los límites que se tiene es por razón de la materia.

Ahora bien, sin perjuicio de que como anexo de estas líneas, nos referiremos a esta figura de la prejudicialidad, diremos someramente que “es aquella cuestión jurídica que ha de resolverse previamente a la cuestión principal por ser un presupuesto de esta”. Por ejemplo, si en un juzgado de familia se está siguiendo un divorcio, pero por otro lado existe otro proceso en que se pone en duda la validez del matrimonio, ya que en este juicio se ha solicitado la nulidad. En este caso, estos procesos tendrían que acumularse y, ya acumulados en la sentencia, cronológicamente, se tendría que resolver la pretensión primeramente de nulidad, y, si el caso lo amerita, se verá el divorcio, en caso de que el matrimonio se haya declarado válido.

Relacionado con esto de los límites, afirmamos que, en materia de procesos declarativos, aunque la regla general es que solo podrá decretarse cuando se sustancien, por los mismos trámites, por ejemplo, un común con otro común, podríamos considerar que un proceso abreviado podría acumularse a uno común, siempre que no haya pérdida de derechos procesales, lo cual se da en este caso, porque ya acumulado, tiene un trámite más amplio, lo cual es permitido por el espíritu general de la nueva legislación.

Precluido el punto anterior, veremos el aspecto procedimental de la acumulación de procesos, el cual es más complicado que el de acumulación

de pretensiones. La solicitud de acumulación se efectuará siempre que en alguno de ellos no se hubiere efectuado la audiencia probatoria o la única del proceso abreviado. La solicitud se deberá hacer a cualquier Juez que estuviere conociendo de cualquiera de los procesos indicados, quien deberá tener jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía. En materia territorial esta no podrá alterarse cuando tenga carácter de inderogable para las partes, teniéndolo a contrario sensu, de acuerdo con el Art. 43 del código. De ese carácter de derogable, tal artículo dice: “Si el Juez no hubiere apreciado in limine litis su falta de competencia por razón del territorio o si el demandado no lo denunciare en el plazo señalado en el artículo anterior, el Tribunal será definitivamente competente para conocer de la pretensión”. Según el Art. 113, la acumulación se presentará por escrito, y en él se señalarán con claridad los procesos cuya acumulación se pide y el estado procesal en que se encuentran, junto con las razones que justifican la acumulación.

En el proceso abreviado, si no se ha solicitado antes, podrá realizarse la solicitud oralmente en el acto de la audiencia; esto es referido cuando los juicios por acumularse se encuentran en el mismo juzgado, ya que cuando los autos se encuentran en tribunales distintos se adicionarán los requisitos siguientes: se dirá el tribunal en donde penden los otros autos, cuya acumulación se pretende.

El primer efecto que produce la solicitud de acumulación es el siguiente: según el Art. 112, la solicitud no suspenderá el curso de los que se pretenden acumular, aunque el tribunal que conozca de cada uno en su caso deberá abstenerse de dictar sentencia en cualquiera de ellos, hasta que se decida sobre la procedencia de la acumulación, suspendiéndose al efecto el plazo para dictarla. En caso de existir los procesos en distintos tribunales, tan pronto como se haga la solicitud se comunicará tal circunstancia por el medio mas rápido al otro tribunal, quien como hemos dicho de lo que se abstiene es de pronunciar sentencia.

Continuaremos con el trámite procesal, comenzando cuando los procesos por acumularse, están en el mismo juzgado; de esto se encarga la ley en los Arts. 113 y 114, los cuales, en síntesis, prescriben: admitida la solicitud, mediante resolución se dará audiencia a las partes manifestadas en el proceso y a todos los que sean partes en cualquiera de los procesos, cuya acumulación se requiera, aunque no lo sean en aquel en que

se ha solicitado con el objeto de que en el plazo común de tres días formulen alegaciones, es decir, se oirá a las partes de los dos o mas procesos que pretendan acumularse. Transcurrido dicho plazo, sin la evacuación correspondiente recibidas las alegaciones, el juez resolverá el incidente dentro de los cinco días siguientes, otorgando la acumulación sí todas las partes estuvieran de acuerdo en que se conceda. Fuera de ese caso, resolverá lo que estimase procedente o concediendo, o negando, la acumulación pedida, existiendo el recurso de revocatoria contra la resolución que se pronuncie, todo esto respecto del proceso común, pues cuando se trate del proceso abreviado, y en el caso en que la solicitud se haya verificado oralmente en el acto de la audiencia, el juez oirá en la misma audiencia a las demás partes para que expresen sus alegaciones y se resolverá a continuación sobre la solicitud. El efecto del auto que se resuelve la acumulación se traduce en lo siguiente: aceptada la acumulación, el tribunal ordenará que los procesos más modernos se unan a los más antiguos, para los efectos de ley. Si los procesos no estuvieran en el mismo estado de tramitación, se ordenará la suspensión del que estuviera más avanzado, hasta que el otro u otros se hallen en el mismo o similar estado. En caso de que la acumulación se denegare, los procesos que se pretendían acumular se sustanciarán separadamente, condenando a la parte que promovió el incidente a sus costas.

Veamos ahora el trámite por seguir cuando los procesos están pendientes en tribunales distintos. Esto se encuentra a partir del Art. 116 y es más complicado. Esto se desarrolla así: de la solicitud, se dará audiencia al resto de partes que se hayan mostrado tal, en el juicio de que se trata, para que presenten alegaciones en el plazo común de tres días. El juez resolverá en el plazo de tres días, decidiendo sobre la acumulación. En caso de que se deniegue, se comunicará al otro tribunal, el cual podrá dictar la sentencia definitiva que estaba en suspenso. En el caso de que el juez requirente considere que sí es procedente la acumulación pedida, requerirá de tal unión al que conozca del otro proceso en el mismo auto, solicitándole la remisión de los correspondientes procesos. Al requerimiento se anexará certificación de lo pertinente para dar a conocer la causa de la acumulación y las alegaciones que, en su caso, hayan hecho las partes a que se les dio audiencia.

Recibido el requerimiento y la certificación anexa, el juez requerido informará de ello a las partes que ante él se hayan mostrado tal. Si alguno

de los apersonados ante el tribunal requerido no lo estuviere ante el requirente, dispondrá de tres días para instruirse de ello, en la secretaría del tribunal y presentar la alegación que estime pertinente.

Cumplido lo anterior, el juez requerido dictará resolución aceptando o denegando el pedido de acumulación. Si ninguna de las partes apersonadas ante el juez requerido se opusiere a la acumulación o no alegare datos o argumentos distintos a los alegados ante el juez requirente, el requerido solo podrá fundar su negativa al requerimiento, en que la acumulación debe hacerse a los procesos pendientes ante el mismo requerido. Aceptado el requerimiento por el juez requerido, éste remitirá los autos al juez requirente y se emplazará a las partes para que en tres días se apersonen ante el, a efecto de continuar con los procesos. Acordada la acumulación de procesos, se producirá el efecto ya mencionado, de que se suspenderá el curso del proceso más avanzado hasta que el otro llegue al mismo estado procesal en que se efectuará la acumulación.

Ahora bien, cuando el tribunal requerido no aceptare el requerimiento para acumulación lo comunicará al juez requirente, y se dirigirá a la Corte Suprema de Justicia para que resuelva la discrepancia, remitiéndole a la mayor brevedad, sin que exceda de cinco días, certificación de lo actuado en el incidente en sus respectivos juzgados y que sea necesario para resolverlas. Los jueces discrepantes emplazarán a las partes ante el tribunal competente por tres días para que puedan comparecer y alegar por escrito lo que les conviniere.

Así las cosas, el tribunal superior resolverá mediante auto en el plazo de cinco días con vista de los antecedentes que consten en los autos y de las alegaciones escritas de las partes, si se hubieren hecho presentes, procediéndose conforme lo establecido anteriormente. En este caso, de la resolución recaída no habrá recurso alguno.

Esta misma solución se aplica también en el caso de que un mismo juez fuere requerido de acumulación por dos o más tribunales, pues, en tal caso, remitirá los autos a la Corte Suprema de Justicia y lo comunicará a todos los requirentes para que defieran la decisión a dicho superior. En tal caso, se procederá, en lo aplicable, según lo que se acaba de decir con anterioridad.

Finalmente, y relacionado con el trámite de la acumulación, el Art. 125 prescribe que, suscitado un incidente de acumulación en un proceso y debe de entenderse resuelto, no se admitirá solicitud de acumulación de otro proceso ulterior, si quien lo pidiera hubiere iniciado el proceso que intentara acumular, ya que, en tal caso, el tribunal rechazará de plano la petición; y si a pesar de ello se sustanciare el nuevo incidente, tan pronto como conste el hecho, se le pondrá fin con condena en costas a quien lo hubiese presentado.

Pero, si bien es cierto que hasta ahora hemos visto cómo la acumulación de procesos progresa, esto es, el juez le da la tramitación hasta llegar a la reunión de los juicios, hay oportunidades en que recién comenzado el deseo de acumular este proceso se ve abortado por diversas circunstancias. Estas son: en primer lugar los casos contenidos en el Art. 108 del código considera que la acumulación de procesos se rechazará cuando conste que las partes pudieron acudir a la acumulación de pretensiones, esto es, cuando haya un punto de conexión y además no existe impedimento en cuanto a la materia, en cuanto a la clase de juicio y a la cuantía, que son los títulos que determinan competencia, pues, si alguno de esos dos aspectos impide la acumulación es lógico que de momento la acumulación de pretensiones no prosperará, y si después algo cambia podrá ser procedente la acumulación deseada. En otras palabras, cuando no exista cualquiera de esos obstáculos y, no obstante ello, el actor no acumuló sus pretensiones, la ley ha entendido que el actor renunció ab-initio a ese derecho y el legislador sigue manteniendo esa renuncia, y por ello no habrá acumulación de procesos.

Ahora bien, por la letra de la ley, creemos que este primer inciso se refiere a partes que son distintas en los dos o más procesos, sobre todo en cuanto a la parte demandada. Por otro lado, también se rechazará según la ley, si los procesos cuya acumulación se pretende fueren promovidos por el mismo demandante o por demandado reconviniendo, pues se entenderá que pudo promoverse un único proceso en los términos del inciso anterior, salvo justificación cumplida (o sea, salvo prueba en contrario) cual podría ser el caso de rechazo en caso de reconvención del inciso 2º. Juan demanda a Pedro, en acción de dominio de un inmueble, y el proceso sigue y resulta que Pedro en vez de contrademandar a Juan, le inicia por separado una acción declarativa de prescripción extintiva; en tal caso los procesos no serán acumulables.

El segundo caso de la temática que nos ocupa, lo encontramos en el Art. 110 del código, el cual prevé que la acumulación de juicios se solicitará a cualquier juez que conozca de cualquier proceso y que, en caso contrario, se rechazará la solicitud sin que de esta resolución haya recurso. Como este caso es tan obvio, y no representa problema, no pondremos ejemplo, pues esta parte del artículo se explica por sí misma. Ahora bien, el inciso segundo sí es muy importante, ya que la antigüedad se determina por la hora y fecha de la presentación de la demanda, situación misma que sirve de parámetro para interrumpir la prescripción y para el inicio de la litispendencia. Finalmente, el artículo en comento señala un repetido efecto de la acumulación, tal cual es que el juez que conozca del proceso más antiguo devendrá en competente para conocer de todos los acumulados, con lo cual se genera un título determinante de competencia.

El tercero y último caso de la materia en estudio está contenido en el Art. 111 con el título de “Rechazo inicial de la solicitud de acumulación de procesos”, el cual nos da la idea de que es la primera resolución, que recae en la solicitud, la que debe contener la negativa y se da cuando, entre otros casos, aquella no contenga los datos exigidos por la ley. Por ejemplo, no se explica con claridad el proceso que deba acumularse, o no se señala el estado actual de alguno de los procesos, o no se dice en cual tribunal se encuentra el otro proceso por acumular; esto, sin perjuicio de la subsanación a que se refiere el Art. 102, que se refiere a la acumulación de pretensiones y que será aplicable a la acumulación de procesos, aunque otra interpretación podría ser que el legislador agregó indebidamente en este Art. 111 la frase “y no se hubiese subsanado”.

También podrá denegarse la acumulación, cuando ésta no fuere procedente por no concurrir las causas o requisitos procesales, como cuando la solicitud se hace después de la audiencia probatoria, o alguno de los procesos ya estuviere sentenciado, o el juez más antiguo no tuviese jurisdicción y competencia objetiva por razón de la materia.

Para variar un poco sobre la acumulación de procesos, nos referiremos a lo que expresa en el fondo el Art. 109 del código, el que considera que si existen dos procesos idénticos (pues se refiere a que están en la litis las mismas partes y en idéntica pretensión), y además existe el riesgo de que, como es lógico, se den sentencias contradictorias, incompatibles o mutuamente excluyentes, deberá acudir a la excepción de litispendencia,

Por otra parte, se observa que, a través de la alegación como defensa procesal de la existencia coetánea de más de un proceso sobre el mismo reclamo o conflicto entre las partes, se persigue evitar que pretensiones idénticas se traten en distintos procesos, ya que en tal caso es contingente el pronunciamiento de sentencias contradictorias que quebranten la cosa juzgada.

Todo lo antes expuesto nos hace considerar que la litispendencia no es una simple excepción dilatoria, sino que es algo más. Para el caso (de acuerdo con la nueva ley), es la base para producir una forma anormal de terminación de un proceso hasta cierto punto inútil.

Este tema no ha sido tocado directamente por el Código de Procedimientos Civiles, a diferencia de la acumulación de acciones (pretensiones) la cual

A la tramitación de la acumulación de recursos le será de aplicación lo dispuesto en este capítulo.””””.

93

principio de que los juicios se encuentren en la misma instancia, o sea, en la segunda o en casación, y, además, respetando los principios que el inciso nos señala, esto es, que haya entre los dos o más procesos una situación de conexión entre las pretensiones debatidas y siempre que exista el riesgo de que puedan recaer sentencias contradictorias de no procederse a su acumulación, queda claro que podría procederse a su reunión para ser llevados en un único procedimiento y ser resueltos en la misma sentencia, guardándose el orden debido, y como el inciso tercero de dicho artículo habla de que le serán aplicables las normas dispuestas en el capítulo segundo, quiere decir que lo que se ha establecido con anterioridad, entre estas, que la regla general será que procede la acumulación a petición de parte; que la solicitud se hará por escrito, ante el juez que conozca de cualquier procedimiento; que las cámaras, en su caso, tengan jurisdicción y competencia por razón de la materia o de la cuantía y otras más, serán circunstancias que los juzgadores deberán tener muy en cuenta.

Finalmente, somos de la opinión de que ha sido muy atinada la creación de la norma en comento, pues con su autorización no hay duda que la acumulación de recursos procede. Hace algunos años, en el Tribunal de Casación salvadoreño existieron, en tal grado del conocimiento procesal, dos juicios, en los cuales había más de un elemento de conexidad, y además había riesgo de poder darse sentencias contradictorias, por lo que, lo primero que se discutió era si en casación podría existir acumulación en este caso de recursos (aunque en el fondo era de procesos), triunfando la tesis de que, si no había norma que lo autorizara, era improcedente, por lo que al fallar se tuvo el cuidado de que las sentencias se elaboraran con horas de diferencia, evitando cualquier contradicción; en lo sucesivo no tendremos ese problema, porque ya el obstáculo fue superado.

ACUMULACIÓN DE EJECUCIONES

El último caso de acumulación que trata el código es el de ejecuciones. Sabido es que esta es la última etapa de todo proceso; y es que, al darse la sentencia definitiva y esta esté ejecutoriada, el vencido tiene en primer lugar la potestad de cumplir espontáneamente con el mandato judicial, y es cuando ha transcurrido el término de ley para cumplir voluntariamente la sentencia y no lo hace, cuando nace para el vencedor, el derecho de

En el nuevo CPCM, encontramos el Art. 97, cuyo contenido es el siguiente:
 “””””””””””” Art. 97. Las partes podrán solicitar la acumulación de ejecuciones que se hallen pendientes contra un mismo deudor ejecutado, aunque pendan ante distintos juzgados, siempre que las obligaciones ejecutadas cuya acumulación se solicita no estén totalmente cumplidas.

La procedencia de la acumulación de ejecuciones se decidirá en función de una mayor economía procesal, de la conexión entre las obligaciones ejecutadas, y de la mejor satisfacción de los diversos acreedores ejecutantes.

La acumulación podrá solicitarse ante cualquiera de los jueces que estén conociendo de las distintas ejecuciones; y, si resultare procedente, dicha acumulación se hará al proceso más antiguo.

Si hubiese comunidad de embargo en bienes hipotecados o pignorados, la acumulación deberá realizarse en el proceso con garantía hipotecaria o prendaria; y si fuesen varias las garantías de tal naturaleza, se estará al orden de preferencia de las mismas.

En caso de comunidad de embargo, cualquiera que sea la materia de que procedan, la acumulación se hará al proceso más antiguo, entendiéndose como tal el que haya realizado el primer embargo, salvo lo establecido sobre las garantías reales a que se refiere el inciso anterior, pues en tal caso la acumulación se hará al proceso que contenga las mismas, no obstante lo establecido en el Art. 110.

En los supuestos regulados en los incisos anteriores, el juez que conoce del proceso al que se acumulan los otros será el competente para conocer de todas las ejecuciones acumuladas.-“*****”

Analizando el primer inciso, vemos que no se habla de la variedad de casos que se da en la acumulación de procesos, ya que en la que estamos analizando se habla de un solo ejecutado (que debe ser común en todos los procesos), aunque notamos un elemento común con la acumulación de procesos y recursos, en el sentido de que las ejecuciones puedan coexistir entre tribunales diversos, es decir, que pueden acumularse en la ejecución de las sentencias, procesos de las diversas clases que recoge la nueva normativa; notamos también diferencia con las acumulaciones vistas, pues se habla de otro requisito, y es que las obligaciones ejecutadas cuya acumulación se solicita, no estén totalmente cumplidas, viendo, finalmente, que a diferencia de las otras en que se exige que no haya recaído sentencia, aquí es condición indispensable que haya recaído sentencia y que esta se encuentre ejecutoriada. Requisito indispensable, decimos, para proceder a la ejecución forzada.

En el inciso segundo, la ley nos fija el porqué de ésta reunión, en la cual ya no aparece como motivo el evitar sentencias contradictorias o mutuamente excluyentes, pues son razones de economía procesal las que inspiraron al legislador en este caso, lo cual se explica por sí misma; obedece asimismo a la mejor satisfacción de los diversos acreedores ejecutantes. Aquí tenemos que advertir que, aunque nosotros en estos casos estamos imbuidos de que normalmente se trata de obligaciones dinerarias por ser el día a día de los tribunales, nada obstaría a que esto se aplique también por ejemplo a acciones reivindicatorias, posesorias, de nulidad y otras en que no hayan podido reunirse los procesos bajo la figura de acumulación de autos, siendo un buen caso el de la declatoria de nulidad de instrumentos, en donde las sentencias estén afectando a

varias personas, con lo cual nos referimos a la conexidad que exige este inciso segundo.

Por lo que respecta al tercer inciso, sí se confirma una regla que ha venido operando anteriormente, o sea, que la acumulación deberá solicitarse al juez que esté conociendo de la ejecución definitiva instada en primer lugar, lo cual excluye, a nuestro entender, la ejecución provisional. En la parte segunda, está volviendo competente al juez que resultare idóneo para la acumulación. Hay un punto que la ley no tocó y que deberá ser objeto de estudio, en cuanto a saber si aquí valen los criterios que se han señalado en las acumulaciones vistas, como sería si el juez debe tener jurisdicción y competencia por razón de la materia o de la cuantía, o si pueden acumularse procesos de diferente tipo o naturaleza. Pensamos que sí. Según lo hemos anticipado, podrán acumularse para el solo efecto de la ejecución de la sentencia y esto con base en la forma como se ha aplicado en nuestro medio el Art. 628 del Código de Procedimientos Civiles. En todo caso, aspiramos a la claridad legal.

Como corolario, diremos que esta acumulación solo procede a instancia de parte, de acuerdo con el Art. 573 del código, el cual es del tenor literal siguiente: “Se permitirá a instancia de parte la acumulación de las ejecuciones seguidas contra un mismo ejecutado conforme a lo dispuesto en este Código y disposiciones concordantes”.

LA PREJUDICIALIDAD

Hay oportunidades en que en el proceso surgen cuestiones eventuales vinculadas a la sentencia principal que en un juicio debe recaer y, por eso, tales cuestiones deben ser resueltas con anterioridad, ya que constituyen un antecedente que resolver; así, las cuestiones de reclamación alimenticia están supeditadas a la existencia de un matrimonio válido, en su caso; la emisión de acciones en una sociedad anónima está supeditada a que el acuerdo en que se tomó sea válido; en una acción reivindicatoria, el triunfo del actor dependería de que el demandado no haya adquirido el bien por prescripción, etc.

Los autores clásicos han expuesto que las excepciones dilatorias y defensas previas, así como ciertas cuestiones incidentales, son constitutivas de prejudicialidad, pero resulta que estas –las prejudiciales– son de mayor dificultad y seriedad a tal grado de considerar que son de las cuestiones más dificultosas en el campo procesal.

Los principales problemas que la prejudicialidad entraña son: el obstáculo hay que seguirlo en el mismo proceso que se trata o en otro distinto; si alguno o ambos procesos han de suspenderse; en qué orden o prioridad habrá que resolverse el problema y si una sentencia produce o no cosa juzgada en el otro.

Para dar respuesta a esas problemáticas de competencia, los tratadistas han creado varias respuestas: a) Sistema absoluto de la unidad jurisdiccional; por este sistema que tiene su base en el adagio romano “El juez de la acción es el juez de la excepción” cada juez, sea civil o penal, tiene la facultad de resolver las cuestiones, incluso de las que no sea de su materia, sin que la cuestión que le es extraña cause cosa juzgada, teniendo la ventaja de que el proceso no se detiene hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta; este sistema es el que predomina en Austria y Alemania. Por el segundo, llamado de la prejudicialidad absoluta, el juez civil no puede pronunciarse sobre ninguna cuestión prejudicial mientras no haya sentencia, con efecto de cosa juzgada, del juez privativamente competente de la respectiva jurisdicción, pero, en cambio, el juez penal puede pronunciarse al solo efecto de la represión sobre una cuestión civil, en razón de la prevalencia que se atribuye a la justicia penal y la conveniencia de evitar la dilación del proceso, lo cual no se consigue concediendo competencia a los jueces a quien incumbe en principio el conocimiento de esas cuestiones especiales.

Por el sistema intermedio o mixto, llamado de la prejudicialidad relativa, tanto el juez civil como el penal, pueden pronunciarse sobre las cuestiones ajenas a su competencia, pero sin efecto de cosa juzgada y al solo fin de resolver la cuestión principal, salvo las que por disposición de la ley deben ser previamente resueltas por otro tribunal de distinta competencia. Tal sucede en Francia, en la mayoría de las legislaciones, entre ellas la Argentina.

LECCIÓN CUARTA⁵

EL OBJETO DEL PROCESO

I. Concepto y fundamento

1. Concepto

El objeto del proceso, u objeto litigioso, no es otro que la pretensión, consistiendo en una declaración de voluntad, debidamente fundamentada del actor que formaliza en el escrito de demanda y deduce ante el juez competente, pero que se dirige contra el demandado, en cuya virtud solicita del órgano jurisdiccional una sentencia que en relación con un derecho, bien jurídico, situación o relación jurídica, bien los declare o niegue su existencia, bien los cree, modifique o extinga, o condene al demandado al cumplimiento de una determinada prestación (Gimeno Sendra).

Eventualmente, también puede integrar el objeto del proceso la contestación del demandado (Art. 284), cuando deduzca una reconvencción (Art. 285) o excepciones (Art. 284, inc. 3º.) a ella asimiladas, V.gr.: la de compensación y de nulidad de negocios jurídicos.

El objeto del proceso, pues, es la pretensión procesal o petición que formula el actor al juez de una resolución que, con la autoridad de la cosa juzgada, ponga fin de una manera definitiva o irrevocable al litigio incoado.

Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar, en el libro ***El Nuevo Proceso Civil***, al comentar la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, y específicamente el objeto

⁵ Mauricio Ernesto Velasco Zelaya

del proceso, expresan que la teoría de éste cumple principalmente una función de identificación del proceso, esto es, de su individualización, de distinción de los demás procesos posibles, y por ello la pretensión sirve perfectamente para esa finalidad.

Si desde la existencia de un derecho de propiedad respecto de un bien determinado se puede dar lugar a procesos con pretensiones, es decir, con objetos distintos, V.gr.: la reivindicatoria o la negatoria de servidumbre de paso, dicho está que ese derecho no puede ser el objeto del proceso.

En sentido estricto – agrega Montero Aroca- el objeto del proceso, o sea, aquello sobre lo que versa éste, de modo que lo individualiza y lo distingue de todos los demás posibles procesos, es siempre una pretensión, entendida como petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de la vida.

La pretensión es una declaración de voluntad petitoria que se caracteriza porque ha de estar fundamentada, esto es, que tiene que hacer referencia a un acontecimiento determinado de la vida. La petición puede ser, por ejemplo, una cantidad de dinero, pero esa petición por sí sola no está identificada. La identificación exige que la petición se base, también, por ejemplo, no en la relación jurídica de préstamo, sino precisamente en un préstamo concreto que habrá que individualizar con referencia a un conjunto fáctico preciso.

Como par alternativo de la pretensión aparece la noción de resistencia o de oposición a la pretensión, (o incluso, de contrapretensión). La resistencia es la petición que el demandado dirige al órgano jurisdiccional, como reacción a la pretensión formulada contra él por el actor. Lo dicho sobre la naturaleza de la pretensión es aplicable a la resistencia. Esta es también una petición, si bien es siempre la misma: no ser condenado.

2. Fundamentos

La utilidad de la determinación del objeto procesal es múltiple. Al efecto, Vicente Gimeno Sendra, subraya:

a. Sirve para fijar al ámbito cognoscitivo de la decisión judicial creando en el juez la obligación de ser congruente única y exclusivamente con lo solicitado en la pretensión del actor. El objeto procesal lo determina, pues,

el actor mediante la interposición de la pretensión, siendo indiferente la actitud que frente a ésta adopte el demandado, quien mediante su defensa o resistencia a lo sumo establece el límite mínimo de la congruencia.

b. A través de la pretensión plasmada en el escrito de demanda, y una vez admitida por el juez, surgen los efectos típicos de la litispendencia, uno de los cuales, el negativo o excluyente, impedirá que pueda volverse a incoar un segundo proceso para el conocimiento de la misma pretensión, a la vez que determina los límites subjetivos y objetivos del objeto procesal, de tal suerte que cuando el juez se pronuncie sobre él en su sentencia, servirán para fijar los mismos límites de la cosa juzgada.

c. La naturaleza de la pretensión permitirá determinar la adecuación del procedimiento que ha de instaurarse para que la pretensión pueda recibir satisfacción del órgano jurisdiccional.

d. Esa misma naturaleza posibilitará dilucidar su compatibilidad, a fin de autorizar la denominada «acumulación de acciones», que no es otra cosa sino una «acumulación de pretensiones originaria», o su «homogeneidad» o «heterogeneidad» a los efectos de examinar su conexión en el procedimiento de «acumulación de procesos» o «acumulación sucesiva de pretensiones»; y,

e. La fijación de la pretensión en el escrito de demanda permitirá constatar si a lo largo del proceso se ha producido o no una adición del objeto procesal, por vía del demandado o una ampliación de la pretensión expresamente prohibida por la ley.

II. La pretensión y sus requisitos

Los requisitos que condicionan la validez de la pretensión pueden ser clasificados, en una genérica sistematización, en formales y materiales.

1. Formales: los presupuestos procesales

Los requisitos formales condicionan la admisibilidad de la pretensión. Sin su concurrencia el juez no puede entrar a examinar la pretensión o relación jurídica material debatida, la cual ha de quedar imprejuzgada.

Tales requisitos formales vienen integrados por los presupuestos procesales de la demanda y de la admisibilidad de la sentencia, así como los requisitos que rigen la admisión de los recursos.

Los presupuestos procesales son requisitos que deben observar los sujetos y objeto procesales en el momento del ejercicio del derecho de acción y cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, debiendo pronunciar una «resolución absolutoria» en la instancia que por carecer de los efectos materiales de la cosa juzgada, posibilita el ejercicio de la acción e interposición de la misma pretensión en un ulterior proceso declarativo.

Los presupuestos procesales han de acreditarse mediante los oportunos documentos, que han de adjuntarse a la demanda. Si bien dicho acto de postulación tan sólo podrá ser rechazado por el incumplimiento de lo establecido en forma expresa por la ley.

Los requisitos procesales que condicionan la admisibilidad de la pretensión en el ejercicio de los medios de impugnación pueden ser sistematizados en: a) comunes: el gravamen y la conducción procesal; y, b) especiales: requisitos que han de concurrir en el ejercicio de medios de impugnación extraordinarios, si los hubiere, o el de prestar un depósito o caución para la interposición del recurso. El incumplimiento de tales requisitos impedirá al tribunal el examen de la pretensión en segunda instancia o en casación, produciéndose mediante la resolución inadmisoria del recurso la firmeza de la resolución recurrida.

2. De fondo

A diferencia de los requisitos formales, los requisitos materiales o de fondo son inherentes a la misma pretensión, por lo que su tratamiento procesal es muy distinto. En tanto que el incumplimiento de los presupuestos procesales origina una sentencia absolutoria en la instancia, el de los requisitos materiales ha de ocasionar una sentencia absolutoria de fondo para el demandado, que por gozar de los efectos materiales de la cosa juzgada provocará la desestimación irrevocable de la pretensión.

Los requisitos materiales pueden clasificarse en subjetivos y objetivos.

A. Subjetivos. Los requisitos subjetivos de la pretensión vienen determinados por la legitimación activa y pasiva de las partes. Legitimado por deducir la pretensión y con ella conformar el objeto procesal lo está, exclusivamente y como regla general, el actor, quien ha de ostentar la titularidad de una relación jurídica material o del objeto litigioso; o, al menos, ha de ostentar un interés legítimo y quien ha de formalizarla en su escrito de demanda. Pero también el demandado está facultado no sólo a contestar a la demanda, sino a formular una nueva e independiente pretensión contra el actor, bajo la denominación de reconvención.

La legitimación material no constituye presupuesto procesal alguno, a diferencia del «derecho de conducción procesal», que sí es un presupuesto procesal, es un elemento de la fundamentación de la pretensión. Por esta razón, cuando viene a faltar no ha de ocasionar una sentencia procesal, sino absolutoria y de fondo para el demandado, y, por la misma y como regla general, no puede ser examinada de oficio por el juez, sino que incumbe al actor la carga de probar que el objeto material de la pretensión se encuentra, con respecto a las partes, en la relación jurídica requerida por la norma material, y, en todo lo referente al demandado, su ausencia precisa ser por él aducida y probada en concepto de defensa material, razón por la cual al no integrar alguna de las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso, ni encontrarse expresamente contempladas en la relación de presupuestos procesales enumerados por la ley, tampoco es, en principio, susceptible de sanación en la comparecencia previa del respectivo proceso.

B. Objetivos. Conforman los objetivos de la pretensión la petición, de un lado, y la fundamentación fáctica y jurídica, de otro.

a. La petición es la declaración de voluntad que, plasmada en el «pido» de la demanda, integra el contenido sustancial de la pretensión, determinando los límites cualitativos y cuantitativos del deber de congruencia del fallo, la parte dispositiva de la sentencia.

La petición determina la naturaleza cuantitativa y cualitativa de la pretensión, de tal suerte que permite inferir si en una demanda se ha planteado una sola, o existe una acumulación de pretensiones, así como evidencia la naturaleza de la pretensión ejercitada, esto es, declarativa, constitutiva o de condena.

Dentro de la petición puede distinguirse su objeto inmediato del mediato.

a'. El objeto inmediato.

Lo constituye la petición *strictu sensu*, es decir, la solicitud al juez de que declare la existencia de un derecho o relación jurídica, condene al demandado al cumplimiento de una determinada prestación o extinga, modifique o constituya una nueva relación o situación jurídica material. La petición ha de reunir los requisitos de «claridad y precisión», pudiendo dar lugar su incumplimiento o el de la determinación de las partes a que prospere la excepción de «defecto legal en el modo de proponer la demanda».

b'. El objeto mediato o bien litigioso.

Viene determinado por el derecho subjetivo, bien o interés jurídico al que dicha petición se contrae o sobre el que recae y que, junto a los requisitos materiales de ser cierto y de lícito comercio, ha de reunir el procesal de ser determinado o, al menos, susceptible de determinación con arreglo a ciertas bases en el incidente de liquidación de sentencias.

Precisamente por las circunstancias de que dicho derecho, bien o interés en el proceso civil, suele ser de la exclusiva titularidad de las partes, la pretensión está sometida a la vigencia del principio dispositivo. No puede el juez interponerla de oficio, está obligado a ser congruente con las peticiones formuladas con las partes, las cuales están autorizadas a poner fin al procedimiento en cualquier momento a través de los medios anormales de finalización, V.gr.: renuncia, allanamiento, desistimiento y transacción.

b. La fundamentación

La petición, por sí misma, no integra la totalidad del objeto procesal, sino que precisa también de la fundamentación. Los viejos códigos aludían a la «causa de pedir». Los modernos distinguen los «hechos» de los «fundamentos de derecho» que sustancian la petición. Consiguientemente, es la petición, junto con las partes y la causa de pedir, la que individualiza el objeto procesal, determinando los límites objetivos y subjetivos, tanto de la litispendencia como de los futuros efectos de la cosa juzgada de la sentencia que haya de dar respuesta a la pretensión.

Dentro de la *causa petendi* cabe distinguir la alegación de hechos de la fundamentación jurídica, con lo que, de inmediato, surge la pregunta consistente en determinar si ¿ambos fundamentos, de hecho o de derecho, o tan sólo los de hecho, constituyen el elemento esencial de la pretensión determinante, junto con la petición de la conformación del objeto procesal? A este propósito, han surgido dos doctrinas antitéticas: la de la «individualización» y la de la «sustanciación de la demanda».

De conformidad con la primera de las enunciadas tesis, lo decisivo para la formación del objeto procesal es la individualización que ha de efectuar el demandante de los hechos en los correspondientes preceptos materiales; en tanto que, para la teoría de la sustanciación, lo que conforma el objeto procesal son los hechos que sirven de fundamento a la pretensión. En nuestro sentir, la teoría de la sustanciación es la más aceptable.

III. Clases

Al conformar la pretensión el objeto del proceso, no ha de resultar extraño que existan tantas clases de pretensiones como de procesos. En una genérica clasificación, pueden sistematizarse las pretensiones en: de cognición, de ejecución y cautelares.

1. Pretensiones de cognición. Se plantean en el proceso de declaración y tienen por objeto obtener del juez un pronunciamiento mero declarativo, de condena o constitutivo.

Las pretensiones de cognición están sometidas al cumplimiento más estricto de los principios de contradicción e igualdad. Al demandado se le ha de conceder la posibilidad de poder contestarla, de denunciar el incumplimiento por el actor de los presupuestos procesales, de formular excepciones y de alegar cuantos hechos constituyan su propia defensa, V.gr.: impeditivos, extintivos o excluyentes.

En el Derecho Comparado es una característica común de las pretensiones de cognición la posibilidad de que las partes pueden solicitar la apertura de la fase probatoria, a fin de poder evidenciarle al juez la concurrencia de los fundamentos fácticos, tanto de la pretensión como de la defensa. La pretensión civil de cognición se encuentra regida por el

principio de «aportación», por lo que «*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*».

Considerando que en nuestro ordenamiento rige el sistema de la doble instancia, la pretensión de cognición puede plantearse en la fase declarativa del proceso o trasladarse a la segunda instancia, o a la casación, en el caso que el tribunal casacional case la sentencia impugnada y se convierta en tribunal de instancia.

Atendiendo al contenido de la petición de las pretensiones de cognición pueden, a su vez, distinguirse las pretensiones mero – declarativas, de condena y constitutivas.

A. Pretensiones de mera declaración

a. Como su nombre indica, tienen por objeto obtener del juez un pronunciamiento en el que declare la existencia o inexistencia de un determinado derecho subjetivo o relación jurídica. De lo que se infiere que pueden ser positivas cuando afirman su existencia, o negativas cuando lo niegan o rechazan. Dentro de este último grupo merece una especial mención las declarativas de nulidad de negocios jurídicos, tales como contratos o acuerdos sociales de personas jurídicas, las cuales ofrecen la singularidad de que los efectos de la cosa juzgada de las sentencias, que sobre ellas recaen se producen *ex tunc*, con lo que se diferencian de las pretensiones constitutivas de anulación, que producen dichos efectos *ex nunc*.

Los aludidos tratadistas Juan Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar, en la reiterada obra, al examinar las clases de pretensiones y referirse concretamente a las de mera declaración enfatizan que dicha pretensión puede ser positiva (cuando se pide la declaración de la existencia de la relación o de la situación jurídica o que tiene un contenido determinado), o negativa (si se pide la declaración de inexistencia o nulidad de la relación jurídica), y la causa de pedir es distinta en uno y otro supuesto. En las pretensiones positivas puede repetirse lo dicho para las pretensiones de condena, con su distinción entre derechos de crédito (el conjunto de hechos del que nace) y derechos reales (la afirmación de la existencia del derecho mismo).

En las pretensiones negativas la situación es mucho más compleja, y lo es tanto que falta precisión doctrinal y la solución legal es dudosa.

b. La legitimación activa en las pretensiones declarativas la ostenta el titular del derecho subjetivo o relación jurídica controvertida; pero no se identifica necesariamente con ella. Para la interposición de una pretensión declarativa es suficiente ostentar un interés legítimo en el reconocimiento judicial de dicha relación jurídica o interés que, si bien no abarca los fenómenos de acción popular, tampoco exige la titularidad del objeto mediato de la pretensión. Tratándose de acciones declarativas de dominio, la legitimación se confunde con la fundamentación, por lo que hay que justificar el título.

Algunos autores citan, como claro supuesto de pretensión declarativa, la acción de jactancia, que procedente del Derecho Romano, fue recogida en nuestro derecho histórico. Se trata de una acción declarativa negativa concedida al sujeto contra el que otro se vanagloria de poseer un derecho obligacional, real o de cualquier clase en perjuicio de aquél, produciéndole inseguridad y peligro en su esfera jurídica, económica o moral, y está dirigida a obtener la declaración del juez a que se le condene al demandado a guardar silencio sobre su jactancia.

c. Pero en cualquier caso, la relación jurídica ha de ser preexistente. A través de la pretensión declarativa no puede solicitarse del juez el reconocimiento de futuras relaciones jurídicas, aún cuando sean admisibles las demandas de relaciones jurídicas sometidas a condición o plazo; y

d. Debido a la circunstancia de que las pretensiones declarativas puras tan sólo se dirigen a obtener el reconocimiento judicial, de una relación jurídica, las sentencias sobre las que ellas recaen no son por su propia naturaleza ejecutables. Ello, no obstante, al producir efectos *erga omnes* por obra de la propia declaración judicial algunas sentencias declarativas son susceptibles de ser inscritas en los registros públicos correspondientes, V.gr.: reconocimiento de paternidad, nulidad de acuerdos sociales de sociedades anónimas, patentes y marcas, etc., etc.

B. Pretensiones de condena

a. Se denominan también pretensiones «de prestación», porque su objeto inmediato reside precisamente en eso, en obtener del juez una condena

al demandado al cumplimiento de alguna de las prestaciones contenidas en el Código Civil o Mercantil. Por tal razón estas pretensiones pueden subdividirse en positivas, cuando se condena a una prestación de dar, hacer o deshacer lo mal hecho, y negativas, cuando estriban en un no hacer.

La pretensión de condena en la práctica forense es «mixta», ya que contiene dos pronunciamientos: declarativo y de condena. Debido a las circunstancias de que dicha pretensión surge cuando el actor alega la existencia de unos hechos a los que la norma asocia el cumplimiento por el demandado de una prestación, la pretensión de condena ha de contener, en primer lugar, una petición declarativa dirigida al juez, a fin de que reconozca la existencia del derecho subjetivo o de crédito; y en segundo, una petición de condena al deudor por el incumplimiento de su obligación dimanante de aquel derecho de crédito.

b. A diferencia de las declarativas, la legitimación activa en esta clase de pretensiones no puede consistir en un mero interés jurídico, sino en la titularidad del derecho subjetivo, determinante del nacimiento de la obligación, lo que no significa que tal derecho haya de ser siempre y necesariamente de crédito o real, V.gr.: los ordenamientos reconocen un *ius possessionis* al mero detentador de hecho en orden al ejercicio de la acción interdictal.

c. Se distinguen de las declarativas por los efectos de las sentencias que las amparan, las cuales poseen la virtualidad de ser ejecutables. Es ésta una característica típica de las pretensiones de condena y dentro de ellas de las dirigidas al pago de una obligación. Cuando son estimadas en la sentencia posibilitan la apertura del proceso de «ejecución forzosa». De aquí que las pretensiones de condena, si triunfan, se convierten en sentencias de condena, y en cuanto tales, en «títulos de ejecución».

d. Presupuesto material de la pretensión de condena es la existencia de una obligación vencida y exigible; si su exigibilidad depende del cumplimiento de una condición o plazo, la regla general en los ordenamientos es que no puede el acreedor pretender su cumplimiento estando a lo sumo legitimado para solicitar medidas cautelares o de aseguramiento.

e. De dicha regla general, hay que exceptuar los casos de condenas a emisión de una declaración de voluntad (así las nacidas de precontrato), y el polémico supuesto de las pretensiones de condena de futuro, que sean admisibles en los ordenamientos y que no pueden ser meramente hipotéticas sino reales y efectivas.

Juan Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar, al examinar la referida nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española, y analizar la pretensión de condena, manifiestan que en dicha pretensión la causa de pedir es muy distinta, según se trate de una pretensión que se basa en un derecho de obligación o en un derecho real.

Derecho de obligación: La causa de pedir serán siempre los hechos concretos que dan lugar al nacimiento del derecho subjetivo. La pretensión habrá de referirse a unos hechos específicos de los que nazca el derecho de crédito alegado y lo distingan de los otros posibles derechos de crédito. Si se está reclamando una cantidad de dinero por responsabilidad extracontractual, tendrá que hacerse mención de la acción o de la omisión concreta en que intervino culpa o negligencia, lo que supone ubicar esa acción u omisión en el tiempo y en el espacio.

Derecho real. La titularidad afirmada del derecho real es la misma, sea cual fuere el modo de su adquisición, y todas las personas están obligadas a respetarlos en los mismos términos, de modo que la causa de pedir que importa para el objeto del proceso atiende únicamente a la afirmada titularidad. Por otro lado, el hecho determinante de la adquisición del derecho (que no hace a la causa de pedir) sí es el hecho constitutivo.

En la pretensión reivindicatoria se ve muy claro -afirma Montero Aroca- lo que está diciendo. Esta es una pretensión de condena cuya petición ha de referirse a un bien concreto, pero cuya causa de pedir es la afirmación de la propiedad sin más. Existiendo una demanda donde el actor pida que el demandado sea condenado a entregarle la posesión de una cosa cierta, con base en que aquél es su propietario, la pretensión esta individualizada por la petición y por la causa de pedir.

Naturalmente, para que la pretensión sea estimada, el actor tendrá que alegar y probar un título de adquisición (una herencia concreta, una donación determinada, una compraventa, la usucapión), pero el título no

hace a la identificación de la pretensión (al objeto del proceso), sino al hecho constitutivo que permitirá la estimación de la demanda.

La cosa juzgada que en el proceso se forme cubrirá todos los títulos posibles de adquisición, y por esos puede la jurisprudencia sostener que, reivindicada una finca con base en el título de adquisición de un contrato de compraventa y desestimada la pretensión, no puede luego el demandante ejercitar otra vez la pretensión reivindicatoria alegando la usucapión, por ejemplo: por cuanto la cosa juzgada formada en el primer proceso opera en el segundo concurriendo entre los dos identidad objetiva.

Ahora bien –finaliza expresando Montero Aroca- el que la cosa juzgada comprenda todos los posibles títulos de adquisición no significa que el objeto del concreto proceso atienda todos ellos y ni siquiera a alguno de ellos. Una cosa es que la causa de pedir del proceso siga siendo la afirmada titularidad, y otra que el hecho constitutivo del concreto proceso se refiera a un título determinado, sobre el que tiene que existir pronunciamiento judicial, y, por fin, otra distinta que ese pronunciamiento comprenda en su cosa juzgada todos los títulos posibles.

C. Pretensiones constitutivas

a. A diferencias de las pretensiones declarativas y de condena, en las que de lo que se trata es de obtener el reconocimiento o instar la aplicación de unas determinadas consecuencias jurídicas derivadas de hechos preexistentes al proceso, en las pretensiones constitutivas lo que solicita el actor es un pronunciamiento del juez que cree una consecuencia jurídica, que hasta el momento no existía y que no puede originarse, sino a través de la sentencia. El objeto de la pretensión constitutiva es la creación, modificación o extinción de una determinada relación, situación o estado jurídico, y, excepcionalmente, incluso de una sentencia injusta, la cual puede ser anulada a través de los medios de rescisión de la cosa juzgada (Arts.540 a 550), que encierran también el planteamiento de pretensiones constitutivas de anulación.

El fundamento jurídico material de las pretensiones constitutivas lo encuentra la doctrina en la existencia de un derecho subjetivo material de configuración jurídica que, ante determinadas situaciones pendientes de modificación jurídica, poseen los particulares, quienes lo pueden hacer valer mediante el ejercicio de la acción ante los tribunales.

b. Debido precisamente a que el ejercicio de la acción e interposición de una pretensión constitutiva puede atentar al principio de seguridad jurídica, a la certeza que desea obtener la sociedad sobre la situaciones jurídicas pendientes de modificación y a los intereses de terceros, el ordenamiento somete al ejercicio de tales acciones al cumplimiento de rigurosos plazos de caducidad, V.gr.: ejercicio de la acción de retracto o de la impugnación de acuerdos sociales.

c. Las pretensiones constitutivas pueden ser impropias o voluntarias y propias o necesarias. Las primeras son aquellas que no precisan del proceso, ya que la modificación de la relación o situación jurídica puede válidamente efectuarse por obra de la autonomía de la voluntad de las partes, V.gr.: la constitución de una servidumbre o de la disolución de una sociedad mercantil; en tanto que las segundas exigen una sentencia constitutiva, V.gr.: sentencias de divorcio, de incapacitación y estado civil, impugnación de acuerdos sociales anulables, etc, etc.

d. La legitimación activa y pasiva en esta clase de pretensiones viene determinada por la cualidad y estado jurídico requerido, por la relación o situación jurídica cuya modificación se pretende, V.gr.: la de marido o esposa en las acciones de divorcio, la del titular del derecho de retracto y vendedor, etc., a las que la ley, en ocasiones, puede exigir requisitos complementarios. Es lo que sucede en la impugnación de acuerdos sociales que se es ejercitada por los accionistas; exige la misma ley que hayan manifestado su oposición a la adopción del acuerdo impugnado.

e. Las sentencias constitutivas, al igual que las declarativas, no son ejecutables, producen sus efectos *erga omnes*, por la obra de la propia sentencia que crea, modifica o extingue la relación o situación jurídica, la cual puede ser dotada de una especial publicidad mediante su anotación en los registros públicos. Se diferencian de las sentencias declarativas en que los efectos se producen profuturo o *ex nunc*.

Juan Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar, en sus comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, al analizar la pretensión de constitución, subrayan que esta pretensión puede referirse, bien a la creación o modificación de una situación o relación jurídica, bien a su extinción, y la causa de pedir requiere precisiones específicas en uno y otro caso. Si el actor pretende la creación

o modificación, parece que la causa de pedir la conforma el conjunto de los hechos de los que la ley hace derivar el derecho a crear o modificar.

Esto supone, por ejemplo, que la causa de pedir en la pretensión de incapacitación de una persona es la enfermedad o deficiencia física, o psíquica, que impide a la persona gobernarse por sí misma y en relación con un momento determinado, con lo que la sentencia que se dicte desestimando la pretensión impedirá que se inicie un nuevo proceso, si la situación de enfermedad o deficiencia se sitúa en un momento anterior al de haberse dictado esa sentencia. Por el contrario, la cosa juzgada no podrá alegarse (o deberá desestimarse) si la petición de incapacitación se base en la enfermedad o deficiencia producida después de haberse dictado la anterior sentencia.

2. Pretensiones de ejecución

Exigen como presupuesto previo la existencia de un título de ejecución de los contemplados en el Art. 554, sin que quepa la ejecución de sentencias meramente declarativas o constitutivas, por lo que tienen como objeto la realización del derecho de crédito del acreedor, que ha visto reconocido su derecho en dicho título. Al proceso de ejecución obviamente tan sólo cabe acudir ante la resistencia del deudor condenado, pues en el proceso civil y mercantil la ejecución es siempre voluntaria.

La pretensión de ejecución se deduce en el proceso del mismo nombre, el cual se caracteriza por la ausencia de contradicción (fuera de los tasados motivos de oposición a la ejecución) y por los amplios poderes del juez, dirigidos a la realización, en última instancia, mediante subasta pública, en la forma establecida en la ley.

La pretensión de ejecución, al igual que la de condena, puede consistir en la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer.

3. Pretensiones cautelares

Como su nombre indica, estriba en una petición de adopción de medidas cautelares cuya finalidad consiste en prevenir o garantizar la futura realización de los efectos ejecutivos de la sentencia.

Se trata de una pretensión instrumental de otra principal (declarativa, constitutiva o de condena), pero que mantiene una cierta autonomía,

pues los requisitos materiales no se confunden totalmente con aquélla, sino que es preciso el cumplimiento de determinados presupuestos, V.gr.: el *fumus boni iuris* o el *periculum in mora*. No están sometidas al principio de contradicción, pues suelen adoptarse «inaudita parte» y se agotan con la adopción de la medida cautelar.

IV. La integración del objeto procesal: las cuestiones prejudiciales.

1. Concepto, requisitos, naturaleza y fundamento.

A. Concepto. Las cuestiones prejudiciales son elementos de hecho, integrantes de una causa de pedir o pretensiones conexas e instrumentales de la principal, que precisan de una valoración jurídica y consiguiente declaración por el tribunal del orden jurisdiccional competente, previa e independiente, pero necesaria para la total o plena integración de la pretensión principal (Vicente Gimeno Sendra).

B. Requisitos. Del concepto anterior, el primer elemento que se infiere es que las cuestiones prejudiciales son elementos de hecho que exigen una valoración jurídica previa e independiente del objeto principal. Tales elementos de hecho pueden integrar el fundamento de una causa de pedir. Así, como por ejemplo, cuando se ejercita una pretensión declarativa de nulidad de un contrato por constituir un delito de estafa, habrá que determinar previamente si se cometió o no, en la realidad, dicho delito o erigirse en una pretensión autónoma, pero conexa e instrumental, de la principal (así, si se ha deducido una pretensión de condena a la entrega de una cosa por haberse rescindido el contrato de compraventa y se discute la propiedad de la cosa entre las partes o por un tercero, habrá que determinar y declarar previamente a quién le corresponde la propiedad). Pero, en cualquier caso, son cuestiones pertenecientes al fondo o a la fundamentación de la pretensión sobre las cuales operaran los efectos prejudiciales de la cosa juzgada.

En segundo lugar, las cuestiones prejudiciales han de ser relevantes para el enjuiciamiento del objeto procesal, esto es, de la pretensión principal, con respecto a la cual guardan una conexión o dependencia.

En tercer lugar, tales hechos, que integran una *causa petendi* o fundamentan una pretensión, precisan de una valoración jurídica y una consiguiente declaración jurisdiccional, previa e independiente de la pretensión principal. Las cuestiones prejudiciales son «hechos» con

significación jurídica «material» o, si se prefiere, elementos típicos de valoración jurídica con arreglo a normas del derecho civil, penal, laboral o administrativo. Así, en un proceso penal instaurado por delito contra la propiedad hay que determinar, para la integración de la conducta penal, la ajenidad de la cosa, la cual ha de efectuarse con arreglo a las normas del derecho civil. En un proceso civil ejecutivo en el que se pretende el cobro de una deuda reconocida en un título ejecutivo falso, habrá que determinar previamente, con arreglo a las normas del derecho penal, si existió o no una falsedad documental.

Finalmente, la competencia para valorar con arreglo a las normas del correspondiente derecho material ha de corresponder, como regla general, al tribunal del orden jurisdiccional competente, civil, penal, laboral, mercantil, etc.

C. Naturaleza y fundamento. El fundamento de las cuestiones prejudiciales reside en el principio constitucional de «seguridad jurídica».

Pero el fundamento inmediato de la prejudicialidad consiste en la prevención de los efectos prejudiciales de la cosa juzgada, pues, si debido a la conexidad instrumental de pretensiones o de causas de pedir, los tribunales decidieran las cuestiones prejudiciales a su antojo, sin respeto a las normas de jurisdicción y de competencia, se vulneraría en último término lo dispuesto en disposición legal expresa, conforme a la cual –palabras más, palabras menos- lo resuelto con fuerza de cosa juzgada.... vinculará a un tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

La regulación de las cuestiones prejudiciales intenta, pues, prevenir los efectos reflejos o prejudiciales de la sentencia para lo cual precisamente ha surgido la doctrina sobre la «litispendencia impropia»; y es que, en efecto, las cuestiones prejudiciales participan de la naturaleza de la litispendencia en la medida en que están destinadas a garantizar y prevenir los efectos de cosa juzgada de las cuestiones prejudiciales.

2. Clases. De acuerdo con la doctrina, atendiendo a su naturaleza y efectos, las cuestiones prejudiciales pueden ser sistematizadas así:

A. Heterogéneas y homogéneas

Son heterogéneas las que han de decidirse con arreglo a normas distintas del derecho civil.

Son homogéneas, por el contrario, las cuestiones prejudiciales que han de ser arregladas con las normas del derecho civil.

B. Devolutivas e incidentales

a. Devolutivas. Las cuestiones prejudiciales devolutivas son las que, con suspensión del proceso civil, han de remitirse o plantearse, para su decisión definitiva ante el tribunal del orden jurisdiccional competente.

b. Incidentales. Como su nombre indica, las cuestiones prejudiciales incidentales son las que puede conocer *incidenter tantum* el tribunal civil competente para el enjuiciamiento de la pretensión principal, sin que haya que deferirse su conocimiento a otro tribunal. V.gr.: la determinación del dominio en un proceso, aún cuando la administración sea parte.

Las cuestiones incidentales constituyen la regla general y se determinan con arreglo a un criterio negativo: son cuestiones incidentales todas las que las normas expresamente no prevean como cuestiones devolutivas. Son cuestiones prejudiciales incidentales todas las administrativas o sociales que no sean devolutivas. No comprende a las penales, por cuanto dichas cuestiones son siempre devolutivas y excluyentes, salvo situaciones especiales.

Con pleno respeto al principio de exclusividad de los órdenes jurisdiccionales, la sentencia civil que decida una cuestión prejudicial heterogénea puede extender sus efectos prejudiciales a los demás órdenes jurisdiccionales.

Nuestro Código Procesal Civil y Mercantil regula la prejudicialidad en los Arts. 48, 49, 50 y 51.

V. El objeto del proceso en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil

En el Libro Tercero de dicha normativa, examínase El Objeto del Proceso y en el Capítulo Primero, en forma específica, La Pretensión Procesal.

Clases de pretensiones

“Art. 90.- Las partes podrán pretender de los tribunales de justicia la mera declaración de la existencia o alcance de un derecho, obligación o cualquier otra situación jurídica; la declaración de condena al cumplimiento de una determinada prestación; así como la constitución, modificación o extinción de actos o situaciones jurídicas. También podrán pretender la ejecución de lo dispuesto en los títulos establecidos por la ley, la adopción de medidas cautelares, y cualquier otra clase de protección expresamente prevista por la ley.”

“Las pretensiones a que se refiere el inciso anterior se formularán ante el juez o tribunal que tenga jurisdicción y sea competente, y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida.”

El proceso, por su misma esencia, requiere la existencia de un sujeto imparcial y de dos sujetos parciales: el juez y las partes, respectivamente. La actuación del derecho objetivo, en el caso concreto por los órganos jurisdiccionales, sólo se realiza por medio del proceso, y este es necesariamente, *actus trium personarum*.

Normalmente el proceso surge como consecuencia de un conflicto de intereses respecto de una relación jurídica material, y los titulares de esa relación se convertirán en partes.

Parte procesal, por ende, es la persona o personas que interponen la pretensión ante el órgano jurisdiccional y la persona o personas frente a las que se interpone.

Tercero procesal es quien no es parte. Si la noción de parte es positiva, el concepto de tercero sólo puede enunciarse negativamente. Lo es quien no es parte, quien no está en el proceso. Cosa distinta es el que el tercero pueda llegar o no a sufrir efectos del proceso, lo que implica la existencia de variedad de terceros ante un proceso determinado. En el caso de que esos efectos existan, éstos no convierten al tercero en parte automáticamente, aunque sí pueden legitimarlo, a fin de que se le admita como parte.

Las normativas procesales subrayan los requisitos sobre la capacidad de las partes, así: a) capacidad de las partes; b) capacidad para ser parte; c) capacidad de las personas físicas (el *naciturus*, es decir, el concebido pero no nacido, también puede ser parte en el proceso para todos los efectos que le sean favorables); d) capacidad de las personas jurídicas; y, e) capacidad procesal en general.

En lo tocante a la teoría del objeto del proceso, dable es acentuar que cumple una función de identificación del proceso, esto es, su individualización, de distinción de los demás procesos posibles y, por ello, la pretensión sirve para esa finalidad.

En sentido estricto el objeto del proceso, es decir, aquello sobre lo que versa éste, de modo que lo individualiza y lo distingue de todos los demás posibles procesos, es siempre una pretensión, entendida como petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona. Consecuentemente, la pretensión es una declaración de voluntad petitoria que se caracteriza porque ha de estar fundamentada, o sea, que tiene que hacer referencia a un acontecimiento determinado de la vida.

Ahora bien, las partes de acuerdo con nuestro ordenamiento, podrán pretender del órgano jurisdiccional, las siguientes variables:

- a) La mera declaración de la existencia o alcance de un derecho, obligación o cualquier otra situación jurídica V.gr.: la falsedad de un instrumento: contrato de compraventa, donación, testamento, sociedad mercantil, etc; obligaciones por las cuales una persona se comprometa a entregar una cosa a otra o a transmitirle un derecho; obligaciones consistentes, por parte del deudor, en realizar un acto o en prestar un servicio que el acreedor puede exigir; y obligaciones que se constriñen a abstenerse de realizar algo o de prestar algún servicio;
- b) La declaración de condena al cumplimiento de una determinada prestación. Se refiere a las sentencias en las que se acepta en todo o en parte la pretensión del actor manifestada en la demanda y lo que se traduce en una prestación;

- c) La constitución, modificación o extinción de actos o situaciones jurídicas. V.gr.: las controversias que con arreglo a las leyes se produzcan con ocasión de la constitución de sociedades o empresas, fusiones y transformaciones de éstas, nulidad de los acuerdos de juntas generales, formulación de oposición judicial a esas mismas resoluciones de junta general, disoluciones y liquidaciones, etc;
- d) La ejecución de lo dispuesto en los títulos establecidos por la ley. V.gr.: las sentencias judiciales firmes; los laudos arbitrales firmes. Los acuerdos y transacciones judiciales aprobados y homologados por el respectivo juez; las multas procesales; las planillas de costas judiciales, visadas por el juez, contra la parte que las ha causado y también contra la contraria, si se presentaren en unión de la sentencia ejecutoriada que la condena al pago; y cualesquiera otras resoluciones judiciales que, conforme al código en análisis u otras leyes, lleven aparejada ejecución, etc..
- e) La adopción de medidas cautelares. Vgr.: el embargo preventivo de bienes; la intervención o la administración judicial de bienes productivos; el secuestro de cosa mueble; la formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga; la anotación preventiva de la demanda y otras anotaciones registrales; la orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación; la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad, que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda; y el depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

Es obvio que las pretensiones de que se trata deberán formularse ante el juez o tribunal que tenga jurisdicción y sea competente, conforme a lo

dispuesto en la Ley Orgánica Judicial, y, desde luego, frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida.

Delimitación de la causa de pedir

“Art. 91. Con carácter general, la causa de pedir la constituirá el conjunto de hechos de carácter jurídico que sirvan para fundamentar la pretensión, ya sea identificándola, ya sea dirigiéndose a su estimación. En los casos en los que la pretensión se apoye en un título jurídico o causa legal, será ésta la que constituya la causa de pedir”.

“Si fueran varios los hechos, las partes deberán alegarlo o hacerlos valer en el período de alegaciones iniciales, así como todos los títulos jurídicos o fundamentos legales, que puedan integrar la causa de pedir y que fueran conocidos al tiempo de presentarlos”.

“En todo caso, los hechos, títulos o causas nuevas o de nuevo conocimiento que puedan afectar la delimitación de la pretensión podrán incorporarse al proceso hasta la finalización de la audiencia preparatoria, de conformidad con lo dispuesto en este código”.

Los elementos identificadores de la pretensión son: subjetivos, que se refieren a las personas, vale decir, a las partes ; y objetivos, que aluden a la petición y a su causa de pedir o fundamentación y que son los que sirven para delimitar el objeto del proceso.

En la petición, o petitum, dado que la demanda se dirige frente a dos sujetos, pueden distinguirse dos clases de peticiones: inmediatas y mediatas; y la causa de pedir o causa petendi.

El precepto que nos ocupa establece con carácter general la causa de pedir, constituida por el conjunto de hechos jurídicos que sirven para fundamentar la pretensión, y en los casos en que ésta se apoye en un título jurídico o causa legal será la que constituye la causa de pedir.

Si fueren varios los hechos, las partes deberán alegarlos o hacerlos valer en el período de alegaciones iniciales, así como todos los títulos jurídicos o fundamentos legales que puedan integrar la causa de pedir. En todo caso, los hechos, títulos o «causas nuevas» o «nuevo conocimiento» que

puedan afectar la delimitación de la pretensión podrán incorporarse al proceso hasta la finalización de la audiencia preparatoria.

Es de subrayar que los hechos pueden ser: 1) nuevos, es decir, ocurridos con posterioridad a la audiencia preparatoria o a la audiencia probatoria, según se trate de procesos abreviados, especiales o comunes, caso en el que el tribunal rechazará la alegación si la novedad no se acredita cumplidamente; y 2) de nuevo conocimiento o noticia, esto es, ocurridos antes de dichas audiencias, supuestos en el que el tribunal podrá acordar la improcedencia de tomarlos en consideración si, a la vista de las circunstancias, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos.

Litispendencia. Comienzo

“Art. 92. La litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, si es admitida, y a partir de la misma se despliegan todos los efectos determinados en las leyes”.

La existencia de la demanda supone una ruptura. Se pasa de una relación jurídico material privada en conflicto, mantenida entre particulares, al planteamiento de un litigio ante un órgano jurisdiccional. Esa ruptura se define con el vocablo litispendencia.

Con dicha voz se está haciendo referencia a la pendencia de un litigio, pero lo que importa son sus efectos. Chiovenda definía la litispendencia como «la existencia de una litis en la plenitud de sus efectos».

La litispendencia, pues, marca el hito del inicio del proceso, y el Derecho aspira a que la situación subjetiva y objetiva con que se inició se mantenga a lo largo de él. Los efectos se refieren, en parte, a un intento jurídico de que durante la pendencia del proceso no se altere la situación.

Los efectos son exclusivamente de carácter procesal, y son: a) desde el momento de producción de la litispendencia surge, para el órgano jurisdiccional, el deber de continuar el proceso hasta el final y de dictar la sentencia de fondo; b) respecto de las partes se produce la asunción de las expectativas, cargas y obligaciones que están legalmente vinculadas a la existencia del proceso; c) la existencia de un proceso con la plenitud

de sus efectos impide la existencia de otro en que se den las identidades propias de la cosa juzgada; d) la litispendencia produce la denominada *perpetuatio iurisdictionis*, o sea, que el juez competente en el momento de producirse aquella, lo sigue siendo a pesar de los cambios que a lo largo del proceso puedan producirse. Así lo establece en forma inequívoca el Art. 93: «Una vez iniciado el proceso, los cambios que se produzcan en relación con el domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del proceso no afectarán a la fijación de la competencia, que quedarán determinadas en el momento inicial de la litispendencia, y conforme a las circunstancias que se contengan en las alegaciones iniciales». y e) también se produce la *perpetuatio legitimationis*, en virtud de la cual, quienes estaban legitimados en el momento de la litispendencia mantienen esa legitimación, sin perjuicio de los cambios que puedan producirse en el tiempo de duración del proceso.

El Art. 92, pues, intenta resolver una vieja polémica existente en el foro salvadoreño respecto al tiempo en que se interrumpe la prescripción. Para algunos la prescripción se interrumpe con la presentación de la demanda y para otros hasta el momento del emplazamiento del demandado. El precepto en examen es claro: si la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, si es admitida, a partir de aquella se despliegan todos los efectos determinados en las leyes.

Fijación del objeto del proceso. Prohibición de su modificación

“Art. 94. El objeto del proceso quedará establecido conforme a las partes, la petición y la causa de pedir que figuren en la demanda. La contestación a la demanda servirá para fijar los términos del debate en relación con el objeto procesal propuesto por el demandante; sin que éste pueda ser alterado”.

“Lo establecido en el inciso anterior será también de aplicación a la reconvencción”.

“Fijado el objeto procesal, las partes no podrán alterarlo, cambiarlo ni modificarlo posteriormente, sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en el presente código”.

Efecto también de la litispendencia, pero necesitado de tratamiento específico, es el relativo a la prohibición de la transformación de la demanda, también denominado prohibición de mutatio libelli (el domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa, etc).

La contestación a la demanda es la respuesta que el demandado da a la demanda del actor. Es una de las posiciones jurídicas procesales que el demandado puede adoptar frente a la demanda. Siendo así, dicha contestación participa de forma principal de las características, estructura y naturaleza de la demanda. Cuando el Art. 284 establece que la contestación se redactará en la forma establecida para la demanda, la ley nos está diciendo, aún cuando de manera imperfecta, que uno y otro acto procesal tienen las mismas características, estructura y naturaleza.

Por consiguiente, si la demanda es el vehículo formal a través del cual se ejercita la acción, la contestación es el vehículo formal a través del cual el demandado enfrenta la acción del actor. Enfrentamiento que no siempre significa oposición a la demanda, pues cabe perfectamente que el demandado utilice la contestación para aquietarse con los términos de la demanda. En una palabra, puede allanarse (Art. 131), esto es, aquietarse de forma total o parcial, con los términos en que está concebida la demanda, y, por ende, aceptar como existente, total o parcialmente, la pretensión del actor. La contestación determina de forma definitiva el objeto del proceso, es decir, el objeto sobre el cual se debe pronunciar el órgano judicial. Sea cual sea el contenido de la contestación, el juez debe dictar sentencia atendiendo no sólo a las pretensiones formuladas en la demanda, sino a las otras «pretensiones» de las demás partes. Y, al igual que en el caso de la demanda, con la contestación se han de acompañar los documentos de rigor.

En lo tocante a la «reconvención», ésta es una demanda planteada por el demandado en el proceso pendiente contra el actor, mediante la cual deduce una acción independiente para su resolución con autoridad de cosa juzgada.

La cualidad de independiente no hace referencia a la inexistencia de conexión entre las dos pretensiones. Quiere decir, que la reconvención no va dirigida a la oposición a la acción del actor. En ese sentido, no

existe reconvencción cuando el demandado pide que se rechace la demanda o la absolución, aún basándose en la contraprestación, Vgr.: de un crédito hecho valer para la compensación. No es reconvencción cuando, por ejemplo, el demandado aduce el derecho de retención de la cosa reivindicada por el actor, pues en esos casos falta siempre el planteamiento de una pretensión en forma de ataque que busca su resolución con fuerza de cosa juzgada. Tampoco existe reconvencción cuando el demandado plantea la demanda de declaración negativa frente a la pretensión de declaración positiva, ya que no hace valer ninguna pretensión independiente. El demandado pretende únicamente que se rechace la demanda del actor. En síntesis, pues, toda pretensión del demandado que no se reduzca a pedir que se le absuelva de la demanda constituye siempre reconvencción.

La reconvencción produce los efectos típicos de la acumulación de pretensiones: 1) las dos pretensiones, la inicial y la reconvenida, se discutirán en un mismo procedimiento; y 2) las dos se resolverán en una sola sentencia, la cual contendrá dos pronunciamientos, que no pueden ser contradictorios.

Finalmente, fijado el objeto procesal –la pretensión y contra pretensión-, el actor y el demandado no podrán alterarlas, cambiarlas ni modificarlas con posterioridad. Empero, sí gozan de la facultad de formular alegaciones complementarias o simplemente accesorias a la controversia principal.

BIBLIOGRAFÍA

- José Alberto Garrone, *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.
- L. Ribó Durán, J. Fernández Fernández, *Diccionario de Derecho Empresarial*, 1ª. Edición, Bosh, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1998.
- Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo, Silvia Barona Vilar, *El Nuevo Proceso Civil*, 2ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Civil*, 2ª. Edición, Colex, 2007.
- Valentín Cortés Domínguez, Víctor Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil*, Parte General, 3ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Roberto Romero Carrillo, *La Normativa de Casación*, 1ª. Edición, Ministerio de Justicia, 1992.

LECCIÓN QUINTA⁶

ACTIVIDAD PROCESAL

A. GENERALIDADES

Por actividad procesal entendemos la facultad de obrar con diligencia, eficacia y prontitud en el proceso. Lo exige así el mandato constitucional, de que la administración de justicia debe ser pronta y cumplida (Art. 182 Ord. 5° Cn).

En algunos ordenamientos se habla de *actuaciones judiciales*, y tal locución tiene dos sentidos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero alude a la actividad de los órganos del Poder Judicial en el desempeño de sus funciones. Entre éstas las hay de orden procesal y otras que, sin serlo en pureza, como las concernientes a la jurisdicción voluntaria, son, sin embargo, de la competencia de algunos de ellos por disposición de la ley. Cabe distinguir, pues, en este punto, entre actuaciones judiciales de índole procesal propiamente dichas y actuaciones parajudiciales.

Desde el punto de vista objetivo, se entiende por actuaciones judiciales las constancias escritas y fehacientes de los actos realizados en un procedimiento judicial.

El conjunto de las actuaciones judiciales integra, en cada caso los autos, el expediente al que los juristas franceses llaman *dossier*. Ahí se encuentra toda providencia, notificación, diligencia o acto de cualquier especie, que se consigna en un procedimiento judicial con intervención del escribano, y por esta razón se llama *actuaciones* al conjunto de todas las partes que constituyen un procedimiento judicial.

⁶ Rebeca Salomé Velasco Prunera

Los ordenamientos procesales contienen un capítulo sobre las actuaciones y resoluciones judiciales. En sus disposiciones se advierte, en relación con las que en ordenamientos anteriores regían sobre la materia, la tendencia a suprimir inútiles formalidades rituarías y a conservar únicamente las que el legislador ha considerado indispensables para la correcta documentación de las actuaciones y para responder a los principios de economía procesal, de seguridad y de mínimo formalismo.

En los códigos de procedimientos decimonónicos, las formalidades judiciales eran en buena parte prolijas e inútiles y otras adolecían de vaguedad. Sirva de ejemplo de las primeras la obligación impuesta para que, en las actuaciones judiciales y en los escritos que presentaran las partes, el margen fuera «de una cuarta parte y con la ceja necesaria para la costura» a la operación manual de doblar una hoja en cuatro partes para separar el margen conforme a esa disposición, le llamaban los prácticos «cuartear el papel».

El señalamiento de horas hábiles para las actuaciones judiciales eran «las que median entre la salida y la puesta del sol». Con posterioridad se borró esa imprecisión para determinar que son horas hábiles «las que median entre las siete y las diecinueve horas».

En nuestro nuevo Código Procesal Civil y Mercantil se trata de obliterar esos ritualismos que, quiérase o no, a estas alturas del tiempo producen hilaridad.

B. ACTIVIDAD PROCESAL

La actividad procesal se llevará a cabo en la sede donde esté radicado el tribunal que conozca de la pretensión; sin embargo, para el mejor logro de los fines del proceso, y si se trata de actuaciones que requieran la presencia del juez, éste podrá acordar, por resolución motivada, constituirse fuera de su sede habitual, a fin de presenciar por sí la práctica de pruebas.

Cuando una actuación procesal deba realizarse fuera del territorio al que extiende su competencia el tribunal, éste podrá solicitar la cooperación y auxilio de otro tribunal, esto es, a través de las comisiones procesales.

Las actuaciones procesales de los tribunales deberán llevarse a cabo en días y horas hábiles; pero éstos podrán acordar, siempre que existiera

urgencia en la realización del acto procesal, la habilitación de días y horas inhábiles.

En el Código de Procedimientos de 1881, la regla era que la actividad procesal se llevara a cabo en la sede del tribunal, no pudiendo trasladarse el juez a otro lugar en forma personal. Lo hacía por medio de exhorto (entre iguales), por provisión (de superior a inferior jerárquico) y por suplicatorio (de inferior a superior jerárquico).

Son días hábiles todos los del año, excepto aquellos sobre los que pesa declaración de inhabilidad, que puede efectuarse con relación a días determinados. Se declaran inhábiles los sábados y domingos, los de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales. Los relativos a la semana santa, fiestas patronales y los de navidad y año nuevo. Son horas hábiles las que medien desde las ocho de la mañana a las cuatro de la tarde, salvo que para una actuación concreta se disponga por el juez o tribunal otra cosa.

C. PLAZOS PROCESALES

Los plazos conferidos a las partes para realizar los actos procesales son perentorios e improrrogables. Si se ordenare a una parte la realización de una actuación procesal respecto de la cual la ley no prevé un plazo, se deberá practicar sin dilación, o en el plazo más breve posible que fijará el tribunal, con indicación de las consecuencias de la omisión o retraso en la realización del acto. En el Código de Procedimientos de 1881 para que un plazo fuera fatal era necesario que en forma expresa lo dijese la disposición pertinente.

Los plazos establecidos para las partes comenzarán el día siguiente al de la respectiva notificación y se contarán sólo los días hábiles. Los fijados en meses o años se computarán de fecha a fecha; pero si el mes de vencimiento no existiera el día equivalente, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. Cuando el último día del plazo sea inhábil se entenderá éste prorrogado hasta el siguiente día hábil. Los plazos, finalmente, vencen en el último momento hábil del horario de oficina del día respectivo. En el Código de Procedimientos de 1881 los plazos, al menos en teoría, expiraban hasta las doce de la noche del día último.

Doctrinalmente la orden de la serie de actos que componen el procedimiento lleva a referir la distinción entre *término* y *plazo*. Las actuaciones del proceso se practicarán en los términos o dentro de los plazos señalados para cada una de ellas. Término es un momento en el tiempo, determinado por día y hora, en el que tiene que realizarse la actuación judicial. Se cita para un término. El plazo supone un lapso dentro del que puede realizarse el acto procesal, y exige la determinación de un momento inicial y de otro final. Se emplaza para un plazo.

Al impedido por justa causa, no le corre plazo desde el momento en que se configura el impedimento y hasta su cese. Se considera justa causa la que provenga de fuerza mayor o de caso fortuito. En esto no existe ninguna diferencia en ambas normativas.

D. FORMA DE LAS ACTUACIONES

Las actuaciones procesales se habrán de realizar bajo el principio general de oralidad. Empero, la demanda y su ampliación, la contestación de la demanda, la reconvencción y cualquier resolución que ponga fin al proceso o surta efectos materiales sobre la pretensión serán siempre por escrito; y, salvo las excepciones legalmente previstas, las declaraciones de testigos y peritos serán en forma oral.

En la realización de actos orales, el requisito básico se centra en quiénes deben estar presentes en su realización, así como en la necesidad de la publicidad de las actuaciones. Por tanto, el principio de inmediación responde a la exigencia de que el tribunal mantenga contacto directo con los intervinientes en los procesos, sin que exista entre ellos elemento alguno que se interponga.

Supone que el juez que debe dictar la sentencia se fundamenta en lo visto y oído por él personalmente y no en la documentación de los actos de prueba o en la documentación de las vistas y comparecencias, no siendo posible cambios en la persona del juzgador durante la tramitación del proceso y en especial en el momento de dictar sentencia, dado que, de lo contrario, se produciría la nulidad de pleno derecho de la correspondiente actuación. Lo anterior, salvo los casos de fuerza mayor expresamente subrayados.

En todas las actuaciones procesales se utilizará obligatoriamente el idioma castellano y cuando deba ser oído quien no conozca el idioma, la parte que lo presenta deberá designar un intérprete. Todo instrumento que conste en idioma extranjero deberá acompañarse con su correspondiente traducción conforme a la ley y los tratados internacionales.

E. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

El CPCM regula del Art. 149 al 159. Los tribunales de El Salvador –regla de actuación, podrán recabar la cooperación de los tribunales extranjeros para realizar actuaciones fuera de la República. Sin perjuicio de lo previsto en tratados internacionales, cuando una actuación procesal deba realizarse fuera de El Salvador la parte interesada en su realización la solicitará, indicando la causa y el alcance de dicha actuación. A tal efecto, si un tribunal nacional acordare su realización, librará exhorto y remitirá a la Corte Suprema de Justicia para su envío al Órgano Ejecutivo, en el ramo a cargo de las relaciones internacionales, a fin de hacerlo llegar a las respectivas autoridades extranjeras.

Expresa nuestro código que los despachos para la práctica de las actuaciones en el extranjero se cursarán de acuerdo con los tratados internacionales en que El Salvador sea parte. ¿A qué tratados internacionales se hace referencia? A los que son fundamentales, Vgr: el Convenio de La Haya de 1/3/1954, sobre el procedimiento civil; el Convenio de La Haya de 15/11/1965, sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial; el Convenio de La Haya de 18/03/1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial; el Convenio de La Haya de 25/10/1980, tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, o la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, hecha en Panamá el 30/01/1975. En consecuencia, los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de la Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. Y, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado. (Art 144 Cn).

Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos por las propias partes interesadas, por intermedio de los agentes consulares

o diplomáticos o a través de la autoridad administrativa competente en la materia o, en su defecto, por vía judicial. Cuando se tramiten por vía consular o diplomática o a través de la autoridad administrativa, no será necesario el requisito de la legalización. Se tramitarán de acuerdo con las leyes procesales del Estado de su cumplimiento. La documentación anexa debe ser acompañada de la respectiva traducción.

Al exhorto se le da ese nombre porque en él se usaba y aún se usa, aunque menos que antes, la siguiente fórmula: *«por lo expuesto, exhorto y requiero a Ud. y de mi parte le encarezco se sirva diligenciar el presente, seguro de mi reciprocidad cuando por Ud. fuese requerido»*.

Por consiguiente, exhorto en el procedimiento civil-mercantil, es el acto judicial mediante el que un órgano jurisdiccional se comunica con otro. Se encuadra, pues, en los actos de comunicación entre tribunales, que se denominan también *despachos* o *comisiones de auxilio judicial*. Aunque el exhorto se utilizó anteriormente como el medio de comunicación entre tribunales de la misma categoría, ahora es la comunicación procesal única entre tribunales; así, desaparecen, englobándose en los exhortos, el suplicatorio o comunicación de un tribunal a otro de superior categoría, y la carta-orden, o comunicación de un tribunal a otro de inferior categoría. Contiene la designación del órgano jurisdiccional exhortante, la del tribunal exhortado, las actuaciones interesadas y el plazo en que han de realizarse. Cuando la comunicación tiene lugar entre órganos jurisdiccionales de distintos países y su finalidad es la práctica de diligencias judiciales, el acto procesal y su plasmación documental se denomina *carta rogatoria*.

Los tribunales salvadoreños darán cumplimiento a las medidas cautelares o ejecutivas decretadas por tribunales extranjeros y proveerán lo que fuere pertinente a tal objeto, exceptuándose las que estuvieren prohibidas por la legislación nacional. La procedencia de la medida cautelar se regulará por las leyes del lugar donde se siga el proceso extranjero. La ejecución de la medida, así como la contracautela, serán resueltas por los tribunales salvadoreños conforme a lo dispuesto en nuestro código procesal. Desde luego que lo dicho es sin perjuicio de lo que dispongan los tratados y convenciones internacionales y bajo condición de reciprocidad.

Cuando se hubiere trabado embargo o efectuado cualquier otra medida cautelar sobre bienes, la persona afectada podrá deducir, ante los

tribunales salvadoreños, la tercería u oposición pertinentes, con el exclusivo objeto de su comunicación al tribunal de origen al devolversele el exhorto o carta rogatoria.

La oposición o tercería se sustanciará por el tribunal requirente, según sus leyes. El opositor o tercerista que compareciere luego de devuelto el exhorto o carta rogatoria, tomará el proceso en el estado en que se hallare. Si se tratare de tercería de dominio u otros derechos reales sobre el bien embargado, o se fundara en su posesión, se resolverá por los tribunales de El Salvador y de conformidad con sus leyes.

El cumplimiento de la medida cautelar no obliga a reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se dictare en el proceso en el que tal medida se hubiere dispuesto.

Cuando se hubiere solicitado el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, nuestro tribunal superior de justicia podrá adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar su cumplimiento.

Cualquiera que sea la jurisdicción internacionalmente competente para conocer de un proceso, siempre que el objeto de la medida cautelar se encontrare en territorio nacional, los tribunales salvadoreños podrán ordenar y ejecutar, por solicitud fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia cuya finalidad sea garantizar el resultado del proceso que se pretendiere iniciar. El juez que ordene la medida fijará un plazo, dentro del cual el solicitante habrá de hacer valer sus derechos so pena de la caducidad de la medida. Si en el plazo acordado se promoviere la demanda, se estará a lo que resuelva el tribunal internacionalmente competente.

Las comunicaciones relativas a medidas cautelares se harán por las propias partes interesadas, por intermedio de los agentes consulares o diplomáticos, a través de la autoridad administrativa competente o, en su defecto, por vía judicial.

Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 4° Conceder, conforme a la ley y cuando fuere necesario, el permiso para la ejecución de sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros (Art. 182 Cn).

En Derecho Internacional Público es lo que se conoce con el nombre de *exequatur*, documento por el cual un cónsul es reconocido como tal en el Estado donde ha de desempeñar sus funciones. En Derecho Canónico, pase o autorización que el gobierno concede para que las bulas y rescriptos pontificios sean observados como legislación nacional. En ciertos países, como Francia, fórmula judicial para ser posible la ejecución de fallos y resoluciones dictadas en país extranjero. Así mismo, autorización o fuerza ejecutiva que los presidentes de los tribunales civiles y de comercio conceden a las sentencias arbitrales.

F. ESCRITOS Y EXPEDIENTES

(Arts. 160 a 168)

Deben ser legibles, evitar cualquier expresión ofensiva, consignar en el encabezamiento los datos identificadores del expediente, expresar con claridad lo que se pretende y ser suscritos y sellados por el abogado que los presenta.

Deberá quedar constancia de la recepción del escrito, el cual deberá acompañarse de tantas copias legibles como sujetos hayan de ser notificados, más una.

La parte y sus representantes tienen acceso permanente a los expedientes. Y, de cualquier expediente podrán las partes, o quien tuviere interés legítimo, obtener su certificación íntegra o parcial.

Cuando por cualquier causa se hubiere perdido, destruido u ocultado el expediente original de una actuación procesal, la copia en poder del tribunal tendrá el mismo valor.

Cuando el tribunal no cuente con copia de las actuaciones destruidas o desaparecidas, ordenará que se rehagan, para cuyo fin practicará las diligencias probatorias que evidencien su preexistencia y contenido y, de ser necesario, ordenará a las partes que entreguen sus propias copias de escritos, documentos y actas. Si la reposición no fuera posible, el tribunal ordenará la renovación de los actos prescribiendo el modo de hacerlo.

G. COMUNICACIONES JUDICIALES

(Arts. 169 a 192)

El conocimiento que se da a una de las partes de lo que afirma o pide la otra o de algún documento que se haya presentado en el proceso, es lo que se conoce con el nombre de *comunicación*.

Los actos en referencia pueden sistematizarse así: a) Hacia el exterior del órgano: son actos por medio de los cuales se trata de poner en comunicación al tribunal tanto con las partes como con terceros o interesados, y aún con otros tribunales o entidades públicas que deben prestar su cooperación en el curso de las actuaciones procesales; y b) Hacia el interior del órgano: la dación de cuenta de los escritos y documentos presentados permite la comunicación desde el exterior hacia el tribunal, efectuándose por el secretario.

Siguiendo la doctrina de las normativas nuevas, como acontece con el Código Procesal Civil y Mercantil, se utiliza el término *notificación* para referirlo a cualquier acto de comunicación de los tribunales con las partes y otros sujetos. Su falta o su deficiente realización, siempre que frustre la finalidad perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que es lesiva del derecho fundamental de defensa.

El emplazamiento ha de realizarse con todo cuidado y respeto de las normas procesales. No es un formalismo, sino una garantía para el afectado en el procedimiento y una carga que le corresponde llevar al órgano judicial. Para que exista violación del derecho fundamental, la irregularidad procesal ha de ser imputable de modo directo a una acción u omisión del tribunal. No existe aquélla cuando medie conducta negligente de la parte o cuando el afectado no ha puesto la diligencia debida en la defensa de sus derechos.

En términos generales se distinguen como actos de comunicación del tribunal, atendiendo a su contenido los siguientes: notificación, emplazamiento, citación, requerimiento, mandamiento y oficio.

La notificación: tiene por objeto dar noticia al interesado de una resolución, diligencia o actuación. Va dirigida así mismo, a las partes,

a las personas que pueden verse afectadas por la sentencia que en su momento se dicte y a los terceros en general.

Emplazamiento: esta palabra quiere decir «dar un plazo», citar a una persona, ordenar que comparezca ante el juez o el tribunal, llamar al proceso al demandado. Dicho en otras palabras, el emplazamiento es un acto procesal mediante el cual se hace saber a una persona que ha sido demandada, se le da a conocer el contenido de la demanda, y se le previene que la conteste o comparezca, con el apercibimiento de tenerlo por rebelde. Es, por tanto, un acto complejo. Con él, se constituye la relación procesal y el litigio está pendiente ante los tribunales, por lo cual nace la excepción de litispendencia que podrá oponerse si el demandado es llevado a nuevo proceso por la misma persona y por las mismas cuestiones.

Citación: acto a través del cual se llama a una persona parte, testigo, etc. a comparecer ante el órgano jurisdiccional en un momento determinado en el tiempo, lugar, fecha y hora, a fin de que realice o actúe algo. Se trata de un acto complejo de puesta en conocimiento y de intimación a hacer algo, que consiste en comparecer y actuar en un momento determinado.

Requerimiento: acto de intimación por el que se ordena una conducta o inactividad al requerido, distinta de la mera comparecencia ante el tribunal. Se trata también de un acto complejo. Se materializa por las mismas vías que los demás actos de comunicación.

Mandamiento: es un acto de comunicación por medio del cual se ordena libramiento de certificaciones o testimonios o la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los registradores de la propiedad raíz o de comercio.

Oficios: son los actos de comunicación por medio de los cuales los tribunales se comunican con autoridades no judiciales y funcionarios distintos de los mencionados en casos de los mandamientos. En el mundo moderno, tanto los mandamientos como los oficios se remiten directamente por el tribunal que los expide a la autoridad o funcionarios que van dirigidos, pudiendo utilizarse los medios electrónicos, informáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase.

H. PROCEDIMIENTO DE LAS NOTIFICACIONES

(Arts. 169 al 180)

A riesgo de ser repetitivos, congruente es subrayar que las notificaciones son actos de comunicación procesal de un órgano jurisdiccional a un particular para poner en conocimiento de éste cualquier resolución del primero. Junto a esta significación amplia, hay otra más restringida que ve las notificaciones como actos de comunicación de una resolución judicial, separándolas de las comunicaciones relativas a contenidos en los que entran variantes determinadas. Tal es el caso de la citación, emplazamiento y requerimiento que, en el sentido amplio, son modalidades de las notificaciones.

Pues bien, sin perjuicio de los plazos señalados en el código en análisis, toda resolución judicial se notificará en el más breve plazo a las partes y a los interesados. ¿Qué entender por la expresión *breve plazo*? La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al abordar esta problemática, comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos dicho concepto, expresando que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.

El demandante, el demandado y cuantos comparezcan en el proceso deberán determinar con precisión, en el primer escrito o comparecencia, una dirección para recibir notificaciones, o un medio técnico, sea electrónico, magnético o de cualquier otra naturaleza, que posibilite la constancia y ofrezca garantías de seguridad y confiabilidad. En nuestro acontecer judicial, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, desde hace varios años, viene implantando esta práctica para verificar las notificaciones de rigor y, a fuer de ser sinceros, le ha brindado excelentes resultados. Nuestro Código Procesal Civil y Mercantil establece las siguientes clases de notificación:

1. Notificación por tablero. Si transcurre el plazo fijado por el tribunal para que el demandado indique una dirección dentro de la sede de la oficina judicial para recibir notificaciones, sin que tal requerimiento se hubiere cumplido, las notificaciones se harán en el tablero del tribunal o en la oficina común de notificaciones. De igual manera, se practicarán

las notificaciones cuando se ignore la dirección o medio técnico de su destinatario, siempre que dicha información no conste en ningún registro público. En todo caso, previa a la realización de las notificaciones por tablero, el tribunal deberá proveer resolución debidamente motivada en la que autorice la práctica de tal diligencia.

2. Notificación en la oficina judicial. Las partes y los interesados tienen derecho de acudir a la oficina del tribunal para enterarse de las resoluciones dictadas en el proceso. A tal efecto, el secretario les facilitará copia de la resolución y en formulario se pondrá constancia de la actuación, la cual firmará el empleado judicial competente y el interesado. En la Ley Orgánica Judicial se deberá establecer que los tribunales llevarán un libro especial en que se contenga las fórmulas que se han de observar por los litigantes a fin de constatar el día y la hora en que asistieron a la oficina del juzgado, firmando el empleado judicial y el interesado.

3. Notificación tácita. La consulta del expediente por la parte implica la notificación de todas las resoluciones que consten en él hasta el momento de la consulta. De igual manera los tribunales deberán llevar un libro especial para constatar las circunstancias de que se trata, firmando el empleado judicial y el interesado.

4. Notificación en audiencia. Las resoluciones pronunciadas en audiencia se tendrán por notificadas a los que estén presentes.

5. Notificación notarial. A petición de parte, y previa autorización del tribunal, podrán comunicarse personalmente las resoluciones judiciales mediante notario que designe la parte y a su costo. El tribunal entregará al notario designado certificación de la resolución y la parte deberá acreditar su diligenciamiento a más tardar tres días hábiles después de la entrega de la certificación. Si se incumpliere dicho plazo, la autorización de comunicación por medio de notario quedará sin efecto y las notificaciones sólo podrán efectuarse por el empleado judicial competente.

6. Notificación a través de procurador. Siempre que la parte compareciere por procurador, éste recibirá todas las notificaciones que se refieran a su representado. El procurador deberá indicar, en el primer escrito que presente, número de fax o cualquier otro medio técnico que posibilite la constancia por escrito de la comunicación. Cuando una parte

sea representada por dos o más procuradores, éstos deberán designar un lugar único para recibir las notificaciones.

7. Notificación personal. Cuando la notificación deba hacerse personalmente, el funcionario o empleado judicial concurrirá al lugar señalado, y si encontrare a la persona dejará constancia de la actuación. Si no fuere hallada, la diligencia se entenderá con cualquier persona mayor de edad que se encontrare en la dirección señalada; y a falta de cualquier persona, o si ésta se negare a recibir la notificación, se fijará aviso en lugar visible, indicando al interesado que existe resolución pendiente de notificársele y que debe acudir a la oficina judicial a tal efecto. Si la parte no acudiere a la oficina judicial en el plazo de tres días, se tendrá por efectuada la notificación.

8. Notificación por medios técnicos. Se dejará constancia en el expediente de la emisión realizada y se tendrá por efectuada la notificación transcurridas 24 horas después del envío, siempre que conste evidencia de su recibo.

9. Notificación a quienes no sean parte en el proceso. Cuando deban ser notificados testigos, peritos o personas que sin ser parte en el proceso deban intervenir en él, se realizará la comunicación por cualquier medio que se considere fehaciente y eficaz.

Es de advertir, que los actos procesales serán nulos sólo cuando así lo establezca expresamente la ley. No obstante, deberán declararse nulos en el caso que se hayan infringido los derechos constitucionales de audiencia o de defensa. [(Art. 232 lit c) CPCM)]. Resulta incontestable que toda notificación hecha con infracción a lo dispuesto para las diversas clases de notificación producirá nulidad.

I. PROCEDIMIENTO PARA LOS EMPLAZAMIENTOS **(Arts. 181 al 191)**

Al igual que dijimos al iniciar el examen del procedimiento para las notificaciones, subrayaremos, a riesgo de ser cansinos, unas breves acotaciones sobre los emplazamientos.

En Derecho Procesal Civil y Mercantil, son emplazamientos los actos de comunicación mediante los cuales un órgano jurisdiccional convoca a una persona (emplazado) para que comparezca ante aquél dentro de un plazo determinado y con fin de personarse y poder intervenir en un proceso. En un sentido más limitado, el emplazamiento es el llamamiento que hace el juez a la parte demandada para que, si ésta lo cree conveniente, se persone en las actuaciones y conteste a la demanda. La esquila de emplazamiento contiene básicamente las menciones de la cédula de citación. Los emplazamientos para el proceso sólo pueden practicarse en la forma establecida por la ley y no por correo. La falta de emplazamiento para el proceso quebranta una de las garantías básicas del proceso, produciendo nulidad, y, así mismo, pudiendo ser objeto con posterioridad del recurso de amparo.

Sobre el particular, el Art. 11 de nuestra Carta Magna preceptúa que ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América ha tenido necesidad reiteradamente de determinar en qué consiste la garantía del debido proceso adjetivo a los casos de simple procedimiento seguido ante la administración. Su fórmula ha sido expresada mediante la famosa frase de que el proceso adjetivo constituye dar al demandado la garantía de «su día ante el tribunal» (*his day in court*). Esta garantía consiste, sustancialmente, en un emplazamiento (*notice*), y en él la posibilidad de ser escuchado (*hearing*) por jueces idóneos y responsables. Más se exige una razonable oportunidad para hacer valer la defensa, una posibilidad amplia de producir pruebas y la garantía que supone la intervención de los jueces del Estado, con su proverbial respaldo de independencia, de autoridad y de responsabilidad.

Así las cosas, pues, el Código Procesal Civil y Mercantil establece, como principio del emplazamiento, que todo demandado debe ser debidamente informado de la admisión de una demanda en su contra, a fin de que pueda preparar la defensa de sus derechos o intereses legítimos.

A tal efecto, el actor deberá indicar la dirección donde puede ser localizado el demandado. Si manifestare que le es imposible hacerlo, se utilizarán los medios que el juez considere idóneos para averiguar dicha circunstancia, pudiendo dirigirse en virtud del principio de colaborar regulado en el CPCM, a registros u organismos públicos, asociaciones, entidades o empresas que puedan dar razón de ella, quienes deberán rendir el informe respectivo en un plazo que no excederá de diez días. Si los requeridos se negasen a colaborar, el silencio por ejemplo, el juez impondrá una multa cuyo monto se fijará entre cinco y diez salarios mínimos más altos vigentes; y si el hecho fuere constitutivo de delito, el juez certificará lo conducente a la Fiscalía General de la República (Art. 701 CPCM).

Si se obtuviere el conocimiento de un domicilio o lugar de residencia por parte del juez, se practicará el emplazamiento en la forma de rigor.

En la misma resolución en que se admita la demanda se ordenará el emplazamiento del demandado, el cual se efectuará mediante esquila. Y ésta contendrá: identificación del tribunal; identificación del demandado; identificación del proceso, indicación del plazo para contestar la demanda, relación de los documentos anexos, fecha de expedición, nombre y firma de quien expidió la esquila, y se acompañarán copias de la demanda y de la resolución de admisión, así como los documentos anexos a la demanda. Los requisitos se encuentran establecidos en el Art. 182 CPCM.

El emplazamiento se practicará por el notificador del tribunal, en la dirección señalada por el actor para localizar al demandado. Si lo encontrare, le entregará la esquila de emplazamiento y sus anexos.

Si la persona que debe ser emplazada no fuere encontrada; pero se constatare que efectivamente se trata del lugar de su residencia o trabajo, se entregará la esquila de emplazamiento a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar y que tuviere algún vínculo o relación con aquélla. En este aspecto, los jueces deben ser sumamente cuidadosos y exigentes en relación con el trabajo de sus notificadores, a fin de que el acto del emplazamiento ofrezca garantías inequívocas de seguridad y confiabilidad.

El diligenciamiento del emplazamiento se hará constar en acta levantada a tal efecto por el notificador del tribunal, con indicación del lugar, día y

hora de la diligencia, nombre de la persona a la que se entrega la esquila y vínculo o relación de ésta con el emplazado. El acta será suscrita por el emplazado o por la persona que recibió la esquila, salvo que ésta no supiera, no pudiera o se negara a firmar, de lo cual el notificador dejará expresa constancia.

En el Código Procesal Civil y Mercantil se establecen varias formas o modalidades para emplazar al demandado, y ellas son:

1. Emplazamiento por apoderado. El poder de representación es la facultad otorgada al representante para que actúe en el área jurídica del representado. Este, como otorgante de los también denominados poderes, es el poderdante. El representante, como destinatario del poder concedido, es el apoderado. El apoderamiento, o acto de concesión del poder de representación, se instrumenta en una escritura pública. El representante queda investido de la facultad suficiente para que sus declaraciones de voluntad tengan el mismo efecto que las emitidas por el representado. El poder de representación es el complemento adecuado del contrato de mandato; pero mientras en éste hay una gestión encargada, en el poder hay simple facultad de representación. Cuando por diversas circunstancias no pueda hacerse el emplazamiento directamente a la persona demandada, la ley autoriza que pueda verificarse dicho acto de comunicación por medio de la persona del apoderado del demandado. A tal efecto, el actor expresará las razones por las cuales se hace necesario el emplazamiento en dicha forma. En tal caso, el apoderado deberá tener poder especial para tal fin, y al momento del emplazamiento deberá manifestar si es o no apoderado de la persona que se está emplazando por su medio; y si se demostrare que no lo es, pese a su dicho, incurrirá en las costas, daños y perjuicios correspondientes, y el juez que conozca del asunto informará a la Sección de Investigación Profesional del supremo tribunal de justicia para los efectos de ley. Lo anterior no es más que una consecuencia de los principios de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal contenidos en el Art. 13 del CPCM: «Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, cualquier partícipe en el proceso deberán actuar en dicha forma».

2. Emplazamiento por notario. Así como las notificaciones pueden verificarse por medio de notario, de igual manera, a petición de parte

y previa autorización del tribunal, el emplazamiento podrá practicarse mediante notario que designe la parte y a su costo.

En tal caso, el tribunal entregará al notario designado la esquila de emplazamiento y sus anexos. Esta forma de emplazamiento deberá diligenciarse a más tardar en el plazo de cinco días después de la entrega de la esquila, y dicho plazo podrá prorrogarse hasta por un lapso igual, por una sola vez, si el actor alega y prueba causa razonable para la prórroga y solicita ésta dentro del plazo original. Vencido el plazo original o su prórroga, sin que se hubiera diligenciado el emplazamiento, se dejará sin efecto la autorización y éste sólo podrá practicarse por el empleado judicial competente.

La notificación por notario no es ninguna novedad. Ya en el Art. 952 del Código de Procedimientos Civiles de 1881, en el capítulo XXXVII «Modo de Proceder en la Notificación de Créditos Cedidos o Dados en Prenda», se ordenaba: *«Las notificaciones de que tratan los dos artículos anteriores, podrán ser hechas también por un abogado, bastando en este caso la solicitud verbal del interesado. La razón en que se haga constar la notificación, será autorizada por el cartulario con su sello y firma»*.

En el Art. 27 del mismo cuerpo legal se indica: *«Todas las diligencias que deban practicarse en el Estado, fuera del territorio del tribunal o juzgado competente, se harán precisamente por un superior, por un igual o por un inferior del tribunal o juzgado que actúe. Se harán por el superior a virtud de suplicatorio que se libre; por igual, a consecuencia de requisitoria; y por el inferior, por medio de provisión u orden, pudiendo dirigirse directamente el requirente al requerido. Sólo en el caso de impedimento legal o de incapacidad del juez inferior, podrán cometerse a un notario»*

El emplazamiento realizado por un notario, desde cualquier punto de vista que se quiera analizar, reviste mayor seriedad y confiabilidad. El notario ejerce una función pública, es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, y de otras actuaciones en que personalmente intervenga. De no efectuar el emplazamiento en una forma legal y correcta, podrá ser suspendido en el ejercicio del notariado por la Corte Suprema de Justicia. Así lo establece la “Ley de Notariado” en el Art. 8 Ord. 1°: *«Los que por incumplimiento de*

sus obligaciones notariales, por negligencia o ignorancia grave, no dieran suficiente garantía en el ejercicio de sus funciones»

3. Emplazamiento por edictos. Si se ignorare el domicilio de la persona que deba ser emplazada o no hubiera podido ser localizada después de realizar las diligencias pertinentes para tal fin, se ordenará en resolución motivada que ese acto de comunicación se practique por edicto. Sabido es que el edicto es un escrito que se hace ostensible en los estrados del tribunal y en ocasiones se publica además en los periódicos oficiales para conocimiento de las personas interesadas en los autos, que no están representadas en los mismos o cuyo domicilio se desconoce.

En la situación que nos ocupa, el edicto contendrá los mismos datos que la esquila de emplazamiento (Art. 182) y se publicará en el tablero del tribunal. Así mismo, se ordenará su publicación por una sola vez en el Diario Oficial, y tres en un periódico impreso de circulación diaria y nacional. Efectuadas las publicaciones, si el demandado no comparece en un plazo de diez días, el tribunal procederá a nombrarle un curador ***ad litem*** para que lo represente en el proceso.

Si con posterioridad se comprobare que era falsa la afirmación de la parte que dijo ignorar la dirección del demandado, o que pudo conocerla con emplear la debida diligencia, **el** proceso se anulará; y se condenará al actor a pagar una multa de entre dos y diez salarios mínimos urbanos, más altos, vigentes, según las circunstancias del caso.

Esta modalidad de emplazamiento garantiza una mejor administración de justicia que la existente en el Código de Procedimientos Civiles de 1881, consistente en que si se intentase la demanda contra un ausente no declarado que se halle fuera de la República o cuyo paradero se ignore, y que no se sepa que ha dejado procurador u otro representante legal, se recurría a preparar el juicio pidiendo previamente, y por escrito, el nombramiento de un curador especial, probando sumariamente las circunstancias antedichas. Este acto previo a la demanda, en innumerables ocasiones, sirvió para ejecutar toda una gama de actos reprochables e inescrupulosos.

4. Emplazamiento en caso demandado esquivo. Si la persona que ha de ser emplazada fuera encontrada, pero esquivase la diligencia y

no hubiera persona mayor de edad que acepte recibir la esquila y sus anexos, el funcionario o empleado judicial competente pondrá constancia de ello en los autos y hará el emplazamiento conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Mercantil. Obviamente el juez, visto el contenido del acta suscrita por el notificador del tribunal, ordenará se verifique el emplazamiento por edicto.

Jurídicamente la persona que esquiva al notificador del juzgado lo hace por el temor de que será emplazado. Por ello es que lo evita y rehúsa. Caso diferente es el de la persona ausente, es decir, aquella cuyo paradero se ignora.

5. Emplazamiento de un menor. Cuando se demandare a un menor (menor de 18 años), la entrega de la esquila y sus anexos se hará a sus representantes. ¿Y si uno de sus representantes legales, el padre o la madre, se encontrare fuera del territorio nacional, cómo verificar el emplazamiento? Si se supiere la dirección exacta en el extranjero del representante ausente, el emplazamiento hacerlo en la forma que el Código Procesal Civil y Mercantil dispone en el Art. 150; y si se ignora el paradero de dicho representante, hacerlo por edicto.

6. Emplazamiento de una persona jurídica. Cuando se demandare a una persona jurídica, pública o privada, la entrega se hará al representante, a un gerente o director, o cualquier otra persona autorizada por ley o por convenio para recibir emplazamiento.

El nombre del representante legal, gerente o director deberá constar en el instrumento en que se constituyó la persona jurídica, y en su caso, mediante la certificación del acta de su nombramiento debidamente inscrita en el registro público de rigor. Si existiese alguna persona autorizada, ya sea por ley o por convenio, para recibir el emplazamiento, lógicamente se deberá efectuar por su medio.

7. Emplazamiento del Estado. Cuando se demandare al Estado de El Salvador, el emplazamiento se diligenciará entregando la esquila de emplazamiento y sus anexos al fiscal general de la República o a un agente designado por éste. La Constitución, en el Art.193, estatuye: *Corresponde al Fiscal General de la República: 1° Defender los intereses del Estado y de la sociedad; 5° Defender los intereses fiscales y representar al Estado*

en toda clase de juicios y en los contratos sobre adquisición de bienes inmuebles en general y de los muebles sujetos a licitación, y los demás que determine la ley.

8. Emplazamiento de persona no domiciliada en El Salvador. Si se demandare a persona no domiciliada en el país, el emplazamiento podrá hacerse en la persona encargada de la oficina, sucursal o delegación que aquélla tuviera abierta en El Salvador.

A petición de parte y a su costo, y sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales, el diligenciamiento del emplazamiento se podrá encargar a persona autorizada para la práctica de dicha diligencia en el país donde el emplazamiento deba practicarse según indicación del actor.

Es indudable que el mandatario judicial del interesado, la postulación es preceptiva por medio de un abogado de la República, deberá precisarle al juez salvadoreño quién es el funcionario autorizado en el país donde el emplazamiento deba practicarse, para la práctica del emplazamiento a la persona no domiciliada en nuestro territorio, y, de esa suerte, evitar ulteriores nulidades.

BIBLIOGRAFÍA

- Eduardo Pallarés, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 3º Edición, Editorial Porrúa, México, 1960.
- Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo, Silvia Barona Vilar, *El Nuevo Proceso Civil*, 2º Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Civil*, 2º Edición, Colex, 2007.
- Valentín Cortés Domínguez, Víctor Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil*, Parte General, 3º Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Mauricio Ernesto Velasco Zelaya, *Reflexiones Procesales*, 1ª Edición, Editorial Lis, 2002.

LECCIÓN SEXTA⁷

LOS PROCESOS

En el Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador, se hace la siguiente clasificación de los procesos:

- 1- PROCESOS DECLARATIVOS, que se dividen en PROCESO COMÚN y PROCESO ABREVIADO.
- 2- PROCESOS ESPECIALES, son 4: a) PROCESOS EJECUTIVOS; b) PROCESOS POSESORIOS; c) PROCESOS DE INQUILINATO; y, d) PROCESOS MONITORIOS.

CONSIDERACIONES GENERALES

Si de alguna manera pretendiéramos hacer una labor comparativa entre la clasificación que de los procesos hace el vigente Código de Procedimientos Civiles, y la clasificación que de los procesos hace el nuevo código (en lo que cabe), el proceso llamado por el CPrC, **ordinario**, vendría a ser el equivalente al proceso común, y el equivalente al que el CPrC llama **sumarios**, en el nuevo código su par sería el proceso abreviado.

En cuanto al criterio de determinación del tipo de proceso por razón de la cuantía, como regla general, el CPrC establece que las pretensiones que sean superiores a los 25 mil colones se sustanciarán en proceso ordinario; y por debajo de la suma antes referida se tramitarán en proceso sumario (Art. 127 en relación con el 512 CPrC). En el nuevo código la determinación del tipo de proceso en relación con la cuantía mantiene exactamente el

⁷ José Luis Arias López

mismo criterio de determinación. Se establece, en consecuencia, como regla general, que las pretensiones que sean superiores a los 25 mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo, se sustanciarán en proceso común; y, por debajo de la cuantía antes referida, se tramitará en proceso abreviado (Arts. 239 y Art. 240 Inc. 3º CPCM). Además, se establecen ciertas reclamaciones que, sin atender a la cuantía que se reclame, han de ventilarse a través de proceso abreviado, y estas son: las demandas de liquidación de daños y perjuicios; las demandas de oposición a la reposición judicial de títulos valores; las demandas relativas a la disolución y liquidación judicial de una sociedad, y las demandas de nulidad de sociedades (Art. CPCM).

En nuestro lenguaje forense doméstico, en general, solemos hablar de la competencia en razón de la materia y de la competencia en razón de la cuantía de entre otros títulos que determinan la competencia. En el CPCM se trata de consuno a ambos títulos que determinan la competencia bajo el nombre de *competencia objetiva*, regulada en el Art. 37, en el cual se establece que la cuantía y la materia determinarán la competencia objetiva de un tribunal. Vale la pena mencionar que en caso que determinada pretensión se debiera tramitar en proceso abreviado según el criterio de cuantía y en proceso común según el criterio de materia, el CPCM establece que las normas de determinación de la clase de proceso por razón de la cuantía sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia (Art. 239 Inc. 2).

En atención al tema que eventualmente una pretensión sea tramitada por la vía procesal inadecuada, y a lo establecido en el CPrC, nuestra jurisprudencia tradicionalmente ha reconocido como una de las causas de ineptitud de la demanda, la vía procesal inadecuada. Sobre el particular vale llamar a la atención dos situaciones: en primer lugar, que en el nuevo código desaparece la institución de la ineptitud de la demanda; y en segundo lugar, que la jurisprudencia tradicionalmente ha reconocido como causa de ineptitud de la demanda, la vía procesal inadecuada; por ejemplo, y entre otros casos, cuando la ley ordena que se tramite determinada pretensión a través de proceso ordinario e indebidamente se tramita a través de proceso sumario, pero no se ha reconocido generalmente como causa de ineptitud el caso contrario, es decir, cuando la ley ordena que se tramite un asunto a través de proceso sumario e indebidamente

se tramita a través del proceso ordinario; ello por razones que nuestra jurisprudencia ha explicado ampliamente y que se omite referirla por no ser prolijo en esta exposición; sin embargo, me permito relacionar que el caso de la vía procesal inadecuada en el nuevo código se lo trata, desde el punto de vista de la sanción procesal a la indebida tramitación, bajo el nombre de “Carácter de las normas sobre procedimiento adecuado” (Art. 244 CPCM), y no como un caso de ineptitud, lo cual como ya se dijo no se recoge en el nuevo código, sino como un caso de nulidad, determinándose como caso de nulidad cuando indebidamente se tramite la pretensión a través de proceso abreviado, debiéndose haber tramitado a través del proceso común, pero no en el caso contrario, es decir, no habrá la tal nulidad cuando la ley prevé que se tramite en proceso abreviado e indebidamente se tramite en proceso común. Como se ve, el CPCM es, en su articulado, consecuente de alguna manera con el tema de la vía procesal inadecuada en cuanto a la jurisprudencia que se ha venido sosteniendo en tiempos recientes, con el distingo que en la jurisprudencia producto de la aplicación del CPrC se trata de ineptitud y en el nuevo CPCM, al susodicho defecto en la tramitación, se lo trata como una eventual nulidad (Art. 244 CPCM).

Con el anterior comentario, se aclara que la relación hecha no pretende dar a entender que en el caso de la vía procesal inadecuada *per se* signifique la nulidad apuntada, sino, más bien, que ello será establecido y resuelto por el juzgador en atención a las circunstancias fácticas y normativas en cada caso en particular, ya que en materia de nulidades habrá que resolverse en consideración a todos los principios de las mismas y demás reglas para la declaratoria y/o procedencia de las nulidades, los cuales son: principio de especificidad, principio de trascendencia, principio de conservación, denuncia de nulidad, convalidación del acto viciado, vía procesal para la denuncia de nulidad, declaratoria de nulidad en recurso.

RÉGIMEN DE LAS AUDIENCIAS

En cuanto al tema de las audiencias, hay que empezar por decir que el CPCM, establece un proceso mixto, es decir, es un proceso parte escrito y parte basado en audiencias. La primera etapa, entiéndase el período de alegaciones iniciales (demanda, contestación y/o reconvenición y contestación a ésta) es escrito, con la excepción de la posibilidad de

contestación oral a la demanda en el proceso abreviado (Art. 427 CPCM), y luego se da la etapa basada en audiencias.

En general, el proceso regulado en el cuerpo legal en comento se desarrolla así: demanda, examen de la demanda, admisión (en su caso), contestación y/o reconvenición, audiencias con variantes dependiendo del tipo de proceso, lo cual se explica más adelante.

El diseño de los procesos nos lleva a un régimen de las audiencias muy simple, el cual me permito compartir con la intención central de enunciarlo de la forma más sencilla posible. El CPCM básicamente habla de dos audiencias: LA PREPARATORIA y LA PROBATORIA, y, en cuanto a la clasificación de los procesos, como ya antes se refirió, habla de los DECLARATIVOS (COMÚN y ABREVIADO) y de los cuatro ESPECIALES (EJECUTIVO, POSESORIOS, INQUILINATO y MONITORIOS). El único proceso que tiene las dos audiencias (la preparatoria y la probatoria) es el COMÚN; todos los demás tienen únicamente una audiencia (la probatoria), y ello no siempre, por cuanto hay particulares casos en los que no hay audiencia alguna, lo cual se explica y relaciona más adelante; pero en principio el único proceso que tiene dos audiencias es el común, y el resto (el abreviado y los cuatro especiales), eventualmente una.

Lo antes dicho no significa que el resto de procesos, excepto el común, no tengan audiencia preparatoria, o, si se prefiere, tengan únicamente audiencia probatoria, sino, mas bien, y ello se advierte al estudiar el contenido de ambas audiencias, se fusiona el contenido de la audiencia preparatoria y probatoria en una sola audiencia, audiencia que indistintamente en el código se le llama, o LA AUDIENCIA PROBATORIA, o únicamente LA AUDIENCIA.

También deseamos aludir que con lo antes dicho no se pretende sugerir que en los procesos de que se trata, en el código en comento, únicamente podrán haber o una o dos audiencias; en los procesos podrán haber además tantas audiencias especiales como situaciones que las ameriten se presenten, tanto a juicio del juez como en atención a los parámetros que la ley establece, ya que en este tema estamos en presencia de la casuística, la cual es inverosímil pretender regularse por cualquier cuerpo legal.

Ejemplo de las audiencias especiales que no son ni la preparatoria ni la probatoria y que se darán en atención a las particulares situaciones extraordinarias de cada caso, es la primera de las audiencias especiales que regula el CPCM, y que se encuentra en el Art. 41: Denuncia de la falta de competencia, y que establece que “Salvo en el caso de la incompetencia por razón del territorio, la falta de competencia podrá alegarse en cualquier estado del proceso, acompañando los documentos que puedan servir de prueba. Presentada la alegación, se suspenderá el proceso, se comunicará a las demás partes personadas y se citará a todas para una audiencia dentro de los cinco días siguientes al de la notificación, en la cual manifestarán lo que estimen procedente y practicarán la prueba que en el acto aporten y el juez admita”.

DILIGENCIAS NO CONTENCIOSAS

En atención al tema de las diligencias no contenciosas, las tradicionalmente llamadas de *jurisdicción voluntaria* (término criticado por muchos), han de tramitarse bajo la forma del proceso abreviado en lo que sea posible. Ejemplo del tema en comento son las diligencias de aceptación de herencia, caso peculiar en el que la norma sustantiva o material (Código Civil) tiene reglas de tipo procesal, y dado que el CPCM no deroga normas sustantivas, la vigencia de las disposiciones de tipo procesal supone que han de aplicarse en atención a las reglas del proceso abreviado en lo que fueren aplicable. Así lo regula el Art. 17 inc. 2º del CPCM al establecer que las diligencias judiciales no contenciosas se tramitarán de acuerdo con lo previsto en la respectiva ley de la materia; de no existir procedimiento, se aplicarán las disposiciones del proceso abreviado, en lo que fueren aplicables.

PROCESO COMÚN

Como antes se ha relacionado, el proceso común es el único que en su estructura formal tiene las dos audiencias: la audiencia preparatoria y la audiencia probatoria, reguladas respectivamente en los Arts. 292 y 402 CPCM.

Dentro la clasificación de los procesos declarativos, se reglamenta el común, que de algún modo tiene el mismo carácter subsidiario que el ordinario en el Código de Procedimientos Civiles.

El proceso común del CPCM, al igual que el proceso ordinario del CPr C, permiten cualitativamente promoverlo ante cualquier reclamo o pretensión que no tenga un trámite predefinido. Dicho carácter de subsidiariedad se regula respectivamente en ambos cuerpos legales: en el Código de Procedimientos Civiles en el Art. 127 y en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, Art. 239.

El proceso común se caracteriza por tener regulación tanto cualitativa como cuantitativa, es decir, que la ley prevé qué pretensiones no cuantificables se tramiten en dicho proceso, así como aquellas que cuantitativamente superen los 25 mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo.

El muy reconocido Art. 193 CPrC, que enuncia los requisitos generales de toda demanda escrita, tiene su equivalente en el Art. 276 CPCM, en el cual se abandonan requisitos que se han entendido como ritualismos que no tienen mayor importancia ni justificación actual.

La discusión o análisis que se ha hecho respecto al CPrC en cuanto al tema de las prevenciones que se hacen de parte del juez, y que según se ha dicho no tienen justificación expresa en el CPrC, y que se ha terminado justificando por algunos, con base en el Art. 2 CPrC, en atención al papel de director que el juez tiene en el proceso, así como por el principio constitucional del derecho a la pronta y cumplida justicia, en su vertiente del acceso a la jurisdicción o para posibilitar que dicho acceso sea eficaz, dichas consideraciones y/o discusiones tienen un final con la vigencia del CPCM, ya que expresamente se regula la posibilidad de la realización de prevenciones. Así, en el juicio que se hace de la demanda sobre su admisibilidad, y, caso faltare alguno de los requisitos que aquella debe contener, el juez viene obligado a formular una prevención para que en el plazo de cinco días el impetrante la subsane bajo el apercibimiento de rechazarla, si no la subsana, con posibilidad de poder reintentarla.

Todos los plazos fijados en días en el nuevo CPCM, a diferencia de los regulados en el CPrC, que lo establece en días corridos, serán computados en días hábiles, así lo preceptúa el artículo 145 Inc. 2 CPCM “En los plazos fijados en días sólo se contarán los hábiles”.

ÁMBITO DEL PROCESO COMÚN

El proceso común, al igual que el abreviado, tiene ciertas pretensiones que se reservan exclusivamente para el ámbito del proceso común, es decir, que, indistintamente de la cuantía reclamada, ciertas pretensiones han de tramitarse siempre a través de la vía del proceso común.

Los casos en que procede la tramitación a través de la vía del proceso común, indistintamente de cual sea la cuantía reclamada, son:

- 2- Demandas en materia de competencia desleal;
- 3- Propiedad industrial;
- 4- Propiedad intelectual y publicidad.

Sin embargo, hay una salvedad en cuanto a los casos antes señalados, y es que han de ventilarse en proceso común, siempre y cuando no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, ya que si versaren exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, entonces se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame.

Así mismo se tramitará en proceso común toda pretensión que supere la cuantía de los 25 mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo.

Mención particular amerita el caso en que se reclaman daños y perjuicios, y, no obstante se retoma más adelante. Consideramos pertinente atisbar sobre el particular. Cuando se demanda la indemnización de daños y perjuicios, puede hacerse como una demanda de causación de éstos fundada en situaciones en general que les causen, y también puede reclamarse en atención a una condena en abstracto que se haga en una sentencia judicial, como por ejemplo, una eventual condena al pago de daños y perjuicios a que hubiere lugar, que se dicte en una sentencia pronunciada en un proceso contencioso administrativo. En el CPRC el primero de los antes referidos supuestos (es decir, la petición del establecimiento de los daños y perjuicios así como su liquidación) se tramitaría eventualmente a través de la vía del proceso ordinario (Art. 127 CPRC); y en el segundo de los supuestos, es decir, cuando la causa de pedir sea la condena en abstracto hecha en una sentencia (o sea, la sola

petición de la liquidación de los daños y perjuicios), se tramitaría a través del procedimiento especial regulado en el Art. 960 CPrC.

En el ámbito del nuevo CPCM, y bajo los mismos supuestos, es decir, cuando se demande el establecimiento o causación y liquidación de daños y perjuicios, habría de tramitarse a través del proceso común; y en el supuesto de demandarse la sola liquidación de los daños y perjuicios, se habría de tramitar a través del procedimiento abreviado, ya que, como más adelante se relaciona, el Art. 241 ordinal 1º del CPCM. establece que se decidirán por este trámite, cualquiera que sea su cuantía, las demandas de liquidación de daños y perjuicios.

ÁMBITO DEL PROCESO ABREVIADO

El ámbito del proceso abreviado, al igual que el otro tipo de proceso declarativo el común, supone un criterio eminentemente cuantitativo, y otro en atención a determinadas reclamaciones especialmente reservadas para este tipo de proceso. Pasamos a continuación a relacionar sucintamente dichos tres criterios:

1. Criterio en atención a la cuantía. El proceso abreviado tiene establecido el criterio que se decidirán por sus trámites, las demandas cuya cuantía no supere los 25 mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América. En este sentido, es importante el tema de la forma de establecer la cuantía de la pretensión incoada, regulado entre otras disposiciones en el Art. 242 CPCM, “Determinación del valor de la pretensión”, en el cual se establecen ciertas reglas, como por ejemplo, los criterios para cuando lo reclamado sea una cantidad de dinero determinada; cuando sea dar bienes muebles o inmuebles, sobre la exigencia de prestaciones periódicas, sean temporales o vitalicias; procesos que versen sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional, entre otros casos.
2. Criterio en cuanto a determinadas materias. Se reserva para el conocimiento, a través de la vía del proceso abreviado, cualquiera que sea su cuantía, de las reclamaciones siguientes:

- a) Las demandas de liquidación de daños y perjuicios. En este supuesto se entiende el de una demanda, cuando, por ejemplo, la causa de pedir sea la condena en abstracto hecha por una sentencia de cualquier proceso judicial (como la que pudiera hacerse en una sentencia de un proceso contencioso administrativo, cuando en el fallo se condene a la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere lugar); en términos comparativos con el CPrC, puede relacionarse el supuesto recogido en el 960; es decir, cuando en la causa principal la sentencia no haya determinado la suma que deba pagarse por daños y perjuicios, intereses o frutos, la parte acreedora a la indemnización presentará su demanda ante el juez de Primera Instancia competente, acompañando la ejecutoria en que conste la condenación y una cuenta jurada que los especifique y estime. Si la demanda es cognoscitiva de causación de daños y perjuicios, es decir, no tenga como causa de pedir una ejecutoria de la condena en abstracto, como la antes relacionada, habrá que tramitarse a través del proceso que corresponda de acuerdo con la cuantía reclamada, ya que el Art. 241 Inc. 1°. CPCM únicamente establece que se tramitará exclusivamente a través del proceso abreviado, cualquiera que sea su cuantía, las demandas de liquidación de daños y perjuicios.
3. El tercer criterio es para las diligencias no contenciosas, las cuales se tramitarán bajo la forma del proceso abreviado en lo que sea posible, lo cual ya fue relacionado anteriormente y está dispuesto en el ya citado y comentado Art. 18 CPCM.

Además de la clasificación de los procesos declarativos, está la clasificación de los procesos especiales: a) El proceso ejecutivo; b) Los procesos posesorios; c) Los procesos de inquilinato y d) Los Procesos monitorios. Procesos que pasaremos a comentar sucintamente a continuación, y que se desarrollan en el CPCM en el Libro Tercero.

PROCESO EJECUTIVO

La regulación que el CPCM hace del proceso ejecutivo se mantiene bastante parecida a la regulación que del mismo proceso hace el CPrC, con algunas modificaciones que mencionaremos más adelante.

Vale mencionar que en el nuevo código se distingue claramente entre título ejecutivo y título de ejecución, los títulos ejecutivos que dan lugar a una demanda ejecutiva, y los títulos de ejecución que dan lugar a la ejecución forzosa de acuerdo con las reglas del Libro Quinto del CPCM. Así, por ejemplo, un título ejecutivo son los instrumentos públicos (caso llenen los requisitos de ejecutividad; Art. 457 1º. CPCM); y un ejemplo de título de ejecución son las sentencias judiciales firmes.

Se conserva el principio de que habrá etapa de prueba (en el vigente código: término de prueba; en el nuevo código: audiencia de prueba) sobre la base de que el demandado haya planteado oposición (excepciones), sobre lo que se hablará más adelante.

Se comienza (Art. 457 CPCM) por enunciar títulos ejecutivos; en el ordinal 2º del precitado artículo se menciona “los instrumentos privados fehacientes”. Al respecto, el nuevo CPCM en varios artículos expresa instrumentos privados fehacientes, refiriéndose a los documentos privados cuyo valor probatorio es como el de una escritura pública, es decir, refiriéndose a los documentos privados que tradicionalmente se les ha denominado instrumentos o documentos privados autenticados y/o documentos privados reconocidos. No obstante lo antes dicho, excepcionalmente el CPrC también utiliza la expresión “privados fehacientes”, como en el Art. 415.

En el Art. 458 CPCM, intitulado “Objeto del proceso ejecutivo”, se establece cuando procede reclamar a través de la vía ejecutiva; en general, las obligaciones pueden ser de dar, hacer y no hacer. En el CPrC., se desarrolla el procedimiento ejecutivo para las obligaciones de dar, y las reglas particulares para el proceso que el citado código llama *singular ejecutivo*, para las obligaciones de hacer y por deudas genéricas. En cuanto a las obligaciones de no hacer, se ha discutido si es posible su reclamo a través de la vía ejecutiva, en principio porque la mora sólo tiene lugar en las obligaciones positivas (de dar y hacer) y no en las de no hacer, en las cuales se da más bien el incumplimiento. Algunos sostienen

que es posible demandar ejecutivamente por una obligación de no hacer, cuando sea posible deshacer lo hecho; y otros opinan que, en todo caso no es posible la vía ejecutiva por obligaciones de no hacer.

El Art. 458, únicamente se refiere a las obligaciones de dar, de hacer y a las obligaciones genéricas, dejando por fuera el supuesto de las obligaciones de no hacer.

En cuanto a la demanda de la pretensión ejecutiva, el nuevo código establece que se solicitará decreto de embargo por la cantidad debida y no pagada, acompañándose en todo caso al libelo de demanda el o los títulos en que se fundamenta la pretensión, y los documentos que permitan determinar con precisión la cantidad que se reclama. En este último caso, por ejemplo en las aperturas de créditos rotativos, en que ha de agregarse el estado de cuenta certificado en el supuesto de que trata el Art. 1113 Com.

En el Art. 460 del CPCM., se establece que al admitirse la demanda sin citación de la parte contraria, se decretará el embargo e inmediatamente se expedirá el mandamiento que corresponda, en el que se determinará la persona o personas contra las que se procede, y se establecerá la cantidad que debe embargarse para el pago de la deuda, intereses y gastos demandados, para lo cual ha de tenerse en cuenta lo establecido en los Arts. 570 y 608, que respectivamente establecen una tercera parte para cubrir el pago de los intereses que se devenguen y las costas que se ocasionen durante la ejecución, sin perjuicio de la liquidación posterior, y que podrá alcanzar hasta la cantidad que provisionalmente se fije en concepto de intereses devengados durante la ejecución y costas originadas por ésta, sin que esta cantidad pueda exceder de una tercera parte de la señalada en la petición, salvo que excepcionalmente se justifique una superior cuantía previsible, atendidas las circunstancias del caso. La ejecución por estas cantidades se entiende sin perjuicio de la posterior liquidación.

Vale mencionar que el nuevo código, dado que es un código procesal y no un código de procedimientos, no desarrolla procedimientos *ad hoc* en muchos supuestos, por lo que en estos casos el juez o tribunal ha de integrar todas las normas del código, de tal suerte que en cada supuesto habrá que determinar el procedimiento por seguir, por lo cual

las relaciones y referencias que en estas líneas se hacen son de carácter general y abstracto, no particulares para algún caso en concreto.

El CPCM hace un cambio en materia de recursos, particularmente en el caso de que el auto que rechace la tramitación de la demanda admitirá recurso de apelación, y contra el auto que admita la demanda y decrete embargo de bienes no procederá recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el demandado en el momento procesal oportuno; es decir, que en este nuevo proceso ya no se admite apelación (ni ningún otro recurso) contra el auto que decrete el embargo.

En cuanto al emplazamiento para contestar a la demanda, el cambio radica en que el plazo que en el CPCM se otorga es de tres días corridos, en el nuevo código pasa a ser de diez días hábiles.

En cuanto al tema de la alegación de excepciones, que en el nuevo código predominantemente se les llama *oposición por defectos*, y que por regla general, al hablarse de oposición formal, básicamente se refiere a las alegaciones que en El Salvador han venido entendiéndose como excepciones dilatorias -lo que algunos autores llaman los presupuestos procesales previos al proceso- aunque en el código también se habla de la oposición por motivos procesales, y, en general motivos de oposición por situaciones particulares como por ejemplo la oposición por falta de competencia territorial. Por otro lado también se habla de oposición por motivos y/o defectos de fondo, así como de defectos o vicios subsanables e insubsanables, que de alguna manera se acercan al tema de las nulidades subsanables e insubsanables.

Hablando en particular del proceso ejecutivo, se establecen los motivos de oposición, a diferencia del CPCM que habla de “las excepciones de cualquier clase”; por lo que en el nuevo CPCM únicamente podrán alegarse los siguientes motivos de oposición:

- 1º) Solución o pago efectivo;
- 2º) Pluspetición, prescripción o caducidad;
- 3º) No cumplir el título ejecutivo los requisitos legales;
- 4º.) Quita, espera o pacto o promesa de no pedir;
- 5º.) Transacción.

Doctrinalmente, la quita se desarrolla básicamente en las modalidades de perdón total, perdón parcial, o espera.

Sin embargo, de los motivos de oposición que establece el Art. 464 CPrC, hay que tener en consideración que las leyes materiales o sustantivas siguen vigentes, por lo que los motivos de oposición o las excepciones franqueadas en estos cuerpos legales pueden oponerse, en primer lugar por ser cuerpos legales vigentes, a mas de que el citado Art. 464 comienza estableciendo “Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes”. En este sentido, por ejemplo, se pueden, en su caso, oponer las excepciones a las que se refiere el Art. 639 Com.

La oposición debe formularse dentro del plazo de diez días contados desde la notificación del decreto de embargo, con las justificaciones documentales que se tuvieran, es decir, que el día de la notificación cuenta en el cómputo de los diez días, de tal suerte que serán nueve días si los contamos a partir del siguiente al de la notificación.

Si no hay oposición, se dictará sentencia sin más trámite y se procederá conforme a lo establecido en el Libro Quinto de este código, es decir, de acuerdo con lo establecido en el Art. 551 y siguientes.

En caso de plantearse oposición por defectos procesales, y además el juez considerare que son defectos subsanables, concederá al demandante cinco días para que los subsane; si no se subsanan en el plazo concedido, se rechazara la demanda declarándose inadmisibile, y se terminará el proceso, pudiéndose intentar nuevamente la demanda ejecutiva. Si se subsanan los defectos, entonces se concederán dos días al demandado para que pueda ampliar su contestación u oposición.

Si la oposición fuere de defectos o vicios insubsanables, entonces se rechazará la demanda declarándose improponible,

En el proceso ejecutivo puede darse audiencia de prueba si se cumplen los siguientes supuestos: que la oposición no pudiera resolverse con los documentos aportados; que al menos una de las partes solicite la celebración de la audiencia; que el juez considere procedente la celebración de la audiencia de prueba.

Si no se hubiese solicitado la celebración de la audiencia de prueba o si el juez no la hubiese considerado procedente, se resolverá sin más trámite sobre la oposición.

Si se señala la celebración de la audiencia, el juez convocará a las partes para realizarla, dentro de los diez días siguientes, y a la que deberán acudir las partes con los medios probatorios de que intenten valerse.

Si no acude el deudor, entonces se le tendrá por desistido de la oposición, se le impondrán las costas causadas y se le condenará a indemnizar al demandante comparecido. Si no compareciere el demandante, el juez resolverá sin oírle sobre la oposición.

Estando presentes todas las partes, la audiencia se desarrollará con arreglo a lo establecido para el proceso abreviado.

Si es desestimada totalmente la oposición se dictara sentencia estimativa favorable al actor y se harán las condenas procedentes en cuanto a las costas; si la oposición es estimada parcialmente, se seguirá adelante con las actuaciones, solamente para obtener la cantidad debida, sin condena en costas; y en caso de estimarse la oposición, el juez declarará sin lugar la pretensión ejecutiva y mandará levantar los embargos y las medidas de garantía que se hubieran adoptado, haciendo volver al deudor a la situación anterior al inicio del proceso ejecutivo y condenando en costas al demandante.

Contra la sentencia (la que el CPPrC llama *sentencia de remate*) que se pronuncie podrá interponerse recurso de apelación; el CPCM) permite que se rinda fianza de parte del interesado, al efecto de ejecutar la sentencia apelada. En el nuevo código, sobre el particular, habrá que proceder, en su caso, de acuerdo con las reglas para la ejecución provisional (títulos provisionalmente ejecutables, Art. 592 y siguientes CPCM).

En atención a que el CPCM, fusiona la competencia civil y mercantil, derogando, en consecuencia, entre otros cuerpos legales, al Código de Procedimientos Civiles, así como a la Ley de Procedimientos Mercantiles, el tema de la eficacia de la sentencia pronunciada en los procesos ejecutivos, en el Art. 470 CPCM determina lo mismo que establecen respectivamente el Art. 599 CPPrC y el Art. 122 de la LPrM, indicando, en consecuencia, el Art. 470 del nuevo CPCM, que la sentencia dictada en los procesos ejecutivos no producirá efecto de cosa juzgada, y dejará expedito el derecho de las partes para controvertir la obligación que causó la ejecución. Exceptúese el caso en que la ejecución se funde en títulos valores, en el cual la sentencia producirá los efectos de cosa juzgada.

Respecto a la ejecución de la sentencia, es decir toda la etapa que se ha venido conociendo como la etapa propiamente ejecutiva, o sea la que va desde la sentencia hasta la pública subasta, adjudicación, sobreseimiento o lo que suceda, ha de tramitarse de acuerdo a las reglas del libro Quinto, por cuanto se trata de un título de ejecución, se ejecutará de acuerdo a lo establecido para la ejecución forzosa.

PROCESOS POSESORIOS

El segundo de los procesos especiales regulados en el nuevo CPCM es el proceso posesorio, el cual se refiere a las pretensiones posesorias reguladas en los títulos XII y XIII del Libro Segundo del Código Civil.

La forma de proceder en este tipo de procesos o de pretensiones es conforme a los trámites del proceso abreviado, cualquiera que sea su cuantía, sin perjuicio de las especificaciones expresas en el título Segundo del Libro Tercero (Art. 471 y siguientes CPCM)

Será competente para conocer de estos procesos el juez de Primera Instancia del lugar donde se encuentre ubicado el bien, con excepción de los juzgados de menor cuantía.

Las demandas posesorias se declararán improponibles cuando pretendan conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos si se incoaren una vez transcurrido el plazo de un año, contado a partir del momento en que tuvo lugar la perturbación o el despojo. Asimismo se rechazará la demanda que pretenda la suspensión de una obra si ésta hubiera finalizado o hubiese transcurrido el plazo de tres meses desde que el actor conociera la existencia de la obra.

El emplazamiento del demandado en este tipo de proceso, para que conteste a la demanda y, en su caso, se oponga, es de diez días. Si el demandado deja transcurrir el plazo sin manifestar su posición, se dictará sin más trámites sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante, siempre que haya elementos suficientes para tal estimación. Si el demandado se opone a la demanda, se citará a las partes a audiencia.

En caso se convoque a las partes a audiencia, y el demandado no asistiera sin justa causa que se lo impida, o al asistir no ratificara su oposición, se dictará sin más trámites sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante.

En cuanto a la sentencia, se dispone que no producirá efectos de cosa juzgada, y deja a salvo el derecho de las partes para acudir al proceso declarativo.

En cuanto a los recursos contra la sentencia que se dicte, procederá el de apelación, sin perjuicio de llevar a efecto lo ordenado en ella, previo otorgamiento de caución suficiente, y, contra la sentencia dictada en apelación, no procederá recurso alguno, salvo el de casación.

PROCESOS DE INQUILINATO

En cuanto a los procesos de inquilinato, vale llamar a la atención que, respecto a la Ley de Inquilinato quedan derogadas únicamente las normas procesales.

El ámbito de aplicación de este proceso lo establece el Art. 477 CPCM, y es para procesos que se refieren exclusivamente a arrendamientos para vivienda, siendo los cuatro supuestos, los siguientes: 1. Las demandas que, con fundamento en la falta de pago de la renta, pretendan la terminación del contrato y desocupación del inmueble arrendado por causa de mora; 2. Las demandas que, con fundamento en la terminación del contrato en los casos previstos por la ley, pretendan la desocupación del inmueble y el reclamo de los cánones adeudados; 3. Las demandas que tengan por objeto obtener autorización para incrementar el valor de la renta; 4. Las diligencias que tratan de la imposición de multas a que se refiere la ley de la materia cuando no hubieran sido impuestas en el proceso principal.

La forma de proceder en este tipo de procesos y/o de pretensiones es conforme a los trámites del proceso abreviado, cualquiera que sea su cuantía, sin perjuicio de las especificaciones expresas en el título Tercero del Libro Tercero (Art. 477 y siguientes C. Pr. C. y M.).

El Juez competente para conocer de los procesos de inquilinato será el de Primera Instancia del lugar donde se encuentre ubicado el bien.

En los casos en que la demanda sea de desocupación por causa de mora, el juez, en la citación para la audiencia, le advertirá al inquilino sobre su derecho de ser sobreseído en el juicio si paga el monto total de lo adeudado más las costas del proceso; este derecho lo tendrá el inquilino que por primera vez sea demandado por mora en contrato de arrendamiento para vivienda, y podrá hacer uso de él en cualquier estado del proceso antes del lanzamiento.

En general, sobre el proceso de inquilinato se puede destacar que se utiliza supletoriamente el procedimiento del proceso abreviado para su trámite, está reservado a pretensiones relacionadas con arrendamientos para vivienda; posibilidad de que opere el sobreseimiento si el inquilino en cualquier estado del proceso paga lo que adeuda más las costas del proceso, siempre que sea la primera vez que es demandado; advirtiendo siempre al citado en el sentido que si no comparece a la audiencia se procederá sin más al desahucio en el plazo de diez días; hay obligación del inquilino de dar noticia a los subarrendatarios en el plazo de tres días contados desde la notificación de la demanda para que sean citados a la audiencia, bajo el apercibimiento de que si no lo hacen el inquilino responderá directamente frente a ellos por los daños y perjuicios. El subarrendatario intervendrá como coadyuvante; cuando únicamente se pretende la desocupación por mora, la sentencia no producirá efectos de cosa juzgada, procediendo recurso de apelación. Contra la sentencia dictada en apelación no habrá recurso alguno. En el resto de casos producirá efectos de cosa juzgada, y contra ella procederán los recursos previstos en el nuevo código para las que se dicten en los procesos abreviados.

PROCESOS MONITORIOS

La introducción del proceso monitorio es una de las principales novedades que presenta el nuevo CPCM. Este proceso permite que pequeñas obligaciones que no resulten controvertidas se puedan reclamar y cobrar de una forma ágil, sencilla y eficaz.

El proceso monitorio, desconocido hasta este momento en nuestro ordenamiento jurídico, es el proceso estrella en varios ordenamientos procesales civiles de países europeos. En Alemania más de siete millones de reclamaciones de deudas civiles y mercantiles se tramitan por sus cauces procedimentales, y algo similar, proporcionalmente, sucede en Italia y Francia.

Resulta especialmente importante, tanto para los pequeños y medianos empresarios y comerciantes, como para todos los profesionales que necesitan disponer de un mecanismo rápido y sencillo para el cobro de sus créditos. Sin dicho mecanismo, sucede de hecho lo que muy acertadamente se indicaba en la Exposición de Motivos que introducía el proceso monitorio moderno en Francia:

“El cobro de pequeñas deudas comerciales plantea un problema cuya importancia no podría ser desdeñada desde los poderes públicos. En un proceso ordinario, las costas que los acreedores deben destinar para su sustanciación están, en una gran mayoría de supuestos, en total desproporción con el importe de la deuda que se reclama. Frente a esta situación, el acreedor prefiere, dada la incertidumbre que existe en torno a si su pretensión será o no acogida por parte de los tribunales, renunciar al cobro de la deuda o aceptar una transacción, a menudo desfavorable”.

El proceso monitorio, para muchos, está dentro de los procesos de facilitación, entendiéndose por tales aquellos que tienden a facilitar los requisitos de un proceso principal. Los hay de dos tipos:

1. Los que crean ese título; y,
2. Los que simplemente lo reconocen.

El proceso monitorio trata de otorgar una finalidad procesal a sujetos que en principio no pueden disfrutar de ella, siendo esa facilidad la del logro de un título de ejecución, que permite acudir a un proceso de ese tipo sin necesidad de acudir primero a la vía declarativa.

Un acreedor que no dispone de un título ejecutivo, puede conseguirlo con base en:

1. Un requerimiento judicial al deudor; y,
2. El silencio o falta de oposición de éste.

PROCEDIMIENTO

Reclamando del órgano jurisdiccional la intimación al deudor para que acceda a reconocer la pretensión del acreedor, se puede conseguir un título de ejecución si:

El demandado desatiende el requerimiento, o no comparece o no desconoce la reclamación que frente a él se formula.

De la importancia que tiene en esta clase de medidas el requerimiento, monición o intimación dirigido al deudor, se deriva el nombre del proceso. Monición, del Latín *monere*, “amonestar”.

Admonición, consejo que se da a una persona o advertencia que se le hace.

Monitorio, que sirve para avisar o amonestar a una persona.

NATURALEZA

Es la de ser un proceso de facilitación en el que se trata de crear un título de ejecución.

En su caso, se obtiene un título ejecutivo sobre la base de su requerimiento y del silencio ulterior.

Si hay oposición, entonces el debate se sustancia por el trámite del proceso de cognición que corresponda.

APLICACIÓN PRÁCTICA

Permite en muchos supuestos de la práctica v gr. Facturas de comerciantes que de hecho son desatendidas aunque de derecho no sean impugnadas, obtener una rápida satisfacción ejecutiva sin acudir al proceso de cognición anterior.

CONCEPTO

Es un proceso de cognición, especial, plenario, pero de utilización facultativa, que tiene por objeto la satisfacción de pretensiones que tienden a facilitar

la creación de un título de ejecución para dar cumplimiento al pago de una deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada, acreditada documentalmente cuando no exceda de cantidad determinada.

En el nuevo CPCM se desarrolla el proceso monitorio desde el artículo 489. Se establece que puede plantear solicitud monitoria el que pretenda de otro el pago de una deuda de dinero, líquida, vencida y exigible, cuya cantidad determinada no exceda de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte en que se encuentre, o que el acreedor justifique un principio de prueba suficiente.

En todo caso, el documento tendrá que ser de los que sirvan para acreditar relaciones entre acreedor y deudor, y aun cuando hubiera sido creado unilateralmente por el acreedor, deberá aparecer firmado por el deudor o con constancia de que la firma fue puesta por orden suya, o incorporar cualquier otro signo mecánico electrónico.

El monitorio es un proceso sencillo que luego de su trámite da lugar a la vía de ejecución, en caso de que no haya oposición y/o pago; se promueve a través de una solicitud en la que se dará conocimiento de la identidad del deudor, del domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o del lugar en que residieran o pudieran ser hallados, y del origen y cuantía de la deuda, debiéndose acompañar a la solicitud el documento en que conste aquélla. La cuantía que se señale, a efectos del requerimiento judicial, podrá incrementarse en un tercio del monto inicial de lo adeudado.

Si el requerido se opone, se continuará la tramitación del proceso conforme a las reglas del proceso abreviado, y la sentencia que se dicte tendrá valor de cosa juzgada.

Por último, vale mencionar que el proceso monitorio no es únicamente para reclamaciones de cantidad de dinero, sino también para obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, si el valor del bien o servicio no supera los 25 mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América.

LECCIÓN SÉPTIMA⁸

APROXIMACIÓN A LAS NULIDADES PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

Sumario: I. Notas introductorias. II. A propósito de su emplazamiento formal. III. Principio de legalidad. IV. Principios rectores. V. Tipología. VI. Convalidación. VII. Denuncia. VIII. Declaratoria de nulidad en recurso. IX. Conclusiones.

I. Notas introductorias

A manera de exordio, conviene acotar que los requisitos procesales son los elementos que deben concurrir en cada uno de los actos del proceso individualmente considerados, condicionando su eficacia. Una sistematización de los requisitos de los actos procesales permite distinguir entre: voluntad, lugar, tiempo y forma.⁹

Cuando en un acto procesal concurren todos los requisitos que para él se establecen posee una *eficacia normal*; por el contrario, cuando no cumple alguno de tales requisitos aquél posee una *eficacia anormal*; es decir, adolece de *ineficacia*. En este último caso, se está en presencia entonces de un acto viciado, por la falta de alguno de los requisitos esenciales que en él debieron concurrir.

En seguida, es dable afirmar que la diversa naturaleza de los requisitos procesales incumplidos provoca varios grados de ineficacia. Si se priva al acto de sus efectos normales se señalará su invalidez o *nulidad*,

⁸ Jorge Ernesto Martínez Ramos

⁹ MONTERO AROCA, Juan *et al.*, *Derecho Jurisdiccional*, 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, Tomo I, págs. 148 y 149.

que representa el mayor grado de ineficacia reconocido por la norma procesal.

Según el diccionario de la Real Academia Española, la nulidad es un vicio que disminuye o anula la estimación o validez de algo.¹⁰

La *nulidad* consiste en que la falta de alguno de los requisitos exigidos para el acto procesal acarrea, por imperativo del ordenamiento jurídico, la pérdida de todos (nulidad total) o de parte (nulidad parcial) de los efectos que el acto normalmente tendería a producir.¹¹

En otros términos, la nulidad despoja de eficacia al acto procesal por padecer de irregularidades en sus requisitos esenciales, impidiéndole consumir su finalidad.

En efecto, la inobservancia de alguno de los requisitos esenciales que el acto procesal debe reunir, de acuerdo con la ley, para su constitución o la inexistencia de su presupuesto legal determinan su ineficacia, puesto que ello atenta contra la forma o estructura externa de los actos; los cuales no deben ser valorados como fines en sí mismos, sino ser analizados desde una perspectiva finalista, que garantice el pleno ejercicio de los derechos constitucionales de los gobernados, con estricta observancia del principio de legalidad.

En definitiva, la nulidad, en derecho procesal, representa una sanción que priva al acto procesal de sus efectos normales. “Cuando el acto procesal no llena los requisitos de forma, aparece un defecto o falta de naturaleza procesal, un vicio formal, que en el proceso puede coexistir con defectos de fondo, tales cuales las inexactitudes o errores de juicio. Las faltas formales pueden referirse a los actos de las partes, o del juez, o afectar la expresión del objeto litigioso, la forma del acto o el tiempo. Más aún, por la mayor o menor trascendencia de la falta, puede viciar un solo acto o producir efectos en una serie de ellos o en todo el proceso”.¹²

¹⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, [en línea], <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=nulidad> [consulta: 29 de octubre de 2009].

¹¹ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, 6ª edición, Madrid, Thomson Civitas, 2003, Tomo I, pág. 317.

¹² QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, *Teoría General del Proceso*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, S.A., 1995, Tomo II, pág. 177.

II. A propósito de su emplazamiento formal

Al regular la nulidad de las actuaciones procesales, el legislador se aparta en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil de la vetusta concepción de la figura como un recurso extraordinario.¹³

Así, se contempla en el Capítulo Séptimo, Título Cuarto, Actividad Procesal, del Libro Primero, Disposiciones Generales, del CPCM, lo concerniente a la nulidad de las actuaciones procesales; una vez que regulado el lugar, el tiempo y la forma de la actividad procesal; así como las particularidades de los escritos, las comunicaciones judiciales, el régimen de las audiencias y las resoluciones judiciales, entre otros aspectos que interesan al desarrollo del proceso.

El esquema adoptado por el CPCM refleja un enfoque sistemático de la actividad procesal, propio de las legislaciones inspiradas en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (en adelante CPCMI) preparado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Al respecto, el profesor uruguayo Luis María Simón expresa: “El régimen de la actividad procesal se completa usualmente con el establecimiento de un acabado y moderno tratamiento de las nulidades, donde vuelve a destacarse la vocación de servicio de las disposiciones e institutos del proceso, su instrumentalidad y la necesaria atención al cumplimiento o incumplimiento del fin, para la determinación de la eventual ineficacia de un acto; previéndose vías precisas de reclamación so pena de preclusión y convalidación; asegurándose la vigencia del principio de protección o conservación de los actos, y evitándose en lo posible las negativas consecuencias que acarrea toda anulación (v.g. restringiendo los alcances objetivos y subjetivos de la declaración, rescatando la validez de los sectores o conjuntos de actos independientes, etcétera)”.¹⁴

El emplazamiento escogido por el legislador resulta entonces conveniente para el preciso entendimiento de la nulidad y, sobre todo, para establecer su procedencia en los casos específicos en que se denuncie.

⁸ El Código de Procedimientos Civiles, vigente desde 1882, consideraba erróneamente a la nulidad como un recurso extraordinario. Véanse al respecto los Arts. 1115 al 1132 de dicho código.

⁹ SIMÓN, Luis María, “La aplicación del Código Procesal Civil Modelo en Iberoamérica”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 3: 193, 2003.

Al respecto, la Exposición de Motivos del CPCM señala que: “Se cambió todo el régimen de nulidades con el objeto de que una mejor redacción diera más claridad, pero sin alterar sustancialmente el contenido, haciendo la separación entre nulidades subsanables e insubsanables”.

III. Principio de legalidad

De acuerdo con el principio de legalidad, reconocido por la Constitución¹⁵, los actos –tanto de las partes como del juez, que conducen al pronunciamiento judicial deben, para tener eficacia, ser realizados en el modo y con el orden establecido en la ley. De esta forma lo reconoce el Art. 3 inc. 1° del CPCM al señalar literalmente que: “Todo proceso deberá tramitarse (...) conforme a las disposiciones de este Código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal”.

Mediante las formas, entonces, se pretende hacer más simple y rápido el proceso, estableciendo al mismo tiempo una garantía para los derechos y libertades de los individuos.¹⁶ El mismo Art. 3 indica en su Inc. 2°: “Las formalidades previstas son imperativas”, postulado coherente con el carácter absoluto y no dispositivo del Derecho Procesal; pero matiza a continuación: “Cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por la ley, se adoptará la que resulte indispensable o idónea para la finalidad perseguida”.

En cuanto al principio de legalidad de las formas, los profesores colombianos Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, declaran: “Es en definitiva, el sistema de la legalidad de las formas el que asegura más eficazmente la finalidad del proceso y el único que suministra al mismo justiciable certeza e igualdad en el proceso. La forma legalmente establecida, significa seguridad jurídica para todos los sujetos del proceso y es, a

¹⁵ Art. 15 de la Constitución: “Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”.

¹⁶ La Sala de lo Constitucional (en lo sucesivo SC) ha establecido la vinculación entre las formalidades del proceso y los derechos y garantías fundamentales: “Los actos procesales tienen ciertos requisitos de validez, que pueden ser clasificados en esenciales y no esenciales. El incumplimiento de los requisitos de validez esenciales o formalidades esenciales del proceso, que, específicamente en el proceso penal, garantizan los derechos fundamentales o las garantías judiciales básicas del imputado, pueden ser sancionados con nulidad” (Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96, Considerando XIV 1).

la postre, garantía de libertad. (...) Cualquiera que sea el origen de las formas procesales éstas deben ser un medio para conseguir la certeza del derecho y este predicado impone la fijeza de las formas, vale decir, que se las presente claras e indiscutibles; adaptabilidad de ellas, sí, simplicidad también, pero definitivamente rigor formal, en un sentido teleológico trascendente para sancionar el incumplimiento de aquellas cuya violación lesione fundamentalmente el principio de la bilateralidad de la audiencia (...). Y otros de trascendencia imperativa, como los que atañen a los supuestos de validez del proceso”.¹⁷

A partir de una interpretación sistemática y teleológica del CPCM, inspirado en el postulado de la eficacia, cabe afirmar que las formalidades a que hace referencia nuestro legislador son precisamente las formas dispuestas para reconocer validez y eficacia a los actos procesales, y no los formalismos propios del arcaico sistema procesal civil que quedará derogado.¹⁸ En abono de lo apuntado, el Art. 18 CPCM exige a los jueces evitar el ritualismo y las interpretaciones que supediten la eficacia del derecho a aspectos meramente formales, en aras de brindar un servicio de justicia ágil y efectivo.¹⁹

La regulación de la forma implica, pues, la indicación legal del conjunto de condiciones básicas que debe reunir el acto procesal para ser idóneo y producir los efectos jurídicos esperados.²⁰ La forma es la

¹⁷ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, *Teoría General del Proceso*, 2ª reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, S.A., 1998, Tomo I, pág. 96.

¹⁸ Sobre el principio del formalismo se afirma: “En el derecho primitivo la actuación procesal era severamente ritualista porque apenas se diferenciaba de una ceremonia litúrgico-religiosa; esta exageración originó los abusos y las degeneraciones del formalismo, ya que la forma fue adquiriendo un valor esencial, por la forma misma, con prescindencia de su objeto y de su fin”. *Ibíd.*, pág. 95.

¹⁹ Existe consenso doctrinario en la regla de instrumentalidad de las formas y el principio finalista como adecuados contrapesos de las formalidades estrictamente necesarias para garantizar la seguridad e igualdad de tratamiento de las partes. Sobre el particular, la Sala de lo Constitucional al analizar las infracciones alegadas en casos de naturaleza civil y mercantil ha aplicado el principio finalista a los actos de comunicación, afirmando: “*De conformidad al principio finalista de los actos de comunicación cualquier juicio de constitucionalidad que sobre éstos se imponga realizar, deberá observar siempre, en definitiva, no sólo su concreción desde el punto de vista formal, sino, además, que la diligencia efectuada permitió una real oportunidad de conocimiento de la resolución que se pretendía comunicar, pues de lo contrario sí se podría afectar el derecho de audiencia y defensa concomitantemente con otra categoría constitucional*” (Sentencia de 16-X-2008, Amp. 553-2006, Considerando IV 4).

²⁰ En palabras del profesor argentino Augusto Mario Morello: “De lo que se trata pues, es de la eficacia justa, no de técnicas de garantismo formal que ponen en peligro, muchas veces, la suerte

condición necesaria para la certeza, el precio de la seguridad; pero debe interpretársele desde una perspectiva finalista, dado el carácter instrumental del proceso.

Además, en este punto conviene recordar la estrecha relación entre el principio de legalidad y el principio de unidad del ordenamiento jurídico, conforme lo prescriben los Arts. 1 y 2 Inc. 1° del CPCM y lo reconoce la jurisprudencia constitucional: *“En relación al principio de legalidad, (tal principio rige a los tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder o competencia atribuidos previamente por la ley, la que los construye y delimita.- Lo anterior significa que los tribunales jurisdiccionales deben someterse en todo momento a lo que la ley establezca. Este sometimiento implica que los tribunales jurisdiccionales deben actuar de conformidad a todo el ordenamiento jurídico y no sólo en atención a las normas que regulan una actuación en específico, tal como lo establece el artículo 172 inciso tercero de la Constitución y el principio de unidad del ordenamiento jurídico. En virtud de lo anterior, el principio en cuestión se ve vulnerado cuando la administración o los tribunales realizan actos que no tienen fundamento legal o cuando no actúan conforme a lo que la ley de la materia establece”*.²¹

Es pues la ley la que fija el orden y las formas del proceso, las cuales deben respetarse para que éste alcance su finalidad: la satisfacción de pretensiones y resistencias.²²

de los derechos, al colocar el objeto de la disputa fuera de la realidad del justiciable; y que en verdad, lejos de asegurar, hacen peligrar los valores en juego. Debemos buscar una alternativa que respetando la finalidad sustancial de las formas no derive en su sola preservación, malogrando los fines específicos de la tutela jurisdiccional”; en *El Proceso Justo*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, Abeledo Perrot, 1994, pág. 643.

²¹ Sentencia de 21-VII-1998, Amp. 148-97.

²² Como indicaban los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi en las “Bases para la Preparación del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica” (CPCMI), aprobadas en las V Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de 1970, refiriéndose a las opciones para actualizar y mejorar el proceso: “Se trataría, más bien, de proponer opciones fundamentales en torno a algunos puntos que pueden considerarse claves para arrancar al proceso de su estancamiento y del tradicionalismo exagerado, procurando encaminarlo hacia una ‘puesta al día’ con las necesidades actuales y las inmediatas que se avizoran. Dándole, por tanto, mayor flexibilidad y adecuación, a esta época que no aprecia las formas, ni por su antigüedad, ni por su majestad, sino exclusivamente por su eficacia; (...)”.

IV. Principios rectores

Para comprender a cabalidad la incidencia o impacto de las nulidades procesales debe atenderse a los principios que las regulan, que esencialmente son: (1) Principio de especificidad; (2) Principio de trascendencia; y (3) Principio de conservación. Tales principios han de estimarse de consuno, por su carácter complementario.

(1) **Principio de especificidad.** Este principio hace referencia a que no hay nulidad sin texto legal expreso, según la antigua fórmula del sistema francés *pas de nullité sans texte*, y se encuentra reconocido específicamente por el Art. 232 del CPCM.²³

No obstante, el legislador ha optado por un número abierto, *numerus apertus*, de causales de nulidad; ya que además de los supuestos expresamente contemplados en distintas disposiciones del CPCM, reconoce que los actos deberán declararse nulos también en las situaciones previstas en los literales a), b) y c) del citado artículo.

La detenida revisión del articulado del CPCM permite identificar entonces las siguientes *nulidades explícitas*:

- Delegación de la presencia personal del juez o magistrados en las audiencias (Arts. 10 y 200 del CPCM).
- Delegación de la presencia personal del juez o magistrados en la práctica de pruebas, (Arts. 10, 140, 141, 149, 373 Inc. 2º, 403, 428 y 514 del CPCM).
- Pronunciamiento de resolución final en el proceso o recurso, mientras esté pendiente una recusación o abstención (Art. 56 del CPCM).
- Nulidad de ratificación parcial o condicional de la procuración oficiosa (Art. 74 del CPCM).
- Práctica de medios probatorios en forma contraria a lo previsto en la ley (Art. 316 inc. 3º del CPCM).
- Nulidad del proceso por falsedad de afirmación de la parte actora de ignorar la dirección del demandado (Arts. 13 y 186 Inc. final del CPCM).

²³ Véanse al respecto los Arts. 225 de la LEC y 104 Inc. 1º del CPCMI.

- Actuaciones de ejecución forzosa que se extiendan a cuestiones sustanciales no decididas en el proceso correspondiente o contrarias al título de ejecución (Arts. 560 y 585 CPCM).
- Nulidad de embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste (Art. 620 CPCM).
- Nulidad de “pleno derecho” de embargos de bienes inembargables y de aquellos que excedan los límites legales (Arts. 621 y 623 CPCM).
- Anulación de sentencia apelada por infracción de garantías procesales (Art. 516 CPCM).
- Anulación de sentencia en casación por vicio de forma (Art. 537 Inc. 2º CPCM).

Con respecto al literal a) del Art. 232 CPCM, referente a que los actos se produzcan ante o por un tribunal carente de jurisdicción o competencia que no puede prorrogarse,²⁴ se fija un motivo de nulidad que, “si bien afecta a los actos procesales, no lo es por incumplimiento de un requisito legalmente establecido para uno o varios actos, sino por falta de un presupuesto procesal subjetivo, referido al órgano jurisdiccional. (...) Y debido al efecto que produce en todo el proceso la falta de competencia (o de jurisdicción), no puede aquí pensarse en la conservación de actos (...) ni en la subsanación por el transcurso del tiempo (...)”.²⁵

Ahora bien, en este punto es importante tener presentes los artículos relativos a la denuncia y decisión sobre la falta de jurisdicción (Art. 24 CPCM) y la falta de competencia (Art. 41 y 45 CPCM), que pueden en general aplicarse tanto *in limine* como *in persecuendi litis*. Su aplicación primigenia no plantea mayor discusión; sin embargo, los efectos de su aplicación en el devenir procesal puede generar algún debate.

Y es que los preceptos apuntados conceden al juez o tribunal dos alternativas de solución frente a la misma hipótesis, apercibimiento sobrevenido de carencia de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional: 1) Declarar la nulidad de los actos practicados, según el Art. 232 lit. a) CPCM, o 2) Calificar como improponible la demanda y poner

²⁴ En este caso el legislador alude específicamente a las competencias objetiva (Art. 37 del CPCM) y funcional o de grado (Art. 38 del CPCM).

²⁵ MONTERO AROCA, Juan *et al.*, *El Nuevo Proceso Civil Ley 1/2000*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 174.

fin de manera anticipada al proceso, de acuerdo con Art. 127 CPCM. La primera solución es la que encuentra mayor acogida en la doctrina.

En cuanto al literal b) del Art. 232 CPCM, relativo a que el acto procesal se realice bajo violencia, intimidación o la comisión de un hecho delictivo, la Exposición de Motivos del Código apunta que: “Se tomó la decisión de establecer este motivo de nulidad por situaciones que en nuestro medio ya han sucedido en materia penal, en que grupos de delincuentes, bajo amenaza, han logrado en más de una ocasión que los jueces accedan a sus pretensiones; (...)”; empero, tal previsión no debe entenderse restringida a los actos del juzgador (actos de causación), siendo aplicable también a los actos de las partes (actos de postulación), con los matices que se expondrán a continuación, pues, fundamentalmente se busca proteger la autonomía personal y otros bienes jurídicos de todos los sujetos procesales, los cuales resultan afectados por delitos como la coacción²⁶ y las amenazas,²⁷ tanto en su forma simple como agravada, hechos previstos y sancionados por el Código Penal.

Con respecto a los actos del juez afectados por los hechos descritos, su invalidación es declarable de oficio, durante la tramitación del proceso o con ocasión de los recursos que se interpongan, tan pronto como el juzgador se haya liberado de aquéllos, siendo obligatoria además la denuncia de los delitos cometidos.²⁸

Respecto a los actos de las partes debe estarse a la voluntad declarada, no a la voluntad interna. Debe recordarse que en la conformación de la voluntad de los actos procesales de las partes es donde se produce la incidencia de la voluntad declarada, dado que, de lo contrario, se produciría un continuo avance anormal del proceso, al permitirse a las partes estar

²⁶ **Coacción**

Art. 153.- El que por medio de violencia obligare a otro a realizar, tolerar u omitir alguna acción, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Cuando la coacción ejercida tuviere por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental, se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años.

²⁷ **Amenazas**

Art. 154.- El que amenazare a otro con producirle a él o a su familia, un daño que constituyere delito, en sus personas, libertad, libertad sexual, honor o en su patrimonio, será sancionado con prisión de uno a tres años.

²⁸ En el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC) los Arts. 225.2 y 226.1 regulan tales aserciones.

continuamente alegando, por ejemplo, que en un acto procesal anterior se obró con error, quebrándose con ella la preclusión.²⁹

Por último, cabe hacer un parangón entre lo dispuesto en el Art. 232 Lit. b) y lo previsto en el Art. 541 Ord. 4º, ambos del CPCM, como motivo general para solicitar la revisión de una sentencia firme ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, el literal c) del Art. 232 CPCM amplía decididamente las hipótesis de anulabilidad al referirse a la infracción de los derechos constitucionales de audiencia³⁰ y defensa³¹ reconocidos por los Arts. 11 y 12 de la Constitución y los Arts. 1 y 4 CPCM. Dichas categorías son

²⁹ MONTERO AROCA, Juan *et al.*, op. cit., pág. 175.

³⁰ Sobre el derecho de audiencia la jurisprudencia constitucional ha precisado, en reiteradas ocasiones, que éste posibilita la protección del resto de categorías jurídicas del gobernado; ya que en virtud de ese derecho se exige, por regla general y de conformidad a lo previsto en la ley de la materia o, en su ausencia, en aplicación directa del Art. 11 Inc. 1º de la Cn., que las autoridades tramiten un proceso o procedimiento antes de proceder a limitar la esfera jurídica de una persona o privarla de uno de sus derechos.

Sucede entonces que la violación al derecho de audiencia puede verse desde un doble enfoque a saber: a) desde la inexistencia de proceso o procedimiento previo, o b) desde el incumplimiento de formalidades esenciales, de trascendencia constitucional, que necesariamente han de respetarse en el proceso.

³¹ También la SC ha hecho una caracterización jurisprudencial del derecho de defensa aludiendo al ámbito penal, que puede extrapolarse al ámbito civil: “Amplia jurisprudencia de esta Sala ha insistido sobre la necesidad de salvaguardar y darle vigencia a los derechos y garantías reconocidas en la Constitución y dentro de estos derechos, el de defensa aparece prioritariamente como uno de los que tutelan al individuo frente al *ius puniendi* del Estado, y es por eso que la Constitución señala que a toda persona a quien se le impute un delito se le deberán asegurar todas las garantías necesarias para su defensa. Conforme a ello, cabe decir que el derecho de defensa se manifiesta en primer lugar en forma personal, constituyendo la denominada defensa material, que posibilita al imputado a intervenir en todas las fases y actos del proceso que incorporen elementos probatorios ya sea de cargo o de descargo. También se facilita la defensa técnica, ejercida por un abogado mediante argumentaciones, alegatos u observaciones hechas durante la tramitación del proceso. Por ello, es imprescindible exigir dentro de todo proceso, ya que es dentro de éste donde el derecho de defensa encuentra plenamente su materialización, ciertos presupuestos básicos, entre éstos el de contradicción procesal, pues es el carácter contradictorio del proceso penal en el que radica la razón de ser o fundamento del derecho de defensa, en virtud que las partes al acudir al órgano jurisdiccional con pretensiones definidas y contrapuestas, deben situarse en un plano de igualdad y con plena contradicción, para que se solucione, con la aplicación de las normas jurídicas, el conflicto planteado, provocando y procurando que el proceso se instruya con todas las garantías para ambas partes; es decir, que tanto a la parte acusadora, como al imputado y su defensor, se les permita ser escuchados ante el juez de la causa, aportar las pruebas de cargo y de descargo que existan, participando activamente y argumentando lo necesario en defensa de su pretensión procesal” (Sentencia de 5-IX-2006, HC 21-2006, Considerando III).

consustanciales, sin duda, a la idea de un proceso constitucionalmente configurado; es decir, un proceso en el que se respetan todas las garantías procesales reconocidas por la Constitución. La tarea del aplicador será, entonces, tomando como base el contenido esencial de los derechos de audiencia y defensa, definir los casos no previstos específicamente por el CPCM en que procederá la nulidad de actos que infrinjan esas categorías jurídico-subjetivas protegibles.

Tales casos podrían catalogarse, usando la denominación acuñada por algún sector de la doctrina, como *nulidades implícitas*, pues no se les sanciona concretamente en la ley con nulidad; sin embargo, se advierte el incumplimiento de formas esenciales e imperativas o bien el uso de expresiones prohibitivas por el legislador.³² Así, a guisa de ejemplo, conviene citar los siguientes casos particulares:

- Tramitación de una pretensión propia del proceso común mediante el cauce de un proceso abreviado.³³
- Obtención de fuentes de prueba³⁴ con infracción a derechos o libertades fundamentales.³⁵
- Diligencias realizadas sin previa citación en los casos en que la ley lo exige,³⁶ por limitar la intervención de las partes en la práctica de aquellas.³⁷

³² Ya lo había dicho Carnelutti cuando expresaba que las prohibiciones y las imposiciones revestían el carácter de normas complementarias o integrativas de la teoría de la nulidades: “No será el permitido...es inadmisibile”. Así mismo, son integrativas de la teoría de las nulidades las normas que aluden a los elementos sustanciales de los actos. Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio, op. cit., Tomo II, pág. 191.

³³ Sin desconocer las potestades ordenadoras del proceso concedidas al juez y la habilitación legal para el encausamiento de los asuntos (Arts. 14, 244 y 303 CPCM) la sustanciación de una materia propia del proceso común, Art. 240 CPCM, conforme al trámite previsto para el proceso abreviado hasta llegar a una sentencia, supondría una grave merma de las oportunidades de defensa de la parte demandada.

³⁴ Con la expresión *fuentes de prueba* se hace referencia a un concepto extrajurídico, a una realidad previa al proceso. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, con anterioridad al proceso e independientemente de él, v.g. testigo, parte declarante y documento.

³⁵ Al respecto, el legislador expresa que las pruebas obtenidas con infracción a derechos y libertades fundamentales “no surtirán efecto” (Art. 2 inc. final CPCM), “no serán apreciadas por el juez al fallar” (Art. 316 inc. 2° CPCM) y que su introducción en las audiencias podrá ser objetada por las partes (Art. 407 inc. 1° CPCM). Se trata, pues, de violaciones constitucionales producidas en la investigación de las fuentes de prueba por cualquiera de las partes.

³⁶ Por ejemplo el CPCM exige cita previa de las partes para celebrar audiencias en los casos en que se examina *in persequendi litis* la falta de jurisdicción o competencia –Arts. 24 y 41–, se

- Pronunciamiento de autos o sentencias sin motivación o con motivación incompleta.³⁸
- Falta de notificación de la demanda reconvenicional al demandante reconvenido y otros terceros demandados en la reconvenición.³⁹
- Omisión de designación de intérprete para una persona que desconozca el idioma castellano y que deba ser oída.⁴⁰

Finalmente, cuando la infracción procesal que se alega como motivo de nulidad es achacable al que la alega, debe entenderse que no concurre la citada causa, al no provocar situación de indefensión alguna⁴¹. Es la consagración del principio *nemo auditar propiam turpitudinem allegans* (nadie será oído si alega su propia torpeza). El principio, sin embargo, no impide la declaración oficiosa si se trata de nulidad absoluta [insubsanable].⁴²

intenta la conciliación (Art. 250) o se sustancian cuestiones incidentales (Art. 268); también exige citación de aquéllas para la práctica del reconocimiento judicial de un inmueble (Art. 392 Inc. 1º), y para que el juez se traslade al lugar en que se encuentran medios de almacenamiento de información (Art. 397).

³⁷ La SC precisa que, en general, *los actos de comunicación procesal están orientados a garantizar el derecho de audiencia*: “De todos los preceptos que las leyes procesales dedican a los actos de comunicación con las partes (notificaciones, citaciones y emplazamientos), se advierte que el propósito del legislador es, ante todo, conferir a aquéllas las garantías para la defensa de sus derechos e intereses, de modo que la notificación, citación o emplazamiento sirva a su objetivo que, dando noticia suficiente del acto o resolución que la provoca, sirva para que el notificado pueda disponer lo conveniente para defender en el proceso los derechos e intereses cuestionados; por cuanto, de faltar tal acto de comunicación, o adolecer de vicios en su práctica, el interesado podría verse imposibilitado para ejercer los medios suficientes para su defensa” (Sentencia de 6-III-1998, Amp. 37-R-95, Considerando II).

³⁸ El Art. 216 CPCM precisa los alcances de la motivación de las resoluciones judiciales, exceptuando los decretos. El derecho a la motivación constituye un corolario del derecho de defensa, como lo ha reconocido abundante jurisprudencia constitucional, por lo que su inobservancia justifica invalidar la resolución carente de fundamentación. En el ámbito del proceso penal, a diferencia del CPCM, existe norma prescriptiva de tal sanción: Art. 130 del Código Procesal Penal vigente y Art. 144 del código que entrará en vigencia el 1 de octubre de 2010.

³⁹ La notificación es imperativa según lo previsto por el Art. 286 del CPCM; a fin de conceder las respectivas oportunidades de defensa al(los) reconvenido(s).

⁴⁰ Exigencia que puede derivarse del derecho a la protección jurisdiccional, reconocido por los Arts., 2 de la Constitución y 1 del CPCM, y específicamente de lo establecido por el Art. 148 del CPCM.

⁴¹ MONTERO AROCA, Juan *et al.*, op cit., pág. 179.

⁴² QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, op. cit., Tomo II, pág. 191.

2) Principio de Trascendencia. En virtud del carácter no ritualista del Derecho Procesal moderno, para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, sino que debe producirse perjuicio efectivo a la parte, tal como lo reconoce el Art. 233 CPCM⁴³ y resume la vieja máxima “*pas de nullité sans grief*”, introducida en la legislación francesa por leyes aprobadas en 1933 y 1935.

De manera que no hay nulidad si no existe indefensión; por lo cual, además de la existencia de una irregularidad grave y trascendente-no meramente formal-en el acto procesal, es preciso que éste cause una efectiva vulneración al ejercicio del derecho de defensa de cualquiera de las partes.⁴⁴ Y es que las nulidades no existen en el mero interés de la ley: no hay nulidad sin perjuicio y la existencia de éste debe ser concreta y debidamente evidenciada por quien invoque el vicio.

En otros términos, no es procedente declarar una nulidad por la nulidad misma cuando el acto procesal, aunque realizado en forma distinta a la prevista, produjo sus efectos, sin dañar a nadie. Ello en aplicación del principio “*pas de nullité sans grief*”, según el cual no se debe decretar una nulidad si no existió perjuicio.

Tal como lo expresa el profesor argentino Hugo Alsina, las formas procesales no tienen un fin en sí mismas, y su razón de ser no es otra que la necesidad de asegurar a las partes la libre defensa de sus derechos, a la vez que una sentencia justa. A su entender, la violación al derecho de defensa es la máxima nulidad en que se puede incurrir en un proceso; por ello, en tal caso, debe de ser declarada. Así, formula el principio de que “donde hay indefensión, hay nulidad; y si no hay indefensión, no hay nulidad”.⁴⁵

⁴³ Puede establecer un claro parangón entre esta disposición y el Art. 104 Inc. 2° del CPCMI.

⁴⁴ Como destaca Silvia Barona Vilar: “Deben tratarse, por tanto, de actuaciones que comporten privación a una parte del derecho a alegar y probar en el proceso sus derecho e intereses legítimos y a rebatir lo alegado por las demás partes; en definitiva, se provoca con estos defectos de forma, la privación del derecho de defensa y contradicción, con consecuencias jurídico-materiales, y siempre que esta indefensión no haya sido causada por la misma postura procesal mantenida por quien la sufre”. MONTERO AROCA, Juan *et al.*, op. cit, Pág. 184.

⁴⁵ ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª edición, Buenos Aires, Ediar, S.A. Editores, 1963, tomo I. pág. 652.

Las ideas precedentes son plenamente coincidentes con la regla de instrumentalidad de las formas y el principio finalista de los actos procesales, implícitos en la parte final del Art. 18 CPCM; en virtud de que la declaratoria de nulidad no procede si el acto aunque viciado logra cumplir el fin al que estaba destinado, salvo que cause una indefensión real.⁴⁶ Una interpretación contraria sería propia de una concepción ritualista, que reñiría abiertamente con una pronta y cumplida administración de justicia.

La valoración precedente deberá ser realizada detenidamente por el juzgador, apreciando las circunstancias de cada caso concreto para establecer si, no obstante el vicio, el acto procesal ha cumplido su propósito, y su incidencia en la posición jurídica de las partes, en especial sobre el principio de contradicción (Art. 4 CPCM). Esto es así, por cuanto no basta la invocación genérica del desconocimiento de las formalidades previstas por la ley, sino que la parte afectada por el vicio debe demostrar la existencia de un perjuicio concreto y de suficiente entidad y, además, precisar el interés jurídico lesionado, para que el juzgador declare la correspondiente nulidad y determine su alcance.

3) Principio de conservación. Este principio procura la preservación de los actos procesales independientes del acto viciado,⁴⁷ y se encuentra reconocido por el Art. 234 CPCM.⁴⁸ A su vez, inspira las reglas de los Arts. 237 Inc. 3º y 238 Inc. final del CPCM.

⁴⁶ En la teoría moderna se subordina la invalidez del acto procesal, no a la simple inobservancia de la forma, sino al resultado de la relación entre el vicio y la finalidad del acto, y así se sanciona el acto con nulidad solamente cuando por efecto del vicio no haya podido conseguir su objeto. Esta es la manera como se busca salvar al máximo la actividad procesal ya cumplida, compaginando la técnica del proceso con el principio de economía procesal. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, op. cit., Tomo I, pág. 102.

⁴⁷ En las Bases para la preparación del CPCMI se recomendaba: “Los efectos de la nulidad deben extenderse únicamente al hecho que la produce y a los que de él dependan; su alegación debe reservarse a la parte perjudicada con tal vicio que no dio lugar a él, y su saneamiento implícito debe producirse cuando quien podría reclamarla actúe en el proceso sin alegarla, salvo que se trate de nulidades absolutas o insubsanables, éstas deben ser consagradas expresamente en la ley y podrán declararse de oficio”.

⁴⁸ Este artículo es semejante al Art. 230 de la LEC, que posee una redacción más clara e inteligible, y, además, puede equipararse al Art. 109 del CPCMI.

En Derecho Procesal, en virtud del principio de economía,⁴⁹ es aconsejable extender el saneamiento de la nulidad a la mayor cantidad de casos, por lo cual, salvo disposición legal en contrario, debe considerarse como regla general la posibilidad de subsanación; en otros términos, las nulidades deben ser subsanables mientras la ley no disponga lo contrario.

Dado que el proceso se estructura como una serie de actos sucesivos, cada uno de los cuales es consecuencia del anterior y presupuesto del siguiente, el vicio de uno puede contagiar al proceso en su totalidad o simplemente en parte, dejando incólume otra parte de la serie de actos. Así, la ley y el aplicador de ésta deben preocuparse por salvar de la anulación la mayor parte de la actividad desarrollada, esforzándose por aislar los actos afectados por el vicio y por contener la extensión de éste.

Conforme al principio de conservación, denominado por alguna doctrina como *principio de la naturaleza residual de las nulidades*, cabe predicar que la nulidad de un acto no importa la de los actos precedentes ni la de los sucesivos que sean independientes de él. Que si el vicio impide un determinado efecto, el acto puede producir los efectos para los que sea idóneo. Pero si la omisión o la nulidad de un acto afecta al mismo procedimiento de modo tal que impide alcanzar su objeto, quedan inutilizados también los actos anteriores, que por sí serían válidos, porque estando destinados por definición a tener una eficacia interna en el proceso, esa eficacia se produce en el vacío si el proceso es condenado a agotarse.⁵⁰

Consecuencia lógica del principio en comento es la figura de la *nulidad parcial*, que permite preservar aquella parte del proceso que no adolece del vicio.

V. Tipología

La nulidad, en estricto sentido, puede ser: *insubsanable*—absoluta, de pleno derecho o radical—o *subsana*—relativa, determinante de la anulabilidad

⁴⁹ El principio de economía se define como la aplicación de un criterio utilitario en la relación empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional. A través de él se busca, entre otros propósitos, una simplificación y facilidad de la actividad procesal. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, op. cit., Tomo I, pág. 102.

⁵⁰ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, op. cit., Tomo II, pág. 193.

del acto—, tal como lo reconoce el Art. 235 CPCM, con las consecuencias que esto trae aparejadas.

Para deslindar las figuras de la nulidad insubsanable y la nulidad subsanable puede recurrirse a las siguientes definiciones, elaboradas originalmente bajo la clásica concepción de las nulidades absolutas y relativas, que surge en el sistema del Código de Napoleón y es heredada en Iberoamérica:

Nulidad insubsanable. Cuando falta un requisito tan grave que *cualquier sujeto, en cualquier tiempo y en cualquier forma*, puede poner de manifiesto el vicio por el que la ineficacia se produce, sin sujeción a límites jurídicos especiales.⁵¹

Nulidad subsanable. Se da cuando el acto procesal incurre en un vicio que, por ser menos grave que el que engendra la nulidad insubsanable, necesita de una especial actividad dirigida a provocar la ineficacia correspondiente; actividad que la ley sólo reconoce a ciertos sujetos, en determinados tiempos y con sujeción a formas particulares.^{52 53}

Ahora bien, cuando se está, en principio, ante un caso de nulidad insubsanable o uno de nulidad subsanable, es una cuestión que ofrece evidentes dificultades para el aplicador. Empero, como se ha señalado antes, por regla general las nulidades procesales han de considerarse subsanables,⁵⁴ lo que contribuye a evitar las deleznales chicanas.

⁵¹ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, op. cit., pág. 318.

⁵² Ibídem, pág. 320.

⁵³ Otro sector de la doctrina española, haciendo eco del sistema francés de las nulidades procesales, se refiere a este grado de ineficacia con el término de *anulabilidad*: “Cuando los requisitos que se incumplen de los actos procesales deben ponerse de manifiesto por las partes, sin que quepa el control de oficio por el tribunal, estamos ante los supuestos de ineficacia por anulabilidad, que se hacen valer por el ejercicio de las facultades dispositivas de las partes que se crean perjudicadas, bien en cualquier momento procesal en que permita su alegación o bien mediante la interposición de los recursos legalmente establecidos, tras la resolución”. MONTERO AROCA, Juan *et al.*, op cit., pág. 187.

⁵⁴ “La doctrina procesal más avanzada entiende que la nulidad relativa [subsana] se produce por apartamiento de una forma estatuida en consideración de la parte, consagrada en atención a un fin que solo a ella interesa, son en último término las formas que se refieren al derecho de defensa. Es la parte la que tiene la carga de impugnar esa violación porque de no hacerlo la nulidad se sana por preclusión. (...) Tan solo la parte en cuya consideración se estatuyó la forma puede reclamar la invalidación del acto o de la cadena de actos que de ese dependen. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, op. cit., Tomo II, pág. 188.

Para aportar al esclarecimiento de la cuestión, puede considerarse que adolecen de nulidad insubsanable aquellos actos contrarios a las normas imperativas en los casos establecidos en la ley, cuando impliquen ausencia de requisitos indispensables para alcanzar su fin. Ejemplos serían el quebrantamiento del principio de inmediación,⁵⁵ el dictado de resoluciones bajo violencia, intimidación o comisión de un hecho delictivo en contra del juzgador, las actuaciones de un ente carente de jurisdicción o competencia que no puede prorrogarse, y la afectación de bienes inembargables;⁵⁶ situaciones que estorban la buena marcha de la actividad jurisdiccional.

Los actos procesales que adolecen de nulidad insubsanable no requieren de una especial actividad de invalidación; en tanto que los afectados por una nulidad subsanable requieren, para su ineficacia, de una actividad específica de invalidación, para que no se produzca su convalidación.

En otros términos: la nulidad insubsanable no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada, y la nulidad subsanable admite ser invalidada, pero puede ser convalidada.

Ciertamente, la nulidad insubsanable puede ser declarada de oficio o bien a instancia de parte.

El control *ex officio* de este tipo de nulidad puede concretarse en diversos momentos en atención a los varios supuestos que pueden plantearse: si se trata de la hipótesis prevista por el Lit. b) del Art. 232 CPCM, la nulidad se decretará tan pronto como el juzgador se libre de las agresiones referidas; en otros casos, dicho control podrá ejercitarse antes de la sentencia, previa audiencia de las partes,⁵⁷ o bien con ocasión de la sustanciación de un recurso, como lo prevé expresamente el Art. 238 CPCM.

⁵⁵ Arts. 10 y 200 del CPCM.

⁵⁶ Art. 623 del CPCM. En este caso el legislador emplea una concepción propia de la LEC: la nulidad de pleno derecho.

⁵⁷ La audiencia a que se alude puede ser por escrito, concediendo a las partes al efecto el plazo necesario para que se pronuncien; pero también puede aprovecharse para ello la celebración de una audiencia oral.

Así mismo, puesto que el legislador autoriza la declaración de la nulidad insubsanable en cualquier estado del proceso, las partes pueden poner en conocimiento del juez o tribunal las circunstancias determinantes de dicha declaración en el desarrollo de las audiencias⁵⁸ o al interponer recursos contra la sentencia definitiva, sin perjuicio de aprovechar para ello otras intervenciones que la ley les habilite para formular alegaciones, como la contestación de la demanda.

Por su parte, la declaración de nulidad subsanable únicamente es posible a instancia de la parte perjudicada, de modo que no cabe su control oficioso.

Sobre los efectos y alcance de las nulidades remitimos a lo dicho al referirnos al principio de conservación.

VI. Convalidación

Como se ha señalado previamente, las formalidades previstas para los actos procesales deben interpretarse atendiendo a la finalidad de éstos, de modo que a su incumplimiento no se aten consecuencias desproporcionadas o excesivamente gravosas. Así, antes de declarar una nulidad debe examinarse la posibilidad de subsanación de los actos que la producen, ya sean éstos de las partes o del mismo juez o tribunal.⁵⁹

El legislador ha previsto en el Art. 236 CPCM⁶⁰ la posibilidad de convalidar los actos viciados, siempre que ellos adolezcan de una nulidad subsanable,

⁵⁸ Ya sean las audiencias preparatoria y probatoria del proceso común o la audiencia del proceso abreviado.

⁵⁹ De acuerdo con Silvia Barona Vilar: “El fundamento de la subsanación se asienta en el principio de economía procesal, y bajo el efecto del principio de proporcionalidad. En ese sentido el TC [Tribunal Constitucional español], (...), delimitaba los dos elementos que deben examinarse: por un lado, la naturaleza y la finalidad del presupuesto o requisito procesal incumplido y, por otro, la posibilidad de subsanación del vicio advertido. De este modo, es el tribunal el que debe ponderar para evitar que el excesivo rigor formalista pudiera trabar el acceso a la tutela judicial efectiva, quedando cerrado el acceso al proceso o al recurso, evitándose con ello lo que el TC ha considerado sanciones desproporcionadas. (...) Naturalmente, lo que es insubsanable, por ejemplo, por tratarse de actos nulos de pleno derecho, afectados por nulidad radical, no pueden ser, por su naturaleza, objeto de subsanación alguna”; en MONTERO AROCA, Juan *et al.*, op. cit., pág. 188.

⁶⁰ Véase al respecto el Art. 106 del CPCMI y el Art. 231 de la LEC.

lo que representa un mecanismo para lograr la abreviación de los procesos y posee gran relevancia en el modelo de juicio oral.

Dicha convalidación puede producirse de dos maneras: en forma expresa o tácita—por preclusión—. ⁶¹

Conforme al principio general de oralidad previsto por los Arts. 8 y 147 CPCM, la convalidación expresa puede producirse de forma verbal en audiencia, dejándose constancia de ello en el acta o la grabación correspondiente. No obstante, es factible también su materialización por escrito.

La convalidación tácita tendrá lugar por la falta de denuncia del vicio luego de cinco días hábiles de su conocimiento, plazo que resulta perentorio e improrrogable según la regla general. Es decir, que la convalidación de la nulidad se produce por la no reclamación oportuna de ésta. Dicha regulación es una clara manifestación del principio de preclusión.

Como destacan los profesores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto: “Las razones de seguridad y de certeza del derecho, que se manifiestan de modo especial en la cosa juzgada, hacen que se aplique el principio de convalidación de las nulidades de tal manera que transcurrida una etapa no se puede retroceder a la anterior (preclusión procesal) y cuando todas las etapas se han cerrado (sentencia definitiva, cosa juzgada) por regla general precluye la posibilidad de reclamar contra las nulidades. La enunciación sólo resulta válida para las nulidades relativas [subsanales] cuya reclamación se confía a la parte como carga”. ⁶²

A los efectos del cómputo del plazo para la denuncia, deben tenerse presentes las diversas modalidades de notificación previstas por el CPCM, tales como la notificación tácita (Art. 173), la notificación en audiencia (Art. 174) y la notificación por medios técnicos (Art. 178), entre otras.

⁶¹ Preclusión es un término que utiliza por primera vez Chiovenda con el significado de clausura o cerramiento. Preclusión es el efecto de un estadio del proceso que, al abrirse, cierra concluyentemente el anterior. Las etapas del proceso se obturan como las esclusas de un canal, que al abrirse la próxima queda sellada la anterior y las demás ya recorridas (la figura es de Vescovi). El corolario tiene como fin la búsqueda del orden, la claridad y el mantenimiento del ritmo o impulso procesal. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, op. cit., Tomo I, págs. 103 y 104.

⁶² *Ibíd.*, Tomo II, pág. 192.

VII. Denuncia

El CPCM establece los momentos procesales para reclamar contra la nulidad subsanable de un acto, bajo apercibimiento de su convalidación tácita.

Así, en el caso del auto de admisión de la demanda (Art. 279 CPCM) la nulidad subsanable de éste debe denunciarse al contestar aquélla (Arts. 284 y 427 CPCM). El análisis del vicio deberá efectuarse, entonces, en el trámite de la audiencia preparatoria del proceso común (Art. 298 del CPCM) o en el de la audiencia del proceso abreviado (Art. 427 CPCM) para procurar la válida continuación del proceso.

Tratándose de nulidad subsanable de resoluciones u otros actos procesales, tales como audiencias, notificaciones, emplazamientos, diligencias probatorias, etc., aquella debe reclamarse en el plazo de cinco días posteriores al “conocimiento fehaciente” del acto. Para resolver la denuncia es preciso conceder “audiencia”, por escrito, por cinco días a la parte contraria. Naturalmente el que la parte deje pasar la oportunidad sin presentar el escrito correspondiente no afecta la posible declaración de nulidad. La decisión sobre la nulidad adoptará la forma de un auto simple que deberá encontrarse debidamente motivado.

El legislador deja en indeterminación el plazo para resolver la denuncia de nulidad, por lo que el juez deberá hacerlo en el menor tiempo posible, según se desprende del Art. 15 Inc. 1° CPCM.

Aplicando el principio de conservación, se ordena que sólo si la declaración de nulidad hace imposible el aprovechamiento de los actos procesales ulteriores, el proceso se retrotraerá al momento en que se incurrió en el vicio.

Si la denuncia de nulidad fuere desestimada, se condenará en costas a quien la hubiere planteado, presuponiendo una infracción de las obligaciones de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal (Art. 13 CPCM). Sin embargo, la ley habilita a la parte interesada para replantear la cuestión al interponer recursos contra la resolución definitiva: *apelación* (Art. 510 Ord. 1°), *casación* (Art. 523 Ord. 1°, 2°, 3°, 9° y 12°) o bien *revisión* (Art. 541 Ord. 4° y 542), todos del CPCM.

VIII. Nulidad en recurso

Conforme al Art. 238 CPCM,⁶³ los recursos han de servir también para el examen de la forma de los actos procesales, porque este aspecto, como tarea oficiosa del tribunal, antecede al estudio del agravio *in iudicando*.

En efecto, el tribunal *ad quem* debe inicialmente revisar los conceptos del escrito de impugnación para verificar si el recurrente ha argüido la nulidad de la sentencia o de cualquier acto de desarrollo del proceso, y a la vez ejercer un control *ex officio* de aquellas nulidades calificadas como insubsanables.⁶⁴

Esta posibilidad no supone una quiebra del principio dispositivo. La oportunidad lleva a plantear recurso por la parte y a establecer su ámbito, pero el que la parte no aluda en su recurso a la posible nulidad no puede impedir que el tribunal de oficio la decrete cuando se trata de las causas más graves y atinentes al orden público procesal.⁶⁵

El mismo artículo otorga prelación a la decisión sobre la nulidad denunciada, pues solo desestimando este reclamo podrá el tribunal superior resolver sobre los demás agravios alegados por el recurrente.

Nuevamente, como concreción del principio de conservación, se insiste en que tan solo si la declaración de nulidad hace imposible el aprovechamiento de actos posteriores, el proceso se retrotraerá al estado en que se hallaba al cometerse el vicio.

Así, las normas relativas a la apelación establecen que de comprobarse una infracción a normas o garantías del proceso aplicables a la sentencia, el tribunal declarará la nulidad de ésta y decidirá sobre el objeto del proceso, si existieren suficientes elementos para ello; de lo contrario, anulará las actuaciones retrocediéndolas al momento oportuno (Art. 516 CPCM).

⁶³ En similares términos se prevé este supuesto en el Art. 238 del CPCMI y, con matices diferenciales, en el Art. 227 de la LEC.

⁶⁴ Este control constituye una expresión del principio de dirección y ordenación del proceso, previsto por el Art. 14 del CPCM; ya que el juez o tribunal tiene el poder-deber de vigilar el respecto de las formas imperativas de los actos procesales (Art. 3 del CPCM).

⁶⁵ MONTERO AROCA, Juan *et al.*, op. cit., pág. 181.

Por último, la estimación en casación de los vicios de forma alegados supone la anulación del fallo y la reposición de las actuaciones desde el acto viciado; salvo que el defecto recaiga sobre cuestiones relativas a la jurisdicción, competencia o vía procesal, en los que únicamente cabe la anulación (Art. 537 CPCM).

IX. Conclusiones

- La nulidad representa el mayor grado de ineficacia de un acto procesal establecido por la ley; puesto que supone privarlo total o parcialmente de sus efectos normales.
- El Código Procesal Civil y Mercantil contempla el principio de legalidad de las formas; pero también reconoce implícitamente la regla de instrumentalidad de las formas y el principio finalista de los actos procesales.
- Los principios rectores de las nulidades procesales son los de especificidad, trascendencia y conservación; los cuales deben ser apreciados conjuntamente para analizar la denuncia de cualquier vicio procesal, de manera que la nulidad se aplique solo en los casos en que resulte estrictamente necesario.
- Es posible distinguir en el código entre nulidades insubsanables y subsanables, así como entre nulidades explícitas e implícitas.
- Como una expresión de economía y celeridad procesal, se prevé la convalidación de los actos afectados de nulidad subsanable, en forma expresa o tácita.

LECCIÓN OCTAVA⁶⁶

CUESTIONES INCIDENTALES Y SU REPERCUSIÓN EN EL DEVENIR DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

Sumario: I. Notas introductorias. II. Condiciones de procedencia. III. Tipología. IV. Forma. V. Efectos sobre el proceso. VI. Concentración y preclusión. VII. Procedimiento en caso de promoción escrita de la cuestión incidental. VIII. Procedimiento en caso de promoción oral de la cuestión incidental. IX. Conclusiones.

I. Notas introductorias

El proceso, en cualquier ámbito y de acuerdo con la legislación aplicable, está destinado a seguir un curso normal; sin embargo, es probable que en ocasiones esto no se produzca por surgir un asunto o tema que afecte a los elementos que concurren en el devenir procesal.

Esta situación se califica como *crisis procesal*, por tratarse de una desviación que el proceso experimenta respecto al desenvolvimiento normal que su ordenación jurídica establece.⁶⁷ Este fenómeno puede referirse a los sujetos, al objeto o a la actividad procesal.

⁶⁶ Jorge Ernesto Martínez Ramos

⁶⁷ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, 6ª edición, Madrid, Thomson Civitas, 2003, Tomo I, pág. 487.

Cuando la crisis se refiere al objeto del proceso, que es esencialmente la pretensión,⁶⁸ o bien a la resistencia que sirve para fijar los términos del debate, habrá entonces una *crisis objetiva*, que influirá en la materia de conocimiento del proceso, como en un inicio fue establecida por el demandante y el demandado.

Conviene acotar que el orden jurídico intenta limitar esta clase de crisis no permitiendo, en términos generales, una modificación del objeto del proceso, como lo prevé el Art. 94 del Código Procesal Civil y Mercantil. Empero, pese a reducir a un mínimo la existencia y repercusión de cambios objetivos, el mismo orden prevé una serie de posibilidades concebidas con cierta amplitud.

Hay, pues, una verdadera anomalía o crisis objetiva del proceso siempre que, después de planteado su cuestionario normal, surjan algunas dudas que no pertenezcan al panorama inicialmente establecido. Éste es precisamente el incidente, ya que *incidente* no quiere decir otra cosa que *cuestión anormal*: la alteración procesal que consiste en la *originación de cuestiones que no pertenecen al tema lógico normalmente establecido*.⁶⁹

En similares términos, los profesores colombianos Beatriz Quintero y Eugenio Prieto expresan que, mirando al desarrollo normal del proceso, el incidente es una anomalía en lo que tiene de desviación. La palabra viene del latín *incidere*, ‘sobrevenir’, ‘interrumpir’. De manera que incidencia es lo que sobreviene en el decurso de algún asunto o pleito, según dijera Escriche. Se explica que por incidente en general se ha de entender la cuestión accesorio que sobreviene o se forma durante el curso del negocio o procesamiento de la pretensión. (...) Un incidente es algo que interfiere, algo que se inserta en el recorrido procedimental.⁷⁰

Asímismo, el profesor uruguayo Enrique Tarigo define el incidente como: “Cuestión anómala o anormal que acaece durante el desenvolvimiento

⁶⁸ De acuerdo con el Art. 90 del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), según la actuación que se requiere del Órgano Judicial, las pretensiones pueden ser de conocimiento –declarativas, constitutivas o de condena–, de ejecución y cautelares.

⁶⁹ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, op. cit., pág. 496.

⁷⁰ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, *Teoría General del Proceso*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1995, Tomo II, págs. 194 y 195.

de un proceso”. Y agrega: “Cuando, para resolver esta cuestión, se dispone la posibilidad de acudir a otro proceso distinto, aunque estrecha y funcionalmente ligado al anterior, se está ante la figura del proceso incidental”.⁷¹

Al respecto, Juan Montero Aroca, al abordar el tema en referencia, establece inicialmente una clara distinción entre cuestiones previas, cuestiones incidentales y cuestiones prejudiciales. En síntesis, señala: 1) Las cuestiones previas tienen siempre naturaleza procesal y versan sobre los presupuestos y requisitos procesales, 2) Las cuestiones incidentales pueden referirse tanto al objeto del proceso como al proceso mismo, dan lugar a procedimiento y resolución propia y se resuelven siempre por el juez que conoce del proceso principal, y 3) Las cuestiones prejudiciales son siempre conexas con el objeto del proceso y su competencia corresponde, en principio, a un orden jurisdiccional distinto del que conoce del proceso en el que surgen, sin perjuicio de la decisión del legislador de que se resuelvan o no por el órgano judicial que conoce del proceso en el que surgen, pero entonces siempre *incidenter tantum*.⁷²

Precisa en seguida ese autor que incidente no es más que el procedimiento por el que se conoce de la cuestión incidental o, si se prefiere, el conjunto de normas que regulan el modo de plantear, de tramitar y de resolver la cuestión incidental.⁷³

Nuestro legislador dedica el Capítulo IV (Arts. 263 al 270 CPCM) del Título I “Disposiciones Comunes”, del Libro Segundo “Los Procesos Declarativos”, al abordaje de las cuestiones incidentales, siendo aplicables esas regulaciones al trámite de los distintos procesos previstos: declarativos

⁷¹ LANDONI SOSA, Ángel *et al.*, *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*. Comentado, Montevideo, Editorial B. de F., 2004, Tomo 3 A, pág. 1298.

⁷² MONTERO AROCA, Juan *et al.*, *El Nuevo Proceso Civil Ley 1/2000*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 289.

⁷³ *Ibidem*, págs. 289 y 290.

y especiales.⁷⁴ De esa manera, se suple un vacío del vetusto Código de Procedimientos Civiles de 1882.⁷⁵

II. Condiciones de procedencia

Los elementos que identifican a las cuestiones incidentales, y que podrían estimarse como condiciones para su procedencia, bajo el prisma del Art. 263 CPCM, son:

- 1) Han de surgir durante la pendencia de un proceso,⁷⁶ de manera que el incidente carece de sustantividad propia, es decir, no puede existir con independencia del proceso.⁷⁷ Ello exige que el juez que conoce de lo principal sea competente para conocer de la cuestión incidental, aplicándose aquí la regla de competencia funcional prevista por el Art. 38 CPCM.
- 2) Han de tener relación inmediata con el tema básico del litigio, bien con la pretensión deducida en el proceso (con la relación jurídica material), o con el proceso mismo (con la relación jurídica procesal).⁷⁸

⁷⁴ Sobre el particular, la doctrina uruguaya manifiesta: “Coincidimos con Tarigo en cuanto afirma que la ley no requiere que el incidente se plantee durante el proceso principal, de modo que resulta admisible un planteo incidental en el ámbito de las diligencias preparatorias. Los incidentes tampoco se limitan a los procesos de conocimiento, en tanto también puede plantearse una cuestión incidental en el marco de un proceso de ejecución (...)”. LANDONI SOSA, Ángel *et al.*, op. cit., pág. 1300.

⁷⁵ En la “Exposición de Motivos” del CPCM se precisa que: “En suma, pues, el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil se dirige al cumplimiento de los principios constitucionales del siglo XXI; a suplir técnicamente las deficiencias procesales que, por obra natural de la evolución jurídica, se evidencian en el añejo código de 1882; (...) a eliminar los incidentes y nulidades como principio retardatorio; (...) y en fin, a dignificar la justicia en función del respeto a los derechos fundamentales de los justiciables”.

Sin embargo, esa exposición de motivos se limita a describir parcamente el capítulo relativo a las cuestiones incidentales, refiriendo que éstas pueden ser de tipo sustantivo y procesal, que si son distintas del objeto principal del proceso, se tramitarán por separado; y que algunas veces pueden implicar la suspensión del proceso, como cuando se plantee la falta de presupuestos procesales.

⁷⁶ Específicamente, las cuestiones incidentales han de surgir después de planteadas la pretensión y la resistencia y antes de que el litigio haya sido completamente resuelto, con los límites temporales que más adelante se expondrán.

⁷⁷ Dante Barrios de Ángel caracteriza el incidente por el carácter accesorio (dependiente) y además por la colaboración que presta esta cuestión a la decisión final. LANDONI SOSA, Ángel *et al.*, op. cit., pág. 1298.

⁷⁸ Al respecto, Guasp y Aragoneses precisan que: “El incidente ha de relacionarse con los temas de discusión ya planteados. Quiere esto decir que la cuestión anormal debe presentar ciertos puntos

- 3) Han de imponer por naturaleza una decisión desligada, por lo menos conceptualmente, de la decisión que recaiga sobre el ámbito normal del litigio; de modo que darán lugar a un nuevo procedimiento y a una resolución propia.⁷⁹ En otros términos, el incidente ha de exigir un *tratamiento procesal específico*, especialmente una resolución por el juez, previa y distinta a la principal, aunque sólo sea idealmente.⁸⁰

La falta de alguna de esas condiciones provoca, como se explicará luego, el rechazo de la cuestión incidental mediante la figura de la improponibilidad, empleada profusamente por el CPCM.

III. Tipología

Para determinar las clases de incidentes, la doctrina atiende a variados criterios. Así, dependiendo de si la cuestión incidental, atinente a la relación jurídica procesal, tiene señalada por la ley una tramitación específica o sigue las reglas generales se habla, en ese orden, de *incidente especial*⁸¹ o *común*.⁸² También, por sus efectos sobre el trámite del proceso principal, es decir, la influencia de la cuestión incidental sobre el desarrollo del proceso, se distingue entre *incidentes suspensivos* y *no suspensivos*,⁸³ a los cuales hace referencia el Art. 264 CPCM.

de contacto con las ordinarias, diferenciándose, no obstante, de ellas (*articularidad*). Cabe que la relación afecte tanto a las cuestiones de trámite (...) como a las de fondo. Ahora bien, la cuestión anormal en que el incidente consiste no puede apurar la relación que guarda con el tema básico del litigio hasta llegar a confundirse con él". GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, op. cit., pág. 497.

⁷⁹ La doctrina procesal pone el acento en que el proceso incidental no resuelve la cuestión principal (...), sino que resuelve una cuestión conexa con la principal, pero de tal relevancia que debe ésta ser decidida antes de dictar sentencia sobre el principal. LANDONI SOSA, Ángel *et al.*, op. cit., pág. 1298.⁸⁰ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, op. cit., pág. 497.

⁸¹ Ejemplos de esta categoría de incidentes sería la denuncia *in persequendi litis* de falta de jurisdicción –Art. 24– o competencia (Arts. 41 y ss.), la recusación (Arts. 52 y ss.), la intervención provocada o denuncia de la litis del demandado (Arts. 84), la sucesión procesal por muerte o por transmisión del objeto del proceso (Arts. 86 y 88), y la acumulación de procesos (Arts. 105 y ss.), todos del CPCM.

⁸² Eduardo Couture y Rafael Gallinal emplean, por su parte, las nociones de *incidentes nominados* e *incidentes innominados*.

⁸³ Juan Montero Aroca distingue así los incidentes de pronunciamiento previo y de tramitación suspensiva en relación con el proceso principal, y los de especial pronunciamiento y no suspensivo.

Por su parte, el CPCM se fija además en el *carácter procesal o material* de la cuestión incidental.

Sobre esta última distinción, cabe apuntar que la cuestión incidental de carácter procesal es precisamente la relativa a la falta de un presupuesto procesal⁸⁴ o a la aparición de un obstáculo de la misma naturaleza (Art. 265 Ord. 1º CPCM).

En cuanto a la cuestión incidental de carácter material, la doctrina señala que ésta se produce cuando el fondo principal del litigio se halla vinculado prejudicialmente a un distinto hecho jurídico, un estado jurídico o una relación jurídica compleja, v.gr.: causal, condicional o incompatible.⁸⁵

IV. Forma

Entre las principales características del CPCM se ha señalado que está inspirado en un modelo procesal adversativo-dispositivo que descansa en la introducción del principio de oralidad como base de las actuaciones procesales, lo que ha de traducirse en un fortalecimiento de la legalidad, la publicidad, la celeridad y la concentración de actuaciones y, sobre todo, de la inmediación.⁸⁶

⁸⁴ Tales presupuestos son llamados también *supuestos previos* o condiciones de *procedibilidad* y, en sentido lato, son entendidos como elementos que deben concurrir en el proceso para que se dicte resolución sobre el fondo del asunto discutido. Éstos presupuestos pueden ser de carácter subjetivo (relativos al juez y las partes) u objetivo (referentes a la juridicidad del acto procesal). Entre las notas distintivas de los presupuestos procesales se citan: (i) Que se discuten dentro del proceso; (ii) Que condicionan la válida emisión de la sentencia que debe resolver el conflicto material; (iii) Que cabe su examen oficioso para procurar su subsanación al inicio del proceso; en caso contrario, el demandado tiene la carga de alegar y probar su ausencia; y (iv) Que es procedente su estudio liminar para evitar las denominadas *sentencias absolutorias de la instancia*, que dejan imprejuizada la relación jurídico-material debatida.

⁸⁵ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, op. cit., pág. 497.

⁸⁶ La profesora española Virtudes Ochoa Monzó afirma: “Apostar por la oralidad significa ir bastante más allá del propio sentido literal del término ‘oral’. Significa apostar igualmente por la concentración y la celeridad, la inmediación, la contradicción y la publicidad, el tratar de aunar esfuerzos en el tan anhelado logro del binomio celeridad-garantismo (...)”. COMISIÓN COORDINADORA DEL SECTOR DE JUSTICIA, IX Conferencia Iberoamericana del Sector de Justicia “La Oralidad en la Reforma Legal de El Salvador”, San Salvador, Imprenta Nacional, 2006, pág. 23.

Así, los Arts. 8 y 147 CPCM ratifican que las actuaciones procesales en los ámbitos civil y mercantil se realizarán de forma predominante oral,⁸⁷ sin perjuicio de los actos que deben hacerse constar por escrito.⁸⁸

Tales previsiones sobre la forma de las actuaciones procesales informan también el tema de las cuestiones incidentales, las cuales pueden plantearse y resolverse por escrito, en términos generales, mediante el procedimiento que recogen los Arts. 267 y siguientes CPCM, o bien de manera oral durante la celebración de una audiencia, como lo reconoce el Art. 263 del mismo código.

V. Efectos sobre el proceso

Un aspecto fundamental por considerar es la repercusión de las cuestiones incidentales sobre el proceso principal, dada su connotación de anomalías o crisis objetivas, como antes se indicó.

Para ello, debe tenerse presente el principio general previsto por el Art. 263 CPCM, que establece que las disposiciones del Capítulo Cuarto del Título Primero del Libro Segundo constituyen un *régimen general o*

⁸⁷ Existe pacífico consenso doctrinario de que la oralidad es una forma de hacer el proceso, pero no solo una forma como tal sino un sistema, un principio que rige el procedimiento y mediante el cual éste se desarrolla. Esa naturaleza de sistema se concibe cuando se analiza la oralidad desde los puntos de vista teórico y práctico, lo cual lleva a la conclusión de que no se trata de simple expresión verbal o forma de comunicación entre las partes y el juez, sino de un modo de hacer el proceso que además cuenta con principios, características, consecuencias y objetivos propios. Se trata en realidad de un concepto [la oralidad] adoptado por la necesidad de expresar en una fórmula simple y representativa un conjunto de ideas o caracteres, es decir, es un concepto que engloba un sistema de principios inseparables, al conjunto de los cuales es necesario referirse si se quiere entender el verdadero sentido de esta expresión; ellos son los principios de inmediación, concentración y publicidad. LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto, *Teoría General sobre el Principio de Oralidad en el Proceso Civil*, San José, Gráfica Cabal S.A., 2001, págs. 50 y 70.

⁸⁸ Verbigracia la demanda y su ampliación, la contestación de la demanda, la reconvenición, cualquier resolución que ponga fin al proceso o surta efectos materiales sobre la pretensión, las aportaciones documentales y el registro o documentación de las audiencias.

común,⁸⁹ bajo el que toda cuestión incidental deberá tramitarse en pieza separada,^{90, 91} salvo que la ley disponga un trámite distinto.

El legislador ha definido, pues, un procedimiento general que permite recoger, examinar y decidir esta clase de cuestiones; pero, a su vez, ha previsto regímenes específicos particularmente ideados para ciertos incidentes por su importancia singular, lo cual avala la clasificación reseñada de incidente común o especial.

Ahora bien, a ambos tipos de incidentes les es aplicable la regla general establecida por el Art. 264 CPCM, en el sentido que las cuestiones incidentales no suspenderán el desarrollo del proceso principal; salvo que, por su naturaleza, aquéllas impliquen un óbice para la prosecución del mismo.⁹²

El régimen no suspensivo de los incidentes es considerado un instrumento de celeridad por el que opta también, como regla general, el Art. 283 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica; sin embargo, la misma ley establece ciertas salvedades.

⁸⁹ Las cuestiones incidentales comunes se resuelven a través de un auténtico proceso que tiende a facilitar el desarrollo del proceso principal en el que se inserta, mediante la resolución de las cuestiones anormales que surjen (*sic*) durante su pendencia. GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, op. cit., pág. 498.

⁹⁰ El profesor español Jorge Alberto López González apunta que la formación de legajos –piezas separadas– implica tramitar varios procesos accesorios conjuntamente con el principal, y agrega que los expedientes incidentales en ocasiones se vuelven más voluminosos y complicados que el proceso principal.

⁹¹ El incidente sigue su curso y el proceso el suyo, pero la sentencia no se pronuncia hasta cuando todos los incidentes estén decididos y en firme, salvo, claro está, los que deben ser definidos en ella y algunos que caben después de la sentencia, excepcionalmente. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, op. cit., Tomo II, pág. 195.

⁹² El Art. 283 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en adelante CPCMI, establece una regla semejante. Lo mismo ocurre con el Art. 319 del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, (en lo sucesivo CGP) respecto del cual se indica: “La norma consagra como solución de principio-sujeta a excepciones– el efecto no suspensivo de los incidentes respecto del trámite del proceso principal, en consonancia con el principio de celeridad (pronta y eficiente administración de justicia), procurando que la tramitación de la cuestión incidental no detenga el curso del proceso principal, solución que contribuye además a la vigencia del principio de buena fe (desestimulando los planteos incidentales con fines meramente dilatorios). LANDONI SOSA, Ángel *et al.*, op. cit., pág. 1300.

Precisamente, el Art. 265 CPCM detalla ciertos supuestos de suspensión del proceso, que algún sector de la doctrina identifica como *incidentes de previo pronunciamiento y de tramitación suspensiva en relación con el proceso principal*.

Al respecto, se precisa que cuando el pronunciamiento que debe dictarse en el incidente sobre la cuestión incidental supone un obstáculo a la continuación del proceso por sus trámites ordinarios, el incidente se tramitará en la misma pieza de autos y dará lugar a la suspensión de aquel proceso.⁹³ Los casos previstos,⁹⁴ bajo el sistema de *numerus apertus*, por aquella disposición, son precisamente:

- La falta de un presupuesto procesal⁹⁵ o el surgimiento de un obstáculo de la misma naturaleza, siempre que esto se advierta con posterioridad a la audiencia preparatoria y sea, por su naturaleza, insubsanable.

En virtud de la alusión al proceso declarativo común, conviene recordar que una de las utilidades de la audiencia preparatoria es precisamente el saneamiento de los defectos procesales que pudieran tener las alegaciones iniciales, ya que en ella se examinan los defectos manifestados en la contestación a la demanda o en la contestación a la reconvención, en su caso, Arts. 292 y 298 CPCM. Por tal razón, la denuncia de la falta de un presupuesto procesal por la vía incidental debería referirse, idealmente, a una circunstancia de apercebimiento sobreviniente a la celebración de esa audiencia.

- Incidencias cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del proceso. No deben confundirse estas incidencias con las deficiencias procesales recién comentadas. Así, a guisa de ejemplo pueden citarse los siguientes casos: la sucesión procesal por muerte o transmisión del objeto

⁹³ MONTERO AROCA, Juan *et al.*, op. cit., págs. 290 y 291.

⁹⁴ Los supuestos regulados por el Art. 265 del CPCM tienen su equivalente directo en las cuestiones enumeradas por el Art. 391 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, bajo el epígrafe “Cuestiones de previo pronunciamiento. Casos”.

⁹⁵ Clarificador de los presupuestos procesales resulta el Art. 298 del CPCM que identifica como presupuestos de las partes la capacidad para ser parte y la capacidad procesal; del órgano jurisdiccional, la jurisdicción y la competencia; y del objeto procesal, la ausencia de litispendencia, cosa juzgada, sumisión al arbitraje, compromiso pendiente y procedimiento inadecuado.

litigioso (Arts. 86 y 88), la ratificación debida de la procuración oficiosa (Art. 74) y el rechazo del allanamiento (Art. 131), todos del CPCM.

Hay otros supuestos en que *ope legis* el Código plantea la suspensión del proceso, tal es el caso de la denuncia *in persecuendi litis* de falta de jurisdicción (Art. 24) o competencia (Arts. 41 y sgtes.) y la sucesión procesal por transmisión del objeto del proceso (Art. 88), todos incidentes especiales.

Ahora bien, el CPCM se refiere también a las cuestiones incidentales que, debiendo decidirse en forma previa al tema principal del proceso, no sean un obstáculo para su continuación, Art. 264 Inc. 2°, las cuales califica la doctrina como *incidentes de especial pronunciamiento y no suspensivos*.

En relación con lo anterior, se señala que cuando la cuestión incidental exija que el tribunal decida sobre ella de modo específico en la sentencia, y antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito, el incidente se sustanciará en pieza separada, sin suspensión del proceso principal.⁹⁶

Esta clase de cuestiones incidentales respetan a plenitud el principio de concentración, por cuanto se tratan conjuntamente con el objeto principal del proceso para evitar la paralización de éste y la tramitación de cuestiones independientes.⁹⁷

Refiriéndose a los requisitos formales y sustanciales de la sentencia definitiva, el legislador prescribe que los fundamentos de derecho habrán de contener una respuesta expresa y razonada a todas y cada una de las cuestiones jurídicas necesarias para la adecuada resolución del objeto procesal, quedando aquí comprendidas ciertamente las cuestiones incidentales (Art. 217 inc. 4° CPCM).

⁹⁶ MONTERO AROCA, Juan *et al.*, op. cit., pág. 291.

⁹⁷ El proceso incidental sigue, por ello, un curso paralelo, aunque naturalmente, si se anticipa la tramitación del proceso principal, la sentencia no será dictada hasta que el incidente quede resuelto. GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, op. cit., pág. 501.

VI. Concentración y preclusión

El principio de concentración,⁹⁸ previsto por el Art. 11 CPCM, posee diversas expresiones en el ámbito de las cuestiones incidentales, que intentan paliar los efectos retardatorios que éstas pudieran acarrear al devenir del proceso.⁹⁹

Una de esas manifestaciones es la exigencia de tramitación conjunta que establece el Art. 266 CPCM,¹⁰⁰ siempre que concurren las siguientes condiciones:

- Que se trate de cuestiones incidentales que por su naturaleza puedan paralizar el proceso: incidentes de previo pronunciamiento y de tramitación suspensiva en relación con el proceso principal.

⁹⁸ El efecto primordial de la concentración es que evita la dispersión de los actos procesales; sin embargo, en relación con el principio de oralidad cumple otras funciones específicas de las cuales depende en gran medida el funcionamiento del sistema procesal de la oralidad. Se manifiesta como garantía de la inmediación; influye en el desarrollo del procedimiento, fundamentalmente en el tratamiento de las cuestiones interlocutorias; y tiene como consecuencia la celeridad procesal. LOPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto, op. cit., pág. 59.

⁹⁹ “De acuerdo con este corolario [de concentración de los actos procesales], debe procurarse que el aspecto formal del proceso se desenvuelva en su dinamismo natural sin solución de continuidad, evitando que las cuestiones incidentales entorpezcan el eje definitivo del proceso; sin vulnerar el principio de defensa, restringe la posibilidad de interponer recursos e incidentes de previa definición, reservando la solución de las cuestiones accesorias para ser definidas en la misma sentencia o en oportunidad previa a ella”. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, *Teoría General del Proceso*, 2ª reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, S.A., 1998, Tomo I, pág. 105.

¹⁰⁰ Esta disposición intenta simplificar el trámite procesal de las cuestiones incidentales y representa un corolario del *principio de eventualidad*. Sobre éste, los profesores colombianos Beatriz Quintero y Eugenio Prieto señalan: “Consiste en la posibilidad, que a veces más que facultad es carga, de aducir todas las pretensiones, medios de ataque y de defensa de que disponga el justiciable, en forma simultánea, y aun cuando sean incompatibles o contradictorios entre sí, en cada etapa u oportunidad que la ley indique para ello. Se regimenta por las legislaciones como íntimamente vinculado con la preclusión, como regla del proceso que en tal virtud se divide en etapas o fases preclusivas”. *Ibíd.*, pág. 103.

Al respecto, en términos similares, se precisa: “Este principio [de eventualidad] consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación ataque y defensa, respondan a las etapas correspondientes del proceso; recordando al efecto que, bajo el imperio del principio de preclusión, lo que no se hace en tiempo hábil y pertinente queda impedido de plantearse en lo sucesivo.- Por esta vía se especifica que cada uno de los planteos deducidos en el curso de un litigio deben presentarse en forma simultánea y no sucesiva, esto es, prohibiendo el ejercicio eventual o subsidiario que supone dejar abierta una posibilidad de alternancia si la petición principal fracasa”. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Teoría General del Derecho Procesal*, Buenos Aires, Editorial Ediar, S.A., 1996, pág. 136.

- Que las causas o razones que motivan las cuestiones incidentales existan simultáneamente y que además sean conocidas por quien las promueve.
- Que sea posible su tramitación conjunta, para lo cual deberá examinarse su compatibilidad y el procedimiento específico que ha de seguirse para su decisión.

Si concurren tales exigencias es imperativa la articulación, tramitación y resolución conjunta de las respectivas cuestiones incidentales, so pena de rechazo de las entabladas con posterioridad. Esta desestimación de plano se producirá bajo la figura polivalente de la improponibilidad, y adoptará la forma de un auto simple a tenor del Art. 212 CPCM.

De tal forma, se busca asegurar no solo el principio de concentración, sino también los de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal, que se resumen en un deber impuesto a las partes de conducirse de forma honorable en el proceso y al tribunal de procurar evitar las conductas ilícitas, desleales o meramente dilatorias de las partes (Art. 13 CPCM).

Otra clara expresión de concentración se encuentra en la parte final del inciso 2° del Art. 263 CPCM, que prescribe que al estar próxima la celebración de una audiencia y haberse planteado una cuestión incidental por escrito, ésta se incorporará como punto de agenda para ser ventilada en ese acto, a fin de impedir suspensiones o dilaciones indebidas. En la audiencia, pues, se escuchará de viva voz a las partes, se recibirá la prueba estrictamente necesaria y se adoptará la decisión que corresponda, lo que para algunos constituye la mejor forma de ventilar las cuestiones incidentales.

La valoración de la cercanía o no de la audiencia queda confiada a las consideraciones de buen sentido y razón natural del juzgador, según las circunstancias de cada caso concreto, en virtud de su papel de director y

¹⁰¹ Sobre el principio de preclusión señala el profesor uruguayo Santiago Garderes Gasparri que conforme a él se concibe al proceso organizado en diversas etapas que se van cerrando o clausurando a medida que se realizan los actos respectivos o vencen los plazos señalados al efecto, permitiendo de esa forma que el proceso avance con agilidad, sin retrotraerse a etapas ya superadas. COMISIÓN COORDINADORA DEL SECTOR DE JUSTICIA, op. cit., pág. 43.

ordenador del proceso, cuyo trámite debe adelantar con la mayor celeridad posible, de acuerdo con el Art. 14 CPCM.

Por último, como una concreción del principio de preclusión,¹⁰¹ cabe destacar la prohibición consignada en el inciso final del Art. 267 CPCM, en el sentido que las cuestiones incidentales no pueden suscitarse por las partes una vez iniciada la audiencia probatoria en el proceso común, o bien una vez admitida la prueba en el proceso abreviado.

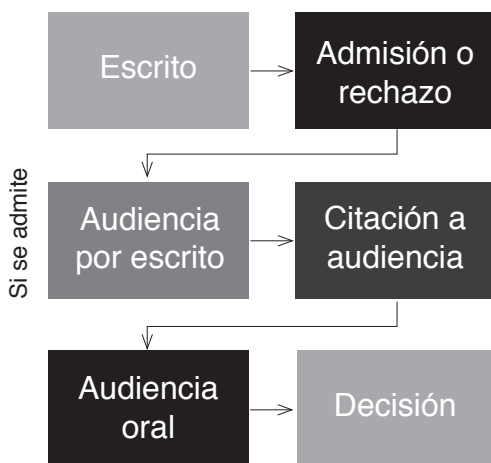
Lo terminante de ese momento preclusivo se torna debatible al estudiar la denuncia de la falta de capacidad para ser parte o de capacidad procesal, supuestos en los que aparentemente el legislador permite la promoción de una cuestión incidental en cualquier momento antes de la sentencia (Art. 65 CPCM).

VII. Procedimiento en caso de promoción escrita de la cuestión incidental

En este caso, el incidente se ajusta a la forma escrita en su iniciación y a la oral en su desarrollo, lo que se ilustra mediante el siguiente esquema: A continuación, se explicitan cada una de las etapas del procedimiento en comento, regulado por los Arts. 267 al 270 CPCM.

1. *Escrito*: Por constituir el inicio de este procedimiento, la doctrina también le denomina *demanda incidental*. El escrito de promoción debe satisfacer los siguientes requisitos:
 - Ser concreto y fundado, tanto fáctica como jurídicamente.
 - Estar acompañado de los documentos oportunos.
 - Proponer las pruebas necesarias.
 - Indicar si la cuestión habrá de suspender el curso del proceso principal.

2. **Admisión.** Con la vista y análisis del escrito presentado, el juez, sin oír a la parte contraria, decidirá sobre la admisión o no de la cuestión incidental y, por consiguiente, sobre el trámite del incidente. La decisión de admisión adoptará la forma de un auto simple, conforme a los Arts. 212 y 216 CPCM. Si la resolución da lugar al incidente, al mismo tiempo tendrá que resolver sobre la clase de este: suspensivo o no suspensivo, con los efectos antes explicados.



No existe, por otra parte, previsión expresa sobre el plazo para resolver la admisión del incidente, por lo que resulta aplicable el principio procesal de celeridad subyacente en el Art. 15 CPCM.

3. **Rechazo.** Modernamente en un proceso influenciado por la oralidad se dota al juez de verdaderos poderes disciplinarios, de dirección y de instrucción que le permiten, entre otras medidas, desechar pedimentos que considere improcedentes, lógicamente respetando imperativos constitucionales.¹⁰²

En ese sentido, el juez goza de amplios poderes para rechazar incidentes manifiestamente improponibles o que no encajen en las previsiones del código.¹⁰³ Tal rechazo adoptará igualmente la forma de un auto simple, que deberá encontrarse debidamente motivado por

¹⁰² En las Bases para la Preparación del CPCMI, aprobadas en las V Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de 1970, se indicaba que el juez debe estar dotado de facultades para, entre otras actuaciones, rechazar *in limine* los incidentes que hayan sido propuestos antes por la misma causa que otro ya resuelto, o sean repetición de otro que se esté tramitando y cuando, a pesar de fundamentarse en causa distinta ésta haya podido alegarse en uno anterior. Tales premisas son retomadas por el Art. 24.7 del CGP.

¹⁰³ Ello quiere decir que el juez, además de revisar espontáneamente el cumplimiento de los requisitos que, por las normas comunes, se atribuyen a su iniciativa (...), comprueba de oficio la idoneidad de la materia, que exige que se trate, verdaderamente, de una *cuestión anormal*, ligada con el proceso principal, aunque independiente y que se refiera al mismo, ya en cuanto

parte del juzgador. Contra esa decisión cabría interponer únicamente recurso de revocatoria por escrito, conforme a los Arts. 503 y siguientes CPCM.

4. *Audiencia por escrito.* A continuación, habiéndose admitido la cuestión incidental, bien en la misma pieza de autos –incidentes de previo pronunciamiento y de tramitación suspensiva–, bien en pieza separada –incidentes de especial pronunciamiento y no suspensivos–, se dará audiencia de la “demanda incidental” a la parte contraria por tres días, para que conteste concretamente sobre aquella cuestión y alegue lo pertinente. Esta audiencia es equiparable, por su finalidad, a un traslado.

La contestación habrá de realizarse también por escrito, aportando los documentos oportunos y ofreciendo a su vez las pruebas necesarias.

5. *Audiencia oral.*¹⁰⁴ Transcurrido el plazo de tres días, con contestación o sin ella, el juez citará a las partes a una audiencia, que se celebrará en los diez días siguientes al de la citación.¹⁰⁵

El Art. 268 CPCM regula la posibilidad de postergar o suspender la audiencia una sola vez cuando fuere materialmente imposible practicar la prueba que deba recibirse; sin embargo, son aplicables también a ese acto, por analogía, las causas de suspensión e interrupción reconocidas por los Arts. 208 y 211 CPCM, respectivamente.

La audiencia oral se desarrollará conforme a las reglas establecidas para el proceso abreviado,¹⁰⁶ y en ella deberá practicarse toda la prueba propuesta y admitida.

a la forma, ya en cuanto al fondo. También examinará el requisito del *tiempo* (...)”. GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, op. cit., págs. 501 y 502.

¹⁰⁴ Ha de entenderse aplicable a este acto, por su naturaleza y conforme a la regla de integración prevista por el mismo Código, el régimen de las audiencias (Arts. 200 al 211 CPCM).

¹⁰⁵ Deben tenerse presentes las fórmulas para el cómputo de los plazos que contempla el Art. 145 del CPCM. Así mismo, cabe apuntar que este supuesto es una excepción a la regla de señalamiento de audiencias prevista por el Art. 201 Inc. final del CPCM.

¹⁰⁶ Arts. 425 al 430 del CPCM.

Conviene aclarar que para la admisibilidad, práctica y valoración de la prueba, el juzgador deberá remitirse a las reglas generales del código.

En relación con los aspectos probatorios resultan llamativas las limitaciones impuestas por el último inciso del mencionado Art. 268, ya que: (i) Se excluyen las figuras del perito de parte y del perito de consenso, por cuanto sólo se permite la actuación de un perito judicial designado de oficio; (ii) Contrario a la apertura en cuanto al número de declarantes y el control judicial de la necesidad de éstos que determina el Art. 361 del CPCM, se restringe la cantidad de testigos que cada parte puede proponer a cinco; y (iii) Seguramente por un error material, se consigna que las declaraciones de los testigos “no” podrán recibirse por el juez que conozca del incidente, cualquiera que fuere el domicilio de aquéllos, lo cual *ad absurdum* supone un quebranto del principio procesal de inmediación.

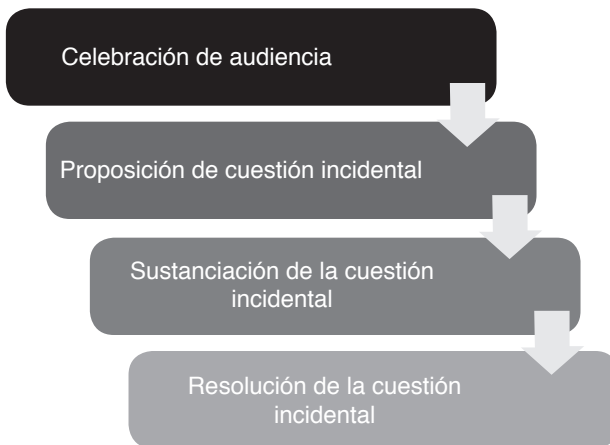
Tales limitaciones deben ser interpretadas conforme a las directrices previstas por el Art. 18 del CPCM, a fin de evitar decisiones que vulneren las garantías del proceso constitucionalmente configurado.

Por otra parte, no se identifican las consecuencias de la incomparecencia de las partes a la audiencia, pero podrían aplicarse, bien por la remisión que se hace o por analogía, las establecidas para dicha situación en el caso del proceso abreviado; esto es, entender que la incomparecencia injustificada de la parte que propuso la cuestión incidental implicará su desistimiento, mientras que la incomparecencia de la parte contra la que se planteó la cuestión no impedirá la celebración de la audiencia. En estos casos, rige lo previsto por el Art. 174 del CPCM en el sentido que la decisión que se pronuncie se tendrá por notificada a quienes tienen la carga de comparecer y, por lo tanto, debieron asistir a la audiencia.

Por lo demás, la no presentación de ambas partes justificaría la suspensión y el nuevo señalamiento de la audiencia.

En este acto carece de sentido el intento de conciliación previsto para el proceso abreviado.

6. *Decisión.* Si el incidente fue suspensivo, una vez producida la prueba que haya sido admitida, en la audiencia oral el juez resolverá la cuestión sin más, ello significa que anunciará verbalmente su fallo; y en seguida dictará un auto simple si es procedente la continuación del proceso, o definitivo si le pone fin. En este último caso, cabrá recurso de apelación, en consonancia con lo establecido por el Art. 508 CPCM; en cambio, si se decidiera la continuación del proceso, no cabrá recurso alguno de modo independiente, sin perjuicio de impugnar la resolución cuando se apele de la sentencia, a fin de cumplir con la celeridad que se encuentra en la base de la opción por el modelo oral.^{107, 108}



Si el incidente fue no suspensivo, es decir, no supuso un obstáculo para la continuación del proceso, la cuestión se decidirá directamente en la sentencia definitiva, si bien con la debida separación, como lo contempla el inciso final del Art. 264 CPCM.

¹⁰⁷ Se cumple así uno de los principios señalados por Chiovenda como consecuencias al de oralidad: el de la inapelabilidad de las resoluciones que deciden las cuestiones incidentales.

¹⁰⁸ Frente a ese inconveniente [apelación de resoluciones que se pronuncian sobre las cuestiones incidentales], la práctica sustentada en la oralidad, y que recomienda doctrina autorizada, que obviamente compartimos, propugna que el tratamiento de las cuestiones prejudiciales, previas e incidentales tratadas en la audiencia, supone la imposibilidad de apelar los pronunciamientos interlocutorios, antes de la sentencia que pone fin a la instancia. Razones lógicas, prácticas, de celeridad y economía procesal nos llevan a la conclusión de que para ser concordantes con los objetivos de la oralidad, y principalmente de la concentración, las resoluciones interlocutorias deben ser sustraídas de la posibilidad de ser recurridas en apelación, antes de la sentencia de primera instancia. De no ser así, se caería en el contrasentido de que, si una de las partes interpone un incidente y éste es rechazado en el acto, establecido un recurso devolutivo, deba suspenderse la audiencia para que el superior conozca de la resolución recurrida. Ello tendría, como consecuencia, gran cantidad de suspensiones de audiencias y el retraso en la tramitación de los procesos. LOPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto, op. cit., págs. 60 y 61.

Si surgieren durante la tramitación de la cuestión incidental otras cuestiones accesorias de menor entidad, éstas se decidirán en la misma resolución que aquélla –auto o sentencia–, de acuerdo con el Art. 269 CPCM.

VIII. Procedimiento en caso de promoción oral de la cuestión incidental

Prescribe el Art. 263 CPCM que las cuestiones incidentales suscitadas en audiencias y que se refieran a su trámite serán ventiladas y decididas en ellas; asimismo que se resolverán en audiencia aquellas cuestiones planteadas por escrito, cuando esté próximo un acto de esa naturaleza, incluyéndose como punto de agenda.¹⁰⁹

En síntesis, el procedimiento para atender este tipo de cuestiones sería el siguiente:

1. **Celebración de audiencia.** En cuanto al proceso común, la cuestión incidental podrá ordinariamente suscitarse durante el desarrollo de la audiencia preparatoria. Se interpreta que no existe impedimento para que se alegue por la vía incidental un defecto procesal de la demanda o la reconvencción que, en principio, podría haber figurado en la contestación a estas (Art. 284 y 286 CPCM); aunque ello podría juzgarse contrario a los principios recogidos por el Art. 13 del mismo código. A su vez, podrá promoverse cuestión incidental por escrito antes de la celebración de la audiencia probatoria,¹¹⁰ la cual si el juzgador lo estima conveniente, se incorporará como punto de agenda de dicha audiencia. Cabe recordar que una vez abierta la audiencia probatoria, no se admite el planteamiento de incidentes, con la salvedad hecha anteriormente.

¹⁰⁹ El Art. 284 del CPCMI regula el incidente en audiencia de la siguiente forma: “Los incidentes relativos a cuestiones planteadas en la audiencia se formularán verbalmente y, oída la parte contraria, se decidirán de inmediato por el Tribunal, sin otro recurso que el de reposición”. En similares términos el Art. 320 del CGP prescribe: “*Incidentes en audiencia.*– Los incidentes relativos a cuestiones planteadas en la audiencia se formularán verbalmente y, oída la parte contraria, se decidirán de inmediato por el tribunal, sin otro recurso que el de reposición sin perjuicio de hacer valer la circunstancia como causal de impugnación (art. 249), al deducir recurso de apelación contra la sentencia definitiva”.

¹¹⁰ La audiencia probatoria debe ser fijada dentro de los 60 días siguientes a la audiencia preparatoria, según el Art. 311 inc. 2º del CPCM.

Si se tratase de un proceso abreviado, las cuestiones incidentales podrán ser planteadas durante la celebración de la audiencia única de éste, específicamente hasta antes de que en ella se admita la prueba que pretendan hacer valer las partes; es decir, en la fase de alegaciones e inclusive, aunque de manera extraordinaria, al momento de realizar sus ofrecimientos probatorios.

2. **Proposición de la cuestión incidental.** A efecto de establecer la oportunidad para la promoción de una cuestión incidental en el marco de las audiencias señaladas, conviene tener presente el régimen general de celebración de éstas, previsto por el Art. 203 CPCM, que regula un estadio de presentación del caso o formulación de alegatos iniciales, en el que se admitiría la formulación de esa clase de cuestiones con el objeto de mantener el orden, moderar la discusión y permitir el ágil desarrollo de las audiencias. Además, para la efectiva proposición de la cuestión el interesado deberá observar las técnicas de litigación oral.
3. **Sustanciación de la cuestión incidental.** Como se ha explicado antes, en este caso el juez goza también de amplias facultades para decidir sobre la admisión o no de las cuestiones incidentales, ya sea que califique su proponibilidad o bien su correspondencia con los casos regulados.

De admitir a trámite el incidente, el juzgador deberá asegurar la vigencia del principio de defensa y contradicción,¹¹¹ contemplado por el Art. 4 CPCM, dando a la parte contraria la oportunidad de exponer su posición sobre la cuestión planteada.

Así mismo, de resultar pertinente y útil, podrá permitirse a las partes practicar la prueba que consideren importante aportar sobre la cuestión incidental, bien para acreditar sus extremos o para desvirtuarlos.

¹¹¹ De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Constitucional, el derecho de defensa (Art. 12 Cn.) está íntimamente vinculado al derecho de audiencia, pues cuando éste establece que en todo proceso o procedimiento se tiene que otorgar o posibilitar –de acuerdo con la ley o en aplicación directa de la Constitución– al menos una oportunidad para oír al sujeto pasivo –principio del contradictorio–, no cabe duda de que todas las oportunidades de defensa a lo largo del proceso también son manifestaciones o aplicaciones *in extremis* del derecho de audiencia. Si existe audiencia, puede haber defensa; de modo inverso, es impensable el ejercicio de éste.

Si la sustanciación de la cuestión incidental se tornase compleja, podría recurrirse a la figura de la interrupción de la audiencia, prevista por el Art. 211 CPCM, fijando al efecto un plazo breve de reanudación.

- 4. Resolución de la cuestión incidental.** Por regla general, la resolución de la cuestión incidental habrá de ser presta, en armonía con la obligación prevista por el Art. 15 CPCM. La decisión que se adopte podrá ser atacada mediante un recurso de revocatoria oral, conforme al Art. 507 CPCM, y solo en caso de que aquélla ponga fin al proceso cabrá también la interposición del recurso de apelación, de acuerdo con los Arts. 270 y 508 del mismo código.

IX. Conclusiones

- La cuestión incidental es una alteración del proceso, que supone el surgimiento de un asunto extraño al debate lógico establecido liminarmente; mientras que el incidente es el procedimiento por el que se conoce de la cuestión incidental.
- La promoción de las cuestiones incidentales habrá de satisfacer una serie de exigencias, sin cuyo concurso éstas deberán ser declaradas improponibles.
- Los incidentes admiten distintas clasificaciones, según el criterio que se adopte; pero la más relevante es la que se fija en el efecto de aquéllos sobre el trámite del proceso principal. Así, se sistematizan *en incidentes de previo pronunciamiento y de tramitación suspensiva en relación con el proceso principal* y *en incidentes de especial pronunciamiento y no suspensivos*.
- El Código Procesal Civil y Mercantil adopta, como regla general, el régimen no suspensivo de los incidentes, pero establece a su vez diversas excepciones a éste.
- Los principios de concentración, eventualidad y preclusión informan marcadamente el ámbito de las cuestiones incidentales.
- El código establece distintos procedimientos para el trámite de cuestiones incidentales promovidas de manera escrita y oral.

LECCIÓN NOVENA¹¹²

LA PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

Abreviaturas

Art: Artículo

Cn: Constitución de El Salvador

CPCM: Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil de España (2000)

PCPCM: Proyecto Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador

REF: Reglas de Evidencia Federal (Estados Unidos)

REPR: Reglas de Evidencia de Puerto Rico

TC: Tribunal Constitucional español.

INTRODUCCIÓN

El Salvador ha tenido, durante estos últimos 20 años, un proceso de reflexión sobre su sistema judicial y legal. La reforma judicial y legal ha permitido abrir el conocimiento y atisbar otros sistemas procesales diferentes al tradicional sistema jurídico franco-hispano, que ha regulado la legislación procesal civil y penal.

Es así que en el año 2000 la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, con la asistencia técnica del Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), inició la redacción de las primeras bases para la reforma procesal civil. Luego, en los años siguientes con los Proyectos de Justicia de la Agencia

¹¹² Rommell Ismael Sandoval Rosales

Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos de América, USAID por sus siglas en inglés, los miembros de la comisión redactora del anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil tuvieron la oportunidad de contactar a juristas del ámbito angloamericano y continental (europeo y suramericano) para intercambiar conocimientos y experiencias, y realizar visitas a tribunales y escuelas de Derecho para conocer el estado de la justicia en dichos lugares.

En este ambiente se comprendió que para poder implantar un sistema de juicio oral con todas sus garantías en materia civil y mercantil (y supletoriamente en las demás ramas del Derecho), como lo exige la Constitución salvadoreña, se debían adoptar algunas reglas probatorias angloamericanas que pudieran ser compatibles con los principios procesales del tradicional sistema franco-hispano imperante en El Salvador.

La gestación del proyecto de Código Procesal Civil y Mercantil fue de casi diez años de trabajo. Algunas reglas del sistema adversarial, inicialmente propuestas en las algunas versiones del proyecto, fueron descartadas durante el proceso de discusión de ley por considerar que no se estaba preparado para asumirlas. En algunas partes del proyecto legislativo se hicieron modificaciones y eliminaciones que alteraron la sistemática adversarial en las reglas probatorias proyectadas, al incluir regulaciones inquisitivas de la LEC y del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Pese a este largo y escabroso proceso de reforma, el resultado de la combinación de reglas del sistema continental y del sistema angloamericano ha permitido la adopción de normas que regulan la actividad investigativa, las fuentes o elementos de prueba y los medios probatorios, así como el ofrecimiento, admisibilidad, producción y valoración de la prueba. Este fue un ejercicio de derecho comparado que hicieron los salvadoreños no sólo “en las fronteras” de los grandes sistemas jurídicos, como dirían Mirjan Damaska o Michele Taruffo, sino también en interior.

Hay un aspecto de la vida cotidiana de los salvadoreños que vale la pena comentar y que puede ilustrar los encuentros o choques de la cultura jurídica entre ellos. En la actualidad, hay al menos dos millones de salvadoreños o de sus descendientes viviendo en los Estados Unidos de América. Los

lazos entre los parientes de los ciudadanos que se han quedado viviendo en El Salvador con los que ha emigrado son muy fuertes y se mantienen en constante comunicación. Con estos lazos se hacen inversiones, se unen en matrimonio y en general efectúan cualquier tipo de negocios jurídicos. Y también se exige la aplicación de la ley y la justicia.

Cuando existen conflictos con la ley procesal civil o comercial en El Salvador (incluso la laboral o la de familia), en los que están involucrados los compatriotas que han emigrado hacia los Estados Unidos o sus familiares, lo que más les extraña a los que viven bajo la ley norteamericana es el alambicado, complicado e inaccesible sistema de justicia nacional. Obviamente, la mayor parte de personas no son expertos en derecho, pero se han acostumbrado a ser protegidos por la ley.

Los compatriotas no entienden el mal funcionamiento de la práctica judicial y forense. No comprenden la limitación que la ley procesal dicta a los jueces al limitar las fuentes y medios de pruebas que limitan el acceso a la protección judicial. Les resulta increíble que los jueces, con mucha dificultad, admitan prueba con soportes electrónicos, audio, fotografía o videográficos. De igual manera, a nuestros compatriotas les extraña que no se celebren audiencias públicas.

A los compatriotas les llama la curiosidad la producción probatoria escrita en el tribunal, por medio de un cuestionario tanto para testigos como para las partes (posiciones) ante un colaborador jurídico o empleado del tribunal en materia civil, mercantil, laboral e inquilinato y no ante un juez, como en materia de familia (como en penal y menores). Es decir, les llama la atención, a nuestros coterráneos que viven en los Estados Unidos, que el juez nunca esté presente en una sala de audiencias y que los abogados no puedan interrogar testigos de manera oral.

Cuando los abogados les explican que el sistema es diferente, algunos responden que entonces no hay justicia. Les sorprende la lentitud, la falta de transparencia y a veces los problemas de probidad de un sistema escrito. Lo mencionado es una muestra de la realidad: el intercambio cultural y jurídico.

Las reglas del Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, que a continuación se exponen, fueron diseñadas para desarrollar en El Salvador

un juicio oral adversativo basado en el Art. 11 de la Constitución. Están fundadas en la libertad de identificación y proposición de las fuentes o elementos de prueba por las partes, en un juicio oral y público, y la valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica por el juez. Estos lineamientos deberán irse ajustando, de manera general, para el procedimiento ordinario o común y al abreviado, y con sus propias especificaciones a los procedimientos especiales. No se ha tratado ni de implantar un sistema americano ni europeo, sino de adaptarse a la realidad nacional.

Los principios del Código Procesal Civil y Mercantil¹¹³ aplicados a la resolución de los conflictos judiciales pueden ayudar a satisfacer las interrogantes planteadas anteriormente.

Estos son los principios básicos a los que se hace referencia:

- **Derecho a la protección jurisdiccional**

Art. 1.- Todo sujeto tiene derecho a plantear su pretensión ante los tribunales, oponerse a la ya incoada, ejercer todos los actos procesales que estime convenientes para la defensa de su posición y a que el proceso se tramite y decida conforme a la normativa constitucional y a las disposiciones legales.

- **Vinculación a la Constitución, leyes y demás normas**

Art. 2.- Los jueces están vinculados por la normativa constitucional, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, sin que puedan desconocerlas ni desobedecerlas.

Todo juez, a instancia de parte o de oficio, deberá examinar previamente la constitucionalidad de las normas de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las decisiones que adopten en el mismo; y si alguna de ellas contradice la normativa constitucional, la declarará inaplicable en resolución debidamente motivada, en la que se consignen la disposición cuya inaplicabilidad se declara, el derecho,

¹¹³ DL 712 del 18/09/2008. PDO No. 224, T. 381, No. 24 del 27/11/2008. La Asamblea estableció su entrada en vigor el día uno de enero del dos mil diez.

principio o valor constitucional que se considera infringido y las específicas razones que fundamentan.¹¹⁴

Las pruebas que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, con infracción de derechos o libertades fundamentales, no surtirán efecto.

• Principio de legalidad

Art. 3.- Todo proceso deberá tramitarse ante juez competente y conforme a las disposiciones de este Código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal.

Las formalidades previstas son imperativas. Cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por ley, se adoptará la que resulte indispensable o idónea para la finalidad perseguida.

• Principio de defensa y contradicción

Art. 4.- El sujeto contra quien se dirija la pretensión tiene derecho a defenderse en el proceso, interviniendo en las actuaciones y articulando los medios de prueba pertinentes.

En todo caso, cada parte tiene derecho a contar con la oportunidad de exponer su argumentación y rebatir la de la contraria, y sólo cuando expresamente lo disponga la ley podrán adoptarse decisiones sin oír previamente a una de las partes.

• Principio de igualdad procesal

Art. 5.- Las partes dispondrán de los mismos derechos, obligaciones, cargas y posibilidades procesales durante el desarrollo del proceso.

¹¹⁴ Esta regla no era necesaria incorporarla al Código Procesal Civil y Mercantil, debido a que la Constitución tiene fuerza normativa por sí misma; basta con que el juzgador aplique directamente la norma fundamental para la resolución de antinomias o conflictos normativos o para la defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, dado que la tradición jurídica se sigue decantando por la preferencia de la ley por sobre la Constitución, fue necesario agregarla. En El Salvador los jueces de cualquier materia y grado son “jueces de la Constitución”, “guardianes de la Constitución” (Arts. 1, 2, 11, 172, 185, 235, 149, 246 y 249 de la Constitución).

Las limitaciones a la igualdad que disponga este Código no deben aplicarse de modo tal que generen una pérdida irreparable del derecho a la protección jurisdiccional.

- **Principio dispositivo**

Art. 6.- La iniciación de todo proceso civil o mercantil corresponde al titular del derecho subjetivo o interés legítimo que se discute en el proceso; y dicho titular conservará siempre la disponibilidad de la pretensión.

Las partes podrán efectuar los actos de disposición intraprocesales que estimen convenientes, terminar el proceso unilateralmente o por acuerdo entre las mismas y recurrir de las resoluciones que les sean gravosas, de conformidad a lo dispuesto en este Código.

- **Principio de aportación**

Art. 7.- Los hechos en que se fundamente la pretensión y la oposición que se conoce en el proceso sólo podrán ser introducidos al debate por las partes.

La actividad probatoria debe recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes o por los que tienen la calidad de terceros de conformidad a las disposiciones de este Código, en su caso; en consecuencia, el juez no podrá tomar en consideración una prueba sobre hechos que no hubieran sido afirmados o discutidos por las partes o terceros.

La proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros; sin embargo, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio¹¹⁵ de conformidad a lo dispuesto en este Código.

¹¹⁵ Esta parte del artículo se subraya para llamar la atención a que no es una regla adversativa, sino inquisitiva no admitida por la Constitución. Aun y cuando la Sala de lo Constitucional manifestó que el legislador (la Asamblea Legislativa) tiene libertad de configuración del proceso y del procedimiento, se le olvidó expresar que la misma Constitución establece los pará-

• **Principio de oralidad**

Art. 8.- En los procesos civiles y mercantiles las actuaciones se realizarán de forma predominantemente oral, sin perjuicio de la documentación, de los actos procesales que deban hacerse constar por escrito y de las aportaciones documentales que en este Código se establecen.

• **Principio de publicidad**

Art. 9.- Las audiencias de todos los procesos previstos en este Código serán públicas, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, disponga lo contrario por razones de seguridad nacional, de moral o de orden público, o de protección de la privacidad de alguna de las partes.

La restricción de la publicidad de las audiencias deberá acordarse en resolución debidamente motivada, en la que se precisen de manera expresa y clara las razones de dicha restricción, así como la determinación de quienes, además de las partes, sus apoderados o representantes, podrán estar presentes en las mismas.

Las partes, sus apoderados, representantes, los abogados y cualquiera otra persona que alegue algún interés jurídicamente protegido, tendrán acceso al expediente judicial.

• **Principio de inmediación**

Art. 10.- El juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable; excepto cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el juez delegado presidir la práctica de la misma.

metros y contenidos esenciales del juicio oral y público, por lo que no existe tal libertad de configuración. De aceptar la resolución de la Sala de lo Constitucional, el Poder Legislativo tendría libertad de afectar los derechos y garantías del debido proceso, como lo es al reconocer las facultades de juez inquisidor. (Ver “Inconstitucionalidad”, 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en San Salvador, a las quince horas del día dieciocho de diciembre de dos mil nueve).

• Principio de dirección y ordenación del proceso

Art. 14.- La dirección del proceso está confiada al juez, quien la ejercerá de acuerdo a lo establecido en este Código. En consecuencia, deberá conducir los procesos por la vía procesal ordenada por la ley, no obstante que la parte incurra en error.

Iniciado el proceso, el juez impulsará su tramitación, disponiendo las actuaciones oportunas y adecuadas para evitar su paralización, adelantando su trámite con la mayor celeridad posible; en consecuencia, será responsable de la ordenación del proceso, así como de cualquier demora ocasionada por su negligencia.

Las disposiciones citadas permiten ir identificando la tendencia de establecer un modelo procesal que proteja los derechos fundamentales e intereses de los individuos o supraindividuales por medio de un proceso por audiencias ajustado a la Constitución de la República. Si bien en el modelo redactado en los borradores del anteproyecto se preveía un juicio civil o mercantil adversativo, la ley aprobada le ha reconocido algunos poderes al juez, tanto de dirección del proceso como de práctica probatoria. En cuanto a la dirección del proceso, es muy alentador que el juez será el gerente de la actividad jurisdiccional, pero en cuanto a la actividad probatoria, se puede poner en riesgo la garantía de la imparcialidad judicial.

1.- CONCEPCIONES SOBRE LA PRUEBA

En el lenguaje común, el ciudadano entiende que cuando se habla de la “prueba”, se puede considerar que se refiere a una actividad humana necesaria para que una persona pueda adoptar una determinada decisión. De igual manera un individuo puede utilizar otros sinónimos de prueba para convencerse de la existencia de un fenómeno, como “comprobar”, “examinar” o “verificar”.

Ello significa que esa persona necesita que le “prueben” o que le “demuestren” la existencia de una cosa, un hecho o un fenómeno que ha transformado la realidad (Miranda Estrampes). En la Ciencia Jurídica la palabra “prueba” tiene un significado similar o equivalente al del uso común, sin embargo, la Ley exige el cumplimiento de requisitos

o de un ritual preestablecido para que tenga validez dicha actividad. Normalmente esa prueba debe practicarse en una “audiencia” (Art. 11 de la Constitución) ante un juez (principio de inmediación y de juez natural). En efecto, si la controversia no ha podido ser resuelta de manera amigable, extraprocesalmente o intraprocesalmente antes de la audiencia de prueba, entonces, la actividad probatoria se convertirá en el centro sobre el que girará la decisión judicial.

En el Estado de Derecho actual no es concebible un proceso judicial sin que la ley exija la aportación a las partes en controversia de su prueba. Las partes introducirán sus elementos o fuentes de prueba a través de medios probatorios establecidos en la ley. Lo que se discute en el Estado de Derecho –siguiendo a Damaska y Taruffo- es el papel protagónico que deben asumir los sujetos procesales según los “encuentros” de los modelos procesales continental o angloamericano. Es decir, en la mayor o menor intervención de los jueces en la etapa de investigación o en el juicio o comprobación de los hechos, como veremos más adelante.

Si bien Taruffo reniega que se siga llamando al modelo continental como “inquisitivo”, por el hecho que los jueces tienen una mayor actividad probatoria. En el modelo escogido por el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño hay un cruce de sistemas que puede llevar a una confusión a la práctica forense. El diseño originalmente concebido, en las primeras versiones del proyecto de CPCM del procedimiento común u ordinario, era el de un modelo oral adversativo; sin embargo, el proyecto presentado a la Asamblea Legislativa con iniciativa de ley y aprobada por ésta terminó adoptando algunas disposiciones inquisitivas. Es decir, los jueces podrán efectuar actos de investigación de elementos de prueba y podrán practicar prueba en el juicio lo cual, además de la confusión de las funciones de los sujetos procesales, tendrá un efecto negativo en la salvaguarda de la garantía de imparcialidad de los jueces.

Pero volviendo al tema de la conceptualización de la “prueba”. Se puede afirmar que desde un punto de vista subjetivo, la prueba implica el resultado cognoscitivo que el juez realiza a partir de las aportaciones que las partes realizan (MIRANDA ESTRAMPES). En cambio, la prueba, desde la perspectiva objetiva, puede explicarse como los medios o instrumentos que permiten al órgano jurisdiccional modelar una decisión. Algunos autores realizan una combinación integradora de las acepciones

objetivas y subjetivas, por lo que para éstos la prueba implica ofrecer y producir, en un proceso jurisdiccional, los medios por los cuales el juez tomará una decisión sobre la base de su convencimiento.

En la valoración de la prueba el juez o tribunal verifica las afirmaciones hechas por las partes en la audiencia. Esta verificación se confronta entre las afirmaciones y la realidad. Es así que se considera que en la audiencia el juez compara las afirmaciones preliminares que las partes han forjado en sus escritos iniciales (llámese demanda en materia civil) con las aportaciones instrumentadas a través de los medios de prueba en la audiencia judicial.

En este orden de ideas, son bastante frecuentes los intentos por precisar el concepto de la prueba como una actividad orientada a lograr la convicción o certeza del juez sobre los asuntos sometidos a su conocimiento. Es decir, los autores intentan definir a la prueba como los actos procesales que procuran convencer al juzgador de la existencia o inexistencia de sus afirmaciones. La prueba procesal se concibe como todo aquel dato o elemento objetivo que coadyuve al descubrimiento de los hechos acaecidos.

De ahí que la prueba es considerada como cualquier dato, objeto o información del cual se deduzca, con un esfuerzo cognoscitivo, los extremos de una afirmación fáctica. Por ello estamos en contra de que se faculte al órgano jurisdiccional para realizar investigaciones que le corresponderían a las partes o a practicar prueba sin el impulso de parte. Pues prácticamente le estaríamos pasando toda la carga al juez de no tener dudas para fallar. Esto, por una parte, afectará la imparcialidad del juez al ampliar su rango de discrecionalidad, y, por la otra, será una audiencia probatoria interminable porque ningún juez querrá fallar si alberga alguna duda en su conciencia sobre los hechos afirmados (no hace falta seguir la escuela del realismo jurídico de Duncan Kennedy para entender la realidad forense salvadoreña).

Para Morena Catena, el concepto de la prueba puede precisarse por la finalidad que conlleva el lenguaje común. Así, se entiende que es una actividad de cotejo entre una afirmación sobre unos hechos y su realidad, encaminada a convencer una persona, es decir al juez. Entonces, son las partes las que habrán de ir proporcionando a los juzgadores, afirmaciones

que intentarán trasladarle la realidad, la que es desconocida por el juez, pero que es reconstruida en una audiencia de prueba.

Para Emmanuelli Jiménez la prueba (*proof*) en el pensamiento jurídico norteamericano tiene un sentido más amplio pues ésta es cualquier hecho o circunstancia factual que oriente la mente del juzgador hacia una decisión, bajo determinadas reglas de admisibilidad.¹¹⁶

Para Emmanuelli Jiménez, la prueba en un modelo adversarial, además de que debe ser ofrecida por las partes debe haber estado en la “posibilidad” material de haber sido sometida a un examen de credibilidad mediante la confrontación de las partes. Esta confrontación sólo es posible en el juicio oral adversativo si pudo haber estado en disposición de pasar por un examen del contrainterrogatorio, aunque no se hubiera efectuado. Esta es justamente la técnica adoptada por el legislador salvadoreño en los Arts. 367 y 356 CPCM (Art. 403 y 406 CPCM).

Cabe decir que en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, el punto de partida para definir la prueba debe ser considerado como una actividad procesal que las partes desarrollan en “audiencia probatoria” ante un juez o tribunal, previamente establecido por lo Ley, para convencerlo sobre la verdad de una afirmación o para fijarla para los efectos del proceso.

1.1. LA PRUEBA COMO ACTIVIDAD PROCESAL

Gimeno Sendra define a los actos de prueba como la actividad que realizan los sujetos procesales, normalmente las partes (demandante, demandado y terceros) en un proceso reglado, para la obtención de una

¹¹⁶ En los sistemas puertorriqueño y norteamericano las reglas probatorias o evidenciarias son comunes tanto para el proceso penal como para el proceso civil. Por lo tanto, la doctrina que se está citando para materia penal hay que proyectarla a la materia civil. De ahí que la única decisión válida y legítima que puede tomar un Juez para solucionar una controversia sólo puede ser a partir de la prueba practicada por las partes en una audiencia judicial, con todas las garantías constitucionales. Si la finalidad de la prueba es convencer al juez de la existencia veraz de las alegaciones de las partes, entonces la actividad investigadora realizada fuera del procedimiento judicial, no puede ser considerada como prueba.

decisión del juzgador sobre los hechos acontecidos e introducidos a su conocimiento. La decisión que resulte del juez se basará en el respeto al principio contradictorio, a las garantías procesales tendentes a verificar su espontaneidad y al respeto de los medios lícitos para la introducción de la evidencia.

Si la prueba tiene la función de obtener la certeza del juzgador con respecto a los datos aportados e introducidos en legal forma por las partes en el juicio, la certeza se puede lograr por el convencimiento psicológico del juez y por las normas legales que fijarán los hechos afirmados.

En este orden de ideas, expresa Miranda Estrampes que la prueba es un fenómeno de verificación, de comprobación o de comparación, ya que a través de ésta el juez podrá comprobar la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes. Es así que el juez civil salvadoreño, bajo las nuevas reglas del Código Procesal Civil y Mercantil, podrá llegar a reconstruir en su mente la realidad de los hechos a partir de la identificación de las aseveraciones efectuadas por las partes procesales con las aportaciones probatorias. De ahí que la posición que se mantendrá a lo largo de este ensayo es que el juez, bajo el Art. 172 Cn, sólo está sometido al Derecho constitucionalmente válido. Las normas procesales que le habilitan para investigar o efectuar actos de prueba deberán ser inaplicados para resguardar la garantía de imparcialidad.

Esta corriente tiene la bondad de permitir delimitar las funciones en el proceso del juez y de las partes. Las partes aportan las fuentes de prueba, las practican a través de los medios legales establecidos en la audiencia de prueba. El juez únicamente verificará la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes.

En las legislaciones modernas, especialmente inspiradas en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el concepto de prueba viene condicionado a la actividad procesal que los sujetos procesales, fundamentalmente las partes, efectúan en el proceso para que el juez pueda tomar una decisión sobre la controversia. Es decir, las atribuciones, derechos o cargas de la actuación procesal de los sujetos procesales en un determinado modelo de administración de justicia determinan el concepto de prueba.

El modelo de enjuiciamiento que ha adoptado la Constitución salvadoreña vigente separa las funciones de los sujetos procesales en un proceso civil oral (Arts. 11 y 172 Cn). El modelo se basa esencialmente en el principio de aportación de parte de los medios probatorios. La Constitución salvadoreña entiende que al órgano jurisdiccional no le incumbe investigar ni comprobar los hechos, sino que son las partes las que introducirán en el proceso las fuentes de prueba con los que comprueban sus alegaciones. La función exclusiva del juez será el juzgamiento de las afirmaciones realizadas a través de los medios probatorios aportados y controvertidos en juicio oral y público Art. 172 Cn), no la de “ordenar diligencias para mejor proveer” (Art. 7 CPCM) interminables y que pueden dañar la garantía de imparcialidad judicial, ni la de actuar por iniciativa propia (Arts. 7, 321, 390, 394, 369, 419 CPCM).

2. LA FINALIDAD DE LA PRUEBA

La prueba tiene la finalidad de convencer al juez sobre la credibilidad de las fuentes de prueba y de los medios de prueba, cuyo peso permite la adjudicación de las afirmaciones de las partes. Son las partes las que, según el Art. 7 CPMC, deben efectuar como actividad procesal un conjunto de operaciones por medio de las cuales intentarán lograr el convencimiento del juez con respecto a los hechos. Es decir, que con la actividad procesal intentada en audiencia por las partes, éstas pretenderán convencer al juzgador que sus afirmaciones coinciden con la realidad. Ello es obvio, el objetivo de una parte no es el de convencer a la otra, sino al juez. Con ello se reafirma la importancia de la separación de poderes en el “proceso”. Para Devis Echandía la finalidad de la prueba es el convencimiento del juez en cuanto a la certeza de los hechos afirmados.

Guasp manifiesta que la prueba no trata sobre la averiguación de la verdad, tampoco es una actividad sustancialmente demostrativa ni de fijación formal de los datos, puesto que su objetivo -tal y como ya se dijo de Devis Echandía- es lograr el convencimiento psicológico del juez sobre los hechos y su credibilidad. La prueba, por lo tanto, logra su finalidad cuando produce en el ánimo del juez la certeza de la existencia o inexistencia de los hechos que las partes han afirmado.

La discusión sobre la finalidad de la prueba en el período de preparación del CPCM revistió mucha importancia. Para algunos lineamientos o

tendencias, el juez civil debería de averiguar la verdad formal; en cambio, otra tendencia expresaba que el juez de lo civil bajo el CPCM, al igual que el juez de lo Penal, debería buscar y hallar la verdad material, no bastándole decidir con las afirmaciones, solicitudes o alegaciones de una de las partes, especialmente la que tiene la carga de la prueba. Al respecto, nos adscribimos a que la misión del juez no es buscar ni la verdad formal ni la material, sino decidir sobre las afirmaciones fácticas introducidas por las partes y admitidas, bajo el Derecho constitucionalmente válido

Montero Aroca, por su lado, rechaza la distinción que se hace del concepto de *verdad material* de la *verdad formal*. Es más, a dicha distinción la considera “absurda”, ya que en el proceso, independientemente su naturaleza, sea civil o penal, únicamente puede existir una verdad jurídica que no se basa en la lógica sino en la ley y en los hechos probados.

Miranda Estrampes coincide con Montero Aroca, pues es de la opinión que uno de los errores más grandes que han tenido los procesalistas es en relación con la definición de la finalidad de la prueba procesal, puesto que se ha afirmado que ésta intenta buscar o averiguar la verdad de un hecho. De ahí que afirma este autor que la clasificación entre verdad material y verdad formal es un absurdo jurídico y lógico, pues, si la verdad es la finalidad de la prueba, se estaría admitiendo que el Estado y la administración de justicia tienen un fin inalcanzable o irrealizable.

El papel que juegan las normas probatorias en el proceso vendría a ser la regulación de los mecanismos con los cuales el juzgador fija los hechos reflexiona Montero Aroca. Estas reglas pretenden dar seguridad en la determinación de los hechos por el juez.

Para Escribano Mora, con esta definición, Montero Aroca intenta superar la polémica existente sobre la función de la prueba en el proceso civil –que es igual de aplicable al proceso penal– pues en realidad, lo que importa en el proceso es si las afirmaciones de hecho de una de las partes han quedado establecidas en el litigio de modo que pueda estimarse su pretensión o su resistencia. Esta consideración es clara, en el sentido que para lograr una certeza judicial, tanto en el proceso civil como en el penal, lo que las partes requieren es convencer al juez de sus afirmaciones, con independencia de la verdad. Es así que la certeza se puede lograr por el

convencimiento psicológico del juez o por las normas legales que fijarán los hechos.

3.- EL OBJETO DE LA PRUEBA

El objeto de la prueba lo constituyen las afirmaciones que las partes realizan en torno a los hechos en controversia. No son los hechos en sí mismos. Miranda Estrampes opina que mediante la prueba se trata de verificar en la audiencia judicial las afirmaciones formuladas por las partes procesales.

En el mismo sentido está redactado el Art. 312 CPCM, pues dice que las “partes tienen derecho de probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este Código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados”.

Según lo transcrito, el objeto de la prueba o *thema probandi* son las afirmaciones realizadas por las partes sobre los hechos controvertidos y, excepcionalmente, sobre normas jurídicas (Gimeno Sendra). Ello permite sostener en este ensayo que los hechos existen con independencia de su introducción en el proceso (a lo que los puristas le llamarían elementos o fuentes de prueba que tienen un carácter metaprocesal) y que concurre una relación entre el objeto de la prueba y las alegaciones procesales, por existir afirmaciones fácticas y jurídicas efectuadas por las partes.

En este orden de ideas, el CPCM expresa en el Art. 309 que, luego que se delimite la pretensión del demandante y la resistencia por el demandado, el juez o tribunal deberá comprender que los temas de la prueba han quedado fijados y que únicamente sobre ellos deberá efectuarse toda actividad probatoria en la audiencia judicial. Bajo esta premisa los temas de prueba incluyen las que resolverán el fondo del conflicto y aquella que pretenda acreditar, desacreditar o rehabilitar la prueba en el desarrollo de la práctica probatoria. Ciertamente, entonces, la legislación admite que el objeto de la prueba podrán ser las afirmaciones fácticas (la credibilidad del medio de prueba y de la fuente de prueba) y la norma jurídica, especialmente la norma extranjera (Art. 313 CPCM). En las siguientes

páginas, únicamente examinaremos las afirmaciones fácticas dejando a un lado la explicación de la prueba del derecho.

3.1. LAS AFIRMACIONES FÁCTICAS

El primer elemento que ha de constatar el juez es la existencia de la controversia entre las partes. El tribunal está vinculado a las afirmaciones fácticas en la que las partes muestren su conformidad o en la que no exista controversia y, por lo tanto, exentas de prueba. Cabe distinguir, entonces, entre el objeto y el tema de la prueba. El objeto de la prueba sería, entonces, las “realidades que en general pueden ser probadas”. El tema de la prueba es lo que debe probarse en un caso concreto en un tribunal para que declare la consecuencia jurídica requerida por la parte. En ello se decanta el CPCM cuando en el ordinal 1º del Art. 312 dispone que necesariamente serán objeto de prueba los hechos controvertidos, así como la credibilidad de los medios o fuentes de prueba. (Arts. 356, 338, 339, 340 y otros CPCM).

Entonces, por medio de la prueba practicada en el juicio (audiencia probatoria según el CPCM, Arts. 311, 402 y 403) las partes intentan convencer al juez sobre las afirmaciones realizadas por las partes, tanto sobre los hechos en controversia como sobre la impugnación de la credibilidad de los medios probatorios. El hecho existe o no en la realidad con independencia del resultado de la prueba. Es un fenómeno humano extraprocesal. En cambio, las afirmaciones que las partes formalizan, en el marco del proceso, con la verificación o no de los hechos, son susceptibles de ser demostradas, y de ahí toda su energía probatoria va orientada a que el juez se convenza de que tales afirmaciones son coincidentes con la realidad, pues de ello dependerá el triunfo o derrota de sus pretensiones.

El Código Procesal Civil y Mercantil debe facilitar la labor de las partes y del juez para fijar de manera ordenada y clara los hechos (o las normas) sujetas a la controversia:

a) El Art. 7 CPCM expresa que los hechos en que se fundamenta la pretensión y la oposición sólo podrán ser introducidos por las partes, y que la actividad probatoria deberá recaer “exclusivamente” sobre los hechos afirmados por las partes (la impugnación de un medio probatorio es

también un hecho afirmado por la parte a través de un contrainterrogatorio, Arts. 367 y 356 CPCM) o por los que tienen la calidad de terceros;

b) El Art. 276 CPCM dice que todo proceso inicia con una demanda escrita en la que el demandante interpondrá su pretensión haciendo del conocimiento del juzgador los hechos en que funda su petición, numerándolos y narrándolos con claridad y precisión para que el demandado pueda preparar su contestación y defensa;

c) El demandado tiene, a su vez, la carga procesal de contestar la demanda (Art. 284 CPCM), en la cual expondrá las excepciones procesales, su allanamiento a alguna o algunas de las pretensiones del demandante, sea parcialmente como en su totalidad. Asimismo podrá el demandado negar los hechos o reconvenir al demandante;

d) El código estatuye que en la “audiencia preparatoria” (Art. 292 y 309 CPCM) se define el contenido de la pretensión y la prueba. En esta audiencia se fijará jurídicamente los alcances de la audiencia probatoria, puesto que se enmarca la aportación probatoria en el juicio y la decisión del juez con conocimiento en materia civil;¹¹⁷

e) En la audiencia preparatoria las partes fijan sus afirmaciones, establecen los hechos por ser probados y realizan el ofrecimiento de los medios probatorios por utilizar en la audiencia probatoria (Art. 305 y 310 CPCM). Este ofrecimiento debería ser oral, no escrito, para seguir fiel con la filosofía del nuevo sistema;

f) Por medio de la audiencia preparatoria se fijará el auto de apertura de la audiencia probatoria o “juicio plenario civil” (Art. 311 CPCM), la fijación

¹¹⁷ El efecto más importante de la promoción de la acción consiste en la *vinculación temática del tribunal a la pretensión*. Los Arts. 292 y 309 del CPCM constituyen una regla delimitadora respecto al examen judicial y a la resolución: el juez sólo puede tener como objeto de sus comprobaciones objetivas y de su valoración judicial, el suceso histórico, cuya identidad, con respecto al hecho y con respecto al autor, resulta de la fijación de la pretensión efectuada en la audiencia preparatoria. El tema así fijado sólo se puede modificar con mucha cautela y excepcionalmente. Si el examen judicial excede el tema fijado, violando la regla de limitación, la resolución producida en esa forma no corresponde al asunto y no constituye una sentencia en la causa respectiva, y, de acuerdo con esto, vulnera el principio de congruencia de la sentencia judicial.

del objeto de la prueba en los términos establecidos en el Art. 309 CPCM y la admisión de la prueba según lo determina el Art. 310 CPCM;

g) Ahora bien, dado el dinamismo de la audiencia probatoria, cuando las partes están efectuando el examen de sus medios probatorios, el juez está llevando a cabo un ejercicio de admisión de prueba, especialmente por su pertinencia y utilidad. De hecho, se pueden producir incidentes con respecto a la prueba cuando los procuradores objetan las preguntas o respuestas de la parte contraria. Se espera que el juez pueda decidir si admite o no el reparo o protesta de los procuradores. Es un ejercicio de admisibilidad. (Arts. 402, 404, 406 y 407 a 410 CPCM).

h) Es importante resaltar que bajo la técnica de contrainterrogatorio en audiencia las partes pueden impugnar la credibilidad del medio probatorio de la parte contraria (normalmente testigos, pero también pueden ser contrainterrogados la parte material, es decir, tanto demandante como demandado, y peritos) (Art. 367 y 356 CPCM.) La técnica de contrainterrogatorio dinamizará la adversatividad de la audiencia probatoria, bajo el ejercicio del derecho de defensa. La parte que haya sufrido un contrainterrogatorio por la parte contraria, podrá efectuar un interrogatorio que rehabilite la credibilidad de su medio probatorio (interrogatorio re-directo) (Art. 367 inciso final). La parte que efectuó el contrainterrogatorio, si lo desea, puede intentar utilizar un recontrainterrogatorio para sostener la falta de credibilidad de la prueba de la parte que la ofreció en interrogatorio directo.

4.- LA CARGA DE LA PRUEBA

Para el Derecho continental la carga de la prueba permite distinguir las funciones de los sujetos procesales en el procedimiento probatorio. Para tratar de explicar estas funciones procesales, se ha desarrollado la teoría subjetiva de la prueba y la teoría objetiva de la prueba.

Bajo la teoría subjetiva o formal de la carga de la prueba le corresponde al actor (*onus probandi incumbit actori*) demostrar jurídicamente el objeto de la pretensión. Es decir la responsabilidad de probar es de las partes y no del juez. Por su lado, bajo la modalidad de la teoría de la carga material u objetiva de la prueba, se preocupa por establecer el “qué” debe ser demostrado en la audiencia judicial. Por lo tanto, la carga no

sólo es las partes en el proceso para lograr el convencimiento judicial, sino que se admite alguna intervención del juez, como las denominadas diligencias para mejor proveer. En este último caso, el legislador, al diseñar el procedimiento probatorio, tiende a ceder el principio de aportación de parte a favor del principio inquisitivo, en detrimento de la necesaria imparcialidad objetiva y subjetiva del juez.

González-Cuéllar Serrano es claro al afirmar que en el derecho procesal moderno es necesario asegurar la imparcialidad objetiva del juez. Un juez que interviene en esta actividad de parte (la búsqueda o práctica oficiosa de la prueba), se verá conminado a establecer sus propias afirmaciones para probarse a sí mismo su existencia, lo cual dejaría en indefensión a la parte que resultare afectada por la actividad judicial. De ahí la oposición que se ha tenido a lo largo de este trabajo a la actividad probatoria del juez en el sistema salvadoreño.

En el proceso civil y mercantil (incluso penal), debería corresponderle la carga de la prueba a la parte que intente probar su pretensión en el juicio. Es así que las reglas de la carga de la prueba tienen una doble dimensión. En una primera dimensión, las reglas afectan a las partes, porque les indican la obligación de probar sus afirmaciones en la audiencia. En la otra dimensión, las reglas son la única salida para el juez cuando tenga duda sobre la certeza de los hechos probados. Tanto si la parte que afirma no ha podido probar, o porque la prueba ha sido insuficiente o se dude de su credibilidad. Así para Gimeno Sendra, la carga de la prueba se constituye en la columna vertebral del proceso y del modelo probatorio: si la carga es una función exclusiva de las partes entonces el modelo es adversativo; y si el juez tiene una función probatoria oficiosa, es inquisitiva. Aunque Taruffo se manifiesta en contra de esta distinción.

Es así que la carga de la prueba tiene una función subjetiva en el proceso. Bajo la regla de la carga de la prueba, se establece en las reglas procesales que la parte que realiza una afirmación ante el órgano judicial tiene la responsabilidad de probarla. Es decir, de investigar los hechos, recolectar las fuentes o elementos probatorios y practicar la prueba de acuerdo con los medios establecidos en la ley.

Bajo la doctrina subjetiva de la carga de la prueba, que inicialmente inspiró el proyecto de CPCM, se distinguen las funciones entre partes y juez. De ahí que las partes son los sujetos responsables de:

1º) La identificación de las fuentes o elementos de prueba durante los actos de investigación o preparación de las pretensiones o defensa;

2º) El ofrecimiento y la aportación de los medios probatorios con los que se introducirán en la audiencia de prueba a las fuentes o elementos de prueba (Arts. 317 y 321 CPCM); y,

3º) La práctica del procedimiento probatorio en la audiencia de prueba (Art. 428 CPCM).

Las partes deberán de tener las responsabilidades procesales mencionadas en un sistema de juicio oral adversativo. Ello implica que el sujeto procesal que deberá decidir con imparcialidad la pertinencia, utilidad y licitud de la prueba para su “admisibilidad” (Art. 305) o rechazo (Art. 320 CPCM) es el juez.

Bajo estas ideas primigenias es concebible un proceso civil - y penal- en el que la responsabilidad de aportar la prueba al proceso sea exclusivamente de la parte que afirma, sea en sus escritos o en sus alegaciones en audiencia (Art. 7 CPCM). Bajo la hipótesis descrita, el legislador, en un modelo procesal adversativo, debe preocuparse en resguardar las garantías del debido proceso. Especialmente la independencia e imparcialidad judicial no podría admitir la actividad investigativa del juez. Ni siquiera bajo el disfraz de “ordenar diligencias con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio” (Arts. 321 y 7 CPCM), pues, de hacerlo, no existen suficientes parámetros que limiten la discrecionalidad judicial y de nada serviría sostener que “quien afirma en juicio debe probar lo alegado”.

Esta decisión legislativa no deja de entrañar peligros puesto que no existen límites legales para el papel indagador o instructor del juez, lo cual genera un riesgo para que el sistema judicial garantice un juicio imparcial. En este punto hay que recordar que para el constituyente salvadoreño la única función del juez es “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” para preservar su imparcialidad objetiva a la hora de determinar una decisión judicial (Art. 172 Cn).

El CPCM dispone la regla de la carga de la prueba en los Arts. 6, 7, 317 y 321. En estas normas se expresa que a las partes les corresponde probar en audiencia los hechos que aleguen y que sean presupuestos para la aplicación de la ley. Es decir, que las partes deben probar sus afirmaciones fácticas que resulten determinantes para la decisión judicial de su pretensión, defensa o excepción. Si bien, el legislador en los mencionados artículos expresa que son las partes las que tienen la carga exclusiva de la prueba, deja una reserva al juez para investigar y probar algunos aspectos que considere oscuros y contradictorios. Esta última facultad se convertirá en una amenaza al derecho a un juicio limpio, puesto que un litigante incompetente o negligente podrá verse favorecido por el activismo probatorio del juez.

En este orden de ideas, algunas disposiciones propias de los medios probatorios atribuyen a las partes y no al órgano jurisdiccional la carga de aportar la prueba al proceso. (así los art. 325, 335, 336, 354, 378 y otros). Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento judicial, el Art. 390 y los siguientes de dicha sección atribuye al juez una mayor función y actividad en detrimento de las partes. Además, el legislador permitió la figura inquisitiva del interrogatorio domiciliario. (Art. 352 CPCM), que admite que el juez realice la práctica de la prueba aún sin presencia obligatoria de las partes para la defensa de sus derechos.

Si bien el inciso segundo del Art. 7 CPCM estipula que únicamente las partes podrán introducir al debate los hechos que fundamentan la pretensión y la oposición, en coherencia con los Arts. 317 y 316 CPCM, lo que da la impresión de que el código opta por la doctrina subjetiva o formal de la prueba. Dicha impresión, sin embargo, se desvanece en el párrafo final del mismo artículo en el que se autoriza al juez a realizar diligencias con el objeto de esclarecer puntos oscuros.

Esta disposición final del Art. 7 es contradictoria con el Art. 416 que se refiere a la valoración de la prueba, puesto que se exige al juez atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer un hecho y el modo en qué se produjo. Si el juez tendrá facultades de investigación siempre estará investigando, cuando la lógica judicial indica que cuando un hecho sometido a prueba quede dudoso o incierto para el juez y fuera relevante para la decisión del litigio éste debe decidir respecto de dicho hecho en sentido desfavorable respecto del

litigante que tenía que probar. Por lo mencionado, habrá que armonizar correctamente el principio del Art. 7 con las reglas probatorias para evitar conflictos de interpretación.

En consonancia con un juicio adversativo, el Art. 412 estipula que las partes durante los alegatos finales, expresados en forma oral, deberán ajustar los hechos con base en la prueba practicada. Tanto en la prueba que acredita los hechos como cuando hubo falta o insuficiencia de prueba por la parte contraria, o que a su criterio hubiera tenido poco peso persuasivo, insuficiente o que resulten inciertos.

Se destaca, consecuentemente, que el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño adopta, en el “principio de aportación” (Art. 7), la regla de que la actividad de fijación de los hechos y, por lo tanto, la actividad probatoria es responsabilidad de las partes. Ello permite garantizar la protección judicial a través de un juez imparcial.

Por lo tanto, es sumamente riesgoso y contraproducente que el legislador haya admitido en el mismo artículo 7 que los jueces podrían ordenar diligencias para mejor proveer para el esclarecimiento de puntos oscuros y contradictorios. Ello porque puede afectar la necesaria imparcialidad subjetiva y objetiva que debe guardar el órgano jurisdiccional para resolver una controversia sometida a su conocimiento. Este impropio Art. 7 guarda relación con otras facultades inquisitivas como la de los Arts. 321, 390 Inc. 2º, 394, 369 y 419. El juez tendrá que decidir, conforme a los artículos 1 y 2 del CPCM, no utilizarlos para resguardar la debida protección judicial.

En el Art. 321 CPCM se encuentra armonía con el párrafo segundo del Art. 322 con respecto a la cadena de custodia de la prueba, cuando dice “la parte que propone la prueba podrá acreditar inicialmente que no ha sufrido modificaciones o alteraciones desde que se encontrare bajo su custodia o poder”. Vale la pena adelantar que el procedimiento de introducción de prueba material del art. 325 y de cadena de custodia del art. 322 deberá efectuarse por medio de interrogatorios sea de testigos, partes o peritos, dependiendo de la naturaleza de la fuente o elemento. El procedimiento se verificará en la audiencia probatoria bajo responsabilidad de las partes, no del juez.

5.- LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración que el juzgador realiza, sobre la prueba practicada en el proceso o sobre la credibilidad de los medios probatorios, es la operación mental con la que se finaliza el procedimiento probatorio antes de emitir la resolución sobre el objeto controvertido. En este razonamiento, el juez decidirá sobre la veracidad o falsedad de las afirmaciones fácticas aportadas por las partes. Esta convicción será plasmada en la sentencia respectiva. GIMENO SENDRA ha expresado, en esta misma línea, que la finalidad de la valoración de la prueba consiste en el convencimiento del juzgador sobre la verdad o falsedad de determinadas afirmaciones discutidas en el proceso. De ahí que debe recaer en las partes la carga de probar sus afirmaciones y no en el juez.

En igual sentido se manifiesta MONTERO AROCA cuando dice que, después de haberse establecido el resultado de cada fuente de prueba, el juez deberá determinar el valor que le adjudicará sobre su credibilidad y certeza. La valoración de la prueba por parte del juez es una actividad en la que la evaluación psicológica de la prueba no ofrece aún exteriorización alguna. Este es el ámbito íntimo de la conciencia del juez y del proceso intelectual previo a la elaboración de la sentencia. La exteriorización de la decisión del juez se producirá con la fundamentación fáctica de la sentencia definitiva.

En la tradición jurídica salvadoreña, hasta mediados de los años 90 del siglo pasado, el sistema de evaluación del peso y credibilidad de la prueba se ha distinguido utilizando las reglas de la “tasa legal” o “prueba tasada” para todo el sistema procesal civil (mercantil, inquilinato, entre otros), mientras el sistema de valoración “sana crítica” (juez) y el de “íntima convicción” (jurado) era utilizado en la justicia penal de adultos desde el Código Procesal Penal de 1973.

Sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley Procesal de Familia, de la Ley del Menor Infractor (ahora denominada de Justicia Penal Juvenil) y del Código Procesal Penal de 1996 rige para estas materias la valoración de la prueba a través de la sana crítica.

El Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño ha acogido el sistema de valoración de la prueba a través de la “la sana crítica” (sin perjuicio de

que la prueba documental no controvertida tenga un valor tasado a priori por su fuente o por las garantías de fe pública) del juez, que ha regido en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

El proyecto de CPCM siempre previó que el juez, en el futuro proceso civil y mercantil no se encontrará vinculado a priori por la ley a las declaraciones de testigos, ni a lo declarado por la parte, ni a cualquier otro medio introducido (salvo alguna prueba documental).

En la disposición 416 del proyecto de código se decía lo siguiente: “el juez o tribunal deberá valorar la prueba conforme al principio de libre valoración, atendiendo siempre las reglas de la sana crítica, del conocimiento y criterio humano, así como de acuerdo a las normas que rigen el razonamiento lógico. No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado que puedan tener. El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba de manera individual, determinando si conduce o no a determinar la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba se haya dirigido a determinar la existencia o modo de un mismo hecho, se deberán poner en común, con especial motivación y razonamiento del resultado final al que se llega”.

El Art. 416 CPCM aprobado por el legislador dice “el juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica. No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado. El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento”.

El Art. 416 sigue el mismo objetivo del proyecto. Ello implica que, en el futuro procedimiento civil y mercantil, el juez se apoyará en el sistema de sana crítica para evaluar o aquilatar la prueba, pero siempre y cuando los hechos sean lógicos y razonables, por lo que su inobservancia será una violación de la ley que le acarreará responsabilidad penal, civil y profesional (CAPELLETTI).

Lo mencionado está en concordancia con el Art. 217 inciso tercero y con el Art. 218 CPCM; el primero estipula que el juez deberá motivar la sentencia y deberá relacionar las pruebas propuestas y practicadas, los hechos que se consideran probados y los no probados; el segundo, por su lado, materializa el principio de congruencia, entendida como la correlación entre lo que se pide y lo que se resuelve.

En esta lógica, el recurso de apelación permite revisar al tribunal de Segunda Instancia, los hechos probados que se fijan en la decisión así como la valoración de la prueba (Arts. 510, 15, 18 y 19 CPCM). El código requiere que las fuentes de prueba sean obtenidas de manera lícita (Art. 316 y art. 2 inciso final).

El sistema de valoración por medio de la sana crítica implica que el juez o tribunal valorará la prueba conforme a su entendimiento lógico, a su experiencia y a la razonabilidad de los sucesos. Se exige, adicionalmente por el régimen jurídico, que el juez o tribunal fundamenten la resolución con los hechos probados y los medios que les llevaron a adoptar dicha decisión, como se ha identificado en las disposiciones precitadas. En el sistema la sana crítica, el juez o el tribunal no están vinculados a determinadas normas probatorias o a un quantum determinado. Así, el tribunal incluso puede fallar con base en la prueba indiciaria, es decir, de un hecho probado puede inferir otro. El juez bajo la sana crítica deberá fallar razonada y ponderadamente en el plazo prescrito por la ley según las reglas de la lógica, el sentido común y su propia apreciación y experiencia psicológica de los hechos que las partes han introducido al proceso a través de los medios de prueba.

Bajo el principio de libertad probatoria consagrado en los Arts. 312 y 330 CPCM, las partes introducirán sus elementos y fuentes de prueba, cualquiera de ellos, por los medios de prueba establecidos en la ley. Así un juez determinará su decisión con base en la credibilidad y peso de convicción de la prueba introducida al proceso y no en su conocimiento privado, lo cual es una consecuencia del principio de verdad real y del de inmediación, que es su derivación, no debiendo olvidarse que el juez tiene la obligación de establecer objetiva y substancialmente los hechos probados y sometidos a enjuiciamiento para dar base cierta al objeto del proceso.

Finalmente, cabe señalar que, tras una larga lucha de parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que ha estado exigiendo que las decisiones judiciales deben ser motivadas, razonables y congruentes para considerar su legitimidad, se introdujeron dos reglas en el proyecto que exigen la motivación de toda resolución judicial, salvo los decretos.

Estas disposiciones son los Arts. 216 y 217, en las que se exige la motivación por medio de razonamientos fácticos y jurídicos que conduzcan a la fijación de los hechos, a la apreciación y valoración de las pruebas y a aplicación e interpretación del Derecho. Se obliga al juez a que la motivación sea completa y exhaustiva, ajustándose a las reglas de la lógica y razón. Por su parte, el Art. 217 CPCM expresa que los jueces deben ceñirse a lo pedido por las partes, es decir, que debe resolver conforme a las pretensiones de las partes, por lo que las sentencias deberán ser claras, precisas y resolver los puntos planteados y debatidos.

Una valoración adicional es que el legislador obliga a la publicidad de las resoluciones judiciales. La Corte Suprema de Justicia debe garantizar el conocimiento de la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Civil y de los tribunales de Segunda Instancia (Art. 224 CPCM).

6.- LOS PRINCIPIOS DE LA PRÁCTICA PROBATORIA

El Art. 11 de la Constitución salvadoreña expresa que para la limitación de un derecho o para su reconocimiento es necesario que el justiciable sea oído y vencido en juicio oral con todas sus garantías. A partir de esta disposición, se considera que nace la obligación del legislador de diseñar y aprobar una normativa procesal que desarrolle el juicio oral. Ahora bien, como el centro del juicio oral es la fase probatoria, cualquier modelo procesal ajustado a la Constitución debe considerar principios fundamentales tales como los de inmediación y concentración, contradicción e igualdad, oralidad y publicidad.

A partir del Art. 11 de la Constitución, en consonancia con los Arts. 7, 309, 310 y 321 del CPCM, se dispone que los actos de prueba son efectuados por las partes en el *juicio*, es decir, en la *audiencia probatoria*, especialmente por la parte que tenga la carga de probar sus afirmaciones o defensa.

La plena efectividad del principio de oralidad implica que las actuaciones probatorias y las comunicaciones que realicen los sujetos procesales durante las audiencias deberán utilizar las técnicas propias de litigación oral adversativa.

Ello implica que las partes tienen la carga procesal de realizar una mínima y suficiente actividad probatoria en las audiencias, y el juez o tribunal tiene la responsabilidad de exigirla para la adjudicación de la controversia sometida a su conocimiento.

a) Los principios de inmediación y concentración

Para Gimeno Sendra los principios de inmediación y concentración, como integrantes de los principios del procedimiento, se refieren a la relación entre el órgano jurisdiccional y el material fáctico introducido por las partes en el juicio.

Los Arts. 10 y 200 CPCM constituyen una garantía para las partes y para el sistema de justicia civil. Históricamente el juez salvadoreño en las materias civil, mercantil, laboral e inquilinato no está presente durante la práctica de la prueba, debido a que la práctica forense en el sistema en vigencia es “escrito” y “delegado”.

Es decir, los actos de prueba en el proceso civil y laboral vigente se delegan al colaborador jurídico, que ni siquiera es abogado, pero independiente de que sea o no abogado, no está investido de juez. Esta realidad ha deformado históricamente la administración de justicia salvadoreña, primero porque la Constitución garantiza un juicio oral como mecanismo de tutela de las pretensiones de los justiciables y, en segundo lugar, porque quien ordena que conozca sobre las pretensiones de las partes, de la práctica probatoria y que emita la resolución en nombre del Estado (de la República) es el juez y no el colaborador judicial (Arts. 1, 2, 11 y 172 Cn).

De lo mencionado, los redactores del código han pretendido superar los vicios que arrastra la administración de justicia civil, mercantil y las demás materias en las que supletoriamente se aplique la nueva ley al diseñar un modelo de juicio oral, dispositivo y adversativo. El Art. 10 CPCM expresa que “el juez debe presidir personalmente tanto la celebración

de audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable”.

Bajo el principio de inmediación, las audiencias se efectuarán bajo la relación particular del juez o del tribunal con la prueba y con las partes, así como con los espectadores de la audiencia. Para identificar al principio de inmediación en un procedimiento, todo el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional deberá desfilarse en la audiencia. En la audiencia es donde las partes expondrán sus probanzas con la intención de lograr el convencimiento judicial.

En el derecho anglosajón el análisis que hace el juez sobre el lenguaje corporal del testigo que depone en audiencia se denomina *demeanor*. De ahí la importancia del principio de inmediación importado por el derecho continental del derecho anglosajón: la posibilidad de que el juez esté en contacto directo con la práctica de la prueba.

El *demeanor*, es decir, la capacidad del juez de evaluar la conducta del testigo, del perito o de la parte mientras declara en audiencia, es un aspecto relevante para que el juzgador pueda darle credibilidad a la práctica de la prueba y al contenido de la información sobre los hechos vertido en la audiencia. De igual manera, la audiencia es importante para que los abogados de las partes puedan impugnar la credibilidad de testigos y peritos mediante el *contrainterrogatorio* y, en su caso, rehabilitar su credibilidad, mediante *interrogatorio redirecto*.

Bajo el principio de concentración, los actos procesales se efectuarán con la mayor proximidad temporal entre ellos (Art. 11 CPCM). Es decir, es en la audiencia probatoria en donde las partes deberán concentrar la práctica de la prueba.

b) Los principios de contradicción e igualdad

Desde la perspectiva de Gimeno Sendra, el principio de contradicción o confrontación y el de igualdad integran los principios inherentes a la estructura del proceso. Estos principios determinan y explican un proceso civil con vocación democrática. En otras palabras, los sujetos procesales, especialmente las partes, tienen la posibilidad de ejercer sus oportunidades procesales de manera adversarial en el procedimiento.

El principio de defensa y contracción se encuentra contenido en el Art. 4 CPCM y en el Art. 5 se describe al principio de igualdad procesal. En un proceso adversativo, la parte que demanda tiene la carga probatoria frente al individuo que tiene calidad de demandado, a quien se le reconocen sus derechos para ejercer su defensa material y técnica para confrontar las pretensiones que obran en su contra. Esta relación tiene que ser equilibrada y en igualdad de condiciones. Por esta razón, los principios inherentes a la estructura del proceso son los de contradicción e igualdad, sin cuya existencia material el derecho a un debido proceso sería una ficción.

Una de las exigencias esenciales para que se verifique el principio de contradicción es el acceso de los sujetos procesales al órgano jurisdiccional para exigir la tutela de sus pretensiones y oposiciones. Junto a esta posibilidad, el órgano jurisdiccional les debe reconocer un estatuto procesal de “partes”, para que éstos hagan valer sus derechos y cumplir con las cargas u obligaciones procesales.

La existencia de los sujetos que confrontan sus pruebas en el proceso civil es esencial para garantizar la lucha entre dos tesis que se contraponen (pretensión y resistencia) y para equilibrar las fuerzas en el proceso bajo las reglas del juego limpio (Arts. 11 y 12 Cn, Arts. 3 a 13 CPCM).

El principio de confrontación, como derivación del derecho constitucional de defensa, exige que el demandado pueda “carearse” con los testigos de parte contraria, incluso con la parte demandante. Pero el careo implica que el demandado pueda estar presente en la audiencia en donde los testigos de la parte demandante estén deponiendo y pueda confrontarlas, si así lo desea, por medio de un contrainterrogatorio.

El contrainterrogatorio, bajo la técnica de preguntas sugestivas, es la verdadera efectivización del derecho de defensa en una audiencia. Asimismo, le asiste el derecho al demandado de confrontar a sus propios testigos cuando el testimonio de éstos le resulta adverso en la audiencia. Por otra parte, al demandado le asiste el derecho de solicitar la exclusión o no admisión de prueba de referencia, puesto que su inclusión al proceso no permite un adecuado ejercicio del derecho de confrontación.

El principio de igualdad completa al principio de contradicción en el proceso, ya que tanto la parte demandante como el demandado deben tener las mismas posibilidades de alegar, probar o impugnar. Para que el órgano jurisdiccional pueda decidir sobre los hechos en controversia necesita que las partes del proceso puedan ejercer las mismas facultades y derechos, así lo disponen los Arts. 5-7 y 13 CPCM. Las disposiciones citadas afirman que los sujetos que se enfrentan, o partes, tienen las mismas posibilidades de postulación para lograr la convicción judicial de sus tesis, por los medios probatorios introducidos en el juicio civil o mercantil.

A fin de evitar que la celebración de una audiencia de juicio se convierta en el mero cumplimiento de una formalidad, la ley obliga a que las partes practiquen la prueba ofrecida y no simplemente argumenten sobre los hechos o, en el peor de los casos, trasladen los actos de investigación civil sin llevar las fuentes probatorias a la audiencia judicial.

c) Los principios de oralidad y publicidad

Los principios del procedimiento civil que involucran la forma de la actividad procesal y la comunicación entre los sujetos procesales son denominados principios del procedimiento relativos a la formación de los actos procesales.

En el procedimiento común y en los procedimientos especiales, en los que fueran aplicables según los Arts. 8 y 9 CPCM, se encuentran varios mandatos en los que se resalta que el órgano jurisdiccional debe celebrar las audiencias en forma oral. Es así que el juez deberá fundar su decisión utilizando exclusivamente el material fáctico y probatorio que se introdujo en la audiencia.

Bajo el principio de oralidad, los actos procesales tienen la ventaja de facilitar y hacer que concurren los otros principios, como son la inmediación, la concentración y la publicidad.

La oralidad tiene un rango constitucional (Arts. 11 y 12) ya que toda persona tiene derecho a ser oído por el órgano jurisdiccional, es decir, tiene la facultad de confrontar la prueba de cargo mediante el contrainterrogatorio, o a presentar prueba que le favorezca para defenderse de las pretensiones contrarias efectuadas por el demandante.

No se trata del cumplimiento formal de una “comunicación verbal entre las partes”, como expone algún sector de la doctrina procesal del derecho continental, sino de hacer efectiva las garantías procesales y derechos fundamentales, especialmente el de defensa, que se desarrolla a través de la confrontación de la prueba contraria ante el órgano jurisdiccional.

Para la implementación óptima de este modelo, es necesario el desarrollo de destrezas y técnicas para aquellos que participan en el proceso civil que sufrirá cambios dramáticos. Estos cambios se impregnarán en el derecho común, por ser un derecho procesal supletorio, incluyendo el laboral, familiar y el administrativo. Para Fontanet en América Latina se están construyendo cambios dramáticos en el proceso, lo que implica el paulatino alejamiento de la figura del juez instructor en el juicio penal o civil en la investigación o en la práctica de pruebas.

Ahora bien, en el modelo adversativo, si bien el juez no tiene, por regla general, autorización para la práctica de la prueba y aún y cuando excepcionalmente la tiene en algunas regulaciones norteamericanas, no hace uso de ello para preservar su imparcialidad. Pero sí tiene potestades de dirección del proceso o su equivalente a “director del proceso” (case management). Es decir, el juez tiene facultades para ordenar el cumplimiento de las cargas procesales de las partes en plazos determinados. Incluso, la audiencia preliminar o pretrial le permite al juez planificar las actividades procesales y probatorias de las partes.

En el nuevo CPCM el juez tendrá facultades de dirección y ordenación del proceso para administrar su carga y flujo de trabajo en el tribunal (Arts. 14, 194, 204, 406, 402, 450 y 198), lo cual es una función administrativa sana para la pronta y cumplida justicia distinta a la del inquisidor, por lo que el legislador le ha permitido “diligencias para mejor proveer”, entre otras.

Por medio de la práctica de la prueba en el juicio oral, los ciudadanos pueden escuchar la prueba de la parte contraria y puede defenderse apropiadamente; inclusive el sistema oral facilita la resolución de los conflictos por medio de la conciliación u otras salidas alternas que exigen una comunicación directa. La oralidad permite el acceso de las partes y del público para controlar la actividad jurisdiccional facilitando la transparencia de la actividad judicial.

Con respecto al principio de publicidad del procedimiento civil, hay que comenzar diciendo que, de acuerdo con la ley aprobada, es un derecho de los ciudadanos controlar los actos realizados por los funcionarios encargados de administrar justicia. La forma oral de los actos procesales en el juicio (audiencias) facilita el acceso de la ciudadanía a la actividad jurisdiccional y hace posible que se concrete el principio de publicidad.

Es así, que el proceso oral permite la divulgación de los debates en las audiencias al público presente, o a la población a través de los medios de comunicación. El hecho de que el Código Procesal Civil y Mercantil haya diseñado el *juicio* basado en los principios de oralidad y publicidad permite que cualquier persona lo presencie y conozca los fundamentos de los fallos que se tomen. Lo anterior permite afirmar que, por regla general, el público y los medios de comunicación tendrán libre acceso a las salas de audiencia, debiendo observar las indicaciones que los jueces les establezcan.

Como se ha mencionado, en un sistema de juicio por audiencias rigen para la práctica de la prueba los principios de inmediación y concentración, contradicción e igualdad, oralidad y publicidad, y para ello la doctrina ha expuesto la necesidad de que las partes en contienda produzcan la prueba ante el juez con el fin que este tome una determinada decisión judicial.

Debido a la exigencia de la práctica probatoria en audiencia para obtener una convicción judicial, los redactores del Código Procesal Civil y Mercantil han propuesto un procedimiento adversativo para la práctica de la prueba. Las reglas adversativas son más claras en las declaraciones de parte, interrogatorio de testigos y peritos y en la incorporación en audiencia de la prueba material mediante interrogatorio de partes, testigos o peritos.

En el nuevo proceso civil y mercantil la actividad procesal se concentrará en el juicio oral o audiencia probatoria (Arts. 200, 312, 321, 402 y 406 CPCM), o sea que el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional concurre en la audiencia mencionada, en donde las partes expondrán sus hipótesis o argumentos a través de una breve relación del caso (aunque no lo diga expresamente el código por la práctica forense de familia y penal puede ayudar al juez a ubicarse en el asunto en controversia sus probanzas y alegaciones finales. La concentración en la audiencia de todos los elementos relevantes permite la visión global y unitaria del

caso, tanto de la actividad demandante como defensiva, la introducción de la prueba, los alegatos de las partes, la deliberación, la emisión del veredicto y la sentencia.

7. LAS FUENTES Y LOS MEDIOS DE PRUEBA

Se ha afirmado que la prueba es la actividad desarrollada en el proceso para alcanzar el convencimiento del juzgador de la veracidad de las afirmaciones controvertidas para resolver las pretensiones o resistencias de las partes. Es así que la doctrina distingue entre elemento, fuente y medio de prueba.

El concepto **fuentes de prueba** hace alusión a los elementos de prueba identificados en las cosas, documentos, personas, vestigios, que en determinadas circunstancias o etapas en un proceso judicial reglado pueden aportar información sobre los hechos acaecidos o en controversia.

Se utiliza la expresión “elementos de prueba” para referirse a una realidad anterior al proceso. Se trata, en efecto, de una realidad extrajurídica sobre los hechos. Es decir, los elementos o fuentes de prueba existen con o sin el proceso judicial. No es necesaria la existencia de un proceso judicial para que puedan identificarse las fuentes o elementos de prueba sobre los hechos.

La incorporación de las fuentes o elementos de prueba a la audiencia probatoria de un proceso judicial se realiza a través de los medios probatorios. Los medios probatorios son un procedimiento de incorporación legal de los elementos o fuentes de prueba a la vida jurídica y judicial. Los medios probatorios tienen un carácter técnico-instrumental, pues sirven para que las partes introduzcan las fuentes de prueba con el objeto de convencer al juez de la existencia o inexistencia del dato objeto de la prueba. Es así, que los medios de prueba son los soportes de la percepción y decisión judicial que puede ser adquirida por el juzgador en la audiencia probatoria a través de declaraciones de personas (partes, testigos y peritos), por documentos o cosas (Gimeno Sendra).

En igual sentido se manifiesta Montero Aroca, ya que para este autor las fuentes de prueba son elementos que existen en la vida real y los medios

son las actividades que las partes o los interesados deben realizar para incorporarlas al juicio.

Cada uno de los medios de prueba debe proponerse y practicarse como lo establece la ley y no de otra manera. Si bien, en principio, todos los medios de prueba son admisibles en el proceso, no solo es relevante llegar en el proceso a la certeza de los hechos, sino que es necesario el cumplimiento de la norma que regula la actividad de la realización de los medios probatorios.

Consecuentemente, las expresiones “medio probatorio” o “medio de prueba” denotan el procedimiento o actividad necesaria para el ingreso válido dentro del proceso de los elementos de prueba, siendo éstos precisamente los datos concretos o información objetiva, útiles para demostrar o desvirtuar los hechos alegados en las pretensiones de las partes. El Código Procesal Civil y Mercantil establece una libertad de fuentes de prueba, siempre que se respete su legal obtención (Arts. 3, 312 y 316). Así, al existir libertad probatoria en el descubrimiento de los elementos o fuentes de prueba, éstos deberán ser introducidos al conocimiento judicial a través de los medios de prueba establecidos en la ley (Arts. 3, 312, 318 y 330 CPCM).

Los medios probatorios reconocidos en el CPCM se encuentran en el capítulo tercero del Título Segundo, Libro Segundo, y son los siguientes:

- a) Documentos;
- b) Declaración de parte;
- c) Interrogatorio de testigos;
- d) Prueba pericial;
- e) Reconocimiento judicial;
- f) Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información.

Ahora bien, la columna vertebral del sistema probatorio del nuevo sistema procesal es la realización de interrogatorio directo y contrainterrogatorio (así como examen re-directo y re-contrainterrogatorio). Es decir, bajo la técnica de litigación adversarial es que se llevará a cabo la producción en audiencia pública del medio probatorio de parte, de testigos y peritos, así como la introducción y acreditación en audiencia de la prueba material

(documentos, medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información, informes periciales y otros). Los procuradores tienen libertad de ordenar su prueba de acuerdo con sus estrategias en la audiencia probatoria. No hay un orden predeterminado.

Las oportunidades para efectuar la técnica de interrogatorio son las siguientes:

- Interrogatorio directo. Lo hace el procurador que ofreció al medio probatorio. Su finalidad es probar una afirmación fáctica.
- Contrainterrogatorio. Lo hace el procurador de la parte adversa, en el ejercicio del derecho de defensa (confrontación). La principal finalidad es impugnar la credibilidad de la prueba.
- Interrogatorio re-directo. Lo efectúa el procurador que hizo el primer interrogatorio. Tiene finalidad de “rehabilitar” la prueba luego de la confrontación del contrainterrogatorio.
- Re-contrainterrogatorio. La realiza el procurador que practicó el contrainterrogatorio. Su finalidad es continuar impugnando la credibilidad de la prueba de la parte que la ofreció.

Por ello se propone reclasificar, para efectos didácticos, a los medios probatorios por la forma de su producción en audiencia de la manera siguiente:

• Interrogatorios

- * Partes (demandado, demandante y terceros)
- * Testigos (conocimiento propio y directo y testigos expertos)
- * Peritos (de parte y judiciales)

• Medio demostrativo o material

- * Documentos (instrumentos públicos o privados)
- * Medios audiovisuales, electrónicos, bases de datos, etc,
- * Otros (dibujos, maquetas)

• Prueba científica (informes periciales a través del interrogatorio de peritos)

• Conocimiento judicial

- * Reconocimiento: personas, objetos o inmuebles (inspección)
- * Hechos notorios o evidentes

LECCIÓN DÉCIMA¹¹⁸

PRÁCTICA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS A TRAVÉS DEL INTERROGATORIO

8.1.1.- INTERROGATORIO DE PARTE

1º) Concepto

La declaración de parte puede ser definida como la información verbal que emite, por medio de un interrogatorio una de las partes en la audiencia con eficacia probatoria. Al introducir en el CPCM el medio probatorio denominado “declaración de parte”, el legislador ha decidido separar otras intervenciones de las partes materiales que no tienen valor probatorio, como las alegaciones o argumentaciones expresas por escrito o verbalmente en audiencia.

Con las disposiciones del Art. 344 se pretendió superar las viejas reglas sobre la confesión o absolución de posiciones, que ha sido la costumbre jurídica salvadoreña. Si bien el concepto y el procedimiento por el cual se practicará este medio probatorio es bastante novedoso para el derecho procesal civil salvadoreño (Art. 344 y siguientes CPCM), aún no se logró efectuar el salto de calidad para convertir este medio probatorio en un verdadero interrogatorio adversativo de parte. El modelo seguido se basa en una confusión entre la reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre los Arts. 301 a 316 y la declaración de parte del modelo adversarial norteamericano.

¹¹⁸ Rommell Ismael Sandoval Rosales

2º) Sujetos que pueden declarar como parte

Tanto el demandante como el demandado, a través de sus abogados, pueden requerir al juez o tribunal para que se autorice la práctica del interrogatorio de la parte material adversaria (Art. 344 CPCM). De igual manera, la parte podrá solicitar que se autorice su propia declaración, que será efectuada mediante el interrogatorio de su propio abogado. Luego de efectuada la declaración personal de la propia parte, el abogado de la parte contraria podrá efectuar un contrainterrogatorio (Art. 345 CPCM). La práctica del interrogatorio y la declaración de la parte será oral y se efectuará en la audiencia probatoria (Art. 344)

Los sujetos que pueden declarar a título de parte son:

- El demandado y el demandante (Arts. 344 y 345 CPCM), así como los terceros;
- Los representantes de los incapaces por los hechos en que hayan intervenido personalmente; y,
- Los apoderados, por los hechos efectuados en nombre de sus mandantes, estando vigente el mandato; y por hechos anteriores cuando estuvieren sus representados fuera del lugar en que se sigue el proceso, siempre que el apoderado tuviese facultades para ello y la parte contraria así lo consienta (Art. 346 CPCM).

Algunas de estas partes pueden considerarse como la admisión excepcional de prueba de referencia (Art. 347 final), puesto que en algunos casos no tendrán un conocimiento directo sobre los hechos, sino que únicamente podrán brindar información sobre aseveraciones.

3º) Procedimiento para la práctica de la prueba

La primera regla que se establece en el CPCM es que las preguntas se formularán por los abogados a las partes. Entonces, se puede practicar esta prueba bajo dos modalidades:

- Una posibilidad es que la parte sea citada e interrogada por su propio procurador.

- Otra posibilidad es que la parte contraria sea citada e interrogada por el abogado de la contraparte.

Ante cualquiera de esas posibilidades, el código prevé que los abogados puedan realizar una técnica distinta en el interrogatorio o práctica de la declaración de parte.

Las preguntas deberán hacerse en sentido afirmativo y evitarán contener valoraciones, sugerencias, calificaciones ni ninguna otra clase de indicación o comentario que pueda dirigir la contestación (Art. 348 CPCM), lo cual se aplica si la técnica es un interrogatorio directo.

Según el Art. 349, el juez o tribunal será el responsable de admitir o rechazar las preguntas. Las partes pueden objetar la pregunta de la parte contraria u objetar la no admisión de la pregunta que se realice. Esto último permitirá resguardar la imparcialidad del juez, ya que el inciso primero del Art. 349 da la impresión de que el juez controla el interrogatorio sin que la parte objete o proteste.

El Art. 350 complementa el Art. 349 acerca del procedimiento del interrogatorio en la audiencia probatoria. El interrogatorio comienza con procurador de la parte que ha propuesto la prueba. Las respuestas habrán de hacerse directamente por la parte de manera oral (Art. 344 inciso final). En esta sección del interrogatorio de parte, hay una insistencia y reiteración en el código por asegurar que la audiencia sea oral, tanto en la realización de las preguntas como en la formulación de las respuestas. No se admiten cuestionarios escritos.

La técnica que utilizará el abogado de la propia parte cuando la interroge es el examen directo, así que el procurador de la parte contraria puede realizar un contrainterrogatorio. Si el primer litigante desea intervenir, deberá interrogar a la parte mediante un examen re-directo. Al finalizar esta oportunidad procesal, el procurador de la parte contraria que hizo el primer contrainterrogatorio tendrá la oportunidad, si así lo desea, de efectuar un re-contrainterrogatorio.

La técnica por utilizar cuando el litigante de la parte contraria (por ejemplo, demandante) cite y desee examinar a la contraparte material (ejemplo, demandado) es un contrainterrogatorio (ver Art. 350 final). Es decir, está

autorizado para efectuar preguntas sugestivas, debido a que normalmente la parte contraria podría ser un medio probatorio hostil. De ahí que la ley y el juez autorizan las preguntas sugestivas en el primer examen de la parte contraria. Ahora bien, cuando le toque el turno al abogado de la propia parte material que acaba de declarar, entonces, tendrá que efectuar un interrogatorio directo para rehabilitarla. Luego, el abogado (de la parte demandante) que hizo el primer interrogatorio (con la técnica sugestiva) a la parte contraria (ejemplo, demandado), podrá efectuar un recontrainterrogatorio. Para finalizar, el propio abogado de la parte material (ejemplo, demandado), que ha sufrido el recontrainterrogatorio, si lo desea, podrá finalizar con un interrogatorio redirecto para rehabilitarla.

Una excepción para la recepción de una declaración de parte en audiencia probatoria es la que se refiere el Art. 352, que formula un procedimiento análogo al anticipo de prueba: La excepción para que se practique el interrogatorio de parte en el domicilio de una de las partes o en el lugar en donde se encuentre. Esta posibilidad se fundamenta en los casos de enfermedad o por otras circunstancias en las cuales la persona que deba responder al interrogatorio no pudiera comparecer en la sede del tribunal. Sin embargo, esta redacción deberá ser declarada inaplicable, debido a los riesgos de vulnerar el derecho de defensa de la parte contraria, así como a su desnaturalización bajo los principios de inmediación, concentración, contradicción e igualdad.

4º) Valoración de la declaración de parte

Hay dos tipos de valoraciones a la declaración de parte que puedan implicar una expresión de conocimientos sobre los hechos en controversia. Una, que es a la que se refiere el Art. 351 cuando la parte material sometida al interrogatorio, se niega a responder o es evasiva en sus respuestas. Bajo la ley, el juez “podrá” considerar como un reconocimiento de los hechos, por lo que no es una norma imperativa ni tasada. Se deja a criterio del juez su evaluación. Esta circunstancia se exceptúa si la parte se encuentra amparada por la facultad de guardar un secreto. Las estipulaciones sobre el deber y la facultad de guardar silencio pueden ser retomadas de la legislación procesal penal, además de las preceptuadas en los Arts. 370 a 372 y 374 del CPCM.

Ahora bien en cuanto al reconocimiento de hechos en un interrogatorio de parte, como señala el Art. 353, se sigue otra regla de valoración. Así,

dice el Art. 353 que “El juez o tribunal podrá considerar como ciertos los hechos que una parte haya reconocido en la contestación al interrogatorio, si en ellos hubiera intervenido personalmente, siempre que a ello no se oponga el resultado de las otras pruebas. En lo demás, el resultado de la declaración se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica”.

El Art. 353 CPCM (así como su equivalente del 316 LEC) tiene la finalidad de permitir que el juez fije en la sentencia los hechos declarados, siempre y cuando la parte material hubiera intervenido personalmente en los hechos, como en un despido de un trabajador, en la firma de un contrato o en una relación de un consumidor con un proveedor. Esta regla no se aplica a la declaración de parte conocida de manera indirecta o de referencia (Art. 347 final).

En el primer caso se podría estar ante un medio probatorio similar a la “confesión de parte”, y en el segundo caso supone una declaración que se valora según las reglas de la sana crítica, que puede ser complementaria a los demás medios probatorios. Pero, aún en el primer caso la disposición es siempre orientativa hacia el juez, no es una regla de prueba tasada ni tampoco tiene carácter de ser una regla imperativa sino, más bien, dispositiva.

En cuanto a la obligación de comparar a las partes materiales debidamente citadas por el tribunal, el Art. 347 establece una regla imperativa que tiene efectos negativos para el que no comparece. Es una norma que intenta coaccionar a las partes materiales a colaborar con el tribunal como fuente y medio probatorio. El resultado es que si la parte que ha sido citada debidamente no comparece a la audiencia probatoria, sin justa causa, se entenderán por aceptados los hechos alegados por la contraparte (Art. 347 CPCM). ¿A qué hechos se refiere que serán aceptados si no hay “cuestionario” como en la prueba de “posiciones” del sistema vigente? Se refiere a las afirmaciones fácticas objeto de la prueba ya fijadas en la audiencia preparatoria.

8.1.2. INTERROGATORIO DE TESTIGOS

Se puede conceptualizar al “testigo” como una persona física, ajena al proceso, citada por el Órgano Judicial (o las partes procesales) con el fin que preste declaración de hechos relevantes para la averiguación

y constancia de los hechos contenidos en la pretensión. Para Moreno Catena el testigo es la fuente de la prueba y el testimonio el medio probatorio. El testigo es un “tercero” en el proceso.

La calidad de testigo se adquiere con el llamamiento judicial (Arts. 359, 360 y 362 CPCM), aunque en el sistema propuesto esta calidad puede ser adquirida si existen posibilidades de obtener declaraciones anteriores al inicio del juicio, durante la etapa de investigación o preparación del caso.

El testimonio, como medio de prueba, tiene por objeto demostrar la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en sus escritos o aquellos otros que puedan tener una relación directa con ellos, así como los que se aporten al proceso como alegaciones complementarias y aclaratorias.

Se trata, en cualquier caso, de hechos pretéritos, o sea, que han ocurrido con anterioridad al acto del juicio o de la vista. Lo que el testigo realmente hace en el juicio es emitir una versión de los hechos conocidos a través de su capacidad de percepción, memoria y expresión narrativa.

Para Imwinkelried y Chiesa, en el derecho probatorio moderno se reconoce que todas las personas son aptas para ser testigos. En los ordenamientos adversariales existe una regla general que toda persona es apta para ser testigo, salvo que el tribunal estimara que es incapaz de expresarse en relación con el asunto sobre el cual declararía.

No existe, pues, en el sistema adversativo oral norteamericano, disposición alguna que establezca, a la usanza del derecho continental, un régimen por el cual “tachar” o limitar la declaración testifical a priori por razones de parcialidad, entendimiento u otro. Sino que estas figuras se utilizarán por los abogados de las partes en las audiencias para impugnar o evaluar, frente al juez, la credibilidad del testigo. La técnica para esta impugnación o evaluación se estudia más adelante.

Esta es la corriente doctrinaria que el legislador salvadoreño sostiene al establecer en el CPCM que “podrá ser testigo cualquier persona, salvo los que estén permanentemente privados de razón o del sentido a través del cual únicamente se pueda tener conocimiento de un hecho. Los menores

de doce años podrán prestar declaración como testigos si poseen el suficientemente discernimiento para conocer y declarar sobre los hechos controvertidos del proceso” (Art. 355 CPCM).

En el proceso civil y mercantil aprobado (Art. 362), el testigo tiene el deber de comparecer al acto de la audiencia probatoria. Asimismo está obligado a decir la verdad, debiendo responder a las preguntas que se le formulen, estando sujeto a las responsabilidades por desobediencia a un mandato judicial. Sin embargo, el código admite circunstancias por medio de las cuales el testigo tiene exenciones para declarar (Arts. 370-372 y 374 CPCM) en razón a su deber de guardar un secreto profesional o confesional, como abogado, médico o facultativo, o por su carácter de ministro religioso.

Con la reforma legal propuesta al sistema de justicia civil y mercantil se supera también, la cultura jurídica continental de la declaración testifical del “relato” de los hechos, sustituyéndola por la técnica adversativa americana del interrogatorio directo y contrainterrogatorio de las partes.

El interrogatorio de testigos en el sistema del CPCM salvadoreño tiene cuatro etapas. Un primer interrogatorio que realiza la parte que ofreció o presentó el medio probatorio. Luego, un primer contrainterrogatorio que efectúa la parte contraria a la que hizo el primer interrogatorio y que tiene el objetivo general de confrontarlo.

Posteriormente de finalizado el contrainterrogatorio, la parte que ofreció el testigo tendrá la facultad de efectuar un segundo interrogatorio con el objetivo de rehabilitar la credibilidad del testigo y del testimonio que fue confrontado en el primer contrainterrogatorio. Finalmente, la parte que contrainterrogó puede efectuar un recontrainterrogatorio, es decir, se confronta nuevamente a la prueba de quien la ha ofrecido.

Establece el Art. 364 CPCM que antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas por falso testimonio, para cuyo efecto el juez o tribunal les instruirá sobre los artículos pertinentes del Código Penal. Inmediatamente después los testigos prestarán, ante el juez o tribunal y las partes, juramento o promesa, bajo pena de nulidad, excepto los menores de 12 años de edad.

La dinámica del examen de testigos estará bajo la moderación del juez (Art. 369), pero a petición de parte. Es decir, que el juez moderará la actividad de la práctica de interrogatorios siempre y cuando las partes controlen a la parte contraria a través de las “objeciones” fundadas, oportunas y específicas (Arts. 407, 408, 409, 410 y 413 CPCM). Todo ello bajo el espíritu de un sistema adversativo. Lo peor que pueda pasar al sistema es un abuso de los poderes de dirección del juez, que incluso asuma la tarea de objetar a las partes sin esperar el impulso procesal cuando considere que existe un daño.

a) INTERROGATORIO DIRECTO

Expresa el Art. 366 CPCM lo siguiente: “Las preguntas se formularán oralmente, con la claridad y precisión debidas, y las hará en primer lugar la parte que propuso la prueba. Los testigos responderán en forma oral, directa, y concreta a las preguntas que se les formulen, y sobre aquello de lo que tenga conocimiento personal. No podrán utilizar borradores ni notas, aunque pueden consultar apuntes o documentos cuando la naturaleza de la pregunta lo exigiera y hubiese autorización del juez. La parte contraria tendrá acceso a dichos apuntes o documentos.

En sus declaraciones los testigos no podrán emitir opiniones ni hacer especulaciones.”

El interrogatorio directo, conforme a la disposición citada, es el primer interrogatorio que la parte efectúa a un testigo. El interrogatorio directo solo puede ser utilizado para los testigos que son llamados o presentados por el abogado de la parte que está en su turno de presentación de prueba. En el interrogatorio directo la parte que presenta al testigo intenta convencer y persuadir al juzgador de la veracidad de sus alegaciones, es decir, que el protagonista es el testigo y no el abogado que presenta el caso.

Para un proceso adversativo, cuya práctica testifical requiere establecer ante los ojos del juzgador la credibilidad de quien depone en audiencia, es fundamental acreditar la capacidad sensorial del testigo. De ahí la necesidad de fundar en el interrogatorio, por la parte que ofrece el medio probatorio testifical, la capacidad sensitiva en la persona del testigo.

No podría ser, en consecuencia, una situación indiferente tanto el sentido por medio del cual el hecho o hechos entraron a integrar el conocimiento del testigo. Asimismo, el juez deberá valorar el tiempo que ha mediado entre el conocimiento del hecho y la deposición testifical y de ahí la importancia de que el tribunal de sentencia admita las declaraciones anteriores acaecidas, tanto en la situación de testigo disponible como del testigo no disponible cuando se esté efectuando tanto el interrogatorio como el contrainterrogatorio de testigo.

Los hechos por ser introducidos por las partes con su testigo, en el interrogatorio directo deben ser claramente expuestos, demostrando seguridad y confianza en lo que se está deponiendo ante el tribunal.

En la práctica, las preguntas que deben realizar los abogados a sus testigos tienen que ser sencillas, cortas, directas y orientadas a cubrir los hechos que le interesan fijar en la mente del juzgador. Es recomendable utilizar un sistema cronológico de preguntas y que permitan describir los hechos, a los sujetos participantes y la posición del testigo para conocer de primera mano los hechos. Los tipos de preguntas con las que se lleva a cabo el interrogatorio directo se recomienda que normalmente comiencen así: qué, cómo, cuándo, dónde, por qué, explique, cual, describa o similares. Con estas preguntas se le concede libertad al testigo para que sus respuestas fluyan espontánea y sin sugestividad.

Como se trata de testigos que son anunciados como testigos de la parte y presentados por ésta, el abogado no le puede hacer preguntas sugestivas. Esta es una prohibición que se deriva del Art. 367, que faculta efectuar en el contrainterrogatorio preguntas sugestivas, por lo que a *contrario sensu*, no se pueden efectuar en el interrogatorio directo.

A manera de excepción, los tribunales pueden autorizar a un abogado a hacer preguntas sugestivas en el interrogatorio directo en los casos en que los testigos de la propia parte se comportan de manera hostil, el testigo es de escasa cultura o no puede expresarse adecuadamente.

i) Estrategia de preguntas en el interrogatorio directo

Este es el orden recomendado para la realización de preguntas en el turno del interrogatorio directo:

- Preguntas de acreditación.
- Preguntas introductorias.
- Preguntas descriptivas sobre los hechos, circunstancias y el responsable.
- Presentación de prueba material (ver Art. 366 en relación con los Arts. 322 y 325 CPCM).
- Corroboración del responsable.
- Final probatorio.

ii) Lineamientos técnicos para el desarrollo en el interrogatorio directo¹¹⁹

Estos lineamientos técnicos, junto con los fines u objetivos estratégicos del interrogatorio, pueden ayudar a perfilar lo que el abogado pretende probar en el tribunal.

- El relato sobre los hechos tiene que ser ordenado (en lo posible de modo cronológico), descriptivo, sencillo e interesante.
- Las preguntas deben ser sencillas y comprensibles. De igual manera las respuestas. Por lo que no debe presumirse que el juez entiende lo que está diciendo el testigo.
- * Se recomiendan preguntas abiertas: ¿qué?, ¿cómo?, ¿dónde?, ¿cuándo?, ¿por qué?, explique, diga, describa, y similares.
- * Recuerde no hacer preguntas sugestivas.
- El testigo tiene que captar la atención del juzgador.
- * El testigo debe ubicar el lugar y tiempo en donde se encontraba cuando sucedieron los hechos. Se pueden utilizar diagramas, dibujos o presentaciones como parte del interrogatorio, siempre y cuando se dejen sentadas las bases para su acreditación.

¹¹⁹ Estos lineamientos son aplicables al re-directo en cuanto a la técnica, pero limitado a rehabilitar al testigo o testimonio en los temas que hubiera sido impugnado por la parte contraria en el contrainterrogatorio.

- * El testigo es la “estrella” de la audiencia, no el abogado. En el contrainterrogatorio, el abogado es la estrella de la audiencia.
- * Las preguntas deben ser cortas, directas y dirigidas a los temas de la teoría del caso que se pretenden establecer.
- El abogado debe moderar el ritmo y velocidad de las preguntas hechas al testigo y de sus respuestas. Las respuestas narrativas en términos generales no ofrecen daños a la parte contraria, pero, en lo posible, hay que evitarlas para no caer en la monotonía y para que el testigo no vierta información adicional o que no se encuentre dentro de los cálculos del abogado.
- El abogado debe escuchar las respuestas del testigo y continuar preguntando sobre dichas respuestas.

iii) Otras recomendaciones para el buen desarrollo de un interrogatorio directo

- El abogado debe preparar las preguntas y respuestas del testigo, tanto para el interrogatorio directo como para el contrainterrogatorio. El abogado debe prever las debilidades del testigo.
- Preparar la apariencia, presencia y estilo del testigo, sin descuidar la del abogado.
- Cuidar los gestos y modulación de la voz del testigo y del abogado.

b) EL CONTRAINTERROGATORIO

De acuerdo con el CPCM, el procedimiento de contrainterrogatorio de testigos es el siguiente: “Art. 367. Finalizado el interrogatorio directo, si la parte contraria manifiesta su deseo de contrainterrogar al testigo, el juez o el presidente del tribunal le concederá la palabra al efecto, permitiendo las preguntas sugestivas.

Durante el contrainterrogatorio, la parte que lo haga podrá utilizar, documentos, actas de declaraciones anteriores del testigo o deposiciones

que hubiera rendido y que versen sobre los hechos en cuestión, para el efecto de demostrar o desvirtuar contradicciones, o para solicitar las aclaraciones pertinentes.” Acá es donde, de igual manera, se puede incorporar prueba material según los Arts. 322 y 325 CPCM.

Bajo el Art. 367 citado, el contrainterrogatorio o repregunta es una confrontación defensiva o el ejercicio al derecho al “careo” de la parte contraria. El contrainterrogatorio lo lleva a cabo el abogado de la parte contraria al testigo ofrecido por la parte que realiza el interrogatorio directo. La técnica del contrainterrogatorio es conocida como el *cross examination* o interrogatorio cruzado, porque la parte que no propuso al testigo o perito tiene la posibilidad de contrainterrogarlo con una técnica que adquiere caracteres de verdadero arte (Quiñones Vargas).

Para Chiesa, el derecho a contrainterrogatorio es el núcleo del derecho a defenderse mediante la confrontación de la prueba contraria, así reitera que Wigmore caracteriza al contrainterrogatorio como la más grande arma jurídica jamás inventada para el descubrimiento de la verdad, tanto para el abogado como por sobre todo para el juez.

Como se trata de un testigo que es presentado como prueba por una de las partes, el abogado que contrainterroga puede hacer preguntas sugestivas, ya que el propósito del contrainterrogatorio es buscar la verdad o impugnar la credibilidad del testigo.

El contrainterrogatorio también puede ser útil para destacar las debilidades o aspectos negativos del caso de la parte contraria, y también puede aportar aspectos positivos del caso que representa el abogado que contrainterroga.

Quiñones Vargas manifiesta que el propósito principal del contrainterrogatorio es lograr que el testigo de la parte contraria pierda credibilidad frente al tribunal, desacreditando dicho testimonio o a la persona. En la primera situación se confronta la versión de los hechos del testigo, sea porque no es creíble, es ilógica, desafía las leyes de la naturaleza, se contradice con una versión anterior que hubiera depuesto o con la de otro testigo. En la segunda estrategia se intenta arremeter contra la credibilidad del testigo, sea por su falta de criterio, por carecer de agudeza mental

para entender los hechos, por su conducta o por la situación o posición en que se encontraba cuando sucedieron los hechos.

Por su parte, para Murray, el interrogatorio cruzado permite a los abogados la oportunidad de obtener y usar información del testigo de la parte contraria, la cual puede ser útil para sus propósitos o para desacreditar a dicho testigo. Es así que los propósitos del contrainterrogatorio son:

- Desacreditar el testimonio de la parte contraria;
- Descubrir inconsistencias de la declaración testifical contraria;
- Atacar la credibilidad del testigo, utilizando técnicas sarcásticas o de incredulidad; y,
- Buscar testimonio que le favorezca.

A diferencia del interrogatorio directo, en el contrainterrogatorio no se hacen preguntas cronológicas, sino específicas y definidas a atacar el testimonio o la credibilidad del testigo. La forma en que se hacen las preguntas es cerrada y sugestiva. Esto es, formuladas como aseveraciones o afirmaciones que el deponente tendrá que responder “sí” o “no”. Es decir, el abogado que contrainterroga debe mantener bajo control las respuestas del testigo para poder identificar contradicciones.

Las funciones defensivas del contrainterrogatorio buscan, entonces, mancillar el testimonio del testigo adverso y/o pretenden atacar la credibilidad del testigo debido a su parcialidad, parentesco o afinidad con alguno de los involucrados en el hecho, interés en el resultado del juicio, la percepción de los hechos o la memoria para formar la decisión del caso en una u otra forma.

Señala Chiesa Aponte que el medio más eficaz para impugnar la credibilidad de un testigo es traer ante la consideración del juez declaraciones anteriores del testigo incompatibles con su testimonio que está efectuando. Las declaraciones pueden estar contenidas en cualquier tipo de soporte. La introducción de prueba para impugnación, no solo deja ante los ojos del juez la credibilidad del testigo en relación con su conocimiento al que se refiere la contradicción, sino también la credibilidad general del testigo.

Entre las manifestaciones realizadas en la audiencia judicial y la anterior debe, entonces, existir una incompatibilidad o diferencias significativas. También procede la impugnación de la veracidad del testigo, cuando éste realiza declaraciones que había omitido anteriormente, entendiendo que esta información es básica para el descubrimiento de la verdad de los hechos controvertidos. De manera similar está redactado el Art. 356 en relación con el 367 inciso primero del CPCM. En estos casos el procedimiento de incorporación de actas, sentencias o cualquier otra prueba material, es la técnica adversativa del Art. 325 CPCM.

Desde un punto de vista constitucional, el contrainterrogatorio se basa en el principio de contradicción o confrontación. Bajo este principio procesal se integran el ejercicio de los derechos de defensa e igualdad en el proceso judicial. El principio de contradicción revela y explica un proceso civil ajustado a la Constitución, pues las partes pueden ejercer con las mismas posibilidades sus oportunidades procesales adversativamente.

La existencia del contrainterrogatorio que autorice la realización de preguntas sugestivas es esencial para garantizar la lucha jurídica entre las partes, bajo las reglas de un juicio oral con todas las garantías (Arts. 11 y 12 Cn, Arts. 3 a 13 CPCM). El contrainterrogatorio, bajo la técnica de preguntas sugestivas, es la verdadera efectivización del derecho de defensa en una audiencia. Ello a pesar de que en el derecho continental europeo y suramericano ha sido convertido -el interrogatorio cruzado con preguntas sugestivas- en un fetiche.

El principio de igualdad completa al principio de contradicción en el proceso, ya que tanto la parte demandante como el demandado deben tener las mismas posibilidades de alegar, probar o impugnar. Para que el órgano jurisdiccional pueda decidir sobre los hechos en controversia necesita que las partes del proceso puedan ejercer las mismas facultades y derechos, así lo disponen los Arts. 5-7 y 13 del CPCM. Las disposiciones citadas afirman que los sujetos que se enfrentan, o partes, tienen las mismas posibilidades de postulación, para lograr la convicción judicial de sus tesis, por los medios probatorios introducidos en el juicio civil o mercantil.

A fin de evitar que la celebración de una audiencia de juicio se convierta en el mero cumplimiento de una formalidad, la ley obliga a que las partes

practiquen la prueba ofrecida y no simplemente argumenten sobre los hechos, o en el peor de los casos trasladen los actos de investigación civil sin llevar las fuentes probatorias a la audiencia judicial.

i) Estrategia de preguntas en el contrainterrogatorio

Este es el orden recomendado para la realización de preguntas en el turno del contrainterrogatorio, preguntas sugestivas que:

- Comprometan al testigo con las respuestas dadas en el interrogatorio directo.
- Comprometan al testigo con el sostenimiento de la verdad y con su declaración bajo juramento.
- Impugnen las habilidades sensoriales del testigo o su interés personal en el resultado del litigio.
- Pongan en duda la veracidad o el contenido del testimonio.
- Permitan la presentación de prueba material si es necesario y útil para la impugnación del testigo o testimonio (ver Arts. 366 en relación con los Arts. 322 y 325 CPCM).
- Se debe dejar que conteste el testigo impugnado y que se comprometa con sus respuestas.

ii) Lineamientos técnicos para el desarrollo del contrainterrogatorio

La impugnación del testimonio practicado en la audiencia implica que el abogado de la parte contraria pueda desacreditar al testigo sobre su propia declaración, demostrando que es mendaz, por la imposibilidad de que haya sucedido o porque tiene mala memoria.

En lo que respecta a la impugnación del testigo el abogado debe procurar “tacharlo” al mismo, intentando mostrar al juez, por medio de preguntas sugestivas, que está declarando con “interés”, es decir parcializado.

Estos son los lineamientos:

- Fundamentos del contrainterrogatorio
- No efectuar un contrainterrogatorio si no es necesario.
- Poner atención a las respuestas del testigo en audiencia así como en declaraciones anteriores.
- Determinar la utilidad del contrainterrogatorio.
- No repetir el interrogatorio directo. Un contrainterrogatorio jamás debe efectuarse con preguntas abiertas. Las preguntas deben ser sugestivas.
- Desarrollo del contrainterrogatorio
- Desarrollar un control sobre el testigo. En el interrogatorio directo la estrella de la audiencia es el testigo. En cambio, en el contrainterrogatorio es el abogado de la parte contraria. En el contrainterrogatorio el abogado no puede admitir que el testigo explique las respuestas, por esa razón deben ser controladas a través de las preguntas sugestivas. Mientras menos hable el testigo le favorece a la parte que contrainterroga.
- Brevedad y organización. El contrainterrogatorio debe ser breve y ajustado a las partes medulares que se quieren impugnar. No se debe hacer un contrainterrogatorio si no se tiene un objetivo definido y una respuesta previsible.
- Ritmo y velocidad. Las preguntas deben hacerse rápidamente, sin que existan lapsos que permitan pensar al testigo. No se puede permitir que reflexione el testigo sobre la respuesta.
- No llevar preguntas preparadas, es esencial la buena memoria.
- Realizar preguntas cerradas y sugestivas para prever respuestas afirmativas, como por ejemplo:
 - “Lo cierto, testigo, es...”.
 - “Dígame si es cierto, testigo,...”.

-“Testigo, a preguntas del abogado usted afirmó que... ¿correcto?”

-“Testigo, usted dijo... usted es...”.

- Saber escuchar al testigo.
- Saber cuándo interrumpir o terminar el contrainterrogatorio.

c) INTERROGATORIO RE-DIRECTO

El Art. 367 del CPCM en el inciso final dice que: “La parte que sometió al testigo al interrogatorio directo podrá interrogarlo de nuevo. La parte contraria podrá someterlo a otro contrainterrogatorio. En estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas que deriven del interrogatorio anterior”. Bajo la disposición del legislador, las partes tienen una nueva oportunidad en el examen de testigos.

El Art. 367 citado determina que luego que el abogado de la parte contraria termina el contrainterrogatorio, el abogado que llevó a cabo el examen directo del testigo tiene la opción de hacer el interrogatorio re-directo.

De igual manera que en el caso del contrainterrogatorio, el abogado que hizo el interrogatorio directo tiene discrecionalidad de efectuar un re-directo, tomando como referencia que el contrainterrogatorio le hubiera afectado la credibilidad de su testigo o testimonio. En este interrogatorio re-directo, el abogado no puede hacer preguntas sugestivas, sino que las preguntas tienen que ser abiertas similares al directo, pero para aclarar las respuestas que el testigo brindó a preguntas del abogado de la parte contraria.

Es decir, el abogado debe limitarse a aclarar asuntos y permitirle que su testigo ofrezca las explicaciones que el abogado contrario no permitió cuando lo contrainterrogaba. El llevar a cabo este segundo interrogatorio es opcional, no es obligatoria su realización, por lo que la parte (el litigante) debe evaluar si el contrainterrogatorio le hizo daño a su medio de prueba. Se reitera que el interrogatorio re-directo debe limitarse a preguntar sobre los temas o materias afectadas por el contrainterrogatorio. No para

introducir nuevo material probatorio, a menos que el contrainterrogatorio lo hubiese habilitado.

d) RE-CONTRAINTERROGATORIO

Posteriormente -continúa diciendo el Art. 367, que cuando un testigo es sometido al interrogatorio re-directo el abogado de la parte contraria tiene la opción de llevar a cabo el re-contrainterrogatorio. En efecto, el abogado de la parte que efectuó su contrainterrogatorio puede intentar efectuar al testigo una nueva ronda de preguntas con el propósito de intentar desmerecer la credibilidad del testigo frente a los ojos del juez. En el re-contrainterrogatorio, el abogado puede ser sugestivo, pero sus preguntas se deberán limitar a las materias cubiertas en el re-directo. En el examen del re-contrainterrogatorio son admisibles las preguntas sugestivas.

Se reitera, entonces, que en esta fase se tiene el propósito de facultar a la parte que no ofreció al testigo para que pueda desvirtuar el intento que hizo la parte que sí ofreció de rehabilitar al testigo en el interrogatorio re-directo. Es decir, pretende ratificar la impugnación realizada a la credibilidad del testigo o testimonio efectuado en el primer contrainterrogatorio. El abogado puede renunciar a esta ronda si considera que no vale la pena, estratégicamente, realizarla.

8.1.3. INTERROGATORIO DE PERITOS

1º) Concepto

El medio probatorio pericial es explicable dada la complejidad de hechos o situaciones en las que se requiere conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, en la que ni las partes ni el juez o tribunal tienen conocimiento alguno. En estos casos, el Art. 375 CPCM estatuye la facultad de las partes de requerir el examen científico, técnico o artístico de un experto.

El CPCM se decanta en favor del nombramiento de peritos o expertos de parte (Arts. 374 y 377 CPCM), y excepcionalmente atribuye al juez la capacidad de nombrar alguno (Arts. 378 y 380). El código según el Art. 383, determina que podrán ser designados peritos quienes posean título oficial en la materia, ciencia o arte de que se trate. Si el objeto de la

pericia no requiera un título oficial, se nombrará el perito entre personas entendidas en la materia. En el interrogatorio de acreditación todo ello deberá ser recalcado al juez para mostrar la capacidad técnica o científica del perito.

El CPCM, Art. 384, señala que no se requiere un número preciso de peritos para darle valor a un examen pericial. La disposición afirma que un solo perito será suficiente para tener por establecidos los hechos controvertidos, salvo que las partes acuerden designar más de uno, siempre que estén de acuerdo con la designación de todos los que se hayan de nombrar. Este es el aspecto clave de la credibilidad del perito y de su examen pericial.

Se requiere que el perito en su dictamen establezca una explicación científica o técnica sobre un hecho o negocio, o de valoración artística sobre un objeto o negocio en la audiencia probatoria, salvo que las partes hubieran estipulado su admisión al no existir controversia. En el informe pericial, el experto deberá manifestar en su dictamen la promesa o juramento de decir verdad y que ha actuado y actuará con objetividad (Arts. 375-376).

2º) Oportunidad para la proposición de la prueba judicial

El código admite la posibilidad de que una parte nombre a un perito antes de la interposición de la demanda, durante el proceso (práctica de la audiencia preparatoria). En todo caso, en la presentación de la demanda, durante la audiencia preparatoria e incluso durante el descubrimiento de la prueba, la parte contraria deberá conocer el informe pericial (Arts. 381 y 387 CPCM).

3º) Práctica de la prueba pericial

Según el Art. 386 CPCM, el perito deberá presentar el dictamen por escrito y remitirlo al juez y a las partes dentro del plazo otorgado que deberá finalizar, cuando menos, tres días antes de la celebración de la audiencia probatoria. Durante la audiencia, las partes podrán interrogar al perito sobre los puntos expuestos en el dictamen, quedando expedido a una y otra, según sea el caso, el derecho a contrainterrogar. Ahora bien,

si no existe controversia sobre el dictamen pericial, las partes pueden aprobar su dictamen.

Para el examen pericial, según lo dispone de manera general el Art. 387, el perito está sujeto a las preguntas de los abogados de las partes durante la audiencia probatoria, pero, la práctica deberá llevarse a cabo según la técnica de interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos.

4º) Valor probatorio de la prueba pericial

El código renuncia a la valoración tasada del peritaje, admitiéndose que sea valorada por el tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la idoneidad del perito, el contenido del dictamen y la declaración vertida en la celebración de la audiencia. De ahí la importancia de dominar las técnicas de litigación oral, tanto las que acreditan la capacidad y credibilidad del perito (interrogatorio directo) como aquél que lo impugnará (contrainterrogatorio).

8.2. PRÁCTICA DE PRUEBA DEMOSTRATIVA O MATERIAL A TRAVÉS DE INTERROGATORIOS

El CPCM ha previsto que a través del desarrollo de interrogatorio o contrainterrogatorio se pueda incorporar y acreditar en audiencia probatoria la prueba demostrativa o material (Arts. 325 y 322 CPCM). Ello se puede hacer examinando a las partes (Art. 350 CPCM), testigos (Arts. 366, 367, 356 CPCM) o peritos (Art. 387 CPCM). En cada uno de los casos mencionados, la ley establece que la parte, testigo o perito podrán consultar soportes materiales, para ello el juez deberá autorizarlo siempre y cuando los procuradores hayan podido fijar las bases necesarias, tanto para acreditar como para impugnar, conforme al procedimiento que por su naturaleza sea aplicable del Art. 325 (CPCM) denominado *acreditación de prueba material o tangible*, o estableciendo cadena de custodia si la prueba material lo requiriera (Art. 322 CPCM)

8.2.1.- MEDIO PROBATORIO INSTRUMENTAL: DOCUMENTOS

1º) Concepto

Documento, desde un punto de vista probatorio, es la representación escrita del pensamiento en un soporte de papel (Cortés Domínguez).

Esta definición se encuentra en los Arts. 331 y 332 CPCM, que intuyen que tanto los instrumentos públicos como los privados deben estar contenidos en documento escrito. Estas reglas de la sección de la prueba instrumental son aplicables para la aportación y utilización de dibujos, fotografías, planos, mapas croquis u otros documentos, como dice el Art. 343.

Ahora bien, el progreso tecnológico, los avances de las tecnologías de información en la vida cotidiana, y no sólo de los negocios (comercio electrónico), han convertido en obsoleta dicha definición, sin que entre en vigencia el CPCM.

El progreso tecnológico ha creado una serie de instrumentos cuyo soporte no es el papel sino la data electrónica. Así, existe la firma electrónica, la web, el chat, el blog, no sólo documentos y mensajes electrónicos, diseños electrónicos, comunicaciones o contratos (públicos o privados) u otro tipo de actos o negocios jurídicos formalizados en soportes electrónicos.

En efecto, la tecnología ha modificado la concepción de los juristas en el sentido que no sólo el tradicional documento escrito en “papel” tiene validez jurídica, sino también los documentos cuyo soporte es una tecnología de la comunicación. Dice Gimeno Sendra que el desarrollo de la técnica hará desaparecer el papel en el mercado y tráfico jurídico.

En el ámbito latinoamericano, la Ley 19.799 de Firma Electrónica y Servicios de Certificación, de Chile, fue emitida para regular la firma digital y los documentos electrónicos debido al creciente desarrollo de negocios por medio de Internet. En este sentido, la tecnología ha permitido que se produzcan nuevas formas de hacer negocios y de celebrar contratos. La legislación mencionada les brinda respaldo jurídico al darles validez y eficacia y para permitir que se empleen mecanismos que den seguridad a la integridad del documento suscrito por vía electrónica, que permita la identificación de quien lo origina y asegurar la no repudiación del documento por parte de su emisor.

La Ley de Simplificación Aduanera ha sido, quizás, la normativa salvadoreña más avanzada en lo que respecta a la regulación de la firma, transmisión y documentación electrónica basado en los principios de autenticidad, integridad, no repudiación y autenticidad para darle la

misma validez jurídica que un documento emitido o suscrito en soporte de papel, incluyendo documentos públicos. Pero también las nuevas reglas de notificaciones y uso de soportes para la conservación de los actos procesales en audiencia del CPCM reconocen que la tecnología tiene un lugar en la actividad judicial (Arts. 703, 178, 206, 8, 205 CPCM).

2º) Documentos públicos y privados

El CPCM distingue dentro de los documentos los públicos y privados. Los instrumentos públicos son los emitidos por notario, autoridad o funcionario público, y, en general, por cualquier persona a la que el Estado le reconozca su capacidad y habilidad como fedatario público (Art. 331).

El código reconoce la autenticidad de los instrumentos públicos mientras no se pruebe su falsedad (Art. 334 CPCM), y le atribuye el siguiente valor probatorio: los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten, de la fecha y personas que intervienen en ella, así como del fedatario o funcionario que la expide (inciso 1º, Art. 341). Para que los documentos públicos pierdan su eficacia formal, deben ser impugnados.

Los documentos privados, según estipula el código, son los atribuidos a los particulares. De igual manera, si el documento público no ha sido emitido u otorgado con las formalidades legales, tendrá el carácter de documento privado. La autenticidad del instrumento privado se corroborará mediante el cotejo de letras efectuada por perito (Arts. 332 y 340 CPCM). Los instrumentos cuya autoría se atribuya a particulares harán plena prueba de su contenido y otorgantes si no ha sido impugnada su autenticidad. Si no se demuestra la autenticidad, quedará a criterio del juez brindarle valor, según las reglas de la sana crítica (Art. 341 inciso final CPCM).

En cuanto a los documentos públicos o privados emitidos en el extranjero, si bien el CPCM no hace mayor mención, se habilita al derecho común, especialmente al proveniente de los convenios internacionales (Art. 2 CPCM) para que establezca y complemente los requisitos de validez.¹²⁰ Esta situación vuelve a ser crítica en cuanto al reconocimiento de las

¹²⁰ Como el "Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 por el que se suprime la exigencia de la legalización de los actos públicos extranjeros", mediante la inserción de la APOSTILLE. Este Convenio se encuentra vigente para El Salvador.

comunicaciones electrónicas internacionales. De hecho la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha estado promoviendo un convenio internacional que brinde seguridad jurídica a dichos actos o negocios electrónicos. La única exigencia del proyecto de código es que los instrumentos públicos o privados que no estén redactados en castellano se acompañen con una traducción a ese mismo en el que consten las generales de la persona y, en general, el contenido del mismo.

3º) La carga de la aportación de los documentos

El CPCM (Art. 335) expresa que los instrumentos públicos o privados se presentarán con la demanda o con su contestación. Pero el mismo Código habilita la posibilidad de presentarlos en otro momento procesal, como la audiencia probatoria, según lo dice el Art. 311.

El Art. 335 guarda relación con el Art. 276, que obliga al demandante a presentar junto con la demanda los documentos acreditativos del cumplimiento de los presupuestos procesales, los que fundamentan la pretensión y los informes periciales. Por su parte, el Art. 288 reitera que junto con la demanda, su contestación, la reconvencción y la contestación a esta deberán aportar documentos sobre los presupuestos procesales y los documentos probatorios sobre los que las partes fundan su derecho, así como informes periciales.

En cuanto a la regulación sobre los medios probatorios en el derecho español vale la pena citar a Gimeno Sendra, quien dice que no existe una unidad doctrinal sobre los motivos por los cuales el legislador español exige la presentación documental junto con la demanda. Dicha regla es muy común en las regulaciones latinoamericanas inspiradas en la ley procesal española. Gimeno Sendra expresa que el ordenamiento civil le otorga un valor probatorio privilegiado a los documentos, y que es conveniente descubrir a las partes en una etapa preprocesal similar al *pretrial* o *discovery* en el derecho angloamericano, o al *vorverfahren* en el proceso civil alemán.

Esta circunstancia, que menciona el autor citado, se intentó resolver por los redactores del Proyecto CPCM, introduciendo el procedimiento del descubrimiento de la prueba. Dicho procedimiento no fue aprobado por el

legislador, pero quedaron otras oportunidades como las expuestas en los Arts. 275 y 288 CPCM. Sin perjuicio de las diligencias preliminares en la etapa de investigación del caso, que permite la exhibición de documentos con auxilio judicial (Arts. 255, 256, 257, 258, 336 y 337).

El Art. 288 CPCM expresa que, cuando no se aporten los documentos inicialmente, o se informe sobre el lugar en donde se encuentre, precluirá dicha oportunidad, excepto que la ley autorice otro momento para su aportación. La misma disposición faculta la posibilidad de presentar documentos por el demandante en la audiencia preparatoria (Art. 307 CPCM)¹²¹.

4º) La exhibición de documentos, la cadena de custodia y el descubrimiento de prueba

Los redactores del CPCM se empeñaron en promover un proceso civil y mercantil en el cual las partes actúen con lealtad con respecto al juez y la parte contraria. Asimismo se ha pretendido garantizar un juicio en igualdad de armas para la adecuada defensa, tanto de las pretensiones como de las resistencias de las partes.

Los principios de veracidad, lealtad y probidad procesal contenidos en el Art. 13 y el de igualdad procesal (Art. 5) han sido desarrollados no solo en las audiencias orales como tal, sino en procedimientos que pueden permitir el conocimiento de la existencia de la prueba instrumental y de su contenido, así como garantizar su integridad.

El Art. 336 CPCM establece el deber de exhibición de los instrumentos públicos o privados por las partes que las tengan en su poder. Esta posibilidad la puede exigir la parte interesada, sea en los actos previos al proceso, denominados como *diligencias preliminares* en la que se pide al juez su auxilio para la obtención de los instrumentos (Arts. 254 y 255 CPCM) o para asegurar prueba (Arts. 323 y 324 CPCM). El procedimiento de aseguramiento de la integridad de la prueba está vinculado con las reglas sobre la cadena de custodia de la prueba (Art. 322).

¹²¹ El Art. 317 CPCM dice que la prueba deberá ser propuesta en la demanda o contestación. Las partes podrán proponerla en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado.

5º) Incorporación de prueba material en audiencia

Ahora bien, los Arts. 322 y 325 CPCM establecen un procedimiento de incorporación de prueba material (documentos, fotografías, planos, soportes de almacenamiento de imagen, voz y datos, etc.) mediante el interrogatorio de partes, testigos o peritos en la audiencia probatoria (Art. 402). Por ejemplo, por medio de testigos que están declarando en audiencia probatoria (Arts. 366 ó 367) los abogados pueden acreditar o incorporar dicha prueba material o establecer cadena de custodia. Incluso para impugnar falsedad ideológica o material, sea con testigos (Art. 356 CPCM) o peritos (Arts. 338, 339, 340 CPCM).

Así debe construirse la dinámica del proceso para respetar los principios de concentración de prueba y de contradicción en un modelo adversativo oral.

El Art. 325 ordena que, para la acreditación de la prueba material o tangible, la parte interesada muestra al abogado de la parte contraria dicha pieza, en la audiencia probatoria. Este es el proceso del instrumento que desea acreditar. Para ello el abogado hará un interrogatorio para establecer las bases de su admisibilidad. Luego que el juez ordena que se ha marcado procederá el abogado a interrogar sobre el fondo de lo que quiere probar con dicha prueba material. Pero, entonces, dicha prueba quedará en el contrainterrogatorio a disponibilidad de la parte contraria.

A continuación, un ejemplo de litigación para la acreditación de prueba material o tangible:

- Abogado: Testigo, ¿usted tiene conocimiento del por qué se le ha citado a este tribunal este día?
- Testigo: Sí. Se me ha citado para declarar sobre el procedimiento de redacción de un pliego de licitación.
- Abogado: Por favor, explique qué es un pliego de licitación.
- Testigo: Un pliego de licitación es el grupo de documentos que utiliza la unidad de adquisiciones del Ministerio para llamar a proveedores a ofrecer bienes en los procesos de compras públicas.
- Abogado: Por favor, testigo, ¿cómo es el procedimiento de elaboración de dicho pliego?

- Testigo: Con gusto. El pliego es redactado a partir de las especificaciones técnicas de un funcionario que trabaja en cada una de las unidades administrativas del Ministerio.
- Abogado: ¿Puede describir la forma del pliego?
- Testigo: Sí, abogado, son hojas con el logo del Ministerio en papel bond blanco. En las orillas de las hojas están unas marcas de agua. Cada hoja tiene un número correlativo y el sello de la unidad de adquisiciones.
- Abogado: ¿Ha visto o conoce usted el pliego de la licitación número 523-2010 de la carretera al río Sapo?
- Testigo: Sí, licenciado, la conozco.
- Abogado: ¿Por qué dice qué conoce dicho documento?
- Testigo: Porque participé en la redacción del pliego y soy el responsable de numerar dicho documento.
- Abogado: (Le muestra al testigo el documento que se desea acreditar al tribunal). Testigo, ¿puede usted decirme que le he mostrado en estos momentos?
- Testigo: Sí, licenciado, es el pliego de la licitación número 523-2010 de la carretera al río Sapo.
- Abogado al tribunal: Juez, solicitamos que se marque como identificada la pieza X.
- Juez: Que se marque como identificada.

Luego el abogado continuará preguntando sobre los aspectos sustanciales que desea probar con el documento y el testigo.

8.2.2.- MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DEL SONIDO, VOZ O IMAGEN Y ALMACENAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

1º) Procedencia

En los Arts. 396 y 397 CPCM se dedica a reconocer otros medios novedosos de prueba, especialmente porque son, por una parte, un “soporte” que documenta sonido, voz, datos, imagen, información electrónica o de otra tecnología. Ello se debe a los cambios tecnológicos del mundo. Así, el Art. 396 admite la posibilidad de proponer como medios de prueba los medios de reproducción del sonido, voz, datos o de la imagen.

Por otra parte, el Art. 397 dice que se podrá proponer prueba mediante medios de almacenamiento de datos o de información. Ahora bien, las partes son las responsables de aportar cintas, disquettes u otros medios en los que conste. Si bien es una lista cuyas tecnologías a esta fecha ya fueron superadas, por lo que el legislador debería considerar modificarla para ampliarla a una terminología más genérica como “soportes electrónicos y cualquier otra que la tecnología produzca”.

2º) Proposición y práctica de la prueba

El Art. 398 CPCM expresa que la proposición como prueba de los medios de reproducción del sonido o de la imagen, así como aquellos soportes magnéticos o informáticos en donde se almacena información, deberá hacerse conforme a lo ordenado en el Art. 316, en el que se manifiesta que debe ser propuesta en la demanda o en la contestación, así como en la audiencia preliminar.

El Art. 399 reglamenta un procedimiento riguroso, además de reforzar la exigencia de un descubrimiento e intercambio del medio probatorio, conforme con el Art. 317, la práctica de la prueba deberá efectuarse en audiencia, siguiendo el procedimiento de acreditación de prueba material (Art. 325 CPCM), sin perjuicio de que se exija el establecimiento por la parte interesada de la cadena de custodia de dicha prueba (Art. 322) para demostrar que no ha sido alterada en el ínterin del ofrecimiento con la producción en audiencia.

Asimismo, a estos medios novedosos de prueba les son aplicables las reglas generales de aseguramiento de la prueba contenida en los Arts. 323 y 324 CPCM. Si la grabación o duplicación que se lleva a cabo, así como la información almacenada requiriese además de un conocimiento especializado, las partes deberán nombrar un perito para que permita asegurar al juez su integridad y seguridad. Sin perjuicio de lo solicitado por las partes, el juez podrá designar un perito para ese único efecto, (Art. 400 CPCM). En estos casos los abogados podrán efectuar, de igual manera, sus destrezas de interrogatorio y contrainterrogatorio cuando el juez lo disponga en la audiencia probatoria.

8.3.- PRUEBA CIENTÍFICA

A veces, dada la complejidad del litigio, se hace necesario efectuar pruebas técnico-científicas a las fuentes de prueba para poder identificar su naturaleza o los efectos o transformaciones sufridas. Asimismo, en algunas ocasiones la intervención de técnicos o profesionales expertos en determinada ciencia, arte o técnica es relevante para conocer y explicar fenómenos ocasionados por el hombre, que tienen consecuencias jurídicas.

En los casos mencionados, el código permite el nombramiento de los expertos para que puedan realizar los experimentos necesarios para explicar lo sucedido. Estos expertos se denominan *peritos*.

En algunas ocasiones los peritos tendrán que explicar en la audiencia, para efectos de credibilidad, su experiencia académica y laboral, los procesos empleados para recoger la fuente o muestra de la prueba, los procedimientos técnicos o científicos con los que trataron al elemento, así como sus conclusiones.

El medio probatorio pericial es explicable dada la complejidad de hechos o situaciones en las que se requiere conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, en la que ni las partes ni el juez o tribunal tienen conocimiento alguno. En estos casos, el Art. 375 CPCM estatuye la facultad de las partes de requerir el examen científico, técnico o artístico de un experto.

En algunas situaciones, los procuradores intentarán mostrar la credibilidad de los resultados de las pericias sentando en la audiencia a los peritos para que expliquen el procedimiento de recolección de la evidencia, su embalaje, resguardo, custodia, prueba de laboratorio y resultado al tribunal para asegurar la confianza.

8.4.- CONOCIMIENTO JUDICIAL

El conocimiento judicial se identifica con las facultades del juez de conocer, por sus propias facultades sensoriales, los hechos que las partes le exponen. El conocimiento judicial puede ser adquirido a través de los hechos notorios (que no se mencionarán en este ensayo), la inspección

judicial y el reconocimiento de objetos, instrumentos o personas. Incluso en audiencia. Bastará exponer brevemente al reconocimiento judicial.

8.4.1.- EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

1º) Concepto y procedencia

El reconocimiento judicial procederá cuando sea necesario por la naturaleza de los hechos controvertidos que el juez reconozca por sí a una persona, un objeto o un lugar (Art. 390 CPCM). Este medio probatorio podrá ser propuesto por la parte, o el juez de oficio podrá ordenar el reconocimiento judicial cuando lo considere necesario para dictar sentencia.

2º) Práctica del reconocimiento judicial

Según el Art. 392 CPCM, cuando se pretendiere el reconocimiento de una persona o de un objeto, este acto deberá llevarse a cabo en la audiencia y proceder describiendo el estado en que se encuentre de modo ordenado e inteligible. Las partes podrán objetar en todo momento la descripción referida. Si el reconocimiento fuera de algún inmueble, se señalará el día y la hora para su práctica, antes de la audiencia probatoria, previa cita de partes.

El Art. 394 CPCM admite la posibilidad de que el juez estime la conveniencia de efectuar, junto con el reconocimiento judicial, la práctica pericial o la declaración de testigos. Esta decisión puede ser objetable por las partes que consideren que no es conveniente a sus intereses.

9.- EL PROCEDIMIENTO DE LA PRÁCTICA PROBATORIA

Como se ha mencionado, en un sistema de juicio por audiencias rigen para la práctica de la prueba los principios de intermediación judicial, la concentración de pruebas (evitando el ritualismo y el formalismo de la práctica de prueba en episódica del sistema escrito), la contradicción e igualdad de las partes, la oralidad mediante los interrogatorios directo y contrainterrogatorio.

Según el CPCM, el procedimiento probatorio tiene cuatro momentos diferenciados:

- a) Las actuaciones propias de la investigación del caso, preparación, identificación y recolección de fuentes de prueba.
- b) El ofrecimiento de prueba al tribunal.
- c) La admisibilidad, rechazo o exclusión de la prueba.
- d) El descubrimiento de las pruebas.
- e) La práctica de la prueba.
- f) La valoración y fijación de la prueba en la decisión judicial, y la fundamentación de ésta en la sentencia.

a) Las actuaciones propias de la investigación del caso, preparación, identificación y recolección de fuentes de prueba.

En cuanto a las actuaciones de investigación y preparación del caso, éstas pueden ser efectuadas por el profesional del derecho sin auxilio judicial o con auxilio judicial. Si se requiere auxilio judicial, entonces, durante las diligencias preliminares se podrá exigir la exhibición de documentos, cosas, títulos, situaciones, reconocimiento de documentos, se podrán girar órdenes de exhibición de cualquier evidencia material (Arts, 255, 256, 261, 257, 258, 336 y 337). Amén del inicio de investigaciones científicas a través de peritos.

b) El ofrecimiento de prueba al tribunal.

Un segundo momento en el procedimiento probatorio del CPCM es la fase de *ofrecimiento o proposición* de la prueba. Este acto procesal es realizado por las partes, en su demanda o contestación, según expresan los Arts. 276, 288 y 289 CPCM. Pero además, las partes podrán proponer pruebas a más tardar en la práctica de la audiencia probatoria (Art. 316 CPCM). De hecho, por la misma dinámica del proceso adversarial en la práctica probatoria, el juez de manera constante estará tomando decisiones sobre la admisibilidad de las preguntas efectuadas por los abogados mediante la resolución a las objeciones que se llegaren a efectuar.

Bajo el esquema planteado, de conformidad a la dinámica del proceso se comprenderá que hay tres grandes posibilidades de ofrecimiento de prueba (fuera de los documentos presentados con la demanda o contrademanda), y son:

1º) Durante la audiencia preparatoria (Arts. 306, 309 y 310 CPCM).

2º) Durante la producción de los medios de prueba en la audiencia probatoria, que fueron admitidos en la audiencia preparatoria (Arts. 402, 406 y 407 CPCM), puesto que el juez estará determinando la admisibilidad de las preguntas durante los interrogatorios.

3º) Cuando aparezcan hechos nuevos o de nuevo conocimiento en el desarrollo de la audiencia probatoria (Art.307), debiendo el juez, respetando el principio de concentración de la actividad probatoria, autorizar su producción en la sesión siguiente a la finalización de todos los medios probatorios que fueron admitidos durante la audiencia preparatoria.

De acuerdo con el CPCM, la proposición de pruebas es un acto exclusivamente de parte y se halla sujeta al cumplimiento de determinados requisitos de carácter legal. El incumplimiento de los requisitos o del plazo procesal puede dar como resultado la inadmisión de las pruebas propuestas (Art. 316 inc 2º CPCM). En puridad, bajo el esquema propuesto, las partes deben ofrecer los medios de prueba que desean sean admitidos, para poder probar las hipótesis. En el derecho probatorio norteamericano se regula de manera tajante la responsabilidad de las partes para probar un hecho: el peso de la prueba recae sobre la parte que resultaría vencida de no presentarse evidencia por ninguna de las partes. O bajo el sabio aforismo: “Quien afirma debe probar”.

c) La admisibilidad, rechazo o exclusión de la prueba.

Un tercer momento en el procedimiento probatorio del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño es la *admisión*, exclusión o *rechazo* de la prueba por el juez. El juez debe decidir, durante la celebración de la audiencia preparatoria, la *admisión* o *rechazo* de la prueba ofrecida por las partes (Arts. 292 y 320 CPCM), conforme a las reglas de *pertinencia* (Art. 318), utilidad (Art. 319) y licitud (Art. 316). Asimismo, se exige que las fuentes de prueba se obtengan de forma lícita, de lo contrario las partes pueden denunciar que ha sido obtenida de manera contraria a la ley. Ninguna fuente de prueba, dice el Art. 316 CPCM, que hubiera violado la Constitución podrá ser apreciada por el juez.

Según López Jiménez, para que las pruebas en un proceso judicial puedan ser admitidas por el juez deben reunir tres requisitos esenciales. Uno, que hubieren sido propuestas conforme a las normas procesales; dos, que sean pertinentes; y, tres, que se hubieran obtenido sin vulnerar derechos fundamentales.

La ley prohíbe, en términos generales, el aprovechamiento de los resultados probatorios obtenidos con violación a las reglamentaciones procesales establecidas. Las normas de derecho probatorio, que establece el CPCM, regulan los mecanismos de presentación, rechazo, admisión, evaluación y suficiencia de la evidencia que las partes ofrecen en un proceso judicial. Estas normas de derecho probatorio tienen el objetivo de garantizar la confiabilidad de la prueba, excluir la prueba que carece de valor probatorio o que puede vulnerar el principio de legalidad. Pero además, permite este régimen jurídico que las partes puedan controlar las decisiones de los jueces. Determinan, consecuentemente y de manera anticipada, “la prueba que debe llegar al juez”.

En el modelo de juicio oral adversativo las regulaciones probatorias establecen que toda prueba, sin diferenciar quién la presente, será admisible si su propósito es lograr que un hecho en controversia sea más o menos probable. Es decir, es el legislador el que le implanta al juez y a las partes un sistema preliminar de evaluación de la admisibilidad de la prueba. Lo importante en el concepto de pertinencia del modelo adversativo, propuesto en el CPCM, es que la prueba ofrecida por las partes esté relacionada con los hechos en controversia o la credibilidad de un testigo u otro medio de prueba. De ahí que las disposiciones de admisibilidad de la prueba dependen de su pertinencia con los hechos en controversia o con la credibilidad del medio probatorio (parte, testigo, perito, prueba material, etc.) (Arts. 318 y 319).

El principio de legalidad exige que toda la actividad realizada por los sujetos procesales deba ser desarrollada conforme a la ley. Así se tiene que la obtención y práctica de la prueba y sus resultados están reglamentados, ya que el esclarecimiento del hecho en la audiencia judicial debe estar sujeto a ciertos límites legales con el fin de no afectar los principios, valores, derechos y garantías de los individuos, según el proceso civil informado por la Constitución. No es baladí, por lo tanto, que el CPCM

regule la “cadena de custodia” (Art. 322) y la “acreditación de prueba material o tangible”.

Se entiende por prueba pertinente aquella que guarda relación con el objeto del proceso. Es decir, que la pertinencia es la relación o conexión existente entre la prueba recolectada y el hecho, pero no se agota en este aspecto. Esta condición de hallarse relacionada con el proceso no implica necesariamente que se admita toda evidencia. De hecho, el órgano jurisdiccional puede rechazar medios de prueba pertinente si entiende que son superfluos, redundantes o desproporcionados en relación con el objeto del enjuiciamiento.

La doctrina y jurisprudencia española también han separado los conceptos de *pertinencia* y *necesidad* de las pruebas. El primero se refiere al momento de admitir la prueba y el segundo a la fase en que se práctica la prueba, es decir, propiamente en el juicio oral. La pertinencia normalmente se refiere al hecho y al medio de prueba. Para la regulación norteamericana toda evidencia pertinente es admisible; por lo que evidencia no pertinente es inadmisibile. La regla 18 A de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico dice, sencillamente, la “evidencia no pertinente es inadmisibile”. De manera idéntica establece la Regla de Evidencia Federal de EUA número 402: “Evidence which is not relevant is not admisible”.

En el sistema probatorio adversativo norteamericano se considera pertinente no solo la evidencia relacionada con los hechos en controversia, sino que también es admisible la evidencia que se refiera a la credibilidad de los testigos. Esto último no necesariamente es admitido por la doctrina española, pero si es admitida por el CPCM salvadoreño en el Art. 318 y 356.

Es oportuno remitirse a la doctrina norteamericana en este punto, puesto que las partes, según la ley aprobada, podrán presentar u ofrecer prueba que pueda referirse a los hechos del caso, y, cuando se refute o impugne la credibilidad de un testigo o perito durante la práctica de contrainterrogatorio, la prueba que rehabilite dicha credibilidad es admisible por ser pertinente.

Es así que uno de los mecanismos más efectivos para impugnar la credibilidad de los testigos se da cuando, en distintas ocasiones, en la

audiencia probatoria o fuera de ésta, el declarante ha hecho declaraciones inconsistentes sobre aspectos importantes del caso. Además de la posibilidad de impugnar a un testigo por sus declaraciones anteriores, se puede atacar las omisiones que hubiera hecho en su testimonio. Lo cual le da base al juez para dudar de lo que está declarando en audiencia.

d) El descubrimiento de las pruebas.

El Art. 317 del proyecto de CPCM salvadoreño regulaba una etapa del procedimiento civil denominado como “descubrimiento de prueba”, que pretendía efectuar un procedimiento similar al *discovery* del procedimiento judicial norteamericano. De acuerdo con el procedimiento propuesto en el proyecto, el intercambio de las pruebas entre las partes debía ser efectuada hasta tres días antes de la celebración de la audiencia probatoria ante un notario, cualquiera fuera su naturaleza, antes de la audiencia probatoria, so pena de que el juez declare improponibles los medios probatorios o nulos si hubiesen sido admitidos, como una sanción procesal.

La revelación de la prueba de cargo del demandante al demandado y viceversa, según decía el Art. 317 del proyecto, era un reconocimiento del principio de igualdad y lealtad procesal, además, de la eficacia de la garantía del juicio justo en materia civil o mercantil. Esta regla no fue aprobada por la Asamblea Legislativa.

Ahora bien, aunque no se aprobó una regla específica, se podría considerar que las etapas de las diligencias preliminares, la misma presentación de la demanda, la fijación de fuentes y medios durante la audiencia preparatoria son un mecanismo de descubrimiento de prueba.

En opinión de Chiesa, cualquier sistema racional de procedimiento judicial debería favorecer el descubrimiento de prueba en ambas direcciones. Esto es, incluyendo la obligación de los demandados de descubrir cierta información al demandante.

e) La práctica de la prueba.

La práctica probatoria en la audiencia de prueba es la fase culminante del proceso, con la cual está vinculada la decisión judicial y obviamente la legalidad de las actuaciones del juez. Ello en el entendido de que el procedimiento es la formalidad de la actividad jurisdiccional o el conjunto

de normas reguladoras del proceso, es decir, la vía por la que recorre la pretensión y su resistencia para obtener una decisión jurisdiccional.

Es así que el Código Procesal Civil y Mercantil ha puesto especial énfasis en asegurar que la prueba se introducirá “oralmente” por medio de interrogatorios de los procuradores, con el fin de garantizar la inmediación del juez y las partes al material probatorio, así como un juicio “público” con todas las garantías para las partes. La práctica de la prueba en el juicio está vinculada a los principios relativos a la formación material de los actos procesales, a la comunicación de los sujetos procesales entre sí, a los tipos de relación del órgano jurisdiccional con el material fáctico y a la temporalidad de los actos procesales, como se ha dicho.

En el proceso civil la actividad procesal se concentrará en el juicio oral o audiencia probatoria (Arts. 402, 403 y 406 CPCM), o sea, que el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional concurre en la audiencia mencionada, en donde las partes expondrán sus hipótesis, argumentos, probanzas y las discuten ante el público y el juez. La concentración en la audiencia de todos los elementos relevantes permite la visión global y unitaria del caso, tanto de la actividad acusatoria y defensiva, la introducción de la prueba, los alegatos de las partes, la deliberación, la emisión del veredicto y la sentencia.

En efecto, el cuarto momento del procedimiento probatorio es el *recibimiento o práctica* de la prueba en la audiencia probatoria presidida por un juez o tribunal, regido bajo los principios de oralidad e inmediación (Arts. 405 y 406 CPCM).

En la audiencia probatoria (juicio o vista pública), la prueba se practicará de acuerdo con las estrategias que cada parte hubiere dispuesto. Es decir, no existe un orden previamente establecido por la ley (Art. 406 CPCM), por lo que el juez accederá a la ordenación de los medios probatorios que los intereses y estrategias de los procuradores así lo determinen.

Si en la audiencia probatoria (Arts. 311 y 428) surgen nuevos hechos desconocidos por los litigantes (Art. 307 CPCM), el juez deberá permitir la finalización de la ronda de medios probatorios que inicialmente se ofrecieron y admitieron en la audiencia preparatoria (Arts. 306, 308, 309 y 310 CPCM). Al finalizar la ronda de los medios probatorios, el juez podrá

determinar la admisibilidad, pertinencia y utilidad de los hechos nuevos o de nuevo conocimiento para autorizar su práctica en una segunda ronda. En ningún momento se deberá entender que se ha vulnerado el principio de concentración de la prueba y su realización en la audiencia de prueba (Arts. 4, 5, 7, 10 y 11 inciso final CPCM).

El CPCM establece que por regla general la prueba deberá ser practicada en la audiencia probatoria (Art. 402). Sin embargo, el legislador comprende que en determinadas circunstancias, y bajo ciertas garantías, se pueden practicar los medios o elementos de prueba antes de la celebración de la audiencia probatoria. La técnica que el proyecto legislativo ha adoptado es la del sistema procesal mixto de derecho continental y no la del sistema adversativo. En el sistema mixto la manera con la cual se preservan las pruebas obtenidas antes de su práctica en el plenario son los supuestos de la prueba anticipada y de la prueba irreproducible.

En cambio, si el legislador se hubiera decantado en su totalidad por un régimen procesal de tipo adversarial, entonces, se aplicarían las normas de la prueba de referencia y no sólo las técnicas de impugnación o rehabilitación del testimonio basado en la prueba de referencia, como estipula el Art. 367 CPCM.

El CPCM, en el Art. 326, establece que el procedimiento de prueba anticipada la realiza el juez a requerimiento de parte. Las actuaciones probatorias anticipadas se incorporarán a la audiencia probatoria mediante el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, según el Art. 329 CPCM, previendo la urgencia, perentoriedad o posible destrucción o desaparición de elementos probatorios. Estos hallazgos de elementos de prueba se pueden fijar mediante fotografías, experticias técnicas, protocolos de actuación, pruebas de verificación en el campo o procedimientos científicos especializados.

De igual manera, se admite la prueba anticipada (Art. 329 CPCM) ante situaciones en las cuales se está celebrando la audiencia probatoria y no era posible prever que no se contaría con la presencia del medio probatorio. Estas son situaciones en las que es imposible reproducir la prueba en la audiencia respectiva: cuando no se puede localizar al declarante o perito, porque ha desaparecido, ha muerto, padece una enfermedad grave.

Asimismo, cuando exista impedimento de la presencia del testigo o perito en la audiencia o si éstos residen en ese momento en el extranjero.

Al final del Art. 329 se encuentran las reglas de los casos de admisión excepcional de la prueba de referencia. Esta fue una mala técnica legislativa. Mejor se hubiera establecido una serie de reglas de admisión excepcional, en el entendido que, por regla general, se prohíbe la prueba de referencia, como dice el Art. 357 CPCM.

En cuanto a la valoración y fijación de la prueba en la decisión judicial, el juez será responsable de su fundamentación. El CPCM reconoce la preparación académica de un juez al otorgar su capacidad de decisión basado en la sana crítica (Art. 416 CPCM).

10. LAS OBJECIONES

La objeción, reparo o protesta puede definirse como un verdadero recurso de las partes, que tienen la facultad de incoarla durante una audiencia judicial. Es un verdadero recurso con el cual las partes intentan defenderse en la audiencia, esencialmente del intento de la contraparte de introducir prueba que sea impertinente, inútil o ilegal, entre otras razones justificables. Incluso las partes pueden defenderse de la conducta del procurador contrario o del juez.

El procurador que efectúa una objeción pretende llamar la atención del juez ante la falibilidad humana. Es decir, pretende advertir al juez que se debe evitar incurrir en errores, especialmente de permitir la producción de prueba impertinente. Además, la objeción puede justificarse, en sentido amplio, como la expresión de una insatisfacción de una de las partes ante la conducta del medio probatorio, del procurador de la parte contraria o del mismo juzgador en la audiencia probatoria, como las dilaciones indebidas, la mala fe o deslealtad procesal del litigante.

Las objeciones aparecieron en el lenguaje forense salvadoreño con la reforma procesal penal, pero nunca se desarrolló legislativamente. El CPCM, como derecho común y supletorio, ha tratado de ir definiendo y enumerando las objeciones entre los Arts. 407 a 410 y el 413 CPCM.

Bajo los Arts. 407 a 410 CPCM, las partes podrán objetar el intento del litigante de la parte contraria de introducir prueba que es contraria

a las disposiciones del código. Como requisito de admisibilidad de una objeción, se requiere que sea oportuna, fundada y específica. La objeción únicamente la puede efectuar el litigante, no el juez. Es decir, requiere impulso de parte. Pero la parte que no objeta oportunamente se entenderá que ha renunciado a su derecho.

El juez tendrá la libertad de decidir la admisión o rechazo de la objeción, fundando su decisión de manera verbal. La parte que no esté de acuerdo podrá pedir que se revoque verbalmente la decisión del juez (Arts. 407, 503 y 507 CPCM). La objeción realizada de manera oportuna ante una prueba no admitida puede fortalecer la decisión del tribunal superior que revise una sentencia de primera instancia (Art. 510 número 4 CPCM).

El código establece que pueden ser objetables durante las audiencias:

- a) Las preguntas formuladas por los procuradores durante los interrogatorios. Las preguntas que son objetables son las impertinentes, sugestivas, repetitivas, capciosas, compuestas, especulativas, ambiguas o cuando se asumen hechos no establecidos;
- b) Las respuestas de los peritos, testigos y partes si las respuestas son prueba de referencia, o si el testigo emite opinión o si contesta más allá de lo preguntado; y,
- c) La conducta de las partes, tanto si durante el interrogatorio se cita de manera incorrecta lo expresado por un testigo como si tiene una conducta irrespetuosa, obstaculice las respuestas del testigo o lo intimide.

El que un litigante mencione una prueba en las alegaciones finales sin haberse practicado es objetable por la parte contraria.

Cabe destacar que en ningún momento es una enumeración exegética las objeciones establecidas en el código, sino que más bien tienen un papel ilustrativo.

11.- LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA

En las páginas anteriores se han explicado los alcances de la regulación del nuevo derecho probatorio civil y mercantil, pero que por ser derecho común cambiará la práctica del Derecho en el país.

Por ejemplo, la técnica de interrogatorio adversativo modificará la tradición de la práctica de la prueba de parte, testigo y perito. Se considera que las técnicas de litigación adversativa pueden permitir a las partes mostrar al juez la credibilidad de su medio probatorio y de su fuente probatoria, lo que la técnica de relato o el cuestionario no ha permitido hacerlo.

El legislador adoptó, si bien, algunas disposiciones que contravienen la técnica adversativa en la práctica de la prueba.¹²² Por regla general el código mantiene al juez como árbitro imparcial de las actuaciones de los sujetos procesales. Será el juez, con su experiencia y madurez profesional quien deberá interpretar el Derecho conforme a la Constitución para mantener su integridad profesional.

Las técnicas adversariales de la prueba no son desconocidas en El Salvador. Estas fueron implementadas a partir de la incorporación de las normas de interrogatorio, contrainterrogatorio, interrogatorio redirecto y recontrainterrogatorio del Art. 348 del Código Procesal Penal,¹²³ pero dicha normativa ha mantenido disposiciones inquisitivas que han afectado la administración de justicia por la confusión de roles entre algunas de las partes (la Fiscalía General de la República y el juez de Instrucción o la prueba para mejor proveer).

El Art. 348 del Código Procesal Penal vigente adoptó el procedimiento probatorio de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico. La práctica forense se ha adaptado muy bien al modelo adversativo, producto del intercambio jurídico entre Puerto Rico y El Salvador. Por lo que no se observan problemas para su aplicación en las materias civil y mercantil. Así como para la aplicación supletoria en las materias de familia, laboral y otras.

¹²² Estas normas inquisitivas, seguramente, se inspiraron en las legislaciones procesales continentales, especialmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y del Código Procesal Tipo para Iberoamérica. Estas normas probatorias permiten al juez realizar preguntas a los testigos en la audiencia o acudir al domicilio del testigo que se encuentre imposibilitado de llegar. El problema en este último caso es que no se requiere de la presencia de las partes para que puedan controlar la actividad de producción de prueba.

¹²³ En el Art. 348 del Código Procesal Penal vigente en El Salvador se incorporó un sistema adversativo para el interrogatorio de testigos y peritos. Esta fue la primera regla adversativa que se introdujo en América Latina en un código inspirado en el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica. Años después lo hizo el Código Procesal Penal de Colombia. En la práctica forense el Art. 348 mencionado ha admitido demasiada intervención judicial, en detrimento de las partes. Ello ha significado una distorsión del proceso adversativo.

Los Arts. 10 y 200 del CPCM se han adaptado bajo la norma constitucional del Art. 11, que ordena al legislador a organizar un juicio oral con todas sus garantías para las materias civil y mercantil y subsidiariamente para la materia laboral e incluso de orden administrativo. Por lo que la práctica vigente del juicio escrito o de “apertura a pruebas”, que ha dependido de la relación entre el colaborador jurídico y el material probatorio, es inconstitucional. Para el constituyente sólo es jurídicamente válido un juicio en el que exista una relación entre el juez, el material probatorio y las partes. Estos son los principios de inmediación y oralidad.¹²⁴

En el juicio oral el juez tiene la posibilidad de evaluar la credibilidad de la conducta de un medio probatorio mediante el lenguaje corporal del testigo que depone en audiencia. Esta evaluación visual e intelectual del juez sobre la conducta y el del medio probatorio se denomina *demeanor*. Por eso se resalta la importancia del principio de inmediación.

El procedimiento adversativo en la nueva legislación ofrece mejores oportunidades de una justicia transparente y de un acceso a la protección jurisdiccional de todas las pretensiones. Especialmente por la libertad de las fuentes de prueba y de los novedosos medios probatorios. Así se podrán ver más demandas por daños, pretensiones para la protección del medio ambiente, medidas cautelares en materia laboral, pretensiones para la defensa de los consumidores o para la defensa de los derechos fundamentales. El sistema permitirá un mejor sostenimiento de las afirmaciones fácticas de las partes en la práctica del testimonio en audiencia. Permitirá un mejor ejercicio del derecho de confrontación, especialmente a través del *contrainterrogatorio*.

El principio de confrontación, como derivación del derecho constitucional de defensa, exige que el demandado pueda “carearse” con los testigos de parte contraria en audiencia pública en la que esté intermediando el juez. El *careo* implica que la parte contraria a la que ha presentado el testigo, pueda estar presente en la audiencia en donde los testigos de la parte que los ofreció estén deponiendo y pueda confrontarlas, si así lo desea, por medio de un *contrainterrogatorio*. Es decir, que la persona (sea demandante o demandado) pueda escuchar (en juicio público) la prueba

¹²⁴ Bajo los principios de inmediación y oralidad, las audiencias civiles, mercantiles, laborales y cualquier otra deberán efectuarse bajo la relación particular del juez, del tribunal o del jurado con la prueba y con las partes, así como con los espectadores de la audiencia.

testimonial y goce y ejerza el derecho a repreguntar sobre la razón de conocimiento y del contenido de dicho juicio.

Un aspecto que debe ser tomado en cuenta en los procesos de formación es la capacitación de jueces y litigantes en el tema de las objeciones (reparos o protesta) en la audiencia. La objeción es un verdadero mecanismo de impugnación de las actuaciones de los sujetos procesales, especialmente las aportaciones probatorias de la parte contraria. En un sistema adversativo y dispositivo la parte contraria es la que debe objetar a la otra, no el juez. En el actual sistema de justicia penal vigente son los jueces, en los tribunales de Sentencia, los que se han arrogado el derecho de “objectar” a las partes, poniendo en peligro su papel imparcial.

El CPCM ofrece una regularización amplia sobre el régimen de las objeciones. En algunas aspectos, sin ser taxativa, ofrece una lista de opciones que obviamente deben ser fundadas y comprendidas por quién las alega. No es un simple ejercicio de azar. Esta regulación se debe a que el proceso civil es, por una parte, “derecho común”, y por otra, porque estas reglas tienen una finalidad “pedagógica” para los sujetos procesales en el nuevo sistema por ser implantado.

El papel de los jueces, en la práctica probatoria, del nuevo CPCM, debería de ser pasiva, esperando mayor proactividad procesal de las partes en las audiencias a través del adecuado uso de las técnicas de litigación oral. El código exige que el juez sea el director del proceso por audiencias, es decir, el que sustancie y controle la carga del tribunal. Esta visión se aparta de la tradición contenida en el Código Procesal Civil Tipo para Iberoamérica, en la LEC y en otras legislaciones procesales de Suramérica. Obviamente, el juez deberá actuar como director del cumplimiento de las etapas procesales y de la moderación de los interrogatorios.

Ahora bien, la implantación de la oralidad en el sistema de justicia civil y mercantil no debe significar la verbalización de los actos procesales de los sujetos en el juicio, implica el aprendizaje de verdaderas técnicas de litigación. El CPCM ofrece una serie de herramientas o medios probatorios que únicamente se utilizan, en el país, en el sistema de justicia penal, por lo que será necesario no sólo la capacitación de los sujetos procesales, sino un cambio de mentalidad en cuanto a su implantación.

Hay que comprender que los sistemas de juicio oral serán un reto para la gestión de tribunales civiles y mercantiles. No se puede pensar que

con la actual organización de los tribunales será posible implantar la reforma procesal civil y mercantil. Será necesario remodelar la gestión administrativa judicial. Habrá que implantar sistemas integrados de gestión, notificaciones y citaciones, construir o ampliar salones de audiencia con sistemas de grabación de audio o de audio y video. La grabación de los actos procesales le dará vigor a la reforma.

Es decir, hay que crear las condiciones para que los jueces celebren las audiencias fuera de su despacho y se trasladen a salones específicos con todas las facilidades tecnológicas. Los retos para la Corte Suprema de Justicia son grandes, tanto en recursos materiales como humanos porque, además de adecuar las instalaciones de los tribunales, hay que incorporar más jueces.

Una de las recomendaciones recogidas en Uruguay y en Puerto Rico es que los sistemas judiciales deben reforzar su plantilla de jueces. En los sistemas de juicio oral adversativo las facilidades materiales integradas de los tribunales favorecen la celebración de una buena cantidad de asuntos. Es relevante que las unidades de evaluación y control de la actividad judicial pueda establecer un indicador para ser perseguido por el nuevo sistema civil y mercantil en El Salvador, pero hay que dotarle al juez de todas las facilidades materiales para ello.

Bibliografía

BATISTA, Elpidio; *El Abogado Defensor Puertorriqueño. Litigación: Vivencias, casos y comentarios*, 2 volúmenes, 2da. Edición revisada, Ediciones Situm, San Juan, 2002.

CAPELLETTI, Mauro; *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.

CHIESA, Ernesto L.; *Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1 y 2*, Editora Corripio, República Dominicana, 1998.

CHIESA APONTE, Ernesto L.; *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. I y III, 1ª. Reimpresión, Editorial Forum, San Juan, 1995

CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; *Derecho Procesal Civil. Parte General*, con AAVV, 3ª Edición, Editorial COLEX, 2000

DAMASKA, Mirjan, *The faces of Justice and State Authority*, Yale University, 1986, USA.

DAMASKA, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, Yale University, 1997, USA.

DEVIS ECHANDIA, Hernando; *Teoría General de la Prueba Judicial T.1*, 1ª edición colombiana, Biblioteca Jurídica DIKE, s.f

DÍAZ DÍAZ, Rafael; *Evidencia Criminal*, 1ª. Edición, First Book Publishing of P.R., Puerto Rico, 2002.

DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio; *Las Técnicas del Interrogatorio en el Juicio Oral*, en AAVV, Revista Justicia de Paz No. 9, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2001

EMMANUELLI JIMÉNEZ, Rolando; *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño* Reimpreso en Reprográfica, San Juan Puerto Rico, febrero 1999.

ESCRIBANO MORA, Fernando, *La Prueba en el proceso civil*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2001.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor; *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.

FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico, mayo 2002.

GIANNELLI, Paul C; *Understandig Evidence*, 2a Edition, LexisNexis, USA, 2006

GIMENO SENDRA, José Vicente; *Fundamentos del Derecho Procesal, jurisdicción, acción y proceso*, 1a. Edición, Editorial Civitas, S.A., 1981.

GIMENO SENDRA, José Vicente; *Derecho Procesal. Proceso Penal*, con AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

GIMENO SENDRA, Vicente; *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Editorial COLEX, Madrid, 2004.

GIMENO SENDRA, José Vicente, *Derecho Procesal Civil, T.1*, 1ª. Edición, Editorial COLEX, 2004.

GOLDBERG, Steven H; *Mi primer Juicio Oral*, 1ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 1994.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.

GUASP, Jaime; *Derecho Procesal Civil, T. 1*, 3ª Edición corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

IMWINKELRIED, Edward J.; *Evidentiary Foundations*, 5th Edition, LexisNexis, USA, 2002

LANDONI SOSA, Ángel; *Código General del Proceso, comentado, anotado, con jurisprudencia*, V. II-A, 1ª edición, Editorial B de F, Montevideo, 2003.

LOPEZ JIMÉNEZ, Raquel; *La Prueba en el juicio por Jurados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MARABOTTO LUGARO, Jorge en AAVV *Curso sobre el Código General del Proceso*, T.1, Fundación de Cultura Universitaria, 1991

MAUET, Thomas A; *Trial Techniques*, 6a Edición, ASPEN LAW & BUSINESS, New York, 2002.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

MONTERO AROCA, Juan; *Derecho Jurisdiccional I y II*, con AAVV, 12a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MONTERO AROCA, Juan; *El Nuevo Proceso Civil*, 2ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, Juan; *La prueba en el proceso civil*, Editorial Civitas S.A., España, 2002.

MORENO CATENA, Víctor, *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso Penal*, Editorial Motecorvo, S.A., Madrid, 1980.

MURRAY, Peter L. *Basic Trial Advocacy*, Aspen Law & Business, USA, 1995.

NEVARES MUÑIZ, Dora; *Sumario de Derecho Procesal Penal Puertorriqueño*, 6ª Edición revisada, Instituto para el Desarrollo del Derecho Inc. San Juan Puerto Rico, 2001.

PICÓ I JUNOY, Joan, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, 1ª. Edición, Bosch Editor S.A., Barcelona, 1996.

QUIÑONES VARGAS, Héctor, *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, PAS/DPK Consulting, El Salvador, septiembre 2003.

RAMOS GONZÁLEZ, Carlos y VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique; *Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico*, Michie Butterworth, Puerto Rico, 1996.

STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999.

TARUFFO, Michele, *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XV, diciembre 2003, p. 205-213, versión On-line ISSN 0718-0950.

TARUFFO, Michele, *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, Revista Ius et Praxis, 12 (2): 95 - 122, 2006

TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

VELAYOS MARTINEZ, María Isabel; *El Testigo de Referencia en el Proceso Penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

VÉLEZ, Enrique; *Derecho de la Prueba, reválida*, 1ª. Edición, Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan, 2000.

VERGER GRAU, Joan; *Las pruebas ante el tribunal del jurado*, con AAVV en El Tribunal del Jurado, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, octubre 1995.

LECCIÓN DÉCIMA PRIMERA¹²⁵

MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

1. El nuevo Código Procesal Civil y Mercantil

El 18 de septiembre del año 2008, la Asamblea Legislativa aprobó el Código Procesal Civil y Mercantil,¹²⁶ cuya entrada en vigencia estaba prevista para el 1 de enero de 2010, derogándose el Código de Procedimientos Civiles vigente. Con posterioridad, la misma Asamblea amplió la vigencia para el 01 de Julio de 2010.

El nuevo código regula un sistema procesal basado en los principios de oralidad, intermediación y concentración, manteniendo el formato escrito de los actos de alegación introductorios (demanda y contestación) y concentrando la actividad probatoria en una audiencia con presencia del juez y de las partes, con plazos breves y perentorios que aseguran razonablemente una pronta y eficiente administración de justicia.

Los procesos declarativos se inician con la demanda escrita, a la que sigue el emplazamiento y la contestación (también por escrito), convocándose posteriormente a una audiencia preparatoria en la que se procurará depurar el proceso de aquellas cuestiones formales que obstan al análisis de fondo (fin de “saneamiento procesal”), fijándose el objeto del proceso (los puntos del debate) y el objeto de la prueba (los hechos por probar, que serán los alegados y controvertidos efectivamente por el demandado).

¹²⁵ Santiago Augusto Garderes Gasparri

¹²⁶ En adelante, CPCM o nuevo Código.

Posteriormente, y si fuera necesario, se diligenciará la prueba (testigos, declaración de parte, eventual interrogatorio de peritos) en audiencia convocada al efecto dentro de un breve plazo, siempre en presencia del juez (inmediación) que no podrá delegar la dirección de la audiencia, bajo pena de nulidad absoluta.

Finalmente, alegarán las partes en audiencia y se dictará sentencia dentro del plazo de 15 días siguientes a la finalización de la audiencia de prueba. El plazo de interposición, sustanciación y resolución del recurso de apelación es igualmente breve, lo que asegura una duración razonable del proceso, aun considerando las dos instancias.

El nuevo sistema tuvo como principales fuentes el Código Modelo para Iberoamérica (vigente en Uruguay desde el año 1989) y la Ley de Enjuiciamiento Civil española, aunque presenta un perfil propio y soluciones que en muchos aspectos mejoran las previstas en el Código Modelo, por ejemplo, en lo relativo a la fijación de plazos máximos para la convocatoria a las audiencias, o a las causas que permiten suspender una audiencia, aspectos que han demostrado falencias en la regulación procesal uruguaya.

Otro de los ejes de la reforma se ubica en la regulación de la ejecución forzosa, con soluciones muy convenientes inspiradas, en gran medida, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, que representan -en mi opinión- una clara ventaja respecto de las reglas del Código Modelo.

Finalmente, el nuevo código regula las medidas cautelares siguiendo las tendencias modernas en la materia, recogiendo el principio de “universalidad de aplicación”, que permite adoptar medidas cautelares en cualquier proceso y en cualquier etapa de este, cuando sea necesario, para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional. Se trata, en definitiva, de un aspecto esencial en toda reforma procesal, que completa la regulación de un sistema procesal moderno, ágil y eficaz en el plano normativo.

Al análisis del sistema cautelar del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil dedicaremos las líneas que siguen.

2. Tiempo y proceso

La dimensión temporal del proceso, variable, según los distintos ordenamientos y sistemas, presenta una nota común en la percepción social: el proceso suele concebirse como un instrumento lento y, en ocasiones, poco eficaz.

La percepción debe, no obstante, relativizarse: el proceso es lento, si la solución (sentencia) llega tarde, es decir, si la demora en la decisión del litigio torna ineficaz la solución (por falta de interés, o de posibilidades de ejecución), o -con mayor amplitud- si genera una notoria desigualdad al favorecer a la parte que, de hecho, se encuentra en mejores condiciones de aguardar el fallo.

Pero la demora del proceso no constituye, conceptualmente, un elemento patológico, puesto que se manifiesta aún en los sistemas procesales más avanzados, en la medida que las actividades de alegación, instrucción y decisión (y eventualmente, impugnación y revisión) requieren naturalmente un tiempo razonable que permita conjugar las exigencias de la celeridad con las de justicia y ponderación.

De modo que aun las estructuras procesales más ágiles habrán de insumir un tiempo que, consideradas las circunstancias del caso, puede resultar excesivo al poner en riesgo la eficacia de la tutela jurisdiccional.

Las soluciones para la demora del proceso pueden consistir en la implementación de estructuras o procedimientos abreviados (sumarios), para las pretensiones que presenten una especial urgencia en la resolución de su objeto (por ejemplo, alimentos); pero aun en esos casos, siempre habrá una estructura mínima que necesariamente debe respetar el contradictorio (derecho de defensa en juicio), por lo que la solución del procedimiento sumario puede no resultar suficiente para conjurar el riesgo de insatisfacción causado por la demora connatural al proceso (aun el sumario).

Lo que nos conduce al instrumento cautelar como el más idóneo para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional, al habilitar la adopción inmediata de medidas tendientes a prevenir el riesgo que representa la dimensión temporal del proceso, ya sea mediante la conservación de la

situación fáctica o jurídica vigente en un momento determinado (medidas conservativas), la modificación de la situación para prevenir la continuidad o agravamiento del daño (medidas innovativas), o el adelantamiento provisorio de la decisión de mérito (medidas provisionales).

3. La actualidad del fenómeno cautelar: la potestad cautelar genérica

La mayoría de los sistemas procesales contemporáneos prevén el instrumento cautelar, aunque con diverso grado de amplitud. En general, la línea evolutiva marca en este punto el pasaje de una regulación aislada y limitada a ciertas medidas cautelares (el embargo y el secuestro), a un auténtico sistema normativo en materia cautelar apoyado en la consagración expresa de la potestad cautelar genérica.

De esa forma, la tendencia procesal marca el reconocimiento legal de la potestad cautelar genérica de los jueces, que están facultados para adoptar cualquier medida idónea para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional, en toda clase de procesos y en cualquier momento u oportunidad.

En esa línea se inscribe el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, que consagra expresamente la potestad cautelar genérica en los Arts. 431 y 437, al disponer que “en cualquier proceso civil o mercantil el demandante podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria” (Art. 431), y que el elenco de medidas cautelares no se limita a las enumeradas expresamente en la ley, sino que “podrá solicitarse la adopción de otras medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional” (Art. 437).

Los avances en esta materia han propiciado una revisión de los criterios tradicionales que plantean el carácter instrumental como requisito necesario de las providencias cautelares, dando paso a nuevas modalidades de tutela asegurativa entre las que asume un rol preponderante la figura de las medidas autosatisfactivas. Se procura de esa forma superar el esquema tradicional o clásico para admitir el dictado de medidas urgentes, que agotan el objeto litigioso sin necesidad de un pronunciamiento posterior, evadiendo el marco de instrumentalidad que caracteriza a las

cautelares en tanto garantizan la ejecución de la sentencia de mérito. A vía de ejemplo, se ha planteado la necesidad de instrumentar soluciones jurisdiccionales que permitan suspender en forma inmediata la ejecución de actividades contaminantes, o que posibiliten atender necesidades impostergables de atención médica, señalándose que en muchos casos esas medidas agotan por sí mismas el objeto litigioso sin necesidad de un ulterior proceso al que accedan instrumentalmente.

Las tendencias prenotadas no han tenido mayor desarrollo en la doctrina y jurisprudencia uruguayas, que mantienen en general su preferencia por el criterio tradicional de instrumentalidad, con la excepción de los casos en que la propia ley contempla expresamente la posibilidad del dictado de una medida autosatisfactiva (intervención judicial de sociedades anónimas, por ejemplo).

Fuera de esas hipótesis, muchos ordenamientos procesales recogen la figura de las medidas provisionales o anticipadas (también denominadas “anticipativas”), que aún participando de la idea cautelar asumen un perfil propio, en tanto no tienen por finalidad asegurar la eventual ejecución de la sentencia de mérito, sino adelantar provisoriamente la decisión de fondo, a fin de evitar que la demora del proceso cause al peticionante un daño irreparable. Tales medidas, contempladas generalmente en el ámbito de las prestaciones alimentarias (procesos de alimentos), han ido asumiendo en los sistemas procesales modernos una nota de generalidad que permite al tribunal adoptar en cualquier proceso una medida provisional.

En esa línea ingresa, en nuestro concepto, el nuevo código salvadoreño, que no contiene una previsión expresa admitiendo estas medidas (a diferencia del Código Modelo), pero que, no obstante, habilita el dictado de cualquier medida necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria (Art. 437).

4. El sistema cautelar en el nuevo Código Procesal: principios.

Retomando el análisis del sistema cautelar en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, cabe afirmar la plena adecuación del sistema proyectado a los postulados de eficacia que caracterizan la reforma procesal en general.

Y ello por cuanto un sistema procesal oral, que procura agilizar y simplificar el trámite para dotarlo de mayor eficacia, debe contar con un adecuado sistema cautelar que participe de la misma idea de eficacia; lo que se logra en el nuevo Código mediante la previsión de un sistema basado en la premisa -ya indicada- de la potestad cautelar genérica: el juez, comprometido con la idea de una tutela jurisdiccional efectiva, debe contar con los medios e instrumentos necesarios para corregir y prevenir los riesgos que conlleva la natural demora del proceso.

La potestad cautelar genérica se concreta en los Arts. 431 y 437 del nuevo código, y determina: a) que las medidas cautelares pueden adoptarse en cualquier proceso (incluido el arbitral), incluso como diligencia preliminar, y b) que puede adoptarse cualquier medida que sea idónea y necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional reclamada por vía principal. Esto último significa que las medidas cautelares no se limitan a las previstas expresamente en la ley, lo que aporta una adecuada flexibilidad al sistema, posibilitando su adaptación a las exigencias del caso concreto.

El citado Arts. 431 refiere a la “universalidad de la aplicación” de las medidas cautelares, y dispone que “en cualquier proceso civil o mercantil el demandante podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria”.

La norma se complementa con lo dispuesto en los Arts. 434 (“Momento para solicitar las medidas cautelares”) y 435 (“Medidas cautelares en procesos arbitrales y extranjeros”). Según lo previsto en esas normas, las medidas cautelares “se podrán solicitar y adoptar en cualquier estado del proceso, y también como diligencia preliminar a la interposición de la demanda” (434); y quien acredite ser parte en un proceso arbitral podrá solicitar ante el juez la adopción de las medidas cautelares, solución que se extiende a los procesos arbitrales o jurisdiccionales tramitados en el extranjero (Art. 435).

En cuanto al catálogo de medidas cautelares, se establece en el artículo 436 una enumeración de las medidas que pueden solicitarse, pero a continuación el Art. 437 dispone lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, podrá solicitarse la adopción de otras

medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria, así como la de aquellas que estén expresamente previstas por las leyes para la salvaguarda de ciertos derechos”.

Podrá en consecuencia adoptarse cualquiera de las medidas previstas en el Art. 436, cuando la parte interesada lo solicite y resulte indispensable para la protección de su derecho por existir peligro de lesión o frustración de aquel a causa de la demora del proceso. Ese catálogo incluye las siguientes medidas: el embargo preventivo, la intervención o administración judicial, el secuestro de bienes muebles, la formación de inventario, la anotación preventiva de la demanda, la orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad para abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar una prestación, la intervención y depósito de ingresos obtenidos por actividad ilícita, el depósito de obras u objetos producidos con infracción a las normas sobre propiedad intelectual e industrial.

Pero también podrán adoptarse otras medidas no previstas en el catálogo referido, que resulten necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria, fórmula de suficiente amplitud para abarcar no sólo medidas típicamente cautelares, sino también las denominadas medidas provisionales o anticipatorias.

Avanzando en el análisis del sistema cautelar proyectado, otro de los principios básicos en los que se asienta es el *dispositivo*, consagrado expresamente para el ámbito cautelar en el Art. 432, conforme al cual las medidas cautelares sólo pueden adoptarse a instancia de parte. Se excluye de esa forma la posibilidad de que el juez decreta de oficio, sin previa solicitud de parte, una medida cautelar; solución razonable en virtud del interés esencialmente privado que caracteriza el objeto de los procesos civiles y mercantiles.

El Código Modelo para Iberoamérica (y la legislación uruguaya) recogen el principio dispositivo en materia cautelar, pero admiten la adopción de medidas cautelares de oficio (es decir, sin iniciativa de parte) en los casos previstos expresamente en la ley, que en general no refieren a la materia civil o mercantil, sino al derecho de familia o laboral. De todas

formas, resulta preferible descartar la posibilidad de medidas cautelares dispuestas de oficio por el tribunal, puesto que, al requerirse la alegación y prueba (sumaria) de la verosimilitud del derecho como presupuesto ineludible de la providencia cautelar, la ausencia de iniciativa de parte puede comprometer en los hechos la imparcialidad del juzgador en la decisión de mérito.

La vigencia del principio dispositivo en el ámbito cautelar se completa con la referencia al alcance de la medida dispuesta por el juez, que no podrá ordenar otras medidas cautelares más gravosas que las solicitadas (congruencia), aunque podrá acordar aquellas que siendo tan adecuadas como las pedidas resulten menos onerosas para el demandado (Art. 432).

El sistema cautelar proyectado consagra además el *principio de responsabilidad*, conforme al cual las medidas cautelares se adoptarán bajo la responsabilidad de quien las solicite (Art. 432).

El sistema de la responsabilidad cautelar integra además lo dispuesto en los Arts. 434, 446 y 456 del nuevo código. En dichos artículos, se consagra la responsabilidad del peticionario en caso de alzamiento de la medida cautelar por vía principal (sentencia absolutoria firme, renuncia a la pretensión o desistimiento de la instancia, Art. 456), y de caducidad de la medida cautelar adoptada como diligencia preliminar cuando la demanda no se hubiera presentado dentro del mes siguiente a su adopción (Art. 434).

Si bien no se regula expresamente la responsabilidad del peticionario en caso de alzamiento de la medida cautelar en segunda instancia, con motivo de la apelación de la providencia cautelar, cabe concluir que en ese caso el peticionario de la medida deberá responder por los daños y perjuicios causados, de acuerdo con lo previsto en el Art. 432 con carácter general, pues las medidas se adoptan siempre “bajo la responsabilidad del que las solicita”.

La responsabilidad es independiente de la actitud (diligente o no) del peticionario al solicitar la medida, lo que permite afirmar la vigencia de un régimen objetivo de responsabilidad, que contribuye al equilibrio entre las exigencias de certeza y celeridad que se encuentran en la base del

instrumento cautelar, determinando que sea la parte que se beneficia con la medida (y no el que la sufre) quien en definitiva deba soportar el riesgo de injusticia que conlleva el instrumento cautelar. Así resulta, en mi opinión, de lo previsto con carácter general en el citado Art. 432, y con carácter particular en el artículo 434 para los supuestos de caducidad de la medida por omisión del peticionario en presentar la demanda en plazo (“en este caso el peticionario será condenado al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados”), Art. 456 para el caso de alzamiento de la medida por sentencia absolutoria firme.

Esa es, por otra parte, la solución adoptada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española (Arts. 742 y 745), y preconizada, entre otros por autores clásicos como Calamandrei,¹²⁷ Carnelutti¹²⁸ y Podetti,¹²⁹ como la más adecuada al instituto cautelar, recogida asimismo por Couture en su Proyecto de Código de Procedimiento Civil.

Calamandrei expone, con su habitual claridad, los fundamentos de la responsabilidad objetiva en sede cautelar, al demostrar que la revocación de una medida cautelar (por vía del juicio principal contrario a la pretensión garantizada) no puede considerarse como “declaración retrospectiva de la inexistencia de una de las condiciones de la acción cautelar, y, por tanto, como revelación de la ilegitimidad de la medida cautelar concedida y actuada”, puesto que “la acción cautelar tiene como condición no la existencia del derecho, sino la apariencia del derecho”, concluyendo que “la responsabilidad del secuestrante no puede racionalmente concebirse más que como un caso de responsabilidad objetiva, conexas al riesgo que es inherente a la necesaria instrumentalidad hipotética de una providencia cautelar, en sí misma plenamente legítima”¹³⁰.

Se trata, en definitiva, de contemplar la “perspectiva del cautelado” frente al avance incontenible del fenómeno cautelar, mediante la formulación de un sistema de responsabilidad que, sin restringir o limitar el acceso al

¹²⁷ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ed. Librería El Foro, Buenos Aires, 1997.

¹²⁸ Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, T. II, Ed. Uteha, Buenos Aires., 1944, págs. 135-136 y 132-133.

¹²⁹ Podetti, J. Ramiro, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Ediar, S.A., Buenos Aires., 1956, págs. 124-125 y 128-130.

¹³⁰ Calamandrei, Piero, op. cit., págs. 83-85.

instrumento cautelar, derive el riesgo de una medida injusta al patrimonio del cautelante permitiendo al cautelado obtener un resarcimiento por los perjuicios que puede causarle una medida injusta.

El sistema de responsabilidad cautelar se integra, además, con la regulación de la *contracautela*, a la que haremos referencia más adelante.

En la versión original del Anteproyecto, se incluía un artículo referido a la reclamación de daños y perjuicios, en virtud del cual se regulaba la reclamación de los perjuicios causados al demandado por la medida cautelar que hubiera sido levantada al resolver la oposición, remitiendo para su determinación a los trámites previstos para tales pretensiones en el procedimiento de ejecución forzosa (Art. 460 en la versión 2006 del Anteproyecto). Esa norma, que constituía un argumento adicional para afirmar la tesis de la responsabilidad objetiva en materia cautelar, no figura en la versión aprobada del Código Procesal Civil y Mercantil; de todos modos, la conclusión no varía en función de las restantes disposiciones ya citadas, siendo además ese el régimen general en materia de costas para la primera instancia (Art. 272).

En Uruguay, las referencias normativas no son tan claras en este punto, y ambientan una interpretación mayoritaria conforme a la cual la responsabilidad en materia cautelar se verifica cuando el peticionario hubiera actuado con abuso de derecho al solicitar la medida, criterio respecto del que he planteado mis discrepancias en estudio sobre el tema.¹³¹

El nuevo código también recoge el principio de la proporcionalidad en los Arts. 431, 432 y, fundamentalmente, el 445, que integra en consecuencia el sistema cautelar proyectado, en consonancia con los planteos de la doctrina clásica. La medida cautelar debe guardar una razonable proporción con el daño que procura prevenir, debiendo evitarse en todo caso el ejercicio abusivo de la potestad cautelar. En ese sentido, el nuevo código dispone que, “las medidas cautelares deberán [...] resultar lo menos gravosas o perjudiciales para el demandado, sin que por ello

¹³¹ Garderes, Santiago, “El sistema de la responsabilidad cautelar”, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/2003, págs. 23 y ss., Ed- Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

obtenga el demandante más de lo que obtendría como consecuencia de la ejecución de la sentencia”.

Otro de los principios que integran el sistema cautelar es el de igualdad, que asume un perfil propio en este ámbito al procurar asegurar el acceso igualitario al instrumento cautelar, mediante institutos tales como la exención de la caución por razones de desigualdad económica o en casos en que la pretensión planteada implique, junto a la defensa de un interés particular, la defensa de intereses generales, colectivos o difusos, como los de los consumidores o los de la protección del medio ambiente (Art. 448).

La igualdad en materia cautelar requiere, además, contemplar la perspectiva del cautelado, a fin de asegurar un adecuado equilibrio entre los intereses de celeridad (propios de la materia cautelar) y los de justicia, ante la eventualidad de una medida cautelar injusta (por absolución del demandado, o alzamiento incidental de la medida); el equilibrio que traduce la idea de igualdad en el ámbito cautelar se asegura mediante un régimen adecuado de responsabilidad por los daños causados por la medida cautelar, estructurado en forma conveniente en el nuevo código, según ya hemos apuntado.

Como derivado del principio de igualdad, cabe mencionar en el marco del proceso cautelar, el principio de *bilateralidad y contradicción*, referido al procedimiento. En su versión original, el Anteproyecto consagraba expresamente la audiencia previa del demandado en el marco del proceso cautelar, solución que se mantenía en la versión 2006 del Anteproyecto, cuyo Art. 453 disponía, bajo el acápite “Audiencia de las partes”, que “admitida la solicitud, el tribunal, en el plazo de cinco días contados desde la notificación de aquélla al demandado, convocará a las partes a una audiencia, la que se celebrará dentro de los diez días siguientes con carácter preferente”. En dicha audiencia las partes expondrían sus argumentos y pruebas, y finalmente el juez resolvería sobre la solicitud cautelar (Arts. 453 y 455). El Art. 454 confirmaba la regla y preveía la excepción: “Las medidas cautelares se adoptarán con audiencia previa de la contraparte, salvo que el solicitante pida que se adopten y ejecuten en dicha audiencia, acreditando que hay razones de urgencia o que la audiencia puede comprometer el éxito de la medida cautelar”.

La versión aprobada del nuevo código no reitera la referencia citada, sino que consagra la regla del trámite unilateral del proceso cautelar en el Art. 453: “Las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la contraparte.” La misma solución prevé el Código Modelo para Iberoamérica y el C.G.P. uruguayo. No se afectaría con ello el derecho de defensa, puesto que el sujeto afectado por la medida tendrá la oportunidad de impugnar la providencia cautelar, mediante el recurso de apelación (Art. 453); no obstante, la vía impugnativa debe posibilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa, fundamentalmente en lo atinente a la prueba que podrá ofrecer el demandado para demostrar la improcedencia de la medida adoptada.

El trámite del proceso cautelar, conforme al cual las medidas cautelares se adoptan sin audiencia previa de la contraparte, resulta razonable en relación con gran parte de las medidas previstas legalmente, como el embargo, o el secuestro de bienes muebles; en otros casos, sin embargo, resulta preferible la solución de principio, prevista en el texto original del Anteproyecto (Art. 454 en la versión 2006), de sustanciación y resolución de la solicitud cautelar con audiencia previa de la contraparte, salvo por razones de urgencia o cuando la audiencia previa pudiera comprometer el éxito de la medida cautelar.

Sin perjuicio de la impugnación mediante recurso de apelación, la parte afectada por la medida cautelar puede solicitar su modificación o, agregamos, su cese, cuando luego de adoptada la medida sobrevinieren hechos nuevos o de nuevo conocimiento (Art. 455). Si bien la norma no refiere a la solicitud de cese basada en nuevas circunstancias, cabe interpretar que la modificación del contenido de la medida puede comprender la hipótesis de cese, pues, como lo sostuviera ya Calamandrei,¹³² las providencias cautelares son provisorias y se dictan con la cláusula *rebus sic stantibus*. En Uruguay, con un marco normativo similar (que, no obstante, prevé expresamente la posibilidad de solicitar el cese de la medida por hechos supervinientes), se sostiene que la parte afectada por la medida podrá impugnarla dentro del plazo legal, y que podrá igualmente solicitar posteriormente su cese cuando invoque una variación en las circunstancias que tuvo en cuenta el juez al adoptar esa medida.

¹³² Calamandrei, P., op. cit., p. 89.

Para finalizar con la reseña de los principios que definen el sistema cautelar en el Anteproyecto, cabe mencionar el de *celeridad*, en la medida que el procedimiento cautelar asume una estructura ágil y breve que permite decidir la pretensión cautelar en un término breve, presupuesto ineludible de eficacia del instrumento cautelar.

De acuerdo con lo previsto en el Art. 458, el tribunal se pronunciará en el plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud. No está previsto en la norma, como sí lo estaba en el Anteproyecto (Art. 453 en la versión 2006), una eventual audiencia de prueba referida a los hechos que motivan la solicitud cautelar, y en algunos casos esa audiencia será necesaria para acreditar los presupuestos que exige el artículo 433 del nuevo código, pues la justificación del peligro en la demora o de la buena apariencia del derecho del solicitante podría realizarse mediante prueba de testigos. Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en los Arts. 433 y 458, parecería que la única prueba admisible para acreditar el fundamento de la solicitud cautelar sería la documental.

Pero cuando resulte necesaria la declaración de testigos para acreditar esos presupuestos, deberá el juez, en mi opinión, señalar una audiencia en un breve plazo (dentro de los cinco días de presentada la solicitud) a fin de posibilitar el diligenciamiento de esas pruebas y resolver en audiencia, naturalmente, sin noticia previa de la contraparte porque así lo dispone el Art. 453, pues, de lo contrario, si se priva al peticionante del derecho a probar sus afirmaciones, aún en el reducido ámbito del proceso cautelar, se afectarían las garantías del debido proceso.

5. Los presupuestos o requisitos de la providencia cautelar.

Además del principio dispositivo, que erige a la solicitud de parte en presupuesto de la providencia cautelar, el nuevo código recoge los conceptos tradicionales que exigen la invocación y prueba de la probabilidad o apariencia del derecho y del peligro de lesión o frustración de ese derecho (Art. 433), así como la exigencia de la contracautela o caución que debe ofrecer y constituir el peticionante en resguardo de los eventuales perjuicios que la medida pueda ocasionar al cautelado (en realidad, este último constituye un requisito de la ejecución de la medida cautelar y no del dictado de la medida, y así se encuentra reflejada con acierto en el CPCM).

En relación con los dos presupuestos básicos ya enunciados (apariciencia del derecho y peligro de su lesión o frustración), el código no presenta particularidades de destaque, ajustándose a los lineamientos tradicionales que requieren la acreditación sumaria de estos presupuestos.

Con todo, la fórmula legal del CPCM supera en claridad la prevista en el Código Modelo, que no desarrolla los conceptos aludidos, limitándose a exigir su acreditación como presupuesto de la medida cautelar (Art. 275); en cambio, el Código salvadoreño desarrolla los conceptos clásicos de *periculum in mora* y de *fumus bonis iuris*. Respecto del primero, el peticionante deberá alegar y acreditar sumariamente que la medida requerida es indispensable para la protección de su derecho, por existir peligro de lesión o frustración de este a causa de la demora del proceso, “en el sentido de que, sin la inmediata adopción de la medida, la sentencia que eventualmente estime la pretensión sería de imposible o muy difícil ejecución”. Respecto del segundo presupuesto, para acreditar la buena apariciencia del derecho el peticionante “deberá proporcionar al juez elementos que le permitan, sin prejuzgar el fondo, considerar que la existencia del derecho, tal como lo afirma el solicitante, es más probable que su inexistencia” (Art. 433 del nuevo CPCM).

La prevención normativa dirigida a evitar el prejuzgamiento en el proceso cautelar resulta conveniente, pues la exigencia de valorar anticipadamente el mérito de la cuestión, a fin de establecer la “buena apariciencia del derecho”, conlleva, por definición, un riesgo de afectación de la imparcialidad del tribunal. Al resolver sobre la petición cautelar, el juez debe poner especial cuidado en evitar cualquier argumentación que pueda configurar un prejuzgamiento.

Con todo, y reflexionando a partir de otras experiencias de derecho comparado, resultaría preferible la solución de establecer una jurisdicción especializada para la materia cautelar y de urgencia, asignando a jueces especializados el conocimiento y decisión de las pretensiones cautelares a modo de evitar que el mismo juez resuelva posteriormente el fondo del asunto.

En cuanto a la *apariciencia de buen derecho*, conviene citar las reflexiones clásicas de Calamandrei. La cognición cautelar -afirma el maestro florentino- “se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de

verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar”.¹³³

El *peligro de lesión o frustración de ese derecho (periculum in mora)* es, precisamente, la circunstancia que fundamenta la emanación de la providencia cautelar; ese peligro o riesgo se conecta con la dimensión temporal del proceso, cuya duración puede conspirar contra la eficacia de la decisión jurisdiccional, tornándola ilusoria. Pero no alcanza con invocar la duración o demora del proceso como fundamento para la adopción de una medida cautelar; se requiere la alegación y prueba de un riesgo cierto, objetivo, de lesión o frustración del derecho, que debe reflejarse en actos o situaciones concretas de las que pueda derivarse la inejecución de la eventual sentencia de condena.

Como advierte Calamandrei,¹³⁴ se debe insistir sobre dos configuraciones típicas que puede asumir en las providencias cautelares el *periculum in mora*. “Algunas de las providencias cautelares no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza o la ejecución forzada del derecho, se produzcan, cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticas más favorables: en otras palabras, lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz.” Dentro de esta categoría incluye a las *providencias instructorias anticipadas*, las medidas conservativas que tienen por finalidad el *aseguramiento de la futura ejecución forzada* (v.gr., el embargo preventivo) y la contracautela o *caución*.

En cambio -como lo señala el autor-, “en otros casos la providencia interina trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los

¹³³ Calamandrei, P., op. cit., p. 77-78.

¹³⁴ Calamandrei, P., op. cit., p. 71 y ss.

medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito. Aquí, por tanto, la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida: es una declaración interina de mérito (por ej. del derecho a los alimentos), que ofrece a la parte que ha obtenido a su favor la providencia cautelar el modo de satisfacer inmediatamente, incluso a través de la ejecución forzada, el derecho que provisoriamente se le ha reconocido, en espera de la providencia principal”.

Se trata de las denominadas “medidas provisionales”, mediante las cuales “se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables”; el ejemplo típico es el de los alimentos provisionales, en los que resulta sencillo comprender la diferencia que plantea el *periculum in mora* respecto de una medida de embargo preventivo.

Desarrollando estas ideas, Calamandrei propone un ejemplo ilustrativo a fin de comprender la diferencia entre estos dos tipos de peligro, a los que corresponden diversos tipos de providencias cautelares. “Si el titular de un crédito, que no se siente en modo alguno perjudicado por el hecho de haber de esperar largo tiempo la satisfacción de su crédito, teme que durante la espera su deudor se deshaga de todas sus sustancias inmobiliarias, en forma que haga prácticamente vana la ejecución forzada que pueda intentarse contra él dentro de algún tiempo, buscará auxilio contra este peligro, en el secuestro conservativo. Pero si el acreedor, por particulares razones de necesidad (porque, supongamos, ha quedado reducido a la miseria y encuentra en el cobro de su crédito la única esperanza de sostenimiento), teme el daño acaso irreparable que se le derivaría del hecho de deber esperar por largo tiempo la satisfacción de su derecho, no lo protegerán contra este peligro las medidas cautelares que únicamente estén dirigidas a tener en reserva para el día de la ejecución forzada los bienes del deudor, necesitando, en cuanto el derecho positivo las prevea, medidas cautelares aptas para acelerar la ejecución forzada.”

Estos presupuestos (apariencia de buen derecho, peligro de su lesión o frustración) deben acreditarse al formular la solicitud cautelar, “en la forma que sea más pertinente y adecuada” (Art. 433). Como hemos señalado anteriormente, si bien lo habitual será que esos presupuestos se justifiquen documentalmente, agregando a la solicitud los documentos pertinentes -si ya no resulta del expediente la prueba respectiva-, no cabe descartar la posibilidad de aportar otros medios de prueba para justificar sumariamente la necesidad de adoptar la medida requerida. Así resulta, por otra parte, del artículo 451 en cuanto dispone que el peticionante deberá acompañar a la solicitud los instrumentos que la apoyen, “y en ella se deberá pedir, bajo pena de preclusión, la práctica de otros medios de prueba para la acreditación de los presupuestos que sustentan la adopción de medidas cautelares”.

De modo que el peticionante podrá ofrecer probar esos extremos mediante testigos, y en ese caso el juez deberá diligenciar la prueba dentro del plazo legal de cinco días previsto para resolver acerca de la petición cautelar. Así resulta, en mi opinión, de lo dispuesto en el artículo 453, conforme al cual “el tribunal se pronunciará en el plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud en el tribunal”.

La versión final del código no prevé expresamente la audiencia de prueba previa a la resolución sobre la petición cautelar, como sí lo hacía el Anteproyecto, que dedicaba un artículo (versión 2006, Art. 453) a la “audiencia de partes”, por celebrarse en un plazo breve (diez días siguientes a la convocatoria, que debía efectuarse dentro de los cinco días de admitida la solicitud), en la cual ambas partes expondrían sus argumentos y se diligenciaría la prueba ofrecida, y el tribunal adoptaría resolución en la misma audiencia. Este artículo no figura en la versión aprobada del Código, presumiblemente porque se modificó la regla de audiencia previa de la contraparte. Pero lo que no ha variado es la posibilidad de solicitar el diligenciamiento de pruebas, en el marco sumario del trámite cautelar, para justificar la existencia de los presupuestos legalmente requeridos; y en la medida que el diligenciamiento de esa prueba no altere el carácter sumario que caracteriza este proceso, el juez deberá admitirla y diligenciarla en el plazo más breve posible, para resolver posteriormente sobre la solicitud cautelar.

Por lo que refiere a la caución, el requisito legal de cumplimiento o ejecución de la medida cautelar (Arts. 446-448) se integra en el más amplio subsistema de la responsabilidad cautelar, regulado en forma conveniente en el nuevo código, al que ya se hiciera referencia.

Se trata, al decir de Calamandrei, de “la cautela de la cautela”. La expresión alude a la finalidad de esta garantía, que funciona “como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podrá surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, a favor de aquel contra quien ha sido ejecutada [...]. Mientras la providencia cautelar sirve para prevenir los daños que podrían nacer del retardo de la providencia principal, y sacrifica a tal objeto, en vista de la urgencia, las exigencias de la justicia a las de la celeridad, la caución que se acompaña a la providencia cautelar sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de este modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes”.¹³⁵

Se establece un régimen amplio en cuanto a su forma o modalidad de constitución (Art. 447), y se faculta al tribunal a eximir al peticionante de la constitución de la caución en determinados supuestos, a los que haremos referencia seguidamente.

No obstante, y en lo relativo a la forma de la caución, la ley exige que garantice, a juicio del juez, “la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate”, lo cual excluiría modalidades tales como la hipoteca o embargo de un bien, que no aseguran la inmediata disponibilidad del dinero como las formas previstas expresamente en la norma comentada (dinero en efectivo, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones afianzadoras). La legislación procesal uruguaya, siguiendo en esto al Código Modelo para Iberoamérica, no regula expresamente la forma de la caución, con lo que se admiten cauciones consistentes en el embargo de bienes raíces o de automóviles, lo que, en definitiva, facilita el acceso a la tutela cautelar, aunque, por cierto, puede no resultar tan conveniente desde la perspectiva del cautelado.

Las causales de exención de la prestación de caución, previstas en el Art. 448, contemplan la situación económica del peticionante como circunstancia habilitante de la exención, solución necesaria y conveniente

para mantener el acceso igualitario al instrumento cautelar, que de otra forma podría verse afectado frente a la parte carente de recursos económicos para solventar la caución.

No obstante, la causal de exoneración no refiere exclusivamente a la situación económica del peticionante o su imposibilidad económica de constituir la caución, sino que contempla una hipótesis más compleja: que la capacidad económica y potencial patrimonial del solicitante sea sensiblemente inferior al de la parte contraria. Lo que, en puridad, no es lo mismo que analizar exclusivamente la capacidad económica y potencial patrimonial del solicitante, sino que requiere comparar esa capacidad y potencial con el de la contraparte.

De modo que, por ejemplo, si el solicitante tuviera una capacidad económica y potencial patrimonial que le permitieran constituir caución, pero esa capacidad y potencial fueran sensiblemente inferiores al de la contraparte (por tratarse ésta, por ejemplo, de una importante multinacional), aquél podría ser exonerado de la prestación de la caución a pesar, reitero, de contar con medios suficientes para constituirla. A la inversa, si el solicitante presenta una capacidad económica y potencial patrimonial comprometido, que no le permiten ofrecer caución suficiente, pero su contraparte se encuentra en una situación económica similar, el juez no podría exonerar a aquél de la exigencia de constituir caución.

No debería ser ésa, pues, la interpretación de la norma. Al referir el texto legal a la diversa capacidad económica y potencial patrimonial del solicitante respecto de la parte contraria, como causal de exención de la prestación de caución, debe interpretarse la hipótesis en sentido restrictivo, referida a supuestos de verdadera incapacidad económica de prestación de la cautela o a los casos de defensa de intereses colectivos o difusos (a los que refiere expresamente el artículo comentado), pues de lo contrario podría amplificarse de modo inconveniente la previsión excepcional de esta norma, si tenemos presente que en la mayoría de los casos se observa una desigualdad económica o de potencial patrimonial entre las partes; en otras palabras, no debe perderse de vista el carácter excepcional de la exención de prestación de caución, pues de otra forma, y de propiciarse una interpretación amplia de esta causal de exención, se corre el riesgo de afectar el delicado equilibrio que debe existir entre los

intereses del cautelante y del cautelado, despojando a éste último de toda posibilidad de resarcimiento de los daños causados por la medida.

6. Las medidas cautelares previstas en el nuevo Código Procesal

En cuanto al elenco de medidas cautelares admisibles, el Anteproyecto contiene una enumeración no taxativa de las principales medidas (embargo preventivo e inhibición general de bienes, intervención o administración judicial, anotación de la demanda, prohibición de innovar y de contratar), que se regulan con precisión en los Arts. 436-444.

Además de esas medidas, el tribunal podrá adoptar cualquier otra idónea y necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiere otorgarse en la sentencia definitiva (Art. 437). Lo que, en nuestra opinión, permite afirmar la admisibilidad de las medidas innovativas, dotando al sistema de una adecuada flexibilidad que permite adaptarlo a las exigencias de la nueva realidad social.

En términos más amplios, cabe concluir que la flexibilidad y amplitud del sistema proyectado a partir del Art. 437, permite adoptar las denominadas medidas provisionales, que participando de la idea cautelar se caracterizan por el adelantamiento del pronunciamiento de fondo, cuestión a la que haremos referencia más adelante.

Con relación a las medidas expresamente previstas en la nueva legislación procesal (medidas cautelares “nominadas”), merece destaque la regulación precisa de la *prohibición de innovar* (Art. 444), que comprende los requisitos y fundamentos indicados por la doctrina tradicional, superando la regulación del Código Modelo, que en este punto se limita a indicar la procedencia de la medida de no innovar, sin establecer los requisitos pertinentes.

Es habitual que las leyes procesales modernas, además de contener una regulación general de las medidas cautelares y de consagrar expresamente la potestad cautelar genérica, regulen una serie de medidas cautelares específicas, en particular en aquellos aspectos en que se aparten del régimen general o contengan alguna particularidad adicional en cuanto a sus presupuestos, el procedimiento para su adopción o sus efectos.

El Código Modelo (Art. 279) contiene un listado de medidas específicas que, sin perjuicio de la mencionada potestad cautelar genérica, puede adoptar el tribunal; pero no contiene una regulación detallada de esas medidas (con excepción del embargo, regulado en el ámbito de los procesos de ejecución), lo que puede generar –y, de hecho, así ha ocurrido en sistemas que, como el CGP uruguayo, siguen aquél modelo- algunas dificultades, fundamentalmente en cuanto a la determinación del alcance y los efectos de cada una de ellas.

Las medidas cautelares específicas que menciona el art. 436 son: el embargo preventivo, la intervención o la administración judiciales de bienes productivos, el secuestro de cosa mueble, la formación de inventarios de bienes, la anotación preventiva de la demanda, la orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación, la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, el depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

El embargo preventivo, regulado en el Art. 438, consiste, desde el punto de vista conceptual, en “una medida cautelar, decretada judicialmente para asegurar de antemano el resultado de un proceso, y que consiste en la indisponibilidad relativa de determinados bienes” (Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Depalma, 1983, p. 250). La norma citada enumera casos en los que cabe solicitar el embargo, aunque aclara en el inciso final que fuera de esos casos “también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado”. Entre los casos que permiten solicitar el embargo preventivo, se incluyen situaciones que permiten afirmar la existencia de un riesgo cierto, objetivo, de lesión o frustración del derecho de crédito del peticionante, en los incisos 3º y 4º del citado Art. 438, al prever como causa “que se acredite la intención del deudor de enajenar, ocultar o transportar sus bienes en detrimento de la garantía [...] o que se justifique la disminución apreciable de la solvencia

del deudor después de contraída la obligación, por cualquier causa” (inciso 3º), o “que se demande por daños y perjuicios derivados de eventos dañosos y el demandado no contare con seguro de responsabilidad” (inciso 4º).

El inciso 2º refiere a la prueba de la existencia del crédito del peticionante, cuando esté demostrada con instrumento público o privado atribuido al deudor, aunque no se indica en ese caso si el peticionante debe igualmente acreditar el restante presupuesto de toda medida cautelar: el peligro en la demora; considero que deberá acreditarse de todas formas, porque se trata de un presupuesto general de toda medida cautelar, por lo que no sería suficiente que el peticionante acredite su calidad de acreedor mediante instrumento público o privado, sino que deberá además justificar que la demora del proceso conlleva, en el caso concreto, con base en circunstancias objetivas que deberá alegar y acreditar sumariamente, un riesgo cierto de lesión o frustración de ese derecho de crédito.

En cuanto al primer inciso del Art. 438, cabe la misma apreciación: la circunstancia de que el deudor no tenga domicilio en la República no conlleva, necesariamente, un riesgo de lesión o frustración del derecho del peticionante, y tampoco excluye la necesidad de acreditar el restante presupuesto exigido con carácter general en el Art. 433 (la “buena apariencia del derecho” del peticionante). Por otra parte, admitir como fundamento exclusivo de la medida cautelar la circunstancia apuntada (que el demandado se domicilie en el extranjero), podría afectar derechos reconocidos en pactos y convenciones internacionales, al determinar un trato desigual fundado exclusivamente en la condición referida. Por eso, en mi opinión, esa circunstancia podrá determinar la procedencia de un embargo preventivo, siempre que el peticionante invoque y justifique la concurrencia en el caso de los presupuestos previstos en el Art. 433; en ese marco, la circunstancia de que el demandado no tenga domicilio en la República podrá ser valorada, en el conjunto del material probatorio aportado por el peticionante, para definir si se verifican en el caso concreto los referidos presupuestos.

El inciso final del citado Art. 438 contiene una prevención importante, en cuanto a la admisibilidad del embargo en supuestos no previstos en los incisos anteriores, al disponer que en ese caso podrá solicitarse el

embargo “si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado”.

El Art. 439 refiere a la inhibición general de disponer medida prevista para supuestos en los que el peticionante no conozca bienes suficientes del deudor, medida que se inscribirá en los registros respectivos y tendrá eficacia a partir de esa inscripción. En otras legislaciones, como la uruguaya, esta medida se conoce como embargo genérico, y tiene una eficacia similar, aunque tiene preferencia respecto de embargos posteriores que refieran a bienes registrables.

La intervención o administración judicial está regulada en el Art. 440, y puede decretarse “cuando se pretenda sentencia de condena a entregar bienes a título de dominio, usufructo o cualquier otro que implique interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando el aseguramiento de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiese recaer, y no fuera posible garantizar los derechos del acreedor por medio de otras medidas menos gravosas para el derecho de propiedad”. El Art. 441 regula el régimen general de la intervención o administración judicial, y señala como criterio básico que las facultades del administrador o interventor deberán limitarse a las estrictamente indispensables para asegurar el derecho que se invoque, debiendo procurar en lo posible la continuidad de la explotación intervenida. Sin perjuicio de esta medida cautelar, se mantienen en vigor las disposiciones contenidas en leyes sustantivas, que autoricen la intervención o administración judicial.

En cuanto al secuestro, procede en dos hipótesis: a) cuando el objeto del proceso consiste en la entrega de bienes muebles que se hallen en poder del demandado, debiendo el peticionante justificar documentalmente el derecho cuya efectividad se quiere garantizar; b) en general, cuando resulte indispensable para la guarda o conservación de cosas en función de asegurar el resultado de la sentencia (fundamento cautelar genérico). Mas allá de la multivocidad del vocablo, en este ámbito sólo reviste interés el significado de *secuestro* como aquella medida cautelar que tiene por finalidad específica desapoderar materialmente a una persona de un bien sobre el cual se ha iniciado o se iniciará un proceso jurisdiccional, para evitar que ésta lo sustraiga, oculte, destruya, altere o deteriore, permitiendo de ese modo lograr la ulterior ejecución eventual de la sentencia definitiva.

Continuando con el análisis del catálogo de medidas cautelares específicas, el artículo 443 prevé la anotación de la demanda, que procede “cuando se dedujere una pretensión que pudiera tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro correspondiente”.

La anotación preventiva de la *litis* es una medida cautelar que tiene por finalidad asegurar la publicidad de la promoción de un proceso en el que puedan verificarse alteraciones en relación con bienes susceptibles de inscripción registral, de modo que la eventual sentencia estimatoria de la pretensión pueda ser oponible a eventuales terceros adquirentes de dichos bienes o de terceros a cuyo favor se constituyan derechos reales o personales inscribibles sobre los mismos.

Finalmente, el artículo 444 regula la prohibición de innovar y de contratar. La prohibición de innovar procede si el peticionante alega y justifica “el peligro de que, al alterarse, en su caso, la situación de hecho o de derecho, tal modificación pudiera influir en la sentencia o volver ineficaz o imposible su ejecución; y siempre que la cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria”. A su vez, “cuando por ley o por contrato, o para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del proceso, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará dicha medida”, y “con tal fin, individualizará lo que es objeto de la prohibición, y dispondrá que se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante”.

Corresponde, para finalizar, hacer una breve mención a las medidas provisionales o anticipativas, a las que se aludió con anterioridad y que, en nuestra opinión, pueden tener cabida en el nuevo código a partir de la fórmula amplia del Art. 437. Se trata de lo que Calamandrei denominaba “anticipación de providencias decisorias”, categoría que reservaba a aquellas providencias “mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurare hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables”. Aclara, más adelante, que en este caso “la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga

la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario”.¹³⁶

7. El procedimiento cautelar

Por lo que refiere al trámite o procedimiento cautelar, el Anteproyecto (Arts. 453 y 454, versión 2006) consagraba como regla la audiencia previa del demandado, “salvo que el solicitante pida que se adopten y ejecuten sin dicha audiencia, acreditando que hay razones de urgencia o que la audiencia puede comprometer el éxito de la medida cautelar”.

En la mayoría de los casos, la excepción sería la regla, puesto que la noticia previa del demandado podría comprometer el éxito de la medida cautelar, como ocurre con el embargo preventivo o el secuestro; pero en relación con otras medidas, la regla de la audiencia previa resultaba conveniente para mantener la plena vigencia del contradictorio como principio aplicable también en el ámbito cautelar.

Sin embargo, la versión aprobada del Código Procesal Civil y Mercantil se aparta de esa regla, y establece que “las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la contraparte”, y “el tribunal se pronunciará en el plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud” (Art. 453).

Se consagra, pues, la regla de tramitación unilateral y reservada, con el fin de preservar la eficacia de la medida. Naturalmente, una vez ejecutada la medida deberá ser notificada al afectado, quien podrá impugnar la providencia cautelar mediante el recurso de apelación sin efecto suspensivo, como lo prevé el Art. 453.

El proceso cautelar, en la versión final del código, se concreta en las siguientes etapas: presentación de la solicitud cautelar (demanda cautelar), control jurisdiccional y decisión sobre la solicitud en el plazo de cinco días de recibida en el tribunal (Art. 453), prestación de la caución ofrecida y ejecución de la medida cautelar (Art. 454), -eventualmente- recurso de apelación, sustanciación y decisión en segunda instancia.

¹³⁶ Calamandrei, Piero, op. cit., págs. 58-59

La demanda cautelar “adoptará la forma de la demanda y se formulará con claridad y precisión”, debiendo acompañarse los instrumentos que la apoyen y solicitarse la práctica de otros medios de prueba para la acreditación de los presupuestos que sustentan la solicitud, y ofrecerse caución en el mismo escrito (Art. 451).

Posteriormente, la ley prevé que el tribunal se pronunciará en el plazo de cinco días de recibida la solicitud, sin audiencia de la contraparte, y si estimare que concurren los presupuestos y requisitos para su adopción decretará las medidas por resolución fundada (Art. 453). No obstante, podría eventualmente insertarse una audiencia probatoria con el fin de diligenciar los medios de prueba ofrecidos por el solicitante, quien, de acuerdo con el Art. 451, puede pedir la práctica de otros medios de prueba para la acreditación de los presupuestos que sustenten la adopción de medidas cautelares.

La audiencia con eventual contenido probatorio estaba prevista en el Anteproyecto (Art. 453, versión 2006), pero no figura en la versión aprobada del código, presumiblemente por la variante introducida en cuanto al trámite unilateral que finalmente asume la solicitud cautelar. Pero se mantiene, reiteramos, la posibilidad de ofrecer medios de prueba para acreditar los presupuestos que sustentan la petición cautelar, de modo que si el actor lo solicita en su demanda cautelar, deberá diligenciarse la prueba ofrecida (declaración de testigos, por ejemplo) en audiencia, aunque sin noticia previa de la contraparte en virtud de lo dispuesto en el Art. 453 del nuevo código.

Si el juez desestima la solicitud cautelar, podrá el solicitante apelar dicha resolución, siguiendo el trámite previsto para la apelación en el artículo 511 y siguientes del código.

Si, por el contrario, el juez decreta la medida cautelar solicitada, deberá el solicitante prestar la caución ofrecida y aprobada, y posteriormente se procederá a ejecutar la medida dispuesta. Una vez cumplida la medida, y aunque no lo aclare expresamente el texto legal, deberá notificarse a la parte afectada, quien podrá interponer recurso de apelación sin efecto suspensivo, de acuerdo con lo previsto en el Art. 453.

Finalmente, las medidas cautelares adoptadas podrán ser modificadas si se alegaren hechos nuevos o de nuevo conocimiento (Art. 454), debiendo sustanciarse la solicitud de modificación “con arreglo al procedimiento previsto para la oposición”, según indica dicha norma; pero la oposición en sede cautelar, que estaba regulada en el Anteproyecto (Arts. 457 y 459, versión 2006), no está prevista en la versión aprobada del código, con lo que, eventualmente, debería seguirse el trámite previsto para los incidentes.

8. Ejecución de las medidas cautelares

El nuevo código dedica un artículo a la ejecución de las providencias cautelares, aspecto que el Código Modelo -y la legislación procesal uruguaya, que sigue sus pautas- no contempló expresamente.

Se trata de un aspecto de esencial regulación, puesto que las medidas cautelares no se agotan en su pronunciamiento jurisdiccional, sino que requieren para su eficacia ser ejecutadas.

En algunos casos, la medida se cumplirá mediante uno o varios actos materiales que no requieren el concurso de la voluntad del demandado o de un tercero; así sucederá con el embargo, para mencionar el ejemplo habitual. Pero en otros casos, será necesario prever un sistema de ejecución que permita superar la resistencia del obligado, cuando se le impone una determinada prestación (dar, hacer o no hacer algo) en vía cautelar o provisional (por ejemplo, como prohibición de innovar, o mediante una medida innovativa).

La “ejecución cautelar” mereció un capítulo en la opera magna sobre el tema, la “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, de Calamandrei,¹³⁷ quien afirmaba —en el año 1935- que “al lado de la cognición cautelar se puede hablar de la ejecución forzada cautelar en todos aquellos casos en que los efectos de la providencia cautelar no se agoten en la fase de cognición, pero requieran para su actuación una modificación del mundo externo, que ha de llevarse a cabo mediante una providencia ulterior, que se presenta como ejecución de la

¹³⁷ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, págs. 95-97.

primera”. En cuanto a los medios de ejecución, advertía que, fuera de las hipótesis de *providencias cautelares declarativas o constitutivas* –cuya eficacia no requiere de una modificación material del mundo exterior–, y dejando también de lado las formas de ejecución impropia, “no se debe creer que los medios procesales de que se sirve la ejecución cautelar sean (o sean siempre) diversos de aquellos de que se sirve la ejecución forzada ordinaria”.

En ese sentido, y retomando la clasificación de las providencias cautelares que sirve de eje a su análisis sistemático, Calamandrei distinguía entre la ejecución de las providencias cautelares anticipatorias (“anticipación de providencias decisorias”)¹³⁸ y la de las providencias cautelares asegurativas (“providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada”).

“En cuanto a las primeras, el efecto de la providencia cautelar consiste en anticipar provisoriamente la decisión de la relación controvertida y, por tanto, a través de la más diligente creación del título ejecutivo,¹³⁹ en *anticipar la posibilidad de proceder a la ejecución ordinaria*. Pero, una vez conseguida la finalidad cautelar a través de la aceleración del título ejecutivo, la ejecución forzada se desarrolla *incluso en el fondo*, del mismo modo que se habría desarrollado si este título ejecutivo se hubiera conseguido de una manera irrevocable”.

“Por el contrario, cuando se trata de la ejecución forzada de las providencias cautelares (asegurativas), los medios ejecutivos pueden ser diversos de los de la ejecución ordinaria, en el sentido de que los actos constitutivos de la ejecución cautelar no tienden a alcanzar la misma meta última a que tiende la ejecución forzada ordinaria del derecho cautelado, sino que se detiene antes, en una etapa intermedia, en evitación de producir, mientras esté pendiente el juicio principal, modificaciones irremediables en el patrimonio del deudor.” Ilustra el punto con referencia al secuestro, indicando que en ese caso la ejecución cautelar equivale a una fracción de la ejecución ordinaria, “pero si después el juicio principal demuestra que el crédito existe, el secuestro se convertirá en pignoración, esto es, la ejecución cautelar ya perfeccionada valdrá como primera etapa de la ejecución satisfactiva (u ordinaria)”.

¹³⁸ Se trata de las denominadas “medidas provisionales” de nuestro CGP.

¹³⁹ La referencia al “título ejecutivo” debe entenderse, en nuestro sistema (CGP), como título de ejecución.

A partir de una breve y –naturalmente- limitada reseña de derecho comparado, se puede constatar que la ejecución de las providencias cautelares presenta en algunas legislaciones una regulación sistemática.

Así, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Nº 1/2000) regula en su artículo 738 la “ejecución de la medida cautelar”, y dispone que “acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias”.

El Código Procesal Civil alemán (ZPO) contempla la ejecución de las medidas provisionales conservativas e innovativas. De acuerdo con los estudios introductorios de Pérez Ragone y Ortiz Pradillo¹⁴⁰ sobre el proceso civil alemán contemporáneo, “con la salvedad de aquellas disposiciones que, bien por exceptuarse expresamente, o bien por su propia naturaleza, no puedan ser aplicables en sede cautelar, no existe diferencia entre la naturaleza de la ejecución de la resolución que acuerda una medida provisional y aquella otra por la que se resuelva definitivamente el asunto principal”. Aclaran, sin embargo, que “se emplea una terminología distinta a la hora de referirse a lo que debe entenderse por *ejecución* de una resolución judicial provisional.” Insistiendo sobre el punto, señalan que “en el ordenamiento alemán se habla de *vollstreckung* –ejecución- de una sentencia firme, y de *vollziehung* –consumación-, de una medida provisional. De igual modo, en el derecho italiano es común utilizar los términos *esecuzione* y *attuazione* para referirse a la ejecución, bien de una resolución principal, bien de una resolución cautelar, y en el derecho brasileño también se diferencia entre *execução* y *atuação*.”

En Italia, el Codice di Procedura Civile regula en su artículo 669-duodecies la “attuazione delle misure cautelari” de acuerdo con su objeto, y dispone que “l’attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche la modalità di attuazione...”.

¹⁴⁰ Pérez Ragone, Alvaro J. y Ortiz Pradillo, Juan Carlos, “Código Procesal Civil alemán (ZPO), Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo”, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, págs. 147-148.

Para finalizar con esta breve reseña, puede citarse la *injunction* del sistema procesal civil norteamericano, que, en términos generales, constituye una orden judicial cuyo incumplimiento puede aparejar sanciones criminales.

9. Conclusión: balance del sistema cautelar proyectado

En conclusión, el sistema cautelar del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil refleja los postulados generales de la reforma, que se concretan en la eficacia de la tutela jurisdiccional.

Esa eficacia, que en el plano estructural se procura mediante la instrumentación de un procedimiento oral y abreviado basado en la intermediación y concentración, se reafirma mediante la consagración de un régimen cautelar amplio sustentado en la potestad cautelar genérica que se asigna a los tribunales, que extiende la tutela preventiva a toda clase de pretensiones y procesos, pudiendo adoptarse incluso como medida preparatoria antes de la formulación de la demanda principal.

La regulación del proceso cautelar refleja una adecuada flexibilidad, que permite adaptarla a las exigencias del caso concreto mediante el dictado de la medida idónea para la seguridad del derecho invocado. Y como contrapartida de esta regulación amplia, se estructura un adecuado sistema de responsabilidad por los daños injustos que pueda ocasionar la medida cautelar, a partir de la exigencia legal de la contracautela y de las previsiones expresas sobre responsabilidad del cautelante en caso de alzamiento de la medida, contemplando de esa forma la denominada “perspectiva del cautelado”.

El catálogo de medidas cautelares resulta suficientemente amplio y se complementa con lo previsto en el Art. 437, que permite solicitar otras medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la protección jurisdiccional.

El procedimiento previsto para resolver la solicitud cautelar resulta ágil y adecuado a las exigencias de celeridad que caracterizan al objeto, preservando las garantías del afectado por la medida cautelar, que podrá apelar la providencia cautelar o plantear en lo sucesivo su modificación con base a nuevos hechos.

La previsión expresa de los medios de ejecución de las providencias cautelares completa la regulación de un moderno sistema cautelar.

LECCIÓN DÉCIMA SEGUNDA¹⁴¹

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN: REVOCATORIA Y APELACIÓN

I. LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

El nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, bajo el epígrafe de “Los medios de impugnación”, regula lo que se estudiaba en el Código de Procedimientos Civiles de 1881, Libro III, bajo la denominación “De los Procedimientos Civiles en Segunda Instancia y de los Recursos Extraordinarios» (Art. 980 y siguientes).

Cuando se analizan los *medios de impugnación*, se parte de la idea de que se está procurando evitar el riesgo de que se dicten sentencias injustas, ya sea porque no se acomodan a la realidad de los hechos, o bien porque se incurre en error en la aplicación del derecho material.

Los medios de impugnación son, por tanto, instrumentos legales puestos a disposición de las partes, a fin de intentar la modificación o la anulación de una resolución judicial, la cual descansa sobre la posibilidad del error humano. En consecuencia, preciso es distinguir entre medios de impugnación en sentido amplio y medios de impugnación en sentido estricto:

a) Cuando se subraya la expresión medios de impugnación, pueden quedar comprendidos aquellos instrumentos jurídicos por medio de los cuales se pide la rescisión de las sentencias que han alcanzado firmeza, por lo que la impugnación abre un nuevo proceso, merced a una pretensión distinta de

¹⁴¹ Mauricio Ernesto Velasco Zelaya

la que fue resuelta en el proceso, cuya resolución final se impugna, V.gr.: la revisión de sentencias firmes (Arts. 540 a 550);

b) En sentido estricto, los medios de impugnación se refieren a resoluciones que no han alcanzado firmeza, por lo que impiden que llegue a producirse la llamada *cosa juzgada formal*. Se trata de los verdaderos recursos en los que la impugnación se produce en un proceso aún pendiente. El recurrente solicita que se produzca un nuevo examen en la resolución que se impugna y cuando esta le sea desfavorable. La pretensión y la resistencia interpuesta en la demanda y en la contestación, respectivamente, son las mismas que se continúan en el recurso. En suma, pues, los tres elementos de la pretensión –*partes, hechos y petición*– no cambian cuando se trata de los medios de impugnación en sentido estricto, vale decir, de los recursos.

II. LOS RECURSOS SUS CLASES

Los medios de impugnación, que son recursos en sentido estricto, han de ser interpuestos por algunas de las partes. Se producen en un proceso pendiente y persiguen la modificación o anulación de la resolución impugnada.

El concepto del vocablo recurso no es dogmático. Cada tratadista acentúa el suyo, aún cuando terminan coincidiendo tanto en su fondo como en su forma. Así, por ejemplo, Vicente Gimeno Sendra subraya que, bajo el término de *recursos*, cabe entender el conjunto de actos de postulación, a través de los cuales la parte perjudicada por una determinada resolución judicial, impugnabile y que no haya adquirido firmeza, puede obtener su revisión, bien por el mismo órgano judicial que es su autor, bien por otro superior con la finalidad de garantizar, en general, que todas las resoluciones judiciales se ajusten al Derecho y, en particular, que las sentencias sean respetuosas con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a la obtención de una sentencia motivada, razonada en la prueba, fundada en el Derecho aplicable al objeto procesal y congruente.

Su fundamento –agrega– descansa en la falibilidad del órgano judicial y en la necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella la estime

desacertada, para lo cual el ordenamiento procesal le otorga la posibilidad de la impugnación, que el recurso supone.

El derecho fundamental a los recursos se encuentra implícito en el “Derecho a la Protección Jurisdiccional” que nuestra Carta Magna preceptúa en el Art. 2, como un derecho de configuración legal, en la inteligencia de que el Órgano Legislativo es dueño de determinar, tanto el número e índole de los recursos, como los requisitos que en un recurso concreto determinan su admisibilidad, por lo que su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, cuya concurrencia debe ser valorada, en exclusiva, por el Órgano Judicial.

a) El derecho al recurso

Los recursos pueden establecerse, partiendo de la posibilidad del error del tribunal de Primera Instancia, a fin de que el superior en grado lo corrija, con lo que se pretende una más perfecta aplicación del derecho; pero también es posible que la finalidad del establecimiento de un recurso sea, más bien, la unificación en la interpretación del derecho. Dicho en breves palabras: la unificación de la jurisprudencia, con la seguridad jurídica que ello supone.

El proceso, después de presentada la demanda y admitida, está regido por el principio de impulso de oficio; no significa nada en relación con los recursos. Tal impulso se refiere a la dirección formal del proceso en cada una de las instancias, pero no a los recursos. Desde luego que éstos han de iniciarse existiendo una declaración de voluntad expresa de la parte agraviada.

b) Clases

Conforme a la doctrina, los recursos se han clasificado atendiendo a dos criterios.

1. Órgano competente para conocer del recurso. El segundo examen que implica la impugnación puede confiarse, bien al mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución que se impugna, bien a un órgano jurisdiccional distinto y superior. En el primer caso, se habla de recursos no devolutivos; y en el segundo, de recursos devolutivos, existiendo entonces un órgano inferior *iudex a quo* y otro superior *iudex ad quem*.

En estricta doctrina, se propone que a los recursos no devolutivos se les llame remedios; y a los devolutivos, propiamente recursos. Considera que debe estimarse como elemento determinante de lo que es un recurso, el que de este conozca un órgano jurisdiccional distinto de aquel que dictó la resolución impugnada.

Es de acentuar, en síntesis, que atendiendo al carácter devolutivo o no del medio de impugnación, se ha pretendido en la doctrina la utilización diferenciada de los expresados términos *remedios* y recursos, según se trate de impugnar resoluciones ante el mismo órgano judicial que las dictó, con el propósito de “remediar” anomalías procesales; o ante otro jerárquicamente superior, con el propósito de “anular” una resolución que se estima injusta.

2. Ámbito del recurso. Respecto a lo que se “*devuelve*” al tribunal superior y, por tanto, con referencia a los recursos devolutivos, se impone distinguir:

i) Recursos ordinarios. V.gr.: el de apelación, que es el ordinario tipo. Los órganos *a quo* o *ad quem* tienen los mismos poderes frente a la controversia;

ii) Recursos extraordinarios. V.gr.: el de casación, que es el recurso extraordinario modelo. Existen en él, prácticamente, una lista cerrada de submotivos, y los poderes del órgano competente se limitan a su resolución.

El recurso de apelación no limita en sí mismo el ámbito de la cognición por el órgano competente; mientras que en el de casación, el ámbito de la competencia queda reducido al examen de los submotivos previstos en forma expresa en la ley.

3. Existe un tercer criterio de clasificación. Se trata de distinguir entre recursos procesales y recursos materiales.

a) Recurso procesal. En todos los supuestos en que una resolución judicial no se pronuncia sobre la pretensión, es decir, sobre el objeto del proceso en sentido estricto, se está ante una resolución meramente procesal, y el recurso que se admita contra esta perseguirá la adecuación de lo decidido

a la norma procesal, lo que se resolverá normalmente en la nulidad de la resolución, más que en su modificación, por lo que puede hablarse de recurso procesal, V.gr.: la reposición que se da contra las providencias y las resoluciones no definitivas.

b) Recurso material. Cuando la resolución procede a aplicar las normas materiales, que sirven para decidir sobre el objeto del proceso, o sea, sobre la estimación o desestimación de la pretensión interpuesta por el actor, se está ante una resolución material, y los recursos contra ella se dirigirán a obtener otra resolución en la que se modifique la impugnada, V.gr.: la apelación y la casación.

La distinción produce constantes consecuencias jurídicas que se advierten, sobre todo cuando se tiene en cuenta que los recursos procesales no son una nueva fase del proceso. No pueden ser una segunda instancia y no cabe exigir en todo caso la existencia de gravamen directo.

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

Prevista en la ley la existencia de un recurso, su admisibilidad queda condicionada a la concurrencia de determinados presupuestos procesales, es decir, de condiciones que atienden a la posibilidad misma de que el tribunal pueda llegar a resolver la cuestión suscitada en aquél.

Debe distinguirse, respecto de los recursos, entre admisibilidad y fundamentación. La primera se hace depender por la concurrencia de presupuestos procesales, y la falta de éstos hace que el tribunal no pueda llegar a entrar a examinar la cuestión de fondo. La segunda (fundamentación) se refiere al fondo del recurso y determina su estimación o desestimación.

A. SUBJETIVOS

a. Competencia. La determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso forma parte de la llamada *competencia funcional*. Al respecto, el Art.38 del nuevo código subraya: “El tribunal competente para conocer de un asunto lo será también para conocer de las incidencias que surjan sobre él y para llevar a efecto sus resoluciones, sin perjuicio de lo dispuesto para la ejecución de las sentencias”. Por

su lado la Ley Órgánica Judicial establece la división territorial de los juzgados unipersonales y tribunales colegiados salvadoreños.

b. Legitimación. Lo relativo a la capacidad y a la postulación se rige por las normas comunes. La doctrina es unánime en el sentido de que, la concesión de legitimación a más de una persona de las que ocupan en el proceso la misma posición procesal de actora o de demandada, puede hacer que la estimación del recurso produzca un efecto extensivo. Desde luego que el recurso estimado a una parte puede favorecer a la que no recurrió, pero que se encuentra en la misma situación material, V.gr.: los supuestos de litisconsorcio necesario. Por el contrario, cuando se trata de la acumulación de pretensiones, la estimación del recurso de una parte no beneficia a las partes del o de los procesos acumulados.

El Art. 67 de nuestro Código Procesal Civil y Mercantil expresa: “En los procesos civiles y mercantiles será preceptiva la comparecencia por medio de procurador, nombramiento que habrá de recaer en un abogado de la República, sin cuyo concurso no se le dará trámite al proceso”.

B. OBJETIVOS

a. Recurribilidad de la resolución. La admisión del recurso sólo es posible si la resolución recurrida es susceptible de impugnación y por el recurso que la parte agraviada interpone.

La regulación de recursos en la ley no significa que todas las resoluciones sean recurribles, algunas de ellas no lo son por disposición expresa.

El Art. 501 inc. 1° del reiterado código acentúa: “Tendrán derecho a recurrir las partes gravadas por la resolución que se impugna, igual derecho asistirá a los litisconsortes que resultaren gravados aún cuando no se hubieran convertido en partes”.

b. Plazo. Los recursos deben interponerse dentro del plazo previsto por la ley y del que se computa desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre. Transcurrido ese plazo, sin que la resolución haya sido impugnada, quedará firme la resolución.

c. Fundamentación. La admisibilidad de los recursos queda condicionada a que la parte que lo interpone lo fundamente. La existencia de la fundamentación se convierte en presupuesto de admisión.

d. Gravamen. Las partes pueden recurrir sólo de las resoluciones judiciales que les afecten en forma desfavorable. Los autores definen el *gravamen* como la diferencia en perjuicio entre lo pedido por la parte y lo reconocido por el tribunal en la resolución judicial. Consecuentemente, el gravamen significa que la resolución causa un perjuicio a la parte.

EFFECTOS DE LOS RECURSOS

En la terminología de nuestro Código de Procedimientos Civiles de 1881, cuando se estudiaban los efectos de los recursos, se hacía referencia a los llamados *suspensivos* y *devolutivos*. Por el segundo, se da únicamente conocimiento de la causa al tribunal jerárquicamente superior, sin quedar embarazado el inferior para llevar adelante la ejecución provisional de sus providencias. Y cuando se admite en el efecto *suspensivo* se paraliza totalmente el proceso (Art. 983).

La declaración de voluntad de la parte de su intención de recurrir debe revestir de la forma prevista en la ley, y produce los siguientes efectos:

a. El mero hecho de la presentación del escrito del recurso significa que la resolución recurrida no se convierte en firme, esto es, no produce la llamada *cosa juzgada formal*.

b. Dado que la resolución recurrida no se convierte en firme, el recurso supone la continuación del proceso, y esa continuación permite que la resolución recurrida sea revocada o anulada por el tribunal superior, y se ha de producir dentro del ámbito de lo recurrido por la parte que impugna, con la salvedad de la prohibición de la *reformatio in peius*.

El Art. 502 de nuestro nuevo código preceptúa: “Las sentencias que resuelvan el recurso no podrán ser más gravosas que la impugnada, a menos que la parte contraria hubiera a su vez recurrido o se hubiera adherido al recurso”.

En definitiva, pues, el principio dispositivo lleva a que el tribunal debe ser congruente con lo pedido por la parte que recurre. De esa suerte, estamos ante la prohibición llamada de la “*reforma en peior*”, vale decir, la *reformatio in peius*.

DESISTIMIENTO DE LOS RECURSOS

El desistimiento en relación con la primera instancia es una forma anormal de su terminación, consistente en un acto procesal del actor por el que declara su voluntad de abandonar el proceso pendiente iniciado por él, sin que llegue a dictarse un pronunciamiento sobre la pretensión interpuesta, de modo que al quedar ésta imprejuzgada, es posible la incoación de un proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto.

Nuestro código, al referirse a la finalización anticipada del proceso en el Art. 130 dispone: “El demandante podrá desistir unilateralmente del proceso siempre que lo haga antes de que el demandado sea emplazado para contestar la demanda, o sea citado para audiencia, y también en cualquier momento cuando el demandado se encontrare en rebeldía”.

“En los casos en que se de lugar al desistimiento, quedará a salvo el derecho del demandante, para promover nuevo proceso sobre la misma pretensión”.

Y, en lo tocante al desistimiento de los recursos, el citado Art. 501, en su inciso último, establece: “El desistimiento de los recursos será posible en cualquier momento anterior a su resolución, de conformidad a las disposiciones de este código”.

a. Concepto. El desistimiento de un recurso es un acto procesal del recurrente por el que pide que se ponga fin a un recurso por él interpuesto, con lo que se produce el efecto de que queda firme la resolución impugnada. Por tanto, si se desiste de un recurso contra sentencia, no podrá iniciarse un proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto.

b. Requisitos. Los subjetivos se refieren a la exigencia de poder especial en el abogado o procurador. En el caso de que haya recurrido más de una parte y sólo alguna o algunas de ellas desistan, la resolución recurrida no se convierte en firme en virtud del desistimiento, aunque se tendrá por abandonada la impugnación, que es exclusiva de quienes hayan desistido.

Los objetivos atienden a que cabe desistir también en los procesos no dispositivos, es decir, en aquellos en los que el objeto del proceso es propio de materias no sujetas a la autonomía de la voluntad de las partes.

Nada impide distinguir entre desistimiento total y parcial. Es posible que, recurriendo de varios pronunciamientos de la resolución, después se desista del recurso respecto de alguno de esos pronunciamientos.

Los requisitos de actividad han de referirse a: 1) El desistimiento puede realizarse en cualquier momento antes de que recaiga resolución sobre el recurso; 2) Tiene que ser expreso, suponiendo una declaración de voluntad inequívoca; y, 3) Siendo la tramitación de los recursos básicamente escrita, el desistimiento debe presentarse por escrito. En los recursos en que existe vista, el desistimiento se podrá realizar en esta.

c. Efectos. El desistimiento del recurrente llevará al tribunal a dictar una resolución, teniéndolo por desistido y declarando que la resolución recurrida se convierta en firme. Ello supondrá la terminación del proceso, y las costas producidas en el recurso serán a cargo del que desista.

III. RECURSO DE REVOCATORIA Arts. 503- 507

De acuerdo con la doctrina ortodoxa, el recurso de revocación sólo procede contra las resoluciones no apelables, y su objeto es que se rescinda la resolución contenida en el auto o decreto, sea para sustituirla por otra que el recurrente considera legal o para que aquélla quede sin efecto. Está sujeto a las siguientes normas:

a) Las sentencias no pueden ser revocadas por el juez que las pronunció;

b) El recurso de revocación se distingue del de apelación en que este último se tramita y resuelve por el tribunal de alzada, mientras que la revocación la tramita y decide el mismo juez que pronunció la resolución recurrida, o el que lo sustituya en caso de recusación o excusa;

c) La revocación debe pedirse por escrito dentro de las 24 horas siguientes al de la notificación y se sustancia por un escrito por cada parte, y la resolución del juez, que debe pronunciarse dentro del tercer día. La resolución es irrecurrible porque sólo da lugar al juicio de responsabilidad;

d) En los juicios que se ventilan oralmente, la revocación se decide de plano; y,

e) El recurso de revocación se denomina de *reposición* cuando se interpone contra los autos y decretos que pronuncia el tribunal alzada.

Revocaciones en el Código de Procedimientos Civiles de 1881

Al considerar las “Providencias Judiciales”, en los Arts. 425 y 426, se reguló este recurso. “En los decretos de sustanciación, podrán los jueces hacer las mutaciones o revocaciones que sean justas o legales si las partes lo piden, o de oficio en cualquier estado de la causa antes de la sentencia definitiva.”

“En las sentencias interlocutorias, podrán los jueces hacer de oficio las mutaciones o revocaciones que sean justas o legales dentro de tres días desde la fecha en que se notifiquen; pero a petición de partes, si es hecha en el mismo día o al siguiente de la notificación, podrán hacer mutaciones o revocaciones dentro de tres días desde la fecha en que hubiere sido devuelto el traslado por la parte contraria, quedando a las partes en uno u otro caso expedito sus recursos, en los mismos términos que se indica el Art. 436.”

Huelga subrayar que en el referido código de procedimientos imperaba el sistema escrito.

Recurso de revocatoria

La característica principal del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil es que incorpora una serie de preceptos modernos y propios de los procesos por audiencias, como son el predominio de la palabra hablada y la presencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, función activa del juez, reducción de incidentes e impugnaciones y libre valoración de la prueba. En tal orden de ideas, es obvio que el recurso que nos ocupa difiere del que aparecía en la normativa de 1881, es decir, un proceso escrito, lento, formal y burócrata.

Procedencia

Los decretos de sustanciación y los autos no definitivos admitirán recurso de revocatoria, el cual será resuelto por el mismo juzgador que dictó la resolución recurrida. El recurso se deberá interponer por escrito en

el plazo de tres días, y en él se hará constar la infracción legal que se estime cometida, con una sucinta explicación. De no cumplirse con tales requisitos, el juez deberá rechazar el recurso por improponible sin ningún otro trámite.

Es de subrayar que las resoluciones judiciales pueden ser decretos, autos y sentencias. Los decretos tienen por objeto el impulso y ordenación material del proceso.

Los autos son simples o definitivos. Simples, si se dictaren, entre otros propósitos para resolver incidentes, acordar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades; definitivos, si le ponen fin al proceso, haciendo imposible su continuación en la instancia o por vía de recurso, o si así lo determina la ley. Y, las sentencias deciden el fondo del proceso en cualquier instancia o recurso (Art. 212).

Tramitación y decisión

Del recurso se oír a la parte contraria dentro de tres días siguientes a la notificación, a fin de que formule su oposición. El juez dictará auto para resolver sobre la revocatoria en el plazo de tres días contados desde el siguiente al de conclusión del señalado en el apartado anterior, al margen de que las partes hubieran hecho uso de sus derechos.

La resolución que resuelva sobre la revocatoria no admitirá ningún otro recurso, sin perjuicio de que se pueda reproducir la petición en el recurso contra la resolución que ponga fin al proceso de manera definitiva.

Revocatoria oral

Contra las decisiones que adopte el juez o el tribunal en el curso de las audiencias orales procederá recurso de revocatoria, el cual deberá formularse verbalmente en el mismo acto. El juez o tribunal debe resolver en forma inmediata lo que proceda, sin más recurso, y la audiencia continuará su curso.

Algunos casos de revocatoria

Se encuentran dispersos en el código, y, entre ellos, acentuamos: Arts. 49, 51, 114, 139, 278, 407, 513, 530 y 585.

RECTIFICACIÓN Y ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA O AUTO QUE PONE FIN AL PROCESO

En el Código de Procedimientos Civiles de 1881 se disponía: “Pronunciada la sentencia definitiva, no se revocará ni enmendará por ningún motivo; pero se podrá a pedimento de cualquiera de las partes presentados dentro de veinticuatro horas de notificada la sentencia, explicar dentro de tres días contados desde la fecha en que hubiere sido devuelto el traslado de la parte contraria algún concepto oscuro, o hacer las condenaciones o reformas convenientes en cuanto a daños y perjuicios, costas, intereses y frutos, quedando expeditos los recursos de ley contra la sentencia indicada, desde que se les notifique la segunda resolución”.

En el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, no aparece como recurso el de explicación y reforma, a que se alude en el Código Procedimientos de 1881, por cuanto, en términos generales, la voz *recurso* es la acción que concede la ley al interesado en un proceso para reclamar contra las resoluciones, ora ante la autoridad que las dictó, ora ante alguna otra, con la finalidad de que sea revocada o anulada. Y en el recurso de explicación, lo que se pretende obtener del sentenciador es que explique el pronunciamiento oscuro o deficiente; y en el recurso de reforma, se limita a pedir al juzgador que reforme un aspecto puramente accesorio. En consecuencia, pues, siendo que la explicación y la reforma no son auténticos recursos, en el código que se analiza se optó por incluir a la rectificación y aclaración de la sentencia o auto que pone fin al proceso, como una simple y llana resolución judicial.

En lo que se refiere a la aclaración de algún concepto oscuro y la rectificación de cualquier error material de que adolezcan la sentencia o auto que pone fin al proceso (Art. 225), se desarrollan tres clases de aclaración y corrección:

a. Rectificación de errores materiales manifiestos y aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales, V.gr.: rectificarse en cualquier momento errores tipográficos (faltas ortográficas), errores matemáticos (cantidades), errores materiales (nombres mal escritos) entre otros;

b. Aclaración de algún concepto oscuro, V.gr.: aquellos supuestos en que se pretenda cubrir las deficiencias de la resolución en el cumplimiento

de los requisitos internos de la sentencia: claridad, precisión y debida separación de pronunciamiento. La utilización de términos equívocos podría dar lugar a confusiones en la comprensión de la resolución, que llevarán a pedir una aclaración por conceptos oscuros; y,

c. La subsanación de omisiones o defectos, V.gr.: la subsanación de una resolución judicial por omisión de pronunciamientos, cuando se dicta una sentencia condenatoria a entregar una cantidad de dinero líquida, sin que se fije la cantidad objeto de la condena.

IV. RECURSO DE APELACIÓN. Arts. 508-518

Concepto y caracteres esenciales

Para Vicente Gimeno Sendra, el recurso de apelación “Es un medio de impugnación ordinario, devolutivo, y por lo general suspensivo, por el que la parte que se crea perjudicada por una sentencia o auto, por lo general, definitivo, lleva a conocimiento de otro órgano judicial, jerárquicamente superior, la cuestión o cuestiones de orden material o procesal, surgidas en el proceso anterior y resueltas en la resolución recurrida, con el objeto de que dicho órgano ‘*ad quem*’, examine la adecuación de la resolución impugnada al Derecho, confirmando o revocándola, en todo o en parte, por otra que le sea más favorable y delimitada por el contenido del propio recurso y del objeto de la primera instancia”.

Juan Montero Aroca en la obra *El Nuevo Proceso Civil*, escrita con la colaboración de Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar, al examinar el recurso de apelación enfatizan: “Refiriéndonos a la clasificación de los recursos, distinguimos, primero entre no devolutivos y devolutivos, y luego, entre ordinarios y extraordinarios, y adelantaremos que el recurso de apelación es devolutivo y el ordinario tipo. Es devolutivo porque la competencia ‘funcional’ para conocer del mismo se atribuye siempre a un tribunal distinto y superior al que dictó la resolución recurrida, y es ordinario porque todo lo conocido y decidido por el tribunal de primera instancia puede llevarse, por medio del recurso al conocimiento y decisión del tribunal de la apelación, sin que existan motivos taxativamente determinados en la ley”.

Agregan: “En el lenguaje habitual suele hablarse de apelación y de segunda instancia, como si fueran términos o expresiones sinónimas, y con ello se incurre en una clara imprecisión técnica, por lo que conviene empezar por aclarar esas expresiones, lo que supone, además, determinar la verdadera naturaleza de la apelación”.

“En sentido jurídico estricto –subrayan dichos expositores-, cuando se habla de doble grado o de doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero. El doble grado o instancia permite dos pronunciamientos sobre el objeto del proceso y sobre el objeto del debate.

Finalizan expresando los ilustres tratadistas: correctamente entendido el doble grado o instancia, hay que decir que el recurso de apelación, tal y como ha sido tradicionalmente regulado en el proceso civil español, no daba ni da lugar a una verdadera segunda instancia. En nuestra tradición jurídica no ha existido nunca una doble instancia en sentido estricto, y tampoco existe en la actualidad, y ello a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia se refiere con reiteración a segunda instancia. Lo que hemos tenido y tenemos es una apelación limitada.”

La apelación como revisión de la resolución impugnada

En los sistemas de “*apelación restringida*”, vigentes en países como Austria y España, se parte de la consideración del órgano de apelación como fiscalizador, con la misión de examinar sólo las cuestiones ya planteadas en primera instancia, razón por la cual la práctica de la prueba en la segunda instancia es excepcional, limitándose al ‘*uis novorum*’. Nuestro nuevo Código Procesal Civil y Mercantil consagra este sistema de apelación y, en el Art. 515 inc. 2º, subraya: “La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de adhesión”.

La apelación, portanto, está orientada a depurar los resultados del proceso, y en la inmensa mayoría de las decisiones resulta concebida como una simple revisión del proceso primitivo. Consiguientemente el juzgador

de alzada se encuentra frente a la cuestión debatida con la plenitud de conocimientos y en la misma posición que tuvo el juez originario, tanto en la cuestión de hecho, como en la de derecho; pero, eso sí, limitando su ámbito conforme al principio de la “*revisio prioris instantia*”.

Límites de la apelación

La cognición del órgano judicial de apelación tiene el límite de que el órgano *ad quem* no puede entrar a conocer, si no sólo de aquellas cuestiones que hayan sido expresamente objeto del recurso, según resulte del escrito de interposición y, en su caso, de impugnación, lo que se refleja en el aforismo *tantum devolutum, quantum appellatum* que integra una manifestación del principio dispositivo recogido en el Art. 6 del nuevo código.

Como consecuencia, también de la vigencia del principio dispositivo, subsiste la prohibición de la “*reformatio in peius*”, es decir, de agravar los términos de la sentencia de primera instancia en perjuicio del apelante, salvo que haya mediado impugnación del apelado, adhesión, ya que, de mediar ésta ocasiona el surgimiento de un nuevo recurso o de un nuevo apelante (Art. 502).

Cabe señalar la aplicación al recurso que nos ocupa del aforismo “*pendente appellatione nihil innovetur*”, el cual indica que este recurso ordinario no inicia un nuevo proceso, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia, lo que, a su vez, es manifestación de la prohibición de “*mutatio libelli*”, o sea de la prohibición de modificación esencial de las pretensiones que se ejercitaron en primera instancia y de introducción de nuevas pretensiones.

Resoluciones recurribles

El Art. 508 ordena que serán recurribles en apelación las sentencias y los autos que, en primera instancia, pongan fin al proceso, así como las resoluciones que la ley señale expresamente.

Ello significa que no hay sentencia, ni auto definitivo excluido del recurso, sea cual fuere el procedimiento en que hubieren recaído, siempre y cuando lo sean en la primera instancia.

Plazo

Los plazos para recurrir se contarán a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución que se impugne, o del siguiente a la notificación respectiva de su aclaración (Art. 502). El transcurso de dicho plazo, sin la interposición del recurso de apelación, provocará la firmeza de la resolución.

Competencia funcional y territorial

Tendrá competencia para conocer del recurso de apelación el tribunal de la jurisdicción a la que pertenezca el juzgado en el que se hubiera dictado la resolución de la que se recurre (Art. 508 inc. 2º). En nuestra “Ley Orgánica Judicial” se establece en forma puntual la competencia de los tribunales superiores para sustanciar y decidir los recursos. La competencia territorial, pues, se delimita por derivación, esto es, en atención a la de los juzgados de Paz o de Primera Instancia, como a las cámaras de Segunda Instancia.

Objeto procesal

Su objeto queda constreñido a las alegaciones de hecho y de derecho, de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, lo que viene a suponer una clara expresión de que en la apelación rige también la prohibición de la “*mutatio libelli*”, la cual señala que dicho recurso, aún cuando permita al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el objeto litigioso, no constituye un nuevo proceso, ni autoriza a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia, por cuanto ello se opone el principio general de Derecho *pendente appellatione nihil innovetur*.

Sabido es que el objeto del proceso viene determinado por la petición y los hechos constitutivos de los títulos jurídicos que la fundamentan, debiéndose distinguir entre los fundamentos de Derecho y los fundamentos legales.

Finalidad

La finalidad del recurso es la revocación del auto o sentencia a que se contraiga, con emisión de otro favorable al recurrente, lo que se encuentra implícito en el propio concepto y en el requisito del perjuicio habilitante del recurso, como también lo está que esa resolución que, a través del recurso se postula, se haya de producir a través de un nuevo examen de

las actuaciones ya realizadas por el tribunal de primera instancia, nuevo examen que no constituye un nuevo proceso, sino una “*revisio prioris instantiae*”. Rige el principio de preclusión, tanto en cuanto a la aportación de hechos como en la de fundamentos jurídicos, con la excepción que se presenta en todo lo relativo a los hechos nuevos (*nova producta*) y a los hechos pasados, pero desconocidos para la parte que los invoque (*nova reperta*).

En nuestro nuevo código, las finalidades del recurso de apelación se encuentran reguladas en el Art. 510, y su función específica es revisar, o sea “ver con atención y cuidado”; “someter la sentencia a nuevo examen para confirmarla, modificarla, revocarla o anularla”:

1. La aplicación de las normas que rigen los actos y garantías del proceso. Se refiere, en nuestro sentir, a los actos que creen, modifiquen o extingan relaciones de derechos conforme a éste, V.gr.: si el acto del emplazamiento al demandado fue practicado en forma defectuosa; si no fue citada en legal forma la parte interesada, a fin de ocurrir a una diligencia judicial; no oír al presunto afectado para una acumulación de pretensiones; omitir notificar correctamente la sentencia definitiva a la parte perdidosa.

2. Los hechos probados que se fijan en la resolución, así como la valoración de la prueba. Es indudable que todo tiene que ver con la sentencia que se ha dictado y que por razones diversas, los hechos a que alude no se dan una razón jurídica suficiente; cuando no se ha hecho un examen pormenorizado desde el punto de vista jurídico ajustado a una correcta apreciación de las probanzas, V.gr.: no haberse probado en autos que el poseedor demandado estaba poseyendo el inmueble objeto de la acción reivindicatoria, ya que los testigos expresaron que era una persona distinta a la demandada (caso de homonimia); en cuando a la valoración de la prueba que el juez lo haga en base a un criterio aritmético (prueba tasada) y no conforme a la sana critica.

3. El derecho aplicado para resolver las cuestiones objeto de debate. Tal sería subrayar una norma no aplicable para la solución del asunto principal discutido, V.gr.: habiendo probado el reivindicante todos los elementos de la acción reivindicatoria, el juez invoca que no procede, habida cuenta de que el reivindicado había adquirido el inmueble por

prescripción; que el juez en un proceso de naturaleza mercantil, aplique los plazos previstos para la prescripción civil o viceversa.

4. La prueba que no hubiera sido admitida. V.gr.: proponer la reproducción del sonido de una cinta en que consten “x, y, z” hechos que a juicio del recurrente le favorecen para el éxito de su pretensión y el juez inexplicablemente rechazó esa probanza por considerarla irrelevante.

Tramitación del recurso

La fase inicial del recurso transcurre ante el tribunal *a quo*, que ha dictado la resolución y cuya impugnación se pretende. Ante este órgano jurisdiccional, la parte que ha experimentado gravamen por la resolución recurrida ha de presentar, dentro del plazo de cinco días, contados a partir de la notificación de la resolución o de su aclaración, el escrito del recurso de apelación.

Al respecto, el Art. 511 inc.1° subraya: “El recurso de apelación deberá presentarse ante el Juez que dictó la resolución impugnada y a más tardar dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente, al de la comunicación de aquella”.

Contenido del escrito

El escrito ha de determinar la resolución a la que se contrae el recurso, con manifestación de la voluntad de recurrir y expresión de los pronunciamientos que se impugnan. De estos tres precedentes requisitos, cobra especial consideración el último, por cuanto la expresión de los pronunciamientos que se impugnan delimita ya el ámbito del recurso, conforme al reiterado principio *tantum devolutum quantum appellatum* y se ha de considerar como preclusivo a tal efecto, puesto que en momento posterior, ya no se podrá ampliar el ámbito o los pronunciamientos objeto de impugnación, debiendo precisarse que, dado que lo que se recurre es el fallo o parte dispositiva de la resolución, a los pronunciamientos en éste contenidos se habrá de contraer la impugnación.

Al efecto, el Art. 511 inc.2°, 3° y 4° expresa: “En el escrito de interposición del recurso se expresarán con claridad y precisión las razones en que se funda el recurso, haciendo distinción entre las que se refieran a la revisión e interpretación del derecho aplicado y las que afecten a la revisión de la

fijación de los hechos y la valoración de las pruebas. Los pronunciamientos impugnados deberán determinarse con claridad.

“Si se alegare la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, se deberán citar en el escrito las que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida.

“Al escrito de interposición podrán acompañarse los documentos relativos al fondo del asunto que contuviesen elementos de juicio necesarios para la decisión del pleito, pero sólo en los casos en que sean posteriores a la audiencia probatoria o a la audiencia del proceso abreviado; y también podrán acompañarse los documentos anteriores a dicho momento cuando la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad a él.”

Examen del juez

El juez ante quien se interpone el recurso ha de limitarse a notificar a la parte contraria la interposición de éste y remitir dicho escrito al tribunal superior en grado dentro de los tres días siguientes junto con el expediente (Art. 512 inc.º1).

Ahora bien, si se hubiere solicitado la ejecución provisional de la sentencia, quedará en el juzgado certificación de lo necesario para dicha ejecución.

Una forma de darle cumplimiento a una sentencia, sin que esté aún firme, es a través de la novedosa posibilidad de la ejecución provisional, la cual conlleva necesariamente a un riesgo en la medida que se trata del cumplimiento de sentencias que no están todavía ejecutoriadas, que por disposición expresa del legislador se ejecutan condicionadas a su mantenimiento o confirmación en las instancias jerárquicamente superiores, es decir, luego de la sustanciación de los recursos interpuestos contra dichas sentencias.

En el nuevo código, este tipo de ejecución procede a petición de la parte favorecida por una sentencia que contenga uno o más pronunciamientos de condena, y ello sin necesidad de que el solicitante preste caución de ninguna clase.

Cuando la solicitud de ejecución provisional se formule después de haberse remitido los autos al tribunal jerárquicamente superior, el solicitante deberá obtener de éste, previamente, certificación de lo que fuere necesario para proceder, en su caso, a la ejecución; y, durante la sustanciación del recurso, la competencia del juez que hubiere dictado la resolución recurrida, se limitará a las actuaciones relativas a la ejecución provisional de la resolución apelada.

En forma expresa el Art. 592, al referirse a los títulos provisionalmente ejecutables, dispone que podrán ser ejecutadas provisionalmente, en tanto se sustancian los recursos interpuestos contra ellas, todas las sentencias de condena dictadas por tribunales de la República en los procesos civiles y mercantiles, salvo las que impongan realizar una declaración de voluntad.

También podrán ser ejecutados provisionalmente los pronunciamientos de condena contenidos en sentencias constitutivas o meramente declarativas. Las sentencias extranjeras que no hubieren alcanzado firmeza, se podrán ejecutar provisionalmente cuando así lo disponga el tratado internacional aplicable al caso.

Garantías y responsabilidades

La regla general es que el solicitante de ejecución provisional no estará obligado a prestar garantía o caución para asegurar los posibles perjuicios que se le podrían causar al ejecutado, en caso de revocación de la sentencia. No obstante ello, a la vista de la capacidad económica del solicitante de ejecución, el juez decidirá, atendidas las circunstancias del caso, si debe prestar garantía previa al inicio de la ejecución provisional en qué forma, y en qué cuantía. La cuantía que se fije será proporcional a la capacidad económica del solicitante; y si la sentencia resultara total o parcialmente revocada, deberá responder el ejecutante de los daños y perjuicios producidos al ejecutado, que podrán ser exigidos de inmediato en el mismo proceso.

Despacho de la ejecución provisional. Recursos

Si se tratare de un título ejecutable provisionalmente, V.gr.: laudo arbitral; acuerdos y transacciones judiciales aprobados y homologados por el juez; multas procesales; planillas de costas judiciales visadas por el juez, etc., éste dictará auto de despacho de la ejecución provisional, si hubiere sido

solicitada en tiempo y se prestare la garantía fijada, en su caso. Contra el decreto que ordene la ejecución provisional no procederá recurso alguno, y contra el que la deniegue, podrá recurrirse en apelación.

Todo lo que puntualizamos respecto a la ejecución provisional, el nuevo código lo regula del Art. 592 al 603. Empero se impone aclarar que, en el Código de Procedimientos Civiles de 1881, ya se trataba en el supuesto especial del proceso ejecutivo. Su regulación aparecía en el Art. 600, donde se señalaba que la sentencia era apelable en ambos efectos; pero si fuera favorable al ejecutante, podía cumplimentarse dando éste fianza bastante de responder de las resultas del recurso, en caso de revocarse la sentencia por el tribunal superior; y, si fuera favorable al ejecutado, debería levantarse el embargo de bienes, si otorgare fianza a satisfacción del juez. En consecuencia, significa lo dicho que la ejecución provisional a que se refiere el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, si bien puede considerarse como algo innovador, no lo es en una forma absoluta, ya que, como queda evidenciado, también aparecía en el Código de Procedimientos Civiles de 1881.

Admisión o rechazo del recurso de apelación

Recibido el recurso por el tribunal superior, examinará su admisibilidad. Si fuere inadmisibile lo rechazará (V.gr.: por improponible), expresando los fundamentos de su decisión y condenando al que hubiere abusado de su derecho al pago de una multa de entre dos y cinco salarios mínimos urbanos vigentes más alto. V.gr.: “Abusaría de su derecho” el perdidoso que se circunscriba a expresar “que recurre”, sin pronunciamiento jurídico al respecto.

Contra el auto que rechace darle trámite a la apelación sólo procederá recurso de revocatoria.

Admitido el recurso, dentro de los tres días siguientes, se convocará a las partes a una audiencia, en la sede del tribunal, que habrá de realizarse a más tardar dentro del mes contado a partir del siguiente al de la convocatoria.

Audiencia y prueba en segunda instancia

En los procesos civiles y mercantiles, las actuaciones tanto en primera como en segunda instancia se deben realizar de forma predominante-

mente oral, sin perjuicio de la documentación, de los actos procesales que deban hacerse constar por escrito y de las aportaciones documentales que en el Código Procesal Civil y Mercantil se establecen. Es de subrayar que cuando se alude al vocablo audiencia se debe entender que la misma es de carácter público: celebración de actos jurídicos con la asistencia permitida no sólo de las partes, sino de aquellas personas ajenas al órgano jurisdiccional actuante, V.gr.: practicar pruebas, celebrar las vistas de los pleitos, etc. Esa es la regla general, salvo los casos previstos legalmente.

En la audiencia, el tribunal que conoce del recurso de apelación deberá oír en primer lugar a la parte apelada, a fin de que se oponga o se adhiera a la apelación. En seguida oír al apelante, con relación a la oposición, si es que existió, no pudiendo ampliar los motivos del recurso.

Tanto el recurrente como el recurrido podrán proponer la práctica de prueba, pero con las siguientes limitaciones (Art. 514 inc. 2°):

a) Sólo serán proponibles los documentos relativos al fondo del asunto que contuviesen elementos de juicio necesarios de la causa, pero sólo en los casos en que sean posteriores a la audiencia probatoria o a la audiencia del proceso abreviado, V.gr.: en un proceso reivindicatorio, el demandado presentó certificación de la sentencia del juez de primera instancia respecto un anterior juicio en que se ventiló un proceso de prescripción adquisitiva, en el sentido que había sido absuelto en ese proceso de la demanda incoada en su contra. Luego, al recurrir ante la Cámara respectiva, presenta en ésta, certificación de la sentencia ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada del tribunal superior en grado, en ese primer juicio, de la que consta que se le declaró propietario del inmueble objeto de la acción reivindicatoria, por “Prescripción adquisitiva”, en virtud de haber transcurrido el tiempo que la ley establece (30 años);

b) Los documentos anteriores a dicho momento se admitirán cuando la parte interesada justifique que ha tenido conocimiento de ellos, con posterioridad a aquél, V.gr.: en un proceso ejecutivo cuyo documento base de la pretensión es un mutuo simple, el ejecutado presentó después de verificada la audiencia probatoria y con oportunidad de haber recurrido de la sentencia condenatoria del juez, el testimonio de la escritura pública de cancelación por haberla encontrado precisamente hasta un día antes,

en un archivo especial de su propiedad; o porque ignoraba que un hijo suyo, por una gratuidad ya había pagado la deuda.

c) También podrá proponerse prueba documental en el caso de que la parte no aportara los documentos en primera instancia por alguna causa justa; V.gr.: en un proceso mercantil ejecutivo, el demandado presenta en la Cámara que conoce del recurso de apelación, el testimonio de la escritura pública de cancelación de la obligación de mérito, habida cuenta de que dicho instrumento se encontraba extraviado en el departamento jurídico del “Banco Scotiabank, El Salvador S.A.”

Además de la documental dicha, podrá proponerse.

1. Cuando la prueba hubiera sido denegada indebidamente en primera instancia; V.gr.: el juez de la causa sin razón legal denegó al reivindicante practicar “Reconocimiento Judicial” en el lugar objeto del litigio, circunstancia que era necesaria para el esclarecimiento de los hechos que motivan la pretensión.

2. Cuando por cualquier causa no imputable al que solicite la prueba, no se hubiere podido practicar, en todo o en parte, aquella prueba que hubiere sido propuesta en primera instancia; V.gr.: cuando habiendo señalado el juez la práctica de un “Reconocimiento Judicial” con el auxilio de dos peritos, tal diligencia no se pudo materializar en virtud de que uno de ellos, en la madrugada de esa fecha, sufrió un infarto del miocardio.

3. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de iniciado el plazo para dictar sentencia en primera instancia, V.gr.: la parte agraviada se percata el décimo día posterior a la audiencia probatoria para dictar sentencia, que el informe del Auditor Externo de la sociedad a la que demanda, fue rendido con fecha posterior a dicha audiencia, estableciéndose en el mismo la maliciosa substracción de fondos de la cuenta de caja por parte del Administrador.

Propuesta la prueba, la Cámara resolverá, admitiendo únicamente los medios que resulten procedentes y la resolución por la que se rechacen los medios probatorios ofrecidos es inimpugnable.

Realizada la prueba como último punto de la audiencia, las partes podrán formular sus alegaciones finales, con lo que el recurso quedará en estado de dictar sentencia.

Sentencia de Apelación

Concluida la audiencia, el tribunal de segunda instancia dictará sentencia de inmediato, si es que no existiese ningún inconveniente, como decir que surgiese cualquier imprevisto de fuerza mayor, o el proceso fuere voluminoso, difícil o intrincado de resolver. En tal situación, el Art. 515 del Código Procesal Civil y Mercantil dispone que el tribunal dará por concluida la audiencia, con los alegatos finales si fuese dable, y dictará sentencia por escrito dentro del plazo de veinte días, contados desde el siguiente a aquél en que se hubiera celebrado la audiencia.

El incumplimiento del referido plazo – veinte días – hará incurrir al tribunal *ipso jure* en una multa que consistirá en un salario mínimo urbano más alto, vigente por cada día de retraso.

De considerarlo necesario, cualquiera de las partes – apelante o apelado – podrán dirigirse al tribunal superior en grado – Sala de lo Civil –, a fin de que, previa audiencia por cuarenta y ocho horas a los magistrados del tribunal de alzada, y con lo que contesten o sin su respuesta, la Sala confirme o revoque la multa. Tal pena se hará efectiva, llegado el caso, por el sistema de retención (Art. 701). El fundamento de la referida multa se encuentra en nuestra Carta Magna. “Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: vigilar que se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime necesarias” (Art. 182 No. 5).

La sentencia deberá contener los requisitos de forma y de fondo tradicionales: encabezamiento, antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo.

Los fundamentos de derecho deberán contener los razonamientos que han llevado a considerar los hechos probados o no probados, describiendo las operaciones de fijación de los hechos y valoración de las pruebas. Las bases legales que sustentan el pronunciamiento del fallo, con expresión de las normas jurídicas aplicables, y en su caso, de su interpretación.

Tales fundamentos habrán de contener una respuesta expresa y razonada a las *causas de pedir*, así como a las cuestiones prejudiciales y jurídicas necesarias para la adecuada resolución del objeto procesal. El fallo estimará o desestimará las pretensiones debatidas en el proceso y, de ser varias pretensiones, cada una de ellas deberá tener un pronunciamiento separado.

Si la pretensión es pecuniaria, deberá determinarse en el fallo, con exactitud, la misma. En suma, deberá la sentencia contraerse a los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, a la oposición o impugnación invocados. Se cuidarán los magistrados de apegarse a los principios *tantum devolutum*, *quatum appellatum* y a la prohibición de la *reformatio in peius*, garantía procesal del régimen de los recursos que encuentra encaje en el principio dispositivo y entre la interdicción de la indefensión, conforme al cual no puede el tribunal *ad quem* dictar una resolución peyorativa o perjudicial al apelante, en caso de ser este único o de no haberse formulado impugnación o adhesión a la alzada.

Decisión sobre la infracción procesal

Si al revisar el tribunal de apelación las normas o garantías del proceso aplicables a la sentencia impugnada, reparase alguna infracción procesal, deberá anular la sentencia apelada y devolver los autos al juzgado remitente, a efecto de que las actuaciones se repongan a partir del momento procesal oportuno.

Los actos procesales son nulos sólo cuando así lo establece expresamente la ley. No obstante, tales actos deberán declararse nulos de oficio en los siguientes casos:

a) Si dichos actos se producen ante o por un tribunal que carece de competencia que no puede prorrogarse, V.gr.: se formula demanda contra el Embajador de los Estados Unidos de América en nuestro país por un mutuo de \$100,000.- , en el juzgado Primero de lo Civil de San Salvador, cuando debió ser demandado ante una cámara de Segunda Instancia en materia civil, ya que dicho diplomático no goza de inmunidad de jurisdicción para esta clase de reclamos conforme a las normas del Derecho Internacional, específicamente a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

b) Si se realizan bajo violencia o intimidación o mediante la comisión de un acto delictivo, V.gr.: cuando el juez de la causa hubiere dictado sentencia mediante la amenaza de un pandillero que, sino fallare en “x”, sentido le sería asesinado su hijo menor (4 años).

c) Si se han infringido los derechos constitucionales de audiencia o de defensa (Art. 232), V.gr.: si el demandado en un Proceso común de “Competencia desleal” no fue emplazado en forma legal y correcta. Art. 183 del nuevo código y Art. 11 Cn.

Empero, la declaratoria de nulidad no procederá (aún en los casos previstos en la ley), si el acto, aunque viciado ha logrado el fin al que estaba destinado, salvo que ello hubiere generado la indefensión a cualquiera de las partes, esto es, en virtud del *Principio de trascendencia* que contempla la doctrina y en forma puntual en el nuevo código en el Art. 233.

El tribunal de apelación deberá observar si se ha hecho valer en el escrito de interposición la nulidad de la sentencia o de actos de desarrollo del proceso, o si se ha incurrido en alguna nulidad insubsanable. Si se hubiere denunciado nulidad, el tribunal deberá pronunciarse inicialmente sobre la misma y, sólo en caso de desestimarse, entrará a resolver sobre otros agravios alegados por el recurrente.

El Art. 516 del nuevo código, evidencia un claro intento de evitar declaraciones de nulidad por el tribunal *ad quem* de lo realizado en primera instancia. Por ende, la citada disposición debe interpretarse en el sentido de que no se declarará la nulidad de actuaciones, si el vicio o defecto procesal pudiere ser subsanado en segunda instancia. Consecuentemente, el código pretende que la declaración de nulidad se produzca, sólo cuando sea imprescindible para evitar la indefensión y por ello permite al tribunal del recurso que resuelva sobre el fondo del asunto, después de haberse subsanado los posibles defectos.

En definitiva, si la cámara observase alguna infracción procesal, V.gr.: la no admisión o la no práctica de un medio de prueba, sin que exista ningún perjuicio a la parte recurrente, y existan elementos de juicio suficientes para decidir, anulará la sentencia, pero *incontinenti* resolverá sobre la cuestión que sea objeto del proceso.

En este supuesto no se produce el reenvío de las actuaciones, lo que es de evidente lógica, en función de que ninguna utilidad presentaría la declaración de nulidad y consiguiente reenvío. Esta solución es coherente con la naturaleza del recurso ordinario de apelación, en que el tribunal “*ad quem*” adquiere plena competencia, con idéntico poder y amplitud de conocimiento al tribunal de primera instancia, para sustanciar y resolver sobre las pretensiones de las partes, sin más límites que la prohibición de la *reformatio in peius*, y el derivado del principio *tantum devolutum, quantum appellatum*.

Nada de innovador existe sobre el particular, por cuanto en el Código de Procedimientos Civiles de 1881 existía una norma similar a la examinada: el Art.1093 “Si la sentencia hubiere sido pronunciada contra ley expresa y terminante, se anulará, pronunciándose la conveniente y se condenará al juez o tribunal que la dictó en las costas, daños y perjuicios del recurso”

Decisión sobre los hechos probados y sobre los derechos

Es incuestionable que si al revisar los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada o las razones de derecho aplicadas en la misma, el tribunal de apelaciones observara alguna infracción, revocará la sentencia y resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueren objeto del proceso.

Deserción del recurso

Desierta. Dícese de la apelación que no se continúa en debida forma por el que la interpuso. Antiguamente se obligaba en los códigos al apelante a mejorar el recurso de alzada interpuesto ante el inferior, mediante un escrito especial. En algunos otros códigos se ha suprimido dicha formalidad, pero obligan al apelante a presentar dentro de tercero día el escrito de “Expresión de agravios”, y, en caso de no hacerlo se tiene por desierto el recurso.

En el Código de Procedimientos Civiles de 1881, las cámaras de Segunda Instancia declaraban desierta la apelación en los siguientes casos:

1. Si remitido el proceso por el juzgado a la cámara no comparecía ante ella el apelante, vencido el término del emplazamiento de tres días, hecho por el juez, aquélla declaraba desierta la apelación a solicitud del apelado;

2. Si no se introducía el proceso a la Cámara, vencido el referido término de emplazamiento, ésta, con informe del juez inferior de haberlo remitido, lo mandaba exigir con apremio a la parte que lo tenía, y si era el apelante, declaraba la deserción a solicitud del apelado;
3. Cuando introducido el proceso en la Cámara y presentadas las partes, el apelante no sacaba los autos en los seis días subsiguientes a la notificación del decreto en el que se mandaba entregar el proceso, el apelado podía solicitar se declarase desierta la alzada; y,
4. En los dos últimos casos, la Cámara declaraba la deserción sin otro trámite que la certificación del secretario que aseguraba no haber sacado el proceso el apelante, o haber sido devuelto sin la Expresión de Agravios. El apelante podía ofrecer justificar, hasta el momento de declararse la deserción, impedimento legítimo para no haber sacado el proceso o expresado agravios.

En el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, si el apelante no comparece a la audiencia, se deberá declarar desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida, con la imposición de las costas causadas.

Mas, si el recurrente hubiese tenido impedimento legítimo para no comparecer a la audiencia de rigor, la solución se encuentra en el principio general de suspensión de los plazos contenido en el Art. 146: “Al impedido por justa causa no le corre plazo desde el momento en que se configura el impedimento y hasta su cese. Se considera justa causa la que provenga de fuerza mayor o de caso fortuito, que coloque a la parte en la imposibilidad de realizar el acto por sí”.

LECCIÓN DÉCIMA TERCERA¹⁴²

RECURSO DE CASACIÓN Y REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

I. Conceptos y caracteres

Enrique E. Rivarola en su interesante monografía sobre “La Casación Civil” expresa que sin la pretensión de llegar a definirla en toda su complejidad, sino tan sólo con el propósito de señalar sus rasgos esenciales, podría caracterizarla diciendo que «Es función atribuida a un órgano judicial supremo, con objeto de anular sentencias que contienen errores de Derecho, y que no son susceptibles de impugnación por medios ordinarios.»

En su moderna estructura, la casación supone un tribunal que está en el vértice del poder judicial y un recurso extraordinario.

Calamandrei la define manifestando que «Es un instituto judicial consistente en un órgano único en el Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial, utilizables sólo contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución de mérito.»

Según Morel, la Corte es «Una jurisdicción superior, cuya misión consiste en anular decisiones de tribunales del orden judicial que le son denunciadas,

¹⁴² Mauricio Ernesto Velasco Zelaya

cuando aquéllas, pronunciadas en última instancia, contienen una violación de la ley o una violación de las formas preescritas bajo de nulidad» siendo el medio de impugnación «Un recurso extraordinario que tiene por objeto hacer anular por la Corte de Casación las sentencias dictadas en violación de la ley.»

En Argentina, Sartorio ha procurado englobar en una definición comprensiva de los diversos sistemas las notas procesales y teleológicas de la institución. Subraya que la Casación «Es función jurisdiccional confiada al más alto tribunal judicial, para anular (sistema francés), o anular y revisar (sistema alemán), mediante recurso, la sentencias definitivas de los tribunales de mérito que contengan una errónea interpretación de la ley. Es un control jurídico sobre los jueces (nomofilaquia), a fin de mantener la unidad del derecho y de la jurisprudencia nacional. Asegura al propio tiempo la igualdad de la ley para todos.»

Jaime Guasp enfatiza: «Casación es el proceso de impugnación de una resolución judicial ante el grado superior, en general de la jerarquía judicial, por razones immanentes al proceso en que dicha resolución fue dictada.»

Vicente Gimeno Sendra expresa: «El recurso de casación civil cabe conceptualarlo como un medio de impugnación extraordinario que puede interponer, contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Audiencia Provincial, quien haya sido perjudicado por ella, por el que se solicita de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y, en su caso, de las Salas de lo Civil y Penal de los tribunales superiores de justicia, que anule el fallo y resuelva la controversia conforme a derecho, todo ello con fundamento, bien en la vulneración de ciertos derechos fundamentales, bien en la comisión de un error en la aplicación del derecho causante de contradicción jurisprudencial, o en la mera existencia de un error en la aplicación del derecho, siempre que se trate, en este último caso de procesos cuya cuantía exceda de 150,000.- euros.»

Las definiciones precedentes exponen las ideas más generalizadas, aunque alguna de ellas discutidas, y compendian los caracteres que presenta la Casación en el Derecho Contemporáneo.

De lo dicho, pues, se infieren las siguientes notas características:

a) El recurso de casación sigue siendo un medio de impugnación. No es un medio de gravamen o, si se prefiere, no es una tercera instancia del proceso en la que se pueda obtener un nuevo enjuiciamiento, fáctico o jurídico del objeto procesal que venga a sustituir al proceso dado en apelación, sino un recurso dirigido, exclusiva y directamente, a anular la sentencia de segunda instancia.

Esta naturaleza jurídica de la casación, que la separa fundamentalmente de la apelación, viene siendo declarada por una reiterada doctrina en el sentido de que no es una nueva instancia del pleito, en la que el tribunal casacional pueda volver a valorar según su criterio todo el material probatorio. Dicho de otro modo: no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a examinar si, a la vista de unos determinados hechos, es correcta la apreciación jurídica y solución contenida en la sentencia recurrida;

b) Los vicios que el recurrente puede alegar en casación son tasados. Ello significa que la fundamentación del recurso no es libre, sino vinculada a los motivos previstos legalmente.

Debe tenerse en cuenta que el vicio alegado por el recurrente en el propio escrito de preparación del recurso, constituye la «*causa petendi*» de la pretensión casacional y a él, en virtud del principio de congruencia, debe limitar su respuesta el órgano de casación;

c) Es un recurso extraordinario que tiene tasados, tanto los motivos de impugnación como las resoluciones recurribles. La sentencia de segunda instancia en la medida en que al ser dictada sustituye a la de primera, es la única existente y como tal, la única que podrá ser recurrida en casación. El recurso se interpone contra el fallo de la sentencia impugnada y no contra todos y cada uno de sus argumentos o razonamientos;

d) Se trata de un medio de impugnación limitado a las solas cuestiones de derecho, pues los hechos, en cuanto tales son incensurables en casación;

e) A través del conocimiento del recurso de casación, el tribunal asume no sólo la función negativa de la casación, consistente en la anulación de

la sentencia impugnada «*iudicium rescindens*», sino también aquella otra positiva de enjuiciamiento del fondo del litigio «*iudicium rescissorium*», debido a la inexistencia de la técnica del reenvío, tan utilizada en países como Francia, Italia y Alemania; y,

f) El recurso de casación potencia decididamente la función uniformadora de la jurisprudencia.

II. Resoluciones recurribles

De conformidad a lo dispuesto en el Art. 519 del nuevo código, admiten recurso de casación en materia civil y mercantil, las sentencias y los autos pronunciados en apelación en procesos comunes y en los ejecutivos mercantiles, cuyo documento base de la pretensión sea un título valor; asimismo, las sentencias pronunciadas en apelación, en los procesos abreviados, cuando produzcan efectos de cosa juzgada sustancial.

El referido código establece como «Clases de resoluciones judiciales», los decretos, autos y sentencias. Art. 212.

Los decretos tienen por objeto el impulso y ordenación material del proceso, vale decir, los que en el Código de 1881 se conocían como «decretos de sustanciación.»

Los autos son simples o definitivos. Simples, si se dictaren entre otros propósitos, para resolver incidentes, acordar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades; definitivos, si le ponen fin al proceso, haciendo imposible su continuación en la instancia o por vía de recurso, o sí así lo determina expresamente la nueva normativa. O sea, lo que en Código de 1881, se conocían con el nombre de «interlocutorias con fuerza de definitiva» e «interlocutorias que le ponen fin al proceso.»

Las sentencias, tanto en el CPCM como en el de 1881, deciden el fondo del proceso en cualquier instancia o recurso.

Al respecto, congruente es subrayar que de acuerdo al nuevo código, toda pretensión que se deduzca ante los tribunales civiles o mercantiles y que no tenga señalada por la ley una tramitación especial, será decidida en el «Proceso Declarativo» que corresponda por razón de la materia o por

razón de la cuantía del objeto litigioso. Las normas de determinación de la clase de proceso por razón de la cuantía sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia.

Pertenecen a la clase de los Procesos declarativos: 1) El proceso común; y, 2) El proceso abreviado.

¿Ámbito del proceso común? Cualquiera que sea su cuantía, las demandas en materia de competencia desleal; propiedad industrial; propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitará por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclama.

Se decidirán también en Proceso Común, las demandas cuya cuantía supere los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo.

De igual manera, admiten recurso de casación las sentencias y los autos pronunciados en apelación en los procesos ejecutivos mercantiles, cuyo documento base de la pretensión sea un título valor.

¿Ámbito del proceso abreviado? se decidirán por los trámites de éste proceso las demandas cuya cuantía no supere los veinticinco mil colones. Además se decidirán por este trámite, cualquiera que sea su cuantía: 1) las demandas de liquidación de daños y perjuicios; 2) las demandas de oposición a la reposición judicial de títulosvalores; 3) las demandas relativas a disolución y liquidación judicial de las sociedades; y, 4) las demandas de nulidad de sociedades.

La diferencia especialísima entre los procesos comunes y procesos abreviados, es que los primeros se sustancian mediante dos audiencias, la preparatoria y la probatoria; en tanto que en los segundos, se sustancian en una sola audiencia, la preparatoria.

En virtud de lo expresado se infiere que no admiten recurso de casación, en materia civil y mercantil: 1. Las resoluciones dictadas en asuntos de jurisdicción voluntaria; 2. Las dictadas en los procesos abreviados, excepto en los casos subrayados con anterioridad, vale decir, demandas

de liquidación de daños y perjuicios, oposición a la reposición judicial de títulosvalores, disolución y liquidación judicial de sociedades, y nulidad de éstas; y, 3. Las dictadas en los Procesos Especiales, V.gr.: ejecutivos, posesorios, de inquilinato y monitorios.

III. Competencia funcional

El escrito de la interposición del recurso deberá presentarse ante el tribunal que dictó la resolución que se impugna, el que previa notificación a las partes remitirá dentro de tercero día los autos y copias a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, y si ésta hubiere conocido en segunda instancia, a la Corte en Pleno.

De conformidad a la «Ley Orgánica Judicial», corresponde a la Sala de lo Civil:

1. Conocer del recurso de casación en materia civil, de familia, mercantil y laboral; y en apelación de las sentencias de las Cámaras de lo Civil de la Primera Sección del Centro, de las Cámaras de lo Laboral y de las Cámaras de Familia, en los asuntos en que éstas conozcan en primera instancia. (Art. 54 N°1).

Son atribuciones de la Corte Plena: «Conocer del recurso de casación de las sentencias definitivas pronunciadas por las Salas, en los casos que determina la Constitución y demás leyes.»

Cuando una Cámara de Segunda Instancia haya conocida en primera instancia y la Sala de lo Civil falle en segunda, del recurso de casación conocerá – como se ha dicho- la Corte en Pleno, con exclusión desde luego, de los magistrados que integraban la Sala cuando la sentencia de segunda instancia fue pronunciada. El Art.16 de la Constitución ordena: «Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias en una misma causa.» Con ello, incuestionablemente se garantiza la imparcialidad objetiva del juzgador.

Los magistrados de la Corte en Pleno que hubiesen conocido como integrantes de la Sala de lo Civil como firmantes de la sentencia apelada, deben ser sustituidos por los magistrados suplentes.

IV. Decisión del recurso de casación

La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, es el órgano funcionalmente competente para conocer del recurso de casación civil o mercantil, respetándose de esa manera una tradición normativa que hasta la fecha exhibe más de cincuenta y cinco años en nuestro país.

V. Forma y plazo para interponer el recurso

El recurso se interpondrá en forma escrita y deberá estar debidamente fundamentado (Art. 525).

El plazo para presentarlo es de quince días, contados a partir del siguiente al de la notificación respectiva de la resolución que se impugna. Fuera de dicho plazo, no se podrá aducir ningún motivo de casación (Art. 526).

VI. Legitimación para interponer el recurso, y requisitos formales

El recurso sólo deberá interponerse por la parte que recibe agravio por la resolución impugnada (Art. 527); y el escrito de la interposición del recurso deberá presentarse ante el tribunal que dictó la resolución que se impugna y contendrá necesariamente:

1. La identificación de la resolución que se impugna y el motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso; y,
2. La mención de las normas de derecho que se consideren infringidas, razonándose, en párrafos separados, la pertinencia y fundamentación de los motivos alegados (Art. 528).

VII. Capacidad, legitimación y postulación de las partes

Son requisitos subjetivos del recurso de casación, en lo que a las partes se refiere, los de su capacidad, legitimación y postulación, que han de darse en él, como en cualquier otro proceso; ya que la casación es un verdadero proceso entre partes y la caracterización que a veces se hace de ella, como de un litigio, entre la ley y la sentencia recurrida, «No pasa de ser una expresión retórica desprovista de significado científico» (Jaime Guasp).

La capacidad en el recurso, se desdobra entre la aptitud para ser parte y entre la actitud procesal, lo que supone que las partes del recurso deben gozar de la necesaria titularidad de derechos y obligaciones, y de la capacidad para realizar actos con eficacia procesal, de acuerdo con las prescripciones comunes a las que está sujeto este requisito.

En cuanto a la legitimación, es preciso de que quien recurra en casación y frente a quien se recurra en casación tenga aquella relación concreta con el objeto del litigio que legalmente justifica su intervención.

Esa legitimación viene dada en función de la calidad de parte que se haya disfrutado en el proceso en donde se dictó la sentencia recurrida. Puede y tiene que recurrir cualquiera de las partes que hayan figurado como tales en el grado inferior de la jerarquía judicial; y se puede y tiene que recurrir frente a las contrarias, ya que todas en virtud de dicha condición, están legitimadas en el recurso, cuando puedan resultar perjudicadas por la sentencia recurrida.

No está reconocida, en cambio, ni legal ni jurisprudencialmente, la posibilidad de una casación de tercero, pues aquí se observa un mayor rigor que en los otros recursos, lo cual lleva a atribuir la legitimación, exclusivamente, a base de la condición de parte de que antes se disfrutará; si bien, naturalmente, la posición de las partes en el litigio precedente no determina su posición en la casación, porque la legitimación activa para la casación puede darse en función de la legitimación pasiva en el proceso de instancia, y a la inversa.

En lo tocante a la postulación, es preciso que las partes en el curso de casación estén representadas por un abogado de la República, sin cuyo curso no se le dará trámite al proceso. Art.67.

VIII. Introducción del recurso

Si se admite el recurso, en el mismo auto se mandará oír a la parte contraria, para que en el plazo de ocho días contados a partir del siguiente al de la notificación respectiva, alegue lo que de su parte considere conveniente.

Si el tribunal de casación considerare que el recurso no es admisible, lo rechazará razonadamente. Esta resolución admitirá recurso de revocatoria (Art. 530).

Conforme al Art. 162 del código, todo escrito o documento que se presenta deberá acompañarse de tantas copias legibles, como sujetos haya de ser notificados, más una. El tribunal remitirá de inmediato a las demás partes personadas una copia íntegra; y para tal finalidad, el juzgador podrá valerse de cualquier medio que preste garantía suficiente o deje constancia por escrito.

IX. Desistimiento del recurso

El recurrente podrá desistir del recurso por escrito, en cualquier estado del proceso. El desistimiento se admitirá sin más trámite.

X. Devolución de auto

Rechazado o desestimado el recurso por el tribunal de casación, la resolución impugnada quedará firme, y se devolverán los autos al tribunal de origen con certificación de lo proveído en el plazo de cinco días.

XI. Fin del procedimiento

La sentencia se pronunciará dentro del plazo de los sesenta días posteriores a la conclusión de los alegados correspondientes, en caso de que hubieran tenido lugar.

Es obvio que admitido el recurso, en virtud de la garantía de audiencia, el tribunal oír a la parte recurrida para que en el plazo legal alegue lo que de su parte considere conveniente. Si no hace uso de este derecho, el plazo para pronunciar la sentencia se debe contar a partir del día siguiente a la fecha en que fue notificado del decreto de mérito.

El incumplimiento por parte del tribunal de dicho plazo, lo hará incurrir en una multa de un salario mínimo, urbano más alto vigente, por cada día de atraso. Al igual que la apelación, el fundamento de esta multa se encuentra en lo dispuesto en el Art. 182 No. 5 de nuestra Carta Magna. El Salvador, como en todas partes del mundo civilizado, los justiciables

claman por una justicia razonablemente pronta, «ya que justicia tardía no es justicia.»

Es de acentuar que en los plazos fijados en días, sólo se contarán los hábiles (Art. 145).

XII. Interpretación de normas

Las normas sobre el recurso de casación deberán aplicarse en la forma que más favorezca la uniformidad de la jurisprudencia, como medio para asegurar la igualdad ante la ley, así como la seguridad y la certidumbre jurídica. Art. 524

XIII. Los motivos de casación

La pretensión impugnatoria que el recurrente formula en casación, como pretensión procesal que es, aparte de los subjetivos, está formada por dos elementos objetivos: el *petitum* y la «*causa petendi*». El *petitum* o petición se identifica en la casación con la solicitud de anulación de la sentencia recurrida, mientras que la *causa petendi* o causa de pedir, viene dada en este recurso por el vicio o vicios que integran el supuesto de hecho al que el código vincula la casación o anulación de la resolución judicial. Precisamente este supuesto o supuestos de hecho a cuya concurrencia condiciona la ley el efecto extintivo propio de la sentencia estimatoria del recurso, es lo que se denomina como *motivo o motivos de casación*.

La doctrina suele coincidir, cuando señala que los vicios de los que las resoluciones judiciales, en cuanto actos jurídicos, pueden estar afectados, son de dos grandes tipos: vicios de actividad y vicios de juicio. Los primeros consisten en los errores formales en que haya podido incurrir el juez en los actos externos que componen la sentencia o en el curso del proceso de declaración que le antecede (vicios «*in procedendo*»). Los segundos, en cambio, son defectos cometidos en la labor lógica que el juez desarrolla para dictar la resolución de fondo, consistente en la aplicación de la ley al caso concreto que se le ha planteado (vicios o errores *in iudicando*).

Ambos tipos de vicios, fiscalizables desde siempre en casación, han permitido distinguir entre motivos de casación por infracción de ley (*in iudicando*) y por quebrantamiento de forma (*in procedendo*).

El nuevo código acentúa en el Art. 521, que el recurso deberá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho; y en el Art. 522, expresa que el recurso de casación procede cuando se hubiese producido alguna infracción de ley o de doctrina legal (Motivos de Fondo).

Agrega el precepto: se entenderá que se ha infringido la ley, cuando ésta se hubiera aplicado indebida o erróneamente, o cuando se ha dejado de aplicar la norma que regula el supuesto que se controvierte.

Finaliza subrayando: hay infracción de doctrina legal cuando se hubiera violado la jurisprudencia establecida por el tribunal de casación, surgida de la aplicación e interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal.

Por su lado, el Art. 523 manifiesta que el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso (Motivos de Forma), tendrá lugar por los catorce submotivos que se detallan en el reiterado precepto.

Motivos casacionales de fondo

Se trata de causas fundadas en que la sentencia que se impugna contiene una infracción de fondo. Un incumplimiento o vulneración de los requisitos que el juzgador debió tener en cuenta en tratar el fundamento de su decisión, lo que en definitiva se traduce, en un desajuste a derecho de la base o sustancia misma del pronunciamiento que dicta.

Para comprender claramente el significativo de los submotivos de la casación que se apoyan en la existencia de una infracción de fondo, es necesario fijarse en la estructura fundamental de la sentencia, con objeto de determinar cuáles son las posibles infracciones que se han podido cometer al construir sus articulaciones fundamentales.

Gramaticalmente infracción significa transgresión, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado, o de una norma moral, lógica o doctrinaria. Y violar,

en la acepción que nos interesa para efectos de nuestro análisis, también significa infringir o quebrantar una ley o precepto. Por ende, infracción y violación pueden usarse en el lenguaje corriente como sinónimos; pero no en la casación salvadoreña, por cuanto en ella la violación es una especie de infracción.

En definitiva, infracción y violación no son sinónimos. Constituye un error usarlos en forma indistinta. La violación es una infracción específica y las otras infracciones erigidas en submotivos de casación por el legislador salvadoreño, no son violaciones.

Acertadamente don Jaime Guasp, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, expresa que en una sentencia pueden distinguirse tres elementos de fondo, que a veces se configuran como elementos del llamado silogismo judicial, es decir, como premisa mayor, premisa menor y conclusiones; pero que, en realidad, de un modo menos simplista deben ser configurados como etapas u operaciones mentales múltiples que se traducen en el pronunciamiento del juez, considerado a la vez, como un juicio lógico y como un imperativo de voluntad.

La primera de esas operaciones se encuentra en la determinación de las bases jurídicas a las que el fallo tiene que ajustarse, esto es, en la fijación de las normas que han de ser aplicadas sobre la base de una exacta elección e interpretación de las mismas, puesto que sólo si se eligen e interpretan adecuadamente, se podrá entender que se ha conseguido una actuación ajustada a derecho, como enseñan las reglas de aplicación de las normas jurídicas.

Por tanto, hay infracciones de fondo que el juez puede haber cometido en esta primera etapa de la fijación de la norma jurídica, tanto por haberla elegido mal, como por haberla interpretado mal, originándose de este modo correspondientes submotivos de la casación que se reclama.

Es, pues, posible, en primer término, que el juzgador de instancia haya elegido mal la norma que pone como base de la operación jurídica que su decisión le exige. En este motivo de casación es donde debe encuadrarse, precisamente, el supuesto de la Violación de Ley a que se refería nuestra “Ley de Casación” de 1953 en el Art. 3 N°1.

Los Arts. 521 y 522 del nuevo código, aluden a los submotivos de casación de fondo. El primero de ellos expresa que el recurso deberá fundarse «En la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho»; y el segundo subraya que el recurso casacional procede cuando «Se hubiese producido alguna infracción de ley o de doctrina legal.»

Violación de Ley

Como decíamos, nuestra “Ley de Casación” de 1953 regulaba en el Art. 3 N°1, el recurso por infracción de ley o doctrina legal «Cuando el fallo contenga infracción de ley o de doctrina legal». En el mismo inciso subrayaba, qué debe entenderse por violación de ley, concepto que a través de los cincuenta y seis años que tiene de vigencia el recurso de casación en nuestro país, la jurisprudencia se ha encargado de irlo puliendo.

Debemos entender, que ha lugar al recurso por infracción de ley o de doctrina legal, cuando el fallo contenga violación a las leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito. Pero violación no puede tener aquí un sentido general, como vulneración o quebrantamiento del orden jurídico, pues entonces cualquier motivo de fondo sería una violación de dicho orden. No ha tener un sentido específico, como infracción que se produce, cuando se elige indebidamente la norma jurídica que ha debido ser aplicada.

La violación de ley o de doctrina legal es un vicio que afecta la premisa mayor del silogismo judicial, puesto que consiste en la no aplicación de una norma vigente que era aplicable al caso concreto. Es una infracción de la que es calificada como directa, pues es la negación del precepto de la voluntad abstracta de la ley, del derecho objetivo, cuya defensa es una de los fines del recurso casacional. La omisión en referencia puede obedecer por parte de los juzgadores (generalmente una cámara de apelaciones), a diversos motivos: ignorancia, mala fe, descuido y etc.

La jurisprudencia salvadoreña, en forma reiterada ha sostenido que la violación consiste en «no tomar en cuenta los efectos que produce una norma en el tiempo o en el espacio, esto es, la inaplicación de una norma por la falsa aplicación de otra».

El profesor Guasp, trae a cuento un ejemplo para explicar este submotivo de violación de ley. Expresa que sí, por ejemplo, el órgano jurisdiccional, sobre la base de la declaración del Art. 335 del CC español, que estima como bienes «muebles» todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menos cabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos, entiende que el legado de los «muebles» hecho por un testador, comprende el dinero que pertenezca al caudal hereditario, se produce una infracción de fondo del fallo en cuestión, en cuanto que en este fallo se elige erróneamente, como base de la decisión jurisdiccional, la mencionada norma del Art. 335, en vez de haber tomado la del Art.346 del propio CC español, según la cual, cuando en una declaración individual se usa tan sólo la palabra «mueble», no se entienden comprendidos en ella el dinero, entre otras cosas, salvo que del contexto de la propia disposición resulte claramente lo contrario.

La violación, es pues, como infracción peculiar que da lugar a la casación, una falsa elección de la norma jurídica aplicable, lo cual se traduce normalmente en una preterición u omisión de la norma jurídica que hubiera debido ser aplicada, es decir, en una inaplicación de la misma.

La falsa elección de las normas en que consiste la violación de las mismas, ya que se violan en no ser aplicadas, puede referirse a cualquier clase de prescripciones jurídicas que hubieran debido ser tenidas en cuenta para el fallo y muy especialmente a las leyes o a las doctrinas legales.

Jurisprudencia Salvadoreña. Entendido el concepto de «jurisprudencia» como el criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes. Nuestras Salas de lo Civil en sus cincuenta y seis años de existencia, en lo relativo al submotivo de violación de ley han fallado:

“Violación de ley existe cuando se omite la aplicación de la misma no obstante su vigencia. Si el recurrente ha considerado como violación de ley lo que en realidad es un error de derecho en la apreciación de la prueba, no ha demostrado aquél la existencia del motivo alegado y por consiguiente no ha lugar al recurso de casación interpuesto”. (R.J 1962).

“La violación de ley consiste en la omisión o falta de aplicación de la misma y, por consiguiente, no puede existir tal vicio si el propio recurrente

da a entender que la norma se ha aplicado, afirmando que la sentencia ha infringido la ley al violar la estricta aplicación de disposiciones legales”. (R.J 1966).

“La invocación de la causal de violación de ley en relación a disposiciones que por su propia naturaleza al ser infringidas sólo darían lugar a tipificar un vicio diferente del invocado, vuelve inadmisibile el recurso” (R.J 1966).

«No procede la casación civil cuando se invoca violación de ley, se señala el precepto infringido; pero no se manifiesta claramente cómo el tribunal de instancia quebrantó tal disposición, es decir, no se expresó concepto del motivo invocado» (R.J 1968).

«La violación de ley, como submotivo específico de casación, se traduce normalmente en una inaplicación de la norma jurídica que hubiera debido serlo, pero como resultado de una falsa elección de otra norma. Es un motivo específico con individualidad propia, diferente y no derivado de ningún otro de los submotivos reconocidos por la ley. Si esa omisión no es resultante de la falsa elección dicha, podrá tal vez configurarse cualquier otro motivo, pero no el expresado. En consecuencia, no existe dicha causal, si la no aplicación de las disposiciones legales, según alega el recurrente ha ocurrido como resultante de la errónea interpretación contemplada en el número anterior» (R.J 1973).

«Hay violación de ley cuando el tribunal sentenciador desconoce el texto de una norma legal o la deja de aplicar a un caso regido por ella independiente de toda cuestión de hecho, por cuanto el tribunal de casación, salvo el caso de los motivos probatorios, debe tener como hechos los reconocidos por la sentencia impugnada». (Sentencia CA 134 SS del 12-III-2001).

«Para impugnar una sentencia definitiva alegando la violación de ley, no se necesita de hechos para demostrarla, por ser un ataque directo a la norma misma.» (Sentencia CA 134 S.S. del 12-III-2001).

«La violación de ley se da, cuando se deja de aplicar una norma legal que debía de aplicarse, habiéndose hecho una falsa elección de otra norma. O sea que supone que se ignoran los efectos que en el tiempo y en el espacio, produce la norma jurídica.» (Sentencia CA 105 Coj. del 21-IX-2001).

«La violación se da, cuando se omite la norma jurídica que hubiera podido ser aplicada, pero debiéndose tal omisión a la falsa elección de otra norma; de tal manera, que sí se aplica al caso la disposición legal que corresponde no existe violación.» (Sentencia CA 629 S.S. del 25-IX-2001).

Interpretación errónea de ley o de doctrina legal

El juzgador al efectuar el acto procesal decidiendo la causa o puntos sometidos a su conocimiento - sentencia - no sólo ha de elegir acertadamente la norma que trate de aplicar, sino que además ha de interpretarla de modo correcto, esto es, ha de averiguar su sentido de un modo que se halle conforme con aquel que la propia norma tiene. De ello se deduce que es posible que cometa un «error», en el sentido impropio en que ahora se emplea este término, en la fase jurídica de la resolución de fondo de un proceso, sino se interpreta debidamente la norma, aunque haya estado elegida con exactitud por el órgano jurisdiccional.

La interpretación errónea aparece así como otro submotivo de casación de fondo, puesto que se traduce en realidad, en un pronunciamiento no ajustado a derecho por razones estrictamente fundamentales.

De la interpretación errónea hablaba el Art. 3 N°2 de nuestra la Ley de Casación de 1953: «Cuando el fallo se base en una interpretación errónea de ley o de doctrina legal, y aún siendo ley procesal cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate.» El nuevo código en el Art. 521, expresa que el recurso de casación deberá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho; y el Art. 522 inciso segundo del mismo código, preceptúa que se entenderá que se ha infringido la ley cuando ésta se hubiera aplicado indebida o erróneamente.

Sabemos que la interpretación de la ley puede ser auténtica. Es la que verifica el mismo órgano legislativo, observando los trámites que se exigen para la formación de la ley (Art. 131 ord. 5° Cn). Judicial es la interpretación que hacen los tribunales de justicia para resolver los asuntos que se someten a su decisión y es la que puede dar lugar al vicio que nos ocupa. La interpretación es doctrinaria cuando procede de los autores de obras jurídicas.

La causa de la errónea interpretación de una ley puede estar en que no se tomaron en cuenta al verificarla los elementos de la interpretación, esto es, de los que todo intérprete debe conocer y aplicar: gramatical, lógica, histórica, sociológica, sistemática, conforme a la constitución, etc. etc.

No sólo la ley sustantiva o la doctrina legal pueden ser objeto de errónea interpretación a los efectos de casación, sino la ley procedimental, siempre que por su relación con normas sustanciales tenga relevancia en la decisión del asunto.

Don Jaime Guasp acentúa un ejemplo sobre el particular: Así, si un órgano jurisdiccional, para utilizar un ejemplo exagerado, se negase a conceder una indemnización por daños y perjuicios extracontractuales, causados dolosamente a una persona, sobre la base de que el Art. 1902 del C.C. español, aplicable indudablemente al supuesto no menciona en forma expresa el dolo, si no sólo la culpa y la «negligencia», incurrirá en una infracción de fondo, nacida de una interpretación errónea del citado Art. 1902, desde el momento en que se le da al precepto un sentido excluyente del dolo, restringiendo las nociones de culpa y negligencia, en vez de comprender dentro de estos conceptos, la intención dañosa, a *fortiori* del simple abandono o falta de cuidado, con lo cual se establece una interpretación errónea de dicha norma jurídica.

Naturalmente, igual que en el caso de violación, la interpretación errónea puede afectar a cualquier clase de normas de derecho, en principio, y por tanto, leyes, costumbres y jurisprudencia, por no mencionar sino los tipos fundamentales de las fuentes directas del derecho.

Jurisprudencia Salvadoreña. En reiterados fallos, nuestras Salas de lo Civil han coincidido en lo que se refiere al concepto de interpretación errónea de ley:

«Hay un error al afirmar que en la acción reivindicatoria el actor debe probar a plenitud estos tres extremos: a) que es dueño de la cosa que se reivindica; b) que no está en posesión de ella; y, c) que el demandado tiene esa posesión, ya que al comprobar el último, o sea que el demandado tiene la posesión de la cosa disputada, necesariamente se ha comprobado que el demandante carece de dicha posesión. Pero dicho error, no implica una interpretación del Art. 891 C, pues, no le ha dado a la disposición

dicha, un significado distinto del que verdaderamente tiene, aumentando o restringiendo sus efectos y consecuencias, que es lo que constituye la infracción dicha. En consecuencia, la cámara sentenciadora interpretó correctamente dicho artículo, al exigir la prueba de la posesión actual del demandado, la que, juntamente con el hecho de ser el actor el dueño y de tratarse de un cosa singular, constituyen los tres requisitos necesarios para que la acción de dominio pueda prosperar» (R.J 1963).

«No cabe invocar el motivo de interpretación errónea de una ley si el tribunal de alzada ni siquiera entró a analizar el contenido de la misma, razón por la que él no pudo interpretarla erróneamente» (R.J 1965).

« El motivo de interpretación errónea consiste en extender, limitar o tergiversar los alcances jurídicos de una norma legal y no se tipifica por el hecho de que el tribunal aprecie incorrectamente una prueba de confesión» (R.J 1966).

«No se configura la causal de casación de interpretación errónea de norma legal, si en el análisis del punto principal que se resolvió, se ha interpretado varias normas del Código Civil que no se llegan a citar, pero ninguna de ellas es a la que se refiere el recurrente» (R.J 1973).

«No hay interpretación errónea de un precepto si en la sentencia no se cita esa disposición; y caso de que el recurrente creyese que ese precepto era aplicable al asunto cuestionado, tal omisión debió alegarla como violación de ley»

«Si la infracción denunciada consiste en interpretación errónea de la ley y el concepto que se da de ese vicio se concreta demostrar que el fallo es incongruente, el recurso es inadmisibile» (R.J 1969).

«El motivo específico de interpretación errónea, consiste en darle a la norma un sentido distinto del que legalmente tiene, o una interpretación equivocada, desatendiendo su tenor literal y los demás elementos de interpretación, tergiversando los efectos jurídicos de la misma.» (Sentencia CA 129 S.S. del 28-VIII-2000)

«El motivo de interpretación errónea se configura, cuando el juzgador aplica la norma legal correcta al caso concreto, pero lo hace dando a la norma

un sentido distinto del que lógicamente tiene o bien una interpretación equivocada, desatendiendo el tenor literal cuando su sentido es claro, y los elementos de interpretación, tergiversando los efectos jurídicos de la misma. Deviene entonces necesario que tales normas hayan sido aplicadas por el juzgador.

Como submotivo específico la interpretación errónea de ley, es una infracción directa de las normas legales.

La equivocación en la labor de interpretar la norma aplicable al caso puede configurarse: al haber ido más allá de la intención de la ley o por haberla restringido a pretexto de consultar su espíritu; también porque al consultar la intención o espíritu de una norma oscura, no se dio con el verdadero; o bien porque no se supo resolver la contradicción entre dos normas, o cuando tratándose de una norma susceptible de varias interpretaciones, se escogió la que menos convenía al caso concreto, o se eligió que conduce al absurdo.» (Sentencia CA 292 S.S. del 19-IX-2000).

«El motivo de interpretación errónea supone que el juzgador haya entrado a considerar el verdadero sentido de la norma para poder aplicarla luego al caso concreto, pero es necesario distinguir que al no haberla aplicado siendo aplicable, se traduce en violación de ley.» (Sentencia CA 33 Nva. S.S. 8-II-2000)

Aplicación Indebida

En la Ley de Casación de 1953, Art. 3 N°3 se decía que el recurso por infracción de ley o de doctrina legal, tendría lugar: «Cuando no obstante haber el juzgador seleccionado e interpretado debidamente la norma aplicable, y calificado, y apreciado correctamente los hechos, la conclusión contenida en el fallo no sea la que razonablemente corresponda.» Para algunos exégetas dicho ordinal contenía el submotivo de una aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito.

El concepto de aplicación tiene, sin duda un significado general, comprensivo de cualquier clase de operaciones que verifica el juez al llevar a cabo su enjuiciamiento definitivo, y en ese supuesto cualquier

infracción que él cometa, es una infracción que se traduce en una aplicación indebida de las leyes o de la jurisprudencia. Más como este significado aquí carecería de relevancia, ya que no es una aplicación indebida «*in genere*», sino una aplicación indebida «*in especie*», lo que se busca, es evidente que, por aplicación indebida, a los efectos actuales, no se puede entender cualquier falso manejo de los datos jurídicos o de los datos de hecho que haya de utilizar en la sentencia, sino estrictamente aquel que, suponiendo bien elegidas y bien interpretadas las normas, así como correctamente apreciados los hechos, produce, no obstante, un resultado contrario a la ley, por alteración en el último momento, o conclusión, del proceso que el juez ha de seguir en la construcción del fondo de su sentencia.

Guasp expresa que todos los ejemplos que puedan aducirse aquí tienen un carácter, en cierto modo, excesivo. Así, una típica aplicación se daría sí, suponiendo el juez que el contrato de compraventa obliga al vendedor a entregar la cosa vendida, de acuerdo con los Art. 1445 y 1461 C.C. español, y después de establecer que la parte demandada vendió a la demandante la cosa reclamada en la demanda, se concluye, no obstante, absolviendo al demandado de dicha reclamación. Puesto que el error del juzgador en este caso se halla en la inferencia final de su razonamiento, siempre resulta que la aplicación indebida, como apertura autónoma de la casación, es más bien rara, pues supone equivocaciones de evidente gravedad e injustificación, dada la necesidad de que las premisas se hallan precisamente construidas, porque sino, antes y aparte de la aplicación indebida habría violación o interpretación errónea o equivocación en la interpretación de los hechos.

Podríase reforzar el contenido del motivo de casación que consiste en la aplicación indebida, entendiendo que encajan dentro de él, todos los casos que entre normas jurídicas y hechos estén exactamente determinados; pero en que se llega a un resultado contrario a la ley, por haber hecho mal uso el juzgador de otros criterios normativos que debió emplear para la resolución de su fallo. En suma, pues, la aplicación indebida no sería más que la censura de un capricho del juzgador que, no obstante reconocer unos determinados fundamentos, se aparta arbitrariamente de ellos al concluir su fallo.

Un ejemplo hipotético del submotivo en análisis sería que si Tomás N. se ha posesionado de una herencia y la heredera le entabla la acción de petición de herencia. En el proceso se prueba el derecho que tiene la actora (Teresa N) a esa herencia y la posesión que está ejerciendo el falso heredero (Tomás N); pero en autos no se establece que dicha posesión la ejerce en calidad de heredero. Empero, el juez subsume estos hechos en la norma que concede la acción y, en consecuencia, adjudica la herencia a la demandante (Teresa N), condenando al demandado (Tomás N) a restituir las cosas hereditarias. La norma, como vemos, se eligió bien; pero se aplicó mal.

Jurisprudencia Salvadoreña

« La aplicación indebida de leyes, es un error en la conclusión del llamado silogismo judicial, precedido de una correcta presunción de las premisas. Precisamente, por eso es rara esta infracción, pues supone equivocaciones de evidente gravedad e injustificación. En consecuencia, no existe esa causa si se alega como tal, que en el fallo recurrido se admite como acción reivindicatoria a una situación que propiamente es de deslinde necesario» (R.J 1973).

«Las causales de Violación, Interpretación Errónea y Aplicación Indebida de Norma Legal contemplan situaciones distintas y excluyentes, que no pueden coexistir respecto de una misma norma. La primera significa no tomar en cuenta los efectos que produce una norma en el tiempo o en el espacio, esto es, la inaplicación de una norma por la falsa aplicación de otra. En la segunda, el juzgador reconoce la existencia de la norma, pero la interpreta incorrectamente y con infracción de las normas que regulan la interpretación de la ley. Y en la última, el tribunal reconoce la existencia de la ley, la interpretación correctamente, aprecia justamente los hechos, pero se equivoca al subsumir éstos a la norma, al encuadrar incorrectamente los hechos en la hipótesis normativa».

«Por consiguiente, no es admisible un recurso de casación si respecto a unas mismas disposiciones legales el recurrente plantea las tres causales contempladas en los párrafos anteriores»(R.J 1973).

«La aplicación indebida de la ley es aquella que se comete a subsumir los hechos en qué consiste el caso concreto en la hipótesis contenida

en la norma, suponiendo que dicha norma ha sido bien elegida y bien interpretada, apreciando de acuerdo al juzgador de forma correcta los hechos, pero no obstante ello produciendo un resultado contrario, por alteración en el último momento o conclusión.

La jurisprudencia salvadoreña ha sostenido que la aplicación indebida de ley se comete en la conclusión del silogismo judicial, por lo que esta infracción no se puede entender como cualquier falso manejo de los datos jurídicos o de los datos de hecho que haya que utilizar en la sentencia, sino estrictamente aquel que suponiendo bien elegida y bien interpretada la norma, produce no obstante un resultado contrario a la ley. » (Sentencia CA 367 3-IX-2001).

Otros submotivos de casación por el fondo

Dijimos en los párrafos anteriores que infracción significa transgresión, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado, etc., y que violar en la acepción que para el recurso casacional interesa, significa también infringir o quebrantar una ley o precepto. Agregamos que la ley o la doctrina pueden ser infringidas por cualquier vicio casacional. En consecuencia, se infringe tanto por violación como por interpretación errónea, por aplicación indebida y por cualquier otro submotivo en que se evidencie dicha infracción, Vgr.: error de derecho y error de hecho en la apreciación de las pruebas. El primero se produce, cuando al apreciar éstas, es decir, al estimar el valor o mérito que conforme a la ley tienen (al valorarlas), se les aplican equivocadamente las normas establecidas para ello, infringiéndose los preceptos sobre valorización de cada uno de los medios probatorios que la ley admite. Casacionalmente este error (el de derecho), no recae directamente sobre la ley, sino en la apreciación que se hace de las pruebas en relación con las reglas legales de valorización de las mismas. Al apreciar éstas, al valorizarlas, no se aplicó o se aplicó mal la medida que para cada una establece la ley. Entran en juego en el vicio que nos ocupa, la «*questio facti*» y la «*questio juris*».

Nuestra jurisprudencia ha sostenido, en forma reiterada, que el submotivo de «error de derecho» en la apreciación de la prueba, «se produce cuando el juzgador aprecia incorrectamente una prueba, dándole un valor distinto al que le asigna la ley, negándole todo valor, desestimando una prueba producida, aplicando incorrectamente el sistema preferencial que establece la legislación procesal, o cuando la apreciación de la prueba

efectuada por el juzgador ha sido arbitraria, abusiva o absurda». En el nuevo código desaparece el sistema de la prueba tasada, excepto para los documentos y admite el de la sana crítica, por el que el juzgador forma libremente su convicción, pero racionalmente.

Otra jurisprudencia nacional ha subrayado que «el motivo de Error de Derecho en la apreciación de la prueba consiste en omitir la aplicación de una norma jurídica relativa a la eficacia o valorización de aquélla o en atribuirle un valor distinto del que le da la ley » (R J 1965).

En lo tocante, al «error de hecho» no consiste en haber apreciado mal la prueba, conforme al particular punto de vista de quien hace la calificación, sino en que el juicio u opinión que de ella se ha formado el juzgador, no corresponde a la realidad, ya que fue motivado por un error de hecho. Y éste resulta de no haberse tomado en cuenta para la formación de dicho juicio lo que aparece de un documento público o privado reconocido. En suma, pues, el error de hecho consiste en la equivocación material que hace el juzgador de documentos públicos o privados reconocidos. Se trata de un error objetivo que resulta, no de la valoración jurídica de probanza, sino de la tergiversación de su contenido; en una palabra, de la equivocada apreciación del hecho controvertido.

La jurisprudencia nacional ha acentuado que « el Error de Hecho en la apreciación de la prueba instrumental se caracteriza por la equivocación del juzgador al atribuir al documento un contenido distinto del que en realidad tiene, desfigurando su sentido o modificando la relación jurídica que de él nace, por la inexacta apreciación material de dicha prueba» (R.J 1965).

En la ley de casación de 1953, los submotivos casacionales aparecían en forma puntual; en cambio en el nuevo código, constituyen un *número apertus*, lo que en buen romance significa que, la persona que se sienta agraviada con la sentencia de segunda instancia, debe conocer el derecho en su prístina acepción y en esa virtud tendrá éxito en la defensa de sus intereses. Huelga subrayar que en materia civil y mercantil la postulación es preceptiva. El juzgador es un experto del Derecho y el abogado que recurre *idem*.

Motivos de forma

En la Ley de Casación (1953), el recurso debería fundarse por infracción de ley o doctrina legal por ocho submotivos: 1. Cuando el fallo contuviese violación de ley o de doctrina legal; 2. Cuando el fallo se basare en una interpretación errónea de ley o de doctrina legal; 3. Cuando no obstante haber el juzgador seleccionado e interpretado debidamente la norma aplicable y calificado correctamente los hechos, la conclusión contenida en el fallo no fuere la que razonablemente corresponde; 4. Si el fallo fuere incongruente con las pretensiones deducidas por los litigantes; 5. Por contener el fallo disposiciones contradictorias; 6. Por ser el fallo contrario a la cosa juzgada sustancial; 7. Cuando hubiere abuso, exceso, defecto de jurisdicción por razón de la materia; y, 8. Cuando en la apreciación de las pruebas hubiere habido error de derecho o error de hecho.

Los miembros de la Comisión Redactora del nuevo “Código Procesal Civil y Mercantil”, al estudiar los ocho submotivos contenidos en la expresada «Ley de Casación» (1953), consensaron en el sentido de que los submotivos referentes «Al fallo incongruente con las pretensiones deducidas por los litigantes; cuando el fallo contiene disposiciones contradictorias»; «Cuando es contrario a la cosa juzgada sustancial»; «Cuando hubiere abuso, exceso o defecto de jurisdicción por razón de la materia»; y «Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o de hecho», dichos submotivos, en estricto derecho casacional no corresponden a infracciones de ley o doctrina legal, sino a «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio». En tal virtud, se optó por incluirlos en el nuevo código como motivos de forma y no como equivocadamente aparecerían en la indicada ley.

El Art. 523 del nuevo código expresa que el recurso de casación por «quebrantamiento de las formas esenciales del proceso», tendrá lugar por catorce submotivos que se puntualizan y que pasaremos a examinar:

1. Abuso, exceso o defecto de jurisdicción. Se trata en realidad de tres submotivos que están relacionados con la jurisdicción, la cual como sabemos significa «*decir o declarar el derecho*». Es la potestad de administrar justicia, en las diferentes ramas del derecho sustancial, V.gr.: jurisdicción civil, mercantil, laboral, de familia, penal, etc. Por tanto, la jurisdicción está distribuida entre los diversos jueces de cada rama del Derecho.

Ahora bien, relacionada con la jurisdicción se encuentra la competencia, que es la porción de jurisdicción que a cada órgano jurisdiccional le corresponde; sin embargo, pero de ésta no es de la que se trata en el submotivo casacional que nos ocupa. Se trata de un abuso, exceso o defecto; pero no de competencia, sino de jurisdicción.

Será exceso de jurisdicción, por ejemplo, el que conozca un tribunal del orden judicial de un asunto que no le corresponda a dicho órgano, por ser administrativo, V.gr.: un juez de lo mercantil sustancia y decide una controversia que le corresponde a la «Superintendencia del Sistema Financiero».

Habrà abuso, cuando los jueces entren a conocer de un asunto que no es justiciable, habida cuenta que ninguna autoridad tiene competencia para pronunciarse o decidir. Habrá también abuso o exceso, respectivamente, de acuerdo a don Antonio Bermúdez M. («La casación en lo civil»), «Cuando se extienda el conocimiento judicial a cuestiones que presentadas en un solo cuerpo de demanda, deban separarse por razón de la materia, siendo una de ellas no justiciable o corresponda a otra jurisdicción.»

El doctor Roberto Romero Carrillo en su obra «La normativa de casación» agrega: «El abuso presupone la existencia de la jurisdicción, pero se ejerce abusivamente, no sólo conociendo del asunto en la parte que sí corresponde a un tribunal del órgano judicial, sino de otra anexa que correspondía a otra clase de jurisdicción como la administrativa.»

2. Falta de competencia. Los órganos jurisdiccionales tienen una aptitud legalmente delimitada para conocer de los procesos civiles y mercantiles. Esta capacidad está marcada, de una parte, por la índole de la reclamación y, por la otra, por la cuantía económica de la pretensión procesal. Cuando se han aclarado estos extremos, se puede ya saber, qué clase de órgano jurisdiccional es apto, o como también se dice, competente; pero todavía no se ha determinado qué tribunal en concreto, dentro de la clase ya establecida, es el que debe conocer del litigio. La determinación, pues, de la aptitud de un tribunal concreto para tratar de un litigio con preferencia a todos los demás tribunales, constituye la idea básica de la competencia. Esta sirve también para designar el conjunto de reglas legales que atribuyen las pretensiones procesales a un tribunal determinado con exclusión de todos los demás tribunales civiles o mercantiles, sean o no del mismo

rango o clase. La trascendencia de la competencia radica en que sólo es válido el proceso, si el tribunal que lo conoce es competente. Por ello se ha dicho que «la competencia es la medida de la jurisdicción.»

En suma, pues, estaríamos al submotivo casacional que nos ocupa, en el supuesto que un juzgado de lo civil conociera de un proceso cuya competencia fuere de un juzgado de familia; o que uno de lo mercantil, conociere de una cuestión que le correspondiere a uno de lo civil.

3. Inadecuación de procedimiento. El vocablo «procedimiento» tiene dos significados: uno amplio, definible como la rama del Derecho que sirve para determinar las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, lo que constituye el contenido del derecho procesal y de los códigos procesales. Y otro estricto, o conjunto de actos cumplidos para lograr una solución judicial. (Capitant)

Para algunos autores, Garrone por ejemplo, el procedimiento constituye cada una de las fases o etapas que el proceso puede comprender. Así, el procedimiento de primera instancia puede seguir, en caso de apelación, un procedimiento de segunda instancia, en cuyo caso el proceso se integra con dos procedimientos.

Al usar el legislador la voz «inadecuación de procedimiento», significa que se ha utilizado un modo de proceder en justicia, no acomodado o proporcionado a lo que expresamente dispone la ley, V.gr.: sustanciar y decidir en un «Proceso Abreviado» demandas que, por razón de la cuantía, corresponda ser ventiladas en un «Proceso Común». O bien, tramitar y sentenciar en un «Proceso Común», lo que debió haberse sustanciado en un «Proceso Ejecutivo».

4. Falta de capacidad para ser parte, de actuación procesal y de postulación. La aptitud que tiene el hombre para ser sujeto o parte, por sí o por representación legal, en las relaciones de Derecho, ya como titular de derechos o facultades, ya cual obligado a una prestación o al cumplimiento de un deber, es lo que se conoce como capacidad jurídica.

Desde el punto de vista procesal, «las actuaciones son el conjunto de actos, diligencias, trámites que se cumplen en un procedimiento judicial»;

y conforme al Art. 67 del Código Procesal Civil y Mercantil, en los procesos civiles y mercantiles será preceptiva la comparecencia por medio de procurador, nombramiento que habrá de recaer en un abogado de la República, sin cuyo concurso no se dará trámite al proceso.

De lo dicho se infiere, que la falta de capacidad jurídica para ser parte, de actuación procesal y de postulación en un proceso civil o mercantil, será motivo para interponer recurso de casación por el quebrantamiento de esas formas esenciales del proceso.

5. Caducidad de la pretensión. La institución jurídica denominada caducidad se asemeja a la prescripción extintiva, en que se produce la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo, presentando unos caracteres más severos que la misma prescripción. En la caducidad no se valora la falta de utilización de un derecho prescriptible; se trata, del cumplimiento de un plazo, previsto legalmente o acordado por los particulares, a cuyo término ya no puede ejercitarse un derecho o una acción determinada; por tanto, el plazo de caducidad no admite interrupción o suspensión. El efecto de la caducidad es automático, pudiendo ser apreciada de oficio; es decir, por la autoridad judicial y sin necesidad de alegarla la parte a la que beneficie.

El plazo de caducidad se asemeja al plazo preclusivo, que es aquel dentro del cual puede realizarse determinado acto jurídico. De esa manera se habla de la «Caducidad de las obligaciones»; «Anotaciones preventivas»; «De los asientos registrales»; «de los legados»; «de los testamentos»; «de las patentes y marcas»; «de la acción para ejercitar la acción cambiaria en algunos títulosvalores»; etc., etc.

En doctrina se expresa que la caducidad se puede producir, entre otros motivos, por la prescripción, por el vencimiento del plazo, por falta de uso, por desaparición del documento.

El Art. 996 Com. estatuye: «Cuando un derecho deba ejercerse o un requisito deba llenarse dentro de un plazo determinado bajo pena de caducidad, no se aplicarán las normas sobre interrupción y suspensión de la prescripción, contenidas en el Código Civil.

«La fuerza mayor suspenderá los plazos de caducidad, pero continuarán corriendo tan pronto como cese aquélla.»

El Art. 997 Com. : «Puede rescindirse el pacto que establezca un plazo de caducidad que, a juicio prudencial del juez, haga excesivamente difícil para una de las partes el ejercicio del derecho.»

Y, el Art. 998 Com.: «Las partes no podrán modificar el régimen legal de la caducidad; tampoco podrán renunciar a ella si hubiera sido establecida por la ley.»

6. Litispendencia y cosa juzgada. En torno a la litispendencia, es de subrayar que uno de los efectos esenciales de la admisión de la demanda estriba en su efecto negativo o excluyente, conforme al cual surge la prohibición de que sobre esa misma pretensión, pueda conocer otro órgano jurisdiccional. Si así lo hiciera, podrá oponerse en el segundo procedimiento la excepción de litispendencia.

Este defecto negativo de la litispendencia intenta preservar los efectos de la cosa juzgada, impidiendo que en un futuro, puedan pronunciarse sobre un mismo objeto procesal dos sentencias contradictorias. Su fundamento, que convierte a la litispendencia en un antecedente de la cosa juzgada, de la que participa de similar naturaleza, y de aquí que sus límites, objetivos y subjetivos hayan de ser idénticos. Por esta razón, porque la litispendencia participa de la naturaleza de la cosa juzgada, en realidad, no se trata de una mera excepción, sino de un auténtico presupuesto procesal, vigilable de **oficio** a lo largo de todo el procedimiento.

El concepto de litispendencia es amplio, entendiéndose como «El conjunto de efectos que produce la admisión de la demanda». El Art. 92 del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil preceptúa: «La litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, si es admitida, y a partir de la misma se despliegan todos los efectos determinados en las leyes.» Esta disposición la estimamos plausible, ya que cualquier otra (la de la admisión de la demanda o de la personación del demandado), puede hacer peligrar la seguridad jurídica, en tanto que podría favorecer las manipulaciones burocráticas en la fecha de la admisión o en el del emplazamiento del demandado.

En lo tocante a la cosa juzgada se entiende por ella, el conjunto de efectos que produce la sentencia firme y resoluciones equivalente sobre el objeto procesal, tanto positivos, como lo son su ejecutoriedad y los efectos prejudiciales, como negativos, consistentes en la imposibilidad de volver a interponer la misma pretensión entre las mismas partes o sus sucesores.

La doctrina distingue la cosa juzgada «**formal**» de la «**material**». Siendo cosa juzgada formal, el efecto de la sentencia que ha ganado firmeza.

La cosa juzgada material, es el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído la sentencia firme con autoridad de cosa juzgada formal, que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otro proceso. Esta eficacia es negativa o excluyente, cuando se repite la misma cuestión y en este otro proceso no se entra en el fondo por acogerse la cosa juzgada como excepción. Y la eficacia es positiva o prejudicial, cuando dicha cuestión no es el objeto único del otro proceso, sino que forma parte de éste, en cuyo caso la sentencia que recaiga deberá tener como punto de partida y en ningún caso contradecir lo resuelto en la anterior sentencia.

La cosa juzgada tiende a garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica, en la medida en que una sentencia firme ocasiona la aplicación definitiva e irrevocable del derecho a un determinado objeto procesal, sin que las partes, ni la sociedad puedan volver a suscitar el mismo litigio o conflicto.

7. Sumisión al arbitraje. El arbitraje es un método heterocompositivo de solución de conflictos, al que, previo convenio, se someten voluntariamente las partes, por medio del cual un tercero imparcial, designado por los litigantes, pone fin a la controversia de manera definitiva e irrevocable, siempre que la materia sea de libre disposición conforme a derecho.

Víctor Moreno Catena enseña que el reconocimiento de la libertad negocial y de la autonomía de la voluntad implica necesariamente que existan ámbitos en los que el individuo pueda buscar sus propios mecanismos de solución de problemas, al margen de las previsiones del Estado, aunque con la posibilidad de acudir a los tribunales en demanda de tutela judicial.

Por esa razón, en los distintos campos del ordenamiento jurídico se prevén mecanismos de solución extrajudicial de conflictos.

Junto a escasos supuestos de autotutela y de las soluciones autocompositivas, se regulan los métodos heterocompositivos, el proceso y el arbitraje, el uno ante los órganos jurisdiccionales y el otro ante los árbitros. El arbitraje, es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil o mercantil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Empero, ambas formas de solución de conflictos no son idénticas.

El árbitro no participa de la misma potestad que el juez, no forma parte de la organización judicial del Estado. Lleva a cabo su labor como consecuencia de un contrato o convenio arbitral, a través del cual las partes asumen la obligación de someterse a la decisión del árbitro y cumplirla; y otro contrato, de mandato, por el cual el árbitro se obliga a resolver el conflicto.

Jurisdicción y arbitraje tienen elementos en común; pero también diferencias. Es cierto que ambos proporcionan la solución definitiva e irrevocable del conflicto; pero en el arbitraje la solución la declara un particular y en el proceso es el juez, un órgano del Estado. A este respecto es de subrayar, que el árbitro lleva a cabo una función que no es equiparable a la de un ciudadano particular, sino que se trata de una función pública, como la que puede desarrollar un notario, pero eso no significa que desarrolle la misma función que el juez.

Con ambos métodos se obtienen decisiones con plenos efectos de cosa juzgada sin necesidad de homologación o reconocimiento por parte de ningún órgano del Estado. Las decisiones son imperativas, obligatorias y se pueden ejecutar forzosamente, pero el órgano encargado de la ejecución es el juez, ya que el árbitro agota su potestad con el laudo.

Arbitraje y proceso, agrega Moreno Catena, comparten su esencia como métodos en los que un tercero situado **suprapartes** pone fin al litigio; pero el árbitro viene investido como tal por la voluntad de las partes, que lo designan, y su legitimación proviene de su **autoritas**. Por el contrario, el juez es instituido por el Estado, que le hace depositario de la potestad

jurisdiccional, y por tanto de las facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; por ende goza de *imperium*.

Tomando en consideración los conceptos anteriores –eminentemente doctrinarios y prácticos- el Código Procesal Civil y Mercantil al examinar los motivos de forma de la Casación en el ordinal que nos ocupa, dispone que procede por «sumisión al arbitraje y pendiente compromiso».

Conforme al Art. 67 de la « Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje», contra el Laudo Arbitral únicamente podrá interponerse el recurso de nulidad dentro de los siete días hábiles siguientes a la notificación del mismo o de la providencia por medio de la cual se aclara, corrige o adiciona. En esa virtud, dable es considerar que procede el recurso casacional, Vgr.: Tomás N. y Teresa N. deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan llegar a surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o extracontractual. Llegado el desacuerdo, Tomás N. ocurre a la jurisdicción común para que sustancie y decida la controversia. Teresa N. al comparecer al tribunal opone la excepción de arbitraje; sin embargo, por razones inexplicables el juzgador declara sin lugar dicha excepción. La sentencia inmediata es favorable a la parte actora, por lo que la agraviada interpone recurso de apelación para ante el conocimiento de la Cámara superior en grado; y ésta, no obstante las alegaciones de rigor, confirma en todas sus partes dicha sentencia. Es obvio que la parte perdedora con esa sentencia, puede interponer con éxito el recurso de casación.

Un ejemplo de pendiente compromiso sería que los reiterados Tomás N. y Teresa N., habiendo iniciado un proceso arbitral, el primero decide trasladar la controversia a la vía judicial común. Teresa N. opone la excepción de pendiente compromiso y el juzgador de primera instancia, también en forma absurda, la declara sin lugar. Al conocer la Cámara respectiva en apelación, confirma la sentencia del juez a-quo que fue favorable a la parte actora. La agraviada perfectamente puede interponer recurso de casación, con un resultado, asimismo, existoso.

Los casos traídos a cuento, como ejemplos, en verdad son bastante difíciles de llegar a existir; pero conociendo los criterios un tanto «raros» de nuestros juzgadores, no son imposibles.

8. Renuncia, desistimiento, allanamiento y transacción, sí el objeto no fuere disponible o se hiciera en contravención al interés público.

El nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, en el Art. 126 dispone que las partes podrán disponer de las pretensiones ejercitas en el proceso, en cualquier estado y momento del mismo, ya sea en la primera instancia, durante la sustanciación de los recursos o en la ejecución forzosa, siempre conforme a la naturaleza de cada acto de disposición. A tal efecto podrán renunciar, desistir del proceso, allanarse, someterse a arbitraje o a cualquier otro mecanismo de solución alternativa de controversias y transigir sobre lo que sea objeto del mismo.

La renuncia de la pretensión procesal le corresponde al demandante; asimismo, el actor podrá desistir ya sea unilateral o bilateralmente del proceso. El allanamiento le corresponde al demandado respecto a todas las pretensiones del actor, y si las acepta el juez deberá dictar sentencia estimativa de acuerdo a lo solicitado. Evidentemente que si el allanamiento es contrario al orden público o al interés general, o que se realice en perjuicio de terceros, o que encubre un fraude de ley el juzgador dictará auto rechazándolo y mandando que el proceso continúe su curso. Por último, las partes podrán realizar una transacción judicial llegando a un acuerdo o convenio sobre la pretensión procesal, los cuales deberán ser homologados por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin y tendrá efecto de cosa juzgada. La homologación se negará si el tribunal entiende que la transacción no es conforme a la ley o se realiza en perjuicio de terceros. Art. 129, 130, 131, 132 C.Pr.C.M.

Es incuestionable que si en un proceso civil o mercantil consta que la renuncia, desistimiento, o transacción fueron materializados respecto de un objeto no disponible, o se hicieron en contravención al interés público, el recurso de casación por «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio», tendría lugar en forma exitosa para el interponente, V.gr.: procesos incoados por virtud de obligaciones nacidas por juegos prohibidos, cosas fuera del comercio, asuntos concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, etc., etc.

9. Falta de emplazamiento para contestar la demanda. El emplazamiento para contestar la demanda, como concreción ineludible del derecho de audiencia, es el acto procesal que posibilita la incoación de una pretensión y el contenido de la misma, así como fija un plazo inicial para que el emplazado cumpla una actividad, o declare su voluntad respecto de ésta.

Ese acto, se rige por el principio finalista de las formas procesales, según el cual sus requisitos y modos de realización deben garantizar el derecho de audiencia y otros derechos constitucionales reconocidos.

De conformidad al nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, todo demandado debe ser debidamente informado de la admisión de una demanda en su contra, a fin de que pueda preparar la defensa de sus derechos o intereses legítimos. A tal efecto, del Art. 181 al 191 se establecen los requisitos que deben cumplirse para que la persona demandada responda a la llamada del juez y ejercite su derecho o derechos de defensa. Una vez que comparece el demandado en el proceso, se le ofrecen tres posibilidades procesales: allanarse a la pretensión en cuyo caso finalizará el procedimiento, contestar a la demanda, o sin perjuicio de la contestación, formular una nueva pretensión contra el actor, o «**reconvención**».

Ahora bien, si ese emplazamiento no se hizo, o se efectuó en forma viciada, el afectado a través de su mandante, podrá impetrar el recurso de casación por quebrantamiento de esa forma esencial del proceso, vale decir, «**falta de emplazamiento para contestar la demanda.**» En nuestro país un crecido número de amparos se generan por la inobservancia de los requisitos extrínsecos por los tribunales al efectuar este fundamental acto de comunicación.

10. Denegación de prueba legalmente admisible. El concepto de prueba para los estudiosos resulta de una gran dificultad por la complejidad de su contenido. Sin embargo, en aras de abreviar discusiones bizantinas aceptamos el concepto de Prieto Castro: «Actividad procesal que desarrollan las partes con el tribunal para llevar al juez a la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso».

Para que las pruebas sean admisibles deben ser pertinentes, es decir, concernientes al hecho que se pretende establecer. Una prueba es impertinente cuando de antemano se sabe que no contribuirá al esclarecimiento del asunto o, simplemente, cuando por disposición legal no es admisible en determinados casos. Por tanto, si se deniega por el juzgador una prueba pertinente y legalmente admisible, se producirá un quebrantamiento de las formas del proceso y la sentencia podrá impugnarse en casación, con fundamento en el numeral que nos ocupa. Serían ejemplos de denegación de prueba legalmente admisible, si el

juzgador deniega al reivindicante la práctica de un «Reconocimiento Judicial» en el inmueble objeto de la disputa, alegando que no es necesario dicho medio probatorio, ya que con la prueba testifical aportada, el extremo de la posesión por el reivindicado se encuentra plenamente probado. Otro caso: si el juez rechaza un soporte técnico de almacenamiento de datos, expresando que no es el medio idóneo para probar los hechos controvertidos.

11. No haberse practicado un medio probatorio admitido en la instancia. La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios que se regula en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, con la aclaración que los medios no previstos en el mismo, serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros, y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados. Y, esos medios son: 1. Documentos; 2. Declaración de parte; 3. Interrogatorio de testigos; 4. Prueba pericial; 5. Reconocimiento judicial; y, 6. Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información.

Pues bien, conforme a la locución latina «**onus probandi**» que significa carga de la prueba, o sea, la obligación que dentro de la marcha del proceso, corresponde a cada una de las partes. Entre esas cargas puede decirse que la principal es la que afecta a la prueba y en virtud de la cual, la persona que alega ante la justicia un hecho o reclama un derecho, ha de probar la realidad de aquél o la procedencia de éste. Así las cosas, si el actor o el demandado solicitan un medio de prueba, el juez de ser procedente, no sólo tiene la obligación de acceder a ello, sino de señalar una fecha con citación de ambas partes para que se verifique tal medio probatorio.

Consecuentemente, procedería el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, en base a la causal en análisis, si el juez hubiere señalado la práctica de un Reconocimiento Judicial para “x” fecha; pero llegado ese momento manifiesta «que no lo va llevar a efecto por considerarlo impertinente o innecesario.»

En nuestro sentir, la diferencia entre la causal de casación anterior, «**denegación de prueba legalmente admisible**», y la que nos ocupa, «**no haberse practicado un medio probatorio admitido en la instancia**»,

se finca justamente en que, la primera, **«prima facie»**, el juzgador niega, veda o rechaza la probanza solicitada; y, en la segunda, no obstante haber ordenado legalmente su realización o práctica, llegado el momento no se materializa, por estimar el juez que dicha probanza es innecesaria o supérflua.

12. Practicarse un medio de prueba ilícito. Como hemos apuntado con anterioridad, llámase medios de prueba a las actuaciones que dentro de un procedimiento judicial, cualquiera sea su índole, se encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el proceso. Esos medios deben de ser admisibles, concluyentes, directos, pertinentes, etc.

Cuando la causal en referencia expresa que la prueba es ilícita, estimamos que lo que quiere significar, que es aquella que no es permitida ni legal ni moralmente, vale decir, se trata de un concepto más amplio que el de ilegalidad.

En cuanto a las pruebas obtenidas ilícitamente, el tema genérico de las prohibiciones probatorias afecta, no tanto a la actividad realizada en el proceso –que se efectúa por el juez–, como a la actividad de la búsqueda de las fuentes de prueba, que es actividad de las partes. En esa búsqueda puede quedar afectado algún derecho y la calidad del mismo produce efectos diferentes. Al sancionarse la práctica de medios de prueba ilícitos, se está protegiendo a todos los derechos subjetivos; pero en forma singular a aquellos que la Constitución considera fundamentales, con lo que quedan fuera todos los demás derechos que no alcanzan ese rango, el principal de los cuales por su trascendencia práctica es el de propiedad. En rigor, no se pretende declarar la ineficacia de las pruebas ilícitas en general, sino sólo de las obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales.

Sería un ejemplo de practicarse un medio de prueba ilícito, sí el interesado robare o hurtare el documento que se encuentra en poder de su contraparte, y que manifiestamente le favorece al que ejecuta la sustracción. Otro ejemplo, sería que un sacerdote revelase, en calidad de testigo al tribunal, el conocimiento de un hecho, obtenido en la confesión. Asimismo, el que un ejecutivo bancario, a petición de un particular, revelase el depósito de

la suma de dinero que en una cuenta el demandado tiene abierta en dicha institución.

13. Por haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación. Cuando se interpone un recurso de apelación, la procedencia del mismo debe ser estudiada por el juzgador y de ser procedente, por reunir los requisitos de mérito, su admisibilidad se impone. El vicio de que se trata, surge cuando interpuesto el recurso de apelación, en forma legal y correcta, por razones que tan sólo serían imaginables, V.gr.: desafecto del juzgador hacia el recurrente, ignorancia o negligencia manifiesta de aquél, peculado, etc., la resolución es la denegatoria indebida del recurso.

Las resoluciones recurribles en apelación son las sentencias y los autos que en primera instancia ponen fin al proceso, así como las resoluciones que la ley señala expresamente y el competente para conocer de la alzada, son los tribunales de la jurisdicción a la que pertenece el juzgado en que se hubiera dictado la resolución de la que se recurre.

Para que prospere el recurso casacional por haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación, a nuestro criterio sería necesario que contra el auto que la rechaza, la parte agraviada previamente interponga recurso de revocatoria; y, sólo en el supuesto de fracasar en este recurso, procederá la casación por la declaración indebida de la improcedencia de la alzada.

14. Por infracción de requisitos internos y externos de la sentencia. Se entiende por sentencia, la resolución judicial definitiva por la que se pone fin al proceso tras su tramitación ordinaria en todas y cada una de sus instancias, o como consecuencia del ejercicio por las partes de un acto de disposición de la pretensión. La sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia, en el que se ejercita la potestad jurisdiccional declarativa y, cuando deviene firme se convierte en un título de ejecución que posibilita la potestad ejecutiva.

El mismo código en forma profesoral se encarga de subrayar en los incisos finales del Art. 523, cuándo hay infracción de la sentencia en lo que se refiere a sus requisitos internos y a los requisitos externos. Internos cuando

la sentencia es «**incongruente**» o tiene disposiciones contradictorias. Se entenderá que existe incongruencia en los casos siguientes:

a) Haber otorgado el juez más de lo pedido por el actor, «**ultra petita**», V.gr.: en un proceso reivindicatorio el reivindicante, únicamente solicitó la condena a restituirle el inmueble “x”, y el juez condenó al demandado, al pago de una suma de dinero en concepto de daños y perjuicios;

b) Haber otorgado menos de lo resistido por el demandado «**citra petita**», V.gr.: Primus reclama a Secundus \$100,000.- El demandado opone la compensación porque el actor también le adeuda dinero. El juez condena a Secundus a pagar la suma que se le reclama, pero nada dice sobre la compensación;

c) Haber otorgado cosa distinta a la solicitada por ambas partes, «**extra petita**», V.gr.: en el mismo proceso reivindicatorio, no obstante haber solicitado Primus la condena a la restitución del inmueble “x” e indemnización de daños y perjuicios, el juez declara prescritas las acciones ejercitadas; y,

d) Haber omitido resolver alguna de las causas de pedir, o alguna cuestión prejudicial o jurídica, necesaria para la resolución del proceso «**citra petita**», V.gr.: en un contrato de arrendamiento la parte actora solicita se declarase terminado el contrato por la mora de un año de arrendamiento, pago de los cánones respectivos y desocupación del inmueble. El juez sólo se pronuncia sobre los pagos de los cánones, pasando por alto las otras dos pretensiones.

Una sentencia contendrá disposiciones contradictorias, cuando el fallo evidencie la incompatibilidad de dos proposiciones, que no pueden ser a la vez verdaderas, por cuanto una de ellas afirma y otra niega lo mismo. Sabiamente el Diccionario Académico subraya que el vocablo contradictoria significa «cualquiera de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que otra niega, y no pueden ser a un mismo tiempo verdaderas ni aun mismo tiempo falsas». Ejemplos de fallos contradictorios sería aquel en que se declarase nulo un contrato de compraventa –primer punto– y como segundo se procediera a declarar resuelto dicho contrato, con indemnización de daños y perjuicios para el vendedor. Otro ejemplo sería,

que el fallo como primer punto declarase prescrita la acción ejercitada y a renglón seguido condenare a pagar X cantidad de dólares al demandado. En materia de familia sería un fallo contradictorio, si por una parte el tribunal declara la improcedencia del divorcio solicitado y por otra, declara procedente la disolución del régimen patrimonial del matrimonio.

Se entenderá que ha habido infracción de los requisitos externos de la sentencia: a) cuando se omita relacionar los hechos probados; b) cuando exista falta de fundamentación jurídica; y, c) cuando se observare oscuridad en la redacción del fallo.

Sobre el particular, el vocablo «**omisión**» equivale a abstención, inactividad frente a un deber, descuido u olvido. La frase «**fundamentos jurídicos**», a bases sobre las que estriba el Derecho, la razón principal y motivo último en que se asienta, afianza y asegura el mundo jurisdiccional. Y, la voz «**oscuridad**» significa, falta de claridad de lo escrito o hablado; confuso, poco inteligible. Es conocida la expresión: «faltar claridad en el cielo por estar nublado y especialmente cuando es de noche».

En el Derecho Comparado existe una vieja sentencia del Tribunal Supremo español (17-I-1920) respecto al «principio procesal de la congruencia»: «Una relación de conformidad o conveniencia entre las peticiones oportunamente deducidas en el proceso y la parte dispositiva de la sentencia, a fin de que correspondiéndose adecuadamente aquéllas y éstas, queden resueltas en sentido afirmativo o negativo todas las cuestiones controvertidas; bien por uno o varios pronunciamientos, bien por una fórmula general, como es la absolución pura y simple de la demanda o reconvención, con lo cual se consigue la finalidad del proceso, que no es otra que definir y hacer efectivo el derecho de las partes y evitar contiendas sobre los mismo puntos litigiosos.»

XIV. Sentencia. Arts. 534 -539

Generalidades

En los parágrafos que anteceden, hemos subrayado aspectos sobre el concepto y caracteres de la **sentencia**. Empero consideramos oportuno hilvanar unas frases panorámicas respecto a la sentencia que se debe dictar en casación.

La sentencia es un acto procesal que emite el órgano jurisdiccional para decidir definitivamente un pleito o recurso, además de poder utilizarse en los casos expresamente previstos por la ley. Dícese que hay sentencia firme, cuando no cabe recurso alguno contra ella, sea porque no lo tiene previsto legalmente, sea porque, teniéndolo, transcurrió el término para interponerlo. También se denomina sentencia irrecurrible. Hay sentencia definitiva, cuando pone término a un pleito o causa. En los últimos años se ha utilizado la denominación de sentencia final para referirse a la sentencia definitiva, la cual pasa a ser la sentencia definitivamente ejecutada. Si la sentencia recae en los incidentes, o en aspectos parciales del pleito, se dice que es sentencia interlocutoria.

Obligación de pronunciarse y orden del pronunciamiento

En la sentencia, la Sala deberá pronunciarse sobre todos los submotivos invocados por el recurrente, aún cuando sólo fuere procedente casar la sentencia por uno de ellos (Art. 534). En la “Ley de Casación” de 1953 bastaba que un solo submotivo pegase y la sentencia se casaba.

Orden en el pronunciamiento de la sentencia casacional

El tribunal deberá pronunciarse en primer lugar sobre los submotivos de forma (in procedendo), y sólo se pronunciará sobre los de fondo (in iudicando) si aquéllos fueren desestimados (Art. 522). Igual acontecía en la Ley de Casación de 1953.

Iura novit curia

El tribunal de casación – Sala de lo Civil- está vinculada al fallar por los motivos invocados y en razón de los argumentos jurídicos que hubiere presentado el interponente. No obstante, dentro de los anteriores, podrá resolver con aplicación de otras normas y fundamentos jurídicos que estime pertinentes, aunque no coincidan con los del recurrente (Art. 536). Por ende, aflora la locución latina «iura novit curia» la cual da a entender que las partes únicamente tienen que exponer los hechos al juez, puesto que éste está capacitado para aplicarles el derecho que corresponda.

Recursos por quebrantamiento de forma

En la sentencia, la Sala deberá pronunciarse en primer lugar – repetimos- sobre los submotivos de forma (in procedendo), y sólo se pronunciará sobre los de fondo (in iudicando) si los de forma fueran desestimados. Más, deberá pronunciarse sobre todos los submotivos invocados por el

recurrente, aún cuando sólo fuere procedente casar la sentencia por uno de ellos. ¿Fundamento de esta disposición? Que a través del recurso de casación se debe controlar el correcto entendimiento y aplicación de las normas o jurisprudencia aplicables al fondo de litigios concretos, al tiempo que unifica los criterios a seguir en la interpretación de dichas normas o jurisprudencia, cuando hubieran de aplicarse a situaciones similares.

En esa virtud, pues, si se casa la sentencia por vicios de forma, esto es, por alguno de los catorces ordinales que en forma taxativa se puntualizan en el Art. 523, se anulará el fallo, y se ordenara devolver el proceso al tribunal remitente, a fin de que reponga la actuación desde el acto viciado; pero si el vicio se refiriera a cuestiones relativas a la jurisdicción, competencia o vía procesal, sólo procederá la anulación (Art. 537 inc. 2º)

La sentencia de rechazo es de naturaleza declarativa. No estatuye sobre la cuestión de fondo, limitándose a dejar en vigor la decisión del tribunal *ad quem*. La sentencia sencillamente estaba suspendida y readquiere su eficacia al cesar el efecto suspensivo como consecuencia del rechazo.

La otra posibilidad es que se acoja el recurso, decretándose la casación de la sentencia impugnada. Entonces estaremos frente a una sentencia constitutiva. Algunos tratadistas exponen que se trata de una sentencia compleja. La primera –o la primera parte, dado que se realiza en un sólo acto, aún cuando se trataría en puridad de dos – que anula, es la constitutiva; y la segunda, declarativa, constitutiva o de condena, según el contenido.

En lo tocante al reenvío, sólo se permite en caso de casación en la forma. Mientras que si hay casación en el fondo, es el propio tribunal casacional el que anula la sentencia y dicta otra en su lugar.

Recursos por infracción o errónea aplicación de la norma de derecho

Si se casare la sentencia en cuanto al fondo, repetimos, se dictará la que en su lugar corresponda. La Sala se convierte en tribunal de instancia.

Ahora bien, si la casación se fundare en errónea decisión respecto de la admisibilidad o la valoración de la prueba, y tal decisión determinare la parte dispositiva del fallo, el tribunal casacional deberá pronunciarse

en cuanto al fondo sobre la prueba que considere admisible o sobre la valoración que entienda que corresponde; y sólo procederá devolver los autos al tribunal que cometió el vicio, cuando se considerare que la prueba no admitida es capaz de incidir en el fallo; y en tal caso, deberá procederse por ese tribunal a su diligenciamiento. (Art. 537 inc. 3°)

«Errónea decisión» El adjetivo erróneo significa que contiene error, V.gr.: doctrina errónea, discurso erróneo. En teología se dice «conciencia errónea» Y decisión, significa determinación, resolución que se tomó o se da en una cosa dudosa (en la sentencia). En lo tocante a la «valoración de la prueba» no es más que el juicio que acerca de la autenticidad y de la eficacia de las pruebas en un proceso civil o mercantil, hace quien juzga».

¿Casación fundada en errónea decisión respecto de la admisibilidad o valoración de la prueba y tal decisión determina la parte dispositiva del fallo?

Sería el caso que en un proceso de Reivindicación, la Cámara de Segunda Instancia haya tenido por acreditada la posesión del inmueble objeto de la disputa, con la declaración de tres testigos, rechazando la prueba del «Reconocimiento Judicial». La acción reivindicatoria es una acción real que puede ejercer el que tiene derecho a poseer una cosa, para reclamarla de quien efectivamente la posee. Por ende, se vincula con el título, con el derecho a poseer, con independencia de la posesión misma. La Sala comprobada la errónea decisión de la Cámara, en lo relativo a la denegación de prueba legalmente admisible, pues ha sido determinante para el fallo adverso en contra del reivindicado, anulará la sentencia, procediendo a devolver los autos al tribunal que cometió dicho vicio, ya que la prueba no admitida fue determinante para incidir en el fallo.

Corrección de motivación jurídica

La Sala **desestimar**á el recurso cuando, no obstante existir error en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, por concurrir vicios o defectos que produzcan la infracción o errónea aplicación de la norma de derecho utilizadas para resolver el caso, se establezca que tal sentencia es correcta y ajustada a derecho, conforme a otros fundamentos y motivos jurídicos de derecho. En este caso la Sala, se limitará a corregir la motivación, dándole al fallo la adecuada fundamentación jurídica. (Art. 538).

Sería el caso de una nulidad procesal. El demandado no fue emplazado correctamente; sin embargo, se hizo presente al proceso y no alegó el vicio de que se trata. La Cámara sentenciadora declaró la nulidad de lo actuado a pesar de que el acto viciado había sido convalidado. Al conocer en casación la Sala deberá desestimar el recurso impetrado ya que si bien la nulidad existió de conformidad al Art. 236 del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil «Si se tratare de nulidad subsanable, la parte afectada podrá convalidar el acto viciado expresa o tácitamente. Existe convalidación tácita cuando la parte afectada no denuncia el vicio en el plazo de cinco días hábiles, luego del conocimiento del acto viciado.» Consecuentemente, no obstante, existir error en la fundamentación jurídica de la Cámara *ad quem* por concurrir el vicio en referencia, dicha sentencia es correcta y ajustada a derecho conforme a los fundamentos y motivos jurídicos que se subrayan en el reiterado Art. 236. La Sala se limitará a corregir la motivación, dándole al fallo la adecuada fundamentación.

Condena en costas

Si se desestima el recurso se condenará en costas al recurrente, las que serán determinadas conforme a lo dispuesto en el Arancel Judicial.

La parte de gastos procesales ocasionados en el propio proceso, son las costas. Los desembolsos económicos que han de efectuar las partes por los gastos producidos directamente por el proceso, V.gr.: derechos arancelarios que devengan los profesionales; las indemnizaciones a testigos; los honorarios de los letrados, peritos; gastos derivados de publicaciones de anuncios o edictos; etc.

REVISION DE SENTENCIAS FIRMES

Arts. 540-550

EL RECURSO DE REVISION.

A. Concepto, fundamento y naturaleza.

Se entiende por «recurso de revisión» la acción de impugnación mediante la cual la parte gravada, interpone una pretensión constitutiva de anulación de una sentencia firme, que reputa injusta por haberse fundado en el

desconocimiento por el juzgador de hechos relevantes que no pudieron aportarse al proceso, en hechos declarados penalmente falsos o por haber dictado el juez la sentencia bajo la influencia de determinados vicios del consentimiento. (Vicente Gimeno Sendra).

Al igual que el recurso de audiencia al rebelde, el tradicionalmente denominado en algunas legislaciones «recurso de revisión», no encierra ejercicio de medio de impugnación alguna y de aquí que las legislaciones no en vano deliberadamente hayan omitido esta calificación jurídica. La revisión en realidad, de acuerdo con Calvo Sánchez es «un proceso nuevo e independiente en el cual se ejercita una acción impugnativa autónoma».

En dicho proceso el actor interpone una pretensión constitutiva de anulación de una sentencia firme, fundada en algunos de los motivos generales contemplados en la ley y los que están arbitrados para restablecer el valor constitucional de la «justicia».

Pero el fundamento, en último término de la revisión hay que encontrarlo en la exigencia constitucional de que la tutela judicial sea «efectiva» y que en el proceso civil y mercantil, se otorgue la razón a quien efectivamente la tiene, dentro y fuera del proceso, y no a quien ha sabido moverse en él, con malas artes, insidias o enredos, es decir, en la exigencia de que los tribunales descubran la verdad a fin de impartir una justicia «material y efectiva».

Es obvio que la impugnación de la cosa juzgada sólo puede permitirle un ordenamiento jurídico de modo excepcional, por cuanto implica nada menos que desconocer la inimpugnabilidad e irrevocabilidad de las resoluciones judiciales, pero se trata de la última exigencia de la justicia frente a la seguridad jurídica.

B. Legitimación

Exhibe legitimación activa la «parte perjudicada» por la sentencia firme cuya anulación se pretende (Art.543). Al igual que en la audiencia al rebelde, tan sólo puede interponer la demanda de revisión quien haya sufrido gravamen por la sentencia firme, y ostente el derecho de conducción

procesal, o lo que es lo mismo, quien haya sido parte formal y condenado en el proceso en el que se hubiere dictado la sentencia firme.

C. Competencia

Dispone el Art. 540 que la revisión de sentencias firmes se solicitará a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. No procederá la revisión de las sentencias firmes que, por disposición legal, carezcan de efectos de cosas juzgadas.

La competencia objetiva para conocer de las demandas de revisión corresponde, pues, al tribunal de casación dentro de sus respectivas competencias.

D. Motivos generales

Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme (Art. 541):

1. Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiera podido disponer por *fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado la sentencia*. (“Fuerza Mayor”, la que por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación”)
2. Si se hubiera pronunciado en virtud de documentos *declarados falsos en proceso penal, o cuya falsedad fuera declarada después*. (Debe existir, por tanto, sentencia firme)
3. Si se hubiera pronunciado en virtud de *prueba testifical o pericial* y los testigos o peritos *hubieran sido condenados por falso testimonio* dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. (También debe existir sentencia ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada)
4. Si el caso se hubiere ganado *injustamente por cohecho, violencia o fraude*. (Sentencia firme que declare el delito de cohecho, la nulidad por la violencia, o el dolo por las maquinaciones fraudulentas)

E. Plazos de interposición

El Art. 544 del nuevo código establece un *plazo general*: «Se rechazará el recurso de revisión que se interponga después de transcurrido el plazo de «*caducidad de dos años*», contados desde el día siguiente, al de la notificación de la sentencia que se pretenda impugnar.»

Por su lado, el Art. 545 establece *plazos especiales*: «Tampoco procederá la revisión cuando hubiera transcurrido el «*plazo de caducidad de tres meses*», contados desde el día siguiente a aquél en que se hubieran descubierto los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiese reconocido la falsedad.»

Por último, el Art. 546 subraya el plazo de interposición para *el demandado rebelde*: «En el caso del demandado que hubiere permanecido en «*constante rebeldía*», no procederá la revisión, una vez transcurrido el plazo de «*caducidad de tres meses*» contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.»

«Si la sentencia que se pretende impugnar fue *notificada personalmente*, el plazo de «*caducidad*» será de *treinta días*, que se contarán a partir del día siguiente a aquél en que se notificó la sentencia dictada en apelación o en el extraordinario de casación cuando procedan.»

«Los plazos previstos para el demandado que hubiere permanecido en *constante rebeldía*, podrán prolongarse si subsiste la fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde la comparecencia, pero sin que se sobrepase el general de dos años.» (Vgr, alguien que hubiese sido secuestrado; el que halla estado en coma a consecuencia de un trauma cerebral, etc, etc.)

F. Demanda de revisión. Alegaciones de las demás partes

Los Arts. 547 y 548 se ocupan de la demanda de revisión y de su tramitación. Obviamente, tal demanda habrá de sustanciarse en algunos de los motivos contemplados en el Art. 541 «*motivos generales*», que han de ser siempre de interpretación restrictiva.

De la exégesis del precepto dicho – Art. 541 – se infiere que el ordinal primero del citado artículo, los documentos han de ser «decisivos», lo que cabe entender como relevantes para la solución del objeto procesal, de tal suerte que si de valorarse por el juez a quo, tales documentos el fallo de la sentencia seguiría siendo el mismo, no procede la anulación de la sentencia. En segundo lugar «que no se hubiere podido disponer» en el proceso declarativo, lo que excluye los documentos antiguos que obren en registros o archivos públicos. Finalmente, la causa de la no aportación de tales documentos al proceso ha de residir en la «fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado la sentencia», es decir, bien en la imposibilidad de aportación por las partes, debido a la concurrencia de dicha causa de «fuerza mayor» o al incumplimiento por el actor, de su obligación procesal de exhibición de documentos y de probidad. Incumbe al actor lógicamente la prueba de la permanencia en situaciones de fuerza mayor.

En lo tocante, al numeral segundo del Art. 541 «Si se hubiera pronunciado en virtud de documentos declarados falsos en proceso penal, o cuya falsedad fuera declarada después». Al igual que en el motivo anterior, también aquí los documentos habrán de ser «relevantes» para determinar el contenido del fallo.

Deberán ser «viejos» o existentes en el proceso declarativo e ignorada la existencia de la sentencia penal declarativa de la falsedad por la parte actora. Pero además precisan haber sido declarados falsos en un proceso penal.

En lo referente al motivo tercero del Art. 541 «Si se hubiera pronunciado en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o peritos hubieran sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia». También aquí la declaración de los testigos o peritos, condenados por el delito de falso testimonio de los contemplados en el Art.305 Pn., han de ser relevantes para haber fundado el fallo de la sentencia impugnada.

Finalmente, el motivo cuarto del Art. 541 «Si el caso se hubiere ganado injustamente por cohecho, violencia o fraude». Ha de tenerse en cuenta que el delito de cohecho precisa, al igual que los dos supuestos anteriores,

una sentencia penal firme que declare su existencia. La violencia es una causa de nulidad de la sentencia, que puede ser impugnada también por la vía del incidente de nulidad de actuaciones. Las maquinaciones fraudulentas muy comunes en estos casos, son actuaciones de la parte procesal que en forma dolosa colocan a la parte contraria en una situación de indefensión o en su caso provocan que el tribunal cometa un error, en su favor, en la sentencia que pone fin al proceso. Incuestionablemente, la maquinación fraudulenta exige una demostración de que se ha llegado al fallo condenatorio del demandado por medio de argucias, artificios o ardides encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que existe nexo causal entre el proceso malicioso y la resolución judicial.

G. Motivos para la revisión de la sentencia dictada en rebeldía

Debido a que la «justicia» es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, el ordenamiento procesal no puede permanecer impasible ante la posibilidad de existencia de sentencias firmes, que bien sea por la circunstancia de que se han dictado «inaudita parte» sin posibilidad de defensa por el demandado, bien porque con posterioridad a la notificación de la sentencia y como consecuencia de la aparición de nuevos hechos que evidencian la equivocación del juzgador, pueda existir la fundada sospecha de que dichas sentencias contravienen al valor constitucional de la justicia.

En tales supuestos, el principio constitucional de «seguridad jurídica» garantiza la cosa juzgada, ha de ceder a favor del valor superior de la «justicia».

Para obtener este objetivo, surgen los medios de rescisión de la cosa juzgada, los cuales presuponen la existencia de una sentencia firme, en cuanto tal, goza de todos los efectos de la cosa juzgada, estando dirigidos a conseguir su nulidad y, en su caso, ha obtener la retroacción de las actuaciones procesales a fin de restablecer el vicio procesal causante de una indefensión material.

A través de tales medios, de lo que se trata es de restablecer determinados derechos fundamentales contenidos en el derecho a la tutela judicial efectiva, V.gr.: derechos fundamentales de acceso al proceso y de defensa, derecho a la obtención de una resolución ajustada a derecho y congruente.

En la medida en que a través de tales medios de rescisión se pueden restablecer los referidos derechos fundamentales, tales procesos impugnativos participan de la naturaleza del amparo ordinario.

El Art. 542 subraya los motivos de que se trata, así:

El demandado que hubiera permanecido en rebeldía podrá solicitar la revisión de la sentencia:

1. Cuando concurra fuerza mayor ininterrumpida que le hubiese impedido comparecer en todo momento, aunque hubiere tenido conocimiento del proceso, por habersele comunicado; y,
2. Cuando desconociera la demanda y el proceso, bien porque se le notificó por esquila que no llegó a su poder, por causa que no le sea imputable, bien porque la comunicación se hubiera practicado por anuncios y el demandado hubiese estado ausente del lugar del proceso o de cualquier otro de la República en que dicha notificación se hubiera producido.

Como puede advertirse, el denominado recurso de revisión de la sentencia dictada en rebeldía, encierra una pretensión constitutiva de anulación, interpuesta por el demandado rebelde, contra la sentencia dictada en su ausencia y fundada en su imposibilidad de comparecencia al proceso o en desconocimiento de su existencia. Mediante el recurso en examen, de lo que se trata es de evitar que sea condenado quien no ha tenido siquiera la oportunidad procesal de ejercitar su derecho de defensa. De allí que en buena técnica jurídica, más que ante un recurso, nos encontramos ante una «acción impugnatoria autónoma», a través de cuyo ejercicio se interpone una pretensión constitutiva de anulación de una sentencia firme por las tasadas causas contempladas en el reiterado Art. 542.

H. Procedimiento

El recurso de revisión –tanto por virtud de los motivos generales (Art. 541) como por los motivos para la sentencia dictada en rebeldía- se debe interponer por escrito, con los requisitos y formalidades previstos para la demanda en el proceso común, V.gr.: identificación ante el tribunal que se promueve; nombre del demandante y del demandado, domicilio de ambos; nombre del procurador del actor; los hechos en que éste funda su petición, enumerándolos y describiéndolos con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y

defensa; los argumentos de derecho y las normas jurídicas que sustenten su pretensión; los documentos que acrediten el cumplimiento de los presupuestos procesales, los que fundamenten la pretensión y los informes periciales, de existir; las peticiones que se formulen, indicándose el valor de lo demandado, si fuere dable; y, el ofrecimiento y determinación de la prueba, si existiese.

Admitido el recurso, la Sala de lo Civil solicitará que se le remitan todas las actuaciones del proceso cuya sentencia se pretenda rescindir; y emplazará a cuantos en él hubieren litigado o a sus causahabientes, para que dentro del plazo de cinco días manifiesten su defensa.

Presentadas las alegaciones de defensa, o transcurrido el plazo para ello sin haberlo hecho, se dará a las actuaciones la tramitación establecida para el proceso abreviado.

En el proceso de revisión no se entra en la cuestión de fondo que fue objeto del proceso anterior, simplemente se rescinde la sentencia, devolviéndose los autos al tribunal remitente para que las partes usen de su derecho en el proceso respectivo. Es decir, rescindida la sentencia, la situación jurídica entre las partes queda como si no hubiese existido el proceso anterior, del que ninguna actuación queda válida, por lo que si una de las partes lo estima conveniente puede incoar otro proceso planteando la misma pretensión, contra la que no podrá oponerse la excepción de cosa juzgada. En este posible proceso ulterior, las declaraciones hechas en la sentencia de revisión, no podrán ya ser discutidas debiendo ser tomadas como base.

La única limitación a la «*restitutio in integrum*», proviene de la salvaguarda de los derechos adquiridos, que se refiere al tercero de buena fe que hubiera adquirido a título oneroso de alguien que pudiera transmitir con arreglo al registro público correspondiente.

Si se suscitaran cuestiones prejudiciales penales durante la tramitación de la revisión, se aplicarán las normas generales establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil.

I. Decisión. Recursos

Si la Sala de lo Civil estimara procedente la revisión solicitada, lo declarará así y rescindiré la sentencia que se impugna. Mandará expedir certificación del fallo y devolveré el expediente al tribunal del que proceda, para que las partes usen de su derecho en el proceso respectivo. En dicho proceso habrán de tomarse como base, sin que puedan ser discutidas las declaraciones hechas en la sentencia de revisión.

Si la Sala desestimare la revisión solicitada, condenará en costas al recurrente y contra la sentencia que dicte la Sala no habrá recurso.

J. Eventual suspensión de la ejecución.

La interposición de un recurso de revisión, no suspenderá la ejecución de las sentencias firmes que lo motiven, salvo lo dispuesto en los casos de suspensión del proceso de revisión y de las sentencias dictadas en rebeldía.

BIBLIOGRAFÍA

- Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo, Silvia Barona Vilar, «El Nuevo Proceso Civil», 2º Edición, Tirnat lo Blanch, Valencia, 2001.
- Vicente Gimeno Sendra, «Derecho Procesal Civil», 2º Edición, Colex, 2007.
- Valentín Cortés Domínguez, Víctor Moreno Catena, «Derecho Procesal Civil», Parte General, 3º Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Jaime Guasp, «Derecho Procesal Civil» 3º Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- Roberto Romero Carrillo, «La Normativa de Casación», 1º Edición, Ministerio de Justicia, 1992.
- Mauricio Ernesto Velasco Zelaya, «Reflexiones Procesales» 1º Edición, Editorial Lis, 2002.

LECCIÓN DÉCIMA CUARTA¹⁴³

LA EJECUCIÓN FORZOSA

“La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás Tribunales que establezcan las leyes secundarias integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo, así como en las otras que determine la ley”.

Artículo 172 de la Constitución de la República

Sabido es, que el proceso es un conjunto sistematizado y ordenado de actos que tienden a resolver un conflicto jurídico preexistente, lo cual se realiza mediante la sentencia definitiva de fondo y que, cuando ésta es declarada ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada, queda apta para ser cumplida en forma espontánea por el vencido, y, de lo contrario, nace para el ejecutante o vencedor la facultad de exigirla mediante la coercibilidad o *imperium* del Estado. En este último caso, es cuando hablamos de la ejecución forzada de la sentencia, a lo cual está dedicado el Libro Quinto de la nueva ley, concretamente de los artículos 551 al 699.

En el Código de Procedimientos de 1882, la ejecución de la sentencia estaba contenida a partir del artículo 441 hasta el 454 de dicha normativa, complementada por algunos artículos del Código Civil, entre ellos, en

¹⁴³ Román Gilberto Zúniga Velis

el Libro Cuarto, Título XII que trata del efecto de los contratos y de las obligaciones, específicamente del artículo 1416 al 1430; lo mismo que en los Arts. 500 y 501 del C.Pr.C. , referentes a la ejecución de las sentencias de los juicios verbales, así como de los Arts. 653 a 658 del C.PrC. al tratar de los casos singulares en el Juicio Ejecutivo, por manera de que la simple comparación entre ambos códigos aparece más lógico el contenido de la nueva ley, pues, si analizamos cronológicamente esos aspectos veremos que si la ejecución forzada es la última etapa de un proceso, es natural que esta se encuentre en el último libro y no en la parte final del Libro Primero, como sucedía en el Código de Procedimientos Civiles, libro que trata de los procedimientos civiles, en Primera Instancia (diríamos que más propiamente trata del *proceso In-abstracto*).

Gran parte del articulado del nuevo código se basa en que todo se encuentre en una forma más articulada y ordenada, desde las conceptualizaciones iniciales, pasando por las instituciones nuevas como es la ejecución provisional de las sentencias, así como la ejecución dineraria, que es lo que, tanto los jueces de lo Civil y Mercantil como los litigantes ven a diario, continuando con las ejecuciones no dinerarias, por cierto bien clasificadas, concluyendo con un procedimiento especial que es el que trata de la liquidación de cantidades.

TÍTULO PRIMERO: DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO PRIMERO: PRINCIPIOS DE LA EJECUCIÓN FORZOSA

1°. En doctrina, lo cual se proyecta en la parte en estudio, se distingue el principio de que la ejecución forzada es de carácter jurisdiccional, vale decir, pertenece a la esfera de acción del Órgano Judicial, tal como lo confirma el Art. 172 del código máximo, que ha sido transcrito al inicio de este trabajo. Tesis que contraría el pensamiento de algunos juristas, los cuales consideran que pertenece a la esfera administrativa.

2°. Es una actuación sustitutiva a la voluntad renuente del ejecutado que no quiso cumplir en forma espontánea con la obligación impuesta en la sentencia.

3°. Es una actividad que procede a petición de parte, cual si se tratase de una demanda, aunque posteriormente el juez la impulsará

de oficio. Comienza la ley señalando el acceso a la ejecución forzosa en el Art. 551, el cual merece cierta explicación: Lo cual significa que la sentencia por cumplir puede ser aceptada expresamente por las partes o que no interponiéndose recurso alguno o no existiendo, la sentencia causa ejecutoria, en cuyos casos tendrá que entregarse al ejecutante una ejecutoria (sinónimo de documento que sirve para ejecutar la sentencia). Y coadyuvando esto, porque se venció el plazo señalado para cumplir la sentencia resultando que el vencido no cumplió el mandato judicial dentro del término que se le señaló, motivando este cúmulo de situaciones el acceso a la acumulación forzada, notándose que este principio está contenido dentro de este Art. 551. Hay otro principio contenido en el Art. 552 que la ley ha dado en llamar “principio de completa satisfacción del ejecutante”. Siendo este artículo del tenor literal siguiente: “La ejecución forzosa se llevará a efecto en sus propios términos, y el ejecutante tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en razón del incumplimiento, sea a causa de dolo, negligencia, morosidad del ejecutado o cualquier contravención al tenor de la obligación que se ejecuta. La ejecución sólo terminará cuando el derecho del ejecutante haya quedado completamente satisfecho”.

En tal artículo se destaca la literalidad con que idealmente debe cumplirse el título de ejecución o ejecutorio, destacando también que por el solo hecho del no cumplimiento de la obligación en forma espontánea, existe la indemnización de daños y perjuicios a favor del ejecutante. En principio tal artículo destaca que el ejecutante debe quedar completamente satisfecho lo cual no quiere decir que éste pueda renunciar total o parcialmente al derecho que le otorga la ley. Finalmente, el Art. 553 señala que tal “derecho” prescribe a los dos años, pero no desde que ha quedado firme la sentencia o resolución o decreto análogo, sino que estimamos que la prescripción se cuenta a partir del día siguiente de aquel en que concluyó el término para que el mandato se cumpliera en forma espontánea.

Finalmente, indicaremos que la ejecución forzada tendrá su base en los títulos de ejecución o ejecutorios a diferencia de los títulos ejecutivos, que son aquellos que dan origen al juicio declarativo especial ejecutivo que se ha analizado en el Libro III de este código.

TÍTULOS DE EJECUCIÓN

En este capítulo, que abarca del Art. 554 al 560, el legislador comprende la tradicional clasificación -de títulos de ejecución nacionales y extranjeros, teniendo ambos y desde ya aclaremoslo- la calidad, generalmente hablando, de sentencias definitivas y de títulos análogos comprendiendo generalmente los autos definitivos, o sea, los que ponen fin al proceso haciendo imposible su continuación, siendo las demás resoluciones consistentes en acuerdos que han sido aprobados por el juez y transacciones judiciales que han sido homologadas, es decir, que han recibido el visto bueno del juzgador.

Consideramos que este es el momento oportuno para diferenciar los llamados *títulos ejecutivos* que son los que dan origen al Proceso Ejecutivo y que son los contenidos en el Art. 457 de la nueva legislación; en cambio, los títulos ejecutorios o de ejecución son los que se obtienen después de haber finalizado a favor del actor la fase declarativa, sea de un proceso ejecutivo o de uno declarativo (común o abreviado) o de cualquier otra clase. También, oportuno es observar que de acuerdo con este Libro Quinto que estamos estudiando hay solo un sistema para la ejecución de la sentencia, que obvia el doble procedimiento contenido en el Código de Procedimientos Civiles de 1882 en donde la primera manifestación se encuentra en la fase de apremio o ejecutiva propiamente tal del juicio ejecutivo y la segunda, dentro de la llamada *ejecución o cumplimiento de sentencia* de que nos habla el Art. 450 y siguientes de dicho cuerpo legal.

El Art. 554 de la nueva ley señala cuáles son los títulos de ejecución o ejecutorios, y se refiere, en primer lugar, a las sentencias judiciales firmes, o sea, aquellas que no admiten recursos, pero que además de ejecutoriadas -diríamos nosotros pasadas en autoridad de cosa juzgada, esto sin contar, desde luego por ahora, con la ejecución provisional de las sentencias, en otras palabras, a decir de los tratadistas, la ejecución de las sentencias no firmes.

Se refiere la ley, en segundo lugar, a los laudos arbitrales firmes, o sea, las sentencias pronunciadas en los arbitrajes de cualquier naturaleza cuando no se ha intentado el recurso de nulidad del laudo arbitral en el tiempo determinado por la ley; en tercer lugar, debemos entender que

tienen fuerza ejecutoria los acuerdos judiciales aprobados por el juez y las transacciones judiciales homologadas por el funcionario jurisdiccional, haciendo la aclaración de que, en lo que se refiere a la transacción es la que se da dentro del proceso y no el contrato de que habla el Código Civil en el Art. 2192 y siguientes. Agregamos también que el acuerdo que el juez aprueba puede darse en la etapa de la conciliación de la audiencia preparatoria así como también en los casos de renuncia, desistimiento o allanamiento contenidos en los Arts. 294, 295 y 296 de la nueva ley.

En cuarto lugar, la ley señala las multas procesales, las cuales están contenidas en el Art. 701 de la nueva ley, debiendo interpretarse que son títulos de ejecución y no ejecutivos, como erróneamente dice la ley, y es que en verdad son ejecutorios porque ya pasaron el tamiz de carácter procesal.

El numeral quinto, que se refiere a las planillas de costas judiciales, es también repetición de lo que en la ley actual es un título ejecutivo, pero que en el nuevo código tienen la categoría de instrumentos de ejecución por la misma razón de tener un antecedente procesal.

COMPETENCIA

Al hablar de competencia, estamos recordando la parte de la jurisdicción que corresponde a un juez para ejercer su jurisdicción. Recordemos asimismo que lo que hace que esa parte de la jurisdicción le corresponda a un juez es la materia, el territorio, la función o grado y la cuantía. La competencia a que aquí se hace referencia conlleva todos esos elementos, pero predomina la función o grado. Recordemos que aquí estamos ante la etapa final de un proceso, es decir, su ejecución forzada, por lo que cobra relevancia el juez que ha venido conociendo del proceso o el que, en su caso, debió conocerlo. Decimos lo anterior porque el principal artículo de este capítulo, o sea el 561, destaca en todos sus incisos, incluso en el que no da una respuesta, que la sentencia o sus similares serán ejecutados por el Juez que conoció en primera instancia, no importando en que tribunal se declaró ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada, la sentencia que se va a ejecutar. El único caso que amerita estudio es el caso en el cual se ha conciliado, en conciliación autónoma, pues en tal caso no le da competencia al juez con el cual se obtuvo la conciliación en

cuyo caso, se buscará al juez que sea competente tomando en cuenta los títulos que determinan la competencia. Creemos que este es el lugar en que debemos recordar el Art. 1097 del Código de Procedimientos Civiles, el cual es del tenor literal siguiente: “La Corte, Cámaras y tribunales superiores, fuera de los casos expresamente señalados, no tienen jurisdicción sino para conocer en grado de los decretos y sentencias apelables o suplicables. Por consiguiente, al Juez de Primera Instancia corresponde de lleno ésta y la ejecución de toda sentencia ejecutoriada y de sus incidencias y dependencias”. Deseamos opinar que en la nueva ley, así como en la anterior, la palabra *ejecutoria* tiene dos significados, pues tanto equivale a la sentencia que ya no admite ningún recurso y que por ello está apta para poderse cumplir voluntaria o forzosamente, así igualmente equivale a hablar del documento necesario para poder hacer cumplir el mandato judicial, con la salvedad de que aquí se le da mayor énfasis a que el tribunal en que causa ejecutoria envía una certificación de esta al juez de Primera Instancia, lo cual no obsta, a nuestro criterio, para que el vencedor pida en lo particular su propia ejecutoria tal cual sucede en la actualidad. Todo lo dicho con anterioridad es con relación al título de ejecución o ejecutoria nacional, pues las reglas varían en cuanto al título ejecutivo que proviene del extranjero, en cuyo caso no ha habido juez que haya conocido en primera instancia, por lo que habrá que escoger un juez hasta cierto punto, originario y las causas que lo determinan son obvias, según lo determina el Art. 562 y el cual, después del reconocimiento que da la autoridad competente nos señala en primer lugar, el domicilio del demandado y, específicamente, en cuanto a obligaciones de dar cosas distintas del dinero, el lugar donde se encuentre la cosa que se ha de entregar y finalmente el lugar en que se encuentran los bienes que han de embargarse cuando la obligación sea dineraria o pecuniaria como también la llamada la ley en una forma no muy exacta.

Finalmente, y bajo el acápite “Examen de oficio de la competencia”, muy de moda en los ordenamientos procesales modernos, pero que no obstante ellos, los jueces de lo Civil y de lo Mercantil lo aplican actualmente integrando así las normas procesales, lo faculta al juez para calificar su competencia, lo cual implica también que ha calificado previamente su jurisdicción ya que acabamos de ver que el cumplimiento de las sentencias tiene que ver con el ámbito internacional. Comentable es también que media vez aceptada la competencia no podrá revocarla de oficio, pues recordemos que el estudio de la competencia se analiza

afanosamente por el funcionario y mal haría reformarlo cuando ya el despacho de ejecución se está diligenciando. Es lógico también que si observa que territorialmente no es competente se declare como tal y lo envíe al funcionario adecuado. Continuemos con el recurso que la ley otorga de la resolución en que se declare incompetente resulta que este es el de apelación y el cual al no decirse en que efecto se concede, diremos que es con efecto suspensivo, siguiendo la tradición actual, la que cuando la ley no dice cuales son los efectos se entenderá que es en ambos o sea devolutivo y suspensivo como dice la legislación actual lo que ha sido cambiado por la nueva ley, al hablar solo de efecto suspensivo.

Finalmente, deseamos expresar que en esta materia raramente podrían darse problemas, pues de antemano se sabe que Juez ha conocido en Primera Instancia y por consecuencia sabemos que juez ha pronunciado el fallo, por lo que tal vez el problema se podría presentar respecto de los títulos ejecutorios provenientes de país extranjero.

LAS PARTES EN LA EJECUCIÓN

Trata la normativa, de los Arts. 564 a 569, del elemento subjetivo o elemento personal en esta etapa de la ejecución. Los primeros artículos partiendo del caso ideal, nos habla del que ha sido actor (ejecutante) y del que ha sido demandado vencido o ejecutado; sin embargo, puede en el desarrollo del proceso ya en la ejecución operarse un cambio en cualquiera de las posiciones, y se habla entonces de la Sucesión Procesal, la cual podría darse por causa de muerte, por ejemplo, pudo haber fallecido el demandado en cuyo caso el proceso se seguirá contra los herederos, o puede ser que el actor (ejecutante) haya cedido la acción litigiosa, en cuyo caso, en la parte demandante, intervendrá el cesionario de derechos. Llama la atención que en los primeros artículos la ley habla de pedir refiriéndose al ejecutante y “despacharse”, refiriéndose al despacho de ejecución que es la resolución que recae a la petición inicial del ejecutante dentro de esta etapa procedimental. En lo que se refiere al título, esto se refiere a la ejecutoria que la posee oficiosamente el Juez que ejecutará la sentencia o tal como hemos dicho podrá ser presentada en forma particular por el ejecutante.

La situación sucesoria deberá comprobarse con prueba instrumental, y se supone que ésta deberá llenar los requisitos legales, para el caso, la escritura pública, y en su caso, la declaratoria de heredero y la notificación al deudor de quien es su nuevo acreedor. Cuando no estamos en el caso de perfección la ley ha previsto un procedimiento dentro del cual habrá una audiencia y según lo probado el juez resolverá lo pertinente tal resolución no tendrá eficacia prejudicial, lo cual a nuestro juicio nos indica por ejemplo que no tendrá ningún efecto en cualquier otro proceso relacionado con el asunto, agregamos que aquí el juez podrá admitir la documentación aunque incompleta para el único efecto de salir del problema sin mayores consecuencias.

En otro tópico, resulta que además de que puede haber acumulación de ejecuciones, reuniéndose los distintos procesos, por ejemplo cuando un mismo deudor es perseguido por varios acreedores, resulta que el Art. 566 plantea a nuestro juicio, otra alternativa que tenga un segundo ejecutante y consiste en que si así lo desea, opta, no por acumular su proceso, sino están a la expectativa de si hay un sobrante de la otra ejecución para poder embargar ese sobrante.

Muy importante es el artículo que sienta las bases para que en un proceso de ejecución puedan intervenir terceros interesados como podría ser el tercero con dominio excluyente, el tercero de pago preferente y el que sin ser deudor haya hipotecado sus bienes, aunque somos de opinión que la demanda correspondiente debió de haberse dirigido contra él, así como sucede con el artículo siguiente (568), el cual al, referirse a los Codeudores Solidarios nos dice “Si se trata de obligaciones solidarias, la ejecución podrá dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, *siempre que figure expresamente como condenado en el título que se pretende ejecutar por haber sido parte en el proceso en que se dictó la sentencia*”.

Finalmente, y en materia de costas procesales, sabemos que estas deben ser satisfechas por el vencido, y aunque la letra de la ley, en apariencia dice lo contrario, pensamos que estas deben ser facilitadas por el ejecutante, puesto que a él le interesa caminar con rapidez, por ello este debe apartarlas en forma inmediata, pero en forma definitiva o final, le serán cargadas al ejecutado. No otra cosa podemos deducir de

la letra de la ley cuando dice: “Sin perjuicio de proceder judicialmente a la liquidación definitiva cuando se dé por finalizada la ejecución”.

SOLICITUD DE EJECUCIÓN

Como hemos visto con anterioridad, y el Art. 570 lo ratifica, la ejecución forzada, o forzosa, sólo podrá iniciarse a instancia de parte del ejecutante en el cual se deberá identificar suficientemente con sus señas generales a la persona del ejecutado para evitar en lo posible casos de Homonimia, el título en que se funde, es decir, si es una ejecutoria o la certificación de un laudo o una transacción debidamente homologada, lo que se busca obtener, o sea, en definitiva la satisfacción de la sentencia estimativa obtenida y las actuaciones ejecutivas que a su opción puede solicitar el ejecutante, tales como: las medidas de localizaciones, el embargo de ciertos bienes y la manifestación de bienes por parte del ejecutado; aclarando que se entenderá por medidas ejecutivas toda actividad especificada que se desarrolla durante el proceso de ejecución. En el caso de ejecución dineraria se deberá indicar la cantidad que se pretende, lo cual será adicionado posteriormente al comentar el embargo, la cual como es lógico se podrá incrementar hasta una tercera parte para cumplir pago de intereses y las costas que se ocasionen a partir de la ejecución.

En el Art. 571 se impone al ejecutante la obligación de designarse por parte de él los bienes afectables por la ejecución situación que como suele ser en la vida real, son de sobra conocidos por el ejecutante, pero, en el raro caso de que este no los conociere, o no fueren suficientes, tendrá como novedad el derecho de solicitar al tribunal las medidas de localización que adelante se dirán, pero que podemos adelantar, consistentes en que: El juez podrá librar oficios a los Bancos y a los registros públicos correspondientes, para que informen al juzgador sobre la existencia de bienes a favor del ejecutado. No está demás señalar, que dentro de la equidad de la ley, existe la preocupación de no embargar exageradamente bienes del deudor que excedan en demasía, las cantidades reclamadas como sucede en la actualidad.

En cuanto a la prueba documental por agregar, con la solicitud habrá de acompañarse el título, o sea, la ejecutoria de la sentencia definitiva o cualquier otra resolución que la cause, con la excepción ya dicha, que

la resolución haya sido pronunciada por el juez encargado de realizar la ejecución o ya de un acuerdo aprobado, o transacción homologada por él, en cuyo caso bastaría señalar el procedimiento del que se deriva, debiendo recordar nada mas que: Sí bien es cierto que tal documento (ejecutoria) constará originariamente o por derivación, ante el juez encargado de ejecutarla, nada obsta para que el vencedor ejecutante la consiga por mutuo propio; podemos mencionar como documentos adicionales, que el ejecutante debe agregar a su solicitud para el caso, constancia bancaria del tipo de interés causado hasta la fecha y con mayor razón, cuando este fluctúe continuamente; o el documento de cesión o aceptación de herencia en su caso. Finalmente y aunque la ley diga que el poder del abogado solo se acompañará cuando no sea el mismo que actuó en la primera instancia y que en tal caso bastará remitirse a tal presentación, creemos para evitar complicaciones, que el poder debe de presentarse en todo caso para evitar atrasos, tal como si se tratara de la ejecución de un laudo arbitral.

En cuanto a la acumulación de ejecuciones, ya sabemos que ésta tiene su base en el Art. 97 del mismo código, habiéndose también insinuado en forma inmediata en el Art. 566, quedando a nuestro juicio, a opción del ejecutante, si actúa conforme a este último Art. ya explicado para acumular la ejecución con base en el Art. 97. Debemos indicar que, como la acumulación de ejecuciones se da cuando hay un deudor y varios acreedores, lo pertinente es acumular, para saber en qué cuantía y con qué prioridad se le cancelará a cada uno de los acreedores.

El Art. 574 señala que a la solicitud por escrito pidiendo la ejecución de la sentencia con los elementos y documentos señalados, si todo lo dicho está correcto, el juez dictará despacho de ejecución, que en alguna forma es similar al decreto de embargo del actual juicio ejecutivo, entendiéndose que tal resolución no admitirá recurso, con lo cual se da ventaja al actor ejecutante. Ahora bien, si la solicitud contuviera defectos subsanables el juez dará un plazo máximo de cinco días, para la subsanación y si la cumple se obtendrá el despacho de ejecución, de lo contrario, se ratifica el auto de rechazo de la solicitud pudiéndose mencionar como ejemplos de casos subsanables: el no mencionar adecuadamente un nombre o apellido, o mencionar un bien a embargar que no concuerde con su título de propiedad.

Como el despacho de ejecución es resuelto de conformidad con lo pedido si todo es correcto y legal, se hará mención de los nombres de las partes, las cantidades por las que se sigue, las actuaciones ejecutivas pedidas y concedidas, pudiendo el juez agregar otras circunstancias para su mejor desarrollo, operando el principio de oficiosidad así como el principio de ordenación del proceso.

Además, para observar los principios de igualdad y de audiencia, esa resolución ha de notificarse al ejecutado para que, si lo tiene a bien, presente su oposición y esté enterado de lo que está pasando. Hemos de advertir que, cuando la ley trata los actos de comunicación, no se refirió a la citación; sin embargo, aquí es mencionada, así como en otros Arts, lo cual implica la referencia a la trilogía de actos de comunicación, o sea, emplazamiento, citación y notificación ya contenidos en el Código de Procedimientos Civiles.

Para finalizar, el Art. 578, nos trae una innovación muy importante: al hacerse la notificación de que hemos venido hablando, esto impide al ejecutado movilizar su patrimonio, prohibiéndole ventas y gravar sin autorización judicial, pero para ello, cuando sea el caso, habrá que hacer la anotación, la cual entendemos habrá que idearse el método, pero no dudamos de que ante ello, se aplicaría, por analogía, las normas de las anotaciones preventivas.

El inciso segundo de este artículo, contiene la reacción que debe tener el ejecutado, para contrarrestar la prohibición general de disponer, y es lo que se llama *la manifestación de bienes*, que consiste en mencionar y dejar que se embarguen bienes para responder razonablemente para el cumplimiento de la obligación, y el inciso tercero, hablando cronológicamente, nos señala la sanción en caso de que se haya mentido en la manifestación de bienes, castigado con nulidad, la disposición o renuncia de bienes desde ese momento, debe entenderse, de la notificación del despacho.

OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN

Avanzando en nuestro estudio, y como hemos visto, el despacho de ejecución se notifica al ejecutado y uno de los efectos que esto produce es que este tiene cinco días, a partir del siguiente al de la notificación respectiva, para oponerse a la ejecución por varios motivos que pueden ser de fondo y de forma, y de los cuales, la ley, en el Art. 579, nos menciona algunos ejemplos en el que están mixtados motivos de fondo y de forma que ataquen el procedimiento de ejecución, precisamente a partir de la ejecución, lo que excluye cualquier motivo, sea formal o substancial, que ataquen a la pretensión, ya que estos debieron haberse alegado u opuesto dentro del proceso declarativo; como ejemplo de oposición de forma, tenemos la falta de legitimidad, para el caso, del vendedor; y de ejemplo de fondo pondríamos, el pago o cumplimiento de la obligación justificado documentalmente.

En cuanto al aspecto procedimental, diremos que la oposición se tramitará sin suspensión de las actuaciones ejecutivas, pues, de lo contrario sería para el ejecutado un fácil expediente de defraudación el suspenderla sólo por ese motivo, y para ello se ha previsto una audiencia, o vista, en la cual las partes alegarán y probarán lo que a su derecho corresponda, y ésta deberá celebrarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución que resuelve la oposición del ejecutado. Genéricamente en dicha audiencia se pueden dar las siguientes situaciones:

- A- Si es el ejecutante el que no aparece, se decidirá sin escucharle.
- B- Si no comparece el ejecutado, se entenderá que ha desistido, o sea, que ha renunciado de la oposición, debiendo continuarse con la oposición con condena en costas y daños y perjuicios, si éste lo solicitara. En este apartado llama la atención que aparece lo que pudiese ser el desistimiento de la pretensión del ejecutado, lo cual conlleva que podría darse el desistimiento de la pretensión del actor, aunque la ley anteriormente sólo se haya referido al desistimiento de la instancia.

Siendo más específicos en cuanto a lo fáctico de la audiencia, se oirá primero al demandante sobre los vicios de forma propuestos por el ejecutado, teniendo lugar que, si los defectos fuesen subsanables, se darán cinco días al ejecutante para que pueda subsanarlos, tal sería

el caso de que en la solicitud de ejecución no concuerde por un error mecanográfico el nombre del ejecutado, o que el poder con que se actúa no esté bien dado; así las cosas, si los defectos no fueren subsanados o no fueren subsanables desde el principio, se produce el efecto de declarar sin lugar la ejecución, debiendo volver ésta al estado inicial, se levantarán las medidas tomadas contra el patrimonio del ejecutado y se condenará en costas, daños y perjuicios al ejecutante. Por el contrario, si se desestiman los motivos de oposición procesal o se subsanaren los defectos en plazo, lógicamente se pasará al examen de la oposición por motivos de fondo, pudiendo decir finalmente que, si no hubo oposición de fondo, se ordenará continuar la ejecución imponiendo las costas al ejecutado. Nótese que al igual que en la actual ley de casación, así como en la ejecución del futuro, primero se estudian, como en este caso, el error *in procedendo* (oposición de forma) y solo que estos se desechen, se pasa al análisis de la oposición de fondo o error *iu indicando*, esto porque primero hay que sanear los defectos procesales (atinentes a una perfecta “trabazón” de los presupuestos procesales), pues, de lo contrario, resultaría inoficioso entrar a una cuestión de fondo si la base está cimentada inadecuadamente. El Art. 582 considera, en este contexto, que desechada la oposición de forma, se pasará a la oposición de fondo, como cuando en el ínterin, se ha operado una transacción. En tal caso, en la audiencia, las partes, comenzando por el ejecutante y seguido por el ejecutado, puesto que ya explicamos ese orden, harán las alegaciones oportunas y presentarán las pruebas que estimen a bien aportar; como no obstante ser de fondo, podrían haber defectos subsanables, se le prevendrá al ejecutante que los subsane en los cinco días siguientes. Si llegado el momento se desestima la oposición de fondo (algo favorable al ejecutante), el juez mandará, por auto firme, que continúe la ejecución condenando al ejecutado en las costas. En especial, aunque sería rarísimo que se diera, sería la oposición por falta de competencia territorial, y es que si el ejecutado alegare falta de competencia territorial, ésta se deberá sustanciar de acuerdo con los Arts. 42 y siguientes, debiendo de hacerse esta alegación dentro de los cinco días ya vistos, que la ley da al demandado para oponerse a la ejecución.

Finalmente, de la resolución que recaiga en el incidente de oposición a la ejecución, contra este, puede interponerse siempre recurso de apelación, el cual no suspenderá el curso de la ejecución cuando se desestimen los motivos de oposición (es decir, cuando la resolución

es favorable al ejecutante); contrariamente, cuando el auto estime los motivos de oposición alegados (resolución favorable al ejecutado), en tal caso, durante la sustanciación, el solicitante pedirá que se mantengan las medidas ejecutivas en relación con el patrimonio del ejecutado, siendo esto en el fondo una apelación con efecto devolutivo del momento actual, vale decir, podrán ejecutarse los actos que ya se habían ordenado.

Para finalizar este capítulo, que abarca del Art. 579 al 585, podemos decir: que hasta ahora hemos visto lo que la doctrina llama *ejecución total o completa*, ya que el ejecutado ha querido oponerse a la ejecución en su totalidad; pero hay oportunidades en que el ejecutado se opone a ciertas y concretas actuaciones ejecutivas, entre ellas: se opone a que se embargue o administre judicialmente determinado bien, o a que se cancele una anotación preventiva, no objetando el resto de la actividad procesal ejecutiva, entendiendo por ésta una gama de actividades que en el desarrollo de la ejecución se pueden dar, situación que está contemplada en el Art. 585 del nuevo código, refiriéndose más específicamente a actuaciones ejecutivas concretas que excedan o contradigan el título o que infringen la ley por medio de los recursos que se determina legalmente.

Ahora bien, si la medida o actuación diere lugar a nulidad, como cuando se embarga más de la cuantía establecida o la ejecución se extienda a cuestiones sustanciales que no hubieran sido decididas en el proceso o que contradigan el contenido del título, se estará a lo establecido en lo referente a los límites de la actividad de ejecución, motivo por el cual creemos del caso transcribir el Art. 560 del código, el cual, a la letra, dice: Art. 560: El título de ejecución determina los límites de la actividad para darle cumplimiento, y por consiguiente son nulas las actuaciones de ejecución forzosa que se extiendan a cuestiones sustanciales que no hubieran sido decididas en el proceso correspondiente o que contradigan el contenido del título. Dicha nulidad se podrá alegar en los recursos de revocatoria y de apelación que se interpusieren contra la actividad ejecutiva específica.

Para poner fin a este tratado, la ley considera que, si se trata de infracciones legales y a la falta de resolución expresa, el ejecutado podrá presentar un escrito en el que se señale la medida propuesta para remediar la infracción; así, pensamos que podrá decir, además, que embargue el salario, pero en la cuantía legal, o podrá decir “desembárgueseme el salario y no me lo

toquen”, y para lo cual presenta para que le embarguen, por ejemplo, un determinado vehículo automotor.

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

Hay ciertos motivos, los cuales evitan que la ejecución se desplace sobre ruedas y se desarrolle normalmente, por eso, la ley trata en cuatro artículos, lo relativo a la suspensión de la ejecución, a veces con el efecto de terminarla, y a veces con el efecto sólo de suspenderla.

Considera la ley que ésta sólo podrá dictarse mediante un auto simple, si es que lo solicitan todas las partes personadas en el proceso, por ejemplo, cuando están en vías de solucionar el problema por medio de una transacción, y en casos en que la ley lo ordena, como por ejemplo, el inciso segundo del Art. 586 y del 587 al 589. Estimamos que cuando todas las partes están de acuerdo, lo pueden hacer porque si las partes pueden renunciar a la pretensión o allanarse, con más razón pueden tomar resolución sobre una etapa del proceso, pero hay que hacer notar que, no obstante se suspenda la ejecución, siempre se mantendrán las medidas necesarias para garantizar las activaciones ejecutivas adoptadas; para el caso, un embargo y la localización de bienes, considerando también la ley que, en el caso de interposición de recursos contra la actividad ejecutiva, no suspenderá el curso de la ejecución; sin embargo, en este caso específico y por excepción, el juzgador podrá acordarla por petición del ejecutado cuando éste acredite que el no suspenderla le acarrearía daños de difícil reparación y siempre que preste caución suficiente para asegurar una posible indemnización por daños y perjuicios que la suspensión pudiere causarle al ejecutante. Un ejemplo claro podría ser que si el ejecutado es deudor de un crédito, y existe una cláusula que diga que al iniciarse un procedimiento de embargo el plazo caducará y será exigible la obligación cuantiosa que se ha suscrito.

Considera el Art. 587 que, dictada la resolución que despache una ejecución forzosa, ésta no se suspenderá por el hecho de que se inicie por el ejecutado un proceso o recurso de revisión, cabalmente, de los que trata el título V, o sea, la revisión de sentencias firmes de que trata el Art. 540 y siguientes; pero no obstante esa regla general, el tribunal tendrá la facultad para acordar la suspensión de lo que se está ejecutando, si lo solicitare el ejecutado, concurriendo una causa justificativa suficiente

para el caso concreto, además de que prestará caución bastante para responder de los daños y perjuicios que pudiere causar al ejecutante, siendo un ejemplo de este tipo de caso, el que con la demanda de revisión se haya presentado pruebas suficientes y abrumadoras de que la revisión prosperará y le dará la razón al ejecutado, ya que, a nuestro juicio, debe tenerse presente que la demanda de revisión planteada debe de referirse al juicio cuya sentencia se esté ejecutando. Sigue considerando la ley que, si en la revisión recayere sentencia en contra del ejecutado, en cuanto se tenga conocimiento de ese hecho, se levantará la suspensión, ordenándose que siga la ejecución y se decida lo referente a la caución prestada, debiendo entenderse que se haga efectiva a favor del ejecutante. Pero si, por el contrario, en la revisión triunfa el ejecutado, el juez de la ejecución mandará a archivar las actuaciones ejecutivas en cuanto se le comunique ese hecho, y ordenará que se adopten las medidas oportunas para hacer volver al ejecutado a la situación anterior al iniciarse la ejecución, cancelando la caución a favor del ejecutado. Si se trata del caso especial de que el proceso de revisión ha sido por la declaratoria de rebeldía del que trata el Art. 542 y siguientes de este código, la ley considera en el Art. 588 que los efectos anteriores favorables al ejecutado, o sea, el archivo de las actuaciones, sólo procederá cuando la sentencia de revisión favorezca al ejecutado y en un proceso posterior hubiera sentencia favorable, siempre al ejecutado, tercer proceso que deberá seguirse con la audiencia del demandado, pero si este tercer proceso desfavorece al ejecutado, se aprovechará en lo que sea posible la actividad de ejecución, realizada en función de la sentencia revisada, lo que a nuestro juicio significa que se revalidan todas las actuaciones dadas en el primer proceso, o sea, en el de ejecución de la sentencia. Aquí cabe aclarar que hablamos de tres procesos:

- A- El primero, que trata de la ejecución de la sentencia, en donde se dio la permanente rebeldía del ejecutado.
- B- El proceso que el ejecutado ha iniciado a fin de obtener la rescisión de la sentencia que se está ejecutando; y
- C- Sería el proceso que se inicia de nuevo por haberse rescindido la sentencia del proceso que se está ejecutando, debiéndosele dar la correspondiente audiencia (con todas las de ley) a la persona ejecutada en el primer proceso.

Finalmente, la ley trata de la prejudicialidad penal, la cual podría causar la suspensión de la ejecución. Antes debemos de recordar brevemente que la prejudicialidad consiste en que ha surgido dentro del proceso alguna cuestión que hay que resolver previamente para poder seguir adelante con el proceso principal, pudiendo ser este obstáculo de una sencillez que no dificulte tanto el proceso como una recusación o abstención podría pasar por estadios intermedios, como cuando en un juicio de reivindicación haya que resolver previamente quién es el poseedor; o podría ser de gran envergadura, como que en un tribunal penal se este ventilando o cuestionando un documento relativo a la ejecución. El Art. 589 del nuevo código, ha previsto tal situación y por ello en su acápite, menciona la suspensión de la ejecución en caso de prejudicialidad penal, por ello sostiene que, si se iniciara un proceso penal por hechos delictivos relacionados con la ejecutoria o título o respecto de la resolución que recae a la petición, o sea, sobre el despacho de ejecución, se podrá decretar la suspensión de la ejecución, oyendo previamente a todas las partes y al fiscal general de la República.

Ahora bien, en el caso de que se decrete la suspensión, como esto afecta al ejecutante, este podrá evitarla si presta caución suficiente a juicio del juez, para responder de lo que haya obtenido y de los daños y perjuicios causados al ejecutado, esto por no haberse detenido la ejecución.

Ha de entenderse que cuando se suspendieren las actuaciones de ejecución de la sentencia, o por otro lado, el proceso penal terminará por resolución, en la que consta la inexistencia del hecho o su carácter no delictivo, el ejecutante estará habilitado para pedir la indemnización por los daños y perjuicios que la suspensión le hubiere causado. Hemos de recordar, finalmente, que en casos de ejecución hay un trámite breve y sencillo que trata de la liquidación de cantidades (contenido del Art. 696 al 699 del nuevo código).

EJECUCIÓN CONTRA EL ESTADO

Sin lugar a dudas, contra el Estado puede pender una ejecución, sobre todo dineraria, ya sea proveniente de un juicio ejecutivo, de un laudo arbitral o de una sentencia declarativa, lo cual se aplica también a los entes autónomos y a las municipalidades. La regulación establecida en los

Arts. 590 y 591 existe en forma bastante similar en el Art. 450 del Código de Procedimientos Civiles, en consonancia con el Art. 1488 inciso final del Código Civil, artículos que fueron adicionados por reformas posteriores en el siglo XX, y es que, esta forma peculiar de ejecución obedece a que los bienes del Estado establecidos en la Constitución de la República no se pueden embargar debido a la función que el Estado cumple, lo cual es similar a una megaempresa.

No varía en cuanto a la forma de proceder inicial, ya que siempre se procederá a instancia de parte. El juez remitirá certificación del despacho de ejecución al funcionario de cualquier órgano que corresponda, previéndose en la ley, en el caso de que haya un funcionario especializado en la materia o que específicamente la ley se refiera a esa materia, y recordando que la obligación es dineraria, que el funcionario librará y autorizará las órdenes de pago con cargo a las partidas correspondientes del presupuesto general vigente, siendo casi imposible cargar la orden de pago al presupuesto vigente por la carencia de liquidez que hay en la actualidad, y, en tal caso, el funcionario correspondiente propondrá que en el presupuesto general de gastos del año siguiente se incluyan las asignaciones o partidas necesarias para el pago de lo ordenado en la sentencia ejecutoriada, lo cual –repetimos-, por la iliquidez del momento actual, resultaría también difícil. En este procedimiento el funcionario correspondiente debe ser suficientemente diligente, pues, de lo contrario, caerá en responsabilidad personal, previéndose esto al final del último inciso del Art. 590.

El Art. 591 es una norma imperativa para el fiscal general de la República, al cual lo obliga a intervenir en el trámite por medio de algún delegado, como seguramente debió de haber intervenido en la etapa declarativa, ya que incluso cuando el pleito es contra el Estado, éste se supone debe de intervenir desde el emplazamiento, de acuerdo con el Art. 190 del nuevo Código, el cual a la letra dice:

“Art. 190. Cuando se demandare al Estado de el Salvador, el emplazamiento se diligenciará entregando la eskuela de emplazamiento y sus anexos al Fiscal General de la República o a un agente designado por éste”.

Asimismo, lo obliga a intervenir en la ampliación de la ejecución, de acuerdo con dicho artículo, y a lo establecido en el Art. 605 del nuevo

código, tomando la posición que estime oportuna, ya que puede allanarse u oponerse, según lo que sea pertinente; ahora bien, como respecto de los municipios y de las entidades autónomas, rige respectivamente el Código Municipal o la respectiva ley constitutiva. Será el representante legal de estas el que tendrá que intervenir.

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

En el derecho siempre partimos de reglas generales, y en este tópico la regla general será: Proceder a ejecutar una sentencia cuando ésta ha sido declarada ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada, según lo hemos dicho en los prolegómenos de este ensayo. Por manera que este título trata de la ejecución provisional de las sentencias no firmes, vale decir, que hay contra ellas pendiente un recurso que en su oportunidad las confirmará o revocará. Este instituto es de los mas novedosos y la doctrina justifica su existencia, porque se toma en consideración que el actor ha ganado el primer asalto, a lo cual agregamos que hay grandes posibilidades de que la sentencia recurrida sea confirmada y le dé la razón al actor ejecutante. Es tan importante esta institución, que el legislador la ha tratado en un título aparte como algo especial y novedoso, aunque ya nuestro actual Código de Procedimientos Civiles algún adelanto ha dado, cuando decide en el Art. 599 de dicha ley, que la sentencia del juicio ejecutivo podrá ser cumplimentada con los requisitos de ley. Algo que debemos de tener presente es que, si hasta ahora hemos visto las generalidades relativas a la ejecución de una sentencia ejecutoriada, resulta que al diligenciarse la ejecución provisional le serán aplicables las normas introductorias de la ejecución que hemos dejado atrás.

Esta ejecución provisional está contenida del Art. 592 al 603, ambos inclusive, del nuevo código.

Resulta que, según el legislador, considera que podrán ser ejecutadas de forma provisoria, en tanto se resuelven los recursos interpuestos contra ellas, todas las sentencias de condena, incluso las constitutivas o meramente declarativas que contengan un pronunciamiento de condena, por ejemplo: las que declaran la nulidad de un instrumento y condena al pago de daños y perjuicios, exceptuando la ley de la regla general, es decir, no se ejecutarán provisionalmente las que impongan

realizar una declaración de voluntad, pensando que la razón que tuvo el legislador para ello sería: o bien que en caso de revocación sería muy difícil volverlas al estado anterior por la forma dificultosa de resolverlas según el Art. 686 o 687, o talvez porque cabe “la alternativa de sustituirla por una indemnización pecuniaria de daños y perjuicios. Asimismo se podrán ejecutar provisionalmente las sentencias no firmes provenientes del exterior según el tratado aplicable.

Tal como se ha dejado establecido, tal procedimiento se iniciará a solicitud escrita de quien hubiera obtenido un pronunciamiento favorable, siempre por el juez de Primera Instancia, cualquiera que sea la instancia o grado en que se halle el proceso con los mismos trámites –ya lo hemos dicho-, que se necesitan para la ejecución de sentencias firmes; el inciso 2º. Del Art. 593 nos señala el momento desde el cual podemos hacer la solicitud, y este será desde que conste la pendencia de un recurso, y el momento máximo, antes de que recaiga en el proceso la sentencia por virtud del recurso planteado. Ahora bien, es posible que al solicitar la ejecución, por regla general, el proceso se encuentre ante otro tribunal, para lo cual se recabará de este certificación de lo necesario para llevarla a efecto, lo cual se hará en la solicitud de ejecución de que hemos hablado en uno de los capítulos anteriores, observándose lo mismo si los autos no se han ido al tribunal superior por virtud del recurso planteado.

Muy del caso es mencionar que, como regla general, quien solicita la ejecución provisional no está obligado a caucionar los posibles perjuicios que se le puedan causar al ejecutado por si la sentencia del superior fuere revocada, pero por excepción, y tomando en consideración la capacidad económica del solicitante, el juez decidirá atendidas las circunstancias del caso, si el ejecutante debe prestar garantía previo al inicio, en que forma y en qué cuantía podrá hacerlo, siendo esta proporcional a su actividad económica. Pensamos, sobre el particular, que el solicitante deberá obedecer en la resolución inmediata que recaiga a su petición, las condiciones que el juez le fije para tal efecto. Tal garantía servirá para que en caso de revocatoria, el ejecutante pague al ejecutado los daños y perjuicios, los cuales se exigirán en el mismo proceso a nuestro juicio, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley para la liquidación de cantidades, establecidas del Art. 696 al 699 del nuevo código.

Como es natural, después de la solicitud, si ésta contiene todos los requisitos exigidos por la ley y no contraría las normas jurídicas, el

juez dictará el despacho de ejecución provisional, siempre que se haya presentado en tiempo y se haya prestado la garantía respectiva, no existiendo recurso contra el auto que ordena la ejecución, pero sí se otorga apelación, si ésta es denegada, con lo cual podemos asegurar que esto demuestra una clara posición a favor del ejecutante.

Como paso siguiente, según lo hemos visto con anterioridad, siendo que el despacho de ejecución se notifica al ejecutado, éste podrá oponerse a la ejecución cuando no se hubiera cumplido los requisitos ya mencionados, pudiendo también oponerse por la extrema dificultad o imposibilidad de devolver las cosas al estado que se encontraban antes de las actuaciones ejecutivas, como cuando se destruye un edificio de gran valor histórico y arquitectónico, pudiendo además ser base de la oposición, el pedido de que se le asegure la indemnización, si la sentencia fuere revocada.

Como la ejecución de una sentencia puede serlo respecto de cantidades de dinero, o de dar otras cosas que no sea dinero, o de hacer o de no hacer, la ley dedica un artículo a las obligaciones dinerarias o pecuniarias. Y en tal sentido, y considerando la divisibilidad de estas, estatuye que la oposición no podrá dirigirse contra la totalidad de la ejecución, sino que debe estar referida a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento cuando el ejecutado considere que dichas actuaciones pueden causar una situación imposible de revertir o de compensarse económicamente, por ejemplo, si, siguiéndose una ejecución contra un vencido, se le quiere embargar un bien que está comprometido con un banco y si se ha pactado que por la afectación del embargo, caducará el plazo y la obligación se volverá exigible, y esto podría significar la ruina del ejecutado, éste podría pedirle al juez otra medida ejecutiva, como por ejemplo, que el embargo recayese en una cuenta de ahorros que cubra a satisfacción la cantidad debida, siendo claro que en este caso el ejecutado al momento de la oposición, propondrá la dicha medida alternativa, teniendo, para el caso, cuidado de que al recaer el embargo en la cuenta de ahorros, no se vaya a producir el mismo efecto de caducidad por haberlo pactado así en el contrato. Ahora bien, el juez puede estimar fundada la oposición, pero no acceder a las medidas alternativas propuestas y en tal caso, el ejecutado ofrecerá garantía para asegurar los daños y perjuicios que pueda sufrir el ejecutante debido al retraso en la ejecución. Claro está, si la sentencia resulta confirmada en el recurso, vale decir le sigue dando la razón al ejecutante.

En cuanto a la operatividad de la oposición, la ley ordena que el ejecutado, al oponerse, deberá presentar la prueba documental que estime pertinente, debiéndose presentar en el plazo cinco 5 días contados desde el siguiente al de la notificación del despacho de ejecución o de la concreta actividad ejecutiva, porque por ejemplo, pueda ser que librado el despacho de ejecución y que inmediatamente se haya embargado un bien inmueble, o al 5º. día después de que haya tenido conocimiento, por ejemplo, de que se están instando contra él medidas de localización, en tal caso, se dará audiencia al ejecutante (sobre la oposición y se citará a todas las partes a una audiencia) que se celebrará dentro de los cinco días siguientes al de la notificación y a la que deben acudir con los medios de prueba de que intenten valerse, audiencia en la cual se harán las pruebas aportadas en el momento, verificándose las alegaciones del caso, debiéndose dictar a continuación la resolución que resuelva la oposición.

Veamos ahora, cronológicamente, la resolución que recae a la oposición: si esta se desestima, seguirá adelante la ejecución, ya que la resolución ha sido adversa al ejecutado. Si se estima la oposición por estar indebidamente admitida (es decir, no debió de admitirse nunca), por no llenarse los requisitos de ley, se declarará su improponibilidad, mediante auto simple, debiéndose archivar las actuaciones ejecutivas, levantándose además las medidas adoptadas contra el patrimonio del ejecutado. Ahora bien, si se desestima la oposición por razones de fondo, se dictará un auto simple para dejar suspendida la ejecución, sin que esto afecte la permanencia de las medidas tomadas sobre el patrimonio del ejecutado, esto porque habrá que esperar la resolución del tribunal superior en grado, es decir, se esperará su revocatoria o confirmación. Finalmente, si el juez estima la oposición a una concreta actuación ejecutiva (como la sustitución de embargo de que hemos hablado) resulta que el juez podrá aceptar la sustitución, pero si no la acepta, el ejecutado deberá constituir garantía, siguiendo adelante la ejecución provisional, no realizándose la actuación ejecutiva, para la que hubo oposición, claro está, porque esta fue ante la negativa del juez de admitirla, sustituida por la garantía.

Situación especial en esta ejecución provisional la constituye el cabalístico Art. 600, el cual considera que cuando se está ejecutando una condena dineraria provisionalmente y el ejecutado consigna, el principal y los accesorios a que la ley se refiere, la ejecución se interrumpirá (no continuará), pero es lógico que se espera el resultado de la sentencia

que en su momento dará el tribunal superior. Recapitulando: hemos visto que la oposición puede traer, como consecuencia, que la ejecución se suspenda, o que paralice o que pueda continuar, pero esta cuestión que hasta cierto punto es incidental, es anterior y autónoma de la que viene, es decir, de la resolución del tribunal superior en grado, la que puede ser confirmatoria o revocatoria y desde otra óptica, puede ser total o parcial. Considerando la ley, en primer lugar que es la sentencia la confirmatoria, es lógico que sigan adelante la actividad de ejecución provisoria, salvo el caso de que la sentencia hubiera adquirido firmeza por no haber recurso contra ella, o cuando no se hubiera presentado el recurso en el plazo legal, lo cual implicará que la ejecución deviene en definitiva.

Esto último tiene una gran enseñanza, y es que, si estamos ejecutando provisionalmente una sentencia que se encuentra en apelación, bien podrá, si es el caso, recurrirse de la Segunda en Casación y todavía seguirse ejecutando provisionalmente debiéndose esperar el fallo del tribunal casacional. A la inversa, la sentencia recurrida puede haber sido revocada totalmente por el tribunal superior, en cuyo caso se pondrá fin a la ejecución y se adoptarán las medidas que sean procedentes, para hacer volver las cosas al ser que tenían antes de iniciar la ejecución provisional, bien sea que el ejecutado reciba el dinero percibido si la ejecución es dineraria, o devuelva el bien o cosa que hubiesen recibido, o bien, por la vía de deshacer lo hecho, según el tipo de obligación, debiendo sustituirse, ante la imposibilidad, por dinero en efectivo. Bien por cuanto este Art. comienza a reconocer las obligaciones de dar, cosa distinta del dinero, de hacer y no hacer.- Se anuncia otra novedad y es que además de las costas, daños y perjuicios, se habla de rentas, intereses o frutos, esto porque durante la ejecución provisional, el ejecutante, percibió intereses de los dineros que recibió, o si le entregaron una cosa, puede haber recibido rentas, o, si le entregaron una finca o una hacienda, pudo haber recibido los frutos que esta producía, claro, computables en dinero.

El Art. 603 prevé que el tribunal superior haya revocado una sentencia ya ejecutada y que se refería a cantidad líquida de dinero; para el caso, el Juez de Primera Instancia condenó a pagar cien mil dólares, el ejecutado apeló y el ejecutante pide la ejecución provisional; si se ejecutó la sentencia por el total de cien mil, pero el tribunal superior condenó a cincuenta mil, el ejecutante tendrá que devolver al ejecutado los restantes cincuenta mil; ante tal situación, el ejecutante, si se opone a la devolución, tendrá

que prestar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que podría causar al ejecutado. Ilustremos este caso: la sentencia del tribunal superior revocó parcialmente la sentencia dineraria, entonces, si el ejecutante no devuelve la cantidad a que está obligado, recordaremos que podrá pasar algún tiempo en el cual debe darle cumplimiento al proveído, y la garantía será para responder hasta el último momento en que se haya de cumplir la sentencia revocatoria. Opinamos que podría llegar el momento en que el ejecutante (ahora parcialmente vencido) no quiera cumplir con la sentencia de segunda instancia, en cuyo caso la ejecución se volverá contra él, proceso que, por lo que hemos visto, podría durar algún tiempo, de tal manera que el plazo de dicha garantía juega un papel muy importante.

LA EJECUCIÓN DINERARIA

Entramos a una nueva etapa de este aspecto general denominado *ejecución de la sentencia*. Decimos nueva etapa porque aquí estamos, o bien, ante la sentencia ejecutoriada de un juicio ejecutivo, o bien ante la sentencia definitiva ejecutoriada que condena al pago de una cantidad líquida de dinero, para el caso, el juez, en juicio común, decreta que “B” “le debe pagar a A” la suma de cien mil dólares más los accesorios de ley. Nótese que, según el nuevo código, en ambos casos de sentencias declaradas ejecutoriadas, se va a seguir un procedimiento uniforme que es el contenido del Art. 551 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil, en tanto que si comparamos esto, con lo que sucede en la actualidad, resultaría que en el primer caso o sea del juicio ejecutivo dinerario, la ejecución de la sentencia la constituiría la etapa de apremio de la sentencia del juicio ejecutivo declarada ejecutoriada así como lo vemos a diario en los tribunales; en cambio, si estuviésemos en el caso de cumplir una sentencia de proceso común, que se tradujera en cantidad dineraria, tendríamos que usar del cumplimiento de sentencia de que habla el Art. 450 del Código de Procedimientos Civiles. Vemos por lo demás, como también este articulado se refiere a obligaciones dinerarias (de dar dinero) que se denominan también *ejecución genérica* a diferencia de las obligaciones por ejemplo: de hacer algo material o jurídico o un no hacer, que muchas veces se concretiza en deshacer algo hecho, denominándose este tipo de ejecuciones *específicas* y que, Dios mediante, mas adelante analizaremos. En concreto pues en lo sucesivo, cuando el título executorio

provenza de sentencia recaída en juicio ejecutivo o de cualquier otra clase de proceso declarativo, su ejecución se verificaría de acuerdo con las disposiciones de este título, teniendo que referirse al pago de una suma de dinero concreta y determinada; esto es lo que contiene la ley cuando en el inciso 2º del Art. 604 se refiere a la liquidez.

Previendo el caso, ya contenido en el Derecho cambiario mercantil, en el sentido de que cuando hubiere disconformidad entre lo expresado en letras o guarismos, hubiere disconformidad prevalecerá la que hemos mencionado primero, claro está, por ser mas difícil la alteración cuando esta existe en letras y números a la vez, y, como es natural, la ley nos da a entender que la liquidez se refiere a lo que ya está devengado hasta el momento, tanto el capital como los accesorios, por lo que el ejecutante podrá agregar, aunque no en cantidad líquida, lo que se espera devengar por concepto de accesorios durante dure el proceso de ejecución.

Es natural, pues, que esta ejecución dineraria comience con la petición escrita del vencedor, en la cual habrá de recaer el despacho de ejecución, pero esto implica que, en la petición de ejecución, el vencedor tendrá que hacer algo adicional; así las cosas, pueda ser que durante la ejecución venza algún plazo de la obligación ejecutada o ésta en su totalidad y en tal caso, si el ejecutante hace ver al juez esos futuros vencimientos, el ejecutante podrá pedir que se entienda ampliada la ejecución hasta el importe de los nuevos vencimientos o hasta el total vencido, ampliación de la ejecución que será por si misma causa suficiente para ordenar la mejora del embargo; esto trae como consecuencia que en el despacho de ejecución, como reflejo de lo solicitado, así se ordenará si todo es legal, haciéndose saber al ejecutado que la ampliación de la ejecución operará automáticamente, salvo que este hubiera utilizado la antítesis o sea que en la fecha del vencimiento, éste hubiere consignado las cantidades vencidas a partir de la ejecución en la cuenta de fondos en custodia.

También ha contemplado la ley que, si el ejecutante no pidió la ampliación de la ejecución, como se ha visto con anterioridad, resulta que cuando ésta es pedida posteriormente a la solicitud inicial no operará automáticamente como se ha visto, sino que se dará audiencia al ejecutado a efecto de que en un plazo no mayor de tres días se allane o se oponga a dicha ampliación, entendiéndose que el no evacuar esa audiencia se entenderá como sumisión a la ampliación referida; ahora bien, si el ejecutado se

opone a la ampliación de la ejecución en ese plazo de tres días y la base en que se funda es manifiestamente atendible, se abrirá un incidente en que se exponga y prueben, según sea el caso, las razones por las cuales no es procedente la ampliación; si como consecuencia del incidente se admite la solicitud de ampliación, el juez ordenará su consecuencia, la mejora del embargo y procederá como en la ejecución original.

Ahora bien, si se rechaza la solicitud de ampliación, en cualquiera de las formas, quedará abierto el derecho del ejecutante para entablar la demanda correspondiente por la suma cuya ampliación le ha sido denegada, entendiéndose que es una demanda y procedimientos con los requisitos ordenados por la ley en la clase de juicio que corresponde a la cuantía, pudiendo ser un juicio ejecutivo o un declarativo común o abreviado.

Finalmente, representa apartado especial el referido al despacho de ejecución en este caso, pues el auto debe referirse a la cantidad mencionada por el ejecutante en su solicitud en concepto de principal e intereses vencidos hasta la fecha en que se presente.

Ahora bien, en cuanto a la parte que dijimos al principio, que podía no ser líquida pero sí liquidable, esta podrá ser fijada provisionalmente, poniendo la ley un límite, o sea, que no puede pasar de la tercera parte de la cantidad líquida, salvo que excepcionalmente se justifique una superior cuantía previsible, para el caso, que los intereses sean demasiado altos. En todo caso, dichas cantidades se entienden sin perjuicio de la posterior liquidación.

EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO

Los dos artículos que aquí se encuentran evidencian la facultad dada por la ley a la persona del ejecutado, para que en cualquier momento pueda pagar lo debido o allanarse a cumplir con su obligación, recordando que estamos dentro de la ejecución dineraria, así como también que en el anterior Código de Procedimientos Civiles, dentro del juicio ejecutivo, también el deudor podía cancelar en cualquier momento. Por eso, son las palabras que usa la ley cuando, en el Art. 609, considera que quien deba pueda pagar en cualquier momento poniendo a disposición del acreedor

el total de las cantidades adeudadas mediante su consignación en el tribunal (debe entenderse dinero en efectivo o cheque certificado, de caja o de gerencia), tribunal que deberá extender comprobante al deudor y tras liquidación de las costas, se dará por cerrada la ejecución. Considera también la ley que el deudor podrá allanarse sin mas, al pago de la suma debida, tras recibir la notificación de la ejecución, procediéndose conforme al inciso anterior, entendemos, en el sentido de que este le deberá extender comprobante al deudor y, después de liquidadas las costas, se dará por cerrada la ejecución; costas que se imponen siempre al ejecutado (por haber incumplido el pago espontáneo), salvo si acredita que, por causa no imputable a él, estuvo impedido de hacer el pago. Debemos de hacer una aclaración, y es que sugerimos que en cualquiera de los dos casos anteriores, lo ideal es que preceda una liquidación de las sumas debidas que abarque hasta cierto día para dar oportunidad a ambas partes de dar y recibir lo exacto y justo después de la resolución respectiva. También debemos de distinguir que entre ambas situaciones hay diferencias, pues el pago puede hacerse en cualquier momento (primera situación), en cambio, en el caso de allanamiento esto es en forma inmediata de la notificación de la ejecución, existiendo, también, la diferencia de que en el primer caso el pago es de dinero en efectivo o su equivalente; en cambio en el segundo el ejecutado primero dice estar de acuerdo con la cantidad reclamada, aunque después pague efectivamente.

El artículo final de este capítulo (y por eso hemos sostenido que la liquidación debe ser previa) sostiene que, cuando la consignación sea total, no se permitirá al respecto objeción alguna por parte del acreedor, debiendo el juez admitir la consignación y en el acto remitir a la cuenta de fondos ajenos en custodia la cantidad de dinero de que se trate, quedando de plano extinguida la obligación, queriendo, a nuestro juicio, decir la ley que no habrá resolución de sobreseimiento o sobreseimiento que haga terminar anormalmente el proceso, con lo cual no estamos de acuerdo, teniendo dicho artículo un corolario lógico, porque si el pago fuera parcial se entenderá que la deuda queda extinguida en la cuantía pagada o puesta a disposición del acreedor, y continuará la ejecución por el resto.

DETERMINACIÓN DEL PATRIMONIO DEL EJECUTADO

Bajo la conceptualización del capítulo, encontramos marcadas novedades respecto a la solicitud del ejecutante cuando éste comienza el proceso de ejecución de la sentencia. Así hemos visto en el Art. 578, cuando se analizó la solicitud de ejecución, que la notificación al deudor del inicio de la ejecución le impide disponer de sus bienes y derechos en la forma que tal artículo lo manifiesta. En ese contexto y a petición del ejecutante, cuando éste hace la petición de ejecución, lo ideal es que éste le señale al juez los bienes del deudor que puedan ser afectos a embargo, pero si no puede (lo cual sería muy raro), en su petición inicial le puede pedir al juez que obligue al ejecutado la manifestación de bienes que éste tenga para poder ser embargados, obligación que el ejecutado debe de cumplir dentro de los cinco días desde la notificación, por medio de una declaración, bajo palabra de honor, en la cual manifieste la tenencia y propiedad de bienes y derechos suficientes para hacer frente a la ejecución, requerimiento que se hará bajo el apercibimiento de que, si el ejecutado no lo hace, o lo hace falsamente, incurrirá en las sanciones a que hubiere lugar por la desobediencia a mandato judicial, contenido en el Código Penal.

También, y según el Art. 612, dispone el ejecutante de otro derecho del que puede hacer uso en la solicitud de ejecución, y es que, si éste no tuviere conocimiento de la existencia de bienes suficientes en poder del ejecutado (situación que nos sigue pareciendo rara), el juez podrá dirigirse a los registros públicos, como el de Comercio, Propiedad Raíz e Hipotecas, el de vehículos automotores, de armas, de Regímenes Patrimoniales del Matrimonio y otros, a fin de que faciliten la relación de los bienes y derechos del ejecutado de los que se tuviese constancia, tales como el de propiedad, usufructo, etc. Esto, desde luego, para efectos de ser embargados posteriormente, pudiendo pedirse que se informe de los saldos de cuentas y depósitos que pudiere tener el ejecutado en entidades financieras, hasta el límite de la cantidad objeto de ejecución que, como hemos visto, abarcaría líquidamente la cantidad por la cual se condene, e incluso intereses causados a la fecha de petición de la ejecución, incluyendo costas e intereses causados hasta esa fecha, lo cual generalmente abarcaría una tercera parte mas de la cantidad líquida para responder por costas y otros accesorios que se causen durante el proceso de ejecución; desde luego que la manifestación de bienes, y la averiguación de bienes, se hará cuando el ejecutante ignore en que

bienes se puede realizar la traba, lo cual diremos, es sumamente raro que no lo sepa el ejecutante, pues es segurísimo que antes de contratar o de tener una relación con el ejecutado, la ha realizado precisamente porque sabe con qué bienes puede responderle su futuro deudor.

A continuación, el Art. 613 desarrolla y refleja el contenido de un artículo anterior que es el 12, en virtud del cual la entidad o persona que no cumpla este deber de manifestación se le impondrían multas, e incluso podría responder por el delito de desobediencia a mandato judicial, lo cual –pensamos- no dejará de generar problemas, sobre todo con el Ministerio de Hacienda y el sistema bancario nacional. A propósito de esta materia, se ha sostenido por los jueces nacionales, así como por los jueces españoles y uruguayos, que siendo públicos los registros, para el caso, sería obligación primaria del ejecutante recabar los datos y certificaciones acerca de los bienes de que es propietario el ejecutado, ya que la facilidad va encaminada a aquellos entes que, como los bancos, guardan celosamente el secreto profesional. Pensamos por nuestra parte que la norma contenida en el código es clara y es de posterior promulgación a las ya existentes, por lo que dichas personas y entidades tendrán que cumplir con el mandato judicial, y de no hacerlo, se exponen a ser sancionados en la forma en que lo hemos indicado. Especial mención merece el último inciso del artículo en comento (Art. 613), el cual reza: “*Si el Tribunal recibiese datos ajenos a los fines de la Ejecución, adoptará las medidas necesarias para garantizar su confidencialidad*”, el cual por ser claro y evidente no amerita ninguna explicación.

Para finalizar este capítulo, el legislador ha previsto que, si resultan insuficientes los bienes ya realizados para cubrir la totalidad de la deuda y no consta la existencia de otro, se ordenará el archivo provisional, una vez agotados razonablemente los medios de averiguación, hasta que se conozcan otros bienes del ejecutado. Esta situación se explica así: hubo embargo de bienes, pero como en la ejecución dineraria hay que traducir, o sea, realizar esos bienes embargados en dinero en efectivo, pueda ser que el pago quede inconcluso, lo que deviene en un archivo provisional del proceso, y es provisional, a diferencia de otros que son definitivos, porque permanece latente la esperanza de poder embargar nuevos bienes, como por ejemplo: que el ejecutado se gane la lotería o se le defiera una herencia, o mejore la mala racha por la que pasaba, en cuyo caso, se embargarían esos nuevos bienes, lo cual se comunicará

al tribunal que hubiese dictado el archivo por insuficiencia de bienes, que siempre será el de Primera Instancia, claro, informados por el ejecutante, que solicitará la mejora del embargo, ordenando la ley que la resolución que declara la insuficiencia de bienes y sus ulteriores modificaciones (nuevos embargos) se anotarán en los registros públicos pertinentes, si ese fuera el caso, lo cual implicará, a nuestro juicio, que surjan nuevas clases de inscripciones en esos registros o se anoten marginalmente. Claro está, que a quien, que por ejemplo, se le ha deferido una cuantiosa herencia, pueda ser que no quiera aceptarla por tener encima la espada de Damocles del embargo, pero para ello existen soluciones, como sería la acción subrogatoria u oblicua.

DEL EMBARGO

Somos conocedores, por el juicio ejecutivo actual, así como el del nuevo código, que presentada una demanda en este tipo de procesos, si se llenan los requisitos legales y la demanda se admite, en seguida se decreta por el juez la medida cautelar denominada *EMBARGO*, el cual sólo para los efectos de la explicación llamaríamos *EMBARGO PREVENTIVO*, que no debemos confundirlo con el acto previo a la demanda, que existe tanto en el Código de Procedimiento Civiles como en el Código Procesal Civil y Mercantil. Este instituto, en cambio, y que está contenido del Art. 615 al 635 del Código Procesal, podríamos llamarlo *embargo definitivo*, ya que los primeros que hemos mencionado están sujetos a confirmación por la sentencia definitiva, en cambio, del que ahora tratamos, es definitivo, en el sentido de que este sólo espera su realización a dinero en efectivo para satisfacer plenamente las pretensiones del actor ejecutante, siendo por lo demás en cuanto a su mecánica, bastante parecido el del antiguo código con el del nuevo, pero existiendo diferencias que iremos desarrollando en el desenvolvimiento de la materia.

En cuanto al Art. 615 y basados en que el ejecutante debe de decirle al juez cuales son los bienes sobre los cuales recaerá el embargo, siendo tal petición lo mas ajustada posible a lo que el ejecutado debe, siendo ésta la primera diferencia con el proceso actual, en donde para el caso, los ejecutores de embargo, por una deuda de diez mil dólares, embargan la cuantiosa empresa, nombrándole un interventor con cargo a la caja, cuando con solo el embargo de un camión cargado de

cajas de cerveza, podría salir pagado en demasía el actor ejecutante, insistiendo nuevamente en que el despacho de ejecución, debe ser acorde con lo pedido en la solicitud y así decretar el embargo en los bienes del ejecutado, teniendo la realización del embargo una excepción, y es que, si el ejecutado consigna la deuda, se suspenderá la ejecución del embargo, teniendo esta situación un desdoblamiento, y es que si el ejecutado formula oposición, la suma consignada se depositará en la cuenta de fondos ajenos en custodia y si no formulare oposición, la cantidad consignada se entregará al ejecutante, siempre que previamente haya liquidación de los intereses y costas. Continúa la ley diciendo, en el Art. 616, que, decretado el embargo, los bienes a que se refiera quedarán afectos a la ejecución, pero debe entenderse que es producido ese efecto cuando se haya notificado el despacho de ejecución, o desde que este se efectúa según el caso. Ahora bien, el ejecutante y quienes hayan avalado al ejecutado, no resultarán perjudicados por las donaciones (título gratuito), o la renuncia que de los bienes o derechos embargados haga el ejecutado durante la permanencia del embargo, significando esto último, que los acreedores del deudor podrían usar de la acción oblicua o subrogatoria, por ejemplo, si el deudor no quiere aceptar una herencia o cobrar para el caso, alguna indemnización. Seguidamente los Arts. 617 y 618 señalan que el embargo generalmente se hace por medio (así como en la actualidad) de un ejecutor de embargos, que en el fondo representa al juez, por lo que es un delegado de éste, poniéndose fin al concebido pase que tenía que ser dado por el juez de jurisdicción distinta de la del juez que conoce, cuando los bienes por embargar están situados en territorio del primero; ahora bien, el embargo que recae sobre salarios o sobre bienes inscritos en cualquier oficina o registro público podrá también trabarse alternativamente, mediante oficio que el juez librará a tales efectos; aquí, por supuesto, no tenemos dudas en cuanto al registro de vehículos automotores, registro de naves o de bienes inmuebles. Habría que ver si esto es aplicable al embargo de una cuenta bancaria o de un depósito de dinero en los bancos.

Posteriormente, la ley da otro ejemplo de que lo accesorio en materia de embargo, sigue la suerte de lo principal, al sostener en el Art. 619, que el embargo de una cosa o derecho comprende el de todos sus accesorios, pertenencias o frutos, como que si se embargan para el caso, vacas preñadas, significa que las crías de estas entrarán en el embargo; esto aunque no haya sido expresamente mencionadas o descritos

estos últimos, porque lógicamente al momento del embargo no existían. Manifestación de lo que hemos venido diciendo, en el sentido de que se embargará únicamente lo necesario para satisfacer la ejecución, el inciso 2º. del Art. 619, determina que los bienes cuyo previsible valor sea mayor que la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución no podrán ser embargados, salvo que fueran los únicos existentes en el patrimonio del ejecutado y que su afectación resultare necesaria para los fines de la ejecución, esto podrá ser verificado en un primer momento por el juez de derecho, y en un segundo momento por el ejecutor de embargos.

Seguidamente, la ley considera la nulidad del embargo cuando este se refiere a bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste, lo cual dará origen a una variedad grande de situaciones; sin embargo la ley considera como caso de excepción (indeterminación) el caso en el que podrán embargarse depósitos bancarios y los saldos favorables (capital e intereses) que arrojen las cuentas en entidades de crédito, siempre que en razón del título ejecutorio, se determine una cantidad como límite máximo, pudiendo disponer el ejecutado libremente de lo que exceda dicho límite, consistiendo la leve indeterminación en que estas cantidades son fluctuantes, activa o pasivamente, sobre todo en materia de intereses.

Siguiendo con nuestro estudio, nuestra ley prácticamente complementa la lista de los bienes inembargables que ya el Código Civil ha enunciado en el Art. 1488, estando dentro de ellos los bienes y derechos declarados inalienables, entre ellos los de uso público, los que constituyen el patrimonio cultural y como inalienables el mar territorial, el territorio del Estado y las servidumbres; se menciona asimismo, los que carezcan de contenido patrimonial, como la personalidad, la libertad y el honor, pero se podrán embargar los accesorios alienables con independencia del principal, para el caso una indemnización por ofensa al honor; sobresalen también los bienes y cantidades expresamente declaradas inembargables por alguna disposición legal, tales como los derechos de uso o habitación, los alimentos y la cantidad que la ley señala como salario inicial; también merece breve explicación aquellos bienes como alimentos, combustibles y otros que a juicio del tribunal resulten indispensables para que el ejecutado y las personas que de él dependan, puedan atender a su subsistencia con razonable dignidad, lo cual traemos a cuenta porque la exención cualitativa y cuantitativamente, dependerán subjetivamente del juez de derecho o del ejecutor de embargos, mereciendo finalmente

alguna atención los que por su naturaleza a criterio del juez, sean de valor inferior al de los gastos necesarios para su realización, por ejemplo: para que gastar en el ejecutor de embargos, en publicaciones, de un pequeño terreno quebrado situado a la orilla de un río que con cada invierno se desborda.

En cuanto al embargo de salarios, es de destacar la labor realizada por el equipo técnico, en el sentido de dejar un techo mas alto para la cantidad inembargable y rebajando casi a la mitad, el tanto por ciento por descontar de las cantidades que excedan lo inembargable, con lo cual se habrá beneficiado a las capas mas desposeídas del país, registrándose tal situación en el Art. 622 del nuevo código.

El Art. 623 declara nulos de pleno derecho los embargos de bienes inembargables y de aquellos que excedan los límites fijados por este Código, aunque se realicen con consentimiento del afectado, por ejemplo: si por pedido del ejecutante se ha señalado la cuantía del embargo y un tercio más, lo que se embargue en adición a dicha cantidad será nulo de pleno derecho.

Bajo el orden de bienes para el embargo contenido en el Art. 624, existía inicialmente una especie de prelación en cuanto a los bienes por embargar, sin embargo, se optó por acortar dicho orden de prelación y se optó por una norma que ya existía, por lo que, cuando hubiere bienes hipotecados o empeñados, se procederá contra ellos antes que contra los que no lo estuvieren, teniendo la excepción de que si hay acuerdo mutuo sobre el embargo de otros bienes, se trabará en estos la medida cautelar. Hay también aquí otra medida que depende del ejecutor de embargos, en el sentido de que si no alcanzaren los bienes hipotecados, también el embargo podrá recaer sobre otros bienes.

Como también el embargo puede recaer en dinero efectivo o divisas convertibles (entre estos: monedas de poder liberatorio general como el dólar o el euro si fuere el caso), en cuyo caso se estará a lo que dispone el Art.156 de la Ley Orgánica Judicial.

En el caso de embargo de cuentas, créditos, sueldos, salarios u otras remuneraciones de entidades financieras o en general, bienes que generen dinero en favor del ejecutado, a cargo de un tercero (para el caso

a mi deudor le pasan mensualmente una renta vitalicia, el juez ordenará al tercero que está pagando el sueldo o la renta), retener, a disposición del tribunal, la cantidad correspondiente hasta el límite de lo adeudado en la ejecución, todo en armonía con el Art. 622 que se acaba de analizar, en lo que exceda de este límite, podrá el ejecutado disponer de sus cuentas bancarias, después de embargado el total de la deuda si ese es el caso o recibir las cantidades pertinentes con la limitación del embargo parcial de su salario, recibiendo las cantidades sobrantes. Explicando el inciso último del Art. 626, vemos que la ley ordena que, después de haberse ordenado judicialmente la retención del crédito del ejecutado, no será válido el pago hecho por el deudor, refiriéndose este caso a que si yo sigo ejecución contra A, pero B es deudor de A, embargando lo que B le debe a A, después de embargado ya no será válido que le pague a A porque el crédito queda comprometido a favor mío.

El Art. 627 se refiere al embargo de títulos valores, así como también de instrumentos financieros que entendemos son valores similares a los títulos valores, situación que ya el Código de Comercio recoge en los Arts. 132 y 631. En tal caso el juez podrá acordar que se embarguen los dividendos o intereses y en fin de rendimiento de toda clase y reintegros, que a su vencimiento le correspondan al ejecutado, propietario o usufructuario de esos títulos valores, debiéndose notificar la resolución pertinente a quien debe hacer el pago, ya sea el gerente, pagador o tesorero, a quien se le ordena retenga las cantidades a disposición del tribunal, pudiéndose también a elección del ejecutante realizar el embargo del título valor o similares.

La notificación del embargo, que generalmente es el despacho de ejecución, se hará saber de los responsables del mercado de valores en que tales instrumentos se negocien, o, en su caso, a los administradores de las sociedades que los emitan, cuando tales títulos representen una participación de ellos, tales como bonos o participaciones. El Art. 628 que se refiere al embargo de intereses, rentas o frutos, como cuando se embarga el producido por un contrato de arrendamiento por los frutos naturales, como los de una hacienda embargada, se ordenará a quien deba congelar, por ejemplo al pagador correspondiente, o a quien los perciba, como el caso de un apoderado administrativo, que los retenga y los ingrese en la cuenta de fondos ajenos en custodia si son intereses, o simplemente los retenga a disposición del tribunal si fuere renta o frutos de otra clase, estimando que la diferencia de trato, entre los intereses y entre

las rentas o, frutos se debe a que estos últimos están sujetos a discusión, pudiéndose también, en el caso de las rentas y frutos, constituirse una administración judicial con el objeto de asegurar una mejor garantía, pudiéndose hacer lo mismo cuando se desatiende la orden de retención o ingreso.

Al estudiar el Art. 633 de este código, se especificará mas sobre la administración judicial.

Regla especial es la que se refiere al embargo de bienes muebles, embargo que se realizará en el lugar en que estos se encuentren, retomando aquí las reglas de competencia, como por ejemplo, para plantear la demanda o para comenzar la ejecución, siendo la ley específica en su diligencia, ya que se hará la mas exacta descripción de los bienes, para el caso los datos de una tarjeta de circulación de un automotor, sus señas distintivas como golpes que pueda tener, y todo lo que pueda incidir en su posterior realización, y a que se venda o a persona que señale el ejecutante o el ejecutado o al fin de la venta en pública subasta, pudiendo valerse el ejecutor de embargos de medios de ejecución gráfica como tomar fotografías al vehículo o hacer un dibujo de los defectos de carrocería que pueda tener, haciéndose constar para los usos que convengan a los intervinientes en el embargo, lo cual confirma que siempre se auxilian de un acta, como en el momento actual, y esto, sin perjuicio de los efectos que ya hemos visto, produce la norma del despacho de ejecución, destacando finalmente la ley que en estos casos es cuando mas se evidencia la necesidad del depositario judicial, el cual será designado por el juez de derecho o por el ejecutor de embargos por la naturaleza del bien o su productividad, apareciendo aquí que la novedad de que una persona jurídica podría ser depositaria, lo mismo que el ejecutado o un tercero, de responsabilidad y solvencia, para lo cual, a nuestro juicio deberá rendir la caución que el juez determine.

También está contemplado el caso de que si los objetos son de especial valor, para el caso, un diamante o una joya, o que necesiten cuidados especiales, ejemplo los excéntricos vehículos que aparecen hoy día, el depósito se hará en la institución pertinente, como un almacén general de depósitos o en las cajas de seguridad de un banco, tomando en consideración que estos podrán ser custodios públicos como podrían ser entidades públicas, como cuando se privatizaron los bancos; continuando con lo que es la actividad del depositario, el Art. 631 recoge lo que es

característico o sea los deberes de custodia y conservación de los bienes, así como su exhibición y la devolución y entrega a la persona que el Juez designe, teniendo en su caso la pena de remoción. También, como es natural, el ejecutado según se ha dicho, puede ser depositario, pudiéndosele autorizar el uso de la cosa, con los límites de la conservación, pudiendo sustituirse según la naturaleza de las cosas o la actividad empresarial, pero como es natural, sus frutos naturales o civiles o sus rentas quedaron afectos a la ejecución.

La ley señala como una obligación del ejecutor de embargos algo que era necesario, ya que sobre todo, tratándose de bienes inmuebles, debe gestionar su debida inscripción, sentándose asimismo en el Art. 632, la base para la acumulación de ejecuciones, ya que si el bien estuviese gravado o hipotecado, se dejará constancia de ello en los registros con la evidencia de la precedencia de la anotación, entendiéndose una vez mas que, al margen de la notificación del mandamiento de ejecución, lo realizado durante la diligencia del embargo debe asentarse en compendiosa acta. En cuanto al embargo de empresas, la ley recoge en el Art. 633 algo que tiene su punto de partida en el Art. 556 del Código de Comercio en lo relativo al embargo de una empresa, respecto de lo cual hay voces que consideran que si la empresa es algo de interés público no tiene porqué paralizarse, también es importante este artículo, porque señala la actividad que debe desarrollar el interventor con cargo a la caja, desterrando los abusos que se cometen hoy en día, como son por ejemplo: quitar a los administradores, o el dedicarse a administrar ellos a la empresa, o abusar para el caso de los bienes de esta, teniendo también la novedad, que el nombramiento se inscribirá en el registro de comercio y señalándose del No. 1 al 6º., las actividades que debe realizar convirtiéndose en un contralor de la administración, o como máximo, un coadministrador con obediencia a la administración central y, se le dan poderes para que, en caso de abuso de los administradores, pueda informar a la Fiscalía General de la República, además de al juez y a las partes tomando las medidas conservatorias necesarias.

Las facultades concedidas al administrador no se explican por ser tan clara la letra de la ley y hablar por si misma.

El Art. 634 es una regla lógica, y que bajo el acápite de “Mejora y reducción del embargo”, concibe que, según sean las fluctuaciones y el camino

recorrido en la ejecución después del embargo, hay momentos en que el ejecutante podrá pedir la mejora y el ejecutado la reducción, y ambos *in genere*, la modificación del embargo, según los bienes, en un momento determinado, sean insuficientes o cuando respectivamente exceda lo necesario para hacer frente a la obligación, o independiente de ello, pueda cambiarse los bienes embargados de igual valor.

Transcribimos finalmente por, en apariencia, ser una novedad, el Art. 635 del nuevo código, el que se refiere al reembargo:

Resulta que habla de excepciones legales, porque en un principio solo se admitía la acumulación de ejecuciones que se refirieran a bienes dados en hipotecas o en prenda, pero el equipo técnico optó por ampliar el actual Art. 97, en donde la acumulación de ejecuciones se vuelve mas factible, habiéndose adoptado para ello la idea contenida en el Art. 628 del Código de Procedimientos Civiles; sin embargo, no descartamos la posibilidad de que tal excepción cobre vigencia, sobre todo, cuando tengan que aplicarse leyes especiales como las bancarias. Este artículo tenía una parte final que le fue suprimida y que decía que el acreedor reembargante tendrá derecho a percibir las cantidades resultantes de la realización del bien embargado, una vez satisfechos los acreedores que embargaron con anterioridad, la cual fue suprimida pensando que talvez podría haber algún choque en cuanto al reparto de las cantidades por entregar, cuando son varios acreedores, sobre todo por lo que señalan las leyes sustantivas; no obstante pensamos que la filosofía del Código es pagar primero al que embargó primero, al menos en este caso en que los bienes tienen que realizarse, no así en el caso común, es decir, cuando se embarga dinero y hay que prorratar la cantidad de dinero por repartir, respecto de lo cual en la vida real, hay distintas formas de proceder.

LECCIÓN DÉCIMA QUINTA¹⁴⁴

TERCERÍA. REALIZACIÓN Y SUBASTA DE BIENES. EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES. LIQUIDACIÓN.

Con anterioridad, hemos hablado, aunque sea de paso, de lo que son las cuestiones incidentales, y hemos hablado también de la oposición, sobre todo, a las medidas de ejecución o actividad ejecutiva concreta; pues bien, la tercería de dominio es, al mismo tiempo, una cuestión incidental y una forma concreta de oposición a medidas ejecutivas concretas, consistiendo su naturaleza jurídica en que, como consecuencia del embargo, se ha afectado un bien que no pertenece al ejecutado, sino a una persona que es ajena a la ejecución, siendo esa la filosofía que inspira el primer artículo de dicho capítulo al decir que: podrá interponer tercería de dominio en forma de demanda, el que afirme ser dueño de un bien embargado perteneciente al ejecutado, siempre que el tercero no lo hubiere adquirido del ejecutado una vez trabado el embargo en ese bien, pues el no puede estar avalando situaciones que se encuentren relacionadas con el objeto ilícito, a que alude el Art. 1335 del Código Civil, deseando aclarar que el caso natural, excluyendo lo antes dicho, son los casos de homonimia, o sea que el bien embargado pertenezca a una persona que se llame igual que el ejecutado, por ello es que, en materia de ejecución de las sentencias (que es uno de los motivos que da lugar al embargo), exige plena identificación, hasta lo último, de las partes que intervienen en el proceso. También podrán interponer tercerías, a fin de que se levante el embargo, quienes sean titulares de derechos que,

¹⁴⁴ Román Gilberto Zúñiga Velis

por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo, para el caso un usufructuario o un acreedor hipotecario; se podrán también oponer a la realización forzosa de uno o más bienes, como pertenecientes al ejecutado, quienes ostenten también el bien de familia. Otro aspecto sobresaliente de destacar es el de que para nadie es desconocido que muchas veces las tercerías obedecen a acuerdos defraudatorios entre el tercero que hace oposición y el ejecutado mismo, éste con el fin de salvar sus propios bienes.

En cuanto al procedimiento, la tercería ha de iniciarse por medio de un proceso y por medio de demanda, que por competencia funcional se interpondrá ante el mismo juez que esté conociendo del proceso principal, comenzando el momento mínimo desde el momento en que éste tuviere conocimiento que se ha embargado el o los bienes que resultaren afectados, esto implica de acuerdo con las normas generales de los incidentes, que deberá seguirse en pieza por separado y que habrá que presentar prueba, generalmente escrita, del derecho en que se fundamenta, dándosele al tercerista, por una sola vez y por el plazo de tres días, la oportunidad para que subsane dicha omisión, y si no lo hiciere, se rechazará la demanda, sucediendo lo mismo cuando esta se interponga después de la entrega del bien o bienes al acreedor, o al tercero que lo adquiriera en pública subasta, siendo el momento máximo de presentar la demanda el que no se haya verificado dicha entrega.

Otra cuestión destacable es que el legislador le ha dado importancia al principio de “preclusión”, en el sentido de sostener que no se permitirá, en ningún caso, segunda o ulterior tercería sobre los mismos bienes, fundada en títulos o derechos que poseyera el que lo interponga al tiempo de formular la primera. En otras palabras, ha querido la ley que se evite el estar poniendo tercerías de dominio en forma sucesiva, lo cual ha hecho en las acumulaciones, en los Arts. 108 y 125, lo que obedece también a ofrecer, de una sola vez, todas las pruebas para evitar dispendios económicos y de tiempo, por lo que también esto obedece a razones de economía procesal, y hemos descubierto con ello otra forma de acumulación, que es la acumulación de tercerías de dominio.

En otro tópico, el legislador se ha preocupado de señalar concretamente cuáles son los efectos de la tercería, comenzando por enseñarnos que la admisión de la demanda solo suspenderá la ejecución respecto del

bien cuyo embargo se quiere levantar; siguiendo con el proceso, el juez podrá condicionar la admisión de la demanda, a que el tercer opositor preste caución por los daños y perjuicios que podría producir al acreedor ejecutante, lo cual, lógicamente implica el proveimiento de una resolución que se notificará a las partes. Asimismo a instancia de parte y a juicio prudencial del juez, al admitir la demanda de tercería, podrá ordenarse la mejora del embargo en forma preventiva, por si el bien de que se trata es excluido de la afectación.

En cuanto a la clase de procedimiento, que, como hemos dicho, será por separado, el legislador ordena que sea por medio del proceso común, es decir, aquel que está contenido del Art. 276 en adelante, y en este se encuentra, la limitación de qué se decidirá sobre la continuación o levantamiento del embargo que hubiera recaído en el bien o bienes a que se refiera la tercería, siendo los legitimados pasivamente el acreedor ejecutante y el deudor ejecutado, adoptándose la teoría prevaleciente sobre la materia, ya que hay legislaciones en que el legitimado pasivo es únicamente el acreedor ejecutante, precisamente por la colusión que pueda existir entre el tercerista y el ejecutado.

Llegamos finalmente a la resolución que resuelve la tercería, la cual se decide por auto, entendemos, de carácter definitivo, el cual, por resolver una cuestión incidental y que no entra a analizar la cuestión de a quién pertenece la propiedad, no causará el efecto de cosa juzgada. Si en tal auto se desestima, la tercería (resolución favorable al ejecutante), se ordenará que continúe embargado el bien que se disputó. Ahora bien, si el auto estima la tercería de dominio (favorable al tercero), el juez ordenará el levantamiento de la traba o embargo específico de ese bien, y la remoción del depósito, y en consecuencia, del depositario, así como la cancelación de la anotación preventiva, que es una medida de garantía del embargo, al igual que el depósito, todo relativo al bien al que se ha referido la tercería.

TERCERÍA DE PREFERENCIA DE PAGO

Otra cuestión incidental, y que tiene su base en un embargo realizado, se fundamenta en que, dentro del proceso de ejecución, puede intervenir un tercero, vale decir, alguien que no es parte del proceso, pero que,

a diferencia de la tercería vista anteriormente, su derecho a discutir no es el derecho de propiedad de un bien embargado, sino que lo es a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante, pues su derecho gozará de preferencia de las que determina el título que trata sobre la prelación de créditos en el Código Civil, precisamente a partir del Art. 2214, y deberá deducirse ante el juez que esté conociendo de la ejecución (competencia funcional), siendo el principal legitimado pasivo el ejecutante y tal vez el ejecutado con menor énfasis, siguiéndose siempre, al igual que la anterior tercería, en proceso común. Lo anterior, en cuanto a las partes, lo deducimos confrontando el Art. 640 inciso 2º, y siendo, en cambio, el Art. 643 que dice que la tercería de pago se sustanciará no en contra, sino que con el ejecutante y el ejecutado. Al igual que la tercería de dominio, la de pago no suspenderá la ejecución que se esté llevando a cabo, sino que deberá continuarse hasta la realización de los bienes o derechos embargados, y si esta realización sucede antes de pagar al ejecutante, su importe, hasta el límite de la cuantía discutida, se depositará en la cuenta de fondos ajenos en custodia.

Seguimos sosteniendo que, por la letra de la ley, el proceso de tercería se seguirá en pieza por separado, confirmando en el Art. 644 que la demanda se sigue contra el acreedor ejecutante, y con la cual se acompañará un principio de prueba del derecho alegado, sin el cual será rechazado. Otro punto que destaca la ley es que señala el plazo máximo de presentación de la demanda, la cual, si se formula después de realizado el pago al acreedor ejecutante o después de la entrega del bien al ejecutante y este ya la hubiera adquirido conforme al Código Civil o Mercantil, no se admitirá, no señalándose el momento mínimo, pero suponemos que lo es desde que el tercero, con derecho preferente, sabe de la ejecución contra su deudor. Finalmente y por su propia naturaleza, la sentencia que recaiga en el proceso de tercería se limitará a decidir sobre la existencia del privilegio y el orden de satisfacción de la pluralidad de créditos, sin prejuzgar otras acciones que pudieran ejercitarse, con lo cual se parece a la tercería de dominio, ya que ésta no juzga el derecho de propiedad, sino sólo la continuación o el embargo del bien afecto. En el Art. 644 la ley confirma el carácter de principal del ejecutante y de secundario del ejecutado al decir: “El ejecutado podrá intervenir en este proceso a cuyo fin se le notificará la demanda dándole audiencia de la misma”.

El Art. 645 plantea varias situaciones que podrían darse, y que podrían hacer finalizar anticipadamente el proceso, jugando un papel importante si el documento que presenta el tercero es o no ejecutivo y que podríamos resumir en seis numerales, según el orden siguiente:

1°. Si el crédito del tercero consta en título ejecutivo y el ejecutante se allana a la tercería de mejor derecho, se dictará sin más trámite auto que ordene seguir adelante para satisfacer en primer lugar al tercerista.

2°. Si el crédito del tercerista no constare en título ejecutivo, el ejecutado que estuviera personado en la tercería deberá expresar su conformidad o disconformidad con el allanamiento del ejecutante dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se le hubiere dado traslado del escrito de allanamiento. Si el ejecutado se mostrara conforme con el allanamiento o dejare transcurrir el plazo sin expresar su disconformidad, se procederá – dice la ley- conforme a lo dispuesto en el inciso anterior (es decir, se sigue con el juicio o proceso de ejecución para pagarle al tercero, tomando en cuenta el allanamiento del ejecutante y el silencio del ejecutado).

3°. Cuando el ejecutado se oponga al allanamiento, se dictará auto en el que se tendrá por allanado al ejecutante, mandando seguir la tercería con el ejecutado (o sea, que el ejecutado interviene contrariando al tercerista dentro de ese segundo proceso).

4°. Si notificada la demanda el ejecutante desistiere de la ejecución (es decir, del primer proceso), se procederá conforme a lo establecido en el inciso anterior sin necesidad de obtenerse la conformidad del ejecutado, siempre que el crédito del tercerista conste en título ejecutivo (o sea, se seguirá la ejecución para el solo efecto de pagarle al tercerista por estar todo a su favor).

5°. Si no fuere así, se sobreseerá en el proceso de ejecución (hay desistimiento del actor, no es título ejecutivo el del tercerista); y como no se oye al ejecutado, el proceso en donde aparece el tercero se sobresee.

6°. Salvo que el ejecutado se mostrare de acuerdo con que se prosiga para satisfacer el crédito del tercerista (o sea hay desistimiento, no es título ejecutivo el del tercerista y el ejecutado está de acuerdo con proseguir la ejecución para pagarle al tercero).

REALIZACIÓN Y SUBASTA DE LOS BIENES EMBARGADOS

A estas alturas de este pequeño aporte, debemos de recordar una vez más que estamos en presencia de la ejecución dineraria, llamada también *ejecución genérica*, la cual se opone a las llamadas *ejecuciones específicas*, que contienen las obligaciones de dar cosa distinta del dinero, y para el caso, será, por ejemplo, la de dar una cosa específica o cosas genéricas. Asimismo, hay obligaciones de no hacer y obligaciones de hacer, las cuales serán vistas en su oportunidad.

Pues bien, el embargo que se acaba de ver es algo propio de las obligaciones dinerarias, ya que al inmovilizar total o parcialmente el patrimonio del ejecutado, lo que se persigue, en forma inmediata, es realizarlos, liquidarlos, vale decir, traducirlos en dinero contante y sonante que fue a lo que se obligó el ejecutado. Ahora bien, la forma tradicional de verificar esa realización es mediante la venta en pública subasta, precedida del valúo de los bienes embargados y de otras diligencias más, pero se ha contraargumentado a dicha práctica, manifestándose que no es oficio del juez servir como vendedor o recogedor del dinero para el ejecutante, por lo que modernamente se ha optado por otros medios para satisfacer al acreedor, y es criterio unánime de los tratadistas, especialmente de los españoles, que previamente se trate otras alternativas, como sería la adjudicación del bien al ejecutante en cualquier momento; el que el ejecutado, con auxilio de un tercero, pueda realizar la venta, o aplicar la administración de los bienes para pagarse con su producto, o utilizar el auxilio de personas naturales o jurídicas que promuevan la venta de los bienes, dejando como recurso de última instancia la tradicional venta en pública subasta. De esto es lo que trata el capítulo en estudio, cuyo contenido abarca del Art. 646 al 664, ambos inclusive, señalándose en primer término, que la realización de los bienes puede ser en forma inmediata, como por ejemplo, cuando hablamos del dinero, o el embargo ha sido en cuentas de ahorro, o en cuentas corrientes o bienes o valores, que sean aceptados por el ejecutante en su valor nominal, refiriéndose aquí la ley a cualquier título valor que sea fácilmente convertible, así como las divisas convertibles, como sucedía cuando en el país circulaba el colón, y, desde luego, el dólar era la divisa fácilmente convertible, y lo mismo podríamos decir si aquí circulara el euro; éste podría tomarse como divisa, la que podría entregarse, previo recibo, a la persona del acreedor ejecutante. En materia de acciones de una sociedad, los bonos u

obligaciones negociables y otras formas de participación societaria, como serían al existir los bonos del trabajador o bonos de fundador, se realizarían mediante la enajenación en el correspondiente mercado de valores, si es que están inscritos, o conforme a las normas correspondientes, si no son cotizables en el mercado, situación que está regulada por el Código de Comercio y, en su caso, por la Ley de Procedimientos Mercantiles.

Señala la ley que, en todo caso, los bienes embargados, antes de tomar cualquiera alternativas de las que se han visto, el juez nombrará un perito valuador que demuestre conocimientos en la materia, de los cuales, desde luego, hay muchos en nuestro medio. Para el caso, peritos adscritos a bancos, compañías de seguros, o los mismos auditores de impuestos internos, perito que podrá ser recusado por el ejecutante y por el ejecutado que ha comparecido, desde el momento de la notificación del despacho de ejecución, no habiendo señalado la ley trámite alguno, el cual tendrá que ser integrado brevemente por el juzgador. Aceptado el encargo y juramentado el perito, este entregará su dictamen dentro de los cinco días, a contar desde la juramentación, pudiendo fijar el juzgador otro plazo que no excederá de diez días, según la necesidad del caso. Queda a juicio del juzgador valorar la idoneidad del perito, lo cual lógicamente será previo al nombramiento.

Cuando la ley dice que la valoración se ajustará a los criterios del mercado, resulta que dentro del negocio de los bienes inmuebles, compra-venta de vehículos y equipos y otras actividades, ya hay criterios bien sentados, por ejemplo, de cuánto valor tiene el metro cuadrado o la vara cuadrada, según la ubicación y construcción del inmueble; ahora bien, respecto de los inmuebles, si al analizar la inscripción del registro aparece, por ejemplo, hipotecado (se supone que el estudio debe ser completo), este gravamen no se tomará en consideración, sino que debe de privar siempre el justiprecio, no interesando que esté hipotecado o embargado.

Otra forma de pagar, por parte del ejecutado, consiste en que éste presente a un interesado que quiera adquirir total o parcialmente lo embargado por el valor de tasación; ahora bien, si el ejecutado usa de esta facultad para dilatar la ejecución, se le rechazará la participación del tercero por medio de un auto simple que deberá estar motivado. Como una continuación de este primer sistema, y después de valuados los bienes, se citará a instancia de parte a ellos mismos y a los terceros que tengan derecho

sobre los bienes por liquidarse, a una audiencia que tendrá por objeto decidir la mejor forma de realización de dichos bienes, debiendo al menos comparecer el ejecutante y el ejecutado. Estima además la ley, que los concurrentes podrán proponer, en la audiencia, el procedimiento de realización y sus condiciones y presentar en el acto a personas que, con la debida garantía, entendemos, se ofrezcan a adquirir los bienes por el justiprecio. Hemos de aclarar en este momento que aunque, al inicio del comentario del Art. 649, mencionamos que era un corolario del anterior, pensamos también que podría obrar autónomamente.

Otra forma, un tanto anormal, de realizar los bienes, la constituye el Art. 650, ya que, si el tiempo está corriendo y los bienes o derechos son perecederos o urge venderlos por cualquier otro motivo, se podrá ordenar en cualquier momento su realización, sin ajustarse estrictamente a los procedimientos establecidos en el presente código, pudiéndose variar plazos o cualquier otra condición de la realización, tal sucede, por ejemplo, con el frijol, que puede “agarrar gorgojo”, o lotes de medicamentos que están por vencerse.

El Art. 651 plantea otra forma de poder realizar los bienes, la cual puede darse autónomamente o como consecuencia de lo que se ha visto en los artículos anteriores, considerando la ley que si hay acuerdo, entre ejecutante y ejecutado sobre la forma de realización, para el caso, podrá hacerse una venta a plazos o promesa de venta, o arrendamiento con promesa de venta, o venta con pacto de retroventa, y cualquier otra forma lícita o imaginable, la cual aprobará el juez por medio de auto simple, tomándose también en cuenta que esto no cause daños a terceros, señalándose en el auto de aprobación un plazo máximo para su concretización, produciendo este acuerdo un nuevo caso para agregar a la lista ya existente de suspensión de la ejecución; por lo demás, si se cumple el convenio (o sea, satisfecho el ejecutante), se sobreseerá en la ejecución si el ejecutado quedó totalmente satisfecho, y, de no ser así, se sigue la ejecución forzada por la cantidad remanente. Se señala finalmente que si el convenio de realización se incumple, se levantará la suspensión y se procederá a la subasta del bien o bienes de que se trata. Es de hacer notar que en este Art. 651 se trata el sobreseimiento como lo que sería: no una forma anticipada, sino una forma anormal de terminación del proceso.

Otra modalidad de realización del bien es la contenida en el Art. 652, por medio de la cual, a petición del ejecutado, se le podrá autorizar para realizar el bien, sobre lo que decidirá el juez, oyendo a la parte contraria, o sea, al ejecutante, debiéndose, si se accediere a la solicitud, fijar un plazo máximo para la realización del bien, con el apercibiendo de que si el bien no se realizare, deberá abonar al ejecutante los daños y perjuicios que se le causen, no estando de acuerdo quien escribe, por parecer una medida muy drástica que muchas veces depende del alea o de otras condiciones de mercado imponderables para el ejecutado. Este caso de venta por el ejecutado podría darse, por ejemplo, cuando este es intermediario o comisionista de bienes raíces o de automóviles, o de maquinaria y equipo, o de cereales, para el caso.

Todas estas formas se diferencian entre sí, aunque muchas veces las diferencias sean sutiles. Así, otra modalidad podría ser que, por mutuo acuerdo de ambas partes (lo que significa confianza), se podrá encomendar la realización del total o uno solo de los bienes a persona designada al efecto, que sea idónea por su especialidad y eficacia, podrá, pues, ser una persona natural o jurídica que realiza operaciones de intermediación, que si ya las hay. Con el aval legal, entendemos que aparecerán más.

A esta persona le encomienda la ley llevar a efecto las actuaciones materiales y jurídicas que comporta la realización de los bienes de que se trate, por ejemplo, podrá inspeccionar registros de la propiedad raíz e hipotecas, registro de comercio; podrá obtener solvencias municipales y de renta; podrá contratar notarios, etc., pudiendo asumir, en su caso, la condición de depositaria de los bienes, para lo cual prestará caución que garantice el buen fin del encargo, recordando únicamente que debe conservar y restituir el bien y deberá siempre reconocer el dominio ajeno, pudiendo imponérsele obligaciones adicionales que las partes también, de común acuerdo, estimen pertinentes. Por lo demás, la enajenación no podrá ser inferior al justiprecio tasado. El destino de la cantidad obtenida se ingresará en la cuenta de fondos ajenos en custodia, previo descuento de los honorarios y comisiones que deba percibir la persona que realizó el bien, en el entendido de que, aprobada la gestión por el tribunal, se le devolverá al realizador la caución prestada, esto porque la disposición del Art. 649 –ya vista- en cuanto a la prestación de garantía es de carácter general. Ha previsto finalmente el legislador que, si la venta se anulare por causa imputable a la persona designada, éste deberá reintegrar el importe

de la comisión y de los honorarios que hubiere percibido, y responderá personalmente de la regularidad del procedimiento de realización, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedan, para el caso, las penales; un buen ejemplo sería que quien compre lo haga a causa de un vicio del consentimiento, por haberle mentido la persona del comitado para la realización de los bienes.

Otra forma de cumplir la finalidad del embargo, es la que concede el Art. 654, al determinar que el ejecutante tendrá en todo momento derecho de adjudicarse o de comprar los bienes por la cantidad del justiprecio, caso que solo puede darse de acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles, cuando la venta en pública subasta ha fallado con lo cual, en la nueva ley como lo hemos dicho, las posibilidades de arreglar voluntariamente el pago de la deuda se abre ostensiblemente; considera también la ley que la adjudicación al acreedor extingue su crédito, hasta el límite del valor del bien, considerando que si el valor del bien fuese superior al importe de su crédito, deberá abonar la diferencia; se supone, entregándosela al ejecutante.

Otra de las posibilidades es que el ejecutante pueda solicitar la entrega de los bienes en administración en cualquier momento de la ejecución, siendo esta institución distinta a la que se refiere el Art. 633 del nuevo código y llamándose la que estamos tratando *prenda poeoria* o *anticresis judicial*. Cuando así lo solicita el ejecutante, el juez accederá a ella si entiende que lo solicitado se ajusta a la naturaleza de los bienes embargados y previa audiencia, en su caso, de terceros afectados por tener derechos inscritos con posterioridad a los del ejecutante, por ejemplo, si se piensa sacar lucro a una finca situada en el volcán de Santa Ana, el proyecto sería viable si se piensa sembrar café o pinares o cítricos, pero no maíz u otros productos no afectos a una zona helada.

Como se supone que el plazo por el cual se va a administrar podría ser mediano o largo, es obligación del ejecutante rendir cuentas de la administración con la periodicidad que fije el Juez, porque recordemos que al cosechar café hay que entregar el producto en los recibideros, luego hacer liquidaciones, y de este dinero percibido es que el ejecutante tendrá que rendir cuentas, claro, previa deducción de gastos que el ejecutante haya podido realizar. Ahora bien, el ejecutado y los terceros afectados podrán oponerse a la liquidación en el plazo de seis días contados desde que se le comuniquen las cuentas, y la discrepancia se resolverá en una

audiencia en la que las partes podrán valerse de las pruebas pertinentes al caso, constituyendo esto un procedimiento de rendición de cuentas abreviadísimo, que se da en el proceso de ejecución; pero fuera de esa rendición de cuentas parciales, el ejecutante rendirá una cuenta final de administración cuando con las rentas o productos se cubra la cantidad total del objeto de ejecución, o cuando por separado el ejecutado abone la cantidad íntegra que en ese momento se adeuda, todo previa liquidación hecha por el tribunal.

Tócanos ahora enfocar lo que en la actualidad es la regla general, pero que, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código, se volverá en la excepción. La subasta está contenida desde el Art. 656 en adelante, considerando el legislador que se acordará de oficio la realización de los bienes embargados, mediante subasta judicial, cuando no puedan aplicarse o cuando hubieren resultado ineficaces los demás procedimientos disponibles, campeando una gran subjetividad en cuanto al uso de las alternativas previas, no diciéndonos la ley si pueden repetirse las anteriores posibilidades ante el fracaso de la primera, ni diciéndonos tampoco si necesariamente hay que usarlas ordenadamente, una en pos de otra; lo que sí es cierto es que habrá de haberse dado opcionalmente alguno o algunos de esos procedimientos anteriores. En sintonía con el Código de Procedimientos Civiles, exige el legislador que a toda subasta se le dará publicidad por medio de edictos que se fijarán en el tablero del tribunal y que además deberán publicarse en extracto en un periódico de circulación nacional. No nos ha dicho la ley cuántas veces se publicará en el diario de circulación nacional, pero debe entenderse que por una sola vez, porque así se evidencia de la letra de la ley al decir que la convocatoria se hará con, al menos, quince días de antelación a la fecha que haya de celebrarse la subasta, indicándose en el anuncio la fecha, hora y lugar de la celebración, siendo requisito para participar en la subasta que el interesado compruebe su solvencia económica, y para darle vigencia a aquella, tal vez la forma más eficiente será como se hace en la actualidad, es decir, presentando una libreta de ahorros con cantidad suficiente para tal efecto.

Una novedad significa la exigencia de que en los edictos se incluirá un pliego con todas las condiciones generales o particulares de la subasta, si las hubiere (lo cual significa que tal situación es potestativa), incluyéndose los datos y circunstancias que sean relevantes para el éxito de ésta,

tal podría ser que se pague con cheque certificado o que no participen ciertas personas o instituciones, o el tiempo máximo de duración, o que cuántas veces se va a gritar las ofertas para mejorarlas, o para tener por vendido el bien. También, exige que para tomar parte en la subasta los oferentes tendrán que identificarse de manera suficiente y declarar que conocen las condiciones generales y particulares de ésta, en caso de existir; se supone que lo que digan los oferentes será en el momento de realizar alguna puja; también se ha despejado una duda, en el sentido de dejar claro que el ejecutante podrá tomar parte en la subasta y mejorar las posturas que se hicieren, pudiéndose reservar la facultad de ceder el remate a un tercero, verificándose esta cesión mediante comparecencia ante el tribunal con asistencia del cesionario, que deberá aceptarla con previo o simultáneo pago del precio del remate.

El Art. 659 señala una condición especial cuando la subasta se va a referir a bienes inmuebles, lo cual no es sino un reflejo de lo que sucede en la actualidad, y es que, además de darle cumplimiento a los requisitos generales, en los edictos, se hará constar que existe en el juzgado en donde está la ejecución una certificación actualizada de la situación registral actual de los bienes por subastarse, esto con el fin de dar a conocer a los futuros compradores la situación real de los inmuebles, insertando si es posible un adelanto, aunque sea breve, de tal situación registrada.

En cuanto al desarrollo de la audiencia de subasta, no se difiere mucho de la ley actual, ya que ésta, como es lógico, será presidida por el juez, señalándose la especificidad de los bienes por subastar, respecto de lo cual se introduce una novedad, pues, de los bienes podrán hacerse lotes que serán determinados por la característica de los bienes, para el caso, podrá haber si se trata de repuestos, clasificarlos, por ejemplo, en repuestos de motor, repuestos de transmisión, o repuestos de carrocería; pero esto quedará al arbitrio del juzgador o de acuerdo con la petición de las partes. A propósito de las condiciones especiales mencionadas en artículos anteriores, una de éstas podría consistir en señalar el orden cronológico en que los lotes (si es que existen) serán vendidos, luego viene la parte medular de la venta en pública subasta y que consiste en las diversas posturas que los ofertantes irán haciendo, las cuales serán repetidas por el juez, no indicando el número de veces que el juez lo hará, pero entendemos que será un número racional, esto a diferencia

de ciertas ventas al martillo en que el juez o el pregonero la grita por tres veces, terminando con el anuncio de la mejor postura, señalando el nombre de quien la ha realizado, de todo lo cual se levantará acta en la que se hará constar los nombres de los que participaron y las posturas que se hubieren realizado.

El corolario normal de la venta en pública subasta, que se ha convertido en la excepción a la regla, es que el juez apruebe el remate del bien a favor del mejor postor, mediante auto simple, en el mismo día o en el siguiente. Ordena la ley que el rematante habrá de pagar el total de la postura que hizo dentro del plazo máximo de diez días; ahora bien, si fuere el ejecutante el que hubiere hecho la mejor, se procederá a la liquidación de lo que se le deba por principal e intereses y deberá consignar la diferencia, si la hubiere, dentro de los diez días siguientes, teniendo en cuenta la liquidación de costas, aclarando que este caso se da porque en una sola persona concurren la calidad de rematante y ejecutante. Creemos que este es el momento oportuno en recalcar la diferencia existente entre la actual prevalencia de las dos terceras partes del valor, en relación con el precio de justa tasación, existente en el moderno código, el cual, en términos generales especifica que, en caso de adjudicación al ejecutante, prevalecerá el justiprecio y no las dos terceras partes, lo cual operaba en beneficio siempre del ejecutante, dándose el caso de que por prestamos risibles se adjudicaban, por ejemplo, valiosos inmuebles bajo el mito de entender en forma absoluta el valor de los dos tercios del precio del inmueble; pero continuando con las consecuencias de la venta en pública subasta, considera la ley que, realizado el pago, se pondrá al rematante en posesión de los bienes, procediéndose a la inscripción de su derecho en los registros públicos de inscripción del inmueble para el caso, con la consecuencia que se deberán cancelar los cargos posteriores al embargo.

Señala finalmente la ley que, si dentro del plazo señalado no se hubiere efectuado el pago, se revocará el auto que aprobó el remate, quedando en todo caso el oferente obligado al pago de los daños y perjuicios ocasionados.

Como se supone que las posturas deben ser superiores al valor del bien debidamente tasado, puede darse la situación especial de que tal postura sea superior, pero se ofrezca pagar a plazos con garantías suficientes

bancarias o hipotecarias, dándole en tal caso, al ejecutante, el poder pedir en los cinco días siguientes la adjudicación de los bienes por el valor tasado, y si el ejecutado no pide tal adjudicación, se aprobará el remate a favor del mejor postor, aunque con pago diferido. Plantea también la ley otra posibilidad y es que si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el ejecutante pedir la adjudicación de los bienes por el valor tasado, pero nos preguntamos: ¿Qué pasa si no lo pide o qué pasa si el oferente no pagó dentro del término de ley? Pensamos que aunque el legislador calló ante estos problemas, podría, a lo mejor por una sola vez, pedirse que los bienes salgan nuevamente a subasta.

El artículo final de este capítulo se refiere a que las cantidades que se obtengan a favor de los ejecutantes se aplicarán por su orden (al practicar la liquidación): al pago del principal; intereses y costas, una vez liquidados aquellos y tasadas éstas; y el resto, si lo hubiere, se pondrá a disposición del deudor, esto cuando sea singular la ejecución, en el sentido de que hay un ejecutante y un ejecutado; y luego continúa la ley diciendo que cuando hubieren varios embargantes (frase que confirma que hay acumulación por comunidad de embargos) y resultare insuficiente el sobrante, se distribuirá el pago a prorrata (lo cual indica que siempre existirá una sentencia de prelación de créditos y tendrá que seguirse reflexionando sobre en qué forma se pagará, cuando hubieren acreedores de la misma clase); y, como es lógico, si hay terceros con derecho preferente, se les pagará en el orden de prelación debido conforme a las disposiciones del Código Civil y leyes pertinentes.

NORMAS ESPECIALES SOBRE REALIZACIÓN DE INMUEBLES

En nuestro país, el legislador siempre ha considerado de gran importancia los bienes inmuebles, por ese motivo, y con ocasión de la realización y subasta de estos, ha previsto varias normas a las cuales se dedica este capítulo, del Art. 665 al 674. Aunque por la forma genérica en que habla, pareciera referirse también, en lo aplicable, a bienes muebles susceptibles de inscripción en un registro público, como el de vehículos automotores, armas y bienes del régimen patrimonial del matrimonio, y por eso concibe que, cuando el objeto (sinónimo de bien) de la subasta, sea un bien susceptible de inscripción en un registro público, el tribunal librándolo de mandamiento u oficio al registro de que se trate, para que le

remita certificaciones en las que conste la titularidad del dominio sobre el bien, así como los derechos reales que le afecten y las cargas que lo graven en su caso; esto equivale al informe que se pediría después de la sentencia condenatoria del juicio ejecutivo o, en su momento, cuando se trate de la ejecución proveída en un juicio declarativo, por manera que en esos documentos de contestación se señalarán la prenda, hipotecas y todo lo que pueda tener incidencia para el nuevo adquirente. Asimismo, el registrador hará constar, al margen del asiento respectivo, que ha procedido a expedir la información pedida por el Órgano Judicial, expresando la fecha de la expedición y el proceso a que se refiere. Por lo que hemos dicho, esta es una norma autóctona, propia de la ejecución de la sentencia específicamente con relación a la venta en pública subasta. Ordena la ley, asimismo, que, tratándose de bienes inmuebles, saldrán a subasta por el justiprecio tasado, abandonando el sistema actual en donde salen a subasta por las dos terceras partes del valor tasado.

Como hemos visto, que en subasta es el último recurso y se le da preferencia, entre otros, a la enajenación por convenio o realización delegada, esta necesita de aprobación judicial si consta que la transmisión (debe entenderse transferencia del bien) se produjo con conocimiento por parte del adquirente de la situación registral que resulte de la certificación de cargas; en otras palabras, en esos casos de realización de bienes cuando en el informe registral consten cargas, el comprador debe saber previamente de ellas y, en tal caso, necesitará el convenio o realización delegada de la autorización del juez.

Existe una innovación con el fin de actualizar los datos acerca de derechos preferentes anteriores, bien para que el futuro comprador o adjudicatario esté enterado de qué compra y de qué forma lo hace, así como para que, en su caso, puedan existir arreglos, siendo lo que diremos a continuación un derecho optativo del ejecutante, pues, a pedido de él, el tribunal se dirigirá a los titulares de los créditos anteriores, que sean preferentes al que se ejecuta, para que informe sobre la subsistencia actual del crédito garantizado, su actual cuantía, la fecha del vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba efectuarse; entre estos créditos preferentes podríamos mencionar: el hipotecario, el prendario, el de la hipoteca legal subsidiaria, el de los trabajadores y los otros contenidos en el título de la prelación de créditos del Código Civil.

Asimismo, se podrá preguntar y responder si el crédito estuviera vencido y no pagado, así como también lo relativo a los intereses moratorios vencidos y de la cantidad a la que ascienden los intereses que se devenguen por día de retraso, debiendo rendirse, por el acreedor preferente en el plazo máximo de diez días, no siendo vinculante como lo hemos dicho ni la petición, ni la contestación del informe. Finalmente, hemos de agregar por nuestra parte, que tal procedimiento significa evitar dentro del proceso de ejecución tercerías de pagos preferentes.

Otra situación similar la contiene, con leves diferencias, el Art. 669, al considerar en forma imperativa, que el tribunal comunicará la existencia del proceso de ejecución a los titulares de derechos inscritos con posterioridad al del ejecutante, si su domicilio consta en el registro, los demás titulares de derechos posteriores no serán notificados (se entiende los que no tengan domicilio registrado), pero podrán intervenir en la ejecución, si acreditaran la inscripción registral -y nosotros agregaríamos- en calidad de terceros.

Considera también la ley que, cualquier titular de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta podrá subrogarse en los derechos del ejecutante si paga el principal, intereses y costas generadas hasta el momento del pago, quedando constancia en el registro mediante nota marginal. (Art. 1480 No.5 C).

Como vemos, la ley habla de un orden escalonado, hablándonos primero de derechos inscritos con anterioridad y con posterioridad, y dedica un artículo especial respecto de la comunicación de la ejecución a arrendatarios y ocupantes de hecho, al decirnos que, si en el inmueble embargado, hubiera ocupantes que no fueran el ejecutado o los que con él convivan, se les notificará la existencia de la ejecución para que, en el plazo de cinco días, presenten al tribunal los documentos o títulos que justifiquen su situación. El anuncio de la subasta dará a conocer la situación posesoria del inmueble, y, en el caso de haber ocupantes, deberá contener la orden de desalojo cuando se trate de ocupación de mero hecho o sin título suficiente, o comunicar que los ocupantes tienen derecho a permanecer en el inmueble, tras la enajenación del bien. En todo caso, esta declaración judicial sobre los ocupantes de un inmueble dejará a salvo, cualquiera que fuere su contenido, los derechos de los

interesados, que podrán ejercitarse en el proceso que corresponda, lo cual nos hace pensar que el proceso más recomendable sería el de amparo.

Como corolario, podríamos indicar que la ley distingue el que sin ningún derecho llega al inmueble y simplemente vive en él, marcándose la diferencia con el mero tenedor, para el caso un arrendatario o un usufructuario, los cuales, si tienen contrato legalmente constituido, habrá que respetarles su derecho, para el caso, en aplicación del Art. 1750 del Código Civil.

Bien, el Art. 671 del nuevo código, y bajo el acápite “tercer poseedor”, sostiene que el que pasa a ser tercer poseedor del inmueble objeto de embargo, después de trabado éste (el embargo de este bien), podrá apersonarse en la ejecución sin que se suspenda el curso, antes de que el embargo se realice (es decir, antes de que el bien embargado se convierta en dinero para pagar al ejecutante), debiendo acreditar la inscripción de su título. Esta disposición es un tanto extraña, debiendo llamarse aquí *poseedor* al que ha adquirido el bien después de afectado el inmueble; ahora bien, el problema es que este tercer poseedor, dentro de nuestro sistema registral, no podrá inscribir su derecho, salvo en el caso de que él haya presentado su título de adquisición antes de haberse inscrito el embargo, lo cual, por razón de cronología, es muy difícil de darse, y, sin embargo, podría darse el caso excepcional de suceder; en todo caso, e igual que en el caso de los derechos inscritos con posterioridad, el tercer poseedor podrá liberar el bien antes de su realización (antes de la venta o adjudicación), satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien.

La palabra *poseedor* es sinónimo de *propietario*, pero propietario que ha adquirido el bien con un vicio. Posteriormente, como se da en el momento actual, el ejecutante que ha adquirido el bien embargado, o el tercero que lo ha adquirido por convenir realización, delegación o subasta, está habilitado para inscribir su derecho cuando éste deba inscribirse en los registros públicos correspondientes. Para tal efecto, el tribunal, según cada caso, tendrá que expedir un certificado de transferencia que justifique haberse hecho el pago o consignación de la cantidad acordada, lo cual equivale a la certificación del acta de remate o adjudicación, seguido de la resolución respectiva, o en su caso -agrega la ley, como

novedad- que hay que presentar la comprobación del financiamiento que hubiere obtenido para realizar la adquisición, lo cual nos parece aventurado porque una simple carta comunicación de crédito dista mucho de ser dinero en efectivo, ya que, en primer lugar, puede haber tardanza entre la llegada de la carta y la aprobación subsiguiente, o el financista, que es generalmente un banco, puede desistir de la operación o cambiar drásticamente las condiciones, a tal grado que el usuario del crédito desista de usarlo. También, como una consecuencia, dice la ley, a instancia del adquirente, y aunque en la vida real podría ser de oficio, se expedirá, en su caso, un mandamiento de la anotación o inscripción del gravamen que originó el remate o la adjudicación, así como de todas las inscripciones o anotaciones posteriores, haciéndose constar, en el mismo mandamiento, que el valor de lo vendido o adjudicado es igual o inferior al importe total del crédito del demandante y, en caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados. Con esto se confirma una vez más, que, en lo sucesivo, el ejecutante recibirá el justiprecio y los accesorios, y –repetimos- en caso de adjudicación, como ya no registrará el valor de las dos terceras partes para que el ejecutante se apodere en forma absoluta de todo el inmueble.

Finalmente, y bajo el acápite “Posesión judicial y ocupantes del inmueble”, la ley concibe varias alternativas:

1. Que el ejecutante podrá entrar libremente en el inmueble que no se hallare ocupado.
2. Cuando estando ocupado, el ejecutante podrá entrar libremente si se hubiere declarado que quienes lo ocupan, ningún derecho tienen para ello después del remate o adjudicación, procediéndose en este caso al lanzamiento, sin perjuicio de las acciones que los ocupantes pretendan ejercitar, para el caso, el amparo. Es de anotar aquí que, a juicio prudencial del juez, se le podrá dar término para el abandono del inmueble.

**LA EJECUCIÓN DE HACER,
NO HACER Y DAR COSA DETERMINADA
EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DE HACER OBLIGACIONES
DE HACER NO PERSONALÍSIMAS O FUNGIBLES**

Recordemos que, cronológicamente hemos visto normas o disposiciones generales aplicables a toda ejecución forzosa y que, posteriormente, gran parte de nuestro estudio ha sido dedicado a las obligaciones dinerarias, o sea, dar dinero en efectivo, que es el día a día en nuestros tribunales. Sin embargo, nos toca ahora analizar las obligaciones de hacer, lo cual se concretiza en una actividad que puede ser material o jurídica, y comenzaremos a ver las obligaciones de hacer que la ley llama *no personalísimas o fungibles*, debiéndose, la denominación, a que estas pueden ser realizadas no solamente por quien la contrajo o el obligado directo, sino que puede encargarse a persona distinta y esta tendrá el mismo valor, no debiendo de olvidar que la obligación de hacer mal cumplida equivale a no haberla realizado. En honor a la verdad, queremos decir que la redacción de esta sección no ha sido muy clara, pero trataremos de integrarla de la mejor manera posible. Partiremos de que la sentencia de condena, sea del juicio ejecutivo o declarativo, se le notificó al vencido para que cumpliera con el hacer, por lo que, comenzando el proceso de ejecución forzosa, se le requiere al vencido para que lo haga en los propios términos, de acuerdo con el título, dentro del plazo que el juez estime necesario, según la naturaleza de la obligación y las circunstancias del caso, siendo el plazo señalado para el inicio del cumplimiento no mayor de 15 días.

En el Art. 676, la ley nos habla de una de las medidas de garantía, y es que, como una prevención, en el sentido de no obtener inmediato cumplimiento de la obligación pretendida y la demora, pudiese poner en peligro su efectividad, se podrá decretar a instancia del ejecutante las medidas de garantía que se consideran oportunas. Si de estas se acuerda el embargo, éste recaerá en bienes suficientes para asegurar el cumplimiento de la obligación principal y el pago de los intereses, indemnización por daños y perjuicios y costas de ejecución que pudieren resultar, embargo que podrá levantarse si el ejecutado presta caución en cuantía suficiente fijada por el tribunal conforme a lo dispuesto en este código. Ante el requerimiento, el ejecutado tiene varios caminos:

Si cumple con su obligación, el derecho habrá dado la protección jurisdiccional debida. Ahora bien, si el obligado no cumple con lo ordenado dentro del plazo, o lo hiciere contraviniendo en cualquier momento, el ejecutante podrá:

1. Darle cumplimiento, en su caso a la disposición contenida en el título, para el caso de incumplimiento del deudor.
2. Solicitar que el costo de lo ordenado se abone como daños y perjuicios, teniendo relevancia la aplicación del Art. 696 y siguientes; y,
3. Podrá pedir que se le faculte para encargar el cumplimiento a un tercero a costa del ejecutado, señalando la ley que, si se opta por esta última alternativa, se valorará su costo, sea mediante el presupuesto presentado por el ejecutante o por una pericia ordenada por el juez, y se procederá al embargo y realización de bienes del ejecutado hasta obtener la cantidad que se determine, pudiendo el ejecutante designar (proponer) a la persona que habrá de encargarse de la ejecución, la cual será nombrada por el juez. Finalmente -y lo ratificamos-, si el ejecutante opta por la segunda alternativa, es decir, por el resarcimiento de daños y perjuicios, se procederá a cuantificarlos conforme se previene para la liquidación de cantidades, de acuerdo con el Art. 696 y siguientes.

OBLIGACIONES DE HACER PERSONALÍSIMAS

Este tipo de obligaciones de hacer, en su procedimiento, es bastante similar a las obligaciones de hacer no personalísimas con ligeras variantes, que radican en que, en este caso, la obligación de hacer tuvo como fundamento las cualidades personales de quien se encarga de ejecutarlas. Como es natural, y pese a los inconvenientes gramaticales, todo comienza con la solicitud del ejecutante, y, en acatamiento a ella, se pronuncia el requerimiento para que, dentro del plazo que el juez estime necesario, de acuerdo con la naturaleza de la obligación y las circunstancias del caso, cumpla ésta en los propios términos que el título establezca. El plazo señalado para el inicio del cumplimiento, en ningún caso podrá exceder a 15 días. En el requerimiento se advertirá al ejecutado que si no procede a darle cumplimiento a la prestación, se adoptarán los apremios y multas, lo cual significa algo adicional a lo visto en la sección anterior, al igual

que el Art. 676, que nos habla de las medidas de garantía: que cuando no pudiera tener inmediato cumplimiento la obligación que se pretenda ejecutar, y la demora pudiese poner en peligro su efectividad, podrán ser decretadas (optativamente), a instancia del ejecutante, las medidas de garantía que se consideren convenientes.

Si se opta por la medida de garantía llamada *embargo*, ésta deberá recaer sobre bienes suficientes para asegurar el cumplimiento de la obligación principal y el pago de las cantidades que pudieren resultar en intereses, indemnización por daños y perjuicios y costas de la ejecución, pudiendo levantarse el embargo si el ejecutado presta caución en cuantía suficiente que fijara el tribunal al acordarlo.

Mencionamos a continuación un aspecto diferencial de la sección anterior, y es que el ejecutado, dentro del plazo que se hubiere concedido para cumplir el requerimiento, podrá manifestarle al tribunal los motivos por los que se niega a cumplir la obligación, para el caso, que él no ha suscrito el contrato, o podrá alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter no personalísimo de la prestación debida, dando la solución que, si el juez considera que no se trata de una obligación de carácter personalísimo, proseguirá la ejecución para obtener como una medida alternativa la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, conforme a lo dispuesto para la liquidación de cantidades, lo cual -como ya lo hemos dicho- está contenido del Art. 696 al 699 de esta nueva ley del código.

Ahora bien, sin presentarse esa cuestión incidental, el ejecutado podrá cumplir con su obligación, con lo cual habrá funcionado espontáneamente la tutela judicial efectiva, como llaman los españoles a lo que nosotros llamamos *protección jurisdiccional*.

Transcurrido el plazo concedido, sin que el ejecutado cumpla la obligación ni presente alegaciones, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución se concrete (se convierta) en la entrega de un equivalente en dinero, que incluya la reparación de daños y perjuicios, en primer lugar; y, en segundo lugar, puede insistir en obtener el cumplimiento de la obligación. Si el ejecutante hubiere optado por la primera opción, o sea, la entrega del equivalente en dinero de la obligación, se ordenará que prosiga la ejecución con ese propósito, procediéndose a la cuantificación

en los términos establecidos para la liquidación de cantidades ya vista, pero, además de ello, en forma adicional, el juez impondrá una multa única al ejecutado, en consideración al precio, o, lo que es igual, a la contraprestación satisfecha con un máximo del 50% de estas cuantías, o del valor que se atribuya generalmente a la obligación.

Si se opta por la segunda alternativa, o sea, por la ejecución y los apremios, lo que la ley ha dado en llamar “*el cumplimiento específico*”, se apremiará al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevar a efecto la obligación, dicha multa podrá ascender al 20% del precio o de la contraprestación insatisfecha, o del valor que se atribuya generalmente a la obligación; si, transcurrido un año, el ejecutado no hubiera cumplido o estuviera cumpliendo la obligación (en este último caso, también hay incumplimiento), el juez ordenará, a instancia del ejecutante, la sustitución por la entrega del equivalente dinerario o la adopción de cualquier medida esencialmente análoga que resulte adecuada para la satisfacción del ejecutante, atreviéndonos a decir que podría caber la ejecución por un tercero.

OBLIGACIONES DE EFECTUAR DECLARACIONES DE VOLUNTAD

Estas obligaciones, de efectuar declaraciones de voluntad, tienen un tinte eminentemente jurídico y no material como la que hemos visto con anterioridad, como son: pintar un cuadro, construir una casa, elaborar planos para una construcción, hacer un muro, etc., en cambio, en la que estamos analizando actualmente, podemos mencionar la promesa de celebrar un contrato del Art. 1425 del Código Civil, que en otras legislaciones se llama *precontrato*.

Esta materia se trata en los Arts. 686 y 687 del Código Procesal Civil y Mercantil, y nos alegra que el primer artículo comienza diciendo: “Si el obligado a emitir una declaración de voluntad no la hubiere realizado...”, lo cual da a entender que no se cumplió espontáneamente en el plazo señalado por el juez, después de quedar ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada, la respectiva sentencia, considera, pues, el legislador que, a solicitud del ejecutante, se le requerirá para que, dentro del plazo que el juez señale, que en ningún caso podrá exceder de 15 días, proceda a emitirla (por ejemplo, el contrato de compraventa). Ahora

bien, en el tiempo señalado por el juez, el vencido podría cumplir en una forma semiespontánea con su obligación, lo cual implica que se finalizará con la ejecución forzada, pero si el obligado desatendiere el requerimiento o efectuara la declaración de voluntad contraviniendo el tenor de la obligación, el juez la tendrá por realizada siempre que estén fijados los elementos esenciales del acto o contrato, y esta resolución del juez, en donde está contenida la realización del contrato de compraventa, tendrá plena validez y eficacia como que si hubiera sido hecha por el ejecutado, recordando que aquí hay una sustitución del juez, quien representa al ejecutado, y no debemos de olvidar el Art. 1315 del Código Civil, que por su interés transcribimos: “Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entiende pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”. La segunda alternativa que se da en este artículo, se ve cuando faltare la fijación de elementos no esenciales del acto o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad (elementos accidentales o de la naturaleza), el juez, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico, pudiéndose mencionar aquí, por ejemplo, las distintas variedades del contrato de compraventa en materia mercantil. Tenemos finalmente la tercera alternativa, o sea, cuando la indeterminación afectare a elementos esenciales del acto o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad; en tal caso, la ejecución se seguirá para la reparación de los daños y perjuicios causados al ejecutante, procediéndose a cuantificarlos conforme se previene para la liquidación de cantidades del Art. 696 al 699, o sea, se le conceden al ejecutante los daños y los perjuicios como una medida alternativa, ya que, faltando el objeto del contrato, el juez no puede sustituirse a ella.

EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DE NO HACER

De esto tratan los Arts. 688 al 691, ambos inclusive, siendo este capítulo muy especial, por cuanto tiene un sinnúmero de variedades no contenidas ni mencionadas dentro del código, a juicio de Montero Aroca, pero que caben dentro de la temática general. De otro lado, podemos decir también que aquí lo que hay es una infracción a lo ordenado en la sentencia, y esto es lo que da origen a la ejecución propiamente tal. Por eso es que el primer artículo considera que si el obligado a no hacer alguna cosa hiciere lo prohibido, a solicitud del ejecutante se obligará que deshaga lo hecho en contravención, si fuere posible, y que se abstenga de hacerlo de nuevo, con advertencia de que podría incurrir en delito de desobediencia a mandato judicial (claro, esto cuando lo prohibido se pueda hacer varias veces en el tiempo); en todo caso, deberán repararse los daños y perjuicios causados por el quebrantamiento de la obligación, los que serán cuantificados de acuerdo con lo dispuesto para la liquidación de cantidades, de acuerdo con los Arts. 696 a 699. Como se ha visto, esta disposición da bastante margen de actuación y podrían eventualmente usarse de todas las posibilidades.

El artículo siguiente considera el caso de que si el obligado no procediere de inmediato a deshacer lo hecho en contra de lo que se debe, cuando esto es posible, -y nosotros ponemos el ejemplo de botar una construcción-, la ley ordena imponer multas, cada una de las cuales podrá ascender al 20% del valor que se le atribuyen generalmente a la obligación por cada mes que transcurra sin deshacer lo hecho, y esto para el efecto de conminar al desobediente a deshacerlo. Ahora bien, si con la imposición de multas no obedece, queda el camino de la indemnización de los daños y perjuicios.

Otra modalidad, cuando no fuere posible deshacer lo indebidamente realizado, en cuyo caso se sustituirá la obligación por la reparación de los daños y perjuicios causados al ejecutante, es, por ejemplo, cuando a un cantante se le prohíbe dar un concierto bajo el mando de otro empresario, en tal caso, la función dada contra la prohibición no se puede deshacer; lo mismo cuando se fabricaron objetos y se vendieron contra la prohibición, aquí no se puede deshacer lo hecho, porque los productos ya están en venta en el mercado y, a lo mejor ya están hasta vendidos. Finalmente, la ley considera que si el obligado volviera a ejecutar lo prohibido y cuantas

veces lo haga, se procederá en los términos de este código (confrontar parte final del inciso primero del Art. 688). En todo caso, si se acredita voluntad rebelde de incumplir, se certificará lo conducente a la Fiscalía General de la República, por si los hechos fueren constitutivos de delito. Tal sería el caso de levantar un muro tantas y cuantas veces el obligado desobedezca, o cuando, habiéndose autorizado en la sentencia el paso de una servidumbre, el dueño del predio sirviente se las ingenia para no dejar pasar al favorecido.

EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DE DAR NO DINERARIAS

Antes de entrar en materia, permítasenos reseñar que hemos incursionado en el estudio de un criterio de clasificación de las obligaciones, y así hemos empleado gran espacio en las obligaciones de dar dinerarias, llamadas también *pecuniarias* y que -volvemos a decir-, son las que constituyen el día a día en los tribunales. Hemos dejado atrás las obligaciones de hacer y no hacer en sus múltiples variedades, y nos toca ahora analizar las obligaciones de dar no dinerarias que puede referirse a casos genéricos o indeterminados; a obligación de entrega de cosas muebles y determinadas, finalizando con la obligación de entregar cosas inmuebles determinadas.

El Art. 692, se refiere a la obligación de cosas genéricas o indeterminadas, vale decir, de las de género, y recordemos que el género, para los efectos civiles, no perece y, a decir de los tratadistas, son aquellas cosas que se pesan, por ejemplo: 200 quintales de café; que se cuentan: 100 diccionarios jurídicos; o que se miden: para el caso, 1000 metros de género. En estos casos, parte la ley, de que si el ejecutado u obligado no cumple la obligación de entregar cosas genéricas o indeterminadas (se supone después de haberse fijado un plazo por el juez, al igual que en las otras formas específicas), el ejecutante podrá pedir que se le ponga en posesión de las cosas debidas, claro está, que si las cosas están en poder del ejecutado, para lo cual se podrá auxiliar el juez de la fuerza pública; si esto no es posible, podrá pedir que se sustituya la obligación de entrega incumplida por el abono del equivalente de su valor, previa determinación, si fuere necesario, y, por ejemplo, si ya no le interesan las cosas o no hay de ellas en el mercado para poderlas adquirir, en cuyo caso habrá un embargo para ese efecto.

Finalmente, si no puede cumplirse con cualquiera de esas dos alternativas, podría utilizar la vía del pago de los daños y perjuicios que se hubieren causado, utilizándose para estos efectos últimos el procedimiento de liquidación de cantidades contenido del Art. 696 al 699 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Seguidamente, se refiere la ley a la entrega de cosas muebles determinadas, considerando que si el obligado no cumple la obligación de entregar cosas muebles determinadas, como un vehículo automotor, una avioneta, etc.; el juez, a solicitud del ejecutante, pondrá a este en posesión de lo que se le deba, para lo cual empleará los medios que considere necesarios, incluso la fuerza pública. En su caso, se ordenará la inscripción de la transferencia en los registros públicos correspondientes, sin necesidad de intervención del obligado, es decir, oficiosamente se ordena por el juez, como parte de la ejecución, el traspaso del vehículo automotor en Sertracen y el de la avioneta, para el caso, en Aeronáutica Civil.

Si se ignorare el lugar donde estuviere la cosa o no se encontrara ésta, se podrían utilizar los medios de investigación que el juez declare pertinentes. Es decir, no hay conformidad en que si la cosa no la tiene el ejecutado hasta ahí va a parar la ejecución; por el contrario, si no sabemos dónde se encuentra o no se halla donde debiera estar, se podrán utilizar los instrumentos que el juez considere necesarios, incluso podrá echar mano de lo que ordena la ley en las diligencias preliminares, concretamente en el Art. 261 numeral 3º. Ahora bien, si la cosa no pudiere ser habida se sustituirá su entrega por el importe del valor de la cosa, más la reparación de los daños y perjuicios que se hubieren causado al ejecutante. Queremos decir, en ese apartado, que en la vida real pueden plantearse muchos casos fáctica y jurídicamente distintos, entre ellos, lo que pasaría si la cosa, después de presentada la demanda, se destruyere; ante tal situación creemos que este sería un caso de aplicación de las normas contenidas en el Código Civil, en el sentido de que no se extingue la obligación, sino que esta cambiaría de objeto, el que redundaría en el caso del pago de daños y perjuicios.

En cuanto a la obligación de entrega de inmuebles, podría darse en caso de que alguien venza en un proceso reivindicatorio o posesorio. Considera la ley que, cuando deba entregarse algún inmueble, el juez, admitida

la solicitud, ordenará que se ponga en posesión de dicho inmueble al ejecutante, ordenando oficiosamente las inscripciones registrales. Como la ley no señala plazos para dicha entrega, podrían aplicarse por analogía las normas que hemos visto con anterioridad, o dejarlo al criterio judicial según la naturaleza de la situación. En los casos en que el juez pone a alguien en posesión, debemos entender que la diligencia es la actividad jurídica propiamente tal, y que será en el acta que se hará constar el lanzamiento de los ocupantes (simples ocupantes de hecho) y el estado del inmueble con indicación de las cosas que quedan en éste, que son las que no están incluidas en el título de ejecución, las que deberán ser retiradas en el plazo que el juez señale, bajo pena de ser consideradas cosas abandonadas, aplicándosele las normas del libro 2º. del Código Civil, como las de especies, al parecer perdidas o encontradas por el primer ocupante. Otro caso contemplado por la ley es el de que en el acta se harán constar las cosas que no se puedan separar del terreno y sobre las que el deudor o los ocupantes aleguen propiedad. Si fueren plantaciones o instalaciones estrictamente necesarias para la utilización ordinaria del inmueble, el ejecutante deberá satisfacer su valor a solicitud del interesado, haciéndose constar en el acta también los posibles daños que existan en el inmueble, para cuya reparación se podrá acordar la retención y depósito de bienes que se encuentren en aquel y que sean propiedad del posible responsable, pudiendo, a nuestro juicio, tener lugar en lo no previsto lo relativo a las prestaciones mutuas del juicio reivindicatorio y proceso de liquidación de cantidades tantas veces mencionado.

Por supuesto que hay casos no previstos por la ley como sería: si puede prorrogarse el plazo para la desocupación o la entrega no *innatura*, por ejemplo, cuando se haya desplomado el edificio que se reivindica, en los cuales tendrá que jugar en mucho la inteligencia del juez, y lo mismo podríamos preguntarnos si en tal caso se admitirá una solución alternativa, para el caso, el pago en dinero.

La ley ha previsto que el inmueble por entregarse pueda estar ocupado por personas que no dependan del ejecutado, a quienes se le notificará la existencia de la ejecución, para que en el plazo de 10 días presenten en el juzgado los títulos que justifiquen su ocupación. Otro caso del cual se ocupa la ley es que, si los ocupantes carecieren de título o este fuere

insuficiente, se procederá de inmediato al *lanzamiento*, tal sucede con los ocupantes de mero hecho, o cuando por ejemplo, el contrato de arrendamiento es de fecha inmediatamente anterior al lanzamiento. Lo mismo se hará cuando el inmueble estuviere ocupado por el ejecutado o por quienes de él dependan. Finalmente, cuando el inmueble fuera la vivienda habitual del ejecutado, se le dará un plazo de un mes para desalojar, y, transcurrido el plazo señalado, se procederá al lanzamiento, tal como se ha indicado.

LIQUIDACIÓN DE CANTIDADES

En múltiples ocasiones, sobre todo cuando se incumplen obligaciones específicas, ésta se sustituye, según la ley, por la indemnización de daños y perjuicios, existiendo más casos en que la ley se ha referido a la liquidación de daños y perjuicios, aplicándose en esos casos el Art. 696 del CPCM; debiendo entenderse que, siendo esto una cuestión accesorio y para mantener la unidad del proceso, se sigue como una continuidad de la ejecución forzosa. Cuando hay que realizar tal determinación de daños y perjuicios o el equivalente en dinero de una obligación no dineraria, habrá que presentar una solicitud en la cual se hará una relación detallada que incluya el informe y las justificaciones de informes que el solicitante considere pertinentes. De ello se dará audiencia al obligado por un plazo de 6 días para conocer su respuesta. Recordemos que cada una de estas calidades las puede tomar indistintamente el ejecutante o el ejecutado. Si el deudor acepta expresamente la relación de los daños y perjuicios, así como su cuantía, la aprobará el juez, continuándose con la ejecución de acuerdo con lo dispuesto para las obligaciones de pago de dinero, vale decir, se opera la convertibilidad de ejecución específica en obligación dineraria. Se entenderá que existe aceptación tácita de la relación de daños y perjuicios y de su importe, si el deudor deja pasar el plazo sin contestar a la solicitud, o si en la contestación no concreta su oposición frente a la solicitud del acreedor. Si el deudor presenta oposición motivada dentro de los 6 días, se dará audiencia al acreedor, sustanciándose el procedimiento por los trámites del proceso abreviado, que finalizará por medio de auto en el que se fijará la cantidad que deba abonarse al solicitante, debiendo entenderse con esto del proceso abreviado, que siempre dentro del mismo procedimiento de ejecución se resolverá este incidente en una sola audiencia.

El Art. 697, bajo el acápite “liquidación de frutos o rentas”, estima que cuando en la ejecución hubiera que procederse a determinar la cantidad debida en concepto de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, se requerirá al deudor para que, dentro del plazo de 10 días, presente la liquidación, ateniéndose, en su caso, a las bases que establece el título ejecutivo. Si el deudor presenta la liquidación, esta se le comunicará al acreedor, y si se mostrará conforme, el juez la aprobará, continuándose la ejecución de acuerdo con lo dispuesto para las obligaciones de pago en dinero. Cuando el acreedor se oponga a la liquidación se sustanciará el procedimiento por los trámites del proceso abreviado, que finalizará por medio de auto en el que se fijará la cantidad que deba abonarse al solicitante. Este artículo, entendemos que es aplicable en los casos en que hay entrega de los bienes en administración de que trata el Art. 655 del CPCM; podrá aplicarse en el embargo de empresas, en donde también hay administración judicial (Art. 655 CPCM) y también, y aunque la ley no lo diga, podrá ser una obligación respecto del depositario nombrado en el caso de embargo que tratan los Arts. 636 y 631 del Código Procesal Civil y Mercantil, casos en que el juez podrá escoger ante el procedimiento que estamos estudiando y el establecido en el Art. 633, aclarando, que lo que hemos dicho en la liquidación de daños y perjuicios en cuanto al proceso abreviado también se aplica; ahora bien, ante la falta de la presentación de la liquidación, por parte del deudor, se requerirá al acreedor para que presente la que considera justa, y se dará audiencia al ejecutado a fin de que la repare o le haga observaciones, prosiguiendo las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Las partidas que no se reparen, se consideran consentidas, frase que nos hace recordar el juicio de examen y rendición de cuentas existente en el Código de Procedimientos Civiles.

Bajo el acápite “rendición de cuentas”, el Art. 699, a nuestro juicio, contempla una situación especial, distinta a las anteriormente vistas, en el sentido de que ellas se dilucidan dentro del procedimiento de ejecución; en cambio, ésta última supone que se ha seguido un proceso declarativo anterior, en el que se tuvo por resultado condenar a una persona a rendir cuentas de una administración anterior y entregar el saldo, procediéndose a su ejecución en la que, en cierto momento, si pedida la liquidación el deudor no la presentare, se requerirá al acreedor para que presente la justa y se dará audiencia de ella al ejecutado, a fin de que la repare o

le haga observaciones... (Art. 698), pero hemos de tener en cuenta que, como el Art. 698 es consecuencia del Art. 697 y para armonizar la primera parte del 697 con la última parte del 699, resulta que el plazo que se puede ampliar es el de 10 días (Art. 697), que inicialmente tiene el obligado para presentar la liquidación, o cuentas en atención a la importancia y complejidad de la administración.





Durante el período comprendido del primer sábado de enero al primer sábado de julio de 2009, la Universidad Tecnológica de El Salvador, UTEC, organizó y desarrolló un curso a nivel de maestría sobre el estudio y análisis del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, que había sido aprobado por la Asamblea Legislativa el 14 de noviembre de 2008.

El seminario fue impartido por los más preclaros juristas de nuestro país y especialistas sobresalientes en Derecho Procesal Civil. Todos poseedores de una sólida formación, producto de sus sacrificios durante sus estudios de Derecho en las universidades salvadoreñas e incluso en postgrados en prestigiosas universidades extranjeras.

Catedráticos de dadivoso y amplio recorrido académico, exhiben publicaciones en distintos temas del Derecho, destacándose como investigadores, fuertes impulsores de nuestras reformas procesales, sobre todo propugnando por el desarrollo de la oralidad en nuestro sistema procesal civil para ponerlo a tono con los nuevos tiempos.

La presente obra es una prueba fehaciente de que sus múltiples obligaciones y demandas, no les han impedido hacer lo que les es más grato y gratificante: ejercer la docencia universitaria y la investigación.



9 789992 321614